

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

معیارها و ضوابط حاکم

بر عقود مسامحه‌ای از منظر فقه و حقوق



مؤلفان

مه‌دی ناصحی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه بین‌المللی مذاهب اسلامی

دکتر مرتضی چیت‌سازیان

استادیار دانشگاه شهید مطهری

میثم عباسی لاهرودی

دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا دانشگاه شهید مطهری

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: ناصحی، مهدی، ۱۳۷۵-
عنوان و نام پدیدآور	: معیارها و ضوابط حاکم بر عقود مسامحه‌ای از منظر فقه و حقوق / مولفان مهدی ناصحی، مرتضی چیت‌سازیان، میثم عباسی لاهرودی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۲.
مشخصات ظاهری	: ۱۴۷ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۱۷-۷
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۳۳ - ۱۴۷.
موضوع	: عقود و ایقاعات (فقه) (Contracts Islamic law) عقود و ایقاعات (فقه) -- ایران Contracts Islamic law -- Iran
شناسه افزوده	: چیت‌سازیان، مرتضی، ۱۳۴۱ -
شناسه افزوده	: عباسی لاهرودی، میثم، ۱۳۷۵-
رده بندی کنگره	: BP۱۹۰
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۹۲۶۶۸۸۶
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا	

نام کتاب	: معیارها و ضوابط حاکم بر عقود مسامحه‌ای از منظر فقه و حقوق
ناشر	: چتر دانش
مولفان	: مهدی ناصحی - دکتر مرتضی چیت‌سازیان - میثم عباسی لاهرودی
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۲
شمارگان	: ۱۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۱۷-۷
قیمت	: ۹۵۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند. منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آن‌ها از یک سو و تناسب آن‌ها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منحصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

فهرست

۸..... مقدمه

۱۳..... بخش نخست: کلیات و مفاهیم

۱۵..... فصل اول: تعریف ضابطه و معیار

۱۵..... مبحث اول: تعریف لغوی ضابطه و معیار

۱۵..... گفتار اول: تعریف لغوی ضابطه

۱۶..... گفتار دوم: تعریف لغوی معیار

۱۷..... مبحث دوم: تعریف اصطلاحی ضابطه و معیار

۱۷..... گفتار اول: تعریف اصطلاحی ضابطه

۱۸..... گفتار دوم: تعریف اصطلاحی معیار

۱۹..... فصل دوم: تعریف عقد

۱۹..... مبحث اول: تعریف لغوی عقد

۲۰..... گفتار اول: عقد در اصطلاح فقهای امامیه

۲۰..... گفتار دوم: عقد در اصطلاح فقهای اهل سنت

۲۲..... گفتار سوم: عقد در اصطلاح حقوق دانان

۲۳..... گفتار چهارم: عقد در اصطلاح قانون مدنی

۲۵..... فصل سوم: تعریف مسامحه

۲۵..... مبحث اول: تعریف لغوی مسامحه

۲۶..... مبحث دوم: تعریف اصطلاحی مسامحه

۲۶..... گفتار اول: مسامحه در اصطلاح فقهی

۲۷..... گفتار دوم: مسامحه در اصطلاح حقوقی

۲۸..... گفتار سوم: تأثیر معنای لغوی و اصطلاحی مسامحه در تسمیه این عقود

۲۹..... فصل چهارم: تعریف مغابنه

۲۹..... مبحث اول: تعریف لغوی مغابنه

۳۰..... مبحث دوم: تعریف اصطلاحی مغابنه

- گفتار اول: تعریف اصطلاحی غبن و مغابنه در فقه امامیه..... ۳۰
- گفتار دوم: تعریف اصطلاحی غبن و مغابنه در فقه اهل سنت..... ۳۱
- گفتار سوم: تعریف اصطلاحی غبن و مغابنه در حقوق..... ۳۲
- گفتار چهارم: تعریف اصطلاحی غبن و مغابنه در قانون مدنی..... ۳۳

