



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
برنامه ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

قواعد کبرای فقهی و اثرگذاری آن بر بخش معاملات مالی قانون مدنی

رساله ماستری

محصل: محمدحسین عاطفی

استاد رهنما: پوهندوی دکتور رفیع الله عطاء

سال: 1398 هـ ش



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
پروگرام ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

قواعد کبرای فقهی و اثرگذاری آن بر بخش معاملات مالی قانون مدنی

رساله ماستری

محصل: محمد حسین عاطفی

استاد رهنما: پوهندوی دوکتور رفیع الله عطاء

سال: ۱۳۹۸ هـ ش - ۱۴۴۱ هـ

اللَّهُ
الرَّحْمَنُ
الرَّحِيمُ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورد ماستری

تصدیق نامه

محترم محمد حسین ولد عبدالملک ID: 97-491-SH-MSF محصل دور ششم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: قواعد کبری فقهی و اثر گذاری آن بر بخش معاملات مالی قانون مدنی به روز ۱۳۹۸/۱۱/۱۴ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۳ (نمره به عدد) نود و دوازده (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۲	دکتور اصحاب الله او اب	عضو هیات	
۳	دکتور رفیع الله عطاء	استاد رهنا و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... آمر بورد ماستری

اهداء:

- به پدر بزرگوارم شیخ الحدیث والقرآن الحاج مولوی عبدالمالک عاطفی حفظه الله که نخستین مربی جسمی و معنوی ام بوده است .
- ومادرگران مهمرم که بهترین داشته های خود را مرهون او میدانم .
- همسرمهربانم که زندگی را رنگ زد محبت ورزید وعزم بخشید.

خلاصه (چکیده)

رابطه میان قانون و فقه اسلامی از دیرزمانی محور تحقیق و تفحص محققین این دوحوزه بوده است، تا جای که بر ایند این تمرکز و توجه را صدها اثر علمی مطبوع و غیر مطبوع به رخ می کشد. قانون مدنی کشور نیز از زمره قوانینی به حساب می رود که بالقوه از فقه اسلامی متأثر بوده و در فرایند تأسیل مواد این قانون این مدعاء به خوبی می تواند تثبیت شود.

کمیت این اثرپذیری از فقه اسلامی بویژه قواعد عام فقهی مستلزم تحقیق موضوعی است که نگارنده جهت نیل به دریافت درجه ماستری در رشته فقه و قانون در پوهنتون سلام - کابل به دنبال آن است و رجا دارد که این تحقیق بتواند تاحدی خلای علمی موجود در این بخش را سامان بخشد. یقیناً این اثر بابت دریافت میزان اثرپذیری و قلت و کثرت اثرگذاری پنج قاعده کبرای فقهی (الامور بمقاصدها، الیقین لایزول بالشک، الضرر یزال، المشقة تجلب التیسیر و العادة محكمة) بالای مواد بخش معاملات مالی قانون مزبور خواهد بود که با استفاده از منابع کمکی دست اول در حوزه های فقه اسلامی و قانون به سبک و گونه ی معیاری و اکادمیک به رشته تحریر درآمده است.

نگارش حاضر بالبداهه با مقدمه ی که در واقع چشم انداز کلی تحقیق انگاشته می شود کلید خورده است و محتوای تحقیقی آن حدود ۶ فصل را احتوای کرده می کند.

این تحقیق با رویکرد دینی، و استفاده بهینه از منابع معتبر و موثق دینی- علمی، نظیر کُتب معتبر اسلامی با روش تحقیق کتابخانه‌یی به شیوه بررسی تحلیلی به سلک نوشتار رفته است.

در فصل اول محقق در پی واکاوی و تبیین مفاهیم عام تحقیق برآمده است و موضوعات کلی یا بحوث مقدماتی ضروری را نیز از قلم نبرده است، یعنی شامل دو مبحث مفاهیم و کلیات می شود. در فصل دوم الی ششم با تحقیق روی قواعد کبری فقهی هر کدام را با آوردن نمونه های تطبیقی از بخش معاملات مالی قانون مدنی بعد از مقارنه ی موضوعی و تحلیل قضایا تطبیق داشته و اثرپذیری مواد قانون را از قواعد مزبور به گونه ی کاربردی و مستدل تثبیت نموده است.

دریافت کمیت اثرپذیری متون قانونی بالای بخش معاملات مالی قانون مزبور و توفیق دست یابی برای اینکه کدامین قاعده کبرای بیشترین اثر گذاری را روی این بخشی از قانون داشته و کم ترین اثر گذاری را کدام قاعده به خود اختصاص داده است، یک از اهداف کلان تحقیق حاضر است.

تحقیق پیش رو با آوردن برآیند یا نتیجه گیری به دوزبان (زبان تحقیق و انگلیسی)، پیشنهادات، فهرست اعلام، فهرست آیات قرآنی، فهرست احادیث به کاررفته و فهرستی از منابع و مأخذ به کاررفته به فرجام رسیده است.

نویسنده این سطور رجای واثق دارد تا از این اثر جهت تولید علم و روشنگری در جامعه اسلامی استفاده بهینه صورت گیرد.

کلمات کلیدی : قاعده، قواعد، فقه، قواعد فقهی، معاملات مالی و قانون .

سپاس گزاری

بی گمان شکران و پاس داشت از همیاری یاران خوب ایمانی، مقدمه‌ی برای شکر توفیقات خالق دانا و علیم است.

روی این بناء در نخست از الله متعالی بابت نعمات و توفیقات خویش اظهار شکران می نمایم و این تحقیق را مرهون راهنمایی‌ها و همیاری‌های بی شایبه اساتید فرهیخته‌ی می انگارم که برای اشاعه دانش دینی - حقوقی و توسعه فکرو فرهنگ ناب اسلامی زندگی شان راریسک و زمان گران بهای شان را وقف کرده اند. از استاد والا شآن، فهیم فرزانه محترم دکتور پوهندوی رفیع الله عطاء ربیس پوهنچی حقوق و علوم سیاسی پوهنتون ننگرهار و استاد مرحله‌ی ماستری در پوهنتون سلام که به عنوان استاد مشرف از هیچ نوع همکاری معنوی تا فرجام دریغ نورزیده اند و همچنان پوهنمل دوکتور اصحاب الله اواب استاد پوهنچی شرعیات پوهنتون کابل و پوهندوی استاد وزیر محمد سعیدی منیث استادان مناقش ابراز تشکر و امتنان می نمایم.

نگارنده این سطور به پاس داشت زحمات و حمایت‌های سایر اساتید گران مهر خود رهبری محترم پوهنتون وزین سلام مراتب شکران خود را به بهترین الفاظ محضر مکرم شان تقدیم می دارم .
رجامندم تا توفیقات مزید الهی در مسیر روشنگری دینی و نهادینه سازی کیش و فرهنگ بی آلائش اسلامی و برای کشور اسلامی مان شامل حال شان شود.
سهم دوستان و یاران خوبم نیز در امر به نتیجه نشستن این تحقیق برجسته بوده است؛ که در یک کلام بابت همه چیز از ایشان مشکورم.

فهرست مطالب

1	مقدمه
1	تعریف موضوع
2	سوالات تحقیق
2	اهداف تحقیق
3	اهمیت تحقیق
4	انگیزه‌های انتخاب موضوع
4	روش تحقیق
5	پیشینه تحقیق و مطالعات موضوع
6	جنبه‌های نوآوری
6	پلان یا خطة البحث

فصل اول مفاهیم و کلیات

9	مبحث اول: مفاهیم
9	مطلب اول: مفهوم قاعده، فقه و قانون
16	مبحث دوم: کلیات
16	مطلب اول: تفاوت میان قاعده فقهی با ضابطه فقهی
17	مطلب دوم: تفاوت میان قاعده فقهی و نظریات فقهی
18	مطلب سوم: تفاوت میان قواعد فقهی و قواعد حقوقی
19	مطلب چهارم: شکل‌گیری و تکامل قواعد فقهی
21	مطلب پنجم: حجیت و مصادر قواعد فقهی
25	مطلب ششم: اهمیت قواعد فقهی
27	مطلب هفتم: مهمترین کتب تألیف شده در حوزه قواعد فقهی
28	مطلب هفتم: انواع قواعد فقهی

فصل دوم الأمر بمقاصدها

حکم بر اعمال منوط بر نیت ها است

31	مبحث اول: تشریح مفردات، اهمیت قاعده، دلیل قاعده، اهم فروع قاعده
31	مطلب اول: تشریح مفردات قاعده
32	مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده
33	مطلب سوم: اهمیت و جایگاه قاعده
35	مطلب چهارم: الفاظ (عبارات) دیگر قاعده
35	مطلب پنجم: میانی (دلایل و مستند) قاعده
37	مبحث دوم: اهم فروع قاعده
37	مطلب اول: العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا للالفاظ والمبانی
39	مبحث سوم: تطبیق یا اعمال قاعده با بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور

- مطلب اول: نقش اراده، نیت و قصد باطنی در ایجاد معاملات مالی..... 39
- مطلب دوم: رابطه نیت و اراده با ایجاب و قبول در معامله..... 41
- مطلب سوم: الفاظ ایجاد کننده عقد (معامله)..... 41
- مطلب چهارم: واضح و روشن بودن مفاد معامله..... 42
- مطلب پنجم: مالک عوضین قلمداد کردن طرفین معامله در بیع مقایسه..... 43
- مطلب ششم: تصرف مالکانه مشتری در مبیع معیوب بعد از اطلاع از عیب و سقوط خیار عیب او..... 43
- مطلب هفتم: بحث حواله به شرط..... 43
- مطلب هشتم: بحث اقاله عقد (معامله)..... 44
- مطلب نهم: روش های ایجاب و قبول در هبه..... 44
- مطلب دهم: موانع رجوع از هبه..... 45
- مطلب یازدهم: هبه بیمار مبتلاء به بیماری مرگ..... 45
- مطلب دوازدهم: هلاک مبیعه بعد از قبض..... 46
- مطلب سیزدهم: اجرای عمل معین به عنوان سهم در عقد شرکت..... 46
- مطلب چهاردهم: حقوق شرکاء در عقد شرکت..... 47
- مطلب پانزدهم: شریک بودن مضارب و صاحب مال در مفاد ناشی از مضاربت..... 47
- مطلب شانزدهم: سکوت مؤجر با وجود علم بر انتفاع از عین مستأجره بعد از انتهای مدت اجاره..... 48

فصل سوم

اليقين لا يزول بالشك

يقين بالشك زدوده نمی شود

- مبحث اول: تشریح مفاهیم قاعده، مفهوم اجمالی قاعده دلیل قاعده..... 50
- مطلب اول: تشریح مفاهیم..... 50
- مطلب دوم: مفهوم اجمالی قاعده..... 51
- مطلب سوم: دلیل یا مستند قاعده..... 51
- مبحث دوم: اهم فروع قاعده..... 53
- مطلب اول: (الأصل بقاء ما كان على ما كان)..... 53
- مطلب دوم: القديم بترک علی قدمه (قدیم بر قدامت خود باقی گذاشته میشود)..... 53
- مطلب سوم: الأصل براءة الذمة (براءة الذمه حالت اصلی است)..... 53
- مطلب چهارم: الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته..... 54
- مطلب پنجم: الأصل في الصفات العارضة العدم..... 55
- مطلب ششم: الأصل في الكلام الحقيقة..... 55
- مطلب هفتم: الأصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته..... 56
- مبحث سوم: تطبيق يا اعمال قاعده با مواد قانون مدنی افغانستان..... 56
- مطلب اول: صورت های موجب ضمان (تاوان) از اثر عیب مبیع بالای بایع برای مشتری..... 56
- مطلب دوم: حق داشتن بایع بر حبس مبیعه در بیع غیر مؤجل مگر اینکه مشتری ثابت نماید که موافقه برخلاف آن صورت گرفته است..... 58
- مطلب سوم: استثنای حالت موافقه و اقتضای عرف در باب پرداخت مصارف تسلیمی مبیعه در صورت اثبات..... 58

- مطلب چهارم: عدم صلاحیت رجوع مستصنع بالای صانع مبنی بر عیب مگر به اثبات گذاشتن شرط
 59.....خيار عيب
 59.....مطلب پنجم: حفظ ودیعه مودع غایب تا زمانی که از وفات او علم و یقین حاصل شود
 60.....مطلب ششم: عدم ضمان هلاک و دیعه بالای مستودع مگر در صورت اثبات تجاوز و تقصیر
 61.....مطلب هفتم: مدت خيار رویت
 62.....مطلب هشتم: عدم صلاحیت ورثه در استفاده از خيار شرط مگر به موافقه خاص
 62.....مطلب نهم: عدم تحمل خسارت ناشی از مضاربت توسط مضارب مگر به شرط ضمانت مضارب
 63.....مطلب دهم: اشتراط عدم رسیدن منفعت برای مضارب از طرف صاحب مال
 64.....مطلب یازدهم: قبول قول مضارب در وقت اذعان به عدم مفاد در مضاربت
 64.....مطلب دوازدهم: سلب حق درخواست فسخ یا تنقیض اجرت توسط مستأجر بر اثر عیب عین اجاره داده
 64.....شده توسط اثبات علم مستأجر به عیب از طرف مؤجر در زمان عقد
 65.....مطلب سیزدهم: شرایط ضمان (توان) عیوب پنهان عین مستأجره
 65.....مطلب چهاردهم: وجوب مصارف عقد مقایسه بالای طرفین معامله مگر اینکه موافقه بخلاف آن شده
 66.....باشد
 66.....مطلب پانزدهم: عدم مسؤلیت و اهب از استحقاق موهوبه توسط غیر مگر اینکه تقصیر عمدی او ثابت
 66.....شود

فصل چهارم

المشقة تجلب التيسير

مشقت جلب می کند سهولت را (مشقت به بار آورنده و فراهم کننده سهولت است)

- 69.....مبحث اول: تشریح مفاهیم، مفهوم کلی، اهمیت و دلایل قاعده
 69.....مطلب اول: تشریح مفاهیم
 72.....مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده
 73.....مطلب سوم: مستند و دلایل قاعده
 75.....مبحث دوم: اهم فروع قاعده
 75.....مطلب اول: إضاقة الأمراتسع (هرگاه کار به سختی گراید گشاده شده وسعت میابد)
 76.....مطلب دوم: الضرورات تبيح المحظورات
 76.....مطلب سوم: الضرورات تقدر بقدرها (ضرورت ها به اندازه ی رفع نیاز سنجیده می شود)
 77.....مطلب چهارم: الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت او خاصة
 77.....مطلب پنجم: الإضرار لا يطل حق الغير) اضطرار موجب تلف شدن حق دیگران نمی شود
 77.....مطلب ششم: ماجاز لعذر بطل بزواله) آنچه که بر حسب عذر جواز پیدا کرده بود، بازوال آن جواز باطل
 77.....میگردد
 77.....مطلب هفتم: لامعتبر بالبدل حال قيام الأصل ولا يجمع بين البدل والأصل) تازمانی که اصل قابل
 78.....اجراء باشد بدل اعتباری ندارد و میان اصل و بدل جمع نمی شود
 78.....مطلب هشتم: نفی الحرج والعسر) حرج و عسرنفی شده است
 79.....مطلب نهم: الميسور لا يسقط بالمعسور) با استفاده از مشقت نمی شود به نابودی سهولت اقدام کرد
 79.....مبحث سوم: تطبيق يا اعمال قاعدة بامواد قانون مدنی کشور
 80.....مطلب اول: جواز عقد سلم، استصناع، بيع و فاء

- 82.....مطلب دوم: قایل شدن حق مطالبهٔ مصارف بالای مبیعه در بیع وفا برای مشتری.....مطلب سوم: جواز فروش مبیعه در بیع وفاء برای بایع درحالت که مشتری مطالبه ثمن را نماید.....
- 83.....مطلب چهارم: جواز عقد از طریق تلفن و رسانه های اجتماعی.....
- 84.....مطلب پنجم: جواز به بردن طریقه های مختلف در ایجاب و قبول.....
- 85.....مطلب ششم: حق حبس مبیعه برای بایع در صورتی که مشتری از تسلیم نمودن ثمن امتناع ورزد.....
- 86.....مطلب هفتم: اجازه فسخ عقد بیع برای بایع در صورت عدم اجرای تعهدات مشتری.....
- 86.....مطلب هشتم: جواز اخذ قیمت مال مثلی در صورت معدوم شدن آن در بازار.....
- 87.....مطلب نهم: جواز پرداخت تفاوت قیمت در یکی از اجناس در بیع مقایسه.....
- مطلب دهم: حق درخواست فسخ عقد برای یکی از عاقدین هرگاه طرف وجبیه را ایفاء ننماید، و جواز مهلت به مدیون جهت اجرای تعهد.....
- 88.....مطلب یازدهم: اختیار برای مشتری برای قبول یا فسخ عقد در صورت به استحقاق برده شدن بعضی از مبیعه.....
- 89.....مطلب دوازدهم: جواز طلب فسخ یا تنقیص اجرت در صورت سالم نبودن مأجوره.....
- 90.....مطلب سیزدهم: پایان یافتن عقد مساقات (باغبانی) به اثر عذر.....
- 91.....مطلب چهاردهم: جواز مشروط رجوع از هبه.....
- 92.....مطلب پانزدهم: جواز مطالبه رد شی پرداخت شده به قسم خطاء.....

فصل پنجم

الضرر یزال

ضرراز بین برده میشود

مبحث اول: تشریح مفاهیم، مفهوم کلی، اهمیت ودلائل

- 94.....قاعده.....
- 94.....مطلب اول: تشریح مفاهیم.....
- 95.....مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده.....
- 96.....مطلب سوم: اهمیت این قاعده.....
- 96.....مطلب چهارم: میناء ودلائل قاعده.....
- 99.....مبحث دوم: قواعد مرتبط.....
- ۹۹.....مطلب اول: قاعده لاضرر ولاضرار.....
- 10۱.....مطلب دوم: الضرر يدفع بقدر الإمكان.....
- 101.....مطلب سوم: الضرر الأشد یزال بالضرر الأخف.....
- 101.....مطلب چهارم: یختار أهون الشرین.....
- 102.....مطلب پنجم: یتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام.....
- ۱۰۲.....مطلب ششم: درء المفسد أولى من جلب المصالح.....
- 102.....مبحث سوم: تطبیق یا اعمال قاعده با مواد قانون مدنی.....
- 102.....مطلب اول: ضمان ضرر ناشی از اتلاف مال غیر.....

- مطلب دوم: تلف نمودن مال غیر به زعم اینکه مال خودش است..... 103
- مطلب سوم: تعیین اندازه ضمان نظر به پیمانانه خساره وارده..... 104
- مطلب چهارم: جواز مشروط عقد بالای معقود علیه غیر حاضر..... 104
- مطلب پنجم: اهلیت معامله..... 105
- مطلب ششم: جواز استرداد اشیای معیوب که به عقد واحد به فروش رسیده است..... 106
- مطلب هفتم: تاوان عیوب پنهان مبیعه..... 106
- مطلب هشتم: عدم جواز رجوع به بایع به اثر عیب جدید در مبیعه..... 107
- مطلب نهم: پرداخت تاوان تغییرات اساسی مبیعه در بیع و فاء..... 108
- مطلب دهم: منع مدیون مفلس از تصرفات برای دفع ضرر از داینان..... 108
- مطلب یازدهم: عدم تضرر شرکت عنوانی مکلفیت شریک..... 108
- مطلب دوازدهم: فسخ قضایی عقد شرکت برای جلوگیری و رفع ضرر بیشتر برای شرکاء..... 109
- مطلب سیزدهم: امکانیت انتفاع از عین مستأجره..... 110
- مطلب چهاردهم: تاوان نقصان و تغییرزیان آور عین اجاره شده..... 110
- مطلب پانزدهم: تاوان (ضمان) تلف مصنوع در عقد استصناع قبل از تسلیمی..... 111
- مطلب شانزدهم: حالات فسخ عقد استصناع از طرف مستصنع و طلب جبران خساره در صورت متضرر شدن..... 111
- مطلب هفدهم: ضامن شدن مستودع در صورت هلاک و دیعه به اثر اهمال و غفلت در نگهداشت و تعدی در آن..... 112

فصل ششم

العادة محكمة

عرف یا عادت حکم قرار می گیرد

- مبحث اول: تشریح مفردات، مفهوم کلی، اهمیت و دلایل قاعده..... 115
- مطلب اول: تشریح مفردات قاعده..... 115
- مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده..... 116
- مطلب سوم: اهمیت قاعده..... 117
- مطلب چهارم: دلایل قاعده..... 117
- مبحث دوم: اهم فروعات و قواعد مرتبط قاعده..... 122
- مطلب اول: المعروف عرفا کالمشروط شرطا..... 122
- مطلب دوم: استعمال الناس حجة يجب العمل بها..... 122
- مطلب سوم: الثابت بالعرف کالثابت بالنص..... 123
- مطلب چهارم: المعروف بین التجار کالمشروط بینهم..... 123
- مطلب پنجم: الممتنع عادة کالممتنع حقيقة..... 124
- مطلب ششم: لا ینکر تغییر الاحکام بتغیر الازمان..... 124
- مبحث سوم: اعمال یا تطبیق قاعده با مواد قانون مدنی..... 126
- مطلب اول: لزوم تفسیر معامله (عقد) بر اساس عرف و عادات جاریه بین مردم..... 126
- مطلب دوم: انعقاد معامله با اعمال و اشارات متداول عرفی در جنب گفتار و نوشتار..... 127
- مطلب سوم: الفاظ ایجاب و قبول مطابق به عرف..... 127

128	مطلب چهارم: معیار قرار دادن لوازم عرفی عقد به منزله شرط عقد (معامله)	128
128	مطلب پنجم: مسؤول قلمداد کردن بایع از نقص مبیعه بعد از تعیین آن در عقد وفق عرف	129
129	مطلب ششم: داخل بودن اجزاء و توابع مبیع در مبیعه به اساس مقتضای عرف	130
130	مطلب هفتم: تعیین عرف منحیث معیار شناخت عیب موجب ضمان در مبیعه	131
131	مطلب هشتم: فوریت و عدم فوریت در پرداخت ثمن (پول) مبیعه مطابق به مقتضای عرف	131
131	مطلب نهم: عدول از حالت اصلی در مسأله مصارف تسلیمی مبیعه به مقتضای عرف	132
132	مطلب دهم: معیار قرار گرفتن مقتضای عرفی در انعقاد هبه	مطلب یازدهم: ملاک قرار گرفتن عرف در تعیین مدت اجاره در صورتیکه مدت در عقد تصریح نشده باشد
123	مطلب دوازدهم: معیار قرار گرفتن عرف در رابطه به چگونگی انتفاع از زمین مستأجر از زمین زراعتی	133
133	مطلب سیزدهم: نحوه ی انتفاع از عین اجاره داده شده به اساس عرف جاریه و بگونه ی متعارف در صورت عدم تصریح در موافقه	133
133	مطلب چهاردهم: تقسیم حاصلات میان مالک زمین و مزارع وفق اقتضای عرف	134
134	مطلب پانزدهم: تعیین مدت برای عقد مساقات مطابق به عرف	مطلب شانزدهم: تعیین مزد کارگر مطابق عرف در وقتیکه در عقد کار اجرت تصریح نشده باشد
134	نتیجه گیری	135
142	پیشنهادات	144
144	فهرست آیات های قرآنی	146
146	فهرست احادیث نبوی	148
148	فهرست اعلام	150
150	مراجع و مصادر	151
151	Summary of the Research	159

مقدمه

الحمد لله رب العالمين والعاقبة للمتقين والصلوة والسلام على رسوله محمد وعلى آله و أصحابه أجمعين ومن دعا بدعوته وجاهد على طريقته الى يوم الدين :

آشنایی با قواعد کلی فقه به‌ویژه برای محصلان و فارغین رشته‌های فقهی و قضائی از آن‌جهت ارزش و اهمیت دارد که این قواعد از جمله اجزای اساسی دانش مسلکی و فعالیت‌های مرتبط با وظایف آن‌ها بشمار می‌رود؛ قواعد فقهی نام همان اصول کلی است که از نصوص متعدد قرآن کریم، سنت نبوی استخراج شده، جزییات و فروعات زیادی را در ساحات و بخش‌های مختلف زندگی احتوای میکند، از میان قواعد فقهی در کلیه مذاهب میتوان پنج قاعده اساسی و متفق را عنوانی قواعد کبرای یا امهات قواعد برشمرد که عبارت‌اند از :

1. الأمور بمقاصدها؛

2. الضرر يزال؛

3. العادة محكمة؛

4. اليقين لا يزول بالشك؛

5. المشقة تجلب التيسير .

که این قواعد نه تنها در تمام فروع فقهی اعم از عبادات، معاملات، مناکحات و جنایات بلکه در تمام اشیاء اعم از : خوردنی ها، پوشیدنی‌ها و آشامیدنی‌ها کاربرد وافر داشته و در قاطبه حالات شامل مسافرت، اقامت، تندرستی و بیماری تأثیر بسزایی دارد.

نوع دیگری از قواعد فقهی هم هستند که اختصاص به یک باب فقه ندارند بلکه مشتمل بر ابواب زیادی اند ولی شمول آن‌ها نسبت به قواعد کبرای ذکر شده کمتر است، مانند قاعده‌های:

✓ الاجتهاد لا ينقض بمثله؛

✓ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص؛

✓ اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام وامثال آنها...

به هر حال ما درین تحقیق در پی بررسی پنج قاعده کبرای اتفاقی با مصادیق اثر گذاری آن بر بخش معاملات مالی قانون مدنی افغانستان هستیم نه مطلق قواعد فقهی اعم از متفق و غیر متفق.

مسئلاً نظام حقوقی کشور با وجود تاثیر پذیری از نظام رومن ژرمنیک، ریشه‌ی عمیق در خانواده حقوقی اسلام نیز دارد؛ پس بدین ملحوظ گفته می‌توانیم که سیستم یا نظام حقوقی کشور آمیخته‌ای از خانواده حقوقی اسلام و رومن ژرمنیک است؛ اما اثرگذاری نظام حقوقی اسلام به مراتب نسبت به سایر نظام‌ها بر حقوق کشور بواحتر به نظر می‌رسد. بابت این امر بارزترین مصدر نظام حقوقی اسلام فقه یا شریعت اسلامی است و قواعد فقهی نیز اثرگذارترین منبع در تبویب فقهی حوزه تقنین کشور محسوب می‌شوند.

سوالات تحقیق :

الف) سوال اصلی:

سوال اصلی در این تحقیق این است که؛ آیا قواعد کبرای فقهی بالای بخش معاملات مالی قانون مدنی در تبویب و بیان احکام مؤثر بوده است؟

ب) سوالات فرعی:

1. قاعده الامور بمقاصدها روی مبحث معاملات مالی قانون مدنی تا چه حدی اثر داشته است؟
2. آیا میتوان اثر گذاری قاعده الیقین لایزول بالشك بالای این بخش از قانون مدنی دید؟
3. آیا میشود نمونه‌ی های از اثر گذاری قاعده الضرریزال را در این بخشی از قانون مدنی دریافت کرد؟
4. قاعده المشقة تجلب التیسیر تا چه اندازه‌ی بالای تخفیفات این بخش از قانون مدنی اثر داشته است؟
5. آیا این بخش از قانون عرف و عادت را معیار و حکم حسب فقه اسلامی در بیان احکام میداند؟

اهداف تحقیق :

1. درین تحقیق برآنیم تا مصادیق تطبیقی قواعد کبرای فقهی را در قانون مدنی کشور کنکاش نموده؛ تاثیر قواعد کبرای فقهی را در قوانین افغانستان به خصوص در **قانون مدنی (بخش**

معاملات مالی) نه به طور تیوریک و نظری؛ بلکه به صورت کاربردی و عملی حتی المقدور بیان نماییم و بدین وسیله حرف‌های بی‌اساس و واهی برخی را که مدعی مقتبس بودن قوانین کشور از قوانین موضوعه غرب و مجزای بودن قوانین به‌ویژه قانون مدنی از اسلام است را رد و از بن بی‌اساس ثابت نماییم؛

2. با نگارش این رساله سعی شده است تا میزان اثرپذیری بخش معاملات مالی قانون مدنی از قواعد فقهی به گونه‌ی مستدل تبیین شود.

3. درنیشن این رساله محقق در پی آن بوده است تا بتواند به سهم خود اثر نسبتاً بکری را برای محصلین، و اهل تخصص در حوزه های فقهی و قانونی به جاگذارد.

اهمیت تحقیق:

اهمیت این فرایند (تحقیق روی قواعد فقهی و تطبیق دادن آن با قوانین) را از این‌جا میتوان درک کرد که امت اسلامی در هر برهه‌ی زمانی به فقیه و مرجع افتاء و قضاء نیاز داشته و دارد؛ لذا متصدیان این امور اگر به قواعد فقهی تطبیقی به‌ویژه قواعد کبرای فقهی معرفت و آشنایی نداشته باشند، نه تنها فقیه، مفتی و قاضی به‌شمار نرفته؛ بلکه شایسته این لقب رفیع هم شده نمی‌توانند؛ زیرا که استفاده از قواعد فقهی به‌ویژه قواعد کبرای فقهی در انضباط احکام و فتواهایی که توسط مفتی و یا قاضی صادر می‌گردد نقش بارزی دارد؛ بخاطر این‌که استناد نمودن قاضی به قواعد فقهی در اصدار حکم و همچنان استناد و مراجعه نمودن فقیه، مفتی و قاضی به قواعد فقهی در هنگام ارایه‌ی فتوا و حکم در حقیقت استناد به یک اصل اصولی است که سبب قوت و استحکام آن حکم و یا فتوای میشود.

از همین جا است که امام قرافی مالکی که بدون شک یکی از نویسندگان چیره‌دست همین رشته بوده است اهمیت و فایده قواعد فقهی را اینگونه بیان میدارد: وقواعد الفقه عظیمه النفع و بقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه و تتضح له مناهج الفتاوى و من أخذ الفروع الجزئية دون قواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع و اضطرت و قد تتعارض ظواهرها؛ اما من ضبط الفقه بقواعده فإنه يستغنى عن ضبط الأكثر الجزئيات لإندراجها في الكلليات و تناسب عنده ما تضارب عند غيره).¹

¹ القرافي، أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ج ١ ص ٣ ناشر عالم الكتب، ب - ت، ب ط .

یعنی قواعد فقهی دارای منفعت بزرگی است و به هر اندازه‌ای که فقیه از این قواعد برخوردار باشد به همان اندازه از مقام و جایگاه بلندتری برخوردار گردیده، راه‌ها و شیوه‌های افتاء برایش روشن‌تر و گسترده‌تر می‌شود؛ اما برعکس کسی که خواسته باشد بدون در نظر داشت قواعد کلی فقهی به فروع جزئی دست‌رسی پیدا کند، بدون شک در هنگام فراگیری آنها با تناقض و اضطراب‌هایی مواجه گردیده تا جاییکه در ظاهر و آغاز کار آن جزییات در نظرش متعارض و غیر منسجم جلوه می‌کند؛ اما کسی که فقه و مطالب فقهی را یکجا با قواعدش فراگیرد شکی نیست که از حصر و ضبط جزییات زیادی بی‌نیاز گردیده است و از هر نوع اضطراب و حیرتی که دیگران با آن مواجه می‌شوند؛ نجات می‌یابد.

انگیزه‌های انتخاب موضوع:

انگیزه در نوشتار بارزترین عامل قلم زدن و تحقیق پنداشته می‌شود در نوشتن این رساله نیز انگیزه‌های نقش بسته است که از آنها به صورت ملخص یاد آور می‌شویم:

1. نبود آثار ویژه موضوع حاضر (اثر تحقیقی - تطبیقی قواعد کبرای فقهی با قانون مدنی) و کمتر بودن آثار ازین دست به زبان‌های ملی؛

2. ادعاهای واهی و میان‌خالی بعضی به ظاهر روشن فکر به این که قوانین کشور بخصوص قانون مدنی متأثر از قوانین وضعی غربی بوده و هیچ رابطه‌ای با شریعت و فقه اسلامی ندارد که درد مندانه این گونه افواهاات تاحدی توانسته است آیدیولوژی و طرز دید بعضی از جوانان ناآگاه از فقه و اساسات اسلامی را با خود همگام سازد و این حرف‌های هرزه حتی مشاعر بعضی علمای دینی و مردم عام را مجروح و متأثر ساخته و آن‌ها را نسبت به مراکز تحصیلی این حوزه (علوم قانونی) و مراجع عدلی و قضایی بدبین ساخته است؛

3. ساختن یک جزوه‌ی درسی بکروبارور بامعیارهای پذیرفته شده تحقیقی و اکادمیک برای محصلان مؤسسه تحصیلی که مؤلف وظیفه تدریس مضامین فقهی و حقوقی را در آن دارد.

بدین بابت موضوع تیزس (پایان نامه تحصیلی) دوره ماستری خویش را عنوانی: **قواعد کبرای فقهی و اثرگذاری آن بر بخش معاملات مالی قانون مدنی**

انتخاب نموده‌ام تا باشد اثرگذاری قواعد فقهی را در قوانین کشور بخصوص در باب عقود و معاملات مالی قانون مدنی نه بطور تیوریک و نظری؛ بلکه به صورت کاربردی و عملی بیان نمایم.

روش تحقیق:

تحقیق حاضر در این باب به شکل تحلیلی - توصیفی صورت گرفته که در زمینه جمع آوری اطلاعات روش کتابخانه‌ای را می‌پیماید که برای غنای آن از منابع و نوشته‌های معتبر موجود در باب قواعد کلی فقهی، فقه اسلامی، اصول فقه، قانون مدنی، شروح قانون مدنی کشور، کتب حدیث و تفاسیر معتبره و سایر منابع دست اول به کار برده می‌شود.

پیشینه تحقیق و مطالعات موضوع:

بدیهی است که قواعد کلی فقهی برخلاف قوانین مدون در یک وقت معین آن هم به‌طور مجموعی وضع و در اختیار فقیه قرار داده نشده است؛ بلکه به تدریج و در طول زمان مفاهیم و عبارات آن شکل گرفته اند.

این قواعد به اساس نصوص تشریحی و استنباطات برترین فقهای مذاهب مختلف که علاوه بر نصوص به مبادی اصول فقه و علل احکام و قوانین عقلی توجه داشته اند، استوار می‌باشد. زمانی که به تاریخ و پیشینه قواعد فقهی نظری انداخته شود واضح خواهد شد که فقهای اسلامی در ادوار مختلف نهضت فقهی به جمع و توضیح قواعد کلی فقهی پرداخته‌اند؛ و نخستین عالم ودانشمندی که درین مورد اقدام نموده است علامه **ابوطاهر دباس حنفی** می‌باشد که ۱۷ قاعده فقهی را به معرفی گرفت، سپس علامه کرخی رساله مستقلی را که حاوی ۳۷ قاعده فقهی بود تألیف کرد، بعد از آن ابن نجیم آمد و با تألیف نمودن کتاب **الاشباه و النظائر** این موضوع را اندکی بسط و تفصیل بیشتر داد و فروع زیادی را بر آن قواعد مرتب نمود.

به تعقیب آن‌ها علمای متقدم و متأخر دیگری نظیر: زرکشی، خادمی، سبکی، قرافی مالکی، ابن رجب حنبلی ... به این مأمول قلم زدند و همچنان از زمره علمای معاصر که

روی این موضوع آثاری را تدوین نمودند می‌توان از: شیخ مصطفی زرقا، دکتور عبدالکریم¹ زیدان، عزت عبید الدعاس و مثال زد، موضوع قواعدفقهی توجه علماء و دانشمندان سرزمین ما (افغانستان) را نیز به خود معطوف داشته است که کتب چندی در این عرصه نگاشته‌اند که به‌شکل نمونه از چند کتاب نوشته شده به زبان های ملی یادآور می‌شویم:

(الف) کتاب شرح قواعدفقهی تألیف عزت عبیدالدعاس ترجمه دکتور محمد یونس ابراهیمی استاد پوهنتون پکتیا.

(ب) و همچنان در آمدی بر قواعد فقهی نوشته ی پوهاند دادمحمد نذیر استاد پوهنهی شرعیات پوهنتون کابل.

در کتاب ترجمه شده توسط آقای ابراهیمی خیلی به صورت ملخص و اجمالی روی قواعد فقهی بحث شده است و بدون در نظر داشت تفاوت و تفکیک میان قواعد کبرای و قواعد غیر فرعی نمونه‌های تطبیقی اندکی برای هر قاعده آورده شده است و از تطبیق قواعد با مواد قانون مدنی مخصوصا قانون مدنی کشور ما در این اثر خبری نیست.

همچنان جناب پوهاند دادمحمد نذیر در اثر خود با وجود در نظر داشت بعضی از موارد یاد شده در اثر قبلی به شرح کلیه قواعد فقهی اعم از قواعد کبرای و فرعی پرداخته؛ اما این اثر هم بین قواعد کبری و فرعی تفاوت نیاورده است و تعداد اندکی از این قواعد را با مواد قانون مدنی به گونه ی سطحی (بدون تبصره و تشریح) تطبیق نموده است.

جنبه های نوآوری:

اثر حاضر حاوی و بارور با ابتکارات و نوآوری های می باشد که ذیلا به آن میپردازیم:

1. در تحقیق حاضر تلاش شده است تا بعد از آوردن و ذکر قاعده کبری به فروعات مربوط نیز اشاره ی مختصر صورت پذیرد؛ و جمع کثیری از قواعد مرتبط از قواعد بگونه ی مختصر و عصاره توضیح یافته است.

2. این تحقیق در ذات خود نخستین تحقیق باموضوعیت خود بوده که نمونه ی دیگری با این موضوع به زبان های ملی کشور وجود ندارد.

¹ . دکتور عبدالکریم زیدان یکی از علمای برجسته ی اهل سنت عراق است . که در سابق سمت ریاست پوهنهی حقوق پوهنتون بغداد او یکی از علمای علم اصول و شریعت اسلامی شناخته می شود وی در پوهنتون های زیادی در کشور یمن نیز سمت مدرسیت داشت و از او ده ها اثر علمی در بخش های شریعت و قانون به جا مانده است .
محمد خیر بن رمضان بن اسماعیل یوسف : تکلمة مُعجم المؤلفین ، ج 1 ص 90 ناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت - لبنان چاپ اول 1418 هـ - 1997 م .

3. درین اثر مؤلف در تلاش بوده است که در ترجمه از روش ترجمه‌ی مفهومی استفاده برده و ترجمه را به زبان و مفهوم سلیس و روان درآورده است.

4. در اثر حاضر سعی بر آن داریم تا بعد از پردازش به مفاهیم و کلیات بحث هر یک از قواعد کبری به تشریح مفردات (تعریف ترکیبی) قاعده، اصل و مبنای قاعده، استثناءات قاعده؛ نمونه‌های (مثال‌های تطبیقی) از بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور برای کلیه قواعد کبری آورده و اثر پذیری این بخش از قانون مدنی را منحصیث نمونه از این قواعد منعکس سازیم.

5. این اثر بابت اینکه به گونه‌ی سلیس و به یکی از زبان‌های رسمی کشور نوشته شده است برای کلیه کنش‌گران رابطه فقه با قانون، محصلان و محصلات پوهنچی‌های شرعیات و حقوق، مشاورین در حوزه حقوق، مفتیان و وکلای مدافع در حیطة علمی - تخصصی و کاری‌شان ممد خواهد بود.

پلان (خطه بحث)

این رساله حاوی یک مقدمه فهرست مطالب، شش فصل و خاتمه می‌باشد که مقدمه مشتمل بر اهمیت موضوع، اهداف موضوع، سوالات تحقیق و روش تحقیق می‌باشد. در فصل اول آن حسب رسم معمول اهل تحقیق روی مفاهیم و کلیات موضوع بحث شده بعداً در فصل دوم قاعده‌الأمور بمقاصدها با جزییات ضروری آن آورده شده و بعداً با مواد قانون مدنی تطبیق و اعمال شده و تلاش شده است تا اثرگذاری آن بر متن بخش معاملات مالی قانون مدنی بیان شود.

در فصل سوم قاعده الیقین لایزول بالشک آورده شده است که ان هم بعد از توضیحات کافی در دو مبحث نخست در مبحث سوم با مواد قانون مدنی تطبیق داده شده است.

در فصل چهارم قاعده المشقة تجلب التیسیر بیان شده است و همچنان در فصل پنجم قاعده الضرر یزال به بحث گرفته شده و مصادیق آن از قانون مدنی تذکر داده شده است. و در فصل ششم قاعده العادة محكمة به بحث گرفته شده است باید یاد آور شد که هر فصل این تحقیق شامل سه مبحث کلی میشود که هر کدام از مباحث تحت چتر خود به مطالب و هر مطلب حسب ضرورت به ترتیب اجد و هر حرف اجد به شماره و هر شماره به و خاتمه نیز شامل نتیجه

گیری، پیشنهادات، فهرست اعلام تعریف شده، فهرست آیات قرآنی، فهرست احادیث به کاربرده شده و فهرست منابع و مأخذ می باشد.

فصل اول

مفاهیم و کلیات

درک درست از یک اثر علمی، مستلزم شناخت همه‌جانبه از مفاهیم و کلیات موضوع آن است؛ به‌همین سبب فصل اول این کتاب به‌مفاهیم و کلیات اختصاص یافته تا کلیدی باشد برای گشایش ابواب مسائل آن.

هدف از فصل اول این اثر آشنایی خوانندگان با مفاهیم اصلی و شالوده مباحث مندرج فصل‌های بعدی است. بدون تردید قبل از پرداختن به هر موضوع تحقیقی، فهم و درک مصطلحات و بحوث مقدماتی از نیاز اشد مبرم انگاشته می‌شود؛ زیرا این اصطلاحات و بحوث مقدماتی است که مارا مسیر شناخت و فهم عمق موضوع را هدایت میکند. این رسم (ذکر مفاهیم و بحوث مقدماتی) در تمام حوزه‌های تحقیقی نزد اهل تحقیق جا افتاده شده است؛ تاچایکه کمتر کتاب یا نوشته تحقیقی را می‌توان دید که از ذکرچنین مباحثی طرفه رفته باشد. این فصل دربرگیرنده دو مبحث است؛ که مبحث نخست آن به تشریح مفاهیم موضوع محوری تحقیق، و مبحث دوم آن به توضیح کلیات مرتبط به موضوع اختصاص یافته است.

مبحث اول: مفاهیم مقدماتی:

در مبحث اول، مفاهیم زیر مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرند که مشتمل به دو مطلب می باشد:

مطلب اول: مفهوم قاعده، فقه و قانون:

(الف) مفهوم قاعده :

1. مفهوم قاعده در لغت :

قواعد جمع قاعده می باشد که در لغت به معانی متعددی استعمال شده است که اهم آنها قرار ذیل است :

1. اساس و بنیاد (چنانکه عرب پایه های اصلی خانه را قواعدخانه می نامند).

2. نشست (چنانچه در نماز قاعده اطلاق می شود به صورت عموم نشستن را قعود می گویند).

3. به معنای ساکن شدن، استوار داشتن، پاییدن و ماندن در مکانی،¹ چنانکه قوم موسی علیه السلام به او گفتند الله متعال میفرماید :

(فَادْهَبْ أَنْتَ وَرَبُّكَ فَقَاتِلَا إِنَّا هَاهُنَا قَاعِدُونَ)² ترجمه : تووحدایت بروید در مقابل دشمنان ما بجنگید ، ما اینجا منتظر نشسته ایم.³

در جای دیگر آمده است : (وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ)⁴ ترجمه : وهنگامی که ابراهیم و اسماعیل پایه های خانه (کعبه) را بالا بردند می گفتند ای پروردگار ما از ما بپذیر که در حقیقت توشنوی دانایی .

2. مفهوم قاعده در اصطلاح :

و در اصطلاح علمای اسلامی تعاریف متعددی ارائه کردند که از آن ارائه داشته اند ؛ وفق دید جرجانی⁵ قاعده قضیه کلی است که شامل تمام جزئیات خود باشد.⁶ و دیدگاه علامه تفتازانی بر این است که قاعده اصل کلی است که منطبق بر جزئیاتش باشد تا بدان احکام جزئیات آن شناخته شود.⁷

¹ دعاس، عزت عبید. القواعد الفقهیه مع شرح الموجز، دارالکتب العلمیه ب- ت

² قرآن کریم ، سوره مائده . آیه: (24).

³ خرم دل ، مصطفی . تفسیر نور . ج2/25 چاپ 7. نشر: احسان، تهران. 1379 هـ ش .

⁴ قرآن کریم ، سوره بقره. آیه: (127).

⁵ علی بن محمد ابن علی الحنفی الشریف الجرجانی در سال 740 ق در شهر گرگان (جرجان) متولد شده است . علامه عینی در تاریخ خود نوشته می کند که او از علامه های عصر خود بود و در بین او شیخ سعد الدین التفتازانی مباحث و محاورات زیادی بود و از زمره مشهورترین تصنیفات او کتاب التعریفات و شرح المواقف می باشد.

الموسوعة المیسرة فی تراجم أئمة التفسیر والإقراء والنحو واللغة «من القرن الأول إلى المعاصرین مع دراسة لعقائهم وشیء من طرائفهم»

(ص98) 98 الناشر: مجلة الحکمة، مانسستر - بریطانیا الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م

⁶ علی بن محمد بن علی الزین الشریف الجرجانی، کتاب التعریفات . ص : 171 . جزء 1 الناشر: دار الکتب العلمیه بیروت - لبنان المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م.

⁷ التفتازانی ، التلویح علی التوضیح ، (ج20/1) تحقیق محمد علی صبیح: القاہرہ . ب - ت.

اکثریت علمای اصول فقه قاعده را طوری که **جرجانی** و **تفتازانی**¹ تعریف کرده اند

تعریف می کنند

ب) مفهوم فقه:

1. مفهوم لغوی فقه :

فقه در لغت به مفاهیم مختلفی آمده است که مهمترین آن را فهم ودرک عمیق دانسته اند ، قوم شعیب به شعیب علیه السلام گفتند چنانچه الله متعال میفرماید : (**قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا**)² ترجمه : ای شعیب مابسیاری از چیزهای را که تومی گویی ، به درستی نمی فهمیم ودر میان خویش تورا ناتوان می بینیم و همچنان موسی - علیه السلام - در دعای خود چنین گفته و الله متعال از او حکایت میکند : (**وَاحْتُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي * يَفْقَهُوا قَوْلِي**)³ ترجمه : وگره از زبانه بگشای تاگفتم را بفهمند.

2. مفهوم اصطلاحی فقه :

اما در ارتباط به معنای اصطلاحی فقه، **جرجانی** می گوید: «فقه ، علم به احکام شرعی عملی ایست که از ادله تفصیلی برگرفته شده است.»⁴

امام شافعی رحمه الله می گوید : (هو العلم بالاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية)⁵

فقه عبارت است از علم به احکام شرعی عملی که با اجتهاد بالرای از ادله تفصیلی گرفته می شود یا عبارت است از مجموعه ای از احکام شرعی که از ادله تفصیلی اخذ می گردد .

3 . مفهوم قواعد فقهی به اعتبار علمی:

¹ مسعود بن عمر بن عبدالله سعدالدین التفتازانی در سال ۷۱۲ ه تولد یافت او به عنوان نحوی مفسر و عالم علم لغت بیشتر شناخته شده است وی از اهالی تفتازان از بلاد خراسان بود ودر دوره ی تیمور لنگ می زیست او بعدا توسط تیمور به سمرقند از شهرهای ازبکستان امروزی تبعید شد . الزبیری، ولید بن أحمد الحسین إیاد بن عبد اللطیف القیسی، مصطفی بن قحطان الحیب، بشیر بن جواد القیسی، عماد بن محمد البغدادي الموسوعة المیسرة في تراجم أئمة التفسیر والإقراء والنحو واللغة «من القرن الأول إلى المعاصرین مع دراسة لعقائدهم وشیء من طرائفهم» (ص98) 98 الناشر: مجلة الحکمة، مانشستر - بریطانیا الطبعة: الأولى، 1424 ه - 2003 م

² قرآن کریم ، سوره هود ، آیه : (91).

³ قرآن کریم ، سوره طه ، آیه : (27 و 28) .

⁴ علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، **كتاب التعريفات** . جزء 1/216) . الناشر: دار الكتب العلمية بيروت - لبنان المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، الطبعة: الأولى 1403 هـ - 1983 م.

⁵ نووی ، أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف : **روضة الطالبين وعمدة المفتين** ، ج 1 / 9) تحقيق عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض ناشر دار الكتب العلمية ، مصدر الشاملة الذهبية .

علمای فقه اسلامی برای قواعد کلی فقه تعاریف متعددی را ذکر کرده اند که از مجموع آنها دو دسته تعاریف را می‌شود، برشمرد:

1. : قاعده یک امر کلی است .

2. : قاعده یک امر اکثری است .¹

حموی حنفی² قاعده فقهی را این گونه تعریف می‌کند : حکمی است ، اکثری - نه کلی - که بر اکثر جزییاتش قابل تطبیق می‌باشد تا احکام هر کدام شناخته شود .³

شیخ احمد الزرقاء⁽⁴⁾ معتقد است : «قواعد فقه ، اصول کلی فقهی هستند که در عبارات موجز و کوتاه گنجانیده شده و حاوی احکام شرعی عمومی می‌باشند»⁵.

تأمل در هر دو تعریف نشان میدهد که میان هر دو تعریف در ساحه عمل ، اختلافی وجود ندارد زیرا هدف از کلی بودن به معنای پوشش تمام جزییات نمی‌باشد، بلکه هدف از قاعده کلی ، قرار نگرفتن قاعده مذکور از زیر مجموعه قاعده دیگر می‌باشد..

روی هم رفته جامع ترین تعریف برای قاعده فقهی این تعریف خواهد بود : حکم کلی مستند الی دلیل شرعی ، مصوغ صیاغه تجریدیة محكمة منطبق علی جزئیاته علی سبیل الإطراد ، أو الأغلبیه «⁶ ترجمه: قاعده فقهی عبارت از حکم کلی است که به دلیل شرعی اتکاء داشته ، به صورت مجرد بنا شده و به طور جامع یا اغلبی جزییات خود را شامل می‌شود .

¹ دعاس ، عزت عبید . القواعد الفقهیه مع شرح الموجز، ج 5. دار الکتب العلمیه ب تا

² علامه سید احمد بن محمد مکی ، ابوالعباس شهاب الدین الحسینی الحموی . نسب او به حمایه است یعنی حموی الاصل مصری می‌باشد . او مدرسی از علمای حنفی که در سال 1098 هـ وفات یافت از مشهورترین مصنّفات وی کتاب غمز عیون البصائر فی شرح الأشباه والنظائر می‌باشد . الموسوعة المیسرة فی تراجم أئمة التفسیر والإقراء والنحو واللغة «من القرن الأول إلى المعاصرین مع دراسة لعقائهم وشیء من طرائفهم» (ص 98) 98 الناشر: مجلة الحکمة، مانسستر - بریطانیا الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م

³ الحموی الحنفی ، أبو العباس ، أحمد بن محمد مکی : غمز عیون البصائر فی شرح الأشباه والنظائر ج 4 ص 284 ، ناشر دار الکتب العلمیه ، چاپ اول 1405 هـ - 1985 م .