بخش دوم: جایگاه عقود مسامحه‌ای و ضوابط و معیارهای حاکم بر آن .. ۳۵

- فصل اول: اقسام عقود..... ۳۷
- مبحث اول: عقد از جهت تأثیر وجود و عدم وجود شروط اساسی..... ۳۸
- گفتار اول: عقد صحیح..... ۳۸
- گفتار دوم: عقد باطل..... ۳۸
- مبحث دوم: عقد از نظر کیفیت انحلال..... ۴۲
- گفتار اول: عقد لازم..... ۴۲
- گفتار دوم: عقد جایز..... ۴۴
- مبحث سوم: عقد از نظر کیفیت انشاء..... ۴۵
- گفتار اول: عقد منجز..... ۴۵
- گفتار دوم: عقد معلق..... ۴۶
- مبحث چهارم: عقد از نظر وجود یا عدم وجود شرط..... ۴۶
- گفتار اول: عقد مطلق..... ۴۶
- گفتار دوم: عقد مشروط..... ۴۷
- مبحث پنجم: عقد از نظر وحدت و یا تعدد مورد معامله..... ۴۷
- گفتار اول: عقد معاوضی..... ۴۷
- گفتار دوم: عقد غیر معاوضی..... ۴۸
- مبحث ششم: عقد از نظر انگیزه و هدف انعقاد..... ۴۹
- گفتار اول: عقود مغابنه‌ای..... ۵۰
- گفتار دوم: عقود مسامحه‌ای..... ۵۱

گفتار سوم: اقسام عقود مسامحه‌ای	۵۵
فصل دوم: ضوابط و معیارهای عقود مسامحه‌ای و مغاینه‌ای	۵۹
مبحث اول: ضابطه و معیار احسان	۵۹
مبحث دوم: ضابطه و معیار تسامح	۶۰

بخش سوم: کیفیت اعمال تسامح در فقه مذاهب خمسسه و حقوق ایران .. ۶۳

فصل اول: عقود مسامحه‌ای لازم	۶۵
مبحث اول: تعریف صلح	۶۵
مبحث دوم: مسامحه‌ای بودن عقد صلح	۶۶
مبحث سوم: تعریف ضمان	۷۱
مبحث چهارم: مسامحه‌ای بودن عقد ضمان	۷۲
مبحث پنجم: تعریف حواله	۷۹
مبحث ششم: مسامحه‌ای بودن عقد حواله	۸۰
مبحث هفتم: تعریف قرض	۸۵
مبحث هشتم: مسامحه‌ای بودن عقد قرض	۸۶
مبحث نهم: تعریف هبه	۸۸
مبحث دهم: مسامحه‌ای بودن عقد هبه	۸۹
فصل دوم: عقود مسامحه‌ای جایز	۹۲
مبحث اول: تعریف وکالت	۹۲
مبحث دوم: مسامحه‌ای بودن عقد وکالت	۹۳
مبحث سوم: تعریف جعاله	۹۷
مبحث چهارم: مسامحه‌ای بودن عقد جعاله	۹۸
مبحث پنجم: تعریف مضاربه	۱۰۲
مبحث ششم: مسامحه‌ای بودن عقد مضاربه	۱۰۳
مبحث هفتم: تعریف ودیعه	۱۰۷

مبحث هشتم: مسامحه‌ای بودن عقد ودیعه.....	۱۰۸
مبحث نهم: تعریف عاریه.....	۱۱۰
مبحث دهم: مسامحه‌ای بودن عقد عاریه.....	۱۱۱
فصل سوم: عقود مسامحه‌ای از یک طرف لازم و از طرف دیگر جایز.....	۱۱۵
مبحث اول: تعریف کفالت.....	۱۱۵
مبحث دوم: مسامحه‌ای بودن عقد کفالت.....	۱۱۶
مبحث سوم: تعریف رهن.....	۱۲۰
مبحث چهارم: مسامحه‌ای بودن عقد رهن.....	۱۲۱
فصل چهارم: بررسی دیگر عقودی که در مسامحه‌ای بودن آن بحث شده است.....	۱۲۴
مبحث اول: عقد احتمالی.....	۱۲۴
مبحث دوم: عقد نکاح.....	۱۲۵
مبحث سوم: قرارداد خرید و فروش اسپرم و تخمک و اجاره رحم.....	۱۲۶
مبحث چهارم: قرارداد انتقال عضو.....	۱۲۷
نتیجه‌گیری.....	۱۲۹
فهرست منابع و مآخذ.....	۱۳۳

مقدمه

یکی از تقسیماتی که از عقود در فقه مذاهب خمس و حقوق ایران ارائه می‌شود، بر مبنای هدف و انگیزه‌های است که طرفین در انعقاد آن عقد دنبال می‌کنند. بر این اساس، می‌توان عقد را به مغابنه‌ای و مسامحه‌ای تقسیم کرد. در عقود مغابنه‌ای، طرفین برای کسب حداکثر سود تلاش کرده و مسامحه و سهل‌انگاری به خرج نمی‌دهند؛ مانند عقد بیع و اجاره اما در عقود مسامحه‌ای، هدف و انگیزه کسب حداکثر سود نیست و در انعقاد آن دقت نظر و سخت‌گیری‌هایی که در عقود مغابنه‌ای وجود دارد، در نظر گرفته نمی‌شود و مسامحه به خرج می‌دهند؛ مانند عقد صلح و هبه. البته در برخی مصادیق این عقود و گستره تسامح در برخی از این عقود اختلاف نظرهایی در مذاهب مختلف وجود دارد.

تفکیک و تقسیم‌بندی عقود به مسامحه‌ای و مغابنه‌ای، قدمت طولانی در تاریخ فقه اسلامی دارد؛ اگرچه فقها در این زمینه عنوان خاصی مطرح نکرده‌اند لکن در قسمت‌های مختلفی از فقه با عناوینی همچون مغابنه، مکایسه، مسامحه و ... به آن اشاره شده است. در میان فقهای شیعه از جمله کسانی که صراحتاً به این تقسیم‌بندی اشاره کرده است، مرحوم شیخ انصاری (ره) می‌باشد. ایشان ذیل مبحث جریان خیار غبن در سایر عقود، این تفصیل را بیان فرموده‌اند.

لازم به ذکر است که پژوهش‌هایی در حوزه عقود مسامحه‌ای انجام شده است که عمدتاً ناظر بر قواعد عمومی این عقود می‌باشد اما دو حوزه آن مغفول گذاشته شده است: (۱) ضابطه و معیار حاکم بر این عقود و (۲) کیفیت اعمال آن در فقه مذاهب خمس و حقوق ایران که تحقیقات انجام شده در دو حوزه اخیر بسیار بحث کم دامنه‌ای داشته‌اند لذا در این پژوهش بر آن هستیم که به دو حوزه اخیر ورود جدی داشته باشیم.

در حوزه معیار و ضابطه، دیدگاه غالب بر آن است که هدف از عقود مسامحه‌ای احسان و تعاون است لذا عقود مسامحه‌ای شامل عقود احسانی از جمله هبه، صدقه، سکنی، عمری و ... می‌شود اما به نظر میرسد که این معیار و ضابطه

مدنظر فقها خصوصاً فقهای متقدم نیست بلکه فقها غالباً معیار و ضابطه را سهولت و گذشت دانسته‌اند، گرچه در مواردی ممکن است توأم با نیکی و احسان هم باشد یا در مواردی همچون صلح به قصد رفع تنازع باشد و شاهد بر این مدعا این است که فقها از عقود مسامحه‌ای به عقود ارفاقی نیز تعبیر کرده‌اند؛ به تبع این معیار است که عقود مسامحه‌ای را اولاً، از عقود معوض می‌دانند و عقود احسانی و تبرعی از جمله هبه، عاریه، صدقه، سکنی و هر آن‌چه که هدف از آن معاوضه نیست خارج می‌شود و ثانیاً، هدف از عقود مسامحه‌ای را ارفاق صرف، سهولت و راحتی همراه با گذشت می‌دانند.

بنابراین، فقهای متقدم در دو نکته با فقها و حقوق‌دانان معاصر اختلاف نظر دارند: اول این‌که، هدف از عقود مسامحه‌ای سهولت و آسانی است برخلاف فقهای معاصر که هدف از آن را احسان و تعاون می‌دانند و دوم این‌که، عقود مسامحه‌ای عقود معاوضی هستند لذا عقود احسانی را شامل نمی‌شوند.