⁴ شیخ احمد الزرقاء در حلب سوریه متولد شده و دروس علوم شرعی و زبان فرانسوی فرا گرفته و تحصیلات عالی خود را تا مقطع بلند تحصیلی ادامه داده و دروس اختصاصی فقه را نزد پدر خود فرا گرفت ، و بعدا به حیث استاد حقوق مدنی در پوهنحی حقوق تعیین شد ، تا رسیدن به سن تعاقف به حیث رئیس و استاد قانون مدنی باقی ماند .

أعضاء ملتقى أهل الحديث : المعجم الجامع فی تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرین ، ص 341 ، آماده شده برای المکتبته الشامله توسط : أسامة بن الزهراء عضو فی ملتقى أهل الحديث . [الكتاب مرقم ألیا، غیر مطبوع]

⁵ الزرقاء ، أحمد بن الشیخ محمد : شرح القواعد الفقهیه (ج 1/13-24) تصحیح و تعلیق: مصطفى أحمد الزرقاء ، ناشر دار القلم - دمشق / سوریا: چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م .

⁶ الروکی ، محمد . قواعد الفقه المالکی من خلال الإشراف علی مسایل الخلاف . ج 1/ 48 . الرباط : 1989 م .

ویا هم حکم کلی ایست که مستند به دلیل شرعی بوده و در قالب متون کوتاه ، موجز و جامع گنجانیده شده است که احکام شرعی عمومی را احتواء نموده است .

ج) مفهوم قانون :

1. مفهوم لغوی قانون :

ریشه و پایه کلمه ی قانون CANON از لغت یونانی به مفهوم رسم ، قاعده روش و آیین و همچنان خط کش استعمال شده است .¹

2. مفهوم اصطلاحی قانون :

قانون از نظر حقوقی که بین دانش های حقوقی وارد و به حیث منبع عمده و اساسی قواعد حقوقی در صحنه عمل به شمار می آید و آن از جهتی است که قدرت و صلاحیت اش را از مرجعی می گیرد که در تدوین و پیدایش آن سهیم بوده است مانند رییس دولت از نظر توشیح و انفاذ و پارلمان از نظر تصویب به هر سخن قانون عبارت از یک تجویز صریح و معقولی است که توسط مقامات ذیصلاح دولتی اتخاذ شده باشد . یا به عباره دیگر قانون اوامر صریح و الزامی ست که به صورت مکتوبه توسط مقامات ذیصلاح وضع و تدوین شده و منظور از آن تضمین حیات آینده جامعه باشد.² یا به مفهوم : مجموعة من القواعد الملزمة تصدرها السلطة العليا وتطبيقها على الجميع.³ یعنی مجموعه ی از قواعد الزام آوری است که از طرف مقامات عالییه صادر شده و بالای قاطبه ی مردم قابل تطبیق باشد.

قانون از لحاظ شکلی وفق ماده 94 قانون اساسی کشور عبارت از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رییس جمهور رسیده باشد)⁴ تعبیر شده است.

مطلب دوم: مفهوم عقد ، قرارداد و معامله :

¹ لنگوردی ، محمد جعفر جعفری . ترمیبولوژی حقوقی ، ج/45 . انتشارات : احسان . تهران ایران 1375 هـ ش .
² همان ص: 45.

³ السنهوری ، عبدالرزاق احمد . الوسیط فی القانون المدني الجديد . ج/26 بیروت : منشورات الحلبي الحقوقية . العام : 2000م
و منصور ، محمد حسین . المدخل الى القانون . ج/1 ص 5 . منشورات : الحلبي الحقوقية ب- ت .

⁴ . وزارت عدلیه ، قانون اساسی افغانستان ، جریده رسمی . نمبر مسلسل 353 مطبوعه دولتی، کابل . 1355 ماده : 94.

الف) مفهوم عقد :

عقد در لغت به معنای گره بستن، ربط دادن، پیوند دادن ابرام و احکام استوار داشتن عهد و پیمان بستن به کاررفته است از همین رواج از گره زدن طناب به عقد الحبل و از بستن سوگند به عقد الیمین تعبیر کرده اند چنانچه یمین اراده انسان را با تنفیذ التزام و عقد از دواج اراده شخص را به اراده شخص دیگر ربط میدهد.¹

بنابراین عقد د نوع است : حسی مانند : عقد الحبل و معنوی مانند : عقود فقهی و قانونی

از قبیل : بیع اجاره و نظیر اینها.²

ع قد در قرآن کریم به لفظ عقود وارد گردیده است چنانچه الله تعالی می فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)³ ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده اید به پیمان های خود وفا نمایید که این آیه شامل همه عقود و موثیقی که بر اساس اراده واحد و یا بیشتر به اتمام می رسد اعم از اینکه بین انسان و انسان و انسان و الله تعالی صورت پذیرد، می گردد .

ب) مفهوم اصطلاحی فقهی عقد:

عقد از دید فقهی با در نظر داشت تعداد اراده اشخاص در انشاء آن به دو گونه ی عام و خاص منقسم شده است :

فقهائ شافعی، مالکی و حنبلی رحمهم الله تعالی و همچنان فقهائ که یک اراده را برای صحت پاره ی از عقود کافی می دانند، هر آنچه را شخص مصمم به انجام آن میشود را عقد می دانند . اعم از اینکه از یک اراده صادر شده باشد مانند: وقف، ابراء، طلاق و سوگند و یا اینکه در انشاء یا پیدایش آن دویا چند اراده دخیل بوده باشد مانند: اجاره، بیع و نظیر اینها. ولی بیشتر فقهاء ، اعمال حقوقی نیازمند به یک اراده را ایقاع می دانند و براین عقیده اند که : عقد عبارت از بسته شدن شرعی کلام هر یک از متعاقدین به کلام دیگری است به نحوی که در همان محل ایجاد اثر کند).

به عنوان مثال، هرگاه شخصی به دیگری بگوید: فلان چیز را به تو فروختم (ایجاب) و جانب مقابل بگوید: آن را خریدم (قبول) و در چنین موارد اسباب پیوند این دوسخن مانند:

1. حسینی ، سید محمد . فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی. ج 2/150) انتشارات : دانشگاه تهران . سال: 1388 هـ ش
2 . حسینی ، سید محمد . فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی. ج 2/150) انتشارات : دانشگاه تهران . سال: 1388 هـ ش و محمد معین ،

فرهنگ فارسی یک جلدی معین ج 1/ص، 684.) انتشارات : زرین نگارستان کتاب . تهران 1387 هـ ش

3. قرآن کریم ، سورة المایده ، الآیه : 1).

شرایط لازم شرعی عقد از قبیل اهلیت تعاقدی در هر یک از طرفین وجود داشته باشد، این ایجاب قبول منجر به ایجاد اثر می گردد. همچنین، فقهاء توافق دواراده برای ایجاد اثر حقوقی از قبیل: ایجاد التزام، انتقال، تعدیل یا پایان دادن آن را عقد می دانند.¹

ج) معنی اصطلاحی عقد از دید قانونیون :

قانونیون در تعریف عقد می گویند : عقد عبارت از توافق دویا بیشتر از دو اراده بر ایجاد اثر حقوقی و نقل، تعدیل ویا ازاله است. از تعریف فوق به خوبی استنباط می گردد که عقد موجب ایجاد اثر حقوقی می گردد و اثر حقوقی ممکن است ایجاد تعهد و التزام ویا نقل، تغییر ویا از بین بردن تعهد ویا التزام باشد.

1. ایجاد تعهد : مانند عقد بیع که تعهداتی معینی برای بایع و مشتری ایجاد می نماید. بنابراین به موجب عقد بیع بایع متعهد به انتقال مبیع به مشتری و مشتری متعهد به انتقال ثمن به بایع می گردد .

2. تعدیل تعهد : مانند توافق بر مدت یا شرطی بر تعهد : مانند اینکه بایع مبیع را در برابر ثمن معجل به مشتری به فروش رساند و سپس بایع و مشتری به تاجیل انتقال ثمن موافقه نمایند .

3. نقل یا انتقال تعهد : مانند توافق بر حواله که در آن حق از داین به داین دیگر ویا از مدیون به مدیون دیگر منتقل می شود .

4 . ازاله یا پایان دادن به تعهد : مانند پرداخت دین که موجب پایان دادن تعهد می گردد .²
باید اضافه نمود که اثر حقوقی در حالات فوق در صورتی ایجاد می گردد که قانون بر آن تصریح نموده باشد بنابراین توافقه باید موجد اثر باشد و قانون مدنی کشور هم مبین این امر است و در ماده 497 خود این گونه صراحت دارد (عقد عبارت از توافق دواراده است به ایجاد یا تعدیل یا ازال حق در حدود قانون .³ و هرگاه توافق دواراده ایجاد تعهد ننماید ، عقد حاصل نمی شود.

¹ القره داغی ، علی محی الدین . المقدمة فی المال والاقتصاد والعقد والملکیه، ج 1/283 دار البشائر الاسلامیه ب ت 1430 هـ ق و الفقه الاسلامی وادلته، امیر حمزه کتب خانه، کویته ب تا (ج 4/2917 و 2920 .)

² . السنهوری ، عبدالرزاق احمد . الوسیط فی القانون المدنی الجدید . بیروت : منشورات الحلبي الحقوقیه، ج: 6/149 العام 2000م . ناصر کاتوزیان . حقوق مدنی قواعد عمومی قرار دادها ، شرکت سهامی انتشار، تهران، 13 هـ ش ج 1/14 - 24 .

³ . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان ، جریده رسمی . نمبر مسلسل 353 مطبعه دولتی، کابل : سال 1355 . ماده: 497

2. مفهوم قرار داد:

قرار داد مرادف با عقد است با این فرق که در بسیاری از موارد کلمه عقد فقط در عقود معین استعمال می شود؛ درحالی که قرار داد را به کلیه عقود خواه معین باشد و یا غیرمعین استعمال می نمایند.¹

3. مفهوم معامله:

معامله مصدر باب مفاعله از ریشه عمل به معنای با همدیگر کارکردن، عمل کردن دوجانبه، داد و ستد و تجارت کردن است.²

و در اصطلاح حقوقی با عقد تفاوتی ندارد؛ ولی چنانچه رایج است در بسیاری از موارد در عقودی که از طرف هر یک از طرفین عقد نسبت به دیگری تعهد و یا تملیک شده باشد، استعمال می گردد. به عباره دیگر، معامله بیشتر به مفهوم معاهده و تصرفات حقوقی دوجانبه و در مفهومی کاملاً خاص تر به معنای خرید و فروش به کار برده میشود؛ از همین رو به عقدی که موضوع آن ازدواج باشد، عقد و به عقدی که موضوع آن خرید و فروش باشد، معامله گفته میشود.³

از مقایسه ی تعاریف این سه مأمول چنین نتیجه برمیآید که عقد نسبت به مفهوم معامله عام اما نسبت با قرارداد خاص میباشد.

4) مفهوم مال:

1. مفهوم مال از دید فقهای اسلامی:

✓ مفهوم مال از دید فقهای حنفی:

فقهای حنفی به این عقیده اند که مال عبارت است از هرآنچه که حیازت و احراز آن ممکن باشد و عادتاً قابل انتفاع بوده باشد. بنابر این دید مال دارای دو عنصر ذیل می باشد:

1) حیازت و احراز آن ممکن باشد: پس، آنچه که حیازت آن ممکن نباشد مال تلقی نمی گردد مانند امور معنوی از قبیل علم، صحت، شرف و نکاوت. همچنین، هرآنچه که قابل احراز نباشد مانند: هوا، اشعه آفتاب و روشنی مهتاب... مال تلقی نمی گردد.

¹ لنگوردی، مرجع سابق، ص: 343.

² لنگوردی، محمد جعفر جعفری. ترمیمولوژی حقوق، ج/155. انتشارات: احسان. تهران ایران 1375 هـ ش.

³ امامی، سیدحسین. حقوق مدنی. ج/159 (انتشارات: اسلامیة، تهران ب ت).

2) عادتاً قابل انتفاع نباشد : بنابراین هر آنچه که اصلاً قابل انتفاع نباشد مانند گوشت خود مرده، طعام مسموم یا فاسد ، یا قابل انتفاع باشد ولی عادت مردم در آن جاری نشود مانند دانه گندم، قطره آب و غیره ... مال تلقی نمی شود ، زیرا اشیای مذکور از یک طرف به تنهایی قابل انتفاع نیست و از طرف دیگر عرف مردم در آن جاری نمی شود ، زیرا جاری شدن عرف مستلزم استمرار انتفاع از شی در حالات عادی می باشد .¹

باید یاد آور شد که انتفاع از اشیاء در حالات ضرورت مانند خوردن گوشت حیوان خود مرده نیز شی را مبدل به مال نمی کند؛ زیرا حالت فوق یک حالت استثنایی است .

✓ مفهوم مال از دید جمهور فقهاء:

جمهور فقهاء به این عقیده اند که مال عبارت است از هر آنچه که دارای قیمت مادی باشد و در صورت اتلاف تلف کننده مکلف به پرداخت ضمان (توان) آن باشد .²

مقایسه تعاریف فقهی:

1. فقه‌های حنفی مال را محدود به اعیانی نموده اند که امکان ذخیره کردن آن وجود داشته باشد . این حصر قابل نقد است؛ زیرا منافع نیز مال است و نیز اموالی وجود دارد که ذخیره کردن آنها ممکن نیست مانند: میوه جات و سبزیجات . همچنین، فقه‌های حنفی مال را به آنچه که طبع انسان به آن میل داشته باشد مقید نموده اند؛ در حالی که، برخی اموال وجود دارد که طبع انسان به آن میل ندارد ، مانند : ادویه و میوه قبل از پخته شدن . همچنین، اشیای مباح ، مانند شکار و اشجار قبل از احراز آن مال تلقی نمی گردد با وصف آن که طبع به آن میل دارد . اما جمهور فقهاء در مال عین مادی بودن آن را شرط نمی دانند ، بلکه دایره اموال را وسعت داده و طبق نظر جمهور فقهاء اموال شامل: اعیان، منافع و حقوق می گردد؛ و

2. فقه‌های حنفیه در مال مباح بودن آن را شرط نمی دانند ، در حالی که جمهور فقهاء مباح بودن مال را شرط می دانند . با وجود این ، فقه‌های حنفیه و جمهور فقهاء در مال منفعت و قیمت داشتن آن را عنصر اساسی می دانند . در نتیجه، تعریف جامع ای که فقهاء برای مال ارایه می نمایند این است که : مال عبارت از هر عین و یا حقی است که دارای قیمت مادی و عرفاً دارای منفعت باشد .

¹ . المزینی ، احمد عبدالعزیز . الموارد المالية فی الاسلام . ج 1/ ص 15) جامعة الكويت . النشر: ذات السلاسل ، ب- ت .
² . السیوطی ، جلال الدین ، عبد الرحمن بن ابی بکر : الأشیاء والنظائر ص 327 ، ناشر دار الکتب العلمیة چاپ اول 1411 هـ -

1990م

تعریف بهتر حسب دیدگاه نویسنده این خواهد بود که : مال عبارت از هر عین و یا حقی مشروعی است که دارای قیمت مادی بوده و عرفاً دارای منفعت باشد . مؤلف .

طبق این تعریف مال شامل: اعیان مادی، منافع و حقوق می گردد که معیار شمول آن قیمت و منفعت مطابق عرف است. روی همین دلیل فقهاء می گویند: هر آنچه که دارای منفعت باشد بیع آن جایز است. پس، اشیای که دارای منفعت باشد بیع آن جایز است. پس اشیای که دارای منفعت نیست، بیع آنها جایز نیست و معیار آن هم عرف است که از محلی تا محلی و از زمانی تا زمانی دیگر متفاوت است. طبق این تعریف هر آنچه که دارای منفعت است شامل مال می گردد، مانند: حقوق معنوی، اشعه آفتاب و نظیر اینها. اما، مباح بودن مال و یا مباح بودن انتفاع از مال مختص مال حلال و یا مال منقوم است و به صورت مطلق در مال شرط نیست. روی همین دلیل مال را به منقوم و غیر منقوم تقسیم می نمایند.

(5) مفهوم معاملات مالی :

معاملات مالی به عقدی گفته میشود که موضوع مال یا ارزش مادی و مالی داشته باشد همانند: خرید و فروش، اجاره، حواله رهن.¹

مبحث دوم: کلیات:

این مبحث مشتمل بر هشت 8 مطلب می باشد.

درین مبحث قرار است تا موضوعات کلی مرتبط با بحث که فهم و پی بردن به موضوع تحقیق مستلزم تفهیم آن به خواننده است آورده شود.

مطلب اول: تفاوت میان قاعده فقهی با ضابطه فقهی :

قاعده در واقع قضیه کلی است که شامل فروع متعدد از ابواب فقهی می شود، مانند قاعده (الضرریزال) که در باب عبادات، معاملات، جنایات، قضاء و غیره قابل تطبیق است.

اما ضابطه فقهی: قضیه ای است که اشکال مشابهی از یک موضوع فقهی را شامل می شود. و حکم جزئیات آن موضوع را بیان می کند. مثلاً این قول فقهاء که می فرمایند: الماء طهور مالم یتغیر لونه او طعمه اوریجه بشئ خالطه ولم یکن ممایصعب فصله عنه.²

ترجمه: یعنی آب پاک است مادامیکه با خلط شدن با چیزی که جدا کردن آن از آب دشوار نباشد، رنگ یا طعم یا بوی آن تغییر نکرده باشد.

¹ لنگوردی، مرجع سابق. ص: 352).

² السرخسی، شمس الأئمة، محمد بن أحمد بن أبي سهل: كتاب المبسوط (ج 1 / 25)، تحقیق خلیل محی الدین المیس، ناشر دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت، لبنان، چاپ اول 1421 هـ 2000 م، منظور از شی خلط شده شی نجس و غیرطاهر است.

و همچنان عبدالله ابن عباس - رضی الله عنه - از پیامبر - صلی الله علیه وسلم - روایت نموده است که فرمود: «إِذَا دُبِغَ الْإِهَابُ فَقَدْ طَهَّرَ»¹ ترجمه: «وقتی که دباغت داده شد جلد، بدون شک پاک میشود»

مثال ها و نمونه های فوق ضوابط فقهی اند؛ زیرا هریک از این نمونه ها فروعاً مختلفه رادر برمی گیرد که به یک باب معین اختصاص دارد و در مرتبه قواعد فقهی نیست که فروعاً مختلفه مربوط به باب های مختلف فقهی را شامل شود .

اما این قول فقهاء (الأمور بمقاصدها)، «الیقین لایزول بالشک»، (الضرورات تبيح المحظورات) و غیره قواعد فقهی اند زیرا هریک آنها فروعاً فقهی را در باب های مختلف دربرمیگیرد . یعنی در کل و در نتیجه گفته می توانیم که قواعد فقهی نسبت به ضوابط فقهی عام است زیرا قاعده شامل فروع مختلفی از ابواب مختلف فقهی می شود؛ در حالیکه ضابطه فقهی اختصاص به یک باب معین از ابواب فقه دارد.²

مطلب دوم: تفاوت میان قاعده فقهی و نظریات فقهی:

1. نظریات فقهی ، احکام کلی فقهی را انعکاس می دهند که از آنها نظام تشریح شکل می گیرد و تمامی ابعاد زندگی را به اشکال مشخص خویش تحت پوشش قرار می دهد . درحالی که قواعد فقهی آمیخته با عبارات دقیق و کوتاهی است که فروع فقهی و جزئیاتی را در برگرفته است که فقیه ، قاضی و مفتی از آن بهره می برد.

2. نظریات فقهی بر ارکان ، شروط و ضوابطی استوار هستند که به عنوان پایه های شکل دهنده آنها شناخته می شوند . در حالی که قواعد فقهی چنین نیست .

3. نظریه فقه ذاتا حاوی حکم فقهی نمی باشد مانند : تیوری مالکیت و فسخ و بطلان در حالی که قواعد فقهی حاوی احکام هستند .

4. نظریه فقهی نسبت به قاعده فقهی دارای دامنه ی گسترده و فراگیر است ، گاهی پیش می یاید که چند قاعده کلی و ضابطه فقهی از زیر مجموعه یک نظریه فقهی می باشد . مانند : نظریه تعسف در استفاده از حق که تعداد از قواعد فقه در آن داخل است مانند : الضرر یزال «

¹ . مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشیری النیسابوری : المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلی الله =

صحیح مسلم ، باب إذا دُبِغَ الْإِهَابُ فَقَدْ طَهَّرَ (ج ۱ ص 277) حدیث شماره 366 ، تحقیق محمد فؤاد عبد الباقی ، ناشر: دار احیاء التراث العربی - بیروت ، ب ت . ترقیم کتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، و متن مرتبط بشرح النووی والسیوطی.

² . البیتانی ، عبدالغفور . القواعد الفقه فی القضاء . ص 14. ترجمه : محمد صالح مصلح . انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397

هدش .^۱

یا دفع المفاسد مقدم علی المصالح» برخی مواردی هم هستند که قاعده فقهی گسترده تر از نظریه فقهی است، مانند: قاعده: «الأمر بمقاصدها» که با چند نظریه فقهی مانند: تیوری عقد و ملکیت رابطه دارد.¹

مطلب سوم: تفاوت میان قواعد فقهی و قواعد حقوقی:

مهم ترین تفاوت قواعد فقهی با مبادی قانون و قواعد حقوقی را این چنین می شود برشمرد:

1. قواعد حقوقی کاری به باطن و نیت مردم ندارد، سرو کار قواعد حقوقی با رفتار ظاهری مردم است و مطابق ظاهر حکم می کند.

اما قواعد فقهی علاوه بر ظاهر، باطن و نیت انسان را نیز مورد توجه قرار دهد، نیت است که موضوع تصرف را حلال یا حرام قرار می دهد، از همین جهت، وصیتی که به قصد ضرر زدن ورثه صورت بگیرد، شرعاً باطل است.

2. منابع قواعد حقوقی و مبادی قانون، عرف بشری است، از همین جهت با گذشت زمان تغییر پذیر است؛ در حالی که منابع قواعد فقهی، آسمان - قرآن و سنت است که جز در چارچوب تعیین شده از جانب شارع، تغییر پذیر نیست؛ و تحول را نمی پذیرد.

3. قواعد حقوقی و مبادی قانون تنها در حوزه قضایی قابل تطبیق است؛ در حالی که قواعد فقهی در حوزه های عبادات، معاملات، اخلاق، و دیانت نیز قابل قابلیت تطبیق را دارد.

4. در صورت تخلف از قواعد حقوقی و مبادی قانون خواه جزایی باشد و یا مدنی تنها مجازات دنیوی متوجه محکوم علیه میشود؛ در حالی که مجازات تخلف از قواعد فقهی علاوه بر مجازات دنیوی عواقب اخروی نیز دارد، مثلاً مجازات زنا تنها به این دنیا تمام نمی شود، بلکه در آخرت نیز اگر مجرم مورد رحمت الله متعال قرار نگیرد مورد مواخذه قرار می گیرد.

5. قواعد حقوقی به عنوان قراردادی برای یک گروه یا کشور و یا مجمعی شناخته می شود که در آنجا مورد توافق قرار گرفته است که محدود به همان زمان و مکان می شود، برخلاف قواعد فقهی که مرز نمی شناسد و تمامی زمان ها و مکان را در برمیگیرد.

6. قواعد فقهی گاهی مورد اتفاق ایمنه همه مذاهب اسلامی و گاهی مورد اتفاق علمای یک مذهب قرار می گیرد که در صورت اول همه مسلمانان را شامل می شود و در صورت دوم اختصاص به همه پیروان همان مذهب دارد، ولی قواعد حقوقی ویژه افرادی است که تابعیت

¹ کامل، عمر عبدالله، القواعد الفقهیه الکبرای و اثرها فی معاملات المالیه. ص: 30. جامعة الازهر الشریف؛ کلیة الدراسات العربیة و الاسلامیة بالقاهرة؛ قسم الدراسات العلیاء، رسالة مقدمة لنیل درجة الدكتوراه العالمیة، ب - ت.

کشورمعیّن را دارند ، هر چند همه افرادی را که دارای تابعیت همان کشور هستند دربرمیگیرند، مگر اینکه از جانب سازمان ملل متحد صادر شده باشد.¹

مطلب چهارم: شکل‌گیری و تکامل قواعد فقهی :

بدیهی است که قواعد فقهی به صورت یکبارگی شکل نگرفته؛ بلکه محصول پروسه و زمانی است که از بدو نزول وحی تا زمان ما، علمای فقه و اصول، روی آن کار کرده اند و کتاب های ارزنده‌ای نوشته است، از همین جهت، محققین برای ادوار تاسیس قواعد فقه ، دوره های مختلفی را ذکر کرده اند که مادرین فرصت به تبیین مهم ترین ادوار آن می پردازیم :

الف) مرحله نخست: مرحله نشأت و شکل‌گیری:

در واقع این دوره برمیگردد به اوایل تشریح وحیات پیامبر اکرم - صلی الله علیه وسلم - و بعد عصر صحابه و تابعین که از آن به خیر القرون یاد شده است .

از مهم ترین پایه های وقواعدی که در قرآن کریم ذکر شده است ، آیه (**خُذِ الْعَفْوَ** **وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ**)² ترجمه : گذشت پیشه کن و به کار پسندیده فرمان ده و از نادانان رخ برتاب .

وسخن پیامبر - صلی الله علیه وسلم - که فرمودند : عن ابن عباس - رضی الله عنه - قال قال رسول الله - صلی الله علیه وسلم - « لا ضرر ولا ضرار »³ ترجمه : نه بخود ضرر رسانیدن اباحت دارد نه برای دیگران.

از مهم ترین کتب فقهای دوره نخست ، که قواعد فقهی را در خود جای داده است ، کتاب المدونه از امام مالک متوفی 179 ق ، الخراج از ابویوسف متوفی 182 ق کتاب الأصل از محمد بن حسن شیبانی متوفی 189 ق و کتاب الام از امام شافعی متوفی 240 ق می باشند .

ب) مرحله دوم: مرحله رشد و تدوین :

¹ عزام ، عبدالعزیز محمد. **القواعد الفقهیه** ، (ج 1 / 33-34) ، دارالحدیث : قاهره .ب-ت.

² قرآن کریم ، سوره اعراف : (۱۹۹)

³ ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن یزید القزوینی: **سنن ابن ماجه** ، باب مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بَجَارِهِ ، (ج 2 / 784) حدیث شماره 2341 ، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي ، ب ت .

و البانی حکم به صحت این حدیث نموده است : البانی ، محمد ناصر الدین الألبانی : **صحيح وضعيف سنن ابن ماجه** ، ج 5 / 341 حدیث شماره 2341 ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .

آغاز این دوره برمیگردد به قرن چهارم هجری قمری و تا اواخر قرن هفتم ادامه می یابد در این دوره است که قواعد فقه تفکیک می شود و به صورت مجزا تدوین می گردد . از پیشگامان تدوین قواعد فقه علمای حنفی شناخته شده اند . گفته می شود که **ابو طاهر دباس**¹ متوفی 340 هـ ق نخستین کسی است که به تدوین قواعد فقهی همت گماشت و مهم ترین قواعد فقه حنفی را تدوین کرد ، از مشهورترین قواعدی که از تدوین کرده است همین پنج قاعده کبرای فقهی می باشد .²

و از مشهورترین کسانی که در این دوره نوشته اند : محمد بن حارث بن المالکی متوفی 361 ق ابوالحسن الکرخی³ حنفی متوفی 340 ق ابوزید عبدالله بن عمر الدبوسی⁴ حنفی متوفی 430 ق و دیگران می باشند .

بعد از ایشان کسان دیگری که در قرون بعدی روی کار آمدند و به تدوین و تحقیق در باب قواعد فقه پرداختند ، عمدتاً شرح و یا تلخیصی است که بزرگان اولیه تدوین نموده بودند .

ج) مرحله سوم: مرحله تکامل

این مرحله از قرن دهم هجری قمری تا اواخر قرن سیزدهم ادامه پیدا می کند ، این تاریخ دقیقاً مصادف است با ظهور مجله الاحکام العدلیة 1293 ق در زمان حکومت سلطان عبدالعزیز خان بن محمود العثماني این کتاب تدوین شد و قواعد فقه وارد مرحله ی استحکام شد .

مشهورترین نویسندگان این دوره عبارتند از جلال الدین سیوطی¹ متوفی 910 ق ، احمد **ابن یحیی الونشیریسی مالکی**² متوفی 914 ق زین الدین بن ابراهیم مشهور به ابن نجیم حنفی متوفی 971 ق و کسان دیگر می باشند .³

¹ محمد بن محمد بن ابی سفیان مشهور به اسم کنیه اش ابوطاهر ملقب به دباس از زمره ی علمای برجسته ی اهل سنت و جماعت شناخته می شود . وی در حفظ و شناخت روایات دست بلندی داشته و شهرت نیکی دارد. وی از ابی حازم رحمه الله نیز علم اموخت ابو الفداء ، زین الدین ، ابو العدل قاسم بن قطلوبغا السودونی الحنفی : تاج التراجم ص 336 ، تحقیق محمد خیر رمضان یوسف ، ناشر دار القلم - دمشق ، چاپ اول 1413 هـ - 1992 م

² الزرقا ، احمد بن الشیخ محمد . **شرح القواعد الفقهیة** (ج 1 / 12) ، تصحیح و تعلیق مصطفی احمد الزرقا ، ناشر دار القلم - دمشق / سوریا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م
³ عبید الله بن حسین بن دلال الکرخی ، الحنفی ، فقیه و ادیب مشهور اهل سنت بود ، او در سال ۲۶۰ هـ تولد یافت و در ۱۵ شعبان ۳۴۰ هـ وفات کرد ، و از تصانیف مشهور وی شرح الجامع الکبیر و شرح الجامع الصغیر می باشد .

کحالة ، عمر رضا: **معجم المؤلفین ج 6 / 239** ناشر: مکتبة المثنی - بیروت، دار إحياء التراث العربی بیروت ، ب ت .
⁴ شیخ حنفیه علامه قاضی ابو زید عبد الله بن عمر الدبوسی البخاری یکی از علماء ما وراء النهر می باشد که در سال ۴۳۰ هـ در بخاری شهری در ازبکستان امروزی وفات یافت .
الذهبی ، شمس الدین ابو عبد الله محمد بن احمد بن عثمان بن قایماز : **سیر أعلام النبلاء ج 17 ص 521** ناشر دار الحدیث- القاهرة ، چاپ 1427 هـ - 2006 م ، تعداد جلد ها : 18

مرحله چهارم: عصر حاضر

این مرحله از تدوین مجله الاحکام در سال 1293 هـ ق شروع می شود و تا زمان ما ادامه دارد ، مجله الاحکام را فقهای خلافت ترکیه عثمانی در 99 قاعده تدوین کردند و سایر مواد این مجله روی همین 99 قاعده اساسی استوار شده و به عنوان قانون مدون ، از جانب حکومت مورد اجرا قرار می گرفت و حیثیت قانون مدنی اسلامی را به خود گرفته بود .
مجله الاحکام از جانب علمای اسلامی شرح تفسیر شد که مهمترین آنها کتاب های ذیل می باشد:

- (1) شرح مجله الأحكام از محمد خالد الاتاسی⁴ متوفی 1326 ق ؛
 - (2) شرح سلیم رستم باز لبنانی متوفی 1328ق؛
 - (3) در الاحکام شرح مجله الاحکام علی حیدر ترکی حنفی متوفی 1353ق؛
 - (4) شرح قواعد فقهی از احمد محمد الزرقاء متوفی 1357ق؛
 - (5) شرح المجلة از محمد حسین کاشف الغطاء از علمای امامیه 1350 هـ ق .
- در شرایطی فعلی نیز کتاب ها و تالیفات بسیار فراوانی صورت گرفته است که جهت مطالعه در این زمینه شایقین محترم می توانند به کتاب های مزبور مراجعه فرمایند .⁵

¹ عبد الرحمن بن ابی بکر جلال الدین السیوطی در سال ۸۹۴ هـ در شهر اسیوط مصر متولد شد و از زمره علمای موسوعی بوده که در همه بخش های علوم شرعی دسترسی کامل داشت ، وی در سال ۹۱۱ هـ در مصر وفات یافت . بدون مؤلف: تراجم الشخصیات من موقع ذاکرة الأزهر ص 183 .

² احمد بن یحیی الونشیری معروف به ابو العباس الونشیری در سال 834 هـ در الجزائر امروزی متولد شد . وی از فقهای مشهور قرن نهم به شمار می رود .
وی پیرو مذهب امام مالک رحمه الله بود . از مشهورترین تألیفات وی کتاب الفروق فی مسائل الفقه و کتاب وفيات الونشیری می باشد

الموسوعة المیسرة فی تراجم أئمة التفسیر والإقراء والنحو واللغة «من القرن الأول إلى المعاصرین مع دراسة لعقائهم وشیء من طرائفهم» (ص88) 98 الناشر: مجلة الحکمة، مانشستر - بریطانیا الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م

³ الزرقا ، أحمد بن الشیخ محمد . شرح القواعد الفقهية (ج 1 / 13)، تصحیح و تعليق مصطفى أحمد الزرقا ، ناشر دار القلم - دمشق / سوريا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م

⁴ خالد بن محمد بن عبد الستار الاتاسی فقیه و شاعر چیره دست از اهالی حمص سوریه در سال ۱۲۵۲ در شهر حمص سوریه متولد شد و در سال ۱۲۲۶ هـ ق در ماه شعبان وفات یافت ، از مشهورترین تصنیفات او شرح مجله الاحکام العدلیة و همچنان اعلام الادب و الفن می باشد .

کحالة ، عمر رضا: معجم المؤلفین ج 4 ص 97 ناشر: مکتبة المثنی - بیروت، دار إحياء التراث العربی بیروت ، ب ت .

⁵ عبد الکریم زیدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية (ص: 128) . الناشر: مؤسسة الرسالة ناشرون - لبنان: الطبعة: طبعة جدیدة منقحة و مصححة، المصدر: الشاملة الذیبة. ب - ت.

مطلب پنجم: حجیت ومصادر قواعد فقهی :

منابعی که قواعد فقه ریشه در آنها دارند ، متعدد ومتفاوت است ، برخی از آنها مستقیماً از نص قرآنی وسنت نبوی گرفته شده اند وبرخی محتوایشان از کتاب وسنت است ، برخی دیگر از آثار صحابه وتابعین است وبرخی شالوده ای از اجتهاد مجتهدین است که در همسویی بامقاصد شریعت تدوین شده است که عبارت اند از :

1. قرآن کریم :

قرآن کریم به اصولی کلی ومبادی عمومی ای تصریح کرده است که فقهاء آن را به عنوان پایه و اساس احکام در تحقق مقاصد مردم در هر زمان ومکان به رسمیت شناخته اند . بنابراین استمداد از قرآن کریم به عنوان قاعده فقهی گاهی از نص صریح نشأت می گیرد ، مانند قاعده المشقه تجلب التیسیر که از آیه (وَمَا جَعَلْ عَلَيْنِكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)¹ ترجمه : خدا در دین حرج وسختی قرار نداده است . گرفته شده است .

و همچنین قاعده «الیقین لایزول بالشک» برگرفته شده از آیه : (وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا)² ترجمه: اکثر ایشان جزگمان از چیز دیگری پیروی نمی کنند ومسلماً که گمان موجب حقانیت شده نمی تواند . می باشد .
از جمله آیات دیگری که در مقام قواعد فقه مورد استفاده قرار می گیرند ، آیات ذیل می باشد :

(وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدُلُّوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ)³ ترجمه : اموال تان را به روش باطل مورد استفاده قرار ندهید . که اساس قاعده الضرر یزال می تواند شناخته شود .
(وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنفِقُونَ)⁴ ترجمه: کارشان را به مشوره انجام می دهند . که اصل برای قاعده الضرر یزال قلمداد می شود .
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)⁵ ترجمه: ای کسانی که ایمان آوردید به قرارهای تان وفا کنید. که این قاعده نیز اصل برای قاعده الضرر یزال پنداشته شده می تواند .

¹ . قرآن کریم ، سوره حج : 78).

² . قرآن کریم ، سوره یونس . آیه : 36 .)

³ . قرآن کریم ، سوره بقره . آیه : (188)

⁴ . قرآن کریم ، سوره بقره . آیه : (38) .

⁵ . قرآن کریم ، سوره مایده . آیه : (1) .

(وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)¹ ترجمه : ومانند همان وظایفی که بر عهده زنان است به طور شایسته به نفع آنان بر عهده مردان است . که اصل قاعده العادة محكمة می باشد زیرا اساس معیار شناخت کار معروف عرف است .

(وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى)² ترجمه: و هیچ باربرداری بارگناه دیگری را بر نمی دارد .

وآیات دیگری که اشارات مستقیم و غیر مستقیم به اصول کلی احکام دارد . که این قاعده نیز اساس و سنگ بنای قاعده الیقین لایزول بالشک می باشد.

دوم : سنت نبوی - صلی الله علیه وسلم - :

پیامبر اسلام - صلی الله علیه وسلم - بنابر دستور قرآن کریم مسولیت بیان احکام را به عهده دارند، علمای اسلامی به این اتفاق دارند که سخنان پیامبر - صلی الله علیه وسلم - در حوزه ی احکام، وحی الهی است، در میان سخنان ایشان جملات و ابرسخنانی پیدا می شود که ضمن بیان احکام، در بالاترین درجه ی فصاحت ، بلاغت و ایجاز قرار دارند ، این جملات حاوی احکام و قضایای هستند که در فقه به عنوان پایه و اساس قواعد فقهی قرار گرفته اند .

مانند : قاعده (الأمور بمقاصدها) که ریشه ی اصلی آن حدیث « **إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ** »³ می باشد.

از احادیثی که عنوان قواعد فقهی در فقه استفاده می شود، احادیث زیر می باشد:

«لا ضرر ولا ضرار»⁴

«نه به خود زیان برسان و نه به دیگران». یعنی دین مبین اسلام بر پایه مصلحت و منفعت بنا شده است و ضرر رسانیدن را منع کرده است).

«الخراج بالضمن»⁵

¹ . قرآن کریم ، سوره بقره . آیه : (228 .)

² . قرآن کریم ، سوره بقره . آیه : (15 .)

³ . بخاری ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن المغیره البخاری ، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري** ، باب كَيْفَ كَانَ بُدْءُ الْوَحْيِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ ، (ج 1 ص 6) شماره حدیث (1) تحقیق: محمد زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقیم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ .

⁴ . ابن ماجه ، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، **سنن ابن ماجه** ، بَابُ مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بَجَارِهِ ، ج 2 ص 784 حدیث شماره 2341 ، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي ، ب ت . و البانی حکم به صحت این حدیث نموده است : البانی ، محمد ناصر الدین الألبانی : **صحيح وضعيف سنن ابن ماجه** ، ج 5 ص 341 حدیث شماره 2341 ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .

⁵ . ترمذی ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سؤرة بن موسى بن الضحاك : **سنن الترمذی** ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ، ج 2 ص 377 حدیث شماره 377 ، تحقیق عبد الوهاب عبد اللطيف ، ناشر دار الفكر للطباعة والنشر ، مصدر: الشاملة الذهبية ب ت .

یعنی کسی که حاصلی دست می آورد باید توانی را نیز بپردازد.
این حدیث بدان معنی است که هر کسی که از چیزی حاصل برمیدارد و استحقاق آن را هم دارد بخاطری است که برابر این بهره وری و انتفاع مسؤولیت و ضمانی را هم به دوش خود می کشد.

منافع و حاصل شی را همان کس برمیدارد که خساره و توان همان چیز را در صورت هلاک نیز می پردازد؛ پس استحقاق حاصل و درآمد شی در مقابل تحمل و برداشت خساره است.¹
«الدَّيْنُ النَّصِيحَةُ»²

و همچنان هنگامی که رسول الله - صلی الله علیه وسلم - معاذ بن جبل و ابوموسی اشعری را به یمن فرستادند ، فرمودند: «بِئْسَرًا وَلَا تُعْسَرًا، وَبَشْرًا وَلَا تُنْفَرًا، وَتَطَاوَعًا وَلَا تَخْتَلَفًا»³
ترجمه: آسان گیری کنید و سخت گیری نکنید مردم را تشویق کنید و دل زده نسازید ، انعطاف داشته باشید و اختلاف نکنید .

در روایت ابوموسی اشعری - رضی الله عنه - آمده است که گفت: در سرزمین ماز شیره ی غسل شراب درست می شود ، رسول خدا - صلی الله علیه وسلم - فرمود: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ»⁴

- رسول خدا فرمودند: «أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ»⁵

و البانی حکم نموده این حدیث حسن است: البانی ، محمد ناصر الدین الألبانی ، صحیح وضعیف سنن الترمذی ، ج 3 ص 285 ، شماره حدیث 1285 ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

¹ بدر الدين العيني الحنفي، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، (ج/232) ناشر: ملفات وورد من ملتي أهل الحديث تاريخ التعديل 19 ربيع الأول 1427 هـ الموافق: 17 نيسان (أفريل) ، 2006 م.

² مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري ، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بابُ بَيَانِ أَنَّ الدَّيْنَ النَّصِيحَةُ ج 1 ص 74 حدیث شماره 55 ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ب ت . ترقیم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، و متن مرتبط بشرح النووي والسيوطي.

³ بخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بابُ مَا يُكْرَهُ مِنَ التَّنَازُعِ وَالْإِخْتِلَافِ فِي الْحَرْبِ، وَعُقُوبَةِ مَنْ عَصَى إِمَامَهُ ، ج 4 ص 65 شماره حدیث 3038 تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر ناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقیم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ .

⁴ بخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بابُ بَعَثَ أَبِي مُوسَى، وَمُعَاذَ إِلَى الْيَمَنِ قَبْلَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ ، ج 5 ص 161 شماره حدیث 4343 تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر ناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقیم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ .

⁵ البانی ، محمد ناصر الدین الألبانی ، صحیح وضعیف سنن الترمذی ، ج 3 ص 342، شماره حدیث 1342 ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .

بعد از تحقیق ژرف نگری درمی یابیم که مانند قواعد ذکر شده روایات واحادیث بسیاری پیدامی شوند که مبانی احکام را تشکیل می دهند وقواعد فقه برگرفته شده از آنها است .

ج) آثار صحابه:

از گذشتگان و پیشوایان دین آثار زیادی باقی مانده است که نقش بسزای در شکل گیری و پخته شدن قواعد فقه داشته اند که از جمله ی آنها می شود به موارد ذیل اشاره کرد :

از عمر بن خطاب - رضی الله عنه - نقل است که فرمود : " لا عفو عن الحدود عن شيء منها بعد أن تبلغ الإمام، فإن إقامتها من السنة " ¹

بعد از این که قضیه ی به پیشگاه قاضی می رسد ، کسی حق عفوگذشت آن را ندارد ، زیرا بعد از رسیدن به قاضی اجرای آن سنت است .

د) اجتهاد :

با سعی که فقهای اسلامی در حوزه استنباط احکام نموده اند ، حد اکثر کوشش نمودند تا با استفاده از روش های استنباط احکام از قبیل کشف احکام با استفاده از قواعد زبان عربی، منطق، ادله عقلی و مقتضیات زمان ، تادر نهایت به اصولی منتهی شود که اصل مذکور قدرت مجسم نمودن فروع احکام را داشته باشد .

اما فوق روش استقرایی که از طریق تشخیص جزییات متعدد صورت می گیرد ، یعنی اول جزییات تدوین می شوند که از مجموع آنها شود یک قاعده کلی شکل داد مثلا فرض کنیم که در موارد زیادی نصوصی وارد شده اند که نشان دهنده ی برخورد سهل آمیز با مکلفین در احکام شده است ، برخورد با چند مورد ، موجب می شود تا یک قاعده کلی تاسیس شود و آن این که " هر سختی همراه باآسانی است " **شاطبی** رحمه الله میگوید : زمانی علم به کلیات پیدامی شود که جزییات را دریافته وشناخته باشیم ، اگر علم به جزییات پیدا نشده باشد ،ممکن نیست که کلیات در دسترس قرار گیرد .

بنابراین کلی منحیث کلی ، پیش از شناخت جزیی قابل شناخت نیست ، چون بدون جزیی اساسا کلی وجود خارجی پیدا نمی کند ،تمرکز به کلی پیش از این که به جزیی پرداخته شود

البانی حکم به صحت این حدیث نموده است ، همان اثر سابق : ج 3 ص 342 حدیث شماره 1342.

¹ این کثیر ، ابو الفداء ، إسماعیل بن عمر ، مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم ج 1 ص 55 ، تحقیق إمام بن علي بن إمام ، ناشر دار الفلاح، الفيوم - مصر ، چاپ اول 1430 هـ - 2009 م

مانند تمرکز به پدیده ایست که علم به آن تا هنوز کشف نشده باشد ، زیرا جزیی فراهم کننده علم به کلی است و تحت چنین شرایط است که شناخت جزیی در اولویت قرار می گیرد.¹ از نمونه های که در باب شناخت جزیی گفته می شود، قاعده (المشقة تجلب التيسير) است ، این قاعده مستند به مجموعه ای از نصوص شرعی است که احکام جزیی را در موضوعات مختلف در برگرفته اند که مجموع آنها حاوی احکام عام می باشند ، مثلا الله متعال می فرماید : (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)² ترجمه : خداوند در دین حرج و سختی قرار نداده است .

در جای دیگری می فرماید : (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)³ ترجمه: خداوند از شما آسانی میخواهد ، اراده سختی و دشواری بر شما ندارد .

به همین ترتیب در حدیث شریف آمده است « أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفَةُ السَّمْحَةُ »⁴

ترجمه : محبوب ترین دین در نزد الله دین حنیف و آسان است .

همچنان از انس - رضی الله عنه - روایت است که رسول الله - صلی الله علیه وسلم - فرمودند : « يَسِّرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا، وَسَكِّنُوا وَلَا تُنْفِرُوا ».⁵ ترجمه : آسانی کنید و سخت نگیرید و آرامش دهید و متنفر نسازید.

مطلب ششم: اهمیت قواعد فقهی:

قواعد فقهی از اهمیت و جایگاهی ویژه ی برخوردار هستند ، چه تدوین فروع فقهی در جملات کوتاه و گیرا، زمینه فراگیری فروع فقهی را ساده تر و حفظ احکام را سهل تر می سازد ، این قواعد فقهی هستند که با تحت پوشش قراردادن فروع ، ارزش فقه را بیشتر

1. ابراهیم بن موسی بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات، (ج 2 / 3، 8 و 9). المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الناشر: دار ابن عفان الطبعة الأولى 1417 هـ / 1997 م ص 3، 8 و 9.

2. قرآن کریم ، السوره حج . آیه : (78)

3. قرآن کریم ، السوره البقره . آیه : (185).

4. بخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري . الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، باب: الدَّيْنُ يُسَّرُ ، ج 1 ص 16 بعد از حدیث شماره 38 تحقیق: محمد زهير بن ناصر الناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ.

5. بخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، باب قَوْل النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَسِّرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا» ، ج 8 / 30 (حدیث شماره 6125 ، تحقیق محمد زهير بن ناصر الناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ ق.

وفقیه را مقتدر می سازند دسترسی همگانی به فقه را سهل تر و فراگیری آن را ساده تر می سازد ، اگر جزییات متعدد فاقد اصول کلی باشند با تناقض و اختلافات متعددی مواجه خواهند شد .

کسی که قواعد فقه را فراگرفته باشد ، به تناقض مواجه نخواهد شد ، ضمناً حفظ قواعد فقهی او را از حفظ مسایل جزیی و فراوان بی نیاز می سازد ، از همین جهت ، قواعد فقهی در فهم و تطبیق جزییات با کلیات و مصداق ها کمک می کند تا مجتهد به ساده گی ریشه های اختلاف را شناسایی کند و اصول را بافروع مورد نظر تطبیق دهد .

در کل میشود مهم ترین ویژگی و اهمیت قواعد قواعد فقه را در ذیل خلاصه نمود :

(1) حفظ قواعد فقه کمک می کند تا فقیه یا متخصص حوزه ی فقه و حقوق بی نیاز از حفظ جزیاتی شود که یک قاعده ی کلی آن را به کوتاهی و اختصار در بر گرفته است . از همین جهت قرافی مالکی - رحمة الله علیهما - می گوید: کسی که به حفظ فقه از طریق حفظ قواعد آن می پردازد ، به دلیل داخل بودن جزییات در قواعد کلی ، بی نیاز از حفظ جزییات است .¹

(2) فهم قواعد فقهی کمک می کند تا شخص به قدرت و توانمندی ای دست یابد که به مجرد برخورد با هر قضیه ای ، ریشه و اساس آن را تشخیص داده و حکم هر حادثه را مطابق اصول آن بیان کند .

از همین جهت ، بیشترین نقش و تاثیر گذاری را در حوزه قانونگذاری و تفسیر قوانین بویژه قوانین کشوری ما ، قواعد فقهی دارد و کلیه قوانین موضوعه امروزی بیشترین وامدار قواعد فقه هستند و عمدتاً جزییات قوانین ریشه در کلیات دارد .²

(3) قواعد فقه برای فقه همچون ابر سخن و میزانی است که در هنگام برخورد با حوادث ، بدون هیچ گونه اشتباه و التباسی ، می تواند فروع را به اصول ارجاع دهد و حکم اشتباه و نظایر را دریابد و در تطبیقات احکام نه لغزد . قرافی می گوید : «کسی که بدون پشتوانه قواعد فقه به سراغ جزییات برود و بخواهد که حکم کند ، در میان راه به تناقض و تعارض گرفتار خواهد

¹ . القرافی ، أبو العباس ، شهاب الدین ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن . الفروق أو أنوار البروق فی أنواع الفروق ج 3/1 اشرف عالم الکتب ، ب ت ، ب ط .

² . محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي ، مقاصد الشريعة الإسلامية . ص 6 . الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر . المحقق: محمد الحبيب ابن الخوجة، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م

شد؛¹ زیرا عدم شناخت نسبت به کلیات، موجب می شود تا شخص اعتماد به نفس خویش را از دست دهد و در برخورد با هر کدام، متردد باشد».

4) قواعد فقه کمک می کند تا کسانی که حتی تخصص فقهی ندارد، سررشته ی در فقه پیدا کنند، فهم کلیات فقه می تواند دست یابی به جزییات را ساده تر کند، از همین جهت کسانی که تخصص اصلی شان فقه نیست و حقوق محض است، میتوانند با حفظ قواعد فقه اصول کلی فقه را بیاموزند و در شرح قوانین کشورهای اسلامی از آن کمک بگیرند.

5) قواعد فقه کمک می کند تا شخص به گونه ای مقارن و مقایسوی معلومات کلی از مذاهب اسلامی نیز پیدا کند؛ زیرا مقارنه در قواعد کلی قابل فهم است، جزییات ممثل آن شده نمی توانند

مطلب هفتم: مهمترین کتب تألیف شده در حوزه قواعد فقهی :

فقهای اهل تسنن نظریه و دید مثبت به قواعد کلی فقهی داشته اند و کتاب های بسیاری را در این موضوع تألیف کرده اند. برخی از مهم ترین کتاب های را که در این زمینه تألیف کرده اند عبارت اند از :

الف) مهمترین کتب تألیف شده در مذهب حنفی:

مهمترین کتبی که حسب مذهب فقهی حنفی نگاشته شده است عبارت اند از :

1. أصول الكرخي، عبیدالله بن بن الحسن بن دلال (340 م).
2. تأسيس النظر في إختلاف الأئمة، عبیدالله بن عمر بن عیسی ابوزید دبوسی (م 430).
3. رسالة ابوطاهر دباس .

4. مجلة الأحكام العدلية، گروهی از دانشمندان دولت عثمانی در سال 1292.

ب) مهمترین کتب تألیف شده در مذهب مالکی:

مهمترین کتب تألیف شده در مذهب مالکی عبارت اند از :

- 1) الفروق أبو العباس أحمد بن العلاء ادریس بن عبدالرحمن (م 684).
- 2) المجموع والفروق، عبدالوهاب بن احمد بن عبدالوهاب بن جلبة بغدادی م (476).
- 3) الكليات الفقهية على مذهب المالكية، محمد بن علی بن غازی عثمانی مکنای م (919).

¹ القرافي، أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن. الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق ج 1 ناشر عالم الكتب، ب ت، ب ط. ص 3.

4) الموافقات في اصول الفقه ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (790).

ج) مهمترین كتب تالیف شده در مذهب شافعی :

کتاب های قواعد کلی فقهی که طبق مذهب شافعی نگاشته شده اند عبارتند از :

1) قواعد الأحكام في مصالح الإمام ، عزالدین عبدالعزیز بن عبدالسلام .

2) الأشباه والنظائر في القواعد الفقهية ، جلال الدین سیوطی (م 911).

3) المنثور في الترتيب القواعد الفقهية ، محمد بن بهادر زرکشی (م 794).

4) الأشباه والنظائر ، محمد بن عمر بن مکی (م 716).

د) مهمترین كتب تالیف شده در مذهب حنبلی :

1) القواعد النورانية الفقهية، تقی الدین الحرانی (م 728).

2) بدایع الفوائد ، شمس الدین محمد بن أبوی بکر (م 751).

3) القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، یوسف بن حسن بن احمد بن عبدالهادی (م 909).

4) قواعد مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، قاضی أحمد بن عبدالله قاری (1359).

ه) مهمترین كتب تالیف شده مؤلفین معاصر:

1) القواعد الكبرى فقهی وأثرها في معاملات أُماليه ، عمر عبدالله کامل .

2) الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، عبدالکریم زیدان (2011).

3) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ، وهبه⁽¹⁾ مصطفی الزحیلی . (ب ت).

4) شرح القواعد الفقهية ، أَلشَیخ أحمد بن الشَیخ محمد . (1993).

¹ . وهبه مصطفی زحیلی در شهر دیر عطیه از نواحی دمشق در سال ۱۹۳۲ میلادی متولد شد ، درس ابتدائی را در شهر بلد المیلاد خواند ، و بعد از آن مرحله ثانوی را در پوهنحی شرعیات دمشق در مدت شش سال به درجه اعلی به پایان رسانید ، و بعد از آن از پوهنحی شرعیات ازهر شریف در سال ۱۹۵۶ میلادی شهادت نامه عالیہ را دریافت نمود ، زحیلی لسانس حقوق را نیز از پوهنتون عین شمس گرفت ، و همچنان دیپلوم ماستری حقوق را از ازهر بدست آورد ، و بعد از آن سند دوکتورا را در حقوق اسلامی از ازهر در سال ۱۹۶۳ بدست آورد ، و در سال ۲۰۱۹ میلادی وفات یافت .
أعضاء ملتقى أهل الحديث . المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبية العلم المعاصرين ، ص 368، آماده شده برای المكتبة الشاملة توسط : أسامة بن الزهراء عضو في ملتقى أهل الحديث [الكتاب مرقم آليا، غير مطبوع.

مطلب هشتم : انواع قواعد فقهی:

(الف) قواعد فقهی به اعتبار گستردگی و شمول :

اول : قواعد کلیه کبری که در فقه معاصر همچون تیوری عمومی و مبانی نظریات فقهی شناخته میشود؛ زیرا اکثر ابواب فقه در آن جای می گیرد و شامل ابواب مختلف می شود که این قواعد شامل پنج قاعده دانسته شده و جوهر بحث ما را نیز همین پنج قاعده تشکیل میدهد:

✓ الأمر بمقاصدها ؛

✓ اليقين لا يزول بالشك ؛

✓ المشقة تجلب التيسير ؛

✓ الضرر يزال ؛

✓ العادة محكمة .

دوم: آن دسته از قواعدی که شامل بسیاری از ابواب فقه می شوند و محدود به بخش خاص محدود نمی باشد اما نه به گستردگی قواعد پنج گانه، مانند قاعده " الاجتهاد لا ینقض بمثله .

سوم: قواعدی که مسایل مشخص یک بخش را در بر میگیرند و به مثابه ضوابط فقهی شناخته می شوند ، مانند قاعده : " کل مکروه فی الجماعه یسقط فضيلتها " هر چه در چشم جامعه نکوهیده باشد ، از ارزش می افتد .

(ب) قواعد فقهی به اعتبار مورد اتفاق بودن و مورد اختلاف بودن :

1) قواعد مورد اتفاق قواعدی است که مانند قواعد پنج گانه مورد اتفاق تمامی مذاهب اهل سنت ، می باشد، مانند قواعد نوزده گانه ی که ابن نجیم در قسم دوم از بخش اول در کتاب الأشباه والنظائر آورده است و سیوطی رحمه الله نیز از میان چهل قاعده در الأشباه والنظائر برگزیده است از جمله این قواعد قاعده ی تصرف الإمام علی الرعية منوط بالمصلحة (وقاعده الحدود تدرأ بالشبهات می باشد .

2) قواعد مورد اختلافی که مذاهب اسلامی که باهم اتفاق نظر ندارند این قواعد عمدتاً همراه با استفهام و سوالیه است مانند: (الظن هل ینقض بالظن ام لا). آیا گمان با گمان نقض می شود یا خیر.

ج) قواعد به اعتبار استقلال وعدم استقلال :

قاعده مستقل یا اصلی قاعده ای است که قید یا شرط بر ای قاعده ی دیگری و فرع قاعده دیگری بوده نمی تواند مثال آن قواعد پنج گانه وقاعده " الإعمال الکلام أولى من إهماله " وقاعده الخراج بالضمان " والولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة " می باشند . اما قواعد تابع ویا غیر مستقل آن عده قواعدی هستند که برگرفته شده از قواعد بزرگتر می باشند ویا محل تطبیق قاعده بزرگ تر هستند مانند قاعده : الأصل براءة الذمة) که تابع یا فرع از قاعده الیقین لایزول بالشک می باشد . ویا قاعده تابع قید یا شرط یا تعیین کننده مرزقاعده دیگری می باشد مانند قاعده : الضرر تقدر بقدرها " وقاعده الضرر لایزال بالضرر " که هر دو قاعده مذکور قید و شرط برای قاعده اصلی " الضرر یزال " می باشند .

فصل دوم

الأمر بمقاصدها¹

حکم بر اعمال منوط بر نیت ها است

به تبعیت از رسم اکثر فقهاء اسلامی مانیز بحث را از همین قاعده وزین آغاز نموده ایم ، در این قاعده مطالعه می نماییم که حکم وداوری هر موضوعی از جمله موضوعات مالی بر محور مقاصد واهداف اصلی وواقعی می چرخد،والفاظ محض تبیین وبیان مقاصد به کار میروند؛ وحکم همه امور منوط به نیات واهداف اساسی وواقعی است،والفاظ نقش ثانوی وکمکی دارند.

این فصل حاوی سه مبحث است که درنخست به تشریح مفردات،اهمیت واصل قاعده پرداخته شده وبعدا در مبحث دوم اهم فروع قاعده به صورت اجمالی ملخص بیان شده ودرمبحث اخیر هم قاعده با مواد بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور انطباق داده شده است.

مبحث اول: تشریح مفردات قاعده، اهمیت قاعده، دلیل قاعده واهم

فروع قاعده :

ما درین مبحث به تشریح و تفسیر مفردات قاعده، ادله یا مستند و همچنین مهمترین فروع قاعده که در واقع قاعده مزبور به عنوان اصل برای این فروع است خواهیم پرداخت.

مطلب اول : تشریح مفردات قاعده :

الف) مفهوم امور:

امور جمع امر، و امر در زبان و ادب عرب به مفاهیم زیرین به کار رفته است :

1. به مفهوم شان، تدبیر و کار چنانچه الله متعال می فرماید: (وَمَا أَمْرٌ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ)² ترجمه

: و فرمان تدبیریا کار فرعون صواب و رشید نبود .

که درین مقام لفظ امر به معنای امر و فرمان نیست، بلکه به معنای تدبیر و کار آمده

است:

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج(5/1)، عام الطبع: 1421 هـ ق. ماده: 2.

² قرآن کریم ، سوره هود ، ایه (97).

2. به مفهوم ضد نهی، یعنی امر، دستور و فرمان نیز آمده است که شامل اقوال و افعال نیز می شود، چنانکه الله متعال می فرماید: (قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ)¹ ترجمه: بگو که خدایم مرا به دادگری دستور داده است .

همچنان الله متعال می فرماید: (وَتَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)² ترجمه: و باید از میان شما گروهی مردم را به نیکی دعوت کنند و به کار ناشایسته وادارند و از زشتی باز دارند و آنان همان رستگارانند .

لفظ امر درین مقام، به معنای دستور و فرمان آمده است نه کار و تدبیر .

ب) مقاصد:

مقاصد جمع مقصد و از واژه قصد مأخوذ است که به معانی مختلفی میاید:

1. به معنای مستقیم نمودن و استوار داشتن راه است چنانچه الله متعال می فرماید: (وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ)³ ترجمه: و تبیین راه است و دعوت به سوی الله به وسیله براهین قاطع و دلایل واضح بر عهده خداست و برخی از آن راه ها کج است و اگر خدا می خواست مسلماً همه شما راهدایت می کرد .

2. به مفهوم نیت نیز آمده است و منظور ما درین مقام هم از مفهوم امر همین معنی می باشد یعنی نیت اطاعت از الله متعال و تقرب به او در ایجاد فعل است .

یعنی هرگاه منظور انسان از انجام یا ترک عملی اطاعت از الله متعال باشد مستحق اجر و پاداش و هرگاه مقصود از آن معصیت خداوند متعال باشد مستحق مجازات و کیفر قرار خواهد بود.

مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده:

مفهوم کلی قاعده این است که کلیه آثار اعمال و تصرفات شخص مکلف از گفتاری گرفته تا کرداری بر اساس قصد و نیت گوینده و متصرف گوناگون می شود و نیز احکام شرعی متفاوت بر مبنای همین قصد و اراده بر آن ها مرتب می گردد؛ زیرا در عبارت این قاعده مضاف محذوف است و آن احکام می باشد .

¹ قرآن کریم، سوره اعراف، آیه: (29).

² قرآن کریم، سوره آل عمران، (آیه 104) .

³ قرآن کریم، سوره النحل، آیه: (9).

تقدیر آن چنین می شود " احکام الامور بمقاصدها " زیرا علم فقه از احکام و امور بحث می کند نه از ذوات آنها بنابراین مجایه الأحكام العدلیة این قاعده را به قول إن الحكم الذی یترتب علی الامر الخ . تفسیر کرده است یعنی هرگاه منظور انسان از انجام یا ترک عمل اطاعت از الله متعال ورسولش - صلی الله علیه وسلم - باشد مستحق اجر وپاداش نبوده بلکه مورد مجازات قرار خواهد گرفت .

به عنوان نمونه هرگاه کسی حیوانی را به نیت تقرب به الله متعال ذبح کند عبادت بوده و مستحق پاداش می گردد و اگر به نیت های دیگری از قبیل توسل به اولیاء الله ، امیران ، مردمان صالح خواه زنده باشند یا خیر ذبح کند شرک و حرام خواهد بود و اگر به نیت خوردن ذبح کنند مباح خواهند بود.¹

مطلب سوم : اهمیت و جایگاه قاعده :

این قاعده از زمره ی اهم ترین و اسبق ترین قواعدی است که ابوسعید هروی² از ابوطاهر دباس نقل کرده است.

این قاعده در اکثر ابواب فقهی مانند : عبادات ، معاملات حقوق ملکیت ، ابراء ، وکالت ، ضمانات ، وصیت ، نکاح ، طلاق ، وقف و قضاء (یعنی احکامی مربوط به اقامه حدود و قصاص و هر حکمی که مربوط به قضاوت و از صلاحیت های حکام تلقی شود مانند شهادت ، جهاد و قتال) دخیل و قابل اجراء و تطبیق می باشد .

این قاعده به صورت گسترده در ابواب زیرین کاربرد دارد :

1. مباحث مربوط به معاوضه و تملیک : مانند خرید و فروش ، اجاره ، صلح ، هبه و جعاله ، .
یعنی هرگاه عقود معاوضات مطلق ذکر شوند ، به اصالت معاوضات - که اثر مترتب بر آن از قبیل تملیک و تملک است - حکم می شود ولی در صورتی که عقود معاوضات توأم با

¹ الزرقا ، أحمد بن الشیخ محمد . شرح القواعد الفقهیة (ج ۱ / 47) ، تصحیح و تعلیق مصطفی أحمد الزرقا ، ناشر دار القلم - دمشق / سوریا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م

² ابوسعید عبدالمجید بن اسماعیل متولد 537 هـ ق از فقهای شهیر شافعی در سده های پنجم و اوایل سده ششم بود و شارح کتاب ادب القضاء از ابو عاصم عبادی را نیز می باشد . هروی یکی از شاگردان ابوعاصم و شارح کتاب او است . او برای چند سالی متصدی امر قضاوت در شهر همدان ایران و در مسجد جامع همدان به همراه پدرش به قتل رسید . أعضاء ملتقی أهل الحدیث . المعجم الجامع فی تراجم العلماء و طلبیة العلم المعاصرین 1 ، آماده شده برای المکتبة الشاملة توسط : أسامة بن الزهراء عضو فی ملتقی أهل الحدیث

قرینه باشد، از قبیل شوخی و مزاح، استهزاء و رهن، در آنصورت وفق قرینه حکم صورت می گیرد.

2. ضمانات و امانات: از باب نمونه مساله لقطه - یافت شده - را میتوان مثال زد که هرگاه یابنده ی آن به نیت مراقبت و رساندن به صاحبش از آن مراقبت نماید یابنده به مثابه امین شناخته می شود و جز با تعدی ضامن شناخته نمی شود، اما اگر به نیت تصرف برای خودش نگهداری کند، در صورت تلف شدن گم شده، ضامن شناخته می شود.

3. جنایات: در باب قتل، قصاص، سرقت، قذف و زنا، هرگاه شخصی دیگری را قضا و بدون موجب به قتل برساند، مجازات او با کسی که از روی سهو و خطاء به قتل می رساند فرق می کند.

4. احوال شخصیه: در باب ازدواج، طلاق، رجعت، ایلاء وظهار نیز قابل تطبیق است.

5. در باب تحکیم قضاء: قاضی وفق آنچه که طرفین دعوا می شنود، حکم می کند، هر چند نیت و قصد ایشان از الفاظ چیزی دیگری باشد، پشتوانه ی روایی این سخن هم حدیث رسول خدا است که فرمودند: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا، بِقَوْلِهِ: فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ فَلَا يَأْخُذْهَا»¹ ترجمه: و هنگامی که شما دعوا و مخاصمه را نزد من می آورید، شاید بعضی نسبت به دیگری چرب زبانی کند و من طبق آنچه شنیده ام به نفع او فیصله کنم، اما کسی که من حق دیگری را به او جدا کنم نموده و می دهم، باید بداند که پاره ی از آتش را به او داده ام و نباید از آن استفاده کند.

قاطبه فقههای اسلامی به این اتفاق نظر دارند که مبنای عبادات بر نیت و مقاصد است

اما آیا در باب معاملات نیز این چنین است؟

فقههای حنفی، شافعی و ظاهریه به این دید اند که مقاصد و انگیزه ها تاثیری در معاملات ندارند و تا زمانی که قید نشده باشند، وفق ظاهر الفاظ عمل می شود.

اما فقههای مالکی، حنبلی و امامیه معتقد اند که انگیزه و هدف تعیین کننده در معاملات

دارند عمل می شود.²

¹ بخاری، ابو عبدالله، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن المغیره البخاری. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاری، باب مَنْ أَقَامَ التَّيْنَةَ بَعْدَ الْيَمِينِ، ج 3 ص 180 حدیث شماره 2680، تحقیق محمد زهیر بن ناصر الناصر ناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول، 1422هـ.

² کمال الدین محمد بن عبد الواحد السیواسی المعروف بابن الهمام، فتح القدير. ج 2 الناشر: دار الفكر الطبعة: ب ط، ب تا. ص 150.

ترجیح: وفق نظر فقیه معاصرون نویسندہ برجستہ اسلامی قاضی **عبدالغفور البیتانی**¹ در این باب موردی و جزئی میتوان قضاوت نمود که تنها در باب بیع (خرید و فروش) قضاوت به ظاهر الفاظ در صورتی که قرینه ای ذکر نشده باشد قابل قبول می تواند باشد، اما در ابواب دیگر همانند: ازدواج و طلاق، وصیت، وکالت، ابراء، مزارعت، مساقات، شفعه و موارد دیگر، عقد تابع مقاصد و اهداف است، نه الفاظ و ظواهر،² که این دید از نظر نویسندہ نیز واقع بینانہ و مرجح می باشد.

مطلب چهارم: الفاظ (عبارات) دیگر قاعده:

این قاعده به عبارات و الفاظ زیرین نیز آمده است:

1. الأعمال بالنیات؛
2. العبرة بالقصد والمعنى لاللفظ والمبنى؛
3. لا ثواب الا بنية؛
4. كل ما كان له اصل فلا ينتقل عن أصله بمجرد النية؛
5. الأيمان مبنية على الألفاظ والمقاصد؛
6. مقاصد اللفظ على نية اللفظ؛
7. إدارة الأمور في الأحكام على قصدتها؛
8. المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات.³

مطلب پنجم: مبانی (دلایل و مستند) قاعده:

اصل و ریشه ی این قاعده به کتاب الله، سنت رسول الله - صلی الله علیه وسلم -، اجماع و قیاس بر میگردد.

¹ عبدالغفور محمد البیتانی فقیه و نویسندہ برجستہ تبعه کشور عراق است که از وی آثار نفیس علمی از جمله کتاب القواعد الفقهية فی القضاء و کتاب التشریح القضایی فی القرآن، شرح الاربعین القضاییة، الاصول و الثوابت فی القضاء الاسلامی، القواعد والضوابط الفقهية فی الاحکام و العقوبات... به جا مانده است. البیتانی، عبدالغفور. **القواعد الفقه فی القضاء**. ص 30. ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ.

² البیتانی، عبدالغفور. **القواعد الفقه فی القضاء**. (ج 1/ص 30). ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش ص 30.

³ محمد مصطفی الزحیلی، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها فی المذاهب الاربعه**. ج 1 دار الفکر بیروت بی تا. ص 96،

الف) کتاب الله :

آیاتی وافری وجود دارند که بیانگر نقش وتاثیر گذاری نیت بر عمل انسان است ، از جمله :

1. (وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقَيِّمَةِ)¹ ترجمه: فرمان نیافته بودند جز اینکه خدارا بپرستند. در حالی که با توحید گراییده اند دین خود را برای او خالص گردانند و نماز برپا دارند و زکات بدهند و دین ثابت و پایدار همین است (درین آیه محک و محور عبادات و پرستش ، اخلاص و صفای قلب دانسته شده است، توحید و اخلاص الله متعال جز از طریق راستی و نیت ، نمی تواند محقق شود.

2. (مَنْ كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ الْآخِرَةِ نَزِدْ لَهُ فِي حَرْثِهِ وَمَنْ كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ الدُّنْيَا نُؤْتِهِ مِنْهَا وَمَا لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ نَصِيبٍ)² ترجمه : خواستن و اراده کردن ، از افعال قلبی است که بدون نیت و قصد ، نمی تواند محقق شود .

3. (مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْعَاجِلَةَ عَجَلْنَا لَهُ فِيهَا مَا نَشَاءُ لِمَنْ نُرِيدُ ثُمَّ جَعَلْنَا لَهُ جَهَنَّمَ يَصْلَاهَا مَذْمُومًا مَدْحُورًا * وَمَنْ أَرَادَ الْآخِرَةَ وَسَعَى لَهَا سَعْيَهَا وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ كَانَ سَعْيُهُمْ مَشْكُورًا)³ ترجمه : هرکس خواهان دنیای زود گذر است به زودی هرکه را خواهیم نصیبی از آن می دهیم آنگاه جهنم را که در آن خوار و رانده داخل شد برای او مقرر می داریم و هرکس خواهان آخرت است و نهایت کوشش را برای آن بکند و مومن باشد آنانند که تلاش آنها مورد حق شناسی واقع خواهد شد

این آیه به صراحت اعلام میدارد که معیار پاداش و جزاء نیت و قصد عامل خواهد بود .

ب) سنت نبوی :

1. از عمر - رضی الله عنه - روایت است که پیامبر - صلی الله علیه وسلم - فرمود: (**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**)⁴ ترجمه : رفتار و عمل وابسته به نیت است هرکسی وفق نیت اش مورد قضاوت قرار می گیرد .

¹ قرآن کریم ، سوره بینه ، آیه : 5 .

² قرآن کریم ، سوره شوری ، آیه : (20) .

³ قرآن کریم ، سوره الاسراء ، آیه : (18 و 19) .

⁴ بخاری ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن المغیره البخاری : **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله**

صلی الله علیه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاری ، باب : كَيْفَ كَانَ بَدْءُ الْوَحْيِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ (ج 1 ص)

6 شماره حدیث 1 تحقیق: محمد زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد

فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422هـ

2. از رسول الله - صلى الله عليه وسلم - روایت است فرمودند: « **يُبْعَثُهُمُ اللَّهُ عَلَى نِيَّاتِهِمْ** »

¹ ترجمه: خداوند زنده می سازد آن ها را بر نيات شان.

4. از سعدابن ابی وقاص - رضی الله عنه - روایت شده است که پیامبر - صلى الله عليه وسلم

- فرمودند: « **وَإِنَّكَ لَنْ تُنْفِقَ نَفَقَةً إِلَّا أُجِرْتَ عَلَيْهَا، حَتَّى اللَّقْمَةَ تَرْفَعَهَا إِلَيَّ فِي أَمْرَاتِكَ** ». ²

ترجمه: توهیچ کاری نمی کنی مگر این که بخاطرش پاداش داده میشوی، حتی لقمه ای را که بردهان همسرت می گذاری پاداشی را در پی دارد .

ج) علمای اسلامی در هر برهه از تاریخ اسلامی براین امر که معیار ومدار اعمال نیت وقصد است اتفاق دیدگاه داشته اند .³

د) عقلا واهل بینش کلیه رفتار ، تصرفات مجنون (دیوانه) کم عقل فراموش کار وخطا کار را گاهی معتبر ندانسته اند ، وآنهم بدین بابت که در رفتار وکردار آنها نیت وقصدی دخیل نیست .

مبحث دوم: اهم فروع قاعده:

در این مبحث اهم فروع قاعده مورد مطالعه و بررسی قرار می گیرد.

مطلب اول: العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني .⁴

ترجمه: در معاملات به معنی ها ومقاصد اعتبار داده می شود نه به الفاظ ومبانی.

الف) تشریح مفردات:

¹ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري : المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بابُ بَيَانِ أَلِ الدِّينِ النَّصِيحَةُ (ج 4 ص 2210) حديث شماره 2884 ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ب ت . [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخريج، ومتم مرتب بشرح النووي والسيوطي.]

² بخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بابُ مِيرَاثِ الْبَنَاتِ ، (ج 8 ص 150) حديث شماره 6733 ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422هـ.

³ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري. ج 1 رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1379ص 11.

⁴ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام

الطبع: 1421

هـ . ق. ماده 3.

1. عقود: عقود جمع عقد بوده و عقد در لغت به معنای شد و بسته کردن است و در اصطلاح قانون مدنی افغانستان: عقد عبارت از توافق دواراده است به ایجاد یا تعدیل یا نقل یا ازاله حق در حدود قانون.¹ می باشد. اما در اصطلاح فقهای اسلامی عبارت است از ارتباط دادن ایجاب یکی از متعاقدين با قبول متعاقد دیگر به طریقه مشروع به نحوی که اثر آن در معقود علیه ثابت شود. ² این تعریف به صورت بواح مشعر آن است عقد در میان متعاقدين طوری به وجود می آید که هدف آن ایجاد یک اثر قانونی باشد. به طور مثال: کسی برای دیگری بگوید: این کتاب را برای تو فروختم و شخص دوم بگوید: من آن را خریدم، سخن نخست را ایجاب و حرف دوم را قبول گفته میشود. و هنگامیکه قبول با ایجاب ارتباط پیدا کند، ایجاب و قبول از دوشخص دارای اهلیت شرعی صادر گردد، اثر عقد در محل آن ثابت می شود.

2. الفاظ جمع و لفظ کلامی است که انسان بابت تعبیر از ما فی الضمیر خود به آن نطق می کند.

3. مقاصد: مقاصد جمع مقصد و از واژه قصد مأخوذ است و منظور از آن در اینجا اراده و نیت است طوری که در گذشته آن را تشریح نمودیم.

4. معانی: جمع معنی است و منظور از آن دلالت های الفاظ است و هر لفظ احتمال یک و یا بیشتر از یک معنی را دارد. و در ماورای هر معنی مقصدی نهفته است که گاهی از لفظ به صورت آشکار دانسته می شود و گاهی جز با قرینه فهمیده نمی شود و گاهی چنان مخفی است که جز با بیان صاحبش مفهوم نخواهد بود.

5. مبانی: مبانی جمع مبنی است و مقصود از آن جمله های تامه است که افاده یکی از معانی را می نمایند چنین جمله ها بدان جهت مبانی نامیده شده اند که هر لفظ با لفظ دیگر به گونه ارتباط پیدامی کند در نهایت به تمام معنی مراد می رسد.

ب) مفهوم عام قاعده:

این قاعده به نزد احناف و مالکی ها به این معنی است. در اصول عقد به الفاظی مورد استعمال عاقدین قرار گرفته است اعتبار داده نمی شود بلکه له مقاصد حقیقی کلام آنان حین عقد اعتبار داده می شود؛ زیرا مقصود حقیقی معنی است نه لفظ مستعمل و الفاظ جز قالب ها

¹. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ ش ج دوم ماده 497.

². محمد خالد الاتاسی، شرح مجلة الأحكام العدلیة. (ج 1/ 40) المكتبة الحقانیة: پشاور پاکستان ب تا. ماده های: 103-104.

برای معانی چیزی دیگری نیستند. پس در عقود قصد و اراده معتبر است و ذکر کلمات و الفاظ خاصی پیشبینی شده ضروری و حتمی نیست.¹

مبحث سوم: تطبیق یا اعمال قاعده با بخش معاملات مالی قانون مدنی افغانستان:

بدون تردید اثر پذیری قانون مدنی کشور بویژه در بخش معاملات مالی از قواعد فقهی بالاخص از قاعده حاضر (الأمور بمقاصدها) به صورت بواح و وضوح دیده میشود که ما به گونه نمونه برخی از مصادیق آن را خواهیم آورد.

مطلب اول: نقش اراده، نیت و قصد باطنی در ایجاد معاملات مالی:

فقهاء و قانونیون به این باوراند که در معاملات مراد از اراده قوه‌ای است که معامله را پدید آورد و معامله و عقد در واقع توافق دواراده یا دو نیت است.

مسئلاً اراده به دو گونه عام تعبیر شده است: یکی اراده و قصد باطنی و دیگری اراده ظاهری اگر ما به دید ژرف به این قاعده نگاه کنیم و تحلیل نماییم در میابیم که این قاعده اراده باطنی را در معاملات مالی و سایر معاملات و عقود اصل دانسته و در واقع اراده ظاهری را صرفاً معلنه اعلام میدارد؛ یعنی اراده ای است که قصد متعاقدين را بر انجام عمل حقوقی با شرایط قانونی به نحوی که آثار حقوقی بر آن مترتب باشد آشکار و اعلام میدارد که از چنین اراده‌ی گاه به نوشتار و گاه به طور شفاهی پرده برداشته می‌شود.

برعکس نظریه پردازانی که مدعی مهم انگاشتن روابط اجتماعی اند بویژه اندیشمندان آلمانی که می‌گویند: عقد یا معامله یک رابطه اجتماعی است که از اعلام اراده‌ها به وجود می‌آید و آنچه که در نیت‌های باطنی می‌گذرد در جهان حقوق اثر ندارد؛ و اگر شخصی که اراده خود را بیان می‌کند به مفاد عرفی و اژه‌های که به کار بسته است ملزم نشود هیچ امنیت در روابط حقوقی مردم و رابطه معاملاتی مردم باقی نمی‌ماند.

قانون مدنی کشور با اثر پذیری از این قاعده و زین فقهی (الأمور بمقاصدها) اراده باطنی در انشای معامله یا عقد را اصل پنداشته و اراده ظاهری را فقط معلنه یا وسیله اعلام معامله

¹. دادمحمد نذیر، درآمدی بر قواعد کلی فقهی. (ص: 30) انتشارات: رسالت، کابل 1392 هش چاپ: اول. ص: 30.

وتکمیل کننده آن میدانند. چنانچه که در ماده 706 چنین صراحت دارد: (در عقود با رعایت اراده ظاهر متعاقدين به مقاصد و معانی اعتبار داده میشود نه بر الفاظ و حروف).¹ به موجب مفاد ماده مزبور برای انعقاد معامله یا عقد اراده باطنی اصل دانسته شده که به وسیله اراده و نیت انشایی بسته شده و با اراده ی ظاهری اعلام می گردد. به گونه مثال هرگاه دونفر توافق در امری پیداکنند و ایجاد آنرا اراده نمایند. اراده و یا قصد باطنی شان منحصراً اصل اراده ظاهری شان به عنوان وسیله اعلام عقد شمرده میشود.

بدین ملحوظ برای صدور ایجاب و قبول در معامله موجودیت اراده ضروری است؛ و به اصطلاح حقوقی مراد از وجود قصد متعاقدين در انجام عمل حقوقی است؛ یا به دیگر سخن، منظور از وجود اراده آن است که شخص نیت پدیدآوردن اثر قانونی مترتب بر عمل حقوقی یا معامله ی را داشته باشد.

بنابراین اراده نمی تواند از شخصی صادر شود که فاقد اهلیت و اراده باشد همانند صغیر، مجنون (دیوانه)، مست و امثال اینها...²

همچنین در رابطه به عمل حقوقی اراده ی را که موجب اثر حقوقی نباشد نمی توان اعتبار داد بنابراین، در تعارضات اجتماعی نمی توان الفاظ بر زبان آورده را کاشف از اراده و نیت و قصد شخص دانست؛ فلذا اراده شخص هازل، اراده شکلی و نظیر اینها نیز تابع همین حکم است؛ زیرا عنصر پدید آوردن اثر قانونی بر آن مترتب نیست و در واقع اراده حقوقی مورد نظر پدید نیامده است.³

قانون مدنی کشور نیز به تاسی از این قاعده فقهی و دید و نظریه مجلة الاحكام العدلیة در ماده 545 خود معامله و عقد مجنون، معنوه و امثال اینها را باطل اعلام میدارد: (1) تصرف مجنون و معنوه بعد از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته میشود. (2) تصرف قبل از ثبت قرار مبنی بر حجر باطل پنداشته نمی شود مگر اینکه حالات جنون و معنوه بودن حین عقد شایع بوده یا طرف مقابل به آن علم داشته باشد.⁴

1. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده 706.

2. محمد خالد الاتاسی، شرح مجلة الاحكام العدلیة. ج 1: المكتبة الحقانیة: پشاور پاکستان ب تا. ص 14.

3. سید حسن امامی، قانون مدنی. (ج 1 ص 53). انتشارات: کتاب فروشی اسلامیة، 1377 هـ ش تهران، ص 53.

4. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 545.

ازین ماده به وضوح معلوم میشود که قانون مدنی کشور اراده و نیت اشخاص عديم الأهلیت و یا ناقص الأهلیت را مدار اعتبار قرار نمی دهد .
تبصره: در مجموع دیده می شود که قانون مدنی افغانستان اراده و نیت رامعیار و محک حکم بر اعمال و معاملات مالی تعیین می دارد و محض الفاظ و مبانی را معیار حکم نمی داند. که این امر به وضوح نماینگرایین است که قانون مدنی از این قاعده (الأمر بمقاصدها) اثر پذیرفته است .

مطلب دوم : رابطه نیت و اراده با ایجاب و قبول در معامله:

قانون مدنی به صورت وضوح درین باب صراحت دارد که : "ایجاب و قبول یا صیغه عقد عبارت است از آنچه که از متعاقدین صادر گردد که در عرف مردم برای انشای عقد استعمال می گردد ."¹

تبصره: این ماده این مطلب را می رساند که الفاظ مستعمله در انشاء عقد باید در عرف مردم برای انشاء عقد معمول باشد؛ ودلالت بر اظهار اراده و نیت باطنی نماید؛ و نیت باطنی عاقدین (طرفین معامله) به واسطه قول، لفظ و یا آنچه که قایم مقام قول اعم از فعل ، اشاره و یا نوشته باشد اظهار می گردد.

بنابراین ایجاب و قبول و اظهار آن وسیله برای ابراز قصد و نیت و اراده است که گاهی بصورت شفاهی و گاهی به صورت کتبی ، گاهی بصورت صریح و ضمنی و گاهی هم به گونه اشاره ودلالت صورت می پذیرد .

واز این ماده به وضوح معلوم می شود که معیار حکم در ایجاب و قبول و صیغه عقد الفاظ مخصوص نیست بلکه آنچه در عرف برای انعقاد عقد شهره باشد همان معیار می باشد.

مطلب سوم: الفاظ ایجاد کننده عقد (معامله) جواز عقد به صیغه مضارع و امر در صورتیکه قصد حال باشد:

فقهای اسلامی درباره صحت انعقاد عقد و معاملات توسط فعل ماضی اتفاق نظر دارند؛² زیرا این صیغه از هر لفظی دیگری با صراحت بیشتری بر مراد دلالت می کند؛ مانند:

¹ . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده 506.

² . أبو الحسن برهان الدین علی بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية شرح البداية. ج: 2 ص 2. المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احیاء التراث العربی - بیروت - لبنان. ب - ت

فروختن، به رهن دادم، هبه نمودم و نظیر اینها زیرا مراد از آن انشای عقد در زمان حال است.

همچنین عقد با صیغه ماضی بدون توقف بر چیزی همچون: نیت وقرینه منعقد می شود و در عرف نیز این صیغه برای خرید و فروش به کار می رود همچین، از این قاعده مزبور معلوم می شود که انعقاد عقد و یا معامله به صیغه مضارع مشروط بر اینکه اراده و نیت حال از آن معلوم باشد جایز خواهد بود؛ زیرا صیغه مضارع در لغت عربی به دلالت برای حال آورده است. و تنها برآینده اختصاص ندارد.

به همین گونه فقهای اسلامی در انعقاد به صیغه امر اختلاف دارند: فقهای حنفی به این باورند که غیر از عقد ازدواج عقود و معاملات دیگر به صیغه امر منعقد شده نمی تواند؛ برعکس جمهور فقهاء به این باورند که هر معامله می تواند به صیغه امر منعقد شود. اما نزدیک به کل فقهاء اسلامی بر عدم انعقاد و معامله به صیغه مضارع بدون اراده و قصد حال اتفاق نظر دارند؛ زیرا در صورت عدم قرینه و قصد اراده حال در واقع وعده به معامله است نه عقد.¹

قانون مدنی کشور در ماده های 507 خود نیز عقد را به صیغه ماضی قابل انعقاد عقد و معامله را به صیغه مضارع یا امر نیز در صورتی جایز میداند که از آن اراده و قصد حال شده باشد.²

و ماده 508 قانون مدنی به گونه مصرح چنین بیان میدارد که در عقد به صیغه استقبال وقتی منعقد می گردد که عاقدین قصد انشای عقد را با این صیغه نموده باشند.³ تبصره: از متون فوقانی معلوم می شود که وفق قانون مدنی افغانستان صیغه ی خاصی در انعقاد عقد معیار نیست و حتی میشود از صیغ امریه مضارع و ماضی در انشای عقد در صورتیکه قصد و نیت حال باشد. مجاز اعلام میدارد.

مطلب چهارم: واضح و روشن بودن مفاد معامله و اعتبار به مقاصد و معانی متعاقدين:

به موجب قاعده (الأمر بمقاصدها) معاملات تابع اراده و قصد باطنی و مقصود واقعی دوطرف معامله است. قانون مدنی کشور در بحث مفاد و نتیجه عقود و معاملات مقصود باطنی طرفین

¹ الزحیلی، وهبه مصطفی. الفقه الاسلامی وادلتہ، ج 4. امیر حمزه کتب خانه، ب تا. 1436 ص 2935.

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده 507.

³ همان، ماده: (508).

معامله را مهم انگاشته است و الفاظ ظاهری را چنانچه قبلاً متذکر شدید فقط وسیله اظهار و اعلام اراده و قصد متعاقدين ميخواند .

چنانکه ماده 706 این قانون چنین مشعر: (در عقود با رعایت اراده ظاهر متعاقدين به مقاصد و معانی اعتبار داده میشود نه بر الفاظ و حروف)¹ بدین بابت قاعده فقهی و همچنان قانون مدنی کشور در مقام تفسیر معامله و قرارداد طرفین معامله و قرارداد قاضی را مکلف به جستجو و کشف قصد واقعی و مشترک آنها میکنند؛ و حکم بر ظاهر الفاظ را نفی میدارند .

تبصره: گفته میتوانیم که این ماده قانون مدنی با اثر پذیری از قاعده فقهی (الأمور بمقاصدها) و فرع آن قاعده (العبرة فی العقود للمقاصد والمعانی لا للالفاظ والمبانی) بویژه برای بی اعتبار ساختن معاملات و قراردادهای شکلی و ظاهری و جلوگیری از حیلہ های نامشروع مفید خواهد بود و به قاضی امکان بدهد تا از ظواهر فریبنده بگذرد و رابطه دوطرف را تابع مقصود و مراد واقعی آنان سازد و وصف حقوقی عمل انجام شده را معین سازد.²

مطلب پنجم: مالک عوضین قلمداد کردن طرفین معامله در بیع مقایضه³ بدون تصریح لفظی در ابتدای عقد:

قانون مدنی کشور با تاسی از قاعده فقهی الأمر بمقاصدها در ماده 1173 بند دوم خود؛ هر یک از عوضین را در بیع مقایضه ثمن و مثنی تلقی نموده است که بدین دلیل هر یک از طرفین معامله در آنچه که پرداخت کرده است، حکم بایع و در برابر آنچه اخذ نموده است حکم مشتری را اکتساب می نماید. گرچندکه در وقت ایجاد معامله توسط لفظ به آن تصریح نشود.

چنانکه تصریح میدارد: "هر یک از متعاقدين در عقد مقایضه نسبت به آنچه تسلیم نموده بایع و نسبت به آنچه اخذ نموده مشتری شمرده می شود".⁴

¹ همان ، ماده: (706).

² ناصر کاتوزیان . حقوق مدنی قواعد عمومی قرار دادها ، ص33. شرکت سهامی انتشار، تهران، 13 هـ ش . ج3. چاپ: هفتم . تهران . انتشارات : شرکت سهامی بهمن برنا . 1385 هـ ش .

³ مجلة الأحكام عدلیه در تعریف مقایضه می گوید: بیع المقایضه: بیع العین بالعین، ای مبادله مال بمال غیر النقدین . مقایضه عبارت از بیع عین به عین ؛ یعنی مبادله مال است به مال درحالی که بدین عقد غیر از نقد باشد . لجنة من العلماء المحققین والفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری . مجلة الاحکام العدلیة، وزارة المعارف . ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 122 قانون مدنی نیز با تبعیت از این دید می گوید: مقایضه عبارت است از بیع جنس به جنس . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده 122.

هـ ق ماده : 122 قانون مدنی نیز با تبعیت از این دید می گوید: مقایضه عبارت است از بیع جنس به جنس . وزارت عدلیه ؛ قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده

2. وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده : 1173.

تبصره: از متن این ماده به خوبی برمی آید که مطلق داد و ستد طرفین در عقد مقایضه معیار است که ما یکی از طرفین معامله را نسبت به آنچه تسلیم نموده است بایع و نسبت به آنچه اخذ نموده است مشتری شمرده می شود. با آنکه در بدو بیع به آن تصریح نشده باشد.

مطلب ششم: تصرف مالکانه مشتری در مبیع معیوب بعد از اطلاع از عیب و سقوط خیار عیب اوبدون اجرای الفاظ:

وفق دیدگاه فقهی مأخوذ از این قاعده فقهی هرگاه مشتری مبیع را قبض نموده و عیب قدیم آن به وی ظاهر گردد و در آن تصرف مالکانه نماید، مثلاً: آن را به دیگری به فروش برساند، هبه نماید، وقف نماید، یا هم اجاره دهد؛ خیار عیب اوساقط گردیده نمی تواند ضمان را از بایع مطالبه نماید. (بعد اطلاع مشتری علی عیب فی المبیع إذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره (...)¹

قانون مدنی نیز با اثرپذیری از دید و قاعده فقهی مزبور تصرف مالکانه مشتری را بعد از اطلاع از عیب قدیم در مبیعه بدون تصریح لفظی عامل سقوط خیار عیب میداند و تصریح میدارد که: "هرگاه مشتری بعد از اطلاع به عیب قدیم در مبیعه، تصرف مالکانه نماید، خیار عیب اوساقط می گردد".²

تبصره: قانون مدنی با اثرپذیری از این قاعده فقهی تصرف مالکانه مشتری را بدون اجرای الفاظ در واقع مسقط خیار عیب می داند.

مطلب هفتم: بحث حواله³ به شرط:

جمهور فقهای اسلامی به این باوراند که با حواله محیل بری الذمه می گردد. و همچنان با حواله تامينات دين از قبيل كفالت و رهن پایان یافته تلقی می شود و قانون مدنی کشور نیز در ماده 1727 خود دید جمهور علماء را تایید کرده است.

و اما هرگاه در حواله شرط مبنی بر عدم براءت حواله دهنده گذاشته شود حواله نه بلکه كفالت دانسته میشود و مشابه به حکم كفالت خواهد بود.¹

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 344 .

² وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1103.

³ مجلة الاحكام العدلية برای حواله این گونه تعریف می آورد: الحواله نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى . یعنی حواله عبارت از نقل دین از یک ذمه به ذمه دیگر است . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 673 قانون مدنی نیز برای حواله دین این گونه تعریف می آورد: حواله دین عبارت است از انتقال دین از ذمه حواله دهنده به ذمه شخص حواله داده شده و مطالبه دین از وی . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 1716.

قانون مدنی کشور نیز با تأسی از این قاعده فقهی (الأمور بمقاصدها) حواله را به شرط عدم براءت حواله دهنده کفالت دانسته و در ماده 1728 خود چنین صراحت دارد: (حواله به شرط عدم براءت حواله دهنده کفالت دانسته میشود، و در صورتیکه بر حواله دهنده ضمان شرط شود یا برای حواله گیرنده خیار گذاشته شود، شرط صحیح و حواله گیرنده می تواند دین را از حواله دهنده یا شخص حواله داده شده مطالبه نماید.²

تبصره: از روح این ماده به وضوح معلوم می شود که این ماده هم متأثر از قاعده فقهی بوده و حکم امور را به مقاصد آن در ارجاع میدهد نه بر الفاظ چنانکه اینجا به لفظ حواله اعتبار داده نمی شود؛ بلکه به مقصد نهایی اصلی که همان کفالت است اعتبار داده است. که این امر خود نشانگر اثرپذیری قانون مدنی از قاعده فقهی حاضر خواهد بود.

مطلب هشتم: بحث اقاله عقد (معامله) به شیوه ی تعاطی وبدون به کارگیری الفاظ اقاله:

ماده 748 قانون مدنی کشور با اثرپذیری از این قاعده فقهی سترگ اقاله را به تعاطی در اقاله قایم مقام ایجاب و قبول لفظی دانسته و آنرا در اقاله معامله کافی میداند چنانچه این گونه صراحت دارد: (تعاطی قایم مقام ایجاب و قبول بوده اقاله به آن صحیح پنداشته میشود).³ بنابراین اگر مشتری شی را از بایع خریداری نماید و سپس آنرا رد و پول خود را اخذ نماید و بایع نیز درین باره هیچ اعتراض هم نداشته باشد با وجود اینکه از لفظ اقاله کار نگیرند باز هم اقاله خواهد بود.

تبصره: وفق قانون مدنی افغانستان در بحث اقاله مطلق تعاطی قایم مقام صیغه ایجاب و قبول می باشد. که این مسأله خود نشان گر اثرپذیری قانون از قاعده فقهی مزبور است.

مطلب نهم: روش های دیگر ایجاب و قبول در هبه بدون استفاده الفاظ یا اقوال:

دید فقهی حسب قاعده الامور بمقاصدها این است که ایجاب و قبول در هبه توسط لفظ یا قول و یا آنچه که قایم مقام گفتار اعم از فعل، اشاره یا نوشته باشد اظهار می شود.⁴ قانون مدنی کشور نیز با تأسی از این قاعده در باب قبولیت اظهار اراده در عقود چنین صراحت دارد که: "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد."⁵

¹ الزحیلی، وهبه مصطفی. الفقه الاسلامی وادلته، ج6/ 4189-4191. امیرحمزه کتب خانه، ب - ت.

² همان، ماده: (1728).

³ مرجع سابق، ماده: (748).

⁴ الزحیلی، وهبه مصطفی. الفقه الاسلامی وادلته، (ج5 / 3982. امیرحمزه کتب خانه، ب - ت.

⁵ مرجع سابق، ماده: (509).

در جای دیگری در همین ارتباط چنین تصریح میدارد که: هبه به تعاطی منعقد شده می تواند¹ پس از این دوماده مزبور چنین نتیجه به دست می آید که: واهب و موهوب له میتوانند اراده های خود را بوسیله گفتار، نوشته، اشاره یا هم تعاطی اعلام بدارند.

تبصره: در این جا وقتی که اظهار اراده را حتی باگونه تعاطی درست میداند معلوم می شود که قانون از نص قاعده اثر پذیرفته زیرا به وضوح دیده می شود که فقط محض اظهار اراده را حتی به وسیله تعاطی در انجام هبه کافی میداند و انجام آن را به وسیله لفظ و گفتار حتمی نمی داند.

مطلب دهم: منع رجوع از هبه² در صورت معوض بودن و بیع تلقی شدن آن :

قانون مدنی کشور در بحث موانع رجوع از هبه در صورت موجود شدن بعضی از موانع منع قرار داده است . که یکی از این موارد بحث مطرح شدن عوض در بدل هبه است ، یعنی هرگاه هبه معوض بوده و عوض آن هم داده شود ، واهب نمی تواند رجوع نماید؛ زیرا درین صورت شبیه عقد بیع شده و حکم بیع را می گیرد و به لفظ هبه اعتبار داده نمی شود .

چنانکه در ماده 1211 چنین صراحت دارد: (هرگاه هبه بمقابل عوض صورت گرفته باشد حق رجوع در آن ساقط می گردد.)³

تبصره: بی گمان از متن این ماده برمیآید که هبه در مقابل عوض بیع انگاشته شده و به محض لفظ هبه اعتبار داده نمی شود. که این موضوع نشان از اثرپذیری این ماده قانون مدنی از قاعده فقهی حاضر است.

مطلب یازدهم: وصیت تلقی شدن هبه بیمار مبتلاء به بیماری مرگ بدون تلفظ به لفظ وصیت:

حسب دیدگاه فقهی هبه بیمار مبتلاء به مرض الموت در حکم وصیت است، بدین بابت بیمار اینچنینی فقط می تواند، ثلث مال خویش را هبه نماید. که ازین زاویه، هبه بیمار مبتلاء به

¹ . مرجع سابق ، ماده: (1779).

² . هبه از کلمه ی وهب گرفته شده است که در لغت به معنای انعام، بخشش، بخشیدن و دادن چیزی برای کسی بدون عوض است . که تملیک کننده را واهب و بخشیده شده را موهوب له و مالی را که مورد هبه است، موهوبه می گویند. و در اصطلاح فقهی عبارت از اینکه به موجب آن یک شخص مالی را به صورت رایگان به شخص دیگری در زمان حیات خود تملیک نماید. وزارت الأوقاف و الشؤون الإسلامية - الكويت ، جمعی از علماء : الموسوعة الفقهية الكويتية ج6 / 120) دار السلاسل الكويت . الطبع الثانی: سال ۱۴۰۴ هـ - ۱۴۲۷ ص 120 . مجلة الاحكام العدلية نیز می گوید: هی تملیک مال الأخر بلا عوض ویقال لفاعله واهب، وذلک المال موهوب، و لمن قبله موهوب له. لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين فی الاتحاد السوری . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج1 ، عام الطبع: هـ ق ماده : 833 . 1421 .)

قانون مدنی نیز برای هبه این گونه تعریف آورده است : هبه عبارت است از تملیک مال به شخص دیگر بدون عوض، گاهی به مقابل عوض نیز صورت می گیرد. همان ، ماده : (1176).

³ . همان ، ماده : (1211) .

مرض الموت درثلث مال صحیح و در صورت بیشتر از ثلث مال، انفاذ آن منوط به اجازه ورثه است.¹

از این دید برای لفظ مستعمل و اهب مبتلاء به مرض الموت به لفظ هبه اعتبار داده نشده و بر وصیت حمل می شود.