حوزه دومی که بدان پرداخته نشده، مسئله کیفیت و گستره تسامح در عقود مسامحه‌ای است؛ در این بخش در پی پاسخ به این سؤال هستیم که آیا می‌توان ضابطه‌ای برای محدوده تسامح در نظر گرفت؛ بدین معنا که محدوده تسامح در آن عقد تا کجاست و تا چه سطحی می‌تواند مجوز و مشرّع فرع فقهی باشد؟ به عبارت دیگر، تسامح در عقد مورد نظر تبدیل به اصل شده لذا به نحو عموم مشرّع است یا این محدوده را عرف معین می‌کند یا این‌که نیاز به تصریح قانون و شرع دارد. بنابراین، در پاسخ به این پرسش سه احتمال وجود دارد:

احتمال اول این است که تسامح در این عقود اصل می‌باشد که در نتیجه، مطلق موارد تسامح در این گونه عقود صحیح و مشروع می‌باشد مگر این‌که شرع یا قانون آن را نفی کند.

احتمال دوم این است که محدوده تسامح در این گونه عقود وابسته به عرف می‌باشد و هر جا عرف به تسامح حکم کند، در آن جا تسامح و ارفاق کارساز است. در غیر این صورت، جایی برای استناد به تسامح نیست.

احتمال سوم این است که فروع فقهی و حقوقی نیاز به نص قانون و شرع دارد ولو این که حکمت نص قانونی و شرعی ارفاق باشد. بنابراین، تا نص قانون و شرع نباشد، نمی‌تواند محل استناد و استشهاد جهت حل مسائل باشد.

نتیجه این پژوهش نشان می‌دهد که برای ضابطه و معیار تشخیص عقود مغابنه‌ای از مسامحه‌ای باید به ویژگی‌های این دو قسم از عقود و هدف طرفین از انعقاد آن توجه داشت تا بتوان با استفاده از آن ضابطه‌ای اختیار کرد. باید توجه کرد که هدف متعاقدين یا حداقل یکی از آن دو، آسان گرفتن و تسامح است و توجهی به کسب حداکثر سود ندارند یا این که متعاقدين به دنبال کسب حداکثر سود و تلاش برای رسیدن به تعادل اقتصادی هستند. از جمله آثاری که تقسیم‌بندی عقود به مسامحه‌ای و مغابنه‌ای در فقه مذاهب خمس و حقوق به دنبال دارد، جریان خیار غبن و غرر در عقود مغابنه‌ای و عدم جریان آن در عقود مسامحه‌ای است.