قانون مدنی کشور نیز با تبعیت از این قاعده و دید فقهی چنین صراحت داشته است که:
"هبه شخص در حال مرض، حکم وصیت را دارد"²

تبصره: از متن ماده چنین برمی آید که بدون در نظر داشت استفاده از لفظ وصیت هبه در مرض مرگ حکم وصیت را می گیرد. بدون اینکه به وصیت تصریح شده باشد. فلذا محض اجرای هبه ی شخص در ایام مرض مرگ به قصد وصیت می باشد. لذا معلوم می شود که این ماده از قاعده فقهی مزبور اثر پذیرفته است.

مطلب دوازدهم : امانت قلمداد شدن قبض در صورتیکه قصد خرید نباشد و بدون قصد قابض هلاک شود:

قانون مدنی با اثر پذیری از قاعده (الأمر بمقاصدها) قبض به قصد خرید بعد تعیین ثمن (قیمت) را در صورت هلاک نزد قابض موجب ضمان میداند، اما در صورت عدم تعیین ثمن (قیمت) را شبیه امانت میداند و از ضیاع و هلاک شدن آن بدون تقصیر قابض در میگذرد. چنانچه فقره 1 ماده 1087 چنین اعلام میدارد: هرگاه چیزی که به قصد خرید بعدا تعیین ثمن قبض گردیده نزد قابض هلاک و یا ضایع شود و قبض کننده مسول شناخته می شود، در صورت عدم تعیین ثمن، حیثیت امانت را داشته از ضیاع و هلاک شدن بدون قصد و تقصیر قابض مسولیت به قابض عاید نمی گردد.)

و همچنان قبض را بدون قصد خرید به کلی حیثیت امانت را میدهد و در صورتیکه بدون قصد و تقصیر قابض هلاک شده باشد مسولیت را از قابض سلب می کند.

چنانچه در فقره 2 ماده مزبور اینچنین اشاره می نماید: (اگر قبض به قصد خرید صورت نگرفته، و بدون قصد قبض کننده هلاک شود امانت شمرده شده مسولیتی به قابض عاید نمی گردد. اعم از اینکه ثمن آن تعیین شده باشد یا نه.)³

¹. سید سابق، فقه السنة ج 2/553 الناشر: دار الكتاب العربي، بیروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977 م

². همان، ماده: (1191).

³. همان، ماده: (1087).

تبصره: قانون مدنی افغانستان قبضی که قصد در آن خرید نباشد و بدون قصد قابض هلاک شود امانت قلمداد می شود. با وجود اینکه لفظ امانت به کاربرده نشده باشد؛ که این مسأله خود به وضوح تمام اثرپذیری این بخش از قانون مدنی را نشان می دهد.

مطلب سیزدهم: اجرای عمل معین به عنوان سهم در عقد شرکت¹:

مطابق به قانون مدنی کشور اجرای عمل معین نیز میتواند سهم در شرکت تلقی گردد، به گونه نمونه از محض انتفاع از مال عنوانی سهم شرکت مصداق آورده است ولی به تبعیت از این قاعده فقهی به لفظ مستعمله شرکت اعتبار نداده و آن را به اجاره حمل می کند، مثلاً: قانون مدنی در ماده 1227 خود چنین صراحت دارد: "هرگاه سهمیه شریک صرف انتفاع از مال باشد، احکام اجاره در آن تطبیق میشود"².

تبصره: از نص این ماده به خوبی برمی آید، در صورتی که التزام به انجام عمل قادر نمودن شرکت مبنی بر انتفاع از عین معین باشد، مانند اینکه شخص عین معین از ملکیت خویش را در خدمت شرکت قرار دهد، و شرکت مقریامرکز خود را در آن ایجاد کند، چنین التزامی صرف نظر از لفظ شرکت و مشارکت تابع احکام اجاره خواهد بود. در چنین حالتی، شریک مالک مکان (عین معین ملکیت) باقی می ماند و شرکت به مثابه مستأجر تلقی می گردد.

مطلب چهاردهم: حقوق شرکاء در عقد شرکت:

قانون مدنی کشور بر حسب قاعده فقهی مزبور مصارف نافع را که یکی از شرکاء از پول و امکانات شخصی خود بابت مصالح شرکت با حسن نیت انجام می دهد را قابل جبران و باز پرداخت می داند.

چنانکه در ماده 1246 خود این گونه صراحت دارد: "اگر شریک مقداری از مال خویش را به شرکت مساعدت یا برای مصالح شرکت مصارف نافع را به حسن نیت انجام دهد می تواند فایده مبالغ مذکور را از تاریخ پرداخت به بعد از شرکت اخذ نماید."³

¹ مجلة الاحكام العدلية در تعريف شرکت می گوید: عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركا بينهم. یعنی: عبارت از شرکت میان دو یا زیاده از آن است طوری که سرمایه و ربح میان آنها مشترک باشد. لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري. مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف، ج 1، عام الطبع: 1421 هـ ق. ماده: 1329. قانون مدنی نیز در تعريف هبه می گوید: شرکت عبارت از عقدی است که به موجب آن دو یا زیاده از اشخاص تعهد می نمایند، تادر به کار انداختن یک فعالیت مالی به پرداخت مقدار مال یا انجام عمل یا اعتبار طوری سهم شوند، که مفاد و خساره به اساس موافقه ای که بین آنها صورت گرفته، توزیع شود. همان، ماده: 1216).

² مرجع سابق، ماده: 1227).

³ همان، ماده: 1246).

تبصره: از نص این ماده برمی آید که در صورتی که یکی از شرکاء بامال شخصی خویش شرکت را به گونه ی کمک نماید، مانند اینکه از پول شخصی بدیهی ها (قروض) شرکت را بپردازد، یا مصارف نافع را به حسن نیت به شرکت انجام دهد، همانند: ترمیم وسایل شرکت از پول وامکانات شخصی، میتواند علاوه بر اصل پول فایده ای قانونی آن را نیز از سایر شرکاء مطالبه نماید.

از قید و تقیید به لفظ حسن نیت در این ماده معلوم می شود که اگر این نوع مصارف و مساعدت به حسن نیت نه بلکه با سوء نیت باشد قابل پرداخت نخواهد بود. لذا معلوم است که معیار نزد قانون مدنی در حکم روی این مسأله نیت و نوعیت قصد و نیت است.

مطلب پانزدهم: تغییر یافتن نوعیت عقد از مضاربت به قرض و اجاره با شرط گذاری و بدون تلفظ الفاظ قرض و اجاره:

قانون مدنی افغانستان باتأسی از این قاعده وزین شرط گذاری در مضاربت را تغییر دهنده برآیند و نتیجه مضاربت دانسته است. و حتی تغییر دهنده نوعیت عقد می داند.

بنابراین در صورتی که صاحب سرمایه شرط گذاشته باشد که تمام مفاد متعلق به مضارب باشد، چنین عقدی مضاربت نه بلکه عقد قرض خواهد بود.

اما اگر شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد متعلق به صاحب مال باشد، چنین عقدی، عقد اجاره قلمداد می شود و مضارب مستحق اجرت مثل میشود. ماده 127 درین باب حکم می کند که: هر یک از مضارب و صاحب سرمایه باید در مفاد شریک باشند، در صورتی که شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به مضارب تعلق گیرد عقد قرض و اگر شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به صاحب سرمایه تعلق یابد، مضارب به حیث معامله دار، در مقابل اجرت مثل شناخته می شود.¹

تبصره: از نص این ماده بخوبی برمی آید که در این نوع معامله به لفظ مضاربت اعتبار داده نمی شود بلکه این نوع با معامله با وجود کاربرد لفظ مضاربت در صورت اول عقد قرض و در صورت دوم عقد اجاره تلقی می گردد.

که این در ذات خود نشان از اثر پذیری این بخشی از قانون از قاعده فقهی مورد بحث است.

¹. همان ، ماده: 1275.

مطلب شانزدهم: تلقی شدن سکوت مؤجر با وجود علم بر انتفاع از عین مستأجره بعد از انتهای مدت اجاره بدون تلفظ صیغه :

قانون مدنی کشور با اثرپذیری از این قاعده سکوت مؤجر را بعد از علم به انتهای مدت اجاره و ادامه انتفاع مستأجر از عین راضییت به دوام اجاره تلقی نموده است، و در ماده 1385 بند نخست خود چنین صراحت دارد: ("هرگاه اجاره گیرنده، بعد از انتهای عقد اجاره، به انتفاع از عین اجاره شده دوام داده و اجاره دهنده با وجود علم بر آن اعتراض ننماید، اجاره برای مدت نامعلومی به همان شروط اولی، تجدید شده تلقی می شود و بر آن احکام ماده 1344) این قانون تطبیق می گردد."¹

ماده 1344 قانون مدنی نیز در مورد پرداخت اجرت مثل حکم می نماید که: "هرگاه اجاره گیرنده بدون آنکه در مورد کمیت و کیفیت اجرت از جانب اجاره دهنده موافقه به عمل آمده باشد، عینی را که به اجازه داده می شود قبض نموده مورد استفاده قرار دهد اجرت مثل بروی لازم می گردد."² منظور از اجرت مثل اجری است که نظریه عرف و عادات جاریه یا مطابق نظراهل خبره پرداخت شود ماده 414 مجلة الاحکام در مورد اجرت مثل می گوید: أجرة المثل: هو الأجرة التي قدرتها أهل الخبرة السالمين من الغرض "اجرت مثل اجرتی است که اهل خبره بی غرض آن راتعیین نموده باشد."³

تبصره: وفق روح ماده 1385 قانون مدنی در صورت عدم اعتراض و سکوت اجاره دهنده بدون تصریح لفظی اجاره حسب شرایط قبلی ادامه پیدا می کند. زیرا سکوت و عدم اعتراض اجاره دهنده نشان از قصد و نیت او نسبت به ادامه اجاره به همان شرایط قبلی می باشد. که این در ذات خود نشان از اثرپذیری از قاعده الأمور بمقاصدها است، زیرا در این جا سکوت و عدم اعتراض نشان از قصد اجاره دهنده به ادامه اجاره قلمداد شده است. با وجود اینکه به گونه ی صریح به آن اذعان نکرده است.

¹ همان ، ماده: 1385).

² همان ، ماده: 1344).

³ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 414.

فصل سوم

اليقين لايزول بالشك¹

يقين توسط شك زدوده نمی شود

قاعده مزبور از زمره مهمترین قواعد فقهی در گفتمان فقهی به شمار می رود و عنوانی اصل شرعی به حساب می آید که بسیاری از احکام فقه در ابواب مختلف از قبیل رفع حرج، تقلیل احکام از مکلفین، سهولت های شرعی، ابواب معاملات، عقوبات و عبادات از بسترهای تطبیقی قاعده بالای شناخته می شود، تاجایی که گفته شده است که این قاعده چهارم حصه فقه اسلامی ویا بیشتر از آن را در بر گرفته است .

علاوه برآن قاعده اليقين لايزول بالشك از قواعد خیلی جامع وکلی است که زیر مجموعه آن، قواعد دیگری قرار گرفته است، اما اصول کلی و اساسی همه آن ها می باشد .
ما در این فصل نیز با بحث روی این قاعده و واکاوی زوایای آن دنبال برجسته سازی اثرگذاری آن بر بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور هستیم.

این فصل حاوی سه مبحث است که درنخست به تشریح مفردات، اهمیت واصل قاعده پرداخته شده وبعدا در مبحث دوم اهم فروعات قاعده به صورت اجمالی ملخص بیان شده ودرمبحث اخیرهم قاعده با مواد بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور انطباق داده شده است.

مبحث اول: تشریح مفاهیم قاعده ، مفهوم اجمالی قاعده و دلیل قاعده:

برای شناخت قاعده لازم است تا مفاهیمی همچون یقین، شک و ظن و گمان به درستی شناخته شوند، علاوه برآن باید از مفهوم کلی قاعده تصویر داده و مستند قاعده آورده شود.

مطلب اول: تشریح مفاهیم :

الف) مفهوم یقین:

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. (ج4/1) ، عام الطبع: 1421 هـ . ق ماد: 4

یقین در لغت به معنای استقرار و ثبات شی را گفته می شود همانند سخن عرب که میگویند: (یقن الماء فی الحوض) یعنی آب در حوض استقرار یافت . اما یقین درحسب دید اهل نظر، عبارت است از اعتقاد جازم مطابق با واقع ثابت؛ یعنی آنچه که بالاثار تشکیک زایل نشود .

ب) مفهوم شک:

شک در لغت به معنای گمان بردن امری برخلاف یقین است و در اصطلاح عبارت است از ترددمیان دونقیض بدون ترجیح یکی بر دیگری و به دیگر سخن تردد در وقوع و یا عدم وقوع شی بنابر تساوی¹.

مطلب دوم: مفهوم اجمالی قاعده :

این قاعده بدین معنی است سخن و فعل ثابت و متیقن با تردد و شک از اعتبار نمی افتد؛ یعنی زمانی که سخن و یا فعل به گونه ی قطع و جزم ثابت و متیقن شود عارض شدن حالت و تردد آن حالت، یقین را بی اعتبار ساخته نمی تواند و امر ثابت و متیقن تازمانی معتبر است که عکس آن به اثبات برسد .

قانون مدنی کشور نیز ترجمه ی این قاعده را نیز جزء قواعد عمومی خود پذیرفته است، چنانکه در ماده 986 خود صراحت دارد: (یقین به شک زایل نمی شود).²

مطلب سوم : دلیل یا مستند قاعده:

الف) قرآن کریم:

1. الله کریم می فرماید : (وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا)³

ترجمه: بیشترشان جز از گمان پیروی نمی کنند؛ ولی گمان به هیچ وجه انسان را از حقیقت بی نیاز نمی گرداند .

بدون تردید این آیه بیانگر این است که مشرکین در اعتقادات و حجت شان گرفتار و هم شده بوده اند، چون ظن به معنای وهم اماره ی ضعیف و ناچیز است ، برخلاف یقین که به عنوان اماره قولی شناخته می شود .

همچنان الله تعالی می فرماید : (وَإِنَّهُ لَحَقُّ الْيَقِينِ)¹ ترجمه : بی گمان قرآن کریم

حقیقت یقینی است .

¹ محمد مصطفی الزحیلی ، القواعد الفقهیه و تطبیقاتها فی المذاهب الاربعه . ج 1 / 97) ، دارالفکر بیروت بی ت.

² . مرجع سابق ، ماده: (986).

³ . قرآن کریم ، سوره یونس . آیه (36).

ب) سنت نبوی:

1. قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - « إِذَا وَجَدَ أَحَدُكُمْ فِي بَطْنِهِ شَيْئًا، فَأَشْكَلَ عَلَيْهِ أَخْرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ أَمْ لَا، فَلَا يَخْرُجَنَّ مِنَ الْمَسْجِدِ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا، أَوْ يَجِدَ رِيحًا ».² ترجمه: هرگاه کسی از شما احساس کرد که چیزی از او خارج شده است و این احساس شکبه بار آورد تازمانی که صدایی را نشنیده است و یا بویی را احساس نکرده است از مسجد بیرون نشود. این حدیث مبارک، حکم می کند تا زمانی که یقین دوم به وجود نیامده است و یقین اولی را از بین نبرده است شخص نباید تحت تاثیر قرار بگیرد و یقین اولی را از بین ببرد.
2. در جای دیگری رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرموده است: « إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلْيُنْقِ الشَّكَّ، وَلْيُبَيِّنْ عَلَى الْيَقِينِ »³ ترجمه: اگر کسی از شما در نمازش شک کرد، به شک اعتناء نکند و بناء را بر یقین بگذارد. این حدیث به ترک شک و بنای بر یقین صراحت دارد.

ج) اجماع:

علمای امت به حجیت این قاعده اجماع کرده اند و از همین جهت قرافی رحمه الله می گوید: این قاعده مورد اجماع است و آن اینکه هر مشکوک به منزله ی معدوم است و به عدم معدوم یقین وجود دارد.⁴

د) عقل:

از ادله عقلی که پشتوانه این قاعده به شمار می رود، این است که عقل حکم به قوت و ثبات یقین می کند، زیرا چیزی که ثابت شده و پایدار بوده است، در مورد آن حکم جازم

¹ قرآن کریم، سوره الحاقه، آیه 51.

² مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشیری النیسابوری: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم = صحيح مسلم، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدت فله أن يصلي بطهارته تلك (ج 1 ص 276). حدیث شماره 362، تحقیق محمد فؤاد عبد الباقي، ناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب ت. [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، و متن مرتبط بشرح النووي والسيوطي]

³ نیشاپوری، أبو عبد الله الحاكم، مشهور به ابن البيع، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم: المستدرک علی الصحیحین (ج 1 ص 468) شماره حدیث 1202، تحقیق مصطفی عبد القادر عطا، ناشر دار الکتب العلمیة - بیروت، چاپ اول 1411 - 1990

⁴ القرافی، أبو العباس، شهاب الدین، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن: الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق (ج 1 ص

111) ناشر عالم الکتب، ب ت، ب ط.

ویقینی وجود دارد ، تازمانی که یقین دیگری ثابت نشده است، باشک مبتنی برتردد، ازبین نمی رود .

مبحث دوم : اهم فروع قاعده

این مبحث مشتمل به شش 6 مطلب می باشد.

مطلب اول : (الأصل بقاء ماكان على ماكان)¹

ترجمه: اصل این است که هر چیزی به حالت سابقه اش گذاشته شود .

الف) مفهوم کلی قاعده

این قاعده این را می رساند که دریک وقت حکمی برای امری ثابت شده باشد ودر وقت دیگری که دلیلی برانتهای آن حکم وجود نداشته باشد همان حکم سابق درلاحق اجراء می گردد .

ب) مفهوم استصحاب

استصحاب از ریشه ی صحبت ، به معنای ملازمت و همراهی آمده است .² در اصطلاح فقهاء : لزوم وبقای حکمی که شرع به ثبوت و دوام آن دلالت کند .³

استصحاب به دوگونه منقسم می شود : اول : چیزی که در گذشته ثابت بود ، تازمانی که حکم برخلاف آن ثابت نشده است ، به روال گذشته باقی می ماند .

دوم: موجودیت یک شیء، به معنای موجودیت آن در گذشته می باشد ، مگر این که دلیلی برخلافش ثابت شود؛ زیرا اصل یقین است و شک پدیده عارضی است، عمل به اصل می شود.

مطلب دوم : القديم یترک علی قدمه⁴

ترجمه : قدیم برقدمت خود باقی گذاشته میشود .

الف) مفهوم کلی قاعده

قاعده مزبور بدین معناست که اگرشیء متنازع فیه قدیم ، موافق شرع باشد ، بدون تغییر و تحویل همان حالت قدیمیش مراعت میشود ، مادامیکه خلاف آن ثابت نشود ، زیرا بقای آن

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 5.

² أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة . المحقق: عبد السلام محمد هارون. الناشر: دار الفكر. عام النشر: 1399 هـ - 1979 م. ص: 62.

³ محمد خالد الاتاسى ، شرح مجلة الأحكام العدلية. ج 1 ص 200. : المكتبة الحقانية :پشاور پاکستان ب تا .

⁴ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 6.

شی به همان حالت به مدت طولانی دال براین است که اتکاء برحق مشروع دارد؛ پس حکم به مستحق بودن آن میشود .

مطلب سوم : الأصل براءة الذمة¹

ترجمه: براءة الذمة حالت اصلی است یا اصل براءة ذمه است.

الف) مفهوم کلی قاعده :

این قاعده بدین مفهوم است که انسان زمانی که از مادر متولد می شود ذمه یا عهده او از اشغال به حقوق غیر مبراست ، این حالت اصلی ذمه یا عهده هر نوع بشر است ، ولی مشغول گردیدن عهده شخص به حقی از حقوق خلاف این اصل است . پس حالتی که خلاف اصل باشد ثابت نمی شود ، مگر با موجودیت و ارایه بینه یا ادله اثبات زیرا که عهده و ذمه انسانی از بدو پیدایش آزاد و غیر مصروف به حقی از حقوق دیگران آفریده شده است ، بناء هنگام دعوای بر علیه ذمه ، به مصروف بودن آن به حقی از حقوق دیگران ، قول کسی ترجیح داده می شود که دلیل او براءة ذمه او می باشد ، زیرا حالت اصلی ؛ یعنی عدم مشغولیت ذمه برای او شاهی میدهد ، تا آنکه دلیل ثابت کننده خلاف اصل از قبیل اقرار ، شاهد ، امتناع از قسم ، قرائین موجود شود .²

قانون مدنی کشور نیز براءة الذمه را حالت اصلی میدانند چنانکه در ماده: 985 خود

می گوید: براءة الذمه حالت اصلی است.³

مطلب چهارم : الأصل فی الصفات العارضة العدم⁴

اصل در امور عارضی عدم آن است .

الف) مفهوم کلی قاعده:

¹ . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421

هـ ق ماده: 8.

² . محمد خالد الاتاسى ، شرح مجلة الأحكام العدلية. ج 1 ص 204. : المكتبة الحقانية: پشاور پاکستان ب ت. ص 204.

³ . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش.

ماده: 985.

⁴ . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421

هـ ق ماده: 9.

قاعده حاضر این را می‌رساند که اصل در صفات عارضه عدم واصل در صفات اصلیه وجود است، پس کسیکه مدعی باشد بروی نیز اثبات لازم است بنابراین امکان دارد بگوییم که صفات نسبت به وجود و عدم به دوگونه منقسم شده است :

اول: صفاتی که وجودشان در شی عارضی باشد به این معنی که شی طبیعتاً از آن غالب باشد و آن را صفات عارضی یا طاریی گفته میشود؛ زیرا ذات آن بعد از وجود شی پیدامی شود اصل در همچو صفات عدم وجود است .

دوم: صفاتی که وجودش در شی مقارن با وجود خود موصوف است یعنی موصوف به طور طبیعی خالی از آن نباشد؛ که اصل درین نوع صفات وجود است .

قانون مدنی افغانستان نیز باتاسی از این قاعده فقهی به گونه عام صفات معارض را عدم میدانند و در ماده 990 خود چنین صراحت دارد: اصل بقای شی به حالت اصلی و در صفات معارض عدم است.¹

مطلب پنجم: الأصل في الكلام الحقيقة²

ترجمه: اصل در کلام معنای حقیقی آن می باشد .

الف) مفهوم کلی قاعده:

مفهوم این قاعده این است که اگر یک لفظ دارای دو معنی متساوی باشد که یکی معنای حقیقی و دیگری معنای مجازی آن باشد و همچنان هیچ مرجحی هم وجود نداشته باشد که استعمال لفظ را در یکی از آن دو معنی ترجیح دهد، در این صورت معنای حقیقی مراد خواهد بود نه معنای مجازی، زیرا مجاز قایم مقام حقیقت است و ذات شی نسبت به قایم مقام آن برتری داده می شود.

قانون مدنی کشور نیز با اتباع از این قاعده فقهی ارزشی اصل در کلام را اراده معنای حقیقی می انگارد و در ماده 707 چنین صراحت دارد: اصل در کلام اراده معنای حقیقی آن است نه اراده معنای مجازی، در صورت امکان اراده معنای حقیقی، اراده معنای مجازی جواز ندارد، مگر اینکه اراده معنای حقیقی متعذر باشد.³

¹. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ج: 2. ماده (990).

². لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري. مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1، عام الطبع: 1421

هـ ق ماده: 12.
³. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ج: 2. ماده (707).

مطلب ششم: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته¹

(اصل برین است که نسبت حادثه به نزدیک ترین وقت شود)

هدف از حادث در واقع قضیه ای است که در گذشته نبوده و فعلاً پدید آمده است. هرگاه اختلاف در تاریخ وقوع و سبب آن قضیه نمودار شود زمان قریب و نزدیک آن قضیه اعتبار داده میشود تا آنکه زمان بعید آن حادثه به اثبات برسد، زیرا اختلاف طرفین در انتساب حادثه به وقت و زمان بعید است، ولی در نسبت دادن وجود حادثه به نزدیک ترین عنصر زمانی اتفاق نظر دارند.

بنابراین موجودیت حادثه در وقت نزدیک متقین است و اصل پنداشته می شود، ولی زمان بعید مشکوک است.

قانون مدنی کشور نیز با اثر پذیری از این قاعده فقهی نسبت حادثه جدید را به نزدیک ترین زمان میدهد و در ماده: 989 خود چنین اعلام میدارد: اضافت حادث، به نزدیک ترین وقت آن تعیین می شود.²

مبحث سوم: تطبیق و اعمال قاعده با مواد قانون مدنی افغانستان

این مبحث مشتمل بر پانزده 15 مبحث می باشد.

مطلب اول: صورت های موجب ضمان (تاوان) از اثار عیب مبیع بالای بائع برای مشتری :

قانون مدنی افغانستان در امر شرط گذاری برای عیبی که موجب تاوان یا ضمان بالای بائع میشود با اثر پذیری از این قاعده گران سنگ در ماده 1097 که در واقعیت امرکپی و ترجمه ماده 447 قانون مدنی جمهوری عربی مصر است می گوید: (هرگاه مبیعه وقت تسلیم، عاری از اوصافی باشد که وجود آن نزد مشتری اهمیت داشته، یا در آن عیبی دیده شود که باعث تنزیل قیمت یا تنزیل منفعت آن حسب غایه مطلوبه عقد با ظاهر طبیعت شی و یا غرضی که به آن آماده گردیده، شود بائع ملزم به ضمان میگردد، گرچه بائع به وجود آن علم نداشته باشد)³.

به همین گونه در ماده 1098 خود که این ماده نیز برگرفته شده از فقره دوم ماده 447 قانون مدنی جمهوری عربی مصر است میگوید: (هرگاه مشتری حین عقد ببع به عیوب مبیعه علم داشته و یا اینکه اگر مشتری مبیعه را مانند شخص عادی تفحص میکرد، به عیوب آن پی

¹ همان ، ماده: 11).

² همان ، ماده: 989).

³ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده

میبرد، در این صورت بائع از عیوب متذکره ضامن پنداشته نمی شود، مگر اینکه مشتری ثابت نماید که بائع مبیعه را خالی از عیب وانمود کرده یا اینکه قصد اخفای عیب را داشته است.¹ از محتوای این مواد قانونی به خوبی برمی آید: برای اینکه عیب مبیع موجب تاوان یا ضمان بالای بائع برای مشتری گردد، باید یک سلسله شروط یا خصوصیات را شامل باشد همانند این که:

1. عیب باید بالای قیمت و ارزش اثرگذار باشد:

به عنوان مثال، هرگاه مبیعه موبایل آیفون 12 پرو مکس باشد و عیبی در سکرین یا صفحه نمایش و یا هم در سیستم شارژ یا آندوراید آن باشد و این عیوب موجب کاهش قیمت مبیع شود، هر چند موجب ناکارایی کلی موبایل نگردد، این عیب مؤثر است و مشتری میتواند در صورت اثبات چنین امری ضمان آن را از بائع مطالبه نماید.

یا هم مبیعه موتور BMW باشد و عیبی در انجن و یا هم اسکلت آن پدیدار شود که سبب کاهش قیمت آن شود گر چند نقصی کلی در کارایی موتور نباشد اما مسلماً سبب کاهش قیمت آن میشود. و در صورت اثبات باید بائع تاوان را بپردازد.

2. عیب از نظر مشتری پنهان ساخته شده باشد و به آن علم نداشته باشد:

یعنی زمانی که عیب حین تسلیم گیری ظاهر باشد و مشتری به آن اعتراضی نکند، بائع ضامن پنداشته نمی شود.

اما اگر مشتری ثابت نمود که بائع قصداً عیب را از او پنهان نموده است و او به عیب علم نداشته است، بائع باید ضمان را بپردازد؛ تا زمان اثبات این امر بائع ضامن نیست.²

تبصره: از مباحث بالای معلوم میشود که این دو ماده قانون مدنی متأثر از قاعده فقهی حاضر شده و تازمانی که مشتری عیب مهم و مؤثر بر قیمت مبیعه را تثبیت ننماید و همچنان ثابت نماید که بائع قصداً و با سوء نیت عیب مبیعه را پنهان کرده است، حکم بر عدم ضمان بائع می شود؛ زیرا حالت اصلی و یقینی همان حالت عدم ضمان بودن بائع می باشد، تازمانی که به یقین ضامن بودن او ثابت شود. از این معلوم می شود که این مواد قانون از قاعده فقهی اَلیقین لایزول بالشک اثر پذیرفته است.

¹ همان، ماده: (1098).

² السنهوری، عبدالرزاق احمد. الوسيط فی شرح القانون الجديد. ج 4، بیروت منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م ص 714-

مطلب دوم: حق داشتن بايع برحسب مبيعه دربيع غير مؤجل مگر اينکه مشتري ثابت نمايد که موافقه برخلاف آن صورت گرفته است:

مطابق ماده 278 مجلة الاحكام العدلية بايع حق دارد دربيع حال وغير مؤجل تا زمانی که مشتري تمامی ثمن را نپردازد است مبيعه را نزد خود حبس نمايد قسمی که ميگويد: في البيع بالثمن الحال أعني غير المؤجل للبايع أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع الثمن . (دربيع به مقابل ثمن حال يعنى غير مؤجل، بايع حق دارد که مبيعه را تا زمانی که مشتري تمام ثمن را اداء نموده است نزد خود نگهدارد.)¹

ماده 1114 قانون مدنی کشور نیز اين دید را پذيرفته اما حالت توافق برخلاف اين امر را استثنای ميداند، يعنى باوجود پذيرفتن حالت نخست به عنوان حالت اصلی و يقينی، حالت استثنای (موافقه به خلاف) راهم در صورت اثبات و وثوق مسأله سبب رافعه حکم اول ميداند زیرا فقط ميتواند يقين حالت عکس يقينی را تغيير دهد چنانکه صراحت دارد: (هرگاه تمام يا بعض ثمن في الحال قابل تأديه باشد، بايع می تواند تا زمان حصول آنچه مستحق می گردد، مبيعه را نزد خود نگهدارد، گرچه مشتري در مورد، رهن يا تضمين بدهد. مگر اينکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد).²

تبصره: از نص اين ماده به خوبی برمی آيد که تا زمانی که حالت دوم به وثوق نرسد حکم به حالت اول که يقينی است نموده می شود. که به وضوح نشان از اثر پذيری از قاعده فقهی مورد بحث است.

¹ . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 87/1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 278.

² . وزارت عدليه ، قانون مدنی افغانستان . جريده رسمى . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتي؛ کابل، سال: 1384 هـ ش

ماده: 1114

مطلب سوم: استثنای حالت موافقه و اقتضای عرف درباب پرداخت مصارف تسلیمی مبیعه

در صورت اثبات:

وفق مجلة الأحكام العدلية مصارف ناشی از تسلیمی مبیعه مثل اجرت محرر،... به دوش مشتری میباید. ولی میشود که مشتری و بایع توافق نمایند که پول و مصارف تسلیمی مبیعه را بایع متحمل شود.¹

قانون مدنی کشور نیز این امر را پذیرفته و صرفاً در جنب حالت توافق بایع و مشتری اقتضای عرف را از حالت اولی استثنای می نماید؛ و در ماده 1123 خود در این مورد تصریح میدارد که: (مصارف تسلیمی مبیعه و عقد بیع، محصول ثبت و غیره مصارفی که مبیعه ایجاب نماید به ذمه مشتری می باشد مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن حکم نماید).²

تبصره: به وضوح تمام معلوم میشود که؛ حسب قاعده فقهی یقین لایزول بالشک حالت اولی را تا زمان اثبات حالات ثانوی (موافقه و یا اقتضای عرف) حالت یقین اصلی دانسته شده و هر گاهی که حالات ثانوی (موافقه و اقتضای عرف) به اثبات برسد حکم رافعه حکم نخستین قلمداد شده می تواند. در غیر از آن صورت حکم به حالت یقین اصلی که همان حکم مصارف بالای مشتری است نقض نمی شود. که این موضوع خود نشان از اثرپذیری این بخش قانون از قاعده فقهی حاضر است.

مطلب چهارم: عدم صلاحیت رجوع مستصنع بالای صانع مبنی بر عیب مگر به اثبات گذاشتن

شرط خیار عیب:

حسب شرع و قانون مدنی صانع باید به گونه ی شی فرمایش داده شده را بسازد و تحویل دهد که عاری از عیوب معتبره باشد، و اگر مستصنع به همین گونه شی ساخته شده را تحویل بگیرد. و تحویل داد دیگر نمی تواند به صنعت گر مراجعه کرده، و مطالبه تعویض و رفع عیب را کند، مگر اینکه برای خود خیار عیب شرط گذاشته باشد. قانون مدنی نیز حالت عدم صلاحیت مطالبه تعویض و یا رفع عیب را بعد از تسلیم شدن حالت اصلی و یقینی دانسته و تا ثابت و یقینی شدن شرط خیار عیب قابل اعتبار خواهد بود، اما در صورتیکه فرمایش دهنده با ادله قاطعه ثابت

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 292.

² وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1123.

نماید که حق خیار عیب را به خود شرط گذاشته است حکم رافعه برای حکم نخست انگاشته خواهد شد.

چنانکه ماده 1516 این قانون به صراحت اعلام میدارد که: اگر فرمایش دهنده شی، فرمایش داده شده را درحالی که عیب داشته باشد فهمیده تسلیم شود، حق رجوع را برصنعت گزیند؛ مگر اینکه خیار عیب را به خود شرط گذاشته باشد.

تبصره: از نص این ماده به خوبی برمی آید که فرمایش دهنده تا وقتی که خیار عیب را به خود ثابت نکند حق رجوع به صنعت گزرا ندارد. و حالت یقینی همان عدم رجوع است.

اما اگر با ادله توانست این مسأله را ثابت نماید حق رجوع را بالای صنعت گز پیدا می کند. که این مورد نشان از اثرپذیری قانون از قاعده فقهی مورد بحث است.

مطلب پنجم: حفظ ودیعه مودع غایب تا زمانی که از وفات او علم و یقین حاصل شود:

مجلة الاحكام العدلية در مورد زمان حفظ مال مودع غایب ماده 785 خود چنین صراحت دارد که: إذا كان صاحب الوديعة غائباً عن منقطعة بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع إلى أن يعلم موت صاحبها أو حياته إلا أنه إذا كانت الوديعة مما يفسد بالملك فيبيعها المستودع بإذن الحاكم ويحفظ ثمنها أمانة ... (اگر صاحب ودیعه در حال غیبت باشد و حیات و ممات او معلوم نباشد، بر مستودع لازم است تا ودیعه را الی زمان معلوم شدن حیات و ممات او حفاظت نماید. اگر مال ودیعه از چیزهای باشد که در صورت مکث و نگهداشت فاسد می گردند، در این صورت، مستودع ودیعه را به اذن قاضی به فروش برساند و پول آن را طور امانت نزد خود نگذارد).¹

درین مورد قانون مدنی کشور نیز از مجلة الاحكام العدلية رنگ گرفته و درین مورد تصریح میدارد: (هرگاه مالک ودیعه طور دایمی غایب گردد شخصی که مال ودیعت نزد او گذاشته شده مکلف است آن را تا زمانی که از حیات یا وفات مالک علم حاصل میکند حفاظت نماید. اگر مال ودیعه طوری باشد که به اثر دیرماندن تلف می گردید شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده، می تواند فروش عین و نگهداری ثمن آن را به حساب امانت بانکی از محکمه تقاضا نماید).²

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 785.

² وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1621. متأسفانه درین ماده بین کلمات دایمی ... و علم به حیات تناقض فاحش وجود دارد که خوب خواهد بود به جای واژه یا کلمه دایمی لفظ مستمر یا طولانی به کار برده شود. مؤلف.

تبصره: در این مورد قانون مدنی که در واقع مقتبس از رأی مجلة الأحكام العدلیه که معیار و محک آن قاعده فقهی حاضراست؛ حفظ مال و دیعه را تا زمان یقین از وفات مودع سفارش میدهد، و تا وقتی که از وفات شخص مودع اطلاع دقیق که مفید علم یقین به دست نیاید حکم برحالت اول مودع که همان حیات است کرده میشود و قبل از وصول خبر قطعی ممات یا مرگ او به ظن و گمان اعتبار داده نمی شود.

مطلب ششم: عدم ضمان هلاک و دیعه بالای مستودع مگر در صورت اثبات تجاوز و تقصیر:

ماده 777 مجلة الأحكام العدلیه درین مورد حکم می نماید که: الودیعة أمانة فی الید الودیعی بناء علیه إذا هلكت بلا تعد من المستودع وبدون صنعه وتقصيره فی الحفظ فلا یلزم الضمان إلا أنه اذا كان إلیداع بأجرة علی حفظ الودیعة فهلكت أو ضاعت بسبب یمکن التحرز منه لزم المستودع ضمانها... (ودیعه در دست مستودع به طور امانت قرار دارد. اگر بدون تعدی مستودع وبدون فعل و تقصیر وی هلاک گردد، ضمان لازم نمی شود. اگر ایداع در برابر اجرت به حفظ مال و دیعه باشد و بعداً مال مذکور هلاک شود یا ضایع گردد ضمان و دیعه بر مستودع لازم می گردد.)¹ به عنوان مثال اگر حسین ساعت نوع رولکس خود را نزد حسن به و دیعه بگذارد، وساعت از دست حسن بدون فعل وی و بنابر اشکال در بند ساعت افتد و شکست درین صورت تاوان بالای حسن که مستودع است لازم نیست.

اما حسین کامپیوتر لب تاپ خود را نزد حسن به و دیعه بگذارد و اجرت حفاظت آن را نیز پرداخت کرد. بعد از آن کامپیوتر ضایع شد بابت عدم حفظ و حرزان از جانب حسن که مستودع است ضمان یا تاوان لازم میشود.

قانون مدنی نیز باین روی از این دیدگاه در ماده 1614 خود از بین رفتن مال و دیعه را تا زمانی که مودع یا و دیعه دهنده تقصیر و تجاوز مستودع را ثابت نسازد موجب تاوان و ضمان بالای مستودع نمی داند؛ زیرا اصل و حالت یقینی در و دیعه عدم پرداخت حق الاجرت و عدم تقصیر و تجاوز مستودع است؛ تا زمانی که این امر یا فرضیه با دلایل موثق به یقین مبدل نشود. چنانکه در این مورد چنین صراحت دارد: (مال و دیعه امانت است و ودیعت گیرنده ضامن از بین رفتن آن نمی باشد، مگر اینکه از بین رفتن آن در اثر تجاوز یا تقصیر و ودیعت گیرنده در حفاظت آن به وجود آمده باشد).

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين فی الاتحاد السوری . مجلة الاحكام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 777.

همچنین در ماده بعدی خود میگوید: که هرگاه ودیعت با اجرت بوده و بنا بر اسبابی از بین رفته یا نقصان یابد که جلوگیری از آن ممکن باشد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده به ضمان مکلف می گردد.¹

تبصره: از نص این مواد چنین برمی آید که حالت دوم تا زمانی که ثابت نشود حکم بالای حالت اول که همان عدم ضمان بودن ودیعت گیرنده است می شود. که این مسأله خود نشان از اثرپذیری قانون از قاعده فقهی مورد بحث است.

مطلب هفتم: مدت خیار رویت :

روشن است که فقهای اسلامی درباره زمان اعمال خیار رویت اتفاق دیدگاه ندارند، چنانکه فقهای حنبلی و گروهی دیگری از فقهاء فوریت در اعمال حق خیار رویت را شرط می دانند بنابراین، به اعتقاد فقهای مذکور، پس از دیدن معقود علیه باید فوراً حق خیار رویت اعمال گردد.

عکس این دید، فقهای حنفی برین عقیده اند که فوریت در اعمال این حق شرط نیست زیرا، اشخاص هر وقت بخواهند می توانند آن را اعمال کنند. بدین بابت اعمال و استفاده از حق خیار رویت ممکن است برای شخصی مادام العمر ثابت گردد، مگر اینکه یکی از مسقطات حق خیار رویت موجود گردد.²

اما قانون مدنی کشور دید فقهای احناف را ترجیح داده است و زمان اعمال حق خیار رویت را عاجل و فوری ندانسته بلکه تا زمان موافقه یا هم وجود موجبات اسقاط عملی میداند. چنانکه در ماده 779 خود چنین صراحت دارد: (حق خیار رویت تا وقتی باقی می ماند که رویت در خلال مدتی که طرفین به آن موافقه کرده اند، تمام گردیده یا علت سقوط خیار موجود گردد).³

¹ . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 1614 - 1615

² . الزحيلي ، وهبه مصطفى . الفقه الاسلامي وادلتة ، ج 4 ص 3126 - 3127. امير حمزه كنب خانه، ب - ت.

³ . وزارت عدليه ، قانون مدنى افغانستان . جريده رسمى . نمبر مسلسل: 353 مطبعه دولتي؛ كابل، سال: 1384 هـ ش ماده

تبصره: درین ماده ورأی احناف اگر به دید ژرف نگریسته شود دیده می شود که قانون مدنی باتبعیت از دید فقهی احناف و قاعده الیقین لایزول بالشک باقی بودن واستمرار اعمال حق خیار رویت را حالت اصلی (یقینی) دانسته وتا تثبیت علت سقوط پابرجا می داند.

مطلب هشتم: عدم صلاحیت ورثه در استفاده از خیار شرط مگر به موافقه خاص :

دیدگاه فقهی برآن است که کسی که خیار شرط دارد در مدت خیار می تواند بیع را فسخ یا تأیید نماید فسخ یا تأیید بیع می تواند با کلام یا عمل انجام شود اگر مدت خیار بگذرد و بیع را فسخ نکنند، بیع لازم می شود.

همچنان خیار شرط به ارث برده نمی شود؛ و ورثه حق استفاده از آن را نخواهند داشت؛ مگر این که توافق جانبین به همین گونه صورت پذیرفته باشد.¹

در این رأی فقهی به وضوح دیده می شود که حالت اصلی یا یقینی همان عدم صلاحیت ورثه در استفاده از حق خیار مورث است؛ مگر اینکه توافق به همین گونه بین طرفین شده باشد، که تا وقت اثبات اعتبار نمی داشته باشد.

قانون مدنی کشور وفق این دید فقهی که در واقع مبنای آن همین قاعده فقهی عام (لیقین

لایزول بالشک) است، در اصل رجوع ورثه را در استفاده از حق خیار شرط منتفی می داند مگر اینکه توافق طرفین برخلاف حالت اصلی شده باشد.

چنانکه این گونه صراحت دارد: هرگاه صاحب خیار در خلال مدت خیار قبل از فسخ یا اجازه عقد وفات نماید عقد لازم می گردد. و ورثه از حق خیار استفاده کرده نمی تواند، مگر اینکه به خلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.²

تبصره: وفق این ماده حالت ثانی (استفاده ورثه از خیار) تا وقت ثبوت اهمیت نداشته و اعتبار ندارد. که در ذات خود نشان از اثر پذیری قانون از قاعده فقهی حاضر است .

مطلب نهم: عدم تحمل خسارت ناشی از مضاربت توسط مضارب مگر به شرط ضمانت مضارب:

وفق فقه اسلامی در صورتی که مضارب ضرر کند، تحمل خسارت آن بر عهده صاحب مال است، بنابراین، صاحب مال نمی تواند هیچ بخشی از زیان را متوجه عامل نماید. زیرا، عامل یا

¹ الزحیلی، وهبة. المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوی وحلول ج1/ص 26. دمشق، دار الفکر، چاپ اول سال: 1433 هـ ق

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده:

660 فقره 1.

مضارب از یک طرف از کار خود هیچ عایدی به دست نیاورده است و از طرف دیگر این امر موجب ضیاع وقت او شده است.¹

با این وجود، در صورتی که مضارب پرداخت خسارت را حین انعقاد عقد تضمین نموده باشد، و یا این امر را صاحب مال شرط گذاشته باشد، در این دو صورت، مضارب مکلف به پرداخت خسارت است.

بدیهی است که حالت اصلی و یقینی در این باب عدم متحمل شدن خسارت توسط مضارب است اما حالت ثانی در صورت ثبوت نیز قابل اعمال می باشد.

قانون مدنی کشور با تبعیت از این دید فقهی که مبنای آن این قاعده فقهی وزین است چنین صراحت دارد: خساره را تنها صاحب سرمایه متحمل می شود، مگر اینکه مضارب از اشتراک در آن ضمانت کرده باشد.²

تبصره: از این معلوم می شود که هرگاه حالت دوم (متضرر شدن) مضارب ثابت شود شک از میان می رود لذا باید صاحب مال در خساره شریک پنداشته شود و اگر ثابت نشود به همان حالت اصلی (عدم متضرر شدن مضارب) قابل اعمال است .
که در ذات خود نمایان گر اثر پذیری از قاعده فقهی مزبور است .

مطلب دهم: اشتراط عدم رسیدن منفعت برای مضارب از طرف صاحب مال :

مطابق دیدگاه فقهی مضارب و صاحب مال در مفاد ناشی از مضاربت شریک اند. مگر اینکه مضارب شرط گذاشته باشد، که تمام مفاد متعلق به مضارب باشد، چنین عقدی مضاربت نیست بلکه قرض نام می گیرد. و همچنان اگر شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد متعلق به صاحب مال باشد، چنین عقدی اجاره تلقی می گردد و مضارب مستحق اجرت مثل می شود.³

قانون مدنی نیز این دید را کاملاً پذیرفته است و در ماده 1275 خود چنین صراحت دارد: هر یک از مضارب و صاحب سرمایه باید در مفاد شریک باشند، در صورتیکه شرط گذاشته شده باشد که تمام مفاد به مضارب تعلق می گیرد عقد قرض، و اگر شرط گذاشته شده باشد که

¹ الزحیلی ، وهبه مصطفی . الفقه الاسلامی وادلته ، ج 4 / ص 3924 امیر حمزه کتب خانه، ب - ت.

² وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1276.

³ الزحیلی ، وهبه مصطفی . الفقه الاسلامی وادلته ، ج 4 / 3925 . امیر حمزه کتب خانه، ب - ت ، 3925.

تمام مفاد به صاحب سرمایه تعلق یابد، مضارب بحیث معامله دار، در مقابل اجرت مثل شناخته میشود.¹

تبصره: از نص این ماده به خوبی برمی آید حالت اصلی و یقینی همان عدم اشتراط در مضاربت است اما اگر اشتراط یا شرط گذاری به اثبات رسد و به یقین برسد بدون شک قابل اعمال است.

که بدین ملحوظ اثرپذیری این ماده از قاعده حاضر به اثبات می رسد.

مطلب یازدهم: قبول قول مضارب در وقت اذعان به عدم مفاد در مضاربت :

مطابق ماده 990 قانون مدنی که در واقع ترجمه یا رو برداشت این قاعده فقهی است مفاد یا فایده در مضاربت را حالت اصلی و یقینی نبوده بل یک امر ثانوی یا غیر اصلی و عارضی است که ضرورت به اثبات دارد.

چنانکه میگوید: (اصل بقی شی به حالت اصلی و در صفات معارض عدم است).²

تبصره: از متن این ماده به خوبی برمی آید که در هر عقدی که بابت انتفاع بسته شود انتفاع حالت اصلی و یقینی نیست. فلذا در صورت منازعه به قول منکر فایده اعتبار داده میشود. زیرا اصل و حالت یقینی حالت عدم فایده است و تا وقت ثبوت فایده و مفاد حکم بر عدم فایده می شود تا وقتی که حالت ثانی به اثبات برسد.

مطلب دوازدهم: سلب حق درخواست فسخ یا تنقیض اجرت توسط مستأجر بر اثر عیب عین

اجاره داده شده توسط اثبات علم مستأجر به عیب از طرف مؤجر در زمان عقد

ماده 1361 قانون مدنی افغانستان که در واقع ترجمه ماده 577 قانون مدنی کشور مصر³ است با اثرپذیری از این قاعده فقهی حکم می نماید که: (هرگاه بر عین اجاره شده چنان عیبی موجود شود که مستوجب ضمان می گردد، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقیداً تنقیص اجرت را با تعویض در حالی که از آن ضرری به وی عید شده باشد مطالبه نماید، مگر اینکه اجاره دهنده ثابت سازد که از وجود عیب علم داشته است).⁴

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1275.

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 990.

³ قانون مدنی جمهوری مصر، ترجمه: محمد علی نوری، انتشارات: گنج دانش، سال چاپ: 1387 هـ ش ماده: 577.

⁴ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1361.

تبصره: از این ماده چنین برمی آید که در صورتی که در عین مستأجره بارعایت شرایط خاص عیبی ظاهر گردد، مستأجر می تواند فسخ عقد و یا تنقیص اجرت را از محکمه ذیصلاح مطالبه نماید. اما به شرط اینکه مؤجر ثابت ننماید که مستأجر قبلاً به عیب ذات اجاره داده شده آگاهی کامل داشته است و به رضایت خودی این عقد را پذیرفته است.

به قول سنهوری در تشریح این مبحث (1) حالت نخست تا وقت اثبات حالت دوم حالت اصلی و یقینی است، اما زمانی که حالت دوم از طرف مؤجر با دلایل قاطعه به اثبات برسد بر آن حکم میشود، که در آن صورت مستأجر نمی تواند فسخ عقد یا تعویض را مطالبه نماید.²

مطلب سیزدهم: شرایط ضمان (تاوان) عیوب پنهان عین مستأجره:

در باب مسؤولیت مؤجر مبنی بر ضمان عیوب پوشیده عین مستأجره ماده 1360 قانون مدنی کشور که مقتبس از ماده 576³ قانون مدنی جمهوری مصر است تصریح میدارد که: اجاره دهنده از عیوبی که مانع انتفاع از عینی که به اجاره داده می شود یا نقص کلی بر انتفاع وارد نماید ضامن شناخته می شود، اجاره دهنده از عیوبی که قبلاً اجاره گیرنده خود هنگام عقد به آن علم داشته یا با آسانی از آن علم آوری نموده می توانست ضامن شناخته نمی شود، مگر اینکه اجاره دهنده عین اجاره داده شده را خالی از عیب اعلام کرده باشد.⁴

تبصره: از متن این ماده به خوبی برمی آید که تا وقتی که مؤجر نتواند علم داشتن مستأجر را در باب معیوب بودن مبیعه از بدو ایجاد عقد یا معامله ثابت نماید، حکم بر حالت نخست که تا اثبات حالت دوم یقینی است می شود.⁵

لذا اثر پذیری این ماده از این قاعده خیلی متبازربه نظر می رسد.

¹ عبدالرزاق بن احمد السنهوری در شهر اسکندریه تولد یافت و در سال ۱۹۱۳ وارد پوهنهی حقوق پوهنتون المصریه شد . که در سال ۱۹۱۷ فارغ گردید بعد از آن به فرانسه رفت و در سال ۱۹۲۵ سند دوکتورا خود را از پوهنتون لیون گرفت . السنهوری در بست های مهم همچون رییس پوهنهی حقوق پوهنتون المصریه - رییس مجلس دولت مصر مشاور رییس جمهور و وزارت معارف مصر کار کرده است وی در شهر قاهره وفات یافت .

أعضاء ملتقى أهل الحديث، المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبه العلم المعاصرين ، ص 368، آماده شده برای المكتبة الشاملة توسط : أسامة بن الزهراء عضو في ملتقى أهل الحديث [الكتاب مرقم آليا، غير مطبوع] .

² السنهوری، عبدالرزاق بن احمد . الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، ج 6 ص 205. بيروت لبنان دارالاحياء التراث العربي 2002م.

³ قانون مدنی جمهوری مصر، ترجمه: محمد علی نوری . انتشارات گنج دانش . سال چاپ: 1387 هـ ش ماده: 576.

⁴ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1360.

⁵ السنهوری، عبدالرزاق بن احمد . الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، (ج 6 / ص 205). بيروت لبنان دارالاحياء التراث العربي 2002م ص 205.

مطلب چهاردهم: وجوب مصارف عقد مقایضه بالای طرفین معامله مگر اینکه موافقه بخلاف آن شده باشد:

حسب دیدگاه فقهی در بیع مقایضه برخلاف عقد بیع که برخی از مصارف آن راباع و برخی را مشتری می پردازد، طرفین عقد معاوضه مصارف آن را به صورت تنصیف یا مناصفه متحمل می شوند مگر اینکه در این مورد طوری دیگری بین طرفین معامله موافقه صورت گرفته شده باشد.

یعنی حالت اصلی و یقینی همین حالت حکم به تنصیف مصارف است تا اینکه ثابت شود که موافقه طرفین به گونه ی دیگری بوده است که بدون تردید این حالت ظنی است و تا وقت اثبات اعتبار ندارد.¹

قانون مدنی نیز با تبعیت از این دید فقهی که در واقع مبنای آن قاعده فقهی حاضر است تمام مصارف عقد مقایضه را تا زمان اثبات موافقه طرفین به خلاف این امر در میان طرفین معامله بالتنصیف میداند؛ چنانکه صراحت دارد: مصارف عقد مقایضه به صورت مناصفه بالای طرفین عقد تحمیل می شود، مگر اینکه موافقه به خلاف آن صورت گرفته باشد.²

تبصره: مبرهن است که قانون مدنی کشور هم گونه ی دید فقهی بر مبنای قاعده حاضر حکم میکند و حالت ثانی را تازمانی که به اثبات نرسد غیر قابل اعتبار می نامد و حکم بر تنصیف مصارف میکند.

مطلب پانزدهم: عدم مسؤلیت و اهب از استحقاق موهوبه توسط غیر مگر اینکه تقصیر عمدی او ثابت شود:

در باب ضمان به استحقاق برده شدن موهوبه توسط شخص ثالث ماده 1193 قانون مدنی که مسلماً مقتبس از ماده 494 قانون مدنی جمهوری عربی مصر است تصریح میدارد که: و اهب از استحقاق موهوبه مسؤل نمی باشد، مگر اینکه سبب استحقاق را عمداً پوشانده باشد، یا هبه در مقابل عوض صورت گرفته باشد. در حالت اول قاضی مقدار خساره وارده را به

¹. وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیة - الكويت، جمعی از علماء: الموسوعة الفقهية الكويتية ج 6 دار السلاسل الكويت . الطبع الثانی: سال ۱۴۰۴ هـ - ۱۴۲۷ ص 342 .

². وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده: 1175 .

موهوب له تعیین ودرحالت دوم واهب به اندازه آنچه از موهوب له حاصل نموده است مسئولیت دارد. مگر اینکه موافقه طوری دیگری صورت گرفته باشد.¹

تبصره: آزماده ی فوق به طور صریح معلوم می شود که تا وقتی که ثابت نشود که واهب سبب استحقاق غیراً قصداً پنهان نکرده باشد همانند اخفای سندی که بیانگر حق غیردر موهوبه باشد... حکم به عدم مسئولیت واهب در دعاوی عارضه ویا اموردیگر میکنیم.² زیرا حالت اصلی و یقینی عدم پنهان کاری و عدم مسئولیت شخص واهب است تا وقتی که سوء نیت ویا هم پنهان کاری او که در واقع نشان دهنده سوء نیت اش است به اثبات نرسد.

فصل چهارم

المشقة تجلب التيسير³

مشقت جلب می کند سهولت است را

(مشقت به بار آورنده و فراهم کننده سهولت است)

شریعت اسلامی بخاطر ایجاد سهولت و فراهم آوری زمینه زندگی رفاه مند و باعزت آمده است، هرگاه گزاره های احساس شوند، که در پی تهدید رفاه اجتماعی و عزت مسلمان باشد، از

¹. همان ، ماده (1193)، باید یاد آورش که قانون مدنی کشور در مورد ضمان یا تاوان تعرض واهب بر مال موهوبه سکوت اختیار نموده است.

². السنهوری ، عبدالرزاق احمد . الوسيط في القانون المدني الجديد . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ج: 4. ص 140 – 160 العام: 2000م باب التزامات واهب.

³. لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 6/1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 17.

جانب شارع اجازه داده شده است تا با عبور از آن، به تامین منافع فرد و عامه پرداخته شود که از آن به عنوان رخصت یاد می شود،

قاعده المشقة تجلب التيسير از زمره ی قواعد فقهی کبرای که به دلیل کثرت ادله و مبانی، فقهای اسلامی آن را به عنوان یک اصل پذیرفته شده تلقی شده کلیه رخص و تخفیفات شرعی را احتواء نموده و بیان میدارد؛ که محاسب قاعده گذشته بعد از تبیین و تشریح قاعده آنرا بابخش معاملات مالی قانون مدنی کشور تطبیق خواهیم داد.

این فصل حاوی سه مبحث است که در نخست به تشریح مفردات، اهمیت و اصل قاعده پرداخته شده و بعدا در مبحث دوم اهم فروع قاعده به صورت اجمالی ملخص بیان شده و در مبحث اخیر هم قاعده با مواد بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور انطباق داده شده است .

مبحث اول: تشریح مفاهیم قاعده، مفهوم کلی قاعده، اهمیت ودلائل قاعده:

ما درین مبحث دنبال تفسیر و توضیح مفاهیم، معنای اجمالی، اهمیت و مکانت و دلایل و براهین شرعی این قاعده هستیم که مشتمل بر سه مطلب می باشد.

مطلب اول: تشریح مفاهیم:

الف) مفهوم مشقت :

مشقت به مفهوم زحمت و محنت آمده است چنانکه الله متعال می فرماید: (وَتَحْمِلُ أُنْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَدَلٍ لَّمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا أُنْفُسُ الَّذِينَ رَبَّكُمْ لِرَعُوفٍ رَحِيمٍ)¹ ترجمه : و بارهای شما را به شهری میبرند که جز با مشقت و زحمت بدن ها بدان نمی توانستید برسید قطعاً پروردگار شما رووف و مهربان است.

و مراد از مشقت درین مقام مطلق مشقت نیست؛ بلکه مشقتی است که فراتر از مرز عادی و توان بشری باشد، زیرا هیچ کاری عاری از مشقت نیست، مشقت قابل تحمل و غیر مضره: مانند سختی در روزه، حج و ادای نماز در زمستان ها می باشد.

¹. قرآن کریم، سوره النحل، آیه 7.)

مشقت ناشی از عبادات روزانه موجب متضرر شدن شخص نمی شود؛ بلکه این نوع مشقت از زیرمجموعه ی مشقت های عام و عادی شناخته می شود، بنابراین شارع حکیم استفاده از رخصت راتحت شرایط خاص و وسایل تعریف شده، تجویز کرده است.

1. اسباب تخفیف :

1-1 سفر مشروع :

هدف از سفر مشروع این است که شخص بخاطر اعمال نامشروع نظیر قطاع الطریقی، سرقت... خارج نشده باشد؛ بلکه بابت انجام کارهای مباح و یا ضروری از خانه بیرون شده باشد، همانست که نمازش قصر می شود و روزه اش را افطار می کند.

1-2 بیماری:

در صورتی که شخص گرفتار بیماری باشد که وضوء و یا روزه صدمه برساند، اجازه است تا بجای وضوء تیمم کند و بجای روزه افطار نماید .

1-3 اکراه :

اگر قرار باشد که کسی در حالت اکراه مرتکب عمل نامشروع شود، به نزد جمهور علمای اسلامی تبرئه میشود.

1-4 نسیان یا فراموشی :

نسیان در حقوق الله به عنوان عذر پنداشته شده و موجب عفو است، با آنکه در حقوق العباد – در مجازات اصلی – به عنوان عذر پذیرفته میشود اما جبران خساره در امور مالی و دیه در قتل، قابل عفو و گذشت نیست .

1-5 جهالت :

جهل در نخست به دو گونه ی جهل در مقام اجتهاد صحیح و جهل باطل منقسم شده است که فقط گونه ی نخست آن به عنوان عذر و یکی از اسباب تخفیف قابل قبول است، به همین ترتیب اگر مسلمانی به کشورهای غیر اسلامی در حالی سفر نماید که از شرایط حاکم آن کشور قبلاً آگاهی ندارد، به گمان این که نوشابه غیر الکولی خریده است، شراب را می خرد و می نوشد، به خاطر جهل به موضوع شخص مجازات نمی شود .

اما جهل باطل به عنوان عذر قابل قبول نیست، مانند کسی که در اجتهادش مخالفت کتاب الله و سنت رسول الله و اجماع را نماید .

1-6 ضرر و عامه البلوی¹:

مساله ی ابتلای مردم، زمینه ساز بسیاری از رخصت ها در احکام می باشد، از جمله نماز خواندن با جامه ای که مقدار مشخص آن آلوده به نجاست باشد و یا نجاست های که از اثر راه رفتن در شهر و بازار به جامه می رسد، لمس کردن قرآن برای اطفال بابت آموزش، دیدن دختری که قرار است از او خواستگاری شود، یادیدن زنی که شخص قرار است در مورد او شهادت دهد و یادیدن دختری که شخص به او آموزش می دهد، اینها از مواردی هستند که روزانه مردم گرفتار آن می باشند و شریعت به خاطر نیازهای جدی مردم از آن گذشت کرده است.

1-7 نقص عقلی و عدم کمال:

بابت نقص عقلی و عدم کمال است که تکالیف شرعی از پسر نابالغ، دیوانه و بسیاری از تکالیفی که برای مردان است، از زنان برداشته شده است.²

2. انواع تخفیف:

تخفیفاتی را که شارع حکیم در نظر گرفته است، فقهای اسلامی آن را به هفت گونه منقسم نموده اند:

2-1 تخفیف اسقاط:

یعنی تخفیفی که با ساقط شدن تکلیف، رعایت شده است، مانند: اسقاط نماز از زنانی که عادت ماهیانه دارند و یا بعد از ولادت ایام نفاس را می گذارند.

2-2 تخفیف تنقیص:

مانند قصر نماز در سفر.

2-3 تخفیف تبدیل:

¹ عامه البلوی: به اموری اطلاق می شود که مردم روزانه با آن دست و پنجه نرم می کنند و از کارهای روزه مره آنها شده است مثل: چالش آب و گل نجس سرک ها که هر عابری را ملوث می سازد. ابن الهمام، کمال الدین محمد بن عبدالواحد السیواسی.

شرح فتح القدير ص 2 ج 71. دارالفکر، بیروت: لبنان. ب. ط. ب. ت.

² البیتانی، عبدالغفور. القواعد الفقهیه فی القضاء. ص: 51. ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل.

1397 ه. ش.

به این معناکه یک عمل به اثر مشقت، جای خودش را به عمل دیگری می دهد، مانند تبدیل شدن وضوء و غسل به تیمم در صورت فقدان آب.

2-4 تخفیف تقدیم:

به اثر مشقت شارع حکیم، انجام برخی از احکام را پیش از فرارسیدن موعد، جایز دانسته است، مانند: جمع بین نماز ظهر و عصر در عرفات، پرداخت زکات پیش از سر رسید سال. 2-5 تخفیف تاخیر: مانند جمع میان نماز عصر و ظهر در مزدلفه که پیامبر اکرم - صلی الله علیه وسلم - نماز ظهر را با تاخیر با عصر اداء نمود، و همچنان کسی که مشغول نجات دیگران است می شود نمازش را با جمع و تاخیر بخواند.

2-6 تخفیف ترخیص:

به این معنی که به اثر مشقت شارع برخی از احکام را به تعلیق در می آورد و در قبال آنها رخصت را اعمال می کند، مانند خوردن گوشت خود مرده و خوک در هنگام تنگنا و مخمصه و ترس از این که مبادا، گرسنگی موجب مرگ شود.

2-7 تخفیف تغییر:

به این مفهوم که تکلیف ساقط نمی شود ولی جهت و روشی که قبلاً تعیین شده بود، تغییر می کند، مانند: نماز خوف که به طرف قبله بودن از بین می رود و به هر طرفی که امکان خوف وجود داشته باشد، به همان صوب نماز اداء می شود.¹

3. حکم رخصت در شریعت اسلامی:

رخصت در شریعت اسلامی به پنج قسم بیان شده است:

3-1 رخصتی که استفاده از آن فرض است، مثل: خوردن حرام در حالت تنگنا.

3-2 رخصتی که استفاده از آن مستحب است، همانند: دیدن دختری که از او خواستگاری می شود.

3-3 رخصتی که استفاده از آن مباح است، یعنی استفاده و عدم استفاده آن یکسان است مانند: بیع سلم² و فروش میوه بر سر درخت.

¹ البیتانی، عبدالغفور. القواعد الفقهیه فی القضاء ص: 52-53.. ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش

² عقد سلم به مفهوم پیش فروش است یعنی بدین صورت مبیع به توصیف فروخته میشود برای مدتی که محصول آن می رسد به بهای نقد حال و مقابل بیع نسبه است چون در نسبه متاع موجود و حال است و بهاء موجد است یعنی مدت دارد.

3-4 رخصتی که عدم استفاده از آن اولی است، همانند: کسی که در سفر است ولی به مشکلی وسختی دچار نیست، بهتر خواهد بود تا به روزه بخورد ادامه دهد.

3-5 رخصتی که استفاده از آن مکروه است، مانند: قصر در کمتر از سه شب و روز.¹

ب) تیسیر:

تیسیر از ریشه ی یسر گرفته شده و یسر به مفهوم سهل و آسانی آمده است چنانکه الله کریم می فرماید: (وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)² ترجمه. [ولی] هر کس از شما بیمار یا در سفر باشد [به همان شماره] تعدادی از روزهای دیگر [را روزه ندارد] و بر کسانی که [روزه] طاقت فرساست کفاره ای است که خوراک دادن به بینوایی است و هر کس به میل خود بیشتر نیکی کند پس آن برای او بهتر است و اگر بدانید روزه گرفتن برای شما بهتر است.

مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده:

مفهوم قاعده این است که بدون تردید مشقت وسختی انسان را با حرج وزحمت مواجه می سازد و از همین جهت حرج بر اساس احکام شرعی از شخص مکلف مرفوع است. به عبارت دیگر فراخ ساختن هنگام تنگنا واجب است و تسهیلات و معاملات شرعی با استفاده از تشریح قرض، حواله، وصیت، سلم، اقاله، بیع، ابراء، شرکت، صلح، وکالت، اجاره، مزارعه، مساقات، عاریه، ودیعه و استصناع و همه بر مبنای همین قاعده است و تشریح آن ها به خاطر دفع مشقت و جلب یسر و آسانی است.

مطلب سوم: مستند و دلایل قاعده:

مستند شرعی این قاعده عبارت اند از:

الف) قرآن کریم:

(مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ)³

¹ . اصطلاحه برین است که مسافر به شخصی اطلاق می شود که حداقل مسافت سه شبانه روز راه پیاده یا معادل 84 کیلومتر را طی کند، در آن صورت می تواند که نمازش را قصر و روزه اش را افطار کند، اگر کسی به کمتر از این مسافت روزه اش را افطار کند، کار حرام را نکرده بلکه فقط مرتکب مکروهی شده است. البیتانی، عبدالغفور. القواعد الفقهیه فی القضاء ج 1 ص 53.. ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش

² قرآن کریم، سوره بقره، آیه 185.

³ قرآن کریم، سوره مائده، آیه: 6.

ترجمه : خدا نمی خواهد بر شما تنگ بگیرد لیکن می خواهد شما را پاک و نعمتش را بر شما تمام گرداند باشد که سپاس [او] بدارید

(ب) سنت نبوی - صلی الله علیه وسلم - :

1. ابو هریره - رضی الله عنه - روایت است که مردی بادیه نشین آمد و در مسجد ادرار کرد اهل مسجد معترض شده اند اما پیامبر - صلی الله علیه وسلم - مردم را از این کار منع کرد و فرمود :

« دَعَوْهُ، وَأَهْرَيْقُوا عَلَى بَوْلِهِ ذُنُوبًا مِنْ مَاءٍ، أَوْ سَجَلًا مِنْ مَاءٍ، فَإِنَّمَا بُعِثْتُمْ مُيَسَّرِينَ وَلَمْ تُبْعَثُوا مُعَسَّرِينَ ».¹ ترجمه: او را به حال خود رها کنید و یک سطل از آب روی ادرار او بریزید زیرا شما آسانگیر مبعوث پدید آمده ایید تا انعطاف پذیر باشید نه سختگیر و خشن .

2. عایشه - رضی الله عنها - از پیامبر نقل می کند : « مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ قَطُّ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا ».²

ترجمه : که هرگز رسول خدا - صلی الله علیه وسلم - میان دو چیز مخیر نشد، مگر این که ساده ترین آنها برگزید، جز در مواردی که گناه در پی داشت .

3. همچنان پیامبر - صلی الله علیه وسلم - فرموده اند : « أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ » ترجمه : محبوب ترین دین نزد الله، دین حنیفی است.

4. و در جای دیگری می فرماید : « عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: « إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ، »³ ترجمه : دین سهل است، هیچ کسی دین را به سختی نکشیده است؛ مگر اینکه خودش را شکست داده است .

¹ بخاری ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن المغیره البخاری . الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يُسْرًا وَلَا تُعَسِّرُوا» ، ج ٨ ص 30 حدیث شماره 6128 ، تحقیق محمد زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقیم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ ق.

² بخاری ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن المغیره البخاری : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بَابُ قَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يُسْرًا وَلَا تُعَسِّرُوا» ج 8 ص 30 شماره حدیث 6126 تحقیق: محمد زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقیم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ

³ . بخاری ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم بن المغیره البخاری : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بَابُ: الدِّينُ يُسْرٌ ، ج 1 ص 16 حدیث شماره 39 ، تحقیق محمد

روایات ذکر شده به این دلالت دارند که دین اسلام، دین اعتدال، سهل، راست و دورازکزی و انحراف است، دین فطرت است و امور فطری ریشه در جان انسان دارند، از جمله مواردی که فطرت انسان بدان گواهی میدهد، حس نفرت و انزجار نسبت به سختگیری و مشقت است به همین ترتیب روایات بر این گواهی می دهند که خدای متعال تمامی سختی های امت های گذشته را از سر این امت دورنگهداشته است .

ج) آثار صحابه

1. عمر - رضی الله عنه - روزی از کوچی عبور می کرد که از ناودانی آب بالایش ریخت، کسی که همراه خلیفه مسلمین بود، صدازد که ای صاحب خانه، آبی که از ناودان آمد پاک بودیا پلید؟ عمر- رضی الله عنه - صدازد که ای صاحب خانه، از پاکی و ناپاکی چیزی به زبان نیاور و بدون پرسش واستفسار برفت.¹
2. همچنان ابن مسعود - رضی الله عنه - می فرماید: **إياكم والتتبع وإياكم والتعمق** (یعنی بر شماست که درسختن گفتن تکلف نکنید ویه سختی رفتار ننمایید .²

د) اجماع

علمای امت اسلامی بدین امر اجماع نموده اند که در تکلیف احکام الهی مشقت وجود ندارد و هیچگاهی هم هدف شارع تکلف نبوده است، از همین جهت هرگاهی سختی و دشواری فراروی مکلف قرار گیرد . شارع رخصت عنایت فرموده و تخفیف قایل شده است؛ شریعت بخاطر انعطاف و سهولت آمده است و هرگاهی حکمی پیداشود که در آن سختی و دشواری دیده شود، تناقض . اختلافی است که شرعاً مورد نفی می باشد .³

زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فواد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422هـ.

¹ الجوزیه ابن قیم ، أبي عبدالله محمد ابن أبي بكر. **اغاثه اللهفان من مصاید الشيطان** . ج 1 ص 152 . التوزيع : عباس أحمد الباز . مصدرها : مكتبة نور ب تا .

² زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري، **فيض القدير شرح الجامع الصغير** . ج 3. ص 134 تعليقات يسيرة لمجد الحموي الناشر: المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، 1356..

³ البورنو، محمد صدقي بن احمد بن محمد الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكليه، ج 1 ص 1134. موسسه الرساله ب ت ص 1134.

و نظر به اشتیاق شارع به مصالح مردم و دفع مضقت و سختی از ایشان، اجاره، عاریه، وکالت، قرض، کفالت، حواله، شرکت، صلح، ابراء، وصیت... و سایر معاملات از طرف شارع تجویز یافته است.

هـ) عقل

عقل بشری به این گواهی می‌دهد که اگر هدف شارع ایجاد سختی و دشواری می‌بود هرگز نصوصی در قرآن پیدانمی‌شد که تاکید شارع را به آسانی و انعطاف نشان دهد، و هرگونه برداشت سخت‌گیرانه در تنافی با نصوص صریح قرآنی قرار دارد و عقلاً مردود است.¹

مبحث دوم: اهم فروع قاعده :

درین مبحث تلاش کردیم بارزترین قواعد مرتبط رابا قاعده مزبور به گونه‌ی عصاره بازتاب دهیم.

مطلب اول: إذا ضاق الأمر اتسع².

ترجمه: هرگاه کار به سختی گراید گشاده شده وسعت میابد .

الف) مفهوم کلی قاعده :

این قاعده بدان معنی است که وقتی برای شخصی ضرورت پیش می‌آید و یا برای گروهی نیازی دست می‌دهد و یا حالتی خاصی بروز می‌کند که اجراء و انفاذ حکم اصلی پیشبینی شده در شریعت در حالت عادی برای شخص مکلف مشکل و پراز حرج و دشواری گردد؛ و اجراء اش او را ناتوان بگرداند و از تطبیق مامور به شرعی عاجز بماند در این حالت برای او تخفیف و گذشت صورت می‌گیرد و این تخفیف تازمانی ادامه می‌یابد که کار بر او آسان گردد و ضرورت از میان برداشته شود .

مطلب دوم: الضرورات تبیح المحظورات³.

ترجمه: ضرورت ها چیزهای ممنوع را مباح قرار می‌دهد.

قاعده مزبور این مطلب رامی‌رساند که هرگاه برای انسان مسلمان مکلف حالتی غیر از حالت عادی پیش بیاید که در آن رضایتش از بین برود و اراده اش مختل گردد، در چنین حالت

¹ . ابراهیم بن موسی بن محمد اللخمی الغرناطی الشهیر بالشاطبی، الموافقات فی أصول الفقه، ج 2/122) لناشر: دار المعرفة - بیروت. تحقیق: عبد الله دراز، المصدر: الشاملة الذهبية..

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421

هـ ق ماده: 18).

³ همان، ماده: 21).

کارهای که از نظر شریعت اسلامی حرام و ممنوع است برایش مباح می گردد، مانند: خوردن غذای حرام، برهنه نمودن عورت در نزد طیب...

این قاعده دلیل کامل و روشن به نرمش و انعطاف فقه اسلامی نسبت به نیازهای اجتماعی و قدرت آن بر حل مشکلات مردم است، چه در تطبیقات این قاعده و تفریع از آن، مسایلی نهفته است که جز رعایت مصالح مردم و احتیاجات ایشان چیزی دیگری نمی باشد.

مطلب سوم)الضرورات تقدر بقدرها¹.

ترجمه: ضرورت ها به اندازه ی رفع نیاز سنجیده می شود.

یعنی انجام ویاترک هر عملی که به اثر ضرورت مباح قرار گرفته باشد، تداوم آن فراتر از ضرورتی که تجویز شده است، مجاز نمی باشد. و بایان یافتن ضرورت و نیاز جلواش گرفته می شود، به این مفهوم که هر چیزی که بخاطر ضرورت و باینیاز حلال قرار گرفته باشد، به اندازه ضرورت سنجیده می شود و هرگاه تمام شد، رفع حرمت نیز تمام می شود.

به گونه ی نمونه شخص مضطر که به اثر ضرورت مجاز به تناول گوشت خود مرده شده بود، جز به اندازه ی سد رمق حیات یعنی به اندازه ی که از مرگ نجات پیدا کند بیشتر از آن برایش مجاز نیست، به همین ترتیب سوگند دروغ برای مکانی است که ضرورت ایجاب می کند، هرگاه ضرورت رفع شود حرمت سر جایش برمی گردد، چه رفع تحریم بخاطر اقتضای ضرورت است و با رفع حالت ضرورت تحریم دوباره عود می کند.

و یا هم درخیار تعیین² در دویاسه چیز در عقد بیع مشروع است و در بیشتر از سه چیز مانند پنج یا شش و... چیز جایز نمیباشد. زیرا ضرورتی که خیار تعیین به خاطر آن مشروع گردانده شده است با تعیین یکی یا دویاسه چیز در عقد بیع مرفوع می گردد و نیازی به زیادت بر آن احساس نمی شود.

1. لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421

¹ هـ ق ماده: 22.

² . خيار تعيين عبارت از حقى است که برای یکی از متعاقدين در تعيين یکی از دویا سه چیزیکه در وصف و ثمن متفاوت بوده و همچنان از ثمن آنها در عقد تذکر عمل آمده باشد داده می شود .

مطلب چهارم) الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة¹.

ترجمه: حاجت، چه عام باشد یا خاص حکم ضرورت را به خود می گیرد.

به این مفهوم که حاجتی که به انسان دست می دهد، در نوعیت اقتضای ترخیص، به مثابه ی ضرورت است، تفاوت نمی کند که حاجت عمومی باشد یا خصوصی، بلکه در هر دو صورت تخفیف قابل اجرا است.

از مسایل مربوط به حاجت عمومی میشود به مشروعیت: اجاره، حواله و سلم... اشاره نماییم که برخلاف قیاس بابت نیاز عموم مردم، تجویز شده است.

مطلب پنجم: الأضرار لا يبطل حق الغير²

ترجمه: اضرار موجب تلف شدن حق دیگران نمی شود.

این قاعده قید برای قاعده (الضرورات تبيح المحضورات) است، چه گاهی اضرار ناشی از آسیب های طبیعی و آسمانی است، مانند: قحطی در سال کم بارانی و یاحیوان درنده ای که طبیعت او در زندگی است و گاهی ناشی از آسیب های غیر طبیعی و غیر آسمانی می باشد، مانند: اکراه و اجباری که به عنوان عذر در مباح قرار دادن برخی از محرّمات و سقوط گناه و مجازات، تاثیر گذار است.

هر چند اگره و اجبار موجب سقوط مجازات هستند، اما به هیچ وجه نمی توانند حق دیگری را مورد ابطال قرار دهند. و ضمان را از بین ببرند، چه در آن صورت رفع ضرر از طریق ضرر زدن به دیگری صورت گرفته است که چنین چیزی شرعاً جایز نیست، مثلاً: اگر راننده ای از جاده خارج شد و بادوبین بست مواجه است، در چنین صورتی اگر شخص موتر را به دیوار شخصی زد و دیوار آسیب دید، شخص مکلف به ترمیم دیوار شناخته می شود.³

مطلب ششم) ماجاز لعذر بطل بزواله⁴.

ترجمه: آنچه که بر حسب عذر جواز پیدا کرده بود، بازوای آن جواز باطل میگردد.

الف) مفهوم کلی قاعده:

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 / 8، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 32.

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 33.

³ البيهقي ، عبدالغفور . القواعد الفقه في القضاء . ص 56. ترجمه : محمد صالح مصلح . انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش .

⁴ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 23.

این قاعده این مطلب را می راسند که هرگاه حکمی به علت عذر معینی مشروع شده باشد هرگاه آن عذر زایل شود ان حکم (مشروعیت) نیز زایل خواهد گردید؛ زیرا جواز و مشروعیت آن به سبب عذر بوده پس زمانی که عذر از بین می رود عمل باید به اصل شود. همانند: محرمات شرعی که بالای مکلفین حرام اعلام شده است و گاهی به سبب عذر مباح می گردند و هرگاه آن عذر زایل شود حکم حرمت نیز عودت می کند همانگونه که واجبات شرعی گاهی برخی آنها در اثر عذر از قبیل مرض، سفر، خوف و اکراه و مشقت طاقت فرسا ساقط می شوند. و زمانی که اعذار از بین بروند حکم اصلی دوباره عود می کند. قانون مدنی کشور نیز این امر را پذیرفته است چنانکه تصریح می دارد: "حکم با موجودیت علت، موجود و با انتفای آن منتفی می گردد."¹

مطلب هفتم) لامعتبر بالبدل حال قیام الأصل ولا یجمع بین البدل والأصل

ترجمه: تازمانی که اصل قابل اجراء باشد بدل اعتباری ندارد و میان اصل و بدل جمع نمی شود.

یعنی آنچه که ادایش واجب است، اصل است تازمانی که امکان عمل به اصل وجود داشته باشد، به بدل رجوع نمی شود، بابت اینکه اصل همان واجبی است که حکم روی آن قرار گرفته است، اما زمانی که اجرایی ساختن اصل متعذر شود، به بدل رجوع می شود، مثلاً: مالی که غصب شده باشد، اگر در نزد غاصب موجود باشد، عین مغصوبه برگشتانده میشود، اما زمانی که عین مغصوبه وجود نداشته باشد و از بین رفته باشد، به بدل رجوع می شود یعنی در اموال مثلی، مثلش برگشتانده می شود در اموال قیمی، قیمت پرداخته می شود.²

مطلب هشتم) نفی الحرج والعسر.

ترجمه: حرج و عسر نفی شده است.

سختگیری و تنگ ساختن دایره احکام در شریعت اسلامی مرفوع است، هیچ تکلیفی مشروعیت ندارد مگر بر حسب توان و قدرت شخص، هرگاه عسر و حرجی بر برخی از مکلفین احساس شود، قطعاً تخفیف واجب خواهد شد، زیرا تحمیل اعمال و رفتار سنگین بر نفس، موجب انزجار و نفرت نسبت به احکام شریعت اسلامی میشود؛ در حالی که درین شریعت تشویق شده است تا اجرای احکام باید وفق قلبها و حالات روتین باشد.

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ ش ماده:

718.

² البیتانی، عبدالغفور، القواعد الفقه فی القضاء، ترجمه: محمد صالح مصلح، انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش ص 68.

چنانکه ما در عمل پیامبر و ارشادات پیامبر ونهی صریح پیامبر از تکلف این موضوع را به وضوح مشاهده می کنیم که به عنوان مثال از نهی پیامبر - صلی الله علیه وسلم - از تصمیم برخی از اصحاب که مخالف پسر آسانی دین بود یاد آور می شویم .

أَخْبَرَنَا حُمَيْدُ بْنُ أَبِي حُمَيْدٍ الطَّوِيلِ، أَنَّهُ سَمِعَ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، يَقُولُ: جَاءَ ثَلَاثَةٌ رَهْطٍ إِلَى بُيُوتِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَسْأَلُونَ عَنْ عِبَادَةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَلَمَّا أُخْبِرُوا كَانَتْهُمْ تَقَالُوبًا، فَقَالُوا: وَأَيُّنَ نَحْنُ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ قَدْ غَفَرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ، قَالَ أَحَدُهُمْ: أَمَا أَنَا فَإِنِّي أُصَلِّي اللَّيْلَ أَبَدًا، وَقَالَ آخَرُ: أَنَا أَصُومُ الدَّهْرَ وَلَا أَفْطِرُ، وَقَالَ آخَرُ: أَنَا أَعْتَزِلُ النِّسَاءَ فَلَا أَتَزَوَّجُ أَبَدًا، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَيْهِمْ، فَقَالَ: «أَنْتُمْ الَّذِينَ قُلْتُمْ كَذًّا وَكَدًّا، أَمَا وَاللَّهِ إِنِّي لِأَحْسَنُكُمْ لِلَّهِ وَأَتْقَاكُمْ لَهُ، لَكِنِّي أَصُومُ وَأَفْطِرُ، وَأُصَلِّي وَأَرْقُدُ، وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَن سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»¹

ترجمه حدیث: "از انس رضي الله عنه روایت است که گفت: سه شخص به خانه های زنان پیامبر صلی الله علیه وسلم آمده از عبادت پیامبر صلی الله علیه وسلم پرسش نمودند. چون بر ایشان گفته شد، گویا آنرا کم شمرده گفتند: ما با پیامبر صلی الله علیه وسلم چه مناسبتی داریم، در حالیکه گذشته و آینده شان بخشیده شده؟

یکی از ایشان گفت: من همیشه در تمام عمر تمام شب را نماز می گزارم.

دیگری گفت: من تمام عمر روزه میگیرم و سومی گفت: من از زنها دوری گزیده و هرگز ازدواج نمی کنم.

رسول الله صلی الله علیه وسلم آمده فرمود: شما همان کسانی هستید که چنین و چنان گفتید؟ اما بخدا سوگند که من از همه شما از خدا بیشتر ترسیده، و از همه شما پرهیزگارترم. و من هم روزه می گیرم و هم نمی گیرم و نماز می خوانم و خواب هم می شوم و زنان را به نکاح میگیرم، و کسیکه از سنت و طریقه من اعراض کند از من نیست."

تبصره: از واکنش پیامبر- صلی الله علیه وسلم - به اعمال سخت گیرانه ی اصحاب بحث نفی عسر به وضوح به مشاهده می رسد.

¹ . بخاری ، ابو عبدالله ، محمد بن إسماعیل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري . الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، بابُ التَّزْوِيجِ فِي النِّكَاحِ ، ج 7 ص 2 حدیث شماره 5063 ، تحقیق محمد زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422هـ

مطلب نهم) الميسور لا يسقط بالمعسور:

ترجمه: با استفاده از مشقت نمی شود به ناپودی سهولت اقدام کرد.

این قاعده بدان معناست که هرگاه مکلف از انجام دادن عمل به طریق کامل واکمل که شریعت اسلامی دستور داده است ناتوان شود وجز اندکی از عهده ی دیگر برآمده نتواند، به همان اندازه ای که مقدر و است، انجامش بر مکلف واجب است، به دلیل ناتوانی از تمامی مکلف به بخشی که در توان مکلف است، ساقط نمی شود.¹

چنانکه پیامبر اکرم - صلی الله علیه وسلم - می فرمایند: «فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»²

ترجمه: وقتی امر کردم شمارا به چیزی، عمل کنید به آن به اندازه توان تان.

مبحث سوم: تطبیق و اعمال قاعده بامواد قانون مدنی کشور:

در این مبحث تلاش نمودیم تا مصادیق قاعده را در بحث معاملات مالی قانون برجسته نموده و اثرپذیری قانون مدنی بویژه بخش معاملات مالی را از این قاعده وزین وگران سنگ تثبیت نماییم؛ این مبحث مشتمل به پانزده 15 مبحث می باشد.

مطلب اول: جواز عقد سلم، استصناع، بیع و فاء:

الف) جواز عقد سلم³:

¹ . البیتانی ، عبدالغفور . القواعد الفقه فی القضاء . 73 ترجمه : محمد صالح مصلح . انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش

² مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشیری النیسابوری . المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل الی رسول الله صلی الله علیه وسلم ، بابُ یَیَانُ أَنَّ الدِّیْنَ النَّصِیْحَةُ ج 2 ص 975 حدیث شماره 1337 ، تحقیق محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء التراث العربی - بیروت ، ب ت . ترقیم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، و متن مرتبط بشرح النووي والسیوطی.

³ . فقهاء برای عقد سلم تعاریفی مختلفی آورده اند که همه آنها در ماهیت یکی اند و صرفاً در الفاظ متغیر اند؛ فقهای شافعیه در تعریف سلم می گویند: سلم عقد موصوف به ذمه در برابر بدلی که به صورت معجل اعطاء می گردد است . فقهای مالکی در تعریف سلم می گویند: سلم عبارت از بیع معلوم در ذمه، به عین حاضر و یا آنچه در حکم آن است الی اجل معلوم. فقهای احناف وحنابله می گویند: عبارت از بیع اجل به عاجل است. یا به دیگر سخن عبارت از بیعی است که در آن ثمن پیش از از ثمن پرداخت شده و ثمن تامدت معین در ذمه بایع می ماند. و برای مدتی به تاخیر می افتد. وزاره الاوقاف والشون الاسلامیه. الموسوعه الفقیهه الکویتیه ج 25. ص 191 .

مجله الاحکام نیز سلم را گونه ی احناف وحنابله تعریف نموده و در ماده 123 خود می گوید: (سلم بیع مؤجل به معجل). لجنة من العلماء المحققین والفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری . مجلة الاحکام العدلیة، وزارة المعارف. ج 30/1. عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 123.

بدون تردید حکمت از مشروعیت سلم در شریعت اسلامی ضرورت و نیاز مبرم مردم بوده و در کل بابت زدودن حرج و مشقت از مردم است؛ زیرا، سلم فروختن چیزی است که در حقیقت فعلاً وجود ندارد. اما، ضرورت و نیاز دو طرف اقتضای آن را می‌کند. به عنوان مثال، دهقانی که پول ندارد تاجهت کشت و اصلاح زمین خویش آن را الی حاصل دادن زراعت و یا درخت به مصرف برساند و کسی نیز پیدا نشود که وی را قرض دهد، ضرورت به نوعی معامله ی دارد تا او را قادر بسازد احتیاجات مالی وی را رفع بسازد. بنابراین، در صورت عدم مشروعیت سلم، مصلحت مردم متحقق نمی‌گردد و مردم در حرج و مشقت قرار می‌گیرند.

این جاست که شریعت اسلامی بدین نوع معامله بابت دفع حرج و مشقت از امت و بایبوری از این قاعده فقهی (المشقة تجلب التیسیر) که اصل آن نصوص قرآنی و حدیثی است چراغ سبز نشان داده است.

تبصره: قانون مدنی کشور نیز با تبعیت از این منطق شرع (رفع حرج و مشقت) و اثرپذیری از این دید عقد سلم را مجاز پنداشته است و از ماده 1124 الی 1132 بدان اذعان کرده است.¹

ب) جواز عقد استصناع²:

حکمت مشروعیت عقد استصناع همانند: عقد سلم دفع حرج و مشقت از مردم است در حالی که وفق روح اصل بیع مجاز نیست زیرا در این نوع عقد وجود فیزیکی مبیعه یا مثن مفقود است

¹ . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده های : 1124 – 1132 باید متذکر شد که تعریف قانون مدنی کشور برای سلم در ماده 1124 اشتباه است و باید این گونه تغییر یابد (سلم عبارت از بیع مثن اجل به ثمن عاجل) که درین صورت به تعریف احناف، حنابله و مجله الاحکام العدلیه یکسان خواهد بود. مؤلف.

² . استصناع مصدر باب استفعال از ریشه ی صنع گرفته شده است که در لغت به معنی طلب صنعت می باشد. استصناع یکی از عقود معین است که به موجب آن یکی از طرفین، در مقابل مبلغی معین ساخت و تحویل چیز مشخصی را نسبت به طرف دیگر در زمان آینده به عهده می گیرد. و یا هم استصناع عقدی است که به موجب آن کسی صنعت چیزی را از دیگری در برابر مزد معین با شرایط مقرر می خواهد.

الزحیلی ، وهبه مصطفی . الفقه الاسلامی وادلته ، ج 5. امیر حمزه کتب خانه، ب تا، ص 3642 . مجلة الاحکام العدلیه در تعریف استصناع می گوید: استصناع عبارت از عقد مقوله ای که با اهل صنعت راجع به ساختن یک چیز صورت می گیرد. احمد جودت پاشا و همکاران، . لجنة من العلماء المحققین و الفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری . مجلة الاحکام العدلیه، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ص 33 ماده: 124.

روی این ملحوظ و با در نظر داشت قاعده فقهی (المشقة تجلب التيسير) این نوع معامله را گونه ی مشروع اعلام داشته است .

قانون مدنی کشور با تبعیت از این قاعده فقهی و با در نظر داشت رفع حرج از مردم عقد استصناع را مجاز اعلام داشته است و از ماده 1510 الی 1524¹ خود روی این موضوع به گونه ی مفصل بحث داشته است.

تبصره: اعتراف و اجازت قانون مدنی همانند فقه اسلامی برای این نوع عقد نشان از اثرپذیری از اصل دفع مشقت و جلب سهولت است .

ج) جواز بیع وفا²:

گرچند دیدگاه های فقهی اعم از متقدمین، متأخرین و معاصرین مانند وهبه و سید سابق⁽³⁾ در باب جواز و عدم جواز بیع وفا متفق نیست؛ اما فقهای که دید جواز این نوع بیع را دارند، دفع حرج و رفع احتیاجات مردم را دلیل جواز انگاشته اند.

¹ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده های: 1510 - 1524.

² بیع وفا عبارت از بیعی است که در آن شرط شده باشد که هرگاه بایع ثمن مبیعه را به مشتری بپردازد، مشتری مبیعه را به وی مسترد نماید. چون در بیع وفا مشتری به شرط وفا می نماید، این بیع را بیع وفاء می نامند. (وزارت الاوقاف والشؤون الاسلامیه، الموسوعة الفقهیه الكويتیه، ج 9 ص 26) . لجنة من العلماء المحققین والفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری . مجلة الاحکام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ، ماده: 118).

استاد سید سابق رحمه الله می گوید: بیع وفا آن است که یک نفر احتیاج پول دارد، زمین و آب و ملک خود را به مبلغی به کسی می فروشد، بدین شرط که هر وقت قادر شد که آن مبلغ را که در برابر ملک خود گرفته است، مسترد دارد و باز پرداخت کند آن گاه ملک او به خودش برگردد و حکم آن بنابه ارجح آراء نزد محکم رهن و گرو گرفتن را دارد. سید سابق، فقه السنه، دار السلام ج 3 ص 155 . قانون مدنی افغانستان به تبعیت از این دید فقهی بیع وفا را این گونه تعریف می دارد: بیع وفا عبارت است از داشتن حق استرداد مبیعه برای بایع و از ثمن برای مشتری. (وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش ماده : 1136 .).

حکم بیع وفا نزد فقهای اسلامی:

در باب این موضوع فقهای اسلامی دید متفق نداشته و اختلاف دید دارند. پاره ی از فقهای احناف این عقد را بابت بحران اقتصادی شدید که در بخارا (شهری در ازبکستان) جواز داده اند . چنانکه محمد خالد الاتاسی شارح مجلة الاحکام العدلیه جواز بیع وفا را نمونه ی تطبیقی برای قاعده برای ماده 32 (الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة اوخاصة) می آورد. محمد خالد الاتاسی ، شرح مجلة الاحکام العدلیة . ج 75/1 المكتبة الحقانیة : پشاور پاکستان ب تا . ،

اما اکثریت فقهای اسلامی آن را بابت خلاف قیاس بودن و نفع برای یکی از طرفین معامله بیع فاسد دانسته اند و این نوع بیع را جواز نداده اند. وزارت الاوقاف والشؤون الاسلامیه، الموسوعة الكويتیه ج 9 ص 26.

به نظر می رسد که در عصر حاضر این بیع بخاطر رفع حاجات مردم و در حالت بحران شدید اقتصادی در جامعه مشروع مشروع خوانده شود بهتر خواهد بود. مؤلف.

³ شیخ سید سابق یکی از علماء ازهر بوده و از پوهنهی شریعات فارغ گردید و بعد به امام شهید حسن البناء پیوست و به همراه او به خدمت به اسلام ، نشر دعوت و جمع امت به کلمه ی اسلام و آگاه دهی آنان از شریعت ایشان بیعت نمود ، و او در هنگام

وقوع را تابع تعامل میدانند چنانکه استصناع را ازین دسته به حساب می آورند.
قانون مدنی کشور با تبعیت از این قاعده فقهی بیع وفا را مشروع دانسته و از ماده 1136 الی 1151 روی آن بحث مفصلی آورده است.¹
که این خود نشان دهنده اثرپذیری این بحث قانون مدنی از قاعده ی مزبور می باشد.
تبصره: از دید نگارنده بهتر بود قانون مدنی کشور برای جواز این نوع بیع شرط حالت اضطرار و بحران اقتصادی در جامعه را شرط می گذاشت.

مطلب دوم: قایل شدن حق مطالبه مصارف بالای مبیعه در بیع وفا برای مشتری:

در صورتی که مشتری بعضی از مصارف سود مند را بالای مبیعه در بیع وفا نموده باشد به مثل مصارف مرتهن بالای مرهونه حق طلب آن را بعد از سپردن دوباره آن برای مشتری دارد.

زیرا اگر مشتری مثلاً: در حویلی که به بیع وفا در اختیار داشت بعضی مصارف همچون: کاشی شانی صحن حویلی، غرس نهال های مثمر، ایزوگام ... نموده باشد و بعد قرار باشد دوباره مبیعه را برای بایع تسلیم نماید بدون پرداخت بدیل مصارف در مشقت و تنگنا قرار می گیرد و این کار خلاف مصلحت فردی دانسته می شود..

فلهذا قانون مدنی با اثر پذیری از قاعده مزبور حق مطالبه مصارف را برای مشتری اعطاء نموده است، چنانکه صراحت دارد: "هرگاه مشتری مصارف نافع و ضروری بر مبیعه به عمل آورده باشد و قیمت مبیعه به سبب آن بلند رفته باشد حق مطالبه آن را دارد، مشروط بر اینکه مصارف مذکور به اجازه بایع صورت گرفته و زیاده روی در آن نکرده باشد."²

تبصره: قانون با تاسی از این قاعده فقهی جهت دفع مشقت از مشتری برای او حق طلب جبران مصارف نافع را در صورت اجازت بایع می دهد.

که این مسأله بیانگر این است قانون از قاعده فقهی حاضر اثر پذیرفته است.

تحصیل عضویت جماعت اخوان المسلمین را بدست آورد ، شیخ سابق به روز یکشنبه ۲۳ ذی القعدة سال ۱۴۲۰ هـ ق موافق به ۲۰۰۰ میلادی به عمر ۸۵ سالگی در گذشت .

اعضاء ملتقى أهل الحديث : المعجم الجامع فی تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين ، ص 95 ، آماده شده برای المكتبة الشاملة توسط : أسامة بن الزهراء عضو فی ملتقى أهل الحديث . [الكتاب مرقم آلیا، غیر مطبوع] .

¹ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش

مادهای 1136 – 1151).

² همان ، ماده: 1143).

مطلب سوم: جواز فروش مبیعه در بیع و فاء برای بایع در حالتی که مشتری مطالبه ثمن را نماید:

وفق دید مجله الاحکام العدلیه بایع و مشتری هر دو حق ندارند مبیعه را در بیع و فاء به شخص دیگر بفروشند.¹ قانون مدنی افغانستان نیز این امر را منتفی میداند و در چنین صراحت دارد: مشتری نمی تواند مبیعه را در بیع و فاء به شخص دیگری بفروشد و یا ملکیت رقبه آن را به سببی از اسباب به شخص دیگر انتقال دهد. " وفق فقه و قانون بایع نمی تواند مبیعه را به فروش و یا به کسی دیگری به نحوی انتقال دهد. اما در صورتیکه مشتری از بایع تقاضای ثمن را نماید و بایع نیز بدون فروش مبیعه توان پرداخت ثمن را نداشته باشد، بایع می تواند مبیعه را به فروش برساند.

چنانکه این گونه صراحت دارد: "بایع وقتی می تواند مبیعه را در بیع و فاء بفروشد که مشتری از وی مطالبه استرداد ثمن نماید و بایع به جواز طریق فروش مبیعه قادر به استرداد ثمن نباشد."²

تبصره: از متن این به وضوح معلوم می شود که هر گاهی که بایع در تنگنا قرار گیرد؛ برایش وسعت داده می شود و می تواند مبیعه را برای پرداخت ثمن برای مشتری به فروش رساند که این مسأله به وضوح بیانگر اثرپذیری متن قانون از قاعده فقهی مورد بحث می باشد.

مطلب چهارم: جواز عقد از طریق تلفن و رسانه های اجتماعی :

بدون شک تلفن و رسانه های اجتماعی جهان را به یک قریه ی کوچک تبدیل نموده است و فاصله های قاره یی را گونه ی به هم قرین ساخته است؛ که انگار هیچ فاصله ی نباشد.

امروزه بیشترین موضوعات مربوط به روابط فردی و اجتماعی از فاصله های دور از این طریق انجام می یابد . از این میان معاملات مالی یا عقد معاملات مالی نمونه بارز و پرکاربرد این مراودات است، فقهای اسلامی بویژه فقهای احناف و مالکی با معیار قراردادن قاعده فقهی مشهور کتاب کالخطاب- نوشتن مانند گفتن است.³

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 34/1، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 297.

² وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 1139.

³ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 31/1، عام الطبع: 1421

که در واقع بابت رفع مشقت و سختی از مردم است، اظهار اراده را در معاملات در حکم بیان الفاظ دانسته اند. که بنابراین دید ارسال پیام، نامه از طریق پسته خانه ها، تلفن، انترنت (چت)... از دید فقهای معاصر بخاطر رفع حرج و سهولت صحیح قلمداد شده است. و همچنان انعقاد عقد از طریق این رسانه ها و تلفن به صورت گفتاری یا قولی نیز جایز خواهد. لیکن در ایجاب قبول ازین طرق (تلفن و رسانه های اجتماعی) طرفین معامله از حیث زمان تابع احکام متعاقدين حاضر و از حیث مکان تابع احکام متعاقدين غایب خواهند بود.¹

اگر محققانه به موضوع دیده شود این جواز با معیار قرار دادن این قاعده فقهی بخاطر رفع حرج و جلب سهولت برای مردم است نه چیزی دیگر لذا از این جهت است که قانون مدنی کشور نیز بیع و انعقاد معامله را از طریق تلفن و سایر رسانه های جمعی را مجاز اعلام داشته است، چنانکه در ماده ی 524 خود این گونه صراحت دارد: عقد به وسیله تلیفون و یا وسایل مماثل آن از حیث زمان، مانند عقد بین طرفین حاضر و از حیث مکان مانند طرفین غایب پنداشته می شود.²

تبصره : به راستی اگر این مسأله در عصر حاضر مجاز دانسته نشود بسیاری از معاملات مالی راکد شده و باعث رکود اقتصادی جامعه خواهد شد؛ زیرا امروزه بسیاری از معاملات مالی بین تجار از طریق همین وسایل و شبکه های مجازی و سوشل میدیا صورت می پذیرد. که این مسأله در ذات خود بیانگر اثر پذیری از این قاعده فقهی و آرای فقهی می باشد.