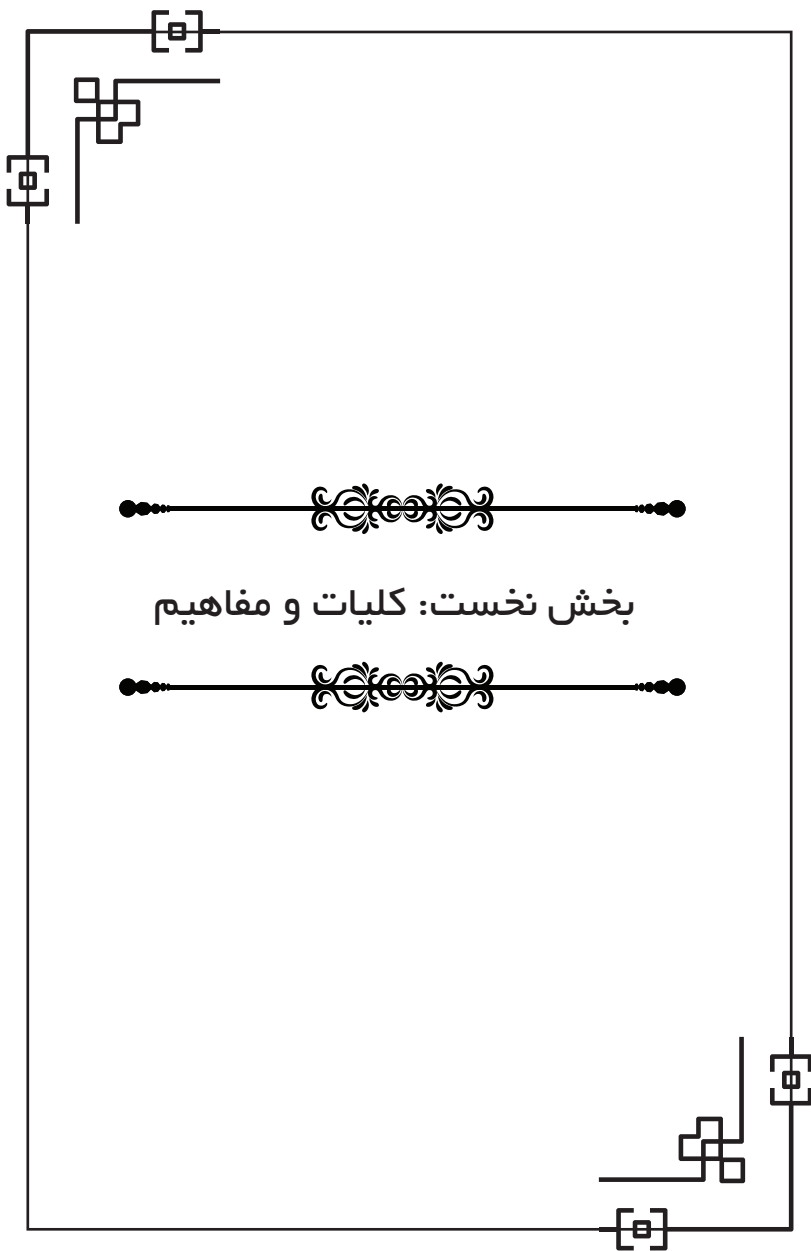
آنچه از مجموع این مباحث پیشنهاد می‌شود، این است که ما تسامح را به عنوان یک قاعده کلی در عقود مسامحه‌ای در نظر بگیریم و معیار و ضابطه را همان تسامح قرار دهیم. البته تسامح به معنای سرسری برخورد کردن نیست و همچنین، گستره آن در هر عقد با توجه به نگاه سودجویانه در آن متفاوت می‌باشد.

این کتاب به سه بخش کلی تقسیم شده است:

بخش اول، کلیاتی در مورد موضوع پژوهش می‌باشد. خود این بخش، مشتمل بر چهار فصل است که در فصل اول تا چهارم به ترتیب، تعریف ضابطه و معیار، عقد، مسامحه و مغابنه مورد بررسی قرار گرفته است.

بخش دوم، مباحثی در مورد معیار و ضابطه حاکم بر عقود مسامحه‌ای می‌باشد که خود این بخش، متشکل از دو فصل می‌باشد که در فصل اول، تقسیمی از عقود ارائه می‌کنیم و در فصل دوم، معیارها و ضوابط ارائه شده در این عقود مورد بررسی قرار می‌گیرد.

در بخش سوم، در مورد مصادیق عقود مسامحه‌ای بحث می‌شود و مباحثی در مورد کیفیت اعمال تسامح در فقه مذاهب خمس و حقوق ایران مطرح می‌شود. در پایان، نویسندگان امیدوارند؛ یافته‌های پژوهش حاضر بتواند به عنوان زیربنایی جهت انجام مطالعات گسترده‌تر توسط سایر محققان مورد استفاده قرار گرفته و بدین ترتیب، گام‌های مؤثری در راستای افزایش سطح کیفی آثار پژوهشی برداشته شود.



در ابتدای هر پژوهش، بیان و توضیح مفاهیم و عناوین برای درک بهتر مطلب به خواننده، امری لازم و ضروری است؛ لذا در آغاز به تعریف عناوین اصلی این تحقیق می‌پردازیم.

فصل اول: تعریف ضابطه و معیار

در این فصل در ذیل دو مبحث به بررسی معنای لغوی و اصطلاحی ضابطه و معیار می‌پردازیم.

مبحث اول: تعریف لغوی ضابطه و معیار

در این مبحث، به بررسی معنای لغوی ضابطه و معیار می‌پردازیم و معانی گوناگون و کلمات مترادف با آن را بیان می‌کنیم.