مطلب پنجم: جواز به بردن طریقه های مختلف در ایجاب و قبول :

به منظور سهولت و رفع حرج بالای مردم فقهای اسلامی ایجاب و قبول را به شیوه های متعدد نظیر قول، نوشتار، اشاراتی که در عرف متداول باشد، ارسال فرستاده یا رسول و همچنان تعاطی مجاز دانسته اند؛ زیرا عدم جواز آن مردم را در حرج می افکند مثلاً: انسان لال یا گنگ و یا کسی که فلج است و یا معیوب نمی تواند معامله داشته باشد که این خود سبب رکود داد ستد شده و از فعالیت اقتصادی در جامعه می کاهد.

ه ق

¹ الزحیلی، وهبه مصطفی. الفقه الاسلامی وادلتہ، ج 4. امیر حمزه کتب خانہ، ب تا. ص 2317 - 2322.

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده:

بدین سبب است که فقهای اسلامی با معیار قرار دادن قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير
ایجاب و قبول را دین طرق جواز داده اند.¹

قانون مدنی کشور نیز با تاسی از این قاعده فقهی در ماده 509 خود ایجاب و قبول را
بدین طرق مجاز اعلام داشته است: (اظهار اراده توسط گفتار، نوشته یا اشاراتی که در عرفاً
متداول باشد، صورت می گیرد، همچنین اظهار اراده به داد و ستدی که بر حقیقت یک عقد
صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند.)²

تبصره: وفق این قاعده فقهی و قانون مدنی کشور بخاطر رفع حرج و جلب سهولت متعاقدين
می توانند اراده ها و نیات خود را به وسیله گفتار، نوشته، اشاره و داد و ستد یا تعاطی ... اعلام
نمایند.

**مطلب ششم: حق حبس مبیعه برای بایع در صورتی که مشتری از تسلیم نمودن ثمن امتناع
ورزد:**

فقهاء بر این باورند که بایع وقتیکه مشتری از پرداخت و تسلیمی ثمن در بیع حال امتناع
ورزد، بایع حق دارد تا مبیعه را نزد خود نگهدارد،³ چنانکه در ماده 278 مجلة الاحكام العدلیة
چنین موردی را مشاهده می کنیم: (فی البیع بالثمن الحال أعنی غیرالمؤجل أن یحبس المبیع إلى أن یؤدی
المشتری جمیع الثمن) در بیع به مقابل ثمن حال یعنی غیر مؤجل، بایع حق دارد که مبیعه را تا وقتی
که مشتری تمام ثمن را اداء نکرده است نزد خویش محبوس نماید.⁴

دیده می شود که این دیدگاه های فقهی زیر چتر همین قاعده عام فقهی المشقة تجلب التيسير
مصادق پیدا می کند؛ زیرا بدون تردید تأخیر در پرداخت و یا امتناع از پرداخت ثمن توسط
مشتری حالت مشقت بار برای بایع خواهد بود و جزا حبس مبیعه چاره ی ندارد، بدین بابت
است که حق حبس برایش داده می شود.

¹ . همان، الزحلی . ج 4 ص: 2330 – 2334 . سابق، سید . فقه السنه، مترجم: محمود ابراهیمی . ج 4 . انتشارات: محمدی
سقر. تهران، 1371. ص 191.

² . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ ش.
ماده: 509.

³ . السنهوری ، عبدالرزاق احمد . الوسیط فی القانون المدنی الجدید . بیروت : منشورات الحلبي الحقوقية، ج: 4. العام: 2000 م ص
672 – 673.

⁴ . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوری . مجلة الاحكام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1 ، عام
الطبع: 1421
هـ ق ماده: 278.

قانون مدنی کشور نیز با اثر پذیری از این قاعده فقهی حق حبس مبیعه را برای بایع درچنین وضعیت مجاز اعلام میدارد، چنانکه صراحت دارد: هرگاه تمام یا بعض ثمن فی الحال قابل تأدیه باشد، بایع می تواند تا زمان حصول آنچه مستحق می گردد، مبیعه را نزد خود نگهدارد...¹

تبصره: از متن ماده ی مزبور به خوبی برمی آید که جهت حصول حق برای بایع و دفع مشقت از او حق حبس مبیعه بهترین گزینه خواهد بود.

مطلب هفتم: اجازه فسخ عقد بیع برای بایع در صورت عدم اجرای تعهدات مشتری :

گرچند در شریعت اسلامی حسب امرالله متعال اصل وفا به عقود و عهود است؛ اما اگر یکی از طرفین عقد از تعهدات و تکالیف مربوطه ی خود سرباز زند فقهای اسلامی جواز فسخ عقد را برای بایع بابت رفع حرج و مشقت و جلب یسر و آسانی و عدم زیان مالی و با الهام گیری از این قاعده فقهی مجاز اعلام داشته اند.

قانون مدنی هم با اتباع از این دید فقهی که از باب دفع حرج و سختی و جلب سهولت و آسانی حکایه دارد، در صورت عدم اجرای تعهدات مشتری در قبال عقد، حق فسخ عقد بیع را برای بایع می دهد و این گونه صراحت دارد: هرگاه مشتری از تأدیه ثمن مبیعه در موعد تأدیه امتناع ورزد یا وجایب دیگری را که به موجب عقد بیع به آن مکلف است اخلال نماید، بایع می تواند تنفیذ یا فسخ بیع را مطالبه نماید².

تبصره: از نص این ماده به خوبی برمی آید که به منظور جلب آسانی و دفع مشقت از بایع حق فسخ برای بایع باید داده شود. که این خود نشان بارزی از اثرپذیری نص قانون مدنی از قاعده حاضر است.

و می شود این دو نمونه یا مثال فوقانی را از جهت دفع ضرر و برداشتن ضرر و یا موضوعیت ازاله ی ضرر از یکی از متعاقدين برای قاعده الضرر يزال هم مثال آورد.

مطلب هشتم: جواز اخذ قیمت مال مثلی در صورت معدوم شدن آن در بازار :

فقهای اسلامی بابت رفع حرج و جلب سهولت به مدیون و داین به معیار قرارداد این قاعده عام فقهی دو راهکار را پیش بینی می نمایند:

¹ . وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامیة - الكويت ، جمعی از علماء : الموسوعة الفقهية الكويتية ج 6 دار السلاسل الكويت . الطبع الثاني: سال ۱۴۰۴ هـ - ۱۴۲۷ ص 42.

² . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ . ش. ماده:

1. انتظار قرض دهنده الی پیدا شدن اموال مثلی در بازار؛

2. اخذ قیمت روز.

وفق دیدگاه فقهاء معدوم شدن اموال مثلی در بازار درحالات ذیل ممکن است صورت پذیرد:

1. انقطاع مال مثلی در بازار: زمانی که موجودیت مال مثلی در بازار منقطع گردد مال مثلی قیمی می گردد.

2. اختلاط: در صورتی که دو مال مثلی از دو جنس متفاوت مخلوط گردد مانند: خلط گندم و جو، خلیط مذکور مال قیمی تلقی می گردد.

3. در معرض خطر قرار گرفتن: در صورتیکه مال مثلی در معرض خطر مانند: حریق و غرق قرار گیرد قیمت خاص پیدا میکند و مبدل به مال قیمی می گردد.

4. استعمال: هنگامی که مال مثلی استعمال شود قیمت خاص پیدای کند و مبدل به مال قیمی می گردد.¹

قانون مدنی هم باتأسی از این قاعده عام فقهی این دو راهکار یا حالت پیش بینی شده فقهاء را پذیرفته است و در ماده 1294 خود چنین صراحت دارد: (هرگاه مثل شی ای که به قرض گرفته شده، پس از استهلاك آن از طرف قرض گیرنده در بازار نایاب گردد، قرض دهنده ی تواند تا پیدا شدن مثل آن در بازار، انتظار بکشد یا قیمت روز قبض را مطالبه نماید)². تبصره: بدون شک درحالتی که مال مثلی در بازار معدوم گردد، و داین هم از مدیون مثل را مطالبه نماید، بالای مدیون مشقت شده و همچنان اگر به کلی داین از مال قرض داده شده منصرف شود در تنگنا قرار می گیرد؛ بنابراین جهت دفع حرج و مشقت و جلب یسر و آسانی این قانون از قاعده مزبور اثر پذیرفته و این دو راهکار پیش بینی شده را تأیید می کند.

مطلب نهم: جواز پرداخت تفاوت قیمت در یکی از اجناس در بیع مقایضه:

قانون مدنی کشور با اثر پذیری از این قاعده فقهی و بابت رفع مشقت از متعاقدین در امر تبدیل اجناس مورد ضرورت شان به عنوان بیع مقایضه³ اخذ تفاوت قیمت یکی از بدلین یا دو جنس را مجاز اعلام داشته است.

¹ .الكاسانی، الامام علاء الدین. بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع، ج 6 ص: 143. مکتبه حقانیة ب ت.

² . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده:

.1294

³ . مقایضه مصدر باب مفاعله از ریشه قبض گرفته شده است که در لغت به معنی عوض دادن، مبادله کردن، معاوضه و مبادله است. در اصطلاح فقهی مقایضه عبارت از بیع عین به عین یا جنس به جنس است. چنانکه مجلة الاحکام العدلیه در ماده 122 خود می گوید: مقایضه عبارت از بیع عین به عین است؛ یعنی مبادله مال است به مال درحالی که بدلین عقد غیر از نقود باشد. لجنة من العلماء المحققین و الفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری . مجلة الاحکام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق.

به گونه ی مثال: هرگاه مالک موتر کرولای 2020 که بخواهد موتر خود را با کرولای 2021 مقایسه نماید، گرفتن تفاوت قیمت توسط مالک موتر 2021 جواز دارد. ماده 1172 در این مورد این گونه مشعر است: هرگاه اشیاء متبادل در عقد مقایسه از نظر متعاقبین دارای قیمت های متفاوت باشد تعویض مقدار تفاوت به پول جواز دارد. تبصره: به یقین محض جواز عقد مقایسه از دید فقه اسلامی وقانون هم بابت جلب سهولت و رفع مشقت بالای مردم می باشد.

مطلب دهم: حق درخواست فسخ عقد برای یکی از عاقدین هرگاه طرف وجبیه را ایفاء ننماید، و جواز مهلت به مدیون جهت اجرای تعهد:

به یقین که یک از طرق انحلال عقود یا معاملات الزام آور حسب شرع وقانون فسخ می باشد با وجود اینکه هر معامله ی قابلیت فسخ را ندارد، قانون مدنی کشور با اقتباس از فقه اسلامی و اثر پذیری از این قاعده فقهی بابت جلب سهولت و یسر برای افراد جامعه فسخ را عنوانی یکی از اسباب انحلال معاملات پذیرفته است، در ضمن بمنظور جلب سهولت هر چه بیشتر برای طرف مضطرب در تنگنا قرار گرفته در نظر داشت مهلت مشخصی را به صلاح دید هیأت قضایی جهت ادای وجبیه مجاز اعلام نموده است.

چنانکه در ماده 739 در این مورد می گوید: هرگاه یکی از عاقدین در عقودی که الزام را به را به طرفین متوجه می سازد وجبیه را ایفاء ننماید، طرف مقابل می تواند فسخ عقد و در صورت لزوم جبران خساره را از طرف دیگر مطالبه نماید...¹

همین گونه وفق قانون مدنی کشور که بدون شک متأثر از این قاعده فقهی است، در صورت مطالبه داین مبنی بر فسخ عقد، محکمه می تواند مدیون را غرض اجرای تعهد مهلت بدهد تا در این مدت وجبیه ی خویش را انجام داده و از فسخ عقد جلوگیری به عمل آید؛ ماده 740 این قانون این گونه صراحت دارد: در حالت ابلاغ فسخ، محکمه می تواند مدیون را غرض اجرای وجبیه مهلت دهد.²

ه. ق. ماده: 122. قانون مدنی کشور در تعریف مقایسه می گوید: مقایسه عبارت است از بیع جنس به جنس. وزارت عدلیه، قانون مدنی. ماده: 1171. به وضوح دیده می شود که این تعریف قانون مدنی با تعریف فقهی کاملاً همخوانی دارد.¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353. مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: (739).

². همان، ماده: (740).

تبصره: از تصریح این ماده های قانون مدنی معلوم است که جهت دفع حرج از یکی از طرف های عقد در صورت عدم ادای وجبیه ی مقتضی عقد فسخ شده وحتی در صورت لزوم جبران خساره از طرفی که وجبیه را اداء ننموده است طلب شود. و همچنان جهت جلب یسر و آسانی برای مدیون محکمه به دادن مهلت برای او مکلف دانسته می شود. که این مسأله خود بیانگر اثر پذیری قانون از قاعده فقهی مورد بحث را نشان می دهد.

مطلب یازدهم: اختیار برای مشتری برای قبول یا فسخ عقد در صورت به استحقاق برده شدن بعضی از مبیعه:

در صورتیکه بعد از عقد بعضی از اجزای مبیعه به استحقاق برده شود و از این مسأله مشتری در اول عقد آگاه نباشد قانون مدنی کشور وفق همین قاعده فقهی مشتری را در قبول و یا فسخ عقد مختار می داند، چنانکه می گوید: "هرگاه بعضی از مبیعه به استحقاق برده شده یا حتی بر او تعلق گرفته باشد که مشتری هنگام عقد از آن آگاه نباشد، می تواند عقد را فسخ نماید؛ و اگر مشتری مقدار متباقی مبیعه را قبول نماید، می تواند جبران خساره وارده ناشی از استحقاق را مطالبه کند."¹

تبصره: از متن این ماده به خوبی برمی آید که در این صورت مشتری بین قبول و فسخ اختیار داده می شود؛ که این دید به یقین جهت جلب مصلحت و سهولت و دفع مشقت و زیان برای مشتری خواهد بود که به این نگاه اثر پذیری این ماده از قاعده فقهی المشقة تجلب التيسير به صورت وضوح به مشاهده می رسد.

مطلب دوازدهم: جواز طلب فسخ یا تنقیص اجرت در صورت سالم نبودن مأجوره:

قانون مدنی کشور با معیار قرار دادن این قاعده فقهی حق طلب فسخ یا تنقیص اجرت را برای مستأجر در صورت که عین اجاره داده شده قابلیت انتفاع را نداشته باشد یا حصول انتفاع از آن توأم با ضرر بزرگ همراه باشد؛ داده است، چنانکه در ماده 1348 خود این گونه صراحت دارد؛ هرگاه عینی که به اجاره داده می شود، درحالتی تسلیم داده شود که قابلیت انتفاع مورد نظر، از عقد اجاره را نداشته باشد بیا حصول انتفاع از آن توأم با نقص با

¹. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده (1094).

ضرر بزرگ باشد، اجاره گیرنده می تواند فسخ عقد یا تنقیص اجرت را به اندازه نقص در انتفاع، مطالبه نماید.¹

تبصره: به یقین از نص این ماده به وضوح کامل برمی آید در صورتیکه از عین مأجوره استفاده مقدور نباشد و یا استفاده از آن توأم با نقص قابل ملاحظه باشد حالت مشقت بار خواهد بود که به مقتضای قاعده فقهی هذا باید موجب تیسیر و آسانی شود.

همانند اینکه: بشیر احمد برای عبدالله موتر فرسوده ی را روزانه به 1000 افغانی به اجاره دهد اما بابت اینکه برای موتر عوارض تخنیکتی زیادی به بار می آید و قابلیت استفاده مورد نظر را ندارد، حق تقاضای فسخ و یا تنقیص اجرت را دارا خواهد بود زیرا این حالت مشقت بار بوده و این حالت وفق فقه و قانون مقتضی سهولت می باشد .

مطلب سیزدهم : پایان یافتن عقد مساقات² (باغبانی) به اثر عذر:

وفق فقه اسلامی عقد مساقات به اثر موجبات نظیر: مریضی باغبان، ضرورت داشتن صاحب باغ برای فروش باغ... قابلیت فسخ را پیدا می کند.³

زیرا عدم جواز به فسخ باغبان یا صاحب باغ را در تنگنای قرار می دهد که با ید موجبات سهولت و تیسیر برای آن حسب این قاعده فقهی سنجیده شود.

لذا قانون مدنی با تأثر از این قاعده فقهی فسخ عقد را در بعضی از احوال پذیرفته است؛ چنانکه در ماده: 1440 خود می گوید: هرگاه باغبان از اجرای عمل عاجز گردد یا از ظهور ثمر مطمئن نباشد، فسخ عقد باغبانی جواز دارد.⁴

¹ . همان، ماده: 1348).

² . مساقات به معنای باغبانی است که قانونگذاران قانون مدنی احکام آن را از فقه اسلامی اقتباس نموده اند. چون این عقد در عرف به باغبانی شهره است قانون مدنی از آن به باغبانی یاد نموده است.

مساقات مصدر باب مفاعله از ریشه سقی گرفته شده که در لغت به مفهوم به همدیگر آب دادن یا به همدیگر آب رسانیدن به کار می رود . در اصطلاح فقهای اسلامی مساقات باغبانی عبارت از عقدی است مبتنی بر تحویل درخت به کسی تا به آبیاری آن بپردازد و در برابر کار خود حصه ی از حاصل آن داشته باشد . الزحیلی، ج 6. ص 4704 .) یا به قول استاد سید سابق رحمه الله مساقات عبارت از عقد واگذاری درختان به کسی که آبیاری آنها را به عهده بگیرد و آنها را پرورش دهد . تا اینکه به ثمر برسند در برابر قسمتی از میوه آن درختان (سید سابق، **فقه السنة**، الناشر: دار الكتاب العربي، بیروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، ج 4 1397 هـ - 1977 م ص 418-419). قانون مدنی افغانستان در تعریف مساقات یا باغبانی می گوید: عقد باغبانی عبارت است از دادن درخت و تاک به شخص دیگر جهت پرورش و بهره برداری به مقابل قسمت معینی از ثمر آن. (قانون مدنی) ماده: 1432 .)

³ . الزحیلی ، وهبه مصطفی . **الفقه الاسلامی والدلتة** ، ج: 6. امیر حمزه کتب خانه، ب تا. ص 4721-4726.

⁴ . وزارت عدلیه ، **قانون مدنی افغانستان** . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده:

تبصره: از متن و نص این ماده به خوبی برمی آید که حالات ضرورت و استثنایی برای رفع عقد بابت دفع حرج از طرفین در این قانون پیش بینی شده است؛ با این تفاوت که قانون به گونه ی صریح حالت ضرورت صاحب باغ را برای فروش باغ را نیاورده است.

اما چون قوانین متنی افغانستان صورت عدم موجودیت حکم را به رجوع به فقه حنفی نمودن قایل اند، بدین خاطر است که گونه ی باید تصور کرد که گویا در قانون بدان تصریح شده باشد.

مطلب چهاردهم: جواز مشروط رجوع از هبه :

هبه نزد فقهای حنفی عقدی جایز است، به این معنی که هریک از طرفین می توانند از آن رجوع و یا آن را فسخ نمایند.¹

هرگاه عقد هبه منعقد و عین موهوبه هم قبض شده باشد، با در نظر داشت این دید فقهی و حسب قانون مدنی کشور واهب در صورتی می تواند از عقد رجوع کند و مال موهوبه را پس گیرد که شرایط زیر متحقق شده باشد:

1. عین موهوبه موجود باشد؛

2. حق رجوع واهب از بین نرفته باشد.

شرط اول روشن است؛ چنانچه عین مال از بین رفته باشد؛ دیگر امکان رجوع وجود نخواهد داشت.

رجوع از هبه با توافق طرفین یا حکم محکمه صورت گرفته می تواند. چنانچه ماده "1201" قانون مدنی تصریح داشته است: "واهب می تواند به موافقه موهوب له از هبه رجوع نماید، در صورت عدم موافقه موهوب له واهب از محکمه اجازه رجوع را حاصل می دارد، مشروط بر این مستند که به عذر معقول بوده و مانع رجوع موجود نشده باشد".²

در حالات آتی رجوع از هبه عذر معقول پنداشته می شود؛ درحالی که موهوب له وجایب خویش را در مقابل واهب طوری اخلال نماید که عملش بی اعتنائی مطلق در برابر او تلقی شود.

در حالی واهب از کسب نفقه، طوری که حیثیت اجتماعی او ایجاب می کند، عاجز شود یا به پرداخت نفقه اشخاصی قانونا بر او لازم می باشد، قادر نباشد.

¹ الزحیلی، و هبه مصطفی. الفقه الاسلامی وادلته، ج 4. امیر حمزه کتب خانه، ب تا. ص 4004.

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده:

(1201).

درحالی که واهب بعد از هبه صاحب طفلی شود که تا زمان رجوع، حیات داشته باشد یا طفلی که واهب وقت هبه، گمان مرده را علیه او نموده بود، زنده ثابت شود.¹

تبصره: از نص این مواد چنین برمی آید؛ که در صورت موجودیت عذر معقول برای واهب رجوع از هبه برای او بابت دفع مشقت و جلب سهولت مجاز می باشد؛ که این مورد خود نشان دهنده اثرپذیری این بخش از قانون مدنی را از دیدگاه فقهی مبتنی بر این قاعده فقهی می باشد.

مطلب پانزدهم: جواز مطالبه رد شی پرداخت شده به قسم خطاء:

قانون مدنی کشور با تأثر از این قاعده فقهی بیان میدارد که حالت خطاء در پرداخت قابلیت درخواست رد را دارا می باشد؛ یعنی هرگاه شخصی به زعم این که پرداخت مقداری از مال بالایش واجب است اندازه مالی را به کسی پرداخت و بعد ثابت شد که پرداخت بالایش واجبی نبوده است می تواند درخواست رد آن را نماید؛ زیرا جهل به موضوع از موجبات رخصت است و بابت جلب سهولت و دفع عسر و مشقت اجازه دارد درخواست رد نماید.

چنانکه تصریح میدارد: "شخصیکه شی ای را بگمان اینکه پرداخت آن بر او واجب است، بدیگری بپردازد و بعدا ثابت گردد که پرداخت آن بر او واجب نبوده است، می تواند از وی رد آن را مطالبه نماید."²

تبصره: قانون مدنی جهت دفع ضرر از پرداخت کننده خاطی این حق را برای او محفوظ داشته است که دوباره از کسی که به خطاء به او شی ذی قیمتی را پرداخته است طلب نماید. که این خود به وضوح نشان از اثرپذیری قانون از این قاعده فقهی می باشد.

¹ همان، ماده: 1202).

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 800.

فصل پنجم

الضرر يزال¹

ضرر ازاله می شود (ضرر از بین برده میشود)

سومین قاعده از قواعد اساسی، زدودن ضرر است، مادرین قاعده به دنبال بیان احکام ضرری و آوردن مصادیق آن در بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور بوده تا دایره و محدوده صلاحیت های قاضی و محکمه در ازاله ضرر و وجه تشابهات و اثرپذیری این بخش قانون مدنی را از این قاعده معتبر و مهم فقهی برجسته سازیم .

این فصل حاوی سه مبحث است که در نخست به تشریح مفردات، اهمیت و اصل قاعده پرداخته شده و بعداً در مبحث دوم اهم فروع و قواعد قاعده به صورت اجمالی ملخص بیان شده و در مبحث اخیر هم قاعده با مواد بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور انطباق داده شده است .

مبحث اول : تشریح مفاهیم، مفهوم کلی ، اهمیت و دلایل قاعده :

این مبحث مشتمل بر چهار مطلب کلی می باشد.

مطلب اول : تشریح مفاهیم :

الف) ضرر:

واژه یا کلمه ضرر هم با ضمه حرف نخست و هم با فتحه حرف نخست تلفظ میشود، ضرر به ضمه حرف اول به معنای بدحالی، و یا حالت ظاهری که از اثر نقص و کمی مال و جاه حاصل میشود.

چنانکه در آیه های :

(فَاسْتَجِبْنَا لَهُ فَكَشَفْنَا مَا بِهِ مِنْ ضُرٍّ وَآتَيْنَاهُ أَهْلَهُ وَمِثْلَهُمْ مَعَهُمْ رَحْمَةً مِّنْ عِنْدِنَا وَذَكَرَىٰ لِلْعَابِدِينَ²)

ترجمه : پس (دعای) او را مستجاب کردیم و سختی او را برداشتیم و خاندانش را به او باز گرداندیم و همانندشان را (نیز) با ایشان (همراه کردیم تا هم) رحمتی از سوی ما (به او باشد و هم یادآوری) و پند و تذکری برای عبادت کنندگان .

¹ . لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ - ق ماده: 18.

² . قرآن الکریم، سوره الانبیاء، آیه 84.

اما کلمه ضرر با فتحه حرف اول به معنای آسیب و زیان رسانیدن به دیگران است ،چنانچه در آیه ی :

(لَنْ يَضُرَّوْكُمْ إِلَّا أَدَىٰ وَإِنْ يُقَاتِلُوْكُمْ يُؤَلُّوْكُمْ الْأَدْبَارَ ثُمَّ لَا يُنصِرُونَ)¹ ترجمه : هرگز (یهودان) به شما آسیب سخت نتوانند رسانند مگر آنکه شما را اندکی بیزارند، و اگر به کارزار شما آیند از جنگ خواهند گریخت و از آن پس هیچ وقت منصور نخواهند بود.

مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده :

قاعده هذا بدان معناست که از بین بردن و زدودن ضرر بعد از وقوع آن واجب است، زیرا ضرر رسانیدن به دیگران از دیدشرع ظلم و تجاوز تلقی شده و به گونه ی کلی تحریم است و ازاله و زدودن آن نیز امریست واجبی و لازمی .

در زدودن و ازمیان برداشتن ضرر تفاوت نمی کند که ضرر خاص باشد یا عام، دفع ضرر قبل از وقوع بابت وقایه از زیان است و بعد از وقوع، بخاطر تدبیر و فروکاستن از آثار زیانبار و منفی آن تجویز شده است.

از دید شریعت اسلامی در صورتیکه از اساس امکان دفع ضرر وجود داشته باشد، لازم است تا حداقل ضرر یا ضرر اندک وارد شود، از همین جهت مجازات را باب جرایم تشریح نمود، با آنکه مجازات ضرر است ولی به دلیل ضرر اندک بودن قابل تحمل است، زیرا صیان و کیان جامعه و مصلحت در اولویت قرار دارد، زمانی که مصالح جامعه به مخاطره قرار گیرد، با ارتکاب ضرر اندک، از رسیدن ضرر و صدمه بزرگتر جلوگیری می شود.

متضرر در وهله نخست از ازاله ضرر را از متسبب به گونه ی مسالمت آمیز مطالبه میکند و اگر از این کار عاجز ماند در مرحله دوم در پیشگاه محکمه علیه او اقامه دعوی نموده و درخواست رفع ضرر می نماید.

زدودن ضربه چهارگونه اتفاق می افتد:

1. زدودن ضرر به گونه ی که توسط آن ضربه شخصی دیگری عاید نگردد.
2. زدودن ضربه گونه ی که به واسطه آن ضرر بر شخص دیگری وارد گردد، اما ضرر عاید به شخص دوم کمتر از ضرری باشد که به شخص اول عاید می گردید.
3. زدودن ضرر به گونه ی که وسیله آن ضرر برسان ضرر اول به شخص دیگر عاید شود.
4. زدودن ضرر به گونه ی که ذریعه آن، ضرر بزرگتر از ضرر نخست به شخص دیگر عاید شود.

¹. قرآن کریم ، سوره ال عمران آیه 111.

از دیدفقه مقاصد زدودن دوگونه ی نخست لازم و مجاز بودن امازاله دوگونه ی اخیر آن مجاز نمی باشد.

مطلب سوم: اهمیت این قاعده :

قاعده مزبور یک از ارکان مهم شریعت اسلامی انگاشته می شود و بسیاری از ابواب فقه بر آن استوار است، از تشریح مجازات تا تجویز خیارات در بیع، شفعه و درخواست طلاق، از مهمترین مواردی هستند که بخاطر دفع ضرر تجویز شده اند.

به گونه ی نمونه شخص می تواند از طریق خیار عیب به دفع ضرری بپردازد که از ناحیه معامله متوجه او شده است، همسایه میتواند از طریق شفعه به دفع ضرر خویش بپردازد، تشریح قانون حجاز سفیه بابت دفع ضرر از او است، هم گذری ها می توانند از طریق بستن آب روبام، به کوچی به دفع ضرر از خویش بپردازند...

بی گمان مقصد اصیل از تشریح احکام بابت جلب منفعت و دفع مفسده است، و فقهاء به این مساله به گونه ی اتفاقی و اجماعی تصریح کرده اند: که هر چیزی که به مسلمانان صدمه برساند، و جب است تا دور ساخته شود.

هرگاه احساس شود که از ناحیه ی به مسلمانان صدمه می رسد، بخاطر وقایه ی ضرر لازم است تا اقدام صورت گیرد و عوامل موثر رصد شود و برای جلوگیری از ضرر احتمالی فقیهان اسلامی بابتی ویژه ی را زیر عنوان (سدذرایع) تاسیس داشته اند که در آن، مفسد احتمالی را مورد غور و بررسی قرار داده و راه های جلوگیری و وقایه را مطرح می سازند.

مطلب چهارم: مبناء و دلایل قاعده:

اصل و ریشه این قاعده سترگ بر میگردد به قرآن کریم، سنت نبوی و اجماع علمای امت اسلامی و ما هزاران نمونه ی تطبیقی از آن را در در این سه مصدر اتفاقی شرع به وضوح مشاهده می نماییم .

الف) قرآن کریم

1. الله کریم می فرماید: (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)¹ ترجمه: و هرگاه زنان را طلاق دادید بایستی تا نزدیک پایان زمان عدّه یا آنها را به سازگاری (در خانه) نگاه دارید و یا به نیکی رها کنید، و روا نیست آنان را به آزار نگاه داشته تا بر آنها ستم کنید. هر کس چنین کند همانا بر خود ظلم کرده است. و آیات خدا را به مسخره نگیرید و به یاد آرید نعمت خدا را که به شما لطف

¹. قرآن کریم ، سوره بقره آیه 231.

فرمود و (به خصوص نعمت بزرگ) کتاب آسمانی و حکمت الهی را که به شما فرستاد و شما را به اندرز آن بهره‌مند گرداند، و از خدا پروا کنید و بدانید که خدا به همه چیز آگاه است.

2. در مکان دیگری می‌فرماید: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ)¹ ترجمه: و مادران بایستی دو سال کامل فرزندان خود را شیر دهند، البته آن کسی که خواهد فرزند را شیر تمام دهد؛ و به عهده صاحب فرزند است (یعنی پدر) که خوراک و لباس مادر را به حد متعارف بدهد، هیچ کس را تکلیف جز به اندازه طاقت نکنند، نه مادر باید در نگرهبانی فرزند به زحمت و زیان افتد و نه پدر بیش از حد متعارف برای کودک متضرر شود. و اگر کودک را پدر نبود وارث باید در نگهداری او به حد متعارف قیام کند. و اگر پدر و مادر به رضایت و مصلحت دید یکدیگر بخواهند فرزند را از شیر بگیرند هر دو را رواست، و اگر خواهید که برای فرزندان دایه بگیرید آن هم روا باشد در صورتی که دایه را حقوقی به متعارف بدهید. و از خدا پروا کنید و بدانید که خداوند به کردار شما بیناست.

هر دو آیه ذکر شده با صراحت تمام دلالت دارند که ضرر رسانیدن به زنان مطلقه حرام است، به همین ترتیب بیان کرده اند: هر آنچه که به انسان صدمه برساند، از زیرمجموعه ی فساد فی الارض، ظلم و تجاوز است تا حاکم مسلمان تدابیر سختی را برای کنترل و جلوگیری از آن روی دست گیرد.

3. و همچنان الله متعال در جای دیگری از ضرر رسانیدن به کاتب یا نویسنده مدینه و مقارضا و شاهد بر حذر میدارد می‌فرماید: (وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ)² ترجمه: و نباید به کاتب و شاهد زبانی برسد که اگر چنین کنید نافرمانی کرده اید از خدای بترسید خدا شما را تعلیم می‌دهد و او بر هر چیزی آگاه است.

ب) سنت نبوی:

1. قرآن کریم، سوره بقره آیه 233.

2. قرآن کریم، سوره البقره آیه 282.

1. در حدیثی از پیامبر - صلی الله علیه وسلم - روایت است که فرمود: « لا ضرر ولا ضرار »¹

ترجمه: نه برای خود ضرر رسانیدن مجاز است و نه برای دیگران.

این حدیث به طور مطلق دلالت به منع ضرر دارد، هر نوع و هر گونه‌ی که باشد، ممنوع است. بنابراین ضرر زدن به خویش و با به دیگری، حتی مقابله‌ی ضرر به ضرر شرعاً جایز نیست، مگر در مواردی که بخاطر تامین امنیت اجتماعی و اصلاح مجرمین به تشریح حدود و قصاص پرداخته شده است، در موارد دیگر ضرر رساندن جواز ندارد.

2. در روایت دیگری آمده است: « من ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه »²

ترجمه: یعنی کسی که بخواهد ضرر برساند، ضرر خودش را به خودش می‌رساند و کسی که بخواهد به دیگران مشقت ایجاد کند، به خودش برمیگرداند.

3. در روایت دیگری آمده است که پیامبر - صلی الله علیه وسلم - فرمود: «كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى

الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعَرَضُهُ».³ ترجمه: همه چیز مسلمان بر مسلمان دیگر حرام است، خونس، مالش و آبرویش.

تبصره: این سخن بیانگر اینست که ضرر رساندن به شخص دیگری اعم از ضرر مادی و معنوی (شخصیتی) جایز نیست.

¹ ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، باب مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بَجَارِهِ، ج 2 ص 784 حدیث شماره 2341، تحقیق: محمد فؤاد عبد الباقي، ناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ب ت . و البانی حکم به صحت این حدیث نموده است: البانی، محمد ناصر الدين الألبانی: صحیح وضعیف سنن ابن ماجه، ج 5 ص 341 حدیث شماره 2341، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .

² البانی، محمد ناصر الدين الألبانی: صحیح وضعیف سنن ابن ماجه، ج 5 ص 342، حدیث شماره 2342، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية . البانی این حدیث را حسن گفته است، همان اثر سابق: ج 5 ص 342 حدیث شماره 2342.

³ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب تَحْرِيمِ ظُلْمِ الْمُسْلِمِ، وَخَذْلِهِ، وَاحْتِقَارِهِ وَدَمِهِ، وَعَرَضِهِ، وَمَالِهِ ج 4 ص 1986 حدیث شماره 2564، تحقیق محمد فؤاد عبد الباقي، ناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت، ب ت . [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، و متن مرتبط بشرح النووي والسيوطي.]

ج) اجماع :

علمای مسلمان به این اجماع دارند که خوردن مال دیگران به روش باطل حرام است، همچنان ریختن خون و آبروی دیگران به ناروا حرام است و همچنان به این اجماع کرده اند که: اینها از ضروریات دین هستند و باید جلوسرکشان و متجاوزان گرفته شود.

مبحث دوم : قواعد مرتبط :

الف) قاعده لاضرر ولاضرار¹:

ترجمه: ضرر رسانیدن به خود و به دیگران و مقابله ضرر با ضرر مجاز نیست.

این قاعده لفظ حدیث شریف است که ابوسعید الخدری - رضی الله عنه - از رسول الله - صلی الله علیه وسلم - روایت نموده است که پیامبر فرمود: «من ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه»²

ترجمه: نه ضرر رسانیدن جواز دارد و نه رسانیدن به گونه ی مقابله، کسیکه به مردم ضرر برساند خداوند به او ضرر خواهد رسانید و کسیکه مردم را به مشقت اندازد خداوند او را به مشقت خواهد انداخت.

و در تشریح اسلامی به عنوان اصل کلی و مهم بخاطر دفع ضرر و تجویز مجازات در نظر گرفته شده است. مراد از ضرر مطلق صدمه وارد کردن به دیگری است.

این حدیث هرگونه ضرر رساندن را منع کرده است و دور ساختنش را به هر شکل مشروع لازم دانسته است. مراد از ضرر، پاسخ ضربه ضرر است، یعنی دفع ضرر یا ضرر دیگر جایز نیست، زیرا ضرر مقابل چیزی جز زیان به هر دو طرف در پی نخواهد داشت، جز حس انتقام و صدمه رساندن چیز دیگری در پی ندارد، بنابراین هرگونه پاسخی که در آن ضرر نهفته باشد، شرعاً جایز نیست.

قانون مدنی افغانستان نیز با اثر پذیری از این قاعده فقهی می گوید: "رساندن ضرر و مقابله ضرر با ضرر جواز ندارد، همچنان ضرر به مثل آن رفع نمی گردد"³.

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 / 6، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 19.

² البانى ، محمد ناصر الدين الألبانى : صحيح وضعيف سنن ابن ماجة ، ج 5 ص 342 ، حديث شماره 2342 ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجانى - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية . البانى این حدیث را حسن گفته است ، همان اثر سابق : ج 5 ص 342 حدیث شماره 2342 .

³ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 788.

ب) الضرر يدفع بقدر الأمكان¹:

به اندازه ی امکان، ضرر دفع کرده می شود.

قاعده هذابین مفهوم است که اگر دفع ضرر کاملاً ممکن باشد ازاله آن ضروری است و اگر دفع ضرر کاملاً ممکن نباشد، ازاله آن به اندازه امکان در پرتو احکام مصالح مرسله و سیاست شرعی الزامی است. و اگر ازاله ضرر جز با ضرر میسر نباشد، دفع آن جایز نیست، بلکه به اندازه امکان جبران خواهد شد.

پس اگر قابل تعویض باشد، مانند اینکه: هرگاه شخصی چیزی را از شخص دیگری خریداری نماید و در آن عیب قدیم ظاهر گردد و بعد از نزد مشتری عیب جدیدی در آن عاید گردد، در این حالت مشتری نمی تواند آن را به عیب جدید مسترد نماید، اما صرف تنقیص ثمن را از بایع مطالبه کرده می تواند؛ مگر اینکه بایع به اخذ مبیعه معیوب راضی باشد.

ج) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف².

ضرر شدید و بیشتر به وسیله ضرر کمتر دفع می شود.

بدین معنی که اگر دفع ضرر بدون هیچ صدمه ای ممکن نباشد، در آن صورت تلاش شود تا حداقل ضرری تحمل شود که زیان و صدمه اش کمتر باشد، به همین ترتیب هرگاه کسی ناگزیر به انتخاب یکی از دو ضرر باشد، ضرری را انتخاب نماید که زیان کمتری را در پی داشته باشد.³

نمونه ی بارز این قاعده میتواند نحوه ی تعامل پیامبر - صلی الله علیه وسلم - با فرد اعرابی باشد که ناخود آگاه در مسجد ادارا کرد، ابوهریره - رضی الله عنه - روایت نموده که مردی بادیه نشین، برخاست و در مسجد ادارا کرد. مردم منجر شدند، پیامبر اکرم - صلی الله علیه و سلم فرمود: « دَعَوْهُ، وَأَهْرَقُوا عَلَى بَوْلِهِ دُنُوبًا مِنْ مَاءٍ، أَوْ سَجَلًا مِنْ مَاءٍ، فَإِنَّمَا بُعِثْتُمْ مُسِيرِينَ وَلَمْ تُبْعَثُوا مُعَسِّرِينَ ».⁴

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 10 عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 31).

² همان ، ماده : 27).

³ مصطفى الزحلى ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعه، ج 1 ص 220-221. ، دار الفكر ب - ت.

⁴ بخاري ، ابو عبدالله ، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري : الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «يسرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا» ، ج 8 ص 30 حديث شماره 6128 ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ

ترجمه : او را به حال خود رها کنید و یک سطل آب، روی ادرار او بریزید، زیرا شمایلر انگیخته شده اید (مبعوث شده اید) که آسانگیر باشید نه سختگیر.

پیامبر - صلی الله علیه وسلم - در این حدیث از آزار و اذیت اعرابی و تنبیه او اصحاب را بازداشت و به تطهیر محل ادرار امر کرد، زیرا ضرر آزار و اذیت و تنبیه اعرابی نسبت به تطهیر مسجد بزرگتر بود. قنون مدنی کشور نیز به تأسی از این قاعده تصریح می دارد که:

ضرر شدید با ایراد ضرر خفیف دفع می گردد.¹

د) بختار أهون الشریح².

کمترین صدمه برگزیده می شود.

معنی و مفهوم این قاعده این است که هرگاه اجتماع دو مفسده یا مفسد تحقق یابد و دفع همگانی و کلی آنها ممکن نباشد، اختیار مفسده یا صدمه اخف و دفع مفسده اعظم واجب خواهد بود. زیرا در باب مفسد نفی و در باب مصالح اثبات قابل رعایت است.

بابت این مامول شریعت اسلامی حتی المقدور تلاش می ورزد تا مفسد برداشته شده یا حداقل گراف آن ها کاهش یابد و مرتکب شدن مفسده اخف سبب نجات از مفسده اعظم خواهد گردید.

می شود از نمونه های بارز آن از حکایه قرآنی خضر و موسی علیهما السلام را یاد کرد:

أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا) ترجمه: اما آن کشتی، صاحبش خانواده فقیری بود که در دریا کار می کردند (و از آن کشتی کسب و ارتزاق می نمودند) خواستم چون کشتی ها (ی بی عیب) را پادشاه در سر راه به غصب می گرفت این کشتی را ناقص کنم (تا برای آن فقیران باقی بماند).

آیه هذا این مطلب را بیان می کند که خضر علیه السلام با دو مفسده روبرو بود که یکی غصب کشتی توسط پادشاه ظالم و دیگری تخریب کشتی، ولی تخریب کشتی نسبت به غصب آن مفسده اخف بود. بنابراین او جهت دفع مفسده بزرگتر که همانا غصب کشتی به واسطه پادشاه ظالم است مفسده خفیف تر را متحمل شد.

هـ) يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام¹

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ ش. ج 2 ماده:

785.

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى. مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 9، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 29.

ترجمه: تحمل کرده می شود ضررخاص برای دفع ضرر عام .

این قاعده بدان معنی است که بابت پاسداری و صیانت از مقاصد شریعت اسلامی و مصالح عمومی مردم تحمل ضررخاص جهت دفع ضرر عام واجب است، بر اساس همین حکمت است که الله متعال قتل مرتد را جهت حفظ دین، قصاص و دیت را بابت حفظ نفس، حد شراب نوشی را جهت حفظ عقل انسانی، حد زنا و قذف را جهت حفظ نسب و آبرو و حد سرقت و رهزنی را بخاطر حفظ مال و دارایی مردم تشریح و قانونگذاری نموده است.

قانون مدنی کشور نیز به تاسی از این قاعده فقهی می گوید: ضررخاص جهت دفع ضرر عام تحمل می گردد.²

9) در المفاسد اولی من جلب المصالح³.

ترجمه: دفع مفاسد بر جلب منافع ترجیح داده می شود.

قاعده حاضر بدین معنی است که هرگاه مصلحت و مفسده با هم متعارض واقع شوند دفع مفسده غالباً مقدم شمرده می شود، زیرا شریعت اسلامی به ازاله فساد بسیار حریص است. و همچنین اعتناء و توجه شریعت به منهیات نسبت به مامورات سخت تر و محکم ترمی باشد.⁴ زیرا اگر جلوی فساد گرفته نشود مانند مرض و آگیر کرونا (کوید نزده) به دیگران سرایت نموده و در همه جا انتشار می یابد؛ پس مصلحت ایجاب می نماید که این بلاها و مصیبت ها در نطفه خنثی و از بین برده شوند اگر چه با از بین بردن آن منافع هم از بین می رود، یا به تاخیر می افتد روی همین انگیزه است که شارع شریعت اسلامی در بخش ازاله منکرات نسبت به انجام دادن مامورات توجه بیشتری مبذول داشته است.⁵

قانون مدنی کشور هم با تاسی از این قاعده فقهی می گوید: دفع مفاسد بر جلب منافع مقدم می باشد.⁶

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421

هـ ق ماده: 26.

² وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ج 2 ماده 786.

³ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 30.

⁴ . محمد مصطفى الزحيلي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة . ج 1 ص 238 . دار الفكر بيروت بي - ت.

⁵ الزرقا ، أحمد بن الشيخ محمد . شرح القواعد الفقهية ج 1 / 34 . تصحيح و تعليق مصطفى أحمد الزرقا ، ناشر دار القلم - دمشق / سوريا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م .

⁶ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 7.

از برجسته ترین نمونه های تطبیقی آن می شود از تحریم احتکار سخن به میان آورد زیرا در احتکار کالاهای تجارتي برای محترکان و قیمت فروشان مصلحت است اما بابت به وجود آمدن مضیقه اقتصادی بالای عام مردم تحریم شده است.¹

همچنان در جای دیگری قانون مدنی کشور اعلام میدارد که: مالک می تواند در ملکیت خود در حدود قانون تصرف نماید.² یعنی بابت مصلحت فردی خود نمی تواند هر نوع تصرف سود آور به خود و زیان بار به دیگران را در ملکیت خود انجام دهد.

مبحث سوم: تطبیق و اعمال قاعده با مواد قانون مدنی کشور

مطلب اول: ضمان ضرر ناشی از اتلاف مال غیر:

مجلة الاحكام العدلیة با معیار قرار دادن این قاعده فقهی (الضرر یزال) تصریح می دارد که: "اگر شخصی مال شخص دیگری را که به دست خودش یا در دست امینش بود قصداً و یا بدون قصد تلف نماید ضامن می گردد، ولی اگر مال غصب شده ی را که در دست غاصب قرار داشت کسی دیگری تلف نماید، مغضوب منه اختیار دارد که تاوان را از غاصب را بگیرد؛ یا از تلف کننده ضمان بگیرد..."³

این بدان معنی است که اگر کسی مال غیر را به هر نحوی تلف نماید وفق قاعده عام و کبرای فقهی الضرر یزال مکلف به پرداخت تاوان آن می باشد.

قانون مدنی کشور نیز با اثر پذیری از این قاعده فقهی می گوید: "شخصی که مال غیر را تلف نماید بضمن ضرر ناشی از آن مکلف می گردد".⁴

تبصره: این ماده به وضوح می رساند که به تاسی از این قاعده فقهی رفع و جبران ضرر اصل غیر قابل تغییر و کلی در این قانون است.

مطلب دوم: تلف نمودن مال غیر به زعم اینکه مال خودش است:

وفق فقه اسلامی اگر کسی مال دیگری را به زعم و گمان اینکه از خودش است تلف نماید، و بعداً معلوم گردد که مال تلف شده از غیر بوده است، مسؤول پرداخت تاوان تلقی می گردد؛

¹ عزت عبید الدعاس، القواعد الفقهیه مع شرح الموجز، ص 26.

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ج 4 ماده: 1904.

³ لجنة من العلماء المحققین و الفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری. مجلة الاحكام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 912.

⁴ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده:

زیرا در موردی که شخص مال غیر را از روی آگاهی تلف نماید، مستوجب پرداخت ضمان و گناه می گردد، اما اگر تلف از روی جهل به موضوع صورت پذیرد صرفاً مستوجب پرداخت ضمان می گردد؛ زیرا پغمبر - صلی الله علیه وسلم - فرموده است: «تَجَاوَزَ اللَّهُ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ».¹ ترجمه: قلم تکلیف از خطاء و فراموشی و اکراه از امت من برداشته شده است.

این موضوع را می توان در مجله الاحكام العدلية به وضوح مشاهده نمود: لو اتلف احد مال غيره على زعمه أنه ماله يضمن) " ² اگر شخصی مال دیگری را به زعم اینکه مال خودش است تلف نماید ضامن می گردد.

یعنی شخص متلف بابت این به تاوان مکلف دانسته می شود که در تشخیص اهمال نموده و از دقت نظر و احتیاط کار نگرفته است که این امر سبب تضرر شخص غیر شده است **تبصره**: این بدان معنی است که شخص متلف گناه کار پنداشته نمی شود ولی ضامن است قانون مدنی کشور نیز با تأثر از این قاعده و دید فقهی می گوید: طوریکه ایجاد سبب اتلاف موجب ضمان می گردد، قصور در تهیه وسایل ممکنه و رعایت احتیاط نیز ضمان ضرر را لازم می گرداند.³

مطلب سوم: تعیین اندازه ضمان نظر به پیمانۀ خساره وارده:

مجله الاحكام العدلية درین مورد تصریح میدارد که: لو أظرف احد على مال غيره نقصانا من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة".⁴ اگر کسی به مال شخص دیگری از ناحیه قیمت آن خساره وارد ساخت قیمت را نقصان قیمت آن را ضامن می شود.

الآتاسی شارح مجله الاحكام در تشریح این موضوع می گوید: خساره قیمت برابر است که یک قسمت مال را تلف کند، یا صفتی را که مرغوب است از بین ببرد و یا از لحاظ کیفیت

¹ . نیشاپوری ، أبو عبد الله الحاكم ، مشهور به ابن البیع ، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم : المستدرک علی الصحیحین ج 2 ص 216 شماره حدیث 2801 ، تحقیق مصطفی عبد القادر عطا ، ناشر دار الکتب العلمیة - بیروت ، چاپ اول 1411 - 1990

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 40، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 914.

³ . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 760.

⁴ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 41، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 917.

در آن نقصان بیاورد، و حکم این ماده در وقتی قابل تطبیق است که جنس از ذوات القیم (قیمتی) باشد و خساره به اندازه کم باشد که به یک برچهارم حصه ی قیمت نرسد.

در صورتیکه خساره از یک برچهارم حصه قیمت مال زیاد بوده باشد مالک اختیار دارد، تا مال خود را با جبران خساره وارده اخذ کند یا هم مال را به کسی که خساره بر آن وارد ساخته و اگذار و قیمت آن را مطابق به قیمت روزی که خساره وارد آمده است بگیرد.¹ قانون مدنی نیز با اثر پذیری از این ماده مجله الاحکام که در واقع مبنای آن قاعده فقهی الضرر یزال است می گوید: در صورت اتلاف کلی ضمان مال به طور کامل و در صورت اتلاف جزئی ضمان نقصانی که بر قیمت مال عاید گردیده است بر ذمه تلف کننده لازم می گردد.²

تبصره: از نص این ماده به خوبی برمی آید که مبنای اصل این ماده قانون همین قاعده فقهی مزبور است.

مطلب چهارم: جواز مشروط عقد بالای معقود علیه غیر حاضر :

وفق نظر فقهای مالکی، حنفی و حنابله یکی از شروط در معقود علیه یا مبیع در عقد بیع این است که معقود علیه یا مبیع باید در زمان عقد یا معامله موجود باشد، و بالای شی معقود را انعقاد یافته نمی دانند،³ قانون مدنی کشور با وجود پذیرش این دید فقهی برای تجویز این نوع معامله در حالات ویژه و خاص بعضی از شروط را از زمره عدم متصور شدن ضرر در آینده می گذارد؛ چنانکه تصریح میدارد: هرگاه موجودیت موضوع وجیهه در آینده متحقق گردد، عقد به شرطی جواز دارد که به صورت تخمین نبوده، جهالت و ضرر در آینده موجود نباشد.⁴

شبهه به این قانون قرار دادهای تجارتي و فروش اموال بیان می دارد: که معامله های که در آینده انجام می یابد می تواند موضوع قرارداد باشد، مشروط بر این که در قرار داد طوری مشخص بیان و از ابهام فاحش جلوگیری شده بتواند.⁵

¹. محمد خالد الاتاسی، شرح مجلة الأحكام العدلیة. ج 1 / 91. المكتبة الحقانية: پشاور پاکستان ب - ت.

². وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 761.

³. الزحیلی، وهبة مصطفى. الفقه الاسلامی وادلته، ج 4 / 3318 امیر حمزه کتب خانه، ب - ت.

⁴. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 589.

⁵. وزارت عدلیه، قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال، ماده: 13.

و همچنان قانون مدنی در جای دیگر می گوید: موضوع وجبیه ناشی از عقد باید ممکن، معین یا قابل تعیین و مجاز باشد، در غیر از آن عقد باطل پنداشته می شود.¹

تبصره: از نصوص این مواد چنین برمی آید که قانون با تأسی از قاعده الضرر یزال و اصل دفع ضرر شروط خاصی را برای انعقاد چنین معامله ی می گذارد، که خود دلیل واضح برای اثر پذیری این بخش قانون را از قاعده فقهی حاضر می باشد.

مناقشه: به نظر می رسد فقهای اسلامی پاره ی از عقود و معاملات مالی را بابت جلب سهولت برای مردم و دفع حرج نظیر (استصناع) خلاف قیاس و خلاف دید اصلی با شروط خاص همانند قانون مجاز اعلام داشته اند.

مطلب پنجم: اهلیت معامله:

یکی از شروط فقهاء در انعقاد عقد بیع به نسبت عاقد این است که عاقد باید عاقل باشد، و به جواز فقهای احناف که بلوغ را شرط انعقاد بیع ندانسته و تصرف کودک ممیز هفت ساله را صحیح می پندارد. سایر فقهاء حتی تصرف صغیر ممیز را بخاطر دفع احتمال ضرر منوط و موقوف به اجازت ولی می دانند.²

تبصره: از این جهت است که قانون مدنی با اثر پذیری از این دید فقهی و اصل قرار دادن قاعده دفع ضرر تصرفات کسی را که صغرسن (کمتر از هفت سال) داشته یا ناقص الاهلیه به سبب عته یا جنون باشد غیر مجاز میدانند: "شخصی که از نگاه سن، معتوه بودن یا جنون، غیر ممیز باشد نمی تواند معاملات حقوقی را انجام دهد. شخصیکه به سن هفت سالگی نرسیده باشد غیر ممیز محسوب می گردد".³

مطلب ششم: جواز استرداد اشیای معیوب که به عقد واحد به فروش رسیده است:

مطابق قانون مدنی هرگاه در برخی از اشیای متعددی که در یک عقد واحد به فروش رسیده است، عیبی ظاهر گردد، در صورتی که انقسام و تجزیه آن بدون تضرر به بایع متصور باشد، مشتری می تواند شی یا جنس معیوب را مسترد نموده و اشیای سالم را قبول نماید؛ اما اشیای که انقسام و تجزیه آنها بدون ضرر به بایع متصور نباشد حسب قاعده فقهی دفع ضرر قابل تقسیم نبوده و مشتری صرفاً حق قبول کلی و یا رد را دارد.

چنانکه این چنین تصریح داشته است: "اشیایی که به عقد واحد فروخته شده باشد و بعداً معیوبیت بعضی آن ظاهر گردد، در صورتی که در انقسام آن ضرری موجود نگردد، مشتری می

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 580.

² الزحیلی، وهبه مصطفی، الفقه الاسلامی وادلته، ج 5، امیرحمزه کتب خانه، ب تا. ص 3317.

³ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 40.

تواند معیوب را مسترد نموده و از بایع مطالبه ثمن آن را بنماید. مشتری نمی تواند تمام اشیای مذکور را بدون رضای بایع مسترد نماید. اگر در انقسام آن ضرری موجود باشد، مشتری می تواند تمام مبیعه را به کل ثمن قبول و یا رد نماید.¹

تبصره: از متن ماده به خوبی بر می آید که انقسام و تجزیه اموال فروخته شده در صورتی مجاز است که تصور ضرر در آن برای بایع نباشد در غیر آن باید اجازت انقسام به خاطر دفع ضرر برای مشتری داده نشود.

مطلب هفتم: تاوان عیوب پنهان مبیعه:

مطابق ماده 338 مجلة الاحكام العدلیة عیب عبارت است از: ماینقض ثمن المبیع عند التجار و ارباب الخبرة.² ترجمه: عیب آن است که در نزد تجار و اهل خبره نقصانی در ثمن مبیع به بار آورد.

و در صورتیکه در مبیعه عیب پنهانی ظاهر گردد که مشتری به آن علم نداشته باشد، و یا مبیع فاقد وصفی باشد که این وصف نزد مشتری دارای اهمیت ویژه بوده است، و وفق قاعده حاضر باید ضرر از مشتری دفع شده و بایع ملزم به پرداخت ضمان عیب پنهانی و فقدان وصف مورد نظر باشد.

قانون مدنی افغانستان نیز با تأثر از این قاعده فقهی می گوید: هرگاه مبیعه در وقت تسلیم، عاری از اوصافی باشد که وجود آن نزد مشتری اهمیت داشته، یا در آن عیبی دیده شود که باعث تنزیل قیمت یا تنزیل منفعت آن حسب غایه مطلوبه عقد با ظاهر طبیعت شی و یا غرضی که به آن آماده گردیده شود، بایع ملزم به ضمان می گردد، گرچه بایع به وجود آن علم نداشته باشد.³

و همچنان در ماده بعدی می گوید: هرگاه مشتری حین عقد بیع به عیوب مبیعه علم داشته باشد و یا اینکه اگر مشتری مبیعه را مانند شخص عادی تفحص می کرد، به عیوب آن پی می برد، در این صورت بایع از عیوب متذکره ضامن پنداشته نمی شود، مگر اینکه مشتری ثابت

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 1099.

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري. مجلة الاحكام العدلیة، وزارة المعارف، ج 1/ 23، عام الطبع: 1421 هـ. ق. ماده: 338.

³ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 1097.

نماید که بایع مبیعه را خالی از عیب وانمود کرده و یا اینکه قصد اخفای عیب را داشته است.¹

تبصره: از فحوای این مواد از قانون مدنی بر می آید که بخاطر ازاله ضرر در صورت داشتن سوء نیت یا هم عدم اطلاع داشتن بایع باید تاوان بپردازد.

مطلب هشتم: عدم جواز رجوع به بایع به اثر عیب جدید در مبیعه :

مجلة الاحكام العدلية می گوید: لو حدث فی المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري أن يردده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط...² در مبیعه در نزد مشتری عیب جدیدی بر مبیعه عارض گردد، و سپس عیب قدیم در آن ظاهر گردد، مشتری نمی تواند مبیعه را به سبب عیب قدیم رد نماید. بلکه می تواند از بایع نقصان ثمن را مطالبه نماید. قانون مدنی نیز موافق به این وبا معیار قرار دادن اصل دفع ضرر و عدم قبولیت ضرر می گوید: (1) هرگاه در مبیعه عیب قدیم ظاهر گردیده و بعدا نزد مشتری عیب جدید در آن عاید گردد، مشتری نمی تواند آن را با وجود عیب جدید مسترد نماید، اما صرف تنقیص ثمن را از بایع مطالبه کرده می تواند؛ (2) اگر عیب جدید از مبیعه زایل گردد، مشتری می تواند نسبت عیب قدیم آن را به بایع رد نماید.³

تبصره: از متن قانون مدنی و مجلة الاحكام العدلية معلوم است که موجودیت عیب جدید نزد مشتری سبب منع استرداد کلی مبیعه می باشد زیرا در این صورت بدون شک امکانیت ضرر برای بایع متصور است و صرفا بخاطر دفع ضرر از مشتری مشتری می تواند تنقیص ثمن را از بایع مطالبه نماید.

مطلب نهم: پرداخت تاوان تغییرات اساسی مبیعه در بیع و فاء:

چنانکه در فصل قبلی (چهارم) متذکر شدیم که قانون مدنی افغانستان بیع و فاء را مجاز اعلام داشته است؛ در بخشی از این موضوع در رابطه به جبران خسارت تغییرات اساسی در مبیعه

¹ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده :

1098.
² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 32، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 345.

³ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده :

برای بایع می گوید: مشتری از تغییرات اساسی، که درمیعه به اساس عمل خود او یا به اساس عمل شخص مسؤول دیگری عاید و بایع متضرر گردد، مسؤول پنداشته می شود.¹

تبصره: از روح این ماده به وضوح برمی آید که این قانون اصل وقاعده رفع ضرر را اساس داوری خود قرار داده است.

مطلب دهم: منع مدیون مفلس از تصرفات برای دفع ضرر از داینان :

قانون مدنی افغانستان منع مدیون مفلس را از تصرفات برای دفع ضرر از داینان مشروع پنداشته است و می گوید: هرگاه مدیون از پرداخت دیون مستحق الاداء امتناع ورزد و چنین ظاهر شود که دیون از مال او بیشتر بوده و خوف یا ضیاع دارایی او نزد داینان موجود باشد یا مدیون دارایی خود را مخفی ساخته و یا به نام دیگری قید نموده باشد، مفلس شناخته می شود.²

بعد از آن در ماده بعدی می گوید: هرگاه شروط مندرج ماده 847 این قانون در مورد مدیون تحقق یابد، هر یک از داینان می توانند از محکمه ای که محل سکونت مدیون در حوزه قضایی آن قرار دارد، حجر تصرف مدیون را در مال مطالبه نمایند. این مطالبه در دفتر مربوط ثبت می گردد. هر نوع تصرف مدیون بعد از ثبت مطالبه از اعتبار ساقط شناخته می شود.³

تبصره: از متون فوقانی این مسأله در ذهن خواننده تداعی میشود که قانون مدنی افغانستان با اثر پذیری از قاعده الضرر یزال رأی با دفع ضرر از داینان داده است .

مطلب یازدهم: عدم تضرر شرکت عنوانی مکلفیت شریک:

قانون مدنی جمهوری مصر و قانون مدنی افغانستان که در واقع در اکثر مواقع ترجمه آن است برای شریک در شرکت عدم تضرر به شرکت را به عنوان مکلفیت تعیین داشته اند. و گفته اند که شریک از اجرای اعمالی که موجب ضرر به شرکت می شود و خلاف هدف و مرام است خود داری نماید.

و هر شریک مکلف است در اجرای امور شرکت همانطوری که در اجرای کارهای خود توجه می نماید، توجه نماید.⁴

¹ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 1149.

² همان ، ماده : (847).

³ همان ، ماده: (848).

⁴ عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج 4 ص 300.

چنانکه در ماده 1245 خود که ترجمه ماده 521 قانون مدنی جمهوری مصر است می گوید: شریک باید از هر فعالیتی که به ضرر شرکت و یا مخالف اهداف تأسیس شرکت باشد، خود داری نماید؛ و شریک مکلف است در تدابیر مصالح شرکت طوری بذل توجه نماید که در مصالح شخصی خود مذبذول می دارد...

تبصره: از این تصریح معلوم می شود که قانون مدنی از آنچه که ضرر به شرکت توسط شریک شود بر حذر داشته و در واقع بخاطر جلوگیری و رفع ضرر از شرکای دیگر به این امر توجه داشته است.¹

مطلب دوازدهم: فسخ قضایی (انحلال) عقد شرکت برای جلوگیری و رفع ضرر بیشتر برای شرکاء:

در باب انحلال شرکت توسط محکمه ذیصلاح ماده 1253 که شبیه ماده 530 قانون مدنی جمهوری مصر است می گوید: محکمه می تواند به اساس تقاضای یکی از شرکاء نسبت عدم ایفای تعهدات شریک یا هر علت دیگری به ملاحظه معقولیت دلایل ارایه شده به انحلال شرکت حکم صادر نماید...²

تبصره: از محتوای این ماده به خوبی بر می آید که بخاطر رفع ضرر ناشی از عدم پابندی به تعهدات از قبیل: عدم اجرای عملی که به مصلحت شرکت تمام شود، اخلال نمودن نظم شرکت و یا عدم تسلیم نمودن حصه معین از رأس المال... محکمه می تواند عقد شرکت را پایان یافته اعلام نماید.

که این چنین انحلال را در ادبیات حقوقی فسخ قضایی گفته می شود.³

مطلب سیزدهم: امکانیت انتفاع از عین مستأجره:

فقهاء برای صحت عقد اجاره یک سلسله شروطی نظیر امکانیت انتفاع از عین مستأجره می گذارند، زیرا در غیر از آن مستأجر متضرر می گردد و حسب قاعده عام فقهی الضرر یزال باید این ضرر از بدو عقد برداشته شود.

قانون مدنی نیز با تأثر از این دید و قاعده فقهی در این باب می گوید: "اجاره عینی که

انتفاع از آن بدون از بین رفتن عین ممکن نباشد، جواز ندارد."⁴

¹ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 1245.

² همان ، ماده (1253).

³ السنهوری ، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید . ج 4 ص (351) دارالکتب العلمیة . ب - ت.

⁴ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 1333.

ودرماده 1338 خود می گوید: اجاره چیزی که منفعت گرفتن از آن به صورت حقیقی یا حکمی ناممکن باشد باطل است.¹

تبصره: واضح است چیزی که انتفاع از آن موجب از بین رفتن وزایل شدن آن شود یا حقیقتاً استفاده و انتفاع از آن امکان نداشته باشد برای مستأجرزبان بار است که این ضرر باید از بدو (ابتداء) عقد رفع شود؛ که این موضوع از دید فقه قانون امریست عقل محور و معقول .

مطلب چهاردهم: تاوان نقصان و تغییرزبان آور عین اجاره شده:

وفق فقه اسلامی اجاره گیرنده نسبت به مورد اجاره امین و مورد اجاره در دست او امانت است. در مورد ضمانت اجاره گیرنده، قاعده امانت تطبیق می شود؛ بنابراین اگر مورد اجاره در دست اجاره گیرنده بدون تعدی و تقصیر تلف شود، ضامن نیست؛ اما چنانکه مورد اجاره یا مأجور در اثر تعدی اجاره گیرنده تلف یا نقصان پیدا کند، مستأجر ضامن است. به عنوان مثال: اگر اجاره گیرنده حیوان اجاره یی را بزند و حیوان در اثر زدن بمیرد یا مستأجر حیوان اجاره یی را به شدت براند و حیوان هلاک شود، چنین عملی تعدی شمرده شده و اجاره گیرنده در قبال این گونه اعمال، ضامن است.²

قانون مدنی کشور نیز با تأثر از این دید فقهی که اساس آن همین قاعده فقهی است می گوید: اجاره گیرنده نمی تواند در عین اجاره شده چنان تغییری را وارد نماید که از آن ضرری عاید شود. در صورت تجاوز از حدود تعهد اجاره گیرنده به اعاده عین به حالت اولی و تعویض در حال اقتضای آن مکلف شده می تواند.³

تبصره: بر اساس متن فقهی و قانون مدنی، عین به اجاره داده شده در دست مستأجر امانت است و مستأجر نسبت به آن امین است؛ بنابراین اگر مورد اجاره بدون تقصیر و تعدی اجاره گیرنده تلف شود، مستأجر ضامن نیست؛ اما اگر با تقصیر و تعدی اجاره گیرنده تلف یا معیوب شود، مستأجر ضامن است. در مورد میان قانون مدنی و دید فقهی هیچ گونه اختلاف ماهوی دیده نمی شود و معلوم می شود که قانون از دید قاعده فقهی لاضرر و یا هم الضرر یزال اثر پذیرفته است.

مطلب پانزدهم: تاوان (ضمان) تلف مصنوع در عقد استصناع قبل از تسلیمی :

قانون مدنی کشور می گوید: (1) اگر شی ساخته شده قبل از تسلیمی آن به فرمایش دهنده تلف شود، صنعتگر ضامن آن شناخته می شود.

¹ همان ، ماده : 1338).

² الزحیلی ، وهبه مصطفی . الفقه الاسلامی وادلته ، ج 4 / 3317-3322. امیر حمزه کتب خانه، ب - ت.

³ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده:

.1367

(2) اگر شی مذکور در زمانی تلف گردد که مدت معینه ختم شده، و صنعتگر بفرمایش دهنده اخطار داده باشد تا شی ساخته شده را تسلیم شود، و او بدون موجب، تأخیر به عمل آورده باشد، صنعتگر مسؤول شناخته نمی شود، مگر اینکه اتلاف به سبب قصور صنعتگر و یا اجیران وی صورت گرفته باشد.¹

تبصره: از محتوای این مواد معلوم می شود؛ در صورتیکه صانع در تلف شدن شی مصنوع قصور نداشته باشد از ضرر وارده مسؤول نمی باشد؛ اما اگر تلف قبل از تسلیمی باشد و در امر تلف خودش یا هم اجیران و شاگردانش قصور داشته باشند ضامن خساره و یا هم ضرر وارده خودشان هستند و مسؤولیت پرداخت خساره و ضرر از بالای مشتری رفع می گردد.

مطلب شانزدهم: حالات فسخ عقد استصناع از طرف مستصنع و طلب جبران خساره در صورت متضرر شدن :

وفق قانون مدنی کشور در عقد استصناع صانع مکلف است شی را مطابق شرایط و اوصافی که با مستصنع توافق نموده است، بسازد. در صورتی که صانع خلاف این عمل نماید، مستصنع می تواند عقد را فسخ و جبران خسارت را مطابق احکام عمومی عقود از صانع مطالبه نماید. چنانکه تصریح میدارد: " اگر صنعتگر تعهد خود را مطابق به شرایط مقوله انجام نداده باشد، فرمایش دهنده به قبولی شی ساخته شده مکلف نبوده، می تواند جبران خساره عایده را از صنعتگر مطالبه کند."²

همچنان در جای دیگری شروط و حالاتی خاصی را برای فسخ عقد توسط فرمایش دهنده پیش بینی می نماید، و تصریح می دارد: در حالاتی آتی بعد از اخطار به صنعتگر مقوله را فسخ و در صورت متضرر شدن مطالبه جبران خساره نماید:

(1) در حالتی که صنعتگر بدون عذر مؤجه در خلال مدت معقول به اجرای تعهد خود شروع نکند؛

(2) در حالتی که صنعتگر در خلال مدت معینه به تسلیم دهی شی فرمایش داده شده تأخیر به عمل آورد؛

(3) اگر تأخیر و عدم اجرای تعهد از جانب صنعتگر ناشی از خطاء و یا امری باشد که به فرمایش دهنده مربوط باشد و با وجود مطالبه صریح و کتبی صنعتگر به ایفای آن

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 1518.

² همان، ماده: 1513.

نپرداخته باشد، صنعتگر می تواند عقد را فسخ و جبران خساره وارده را مطالبه نماید.¹

تبصره: از نصوص این مواد چنین برمی آید که مستصنع در سه حالت می تواند بخاطر دفع ضرر عقد استصناع را فسخ نماید. اما اگر تأخیر و عدم اجرای تعهد از جانب صنعت گر ناشی از خطاء و یا امری باشد که به فرمایش دهنده مربوط باشد و با وجود مطالبه صریح و کتبی صنعت گر به ایفای آن نپرداخته باشد، صنعت گر می تواند عقد را فسخ و جبران خساره وارده را مطالبه نماید.

مطلب هفده هم: ضامن شدن مستودع در صورت هلاک ودیعه به اثر اهمال و غفلت در نگهداشت و تعدی در آن :

فقه اسلامی و دیعه را در دست مستودع به مثل امانت دانسته؛ که اگر بدون تعدی مستودع و بدون فعل اهمال و غفلت مستودع هلاک شود موجب تاوان نمی باشد، چنانکه مجلة الاحکام العدلیة می گوید: (الودیعة امانة فی ید الودیع بناء علیه إذا هلکت بلا تعد من المستودع وبدون صنعہ وتقصیره فی الحفظ فلا یلزم الضمان الا أنه اذا كان الإیذاع بأجره علی حفظ الودیعة فهلکت او ضاعت بسبب یمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها).

مثلا لو وقعت الساعة المودعة من الودیع بلا صنعہ فانكسرت لا یلزم الضمان أما لو طعت الساعة بالرجل أو وقع من الید علیها شیء فانكسرت لزم الضمان، كذلك إذا أودع رجل ماله عند آخر وأعطاه أجره علی حفظه فضاع المال بسبب یمكن التحرز منه كالسرقة فیلزم المستودع الضمان).²

ترجمه: و دیعه در دست مستودع به طور امانت است. اگر بدون تعدی مستودع و بدون فعل یا تقصیر وی هلاک گردد، تاوان لازم نمی گردد. مگر اینکه ایداع در مقابل اجرت باشد که مستودع در برابر حفظ و دیعه اجرت دریافت کند.

مثلا اگر ساعتی به و دیعه گذاشته شده بود، از دست مستودع بدون فعل افتاد و ساعت شکست، ضمان لازم می گردد. اما اگر ساعت زیر پای شد و یا در بالای ساعت از دست شخص چیزی افتاد و ساعت شکست، تاوان لازم می گردد.

¹ همان، ماده: 1522).

² لجنة من العلماء المحققین والفقهاء المدققین فی الاتحاد السوری . مجلة الاحکام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1/ 45، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 777.

همچنین، اگر شخصی مال خود را نزد دیگری به ودیعت گذاشت و اجرت حفظ آن را نیز پرداخت سپس، مال مذکور ضایع شد به سبب اینکه امکان حرز و تحفظ آن از مثل سرقت موجود بود تاوان بالای مستودع لازم می‌گردد.

اما اگر اهمال و اغفال مستودع در این امر متصور شود تاوان بالای او لازم می‌گردد؛ زیرا این موضوع سبب ضرری برای صاحب مال می‌گردد که فعل مستودع در آن نقش داشته است. و تاوان در واقع از اله ضرر از صاحب مال است به اساس قاعده فقهی حاضر است.

قانون مدنی نیز با اثرپذیری از این دید و قاعده فقهی (الضرریزال) می‌گوید: مال ودیعه امانت است و ودیعت گیرنده ضامن از بین رفتن آن نمی‌باشد، مگر اینکه از بین رفتن آن در اثر تجاوز یا تقصیر ودیعت گیرنده در حفاظت آن به وجود آمده باشد.¹ و همچنان در ماده بعدی تصریح می‌دارد: "هرگاه ودیعت با اجرت بوده و بنا بر اسبابی از بین رفته یا نقصان یابد که جلوگیری از آن ممکن باشد شخصی که مال ودیعه نزد او گذاشته شده به ضمان مکلف می‌گردد."²

تبصره: از نصوص این مواد به خوبی برمی‌آید که قانون با اصل قرار دادن اصل از اله ضرر مطابق این قاعده فقهی حالات تعدی و اهمال و اغفال در حفاظت و نگهداشت مال ودیعه را موجب تاوان می‌داند.

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده:

1614.

² همان، ماده: 1615.

فصل ششم

العادة محكمة¹

عرف یا عادت حکم قرار می گیرد

از بارزترین و پرکاربردترین قواعد کبری فقهی قاعده العادة محكمة می باشد این قاعده به وفور در شرع و قانون ملاک و معیار حکم در برهه های تاریخی قرار گرفته است، و شرع و قانون عادت جامعه را اساس دآوری قرار داده است تا جای که می شود ادعا کرد که 15 الی 20 فیصد حکم و شیوه های حکم بالای عرف و عادت صحیح استوار بوده و فیصله شده است؛ قاعده العادة محكمة بار نصی داشته و دلایل و مستند خود را از مهمترین دلایل شرع (قران و سنت) می گیرد.

ما درین بخش قرار است بعد از تشریح مفصل اصل قاعده و ملخص فروع عادت قاعده مصادیق و نمونه های تطبیقی قاعده را از بخش معاملات مالی قانون مدنی بیاوریم تا اثر پذیری این بخش از قانون مدنی را از این قاعده فقهی تبیین نماییم.

این فصل حاوی سه مبحث است که در نخست به تشریح مفردات، اهمیت و اصل قاعده پرداخته شده و بعداً در مبحث دوم اهم فروع عادت قاعده به صورت اجمالی ملخص بیان شده و در مبحث اخیر هم قاعده با مواد بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور انطباق داده شده است .

مبحث اول: تشریح مفردات، مفهوم کلی، اهمیت و دلایل قاعده :

درین مبحث نخست به شرح و تفسیر مفردات قاعده، و بعداً مفهوم کلی، اهمیت و مکانیت و در فرجام دلایل و براهین قاعده که در واقع مصادر قاعده اند آورده شده است.

مطلب اول : تشریح مفردات قاعده :

الف) مفهوم عادت:

عادت در لغت مأخوذ از عود و معاوده به معنای تکرار است. در واقع اسم برای تکرار فعل و انفعالی است که به طور مستمر از انسان سر میزند و طبیعت و طریقه و مشی او شمرده می شود.²

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 10، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 36.

² راغب الاصفهانی، المفردات فی غریب القرآن، ج 1/ ص 594. تحقیق: صفوان عدنان داودی، ب تا:

امادراصلاح فقهاء اسلامی چنانکه ابن نجیم رحمه الله در کتاب الاشباه والنظایرمی آورد: «العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة» یعنی عبارت

است از امور متکرره ای که در نفوس انسانی استقرار می یابد و طبع سلیم آنها را بپذیرد.

ب) محکمة: واژه محکمه اسم مفعول بوده و از تحکیم به معنای کسی را حکم و داور کردن گرفته شده است چنانکه الله متعال می فرماید: (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) ترجمه: نه چنین است، قسم به خدای تو که اینان (به حقیقت) اهل ایمان نمی شوند مگر آنکه در خصومت و نزاعشان تنها تو را حکم کنند و آن گاه به هر حکمی که کنی اعتراض نداشته، کاملاً (از دل و جان) تسلیم (فرمان تو) باشند.

وفق این آیه محکمه به معنای حکم و داور و داور می بین مردم است به این معنی که عادت

یکی از مراجع اصلی حل و فصل منازعات است.²

شرایط قبولیت عادت:

فقهای اسلامی برای قبولیت و پذیرش عادت منحیث حکم و مرجع داور می شروط آتی را بیان داشته اند: نص صریح برخلاف آن وجود نداشته باشد، زیرا صراحت نسبت به دلالت اولیت دارد.

در میان مردم پیوسته و مداوم، قابل عمل باشد.

دامنه ای استعمال عادت، در میان مردم گسترده باشد و فراگیر باشد، زیرا هر امری که در میان مردم پسندیده و شایسته باشد، در نزد خداوند متعال نیز پسندیده و شایسته است.

عرفی را که مردم نمی پسندند و نیک نمی شمارند، عرف قبیح و نامعتبر و فاسد است، در پیشگاه شریعت عرف فاسدنه تنها حجیت ندارد، بلکه مورد پیگیری و مجازات نیز قرار می گیرد.

علمای اسلامی عرف را به عنوان اصلی از اصول استنباط برای احکام شرعی، قرار داده اند و هر جای که نص شرعی وجود نداشته باشد، عرف را مدار اعتبار قرار میدهند، لذا عرف نزد قضاء و شرع معتبر است و وفق عرف و عادت جاری در میان مردم به داور می پرداخته می شود.

¹. قرآن کریم، سوره نساء، آیه 65. (

². ابن منظور، الأنصاری ابوالفضل، محمد بن مکرّم بن علی جمال الدین الرویفی الافریقی: لسان العرب، ج 4/ 311. ناشر دار

صادر - بیروت، چاپ سوم 1414 هـ.

از طرف دیگر با توجه به تنوع و تفاوت معاملات در شرایط فعلی، اگر عرف به عنوان پایه و اساس داورى و قضاوت قرار نگیرد، دیرى نخواهد رسید که نزاع ها و اختلافات بیشتر شوند و داد و ستد مردم به چالش مواجه شود، بدین بابت ادعای های واهی و میان تهی که گویا عرف از دید شرع مردود باشد به کلی نفی می شود.¹

زیرا ما شاهد هستیم که در عرف کشور خود مان (افغانستان عزیز) اکثر صنعت گرانی که به کار ساخت و ساز اقدام می کنند، عادت شان بر این است که بدون ذکر دستمزد به کار ساخت و ساز می پردازند، مانند: سلمان، کل کار (معمار)... که مطابق دیدگاه صحیح شرع دستمزد یا حق الزحمه شان حسب عرف رایج پرداخت می شود.

مطلب دوم: مفهوم کلی قاعده :

قاعده حاضر بدین مفهوم است که؛ عرف خواه لفظی یا عملی، خواه عام باشد یا خاص مشروط بر اینکه صحیح باشد از دید شریعت اسلامی در مواردی که در آن دلیل و نص شرعی وجود نداشته باشد در حل قضایای مورد نزاع دارای اعتبار و منزلت ویژه ی بوده و به عنوان حکم و داور شناخته می شود.

قانون مدنی کشور هم با تاسی از این قاعده عام فقهی می گوید: عادت عام باشد یا خاص، مدار حکم قرار می گیرد.² و همچنان اصول نامه تجارت کشور در این زمینه چنین مشعر است: در صورتی که عبارت امکان تعبیرات متعددی را داشته باشد، مقصد مشترک طرفین از مندرجات دیگر مقاوله (قرارداد و قول نامه) با عرف و عادات و تعاملات و احوالی که در زمان تنظیم مقاوله موجود باشد و یا نظریه سوابق تطبیقات در گذشته، تعیین می شود.³

مطلب سوم: اهمیت قاعده:

این قاعده از قواعد پایه و یکی از بنیادی ترین قواعد فقه به حساب می رود که در اکثر ابواب فقه مانند: احوال شخصیه (نکاح)، وقف، وصیت، بیع، هبه، اجاره، قضاء... مورد استناد قرار می گیرد و به همین ترتیب قوانین وضعی کشورها از زمره کشور خود ما (افغانستان) نیز استوار به داورى های عرفی است.

¹. کامل، عمر عبدالله، القواعد الفقهية الكبرى واثرها في معاملات المالية ج 1 / 157-159. جامعة الازهر الشريف؛ كلیة

الدراسات العربية والاسلامية بالقاهرة؛ قسم الدراسات العليا، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العالمية، ب - ت

². وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353. مطبعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ج 2

ماده: 721.

³. وزارت عدلیه، اصول نامه تجارت، ماده: 620).

مطلب چهارم: دلایل قاعده:

ریشه ی اصیل این قاعده به ادله و براهینی از کتاب الله، سنت نبوی، آثار صحابه، اجماع و عقل برمی گردد:

الف) کتاب الله :

علمای مسلمان برای اثبات حجیت عرف، به آیات زیرین استدلال کرده اند:

الله تعالی می فرماید: (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)¹ ترجمه.. طریقه عفو و بخشش پیشگیر و امت را به نیکوکاری امر کن و از مردم نادان روی بگردان.

در باب شیردهی مادران می فرماید: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا)² ترجمه: و مادران بایستی دو سال کامل فرزندان خود را شیر دهند، البته آن کسی که خواهد فرزند را شیر تمام دهد؛ و به عهده صاحب فرزند است (یعنی پدر) که خوراک و لباس مادر را به حد متعارف بدهد، هیچ کس را تکلیف جز به اندازه طاقت نکنند، نه مادر باید در نگیبانی فرزند به زحمت و زیان افتد و نه پدر بیش از حد متعارف برای کودک متضرر شود.

هر دو آیت مراعات عرف و رعایت روش پسندیده در بخشش و گذشت و پرداخت اجرت مادرشیرده، حسب عرف پسندیده مورد توجه قرار گرفته است.

3. الله تعالی می فرماید: (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)³ ترجمه: هر کس که دارای وسعت (مالی) است، باید طبق وسعت خود نفقه دهد و کسی که روزی بر او تنگ شده، باید از آنچه خداوند به او داده (به اندازه توان خود) انفاق کند. زیرا خداوند هیچکس را مگر به اندازه آنچه به او داده است، تکلیف نمی کند. به زودی خداوند پس از سختی، آسانی و فراخی پدید می آورد.

¹ قرآن کریم، سوره اعراف، آیه: 199).

² قرآن کریم، سوره بقره، آیه: 233).

³ قرآن کریم سوره طلاق آیه: 7.

بی گمان این حکم بر عرف و عادت است، چنانچه فقهاء مصارفات و نفقه ی زن را وفق عرف سنجیده و زیاد و کم بودنش را با معیار عرف مشخص می سازند، درحالی که هیچ معیار دیگر غیر از عرف و عادت مردم بوده نمی تواند.¹

4. و همچنان در باب مهر المتعة الله کریم می فرماید: (**وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَناعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِینَ**)² ترجمه: مردان، زنانی را که طلاق دهند به چیزی بهره مند کنند، که این کار سزاوار مردم پرهیزکار است.

در این آیه الله متعال اندازه ی مهر المتعه را وفق شرایط زن و عرف حاکم تعیین داشته است.

ب) سنت نبوی :

1. رسول الله - صلی الله علیه وسلم - در پاسخ به خانم ابوسفیان - که شکایت سختی از ابوسفیان نسبت به نفقه خانواده داشت - فرمودند: « **خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ** ». ³ ترجمه : به اندازه ای بگیر که به طور شایسته کفایت خودت و فرزندانت را بکند.

در حدیث مزبور معیار نفقه عرف و عادت دانسته شده است و از همین جهت فقه اسلامی در باب نفقات موضوع را به عرف ارجاع می کند.

2. رسول الله - صلی الله علیه وسلم - برای حمه بنت جحش که خونریزی پیوسته داشت - فرمودند: « **احتشي كرسفا قالت له إنه أشد من ذلك إني أتج ثجا قال تلجمي وتحیضي في كل شهر في علم الله ستة أيام أو سبعة أيام ثم اغتسلي غسلا فصلي وصومي ثلاثة وعشرين أو أربعة وعشرين وأخري الظهر وقدمي العصر واغتسلي لهما غسلا وأخري المغرب وعجلي العشاء واغتسلي لهما غسلا وهذا أحب الأمرين إلي** ». ⁴

ترجمه : شش یا هفت روز عادت ماهیانه ات را بشمار، بعد غسل کن و زنانی را که احساس کردی از خون عادت ماهیانه پاک شدی ای، بیست چهار یا بیست و سه روز دیگر نماز هایت را به

¹ الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد: **شرح القواعد الفقهية** ج 1 / 221-122، تصحيح و تعليق مصطفى أحمد الزرقا، ناشر دار القلم - دمشق / سوريا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م

² قران کریم، سوره بقره آیه : 241).

³ بخاري، ابو عبدالله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري: **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري**، باب الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ ج 9 ص 71 شماره حدیث 7180 تحقیق: محمد زهير بن ناصر الناصر ناشر: دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول، 1422 هـ

⁴ الباني، محمد ناصر الدين الألباني: **صحيح وضعيف سنن ابن ماجة**، ج 2 ص 199 حدیث شماره 627، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية . الباني حکم به صحت این حدیث نموده است ، همان اثر سابق : ج 2 ص 199 حدیث شماره 627.

گونه عادی اداء کن و روزه بگیر، مانند زنان دیگری که در ایام هادت ماهیانه و نفاس انتظار می کشند و پاک می شوند، توهم مثل ایشان انجام بده، برایت کفایت می کند.¹

تبصره مؤلف: فقهای احناف بدین باورند که این جمع در حدیث جمع صوری انگاشته می شود نه حقیقی، یعنی ظهر را در اخیر وقت و عصر در اول مصلی مضطر (شبیبه این خانم) وقت اداء کند.

این روایت به وضوح تمام نشان دهنده آن است که رسول الله - صلی الله علیه وسلم - حمنه بنت جحش رضی الله عنها- رابه عرف غالب ارجاع داده است و وفق عرف برایش تعیین تکلیف کرده است.

3. رسول الله - صلی الله علیه وسلم - فرمودند: « **الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة** »².

ترجمه: یعنی در وزن معیار، وزن اهل مکه و در پیمانانه پیمانانه اهل مدینه معیار و قابل پذیرش خواهد بود گفته مش شود که علت این امر این بود که؛ اکثر اهل مکه تجارت پیشه بودند و سر و کارشان بیشتر با وزن و مقدار بود، از همین جهت در اوزان عرف اهل مکه پذیرفته شد، در حالی که اهل مدینه زراعت پیشه بودند و کارشان با پیمانانه بود، از همین بابت عرف اهل مدینه معیار پیمانانه قرار گرفت.³

4. **عَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَصَابَ أَرْضًا بِخَيْبَرَ، فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَسْتَأْمُرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أَصِبْ مَالًا قَطُّ أَنَفْسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُ بِهِ؟ قَالَ: «إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا» قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ، أَنَّهُ لَا يَبَاعُ وَلَا يُوَهَّبُ وَلَا يُورَثُ، وَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ، وَفِي الْقُرْبَى وَفِي الرِّقَابِ، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَالضَّيْفِ لَا جُنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَيُطْعِمَ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ قَالَ: فَحَدَّثْتُ بِهِ ابْنَ سِيرِينَ، فَقَالَ: غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ مَالًا 4**

¹ السجستاني، ابی داود سنن ابی داود ج 1 شماره 287. ص 76 باب من قال اذا قبلت الحيضة فدعو الصلوه...

² الباني، محمد ناصر الدين الألباني: **صحيح وضعيف سنن أبي داود**، ج 1 ص 164 حديث شماره 165 مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية.

الباني حكم به صحت این حدیث نموده است، همان اثر سابق: ج 1 ص 164 حديث شماره 165.

³ البيهقي، عبدالغفور. **القواعد الفقهية في القضاء**. ج 1/67. ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397

هش

⁴ بخاري، ابو عبدالله، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري. **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري**، باب الوَقْفِ كَيْفَ يُكْتَبُ؟، ج 7 ص 12 شماره حديث 2772 تحقيق: محمد

ترجمه : ابن عمر - رضي الله عنه - گوید: قطعه زمینی از زمینهای خبیر به عنوان سهم غنیمت به عمر بن خطاب رسید، عمر پیش پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - آمد و نظر پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - را درباره آن درخواست نمود، گفت: ای رسول خدا! در فتح خبیر يك قطعه زمین به عنوان سهم به من رسیده است که هرگز در زندگیم چنین مال با ارزشی نداشته ام، چه دستوری می فرمایید، وآن را در چه راهی صرف کنم؟

پیغمبر - صلی الله علیه وسلم - گفت: اگر میل داری اصل و عین زمینت را وقف کن و درآمد آن را به عنوان خیر و صدقه قرار بده عبدالله ابن عمر- رضي الله عنهما - می گوید: عمر- رضي الله عنه - محصولات آن زمین را صدقه داد، و شرط کرد که اصل زمین فروخته نشود و به ارث نیز نرود و به کسی بخشیده نشود. عبدالله ابن عمر- رضي الله عنهما - می فرماید: عمر - رضي الله عنه - محصولات آن زمین را در بین فقراء، خویشاوندان، آزادی بردگان، جهاد در راه الله، بازمانده در راه و مهمان به صدقه گذاشت، و بر کسی که سرپرستی زمین را بر عهده دارد هیچ گناهی نیست تا به وجه پسندیده از آن بخورد، یا به دوستش از آن بدهد، به شرطی که بیش از نیازش بر ندارد و زمین را تصاحب نکند.

در این حدیث نیز به گونه واضح پیامبر- صلی الله علیه وسلم - عرف و عادت مردم را معیار کمیت مصرف عهده دار زمین قرار داده است.

ج) آثار صحابه :

1. ابن مسعود - رضي الله عنه - فرمود: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: « مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ سَيِّئًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئٌ »¹. ترجمه : هر آنچه را مسلمانان نیک بیندارند، در نزد الله متعال نیز حسن و نیک است.
2. از علی ابن ابی طالب - رضي الله عنه - نقل است که در مورد وسایل خانه فرمود: هر آنچه که ارتباط به نیازهای مردمی گیرد، مربوط به مرد می باشد و هر آنچه که ارتباط به نیازهای زن می گیرد، مربوط زن می باشد.²

زهیر بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ .

¹ نیشاپوری ، أبو عبد الله الحاكم ، مشهور به ابن البيع ، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم . المستدرک علی الصحیحین ج 3 ص 83 شماره حدیث 4465 ، تحقیق مصطفی عبد القادر عطا ، ناشر دار الکتب العلمیة - بیروت ، چاپ اول 1411 - 1990

² . البیهقی ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردي الخراساني ، أبو بكر السنن الكبرى للبيهقي . ج 1 الناشر: دار الفكر . المصدر: الشاملة الذهبية ب تا. ص 296 شماره حدیث: 21085.

مبرهن است این که چه چیزی از نیازهای زنانه و یامردانه شناخته می شود؟ عرف تعیین می کند که چه چیزی مربوط به زن است و چه چیزی مربوط به مرد.

3. در زمان رسول الله - صلی الله علیه وسلم - و ابوبکر صدیق - رضی الله عنه - و دو سال نخست خلافت عمر - رضی الله عنه - سه طلاق در یک لفظ، یک طلاق محسوب میشد، اما وقتی عمر این خطاب متوجه شد؛ که این مسأله موجب خلق مشکلات شده است، سه طلاق را در یک لفظ را به عنوان سه طلاق رسمیت بخشید و شوهر را از رجوع به زن بازداشت. به همین ترتیب در زمان رسول الله - صلی الله علیه وسلم - و ابوبکر صدیق مجازات شرابخوار به بیشتر از چهار تازیانه (شلاق) نمی رسید، از بسکه شرابخواری در میان مردم رواج یافت؛ عمر این خطاب - رضی الله عنه - - با مشوره با فقهای صحابه جزای شراب نوشی را هشتاد تازیانه تعیین نموده اند.

د) اجماع :

اهل علم به این اتفاق کرده اند که در کارهای روزانه و فراگیر، حسب عرف عادت حکم می شود، چه کارهای روزانه مردم از اجزای حاجات شناخته میشوند که جزء مقاصد دین است از این حیث در تعارض با دین قرار ندارد.

بنابراین عادت یا عرف به عنوان مستند و دلیل در حوزه ی تصرفات و قضایای نوظهور - در هر زمان و مکان شناخته می شود.¹

ه) عقل :

از دید عقل سلیم انسانی اگر عرف و عادت مرجع و معیار تقنین (قانونگذاری) شناخته شود، مسلمانان سهولت و آسانی را برای مردم به ارمغان می آورد، در حالی که اگر برخلاف این باشد و ممنوع قرار گیرد، مردم به سختی و دشواری مواجه می شوند؛ که چنین حالتی برخلاف موازین شریعت اسلامی است.²

1. البیتانی، عبدالغفور. القواعد الفقهیه فی القضاء. ترجمه: محمد صالح مصلح. انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ ش 155-156.

2. الزرقا، أحمد بن الشیخ محمد: شرح القواعد الفقهیة ج 1/ 237). تصحیح و تعلیق مصطفی أحمد الزرقا، ناشر دار القلم - دمشق / سوریا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م.

مبحث دوم: اهم فروع و قواعد مرتبط قاعده:

مطلب اول: المعروف عرفا كالمشروط شرطاً¹:

آنچه در عرف پذیرفته شده است، مانند این است که قبلاً در عقود (قراردادها) شرط شده باشد.

الف) مفهوم کلی قاعده

این قاعده بدان معنی است که آنچه به نزد مردم در یک زمان معروف و معتاد باشد به مثابه آن است که صراحتاً در عقود و قراردادها میان افراد جامعه شرط کرده شده باشد.

عرف مردم یکی از مصادر نظام حقوقی اسلام است و در هر جا و هر محل شرعاً رعایت کرده می شود، خواه صراحتاً ذکر شود یا نشود، به شرط آنکه در تعارض بانص (قرآن و سنت) نباشد، مانند شخصی که اجیری را برای کاری تعیین می کند، ولی اجرت او را تعیین نمی کند، هر زمانی که میان آنها نازعه ی صورت گیرد، صاحب کار مکلف به پرداخت اجرتی می باشد که به نزد مردم معروف و معتاد باشد.

اما اگر عرف در تعارض بانص و یا تعامل مردم قرار گیرد عرف معتبر نبوده و حسب آن عمل کرده نمی شود، مانند ضمان بودن مستعیر (عاریت گیرنده) و یا مستأجر (اجاره گیرنده) از عین معاره (عاریت گرفته شده و یا مأجوره) (اجاره گرفته شده) در صورتی که بدون تجاوز و تقصیر او هلاک شود، این گونه ضمان گرچه عرف متداول مردم هم باشد معتبر نیست، زیرا مخالف با الحکام شرعی است.²

ماده 720 قانون مدنی کشور که در واقع ترجمه این قاعده است هم چنین صراحت دارد: آنچه در عرف معروف باشد، مانند آن است که شرط گذاشته شده باشد.³

مطلب دوم: استعمال الناس حجة يجب العمل بها⁴.

استعمال مردم حجت و برهان است و عمل به آن الزامی می باشد.

الف) مفهوم کلی قاعده:

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الأحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 9، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 43.

² داد محمد نذیر، اساسات حقوق اسلام. ج 1/ ص 130 انتشارات: حامد رسالت 1391 هـ ش.

³ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان . ج: 2 جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 720.

⁴ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 7، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 37

این قاعده دقیقاً بدان معنی است که هرگاه عرف و عادت مردم مخالف با احکام شریعت اسلامی نباشد، حجت و برهان معتبر خواهد بود و عمل وفق آن واجب و الزامی است، زیرا عرف و عادت برای اثبات احکام شرعی حکم و داور قرار داده می شود، مثلاً: کسی کارگری را به عنوان اجیر روز مزد در کار تعمیر یا ساختمان خود استخدام کند، درین صورت اندازه شروع و ختم کار و همچنان مقدار مزد حسب عرف و عادت جاری همان شهر تعیین می شود.¹

مطلب سوم: الثابت بالعرف كالثابت بانص².

آنچه که به وسیله عرف ثابت شده است، گویا از طریق نص ثابت است.

الف) مفهوم کلی قاعده :

مفهوم قاعده بالایی این است که همانگونه که نص مثبت حکم است، عرف نیز دلیل و مثبت حکم می باشد، البته این درجایی است که در آنجا نص وجود نداشته باشد و عرف موافق با روح شرع بوده باشد.

بنابراین هر حکمی که با عرف ثابت شود به مثابه آن است که بانص ثابت شده باشد پس عرف در معاملات قیم مقام نص می گردد.

مطلب چهارم: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم³.

آنچه در میان تجار عرف باشد؛ به مثابه آن است که آنان آن شرط کرده باشند.

الف) مفهوم کلی قاعده :

قاعده این مطلب را تداعی می کند که مراعات عرف خاص همگونی عرف عام نیز لازم و حتمی است، مانند عرف تجار و صاحبان پیشه که در معاملات شان تابع عادات پسندیده هستند، و در صورت نزاع به عرف حاکم تجار و پیشه وران رجوع می شود مثلاً: اگر شخصی موتری را می خرد، کلیدها، تایر اضافی و هر آنچه که در عرف جاری است، در بیه داخل می شود، بخاطری اینکه عرف فروش در این باب مقتضی دخول آن در مبیعه می باشد.

¹ الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد. شرح القواعد الفقهية ج 223/1 تصحيح و تعليق مصطفى أحمد الزرقا، ناشر دار القلم - دمشق / سوريا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م،

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري. مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 9، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 45

³ همان، ماده: 44).

چنانچه محمد صدقی در الوجیز تصریح نموده است : إن توابع العقود التي لا ذكر لها صريحاً في العقود تحمل على عادة كل بلد، فمن اشترى سيارة دخل فيها عُدتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي بدون ذكر في العقد للعرف المتداول والعادة الجارية، إلا إذا نص على خلافه.¹

مطلب پنجم: الممتنع عادتها كالممتنع حقيقة².

چیزی که عرفاً و عادتاً ممتنع باشد، به مثابه آن است که در حقیقت ممتنع باشد.

الف) شرح واحدهای قاعده :

1. ممتنع عادی :

به ممتنع گفته می شود که وقوع آن عقلاً امکان پذیر است، اما معروف و معتاد نیست، همانند: کسی که در بین مردم به فقر وفاقگی شهر است، ادعای یک میلیون دلار را بالای کسی دیگری ادعای نماید؛ که از او قرض گرفته یا غصب نموده است، چنین دعوی در پیشگاه محکمه شنود نخواهد شد، زیرا که اگرچه عقلاً مستحیل نیست، اما عرفاً و عادتاً ممتنع می باشد.

2. ممتنع حقیقی

به ممتنع اطلاق می شود؛ که وقوع آن عقلاً محال باشد، همانند: شخصی که کسی را به عنوان پسر خودش مدعی شود که از لحاظ سنی با هم همسال باشند یا هم آن شخص از او بزرگ باشد؛ آفتابی است که این گونه ادعای اصلاً قابل قبول نخواهد بود.

ب) مفهوم کلی قاعده :

قاعده مزبور بدان معنی است؛ همانگونه که دعوی ممتنع حقیقی بابت دروغ بودن حقیقی قابل سمع و شنود نیست دعوی ممتنع عادی هم شنیده نخواهد شد و قاضی به مجرد طرح چنین دعوی، پیش از هرگونه تحقیق و تفحص، حکم به مردود بودن آن مب نماید.³

¹ أبو الحارث ، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو . الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ج ١ / 306 ، ناشر: مؤسسة

الرسالة، بيروت - لبنان ، چاپ چهارم 1416 هـ - 1996 م

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السوري . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 38.

³ مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام. ج 2 / 977. الطبعة العاشرة دمشق: دار الفكر، 1968 م .

قانون مدنی افغانستان نیز با اثر پذیری از این قاعده در جلد دوم ماده 723 تصریح داشته است که: آنچه عاداتاً منتع باشد، مانند آن است که حقیقتاً منتع باشد.¹

مطلب ششم: لاینکر تغییر الاحکام بتغیر الأزمان².

تغییر احکام با گذشت زمان غیر قابل انکار است.

الف) مفهوم کلی قاعده :

آنچه از احکام شرعی اجتهادی که اکثر از طریق عرف مشخص می شوند و در واقع جز احکام ثوابت نیستند، تغییر احوال و شرایط زمانی در تغییر آنها نقشی به سزایی دارد، بابت اینکه عادات و رواج های هر قومی متفاوت از دیگری است، مثلاً: عرف یک قوم می طلبد که حکم بخاطر مصالح آنها طوری باشد که منفعت جامعه شان در آن رعایت شود، اما همین عرف در جای دیگر به ضرر آن جماعت است، پس در جامعه دیگر عرف وفق منافع آن جامعه حکم می کند و عرف هر کدام قابل اعمال به خودش می باشد؛ اما احکام اصلی و ثوابت شریعت اسلامی با تغییر زمانی، تغییر پذیر نمی باشد، بلکه پیوسته و پایدار و ماندگار باقی می ماند.