گفتار اول: تعریف لغوی ضابطه

واژه ضابطه از ریشه (ض ب ط) و جمع آن «ضوابط» است؛ لغت‌شناسان برای معنای لغوی آن معانی همچون حفظ و مراقبت،^۱ شرایط، مرتب کردن، مقررات و قوانین،^۲ قاعده، دستور، اصل، ملاک،^۳ بنیاد و اساس، نظام، آیین‌نامه، معیار،^۴ قانون و حکم کلی^۵ را ذکر کرده‌اند.

«الضَّبَطُ» به معنای ملازمت با چیزی و حبس آن است و «ضَبَطُ الشَّيْءِ» به معنای حفظ آن با دقت و دوراندیشی است؛ «الرجل ضابطٌ» یعنی آن شخص،

۱- طریحی، مجمع البحرین، ج ۴، ص ۲۶۰؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۷، ص ۳۴۰.

۲- بستانی، فرهنگ ابجدی، ص ۱۴۹.

۳- عمید، فرهنگ فارسی عمید، ج ۱، ص ۷۰۶.

۴- فاتحینزاد، فرهنگ معاصر فارسی- عربی، ص ۵۲۳.

۵- قیم، فرهنگ معاصر عربی- فارسی، ص ۶۷۱.

فردی دوراندیش است و همچنین، در معنی شخصی که در انجام کارهایش قوی و نیرومند می‌باشد هم به کار می‌رود. هنگامی که شخصی از انجام کارهایی که بر عهده او گذاشته شده است عاجز باشد، می‌گویند: «فلان لا یضبط عمله»^۱. بنابراین، ضابطه عبارت است از: «قضیه کلی که بر همه جزئیات موضوع منطبق باشد»^۲ یا به تعبیر دیگر، حکمی کلی است که بر جزئیات خود منطبق باشد.^۳

گفتار دوم: تعریف لغوی معیار

معیار در لغت به معنی اندازه، مقیاس، پیمان، ترازو، سنگ محک و آلتی برای سنجیدن است.^۴

دهخدا در لغت‌نامه می‌گوید: «معیار در لغت به معنای میزان، ضابطه و وسیله‌ای است که بدان چیز دیگر را بسنجند و برابر کنند. بنابراین، ترازو و پیمان معیار است؛ چرا که به وسیله آن دو اشیاء سنجیده می‌شود و در واقع، معیار آن چیزی است که غیر آن با آن سنجیده می‌شود و حالت استوا و تعادل پیدا می‌کند»^۵.

جمع معیار، «معايير» است و ریشه آن «عیر» می‌باشد که از واژه «العیار» به معنای خارج کردن دینارها از حالت ابهام گرفته شده است.^۶ با توجه به این که ضابطه، معیار و ملاک با هم مترادف هستند، در اینجای اشارهای به معنای لغوی ملاک داریم.

واژه ملاک در لغت که هم به فتح میم خوانده می‌شود و هم به کسر آن، به معنای پایه، قوام کار، نظام هر چیز و اصل شیء است^۷ و به قاعده، قانون و

۱- ابن منظور، همان، ج ۷، ص ۳۴۰.

۲- جرجانی، التعریفات، ص ۱۲۱.

۳- جر، فرهنگ لاروس، ج ۲، ص ۱۳۴۷.

۴- معین، فرهنگ معین، ج ۴، صص ۴۳۳ و ۴۲۴۶.

۵- عبدالمنعم، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه، ج ۳، ص ۳۲۱.

۶- مصطفوی، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، ص ۳۳۱.

۷- وارسته، فرهنگ جامع حقوقی فارسی- انگلیسی، ص ۱۰۵۷.

ضابطه نیز اطلاق می‌شود.^۱ دهخدا می‌گوید: ملاک یعنی چیزی که به آن اعتماد می‌شود.

مبحث دوم: تعریف اصطلاحی ضابطه و معیار

در این مبحث به بررسی معنای اصطلاحی ضابطه و معیار می‌پردازیم.

گفتار اول: تعریف اصطلاحی ضابطه

برای ضابطه دو معنای اصطلاحی بیان شده است:

یکی این که ضابطه به معنای ملاک و معیار می‌باشد؛ مانند ضابطه و معیار در قتل عمد و خطا و یا ضابطه و معیار در گناه کبیره و صغیره. دیگر این که ضابطه به معنای مفهوم کلی می‌باشد و شامل فروع و مصادیق یک باب فقهی خواهد شد؛ مانند این که گفته می‌شود: «و ضابط ما یشرط فی امام الصلاة کماله و ایمانه و عدالته و...» و یا «ضابط النذر...» اگرچه میان ضابطه و قاعده مشترکاتی وجود دارد اما از جهاتی تفاوت‌هایی با هم دارند؛ از جمله این که ضابطه فقهی، قضیه‌ای است که در مقام بیان ملاک و شرایط موضوع حکم وارد شده است و حال آن که قاعده فقهی در صدد بیان موضوع یا متعلق آن نبوده بلکه در صدد بیان حکم کلی یا ملاک کلی مرتبط با احکام است نه موضوعات؛ مثل این که فقها معتقدند که ضابطه در صحت شرط، عدم مخالفت آن شرط با کتاب و سنت می‌باشد در حالی که قاعده فقهی در مورد «المومنون عند شروطهم» می‌باشد و در مبحث ضمان، راجع به ضابطه مثلی یا قیمی بودن اختلاف است در این که مراد از ضابطه و حقیقت مثلی و قیمی بودن و شرایط آن در عرف و شرع چیست در حالی که قاعده در این مورد لزوم جبران در مثلی به مثل و در قیمی به قیمت می‌باشد. تفاوت دیگری که بین ضابطه و قاعده وجود دارد، این است که ضابطه فقهی لازم نیست مستند به شارع باشد و از او گرفته شده باشد بلکه بسیاری از ضوابط مذکور در فقه از عرف گرفته شده است

۱- جعفری لنگرودی، مسبوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ص ۳۴۹۲.

برخلاف قواعد فقهی که باید مستند به شارع باشد.^۱
 برخی گفته‌اند: ضابطه در فقه تنها فروع یک باب را منظم می‌کند اما قاعده،
 فروع ابواب گوناگون را سامان می‌بخشد.^۲
 در واقع، ضابطه نزد فقها، حکمی کلی است که بر جزئیات خود منطبق باشد
 و یا حکم اغلبی که به یک باب اختصاص داشته باشد و مسائل و صور مشابه آن
 را جمع و انتظام بخشد^۳ تا در نهایت، خروجی آن یک حکم اغلبی باشد که بر
 مسائل و فروع خود منطبق می‌شود.
 لازم به ذکر است که مقصود ما از ضابطه، معنای اول یعنی همان ملاک و
 معیار است.

گفتار دوم: تعریف اصطلاحی معیار

مفهوم معیار در کاربردهای فقهی با مفاهیمی همچون ملاک و ضابطه به یک
 معنا و مترادف به کار رفته است.
 معیار در اصطلاح، معنایی غیر از معنای لغوی خود ندارد؛ چرا که معیار واژه
 پرکاربری است و تقریباً در همه علوم به کار می‌رود اما تعریف اصطلاحی خاصی
 در علوم ندارد. شاید بتوان علت اصطلاح ناپذیری آن را در غنای معنای لغوی آن
 جستجو کرد؛ چرا که معنای لغوی آن در همه علوم و حوزه‌ها کاربردی است.^۴ با
 این حال، برخی بیان کرده‌اند که معیار در اصطلاح علمای علم اصول همان ظرف
 مساوی برای مظلوف است؛ مانند وقت روزه.^۵

۱- فرحناک، مأخذ شناسی قواعد فقهی، ص ۳۵.

۲- الحسینی القریبی الکفوی، الکلیات معجم فی المصطلحات و الفروق اللغویة، ج ۴، ص ۴۸.

۳- ابن نجیم المصری، الاشباه و النظائر، ج ۱، ص ۱۱.

۴- بهمنی، «معیار پژوهش قرآنی»، ص ۱۴۲.

۵- تهنوی، کشف اصطلاحات الفنون، ج ۲، ص ۱۶۰۱.