مثلاً: در باب قبول یا رد شهادت و تزکیه شهود، به دلیل تغییر اخلاقی مردم، نمی شود امروزه همانند قرون اولیه اسلام بر خورد نمود و آنگونه تزکیه را ملاک قرار داد. به همین ترتیب در باب مناط یا معیار حکم که مجتهد در گذشته یک چیز را مدنظر داشته و امروزه معیار گذشته، اجرایی نمی باشد و باید احکام تغییر کند.

مثل: قبض مهریه پیش از دخول، تقسیم مهریه به مؤجل و معجل، یا تقسیمات پست های اداری و اسباب تنظیم حیات اجتماعی، یا ثبت و انعقاد ازدواج در محاکم و دفاتر ثبت، یا داشتن شناسنامه (کارت ملی یا تذکره تابعیت) پاسپورت (گذرنامه) جواز رانندگی (لایسنس)، ازدیاد شعبات محاکم، تعدد قضات بجای قاضی واحد، ایجاد محاکم ثلاثه (ابتداییه، استیناف و تمیز) بجای محکمه واحد، ثبت زمین ها و خانه ها در محاکم، استفاده از ابزار و وسایل پیشرفته ی تکنالوژی برای اثبات جرم، معاینات خونی، معاینه "دی، ان ای D N A از مهمترین مسایل عرفی هستند که در هر زمانی تغییر و تحول آنها مسلم است؛ هر آنچه که امروزه در جامعه وارد شود و مقتضی

¹. وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ. ش. ج 2 ماده: 723.

². لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى. مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 8، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 39. نکته: باید خاطر نشان کرد که منظور از تغییر احکام در این جا با تغییر ازمان احکام متغیر دینی است نظیر سهم مؤلفه القلوب از پول زکات نه ثوابت دینی. مؤلف.

مصلح مردم باشد و نیاز جامعه به وجود آن احساس شود، هر چند پیشینه تاریخی در فقه اسلامی نداشته باشد، به خاطر این که هدف غایی شرع مصلح مردم است جزء فقه اسلامی شناخته می شود.¹

مبحث سوم: اعمال یا تطبیق قاعده با مواد قانون مدنی کشور

مطلب اول: لزوم تفسیر معامله (عقد) بر اساس عرف و عادات جاریه بین مردم:
وفق ماده 36 مجلة الاحكام العدلیة که در شرح بیشتر قاعده العادة محكمة می پردازد می گوید: یعنی أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعی".² ترجمه: اگر عادت مردم عام باشد یا خاص حکم برای اثبات حکم شرعی می گردد. عرف و عادت مردم چه عام باشد یا خاص معیار حکم و داوری برای اثبات حکم شرعی قرار می گیرد.
قانون مدنی افغانستان، اصول نامه تجارت و قانون اصول محاکمات مدنی نیز با تاسی از این قاعده فقهی یکی از معیار های داوری در قضایا را عرف مردم قلمداد کرده اند .
چنانکه قانون مدنی می گوید: عرف عام باشد یا خاص، مدار حکم قرار داده می شود.³
و طبق ماده ی دیگر این قانون که می گوید: عرف وقتی اعتبار دارد که عمومیت یا اقلیت داشته باشد، اعتبار به اقلیت شایع داده می شود نه به اقلیت نادر.⁴
و در ضمن اصول نامه تجارت نیز می گوید: در صورتی که عبارت امکان تعبیرات متعددی را داشته باشد، مقصد مشترک طرفین از مندرجات دیگر مقوله با عرف و عادات و تعاملات و احوالی که در زمان تنظیم مقوله موجود باشد و یا نظر به سوابق تطبیقات در گذشته، تعیین می شود.⁵

به همین گونه قانون اصول محاکمات مدنی نیز علم قاضی به عرف مردم را شرط داوری و قضاوت عادلانه و ایدال می داند و می گوید: قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ

¹ البیتانی ، عبدالغفور . القواعد الفقه فی القضاء . ص 90 ترجمه : محمد صالح مصلح . انتشارات: سرور سعادت، کابل 1397 هـ.ش.

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين فی الاتحاد السوری . مجلة الاحكام العدلیة، وزارة المعارف. ج 1 ، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 36.

³ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ.ش. ماده: 721.

⁴ همان ، ماده: 722.

⁵ وزارت عدلیه، اصول نامه تجارت . جریده رسمی : شماره 89، شماره مسلسل 33 . سال : 1333 ماده: 620.

کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد.¹

تبصره: از روح مواد قانونی فوقانی برمی آید که قانون مدنی و سایر قوانین ذکر شده لزوم تفسیر و تعبیر از الفاظ مشترک در عقد را موافق با عرف مردم دانسته اند و عرف را معیار حکم در این موضوع دانسته اند؛ که خود نشان دهنده اثرپذیری قوی از این قاعده فقهی وزین است.

مطلب دوم: انعقاد معامله با اعمال و اشارات متداول عرفی در جنب گفتار و نوشتار:

از دید فقه اسلامی انعقاد عقد یا معامله یا با ایجاب و قبولی که نشانه ی از تراضی طرفین است منعقد می شود یا هم به وسیله معاطات (داد و ستدی که بدون قول و تعبیر به نطق انجام می یابد بسته می شود. و ایجاب و قبول در حق اخرس یا لال و گنگ اشارات متداوله است.² بدون تردید معاطات و روش خرید و فروش اشخاص گنگ و لال از اشارات متداول عرفی به میان می آید.

قانون مدنی افغانستان نیز در با اثر پذیری از این قاعده فقهی تصریح می دارد: " اظهار اراده توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفا متداول باشد، صورت می گیرد. همچنان اظهار اراده به داد و ستدی که بر حقیقت یک عقد صراحتا دلالت نماید، صورت گرفته می تواند.³

تبصره: از متن فقهی و تصریح قانون مدنی چنین برمی آید که در اظهار اراده ها برای انعقاد معاملات یا عقود مالی اعمال و فعال متداول عرفی معیار قرار داده شده است. از این جهت است که فرضیه اثر پذیری این بخش از قانون مدنی از قاعده فقهی العادة محكمة تثبیت می شود.

مطلب سوم: الفاظ ایجاب و قبول مطابق به عرف :

قانون مدنی در مورد کار برد الفاظ ایجاب و قبول در معاملات مالی عرف را معیار حکم قرار داده است چنانکه در باب این موضوع در فقره 2 ماده 506 خود این چنین تصریح داشته است: " ایجاب و قبول عبارت است از الفاظی که در عرف برای انشاء عقد استعمال می گردد.⁴

¹ وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی. جریده رسمی: شماره 10، شماره مسلسل: 722.1369 هـ ش. ماده: 498.
² وینعقد البیع: إما بالایجاب والقبول: وهما التعبیران الدالان علی التراضی المتبادل بین البایع والمشتري، وإما بما یعرف بالمعاطة أو المرصاة... الزحیلی، وهیه. المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوی وحلول، ج1/19. دمشق، دار الفکر، چاپ اول سال: 1433 ق

³ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان. جریده رسمی. نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 509.

⁴ همان، ماده: 506).

مجلة الاحكام العدلية نیز این امر را مهر تأیید می گذارد و تصریح دارد: الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلدة".¹ ترجمه: ايجاب و قبول در بيع عبارت از دو لفظی است که غرض انشای بيع مطابق عرف مردم شهر استعمال می گردد.

تبصره: از آنجاییکه منظور اصلی از ايجاب و قبول تراضی و توافق اراده متبايعان است، قانون مدنی الفاظ ايجاب قبول خاصی برای برای انعقاد عقد مشخص نمی سازد بلکه هر لفظ و یا گفتاری که عرفاً برای انعقاد معاملات یا عقود به کار گرفته شود یا حتی عدم تلفظ صیغه را (بيع به تعاطی) را که اگر در عرف مردم مرسوم باشد معیار قرار داده است.

مطلب چهارم: معیار قرار دادن لوازم عرفی عقد به منزله شروط عقد (معامله).

اگر مجلة الاحكام العدلية مطالعه صورت بگیرد دیده می شود که در ماده 43 خود تصریح داشته است که: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا." یعنی آنچه در عرف معروف به و لوازم عقد باشد همانند این است که در شرط برای عقد باشد.

قانون مدنی نیز با تأثر از این دید و با معیار قرار دادن قاعده العادة محكمة در باب ايم موضوع تصریح داشته است: " آنچه در عرف معروف باشد؛ مانند آنست که شرط گذاشته شده باشد.".³

تبصره: قانون مدنی کشور به نحوی اقتضات عرفی را شرط ضمنی برای صحت انعقاد معامله دانسته است. و اقتضات عرفی را در واقع در حکم شرط صریح برای عقد یا معامله قلمداد نموده است.

مطلب پنجم: مسوول قلمداد کردن بايع از نقص مبيعه بعد از تعیین آن در عقد وفق عرف.

طبق ماده 1082 که در واقع متأثر از قانون مدنی مصر است؛ بايع در صورت تنقيص مبيعه تعیین شده در مطابق عرف مسوول خواهد بود.

چنانکه تصریح داشته است: " هرگاه مقدار مبيعه در عقد تعیین شده باشد بايع از نقص مبيعه حسب مقتضای عرف مسوول می باشد..."¹

¹ لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 / 14، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 168.

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 / 9، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 43.

³ وزارت عدليه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 720.

یعنی اگر در عقد مقدار مبیعه تعیین شده باشد مثلاً: بایع و مشتری بر سر خرید 10 عدد یا سی تلفن گلکسی S10 اس تن موافقه کرده باشند، به یک بارگی بایع قبل از تسلیم مبیعه برای مشتری در مقدار مبیعه (تلفن) کاهش آورد. در این مورد به عرف رجوع شده دیده شود اگر در عرف این تنقیص و کاهش در مبیعه موجب چشم پوشی و گذشت است یا نه، در صورتیکه در عرف این نوع کاهش موجب اغماض بود بایع مسئول پنداشته نمی شود اما اگر کاهش یا نقص موجب اغماض نبود بایع بخاطر تنقیص مبیعه مسئول خواهد بود.

تبصره: روشن است که معیار داوری قانون مدنی درین باب به اساس قاعده فقهی العادة محكمة عرف می باشد.

مطلب ششم: داخل بودن اجزاء و توابع مبیع در مبیعه به اساس مقتضای عرف:

مجلة الاحكام العدلية در مورد مشتملات مبیع بر اساس عرف می گوید: "کل ماجری عرف البلدة علی أنه من مشتملات المبیع یدخل فی البیع من غیر ذکره . مثلاً فی بیع الداریدخل المطبخ والکیلاروفی بیع حدیقة زیتون تدخل من غیر ذکره لأن المطبخ والکیلار من مشتملات الدار . و حدیقة الزیتون تطلق علی ارض تحتوی علی اشجار الزیتون فلا یقال لأرض خالیة حدیقة زیتون".²

ترجمه: هر آنچه که به عرف جاری اهل یک منطقه که از مشتملات مبیعه باشد بدون ذکر آن در بیع داخل میشود. مثلاً در بیع حویلی آشپزخانه و تشناب ها و در بیع باغ زیتون درخت های زیتون بدون ذکر هم شامل بیع میشود؛ زیرا آشپز خانه و تشناب از مشتملات حویلی است و باغچه زیتون بالای زمین و درخت های زیتون می شود بدین اساس به یک زمین خالی حدیقه یا باغچه زیتون گفته نمی شود.

قانون مدنی نیز با تاسی از این دید فقهی که اصل آن قاعده فقهی العادة محكمة است تصریح می دارد: "تسلیم شامل تمامی ملحقات مبیعه و آنچه که به صفت دائمی جهت استعمال مبیعه تهیه شده باشد، می باشد. این حکم مطابق ایجاب طبیعت شی، عرف و قصد متعاقدين صورت می گیرد."³ و همچنان در جای دیگری تصریح داشته است که: "فوائد وحاصلات مبیعه با

¹ همان ، ماده: 1082 .)

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين فی الاتحاد السوری . مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1 / 18، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده : 230.

³ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ ش. ماده: 1077.

تکالیف آن هنگام انجام عقد به مشتری تعلق می‌گیرد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن باشد.¹

تبصره: از نصوص این مواد به خوبی درک می‌شود که در صورتی که عرف موافق به شمول بعضی از توابع برای مبیعه باشد مشتملات تثبیت شده عرفی شامل مبیعه بوده و تسلیم آن برای مشتری از مکلفیت های بایع پنداشته می‌شود.

مطلب هفتم: تعیین عرف منحیث معیار شناخت عیب موجب ضمان در مبیعه :

از دید قانون مدنی هرگاه مبیعه در وقت تسلیم به مشتری عاری از اوصافی باشد که وجود آن مؤثر باشد و به نزد مشتری اهمیت داشته باشد همان عیب باعث تنقیص یا تنزیل قیمت می‌شود.²

اما در مورد چپستی عیب موجب ضمان از ماده 448 قانون مدنی جمهوری عربی مصر متأثر شده می‌گوید: " عیبی که عرفاً قابل اهمیت نباشد، ضامن آن دانسته نمی‌شود."³

تبصره: وفق دید قانون مدنی که قانون مدنی مصر هم چنین نظری دارند عیوبی که در مبیعه در عرف مردم قابل تسامح و چشم پوشی و کم اهمیت باشد اعتبار ندارد؛ ولی اگر فرض بر آن باشد که عیب به نزد عرف مردم جدی بوده باشد موجب ضمان بایع می‌باشد.

بخوبی معلوم میشود که این دیدگاه قانون از قاعده العادة محكمة اثر پذیرفته است زیرا معیار تشخیص عیب موجب ضمان عرف را قرا داده است .

مثلاً اگر شخصی تلفون گلکسی A50 را با تمامی لوازم اش از کمپنی خود تلفن می‌فروشد اما گوشی اش را از دیگر کمپنی برای مشتری می‌دهد؛ درین صورت بایع مسؤول ضمان این نوع دانسته به خاطری نمی‌شود که این عیب در عرف قابل تسامح است. اما اگر سکرین تلفن مشکل داشته باشد قابل ضمان می‌باشد، زیرا این نوع عیب تلفن در عرف قابل تسامح نیست .

مطلب هشتم: فوریت و عدم فوریت در پرداخت ثمن (پول) مبیعه مطابق به مقتضای عرف :

بدون شک از دید شرع و قانون یکی از مکلفیت ها و وجایب مشتری در عقد بیع پرداخت پول توافق شده و به عهده گرفتن مصارف پرداخت است .

¹ همان ، ماده: 1112).

² . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛ کابل، سال: 1384 هـ.

ش.ماده: 1097.

³ همان ، ماده : 1105).

اما این مسأله بیع مطلق قابل مکث است زیرا در آن به تعجیل و تأجیل ثمن چیزی ذکر نشده است، درین باب قانون مدنی تصریح میدارد و می گوید که در صورتیکه مقتضای عرف متغیر یا برخلاف نباشد پول باید به تعجیل باشد.

چنانکه تصریح می دارد: " بیع مطلقى که در آن از تعجیل و یا تأجیل ثمن ذکرى به عمل نیامده باشد، ثمن آن به صورت معجل پرداخت میشود، مگر اینکه عرف به خلاف آن حکم کند."¹ تبصره: متن این ماده به وضوح کامل معلوم می شود که هرگاه عرف مردم مخالف به تعجیل این نوع بیع (مطلق) نباشد اخذ پول به صورت معجل باید شود؛ اما اگر عرف مخالف بود حسب عرف فیصله و عمل می شود، از این معلوم می شود که قانون مدنی در بخش معاملات مالی از قاعده وزین فقهی العادة محكمة اثر پذیرفته است .

مطلب نهم: عدول از حالت اصلی در مسأله مصارف تسلیمی مبیعه به مقتضای عرف :

حالت اصلی در فقه اسلامی و قانون مدنی این است که مصارف ناشی از تسلیم شدن مبیعه یکی از مکلفیت های مشتری است . مجلة الاحکام العدلیه در ماده 292 خود تصریح می دارد: أجرة كتابة السندات والحجج و صكوك المبيعات تلزم المشتري ...² اما قانون مدنی افغانستان دو حالت را استثناء می نماید : یک : اینکه موافقه قبلی به خلاف این امر باشد. دوم: اینکه مقتضای عرف عکس قضیه باشد؛ چنانکه تصریح داشته است: " مصارف تسلیمی مبیعه و عقد بیع، محصول ثبت و غیره مصارفی که مبیعه ایجاب می نماید به ذمه مشتری می باشد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن حکم نماید."

تبصره : به نظر می رسد که قانون مدنی با معیار قرار دادن مقتضای عرفی مکلفیت بایع را نیز در باب پرداخت مصارف مبیعه منتفی نمی داند.

اما مجلة الاحکام العدلیه به طور مطلق مصارف ناشی از تسلیمی مبیعه اعم از کتابت و ثبت و راجستر ... از مکلفیت های خاصه مشتری می داند.

مطلب دهم: معیار قرار گرفتن مقتضای عرفی در انعقاد هبه :

قانون مدنی افغانستان همانند سایر عقود و معاملات مالی اقتضات عرفی را در جنب دیگر اسباب معیار انعقاد هبه بین واهب و موهوب له میدانند. چنانکه تصریح میدارد: " اظهار اراده

¹ همان ، ماده : 1066).

² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى . مجلة الاحکام العدلیه، وزارة المعارف. ج 1/ 17، عام الطبع: 1421

هـ ق ماده : 292.

توسط گفتار، نوشته و یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد. همچنان اظهار اراده به داد و ستدی که بر حقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند.¹

تبصره: از متن این ماده به خوبی برمی آید که طرفین هبه (واهب و موهوب له) اراده های خود را از طریق نوشته، گفتار و یا اشاراتی که در عرف متداول و شهره باشد در باب ایجاب و قبول هبه اعلام نمایند.

مطلب یازدهم: ملاک قرار گرفتن عرف در تعیین مدت اجاره در صورتیکه مدت در عقد تصریح نشده باشد:

قانون مدنی مدت دوام اجاره را در صورت عدم تصریح به آن در عقد را تابع عرف و عادت مردم میدانند چنانکه تصریح میدارد: "هرگاه مدت اجاره در عقد اجاره تصریح نشده باشد، اجاره برای مدت معینه پرداخت اجرت مطابق به عرف جاریه در عین مورد اجاره، اعتبار داده شده، با ختم این مدت اجاره منتهی میشود. مشروط بر اینکه قبل از نصف از نصف از خیر مدت معینه پرداخت اجرت، راجع به تخلیه، ابلاغ صورت گرفته باشد".²

تبصره: از متن ماده معلوم میشود که در صورت عدم تعیین مدت برای دوام عقد اجاره عرف حکم قرار گرفته و مطابق اقتضای عرفی حکم کرده میشود.

که این مورد به وضوح تمام نشان دهنده اثر پذیری این مواد از قاعده فقهی العادة محكمة است.

مطلب دوازدهم: معیار قرار گرفتن عرف در رابطه به چگونگی انتفاع از زمین مستأجر از زمین زراعتی:

وفق قانون مدنی در عقد اجاره مستأجر نه تنها مستحق انتفاع از زمین زراعتی می گردد، بلکه مستأجر می تواند بدون اینکه در عقد اجاره تصریح گردد، موافق به عرف جاری مردمان محل از حق مرور و حق مجری را که زمین زراعتی بر زمین دیگر دارد، استفاده نماید. ماده 1402 قانون مدنی درین مورد تصریح میدارد: "اجاره گیرنده زمین از حق جوی و حق راه بدون تذکر در عقد مستفید می گردد. سایر حقوق تابع موافقت و عرف محل شناخته می شود".

¹ وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 509.

² وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان، جریده رسمی، نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی، کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 1346.

تبصره: از متن این ماده قانون به درستی برمی آید که چگونگی انتفاع از زمین مستأجره زراعتی اگرچه کارشیوه انتفاع از آن در عقد تصریح نشده باشد موافق با عرف می باشد. که موضوع در ذات خود نشان برهان واضح از اثر پذیری این بخش قانون از این قاعده فقهی (العاده محكمة) می باشد.

مطلب سیزدهم: نحوه ی انتفاع از عین اجاره داده شده به اساس عرف جاریه وبگونه ی متعارف در صورت عدم تصریح در موافقه :

مطابق قانون مدنی افغانستان نحوه ی استفاده از عین مستأجره را در صورتیکه در موافقت نامه تصریح نشده باشد را به عرف ارجاع می دهد؛ومی گوید: "اجراه گیرنده از عین اجاره شده به نحوی منفعت می برد که به آن موافقه به عمل آمده باشد. در صورت عدم موافقه قبلی عرف جاریه اعتبار دارد." ¹ و همچنان در جای دیگری تصریح داشته است که: "اجاره گیرنده مکلف است از زمین زراعتی طوری بهره برداری نماید که متعارف باشد و به نحوی در آن عمل نماید که برای بهره برداری مساعد باقی بماند" ².

تبصره: به نظر می رسد که قانون مدنی با معیار قرا دادن عرف برای نحوه ی استفاده و جلوگیری از استفاده ضرر آفرین بر عین مستأجره برای مستأجر خط و نشان استفاده می کشد. که این موضوع خود نشان دهنده اثر پذیری این مواد از قاعده فقهی العاده محكمة است.

مطلب چهاردهم: تقسیم حاصلات میان مالک زمین ومزارع وفق اقتضای عرف :

وفق قانون مدنی افغانستان حاصلات مزارعه میان طرفین طبق توافق تقسیم می شود. در صورت عدم توافق به عرف و عادات دهقانی جاری محل مراجعه صورت می گیرد و طبق عرف محل حاصلات میان مؤجر و مستأجر تقسیم می شود، در صورت عدم موجودیت عرف و عادات حاصلات به صورت مناصفه یعنی نصف میان صاحب زمین ومزارع تقسیم می شود؛چنانکه در این مورد تصریح می دارد: "حاصلات بین دهقان ومالک زمین مطابق توافق طرفین یا تناسبی که عرف تعیین نموده است تقسیم می شود و در صورت عدم موافقت قبلی و عدم موجودیت عرف مناصفه می گردد" ³.

تبصره: مطابق صراحت این ماده معیار تقسیم حاصلات میان صاحب زمین ومزارع (دهقان) در صورت عدم موجودیت موافقت قبلی عرف قرار داده می شود که این موضوع نشان دهنده اثرگذاری قاعده فقهی العاده محكمة بالای این بخش از قانون مدنی می باشد.

¹ وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛کابل، سال: 1384 هـ. ش. ماده: 1366.

² همان ، ماده : 1408.

³ همان ، ماده: 1426.

مطلب پانزدهم: تعیین مدت برای عقد مساقات مطابق به عرف

فقهای احناف در باب بیان مدت برای عقد مساقات ارجاع به عمل و عرف جاری محل می کنند بنابراین، به نظر احناف مساقات برنخستین میوه ای که در اول سال به بار می آید واقع می شود.¹

قانون مدنی افغانستان با اقتباس از دید فقهای حنفی و با الگو برداری از این قاعده فقهی تصریح می دارد: "عقد باغبانی برای مدتی که عرفا معمول باشد، صحت دارد. هرگاه عقد بدون قید مدت باشد، به اولین ثمره حاصل همان سال حمل می شود".

تبصره: به نظر می رسد که قانون مدنی افغانستان باتبعیت از دید فقهی احناف تعیین مدت برای عقد مساقات (باغبانی) به عرف جاری ارجاع می دهد؛ که این امر نشان دهنده اثر پذیری از دید وقاعده فقهی مزبور می باشد.

مطلب شانزدهم: تعیین مزد کارگر مطابق عرف در وقتیکه در عقد کار اجرت تصریح نشده باشد:

مطابق قانون مدنی تعیین اجرت اجیر یا کارگر در صورت عدم صراحت به آن در عقد وفق عرف جاری تعیین می گردد. چنانکه تصریح می دارد: "هرگاه مقدار اجرت در عقد تصریح نگردیده باشد مطابق عرف جاری اجرت مثل تعیین می گردد. در صورت عدم موجودیت عرف محکمه آن را به نحویکه عدالت تأمین گردد تعیین می نماید".²

تبصره: به نظر می رسد که قانون مدنی افغانستان معیار تعیین مزد یا اجرت را برای کارگر در صورت عدم موجودیت موافقه یا تصریح در عقد عرف جاری بین مردم می داند؛ که این خود نمونه ی اثر پذیری این بخش مواد قانون از قاعده فقهی العادة محکمة می باشد.

¹ الزحیلی، وهبه مصطفی. الفقه الاسلامی وادلتہ، ج 6 ص 471 - 472. امیرحمزه کتب خانہ، ب ت.
² لجنة من العلماء المحققين والفقهاء المدققين في الاتحاد السورى. مجلة الاحكام العدلية، وزارة المعارف. ج 1/ 88، عام الطبع: 1421 هـ ق ماده: 1535.

خاتمه

این بخش از تحقیق شامل بر:

الف) نتیجه گیری؛

ب) پیشنهادات؛

ج) فهرست؛

1. فهرست آیات به کاررفته قرآن کریم؛

2. فهرست احادیث نبوی؛

3. فهرست اعلام تعریف شده؛

4. فهرست مصادر و مراجع می باشد که با تفکیک منابع اولیه و ثانوی و قانونی در اخیر آورده شده است، می باشد.

الف/ نتیجه گیری

پس از تحقیق روی اثرپذیری و یا در واقع جهد برای تأسیل فقهی بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور که اینک برابند آن به گونه ی عصاره در چند سطر نوشتاری کوتاه آورده می شود به وضوح تمام کمیت و چگونگی اثرگذاری قواعد کبرای فقهی بر محتوای متنی قانون مزبور تثبیت خواهد شد.

1. قاعده الامور بمقاصدها در بخش معاملات مالی قانون مدنی کشور در باب تشخیص، تثبیت و حکم بر نوعیت معامله (عقد) اهمیت بارزی داشته است؛ روی این اصل است که قانون مدنی بر مبنی این قاعده تشخیص، تثبیت و حکم بر نوع معامله را منوط به تحقیق و علم به مقاصد و معانی طرفین معامله دانسته است.

2. اثرپذیری قانون مدنی از قواعد فقهی را این گونه میتوان به وضوح کامل دید که گاهی قانون مزبور در بیان مطالب و احکام به گونه ی مستقیم از متبازترین فروع قواعد فقهی استمداد جسته است و حتی متن قانون گویی محض ترجمه و برگردان قاعده است.

3. قواعدی نظیری الامور بمقاصدها والیقین لایزول بالشک کمترین مصداق و یا نمونه ی تطبیقی را در این بخشی از قانون مدنی دارند. . بیشترین مصداق یا نمونه ای تطبیقی را درین بخشی از قانون مدنی کشور می شود به اشاره شود را قاعده العادة محكمة به خود اختصاص داده است که ما بابت حفظ اصل توازن کمی فصول از آوردن مصادیق دیگر و اضافه نسبت به دیگر قواعد صرف نظر نمودیم.

5. متون قانون در اکثر موارد به گونه ی غیر مستقیم و مباشر از قواعد فقهی اثر پذیرفته است که این موضوع کشف اثرپذیری و عکس آن را برای محقق و تأسیل کننده را اندکی به مشکل مواجه می کند.

6. مصادیق و یا نمونه های قانونی الضرر یزال و المشقة تجلب التیسیر در باب معاملات مالی قانون مدنی به سختی می شود از هم فرق شد، که این امر سبب میشود، تا محقق به سختی بتواند نمونه های تطبیقی علیحده برای هر کدام بیاورد؛ زیرا هر دو زیر چتر یک هدف که همان جلب منفعت و دفع مفسد است با هم جمع می شوند، لذا؛ میشود نمونه های که اکثراً نمایان گر عدول

از اصل قواعد معاملاتی را مصادیق برای المشقة تجلب التيسير خواند و محض از اله گونه های ضرر را نمونه برای قاعده الضرر یزال .

7. به نظر می رسد که قانون مدنی کشور در بعضی از موارد نظیر مبحث بیع وفا دامنه ی رخصت شرعی را توسعه بخشیده است؛ و این بیع را بدون تعیین شروط مشخص و محدود فقهای مجوزین جواز داده است.

بهتر است قانون مدنی شروط و حالات و وضع اقتصادی واحد جغرافیایی که در آن فقهاء رأی به جواز داده اند را برای تجویز چنین عقدی بیاورد تا باشد از سود ربوی احتمالی در میان افراد جامعه جلوگیری شود.

8. تعریف قانون مدنی از سلم ضرورت به بازنگری داشته و باید اشتباه و مخالف با تعریف فقهی بوده و باید در تعدیل و تصحیح آن ماده اقدام صورت پذیرد.

به گونه ی که اذعان می دارد که سلم عبارت از بیع ثمن آجل به ثمن عاجل". که صورت درست آن که در واقع ترجمه متن و تعریف فقهی می باشد این است که بگوییم: سلم عبارت از بیع مثنی یا مبیعه آجل و مدت دار به ثمن عاجل و قابل پرداخت همزمان با صفت معامله.

9. قاعده های الضرر یزال و العادة محكمة ביותרین نمونه ی اثر پذیری را در مواد بخش مالی قانون مدنی کشور دارد؛ به گونه ی که حتی میشود ادعا کرد که قاعده العادة محكمة سنگ بنای حدود 20 الی 25 فیصد قانون مدنی کشور را می سازد.

10. از تحقیق حاضر چنین برمی آید که گاهی قانون مدنی افغانستان مواد (ماده های) مجلة الاحکام العدلیة را مستقیماً به زبان خود ترجمه نموده و نقل می کند؛ که هیچ نوع تفاوت کلامی در ماده های مجلة الاحکام با قانون مدنی دیده نمی شود.

به عنوان مثال: ماده های 706، 986، 990، 986، 1906، 989، 985، 707، 719، 233، 7، 6، 785، 786، 721، ... که مستقیماً از ماده های مجلة الاحکام العدلیة ترجمه و برگردان شده و منحصراً ادله مهم در قانون مدنی قابل استدلال است؛ که این امر در ذات خود این مدعا را که قانون مدنی افغانستان از متون و قواعد فقهی سخت و بالقوه متأثر است را قوت می بخشد.

ب/ پیشنهادات

بدیهی است که برابند هر تحقیقی حاوی رهیافت های برای حل مشکل تعیین شده می باشد روی این اصل است که ما نیز پیشنهادات سفارشی را برای اهل تحقیق، اهل تخصص حوزه های فقه و حقوق، مجریان قانون ... حسب ترتیب زیرین پیشکش می نماییم:

1. جهد و تلاش علمی متخصصین حوزه ی شرع و قانون برای تأصیل فقهی هرچه بیشتر قوانین نافذه بویژه قوانین متنی؛

این موضوع سبب شکوفایی دانش فقهی - حقوقی قوت بخشی قوانین شده و از طرفی بد بینی ها را نسبت به بار شرعی داشتن قوانین از میان برمی دارد.

2. ایزاد مضمون تحلیل فقهی قوانین متنی در نصاب پوهنهی های حقوق و شرعیات؛ این سبب میشود تا فراغین این پوهنهی مسؤولیت حوزه عدلی قضایی کشور را یدک خواند کشید با دانش فقهی و حقوقی هرچه بیشتر بارور شوند.

3. تعدیل مواد قانون اساسی کشور (بحث بازار آزاد) که مسبب عدول قوانین تابعه آن از حریم شریعت اسلامی در مورد سود ربوی بخصوص در بخش معاملات مالی قانون مدنی و قانون تجارت شده است.

بدون شک هر قانون وضعی دارای نارسایی های می باشد که باعث تعدیلات و ایزادات و تنقیصات می شود؛ قانون اساسی کشور نیز که اصل و مأخذ و یا یک خط مش اصولی برای وضع سایر قوانین در کشور است، دارای بعضی ایرادات بویژه از محک شرع می باشد که بارزترین آن همان بحث اعتراف و پذیرش بازار آزاد در قانون مزبور می باشد.

3. پیشنهاد می گردد تا بابت رفع ابهامات و افواهات مبنی بر غیر اسلامی بودن کلی قوانین بویژه قوانین متنی نظیر قانون مدنی، وکود جزای کشور برای تأصیل و تحلیل فقهی این گونه قوانین پرداخته شود تا از یک طرف باعث بارور شدن هرچه بیشتر این قوانین شده از جهت دیگر این امر باعث نفی و زدودن بد بینی ها نسبت به این نوع قوانین در کشور خواهد شد.

5. سفارش می شود تا برای هر کدام از قواعد کبری به صورت تطبیقی در همه حوزه های فقهی (عبادات، احوال الشخصیه، معاملات مالی و جنایات) کتب و آثار مستقل به نگارش درآید. این کار می تواند در تأصیل و قوت هرچه بیشتر مواد قوانین نقش داشته باشد و همچنان باعث تسهیل روند صدور افتاء و واعلام قرارهای قضایی می شود.

ج/فهارست

1/ فهرست آیات های قرآنی

شماره	آیات	سورة	صفحه
۱	إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ	البقرة	102
۲	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ	الاعراف	123
۳	فَاذْهَبِ أَنْتَ وَرَبُّكَ فَقَاتِلَا إِنَّا هَاهُنَا قَاعِدُونَ	المائدة	9
4	فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا	النساء	120
5	قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقْتَ كَثِيرًا مِّمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا	هود	9
6	قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ	الاعراف	31
7	لَنْ يَضُرُّوكُمْ إِلَّا أذى وَإِنْ يُفَاتِلُوكُمْ يُولُوكُمْ الْأُدْبَارَ ثُمَّ لَا يَنْصُرُونَ	آل عمران	96
8	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ	الطلاق	119
9	مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ	المائدة	73
10	مَنْ كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ الْآخِرَةِ نَزِدْ لَهُ فِي حَرْثِهِ وَمَنْ كَانَ يُرِيدُ حَرْثَ	الشورى	20
11	مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْعَاجِلَةَ عَجَلْنَا لَهُ فِيهَا مَا نَشَاءُ لِمَنْ نُرِيدُ ثُمَّ جَعَلْنَا	الاسراء	-19 15
12	وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي * يَفْقَهُوا قَوْلِي	طه	10
13	وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا ..	البقرة	9
14	وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ	الشورى	21
15	وَإِنَّهُ لَحَقُّ الْيَقِينِ	الحاقة	51
16	وَتَحْمِلِ أَثْقَالَكُمْ إِلَىٰ بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بِالْغَيْهِ إِلَّا لِيُقِيسَ الْإِنْسَانَ بِرَبِّكُمْ	النحل	69
17	وَلَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ	آل عمران	32
18	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ .	البقرة	119
19	وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ	النحل	31
20	وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَعَلَّوْا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ	البقرة	127
21	وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	البقرة	120
22	وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ .	البقرة	77
23	وَمَا أَمْرٌ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ	هود	30

34	البينة	وَمَا أَمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا ..	24
51	يونس	وَمَا يَتَّبِعْ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا	25
-21 12	البقرة	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ	26
22	الاسراء	وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى	27
21	البقرة	وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ	28
-21 12	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	29

12 / فهرست آحادیث نبوی

شماره	حدیث	صفحه
۱	أَحَبُّ الدِّينِ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ	77
۲	احتشي كرسفا قالت له إنه أشد من ذلك إني أتحج ثجا قال تلجمي وتحیضی ..	124
۳	إِذَا دُبِغَ الْإِهَابُ فَقَدْ طَهَّرَ	17
4	إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلْيَلْقِ الشَّكَّ، وَلْيَبْنِ عَلَى الْيَقِينِ	54
5	إِذَا وَجَدَ أَحَدُكُمْ فِي بَطْنِهِ شَيْئًا، فَأَشْكَلْ عَلَيْهِ أَخْرَجَ مِنْهُ شَيْءٌ أَمْ لَا، فَلَا ...	52
6	أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه	23
7	إِنَّ الدِّينَ يُسْرٌ، وَلَنْ يُشَادَّ الدِّينَ أَحَدٌ إِلَّا غَلَبَهُ	74
8	أَنْتُمْ الَّذِينَ قَلْتُمْ كَذًا وَكَذًا، أَمَا وَاللَّهِ إِنِّي لَأَخْشَاكُمْ لِلَّهِ وَأَتْقَاكُمْ لَهُ، لَكِنِّي أَصُومُ ..	80
9	إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وَتَصَدَّقْتَ بِهَا	126
10	إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ ..	33
11	إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ	21
12	تَجَاوَزَ اللَّهُ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنَّسْيَانَ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ	105
13	خَذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ	124
14	الخراج بالضمان	22
15	الدِّينُ النَّصِيحَةُ	22
16	دَعُوهُ، وَأَهْرِيقُوا عَلَى بَوْلِهِ ذُنُوبًا مِنْ مَاءٍ، أَوْ سَجَلًا مِنْ مَاءٍ، فَإِنَّمَا بُعِثْتُمْ ...	102
17	فَإِذَا أَمَرْتُمْ بِشَيْءٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ	81
18	كُلُّ شَرَابٍ أَسْكِرَ فَهُوَ حَرَامٌ	90
19	كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ	90
20	كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ، دَمُهُ، وَمَالُهُ، وَعَرِضُهُ	99
21	مَا خَيْرَ رَسُولٍ اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ قَطُّ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا، مَا	74

122	مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، وَمَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ سَيِّئًا فَهُوَ .	22
16	من ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه	23
99	لا ضرر ولا ضرار	24
121	وَإِنَّكَ لَنْ تَنْفِقَ نَفَقَةً إِلَّا أُجِرْتَ عَلَيْهَا، حَتَّى اللَّقْمَةَ تَرْفَعُهَا إِلَى فِي امْرَأَتِكَ	25
121	الوزن وزن أهل مكة والمكيال مكيال أهل المدينة	26
35	يَبْعَثُهُمُ اللَّهُ عَلَى نِيَّاتِهِمْ	27
23	يَسْرًا وَلَا تَعْسْرًا، وَبَشْرًا وَلَا تَنْفَرًا، وَتَطَاوَعًا وَلَا تَخْتَلَفًا	28
27	يَسْرُوا وَلَا تَعْسُرُوا، وَسَكَنُوا وَلَا تَنْفَرُوا	29

3 / فهرست اعلام

شماره	اعلام	صفحه
1	ابوسعید عبدالمجید بن اسماعیل	34
2	احمد الزرقاء	11
3	تفتازانی	9
4	جرجانی	10
5	سنهوری	69
6	سید سابق	5
7	عبدالغفور البیتانی	35
8	وهبة	29
9	الکرخی	20
10	الحموی	11
11	الدبوسی	20
12	السیوطی	21
13	الاتاسی	21
14	التفتازانی	11
15	ابوطاهر دباس	20
16	زیدان	5
17	الونشیریسی مالکی	21

4/ مراجع و مصادر

مراجع اوليه (دست اول)

القرآن الكريم

1. ابن كثير ، ابو الفداء ، إسماعيل بن عمر . مسند الفاروق أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأقواله على أبواب العلم، تحقيق: إمام بن علي بن إمام ، ناشر: دار الفلاح، الفيوم – مصر ، چاپ اول 1430 هـ - 2009 م
2. ابن منظور، الأنصاري ابو الفضل، محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الرويفعي الافريقي: لسان العرب ، ناشر دار صادر – بيروت ، چاپ سوم 1414 هـ.
3. القزويني، ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد. سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ب ت .
4. ألباني ، محمد ناصر الدين الألباني . صحيح وضعيف سنن ابن ماجه ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .
5. ألباني، محمد ناصر الدين الألباني . صحيح وضعيف سنن الترمذي ، مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية . ب تا .
6. الألباني، محمد ناصر الدين . صحيح وضعيف سنن أبي داود ، 165 مصدر الكتاب برنامج منظومة التحقيقات الحديثية - المجاني - من إنتاج مركز نور الإسلام لأبحاث القرآن والسنة بالإسكندرية .
7. ألتاسي ، محمد خالد شرح مجلة الأحكام العدلية. ج: المكتبة الحقانية :پشاور پاکستان ب تا .
8. الأصفهاني، راغب . المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان داودي، ب تا.

9. أعضاء ملتقى أهل الحديث. المعجم الجامع في تراجم العلماء وطلبة العلم المعاصرين 1،
أماهه شده برأى المكتبة الشاملة توسط : أسامة بن الزهراء عضو فى ملتقى أهل الحدي
[الكتاب مرقم آليا، غير مطبوع]
10. البخاري ، ابو عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة. الجامع المسند الصحيح
المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري ،
تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر ناشر : دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية
بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) چاپ اول ، 1422 هـ.ق.
11. بورنو، أبو الحارث محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل. الوجيز في إيضاح قواعد
الفقه الكلية، ناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان ، چاپ چهارم 1416 هـ - 1996 م
12. البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُو جردى الخراساني، أبو بكر السنن
الكبرى للبيهقي. الناشر: دار الفكر. المصدر: الشاملة الذهبية ب تا.
13. باز. سليم بن رستم بن الياس. شرح مجله الاحكام العدييه. بيروت: دار احياء تراث
الاسلامى. 1986م.
14. التونسي، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور. مقاصد الشريعة
الإسلامية. الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر. المحقق: محمد الحبيب ابن
الخوجة، عام النشر: 1425 هـ - 2004 م
15. الترمذى ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَورة بن موسى بن الضحاك . سنن
الترمذى، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، ناشر: دار الفكر للطباعة والنشر ، مصدر:
الشاملة الذهبية ب ت .
16. التفتازانى ، التلويح على التوضيح ، . التلويح على التوضيح ، القايره . تحقيق : محمد
على صبيح ب - ت .
17. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف. كتاب التعريفات. جزء 1 الناشر: دار
الكتب العلمية بيروت -لبنان المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر،
الطبعة: الأولى 1403 هـ -1983م.
18. الجوزيه ابن قيم ،أبي عبدالله محمد أبى بكر. اغائه اللهفان من مصاديد الشيطان
ج1 التوزيع : عباس أحمدالباز. مصدرها : مكتبة نور.ب تا .
19. الحموي الحنفي ، أبو العباس ، أحمد بن محمد مكي . غمز عيون البصائر فى شرح
الأشباه والنظائر ، ناشر: دار الكتب العلمية ، چاپ اول 1405 هـ - 1985 م .

20. الحدادي ثم المناوي القاهري، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين فيض القدير شرح الجامع الصغير . ج3 تعليقات يسيرة لماجد الحموي الناشر: المكتبة التجارية الكبرى - مصر، الطبعة: الأولى، 1356.
21. الحنفي، بدر الدين العيني. عمدة القاري شرح صحيح البخاري ناشر: ملفات وورد من ملتقى أهل الحديث تاريخ التعديل : 19 ربيع الأول 1427 هـ الموافق : 17 نيسان (أبريل) ، 2006 م.
22. الدعاس، عزت عبيد. القواعد الفقهية مع شرح الموجز، دارالكتب العلمية ب تا .
23. الروكي، محمد، قواعد الفقه المالكي من خلال الاشراف على مسايل الخلاف، الرباط . 1989 م.
24. خرم دل، مصطفى . تفسير نور. انتشارات : احسان، 1375 تهران . ايران هـ ش
25. الرازي القزويني، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء . معجم مقاييس اللغة . المحقق: عبد السلام محمد هارون. الناشر: دار الفكر. عام النشر: 1399 هـ - 1979 م.
26. زيدان، عبدالكريم. المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة: ناشرون. ب تا،
27. الزبيري، وليد بن أحمد الحسين إيد بن عبد اللطيف القيسي، مصطفى بن قحطان الحبيب، بشير بن جواد القيسي، عماد بن محمد البغدادي الموسوعة الميسرة في تراجم أئمة التفسير والإقراء والنحو واللغة «من القرن الأول إلى المعاصرين مع دراسة لعقائدهم وشيء من طرائفهم» الناشر: مجلة الحكمة، مانشستر - بريطانيا الطبعة: الأولى، 1424 هـ - 2003 م
28. الزحيلي، وهبة. المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول، دمشق، دار الفكر، چاپ اول سال: 1433 ق.
29. الزحيلي، وهبه مصطفى . الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4. اميرحمزه كتب خانه، ب تا.

30. الزحيلي، محمد مصطفى القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة . ج 1 ، دار الفكر بيروت بي تا)
31. الزرقا ، أحمد بن الشيخ محمد . شرح القواعد الفقهية، تصحيح و تعليق: مصطفى أحمد الزرقا ، ناشر: دار القلم - دمشق / سوريا چاپ دوم 1409 هـ - 1989 م
32. الزرقاء، مصطفى. المدخل الفقهي العام. الطبعة العاشرة . دمشق: دار الفكر، 1968 م
33. السيواسي ،كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام، فتح القدير . الناشر: دار الفكر الطبعة: ب ط،ب تا.
34. سابق،سيد فقه السنة. الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، الطبعة: الثالثة، 1397 هـ - 1977 م.
35. السرخسي ، شمس الأئمة ، محمد بن أحمد بن أبي سهل : كتاب المبسوط ، تحقيق خليل محي الدين الميس ، ناشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ، چاپ اول 1421 هـ 2000 م ، مصدر الشاملة الذهبية .
36. السيوطي ، جلال الدين ، عبد الرحمن بن ابى بكر : الأشباه والنظائر ص 327 ، ناشر دار الكتب العلمية چاپ اول 1411 هـ - 1990 م
37. السنهورى ، عبدالرزاق احمد . الوسيط في القانون المدنى الجديد . بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية. العام: 2000م
38. السجستاني ،سليمان ابن شعث بن شداد بن عمروابى داود. سنن ابى داود . تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، ب ت
39. الشاطبي ،ابى اسحاق ابراهيم بن موسى ابن محمد. الموافقات دارابن عفان. ب تا،
40. الشاطبي ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، الموافقات في أصول الفقه. الناشر: دار المعرفة - بيروت. تحقيق: عبد الله دراز، المصدر: الشاملة الذهبية. ب تا.
41. عزام ،عبدالعزيم محمد. القواعد الفقهية ، دار الحديث :فاهره .ب- تا .

42. العسقلاني الشافعي، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل ، فتح الباري شرح صحيح البخاري. رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، الناشر: دار المعرفة - بيروت، 1379هـ.

43. القرافي ، أبو العباس ، شهاب الدين ، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن . الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق ناشر: عالم الكتب ، ب ت ، ب ط .

44. القشيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ب ت . [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، ومتن مرتبط بشرح النووي والسيوطي]

45. القره داغی ، علی محی الدین . المقدمة في المال والاقتصاد والعقد والملكية، دار البشائر الإسلامية ب تا.

46. القشيري النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء التراث العربي - بيروت ، ب ت . [ترقيم الكتاب موافق للمطبوع، وهو ضمن خدمة التخریج، ومتن مرتبط بشرح النووي والسيوطي]

47. القزويني، ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد بن يزيد. سنن ابن ماجه ، بَابُ مَنْ بَنَى فِي حَقِّهِ مَا يَضُرُّ بَجَارِهِ ، ج 2 ص 784 حديث شماره 2341 ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ، ناشر: دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي ، ب ت .

48. كامل ، عمر عبدالله ، القواعد الفقهية الكبرى. جامعة الازهر الشريف ؛كلية الدراسات العربية والإسلامية بالقاهرة؛ قسم الدراسات العليا، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العالمية، ب تا .

49. الكاساني، الامام علاء الدين. بدايع الصنائع في ترتيب الشرايع، مكتبة حقانية ب ت

50. كحالة ، عمر رضا: معجم المؤلفين ناشر: مكتبة المثنى - بيروت، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ب ت .

51. محمد خير بن رمضان بن إسماعيل يوسف : تكملة معجم المؤلفين ، ناشر: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان چاپ اول 1418 هـ - 1997 م
52. المرغيناني الفرغاني ، ابوالحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل. الهداية شرح البداية. المحقق: طلال يوسف، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان. ب. تا.
53. منصور، محمد حسين . المدخل الى القانون. منشورات : الحلبي الحقوقية ب- ت .
54. المزيني ، احمد عبدالعزيز. الموارد المالية في الاسلام. ج1/ ص 15) جامعة الكويت. النشر: ذات السلاسل ، ب- ت
55. نووى ، أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف . روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - على محمد معوض ناشر: دار الكتب العلمية ، مصدر الشاملة الذهبية .
56. نووى ، أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف . روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق :عادل أحمد عبد الموجود - على محمد معوض ناشر: دار الكتب العلمية ، مصدر الشاملة الذهبية .
57. نيشاپورى ، أبو عبد الله الحاكم ، مشهور به ابن البيع ، محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم. المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ، ناشر: دار الكتب العلمية - بيروت ، چاپ اول 1411 - 1990
58. وزارت الاوقاف و الشؤون الاسلامية - الكويت ، جمعى از علماء : الموسوعة الفقهية الكويتية ج 6 دار السلاسل الكويت . الطبع الثانى: سال ١٤٠٤ هـ - ١٤٢٧ .
59. بدون مؤلف: تراجم الشخصيات من موقع ذاكرة الأزهر المصدر: الشاملة الذهبية (ب) منابع ثانوى (دست دوم):
60. امامى ، سيدحسن . حقوق مدنى . ج: 1 انتشارات: اسلاميه، ب تا-
61. البيتانى ، عبدالغفور . القواعد الفقه فى القضاء . ترجمه : محمد صالح مصلح . انتشارات: سرور سعادت، كابل 1397 هـ ش .
- 62 . نذير، دادمحمد. اساسات حقوق اسلام. ج 1 ، انتشارات :حامد رسالت. كابل ، 1391 هـ ش
- 63 . امامى ، سيد حسن . قانون مدنى . انتشارات : كتاب فروشى اسلاميه ، تهران . (1377) هـ ش .

- 64 . دامحمد نذیر، درآمدی بر قواعد کلی فقهی. انتشارات : رسالت ، چاپ : اول . کابل 1392 هـ.ش.
- 65 . کاتوزیان ، ناصر . قواعد عمومی قراردادها . چاپ: هفتم .تهران .انتشارات : شرکت سهامی بهمن برنا .1385. هـ.ش.
66. لنگوردی،محمد جعفر جعفری . ترمینولوژی حقوق . انتشارات: احسان، تهران . 1375 هـ.ش .
67. محمد معین ، فرهنگ فارسی یک جلدی معین انتشارات : زرین نگارستان کتاب .تهران 1387 هـ.ش .
- ج) منابع قانونی :**
- 68 . وزارت عدلیه،قانون اصول محاکمات مدنی . جریده رسمی :شماره 10 ، شماره مسلسل : 722.1369 هـ.ش .
- 69 . وزارت عدلیه، اصول نامه تجارت . جریده رسمی : شماره 89.شماره مسلسل 33 . سال : 1333.
70. وزارت عدلیه، قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال ، نمبر مسلسل: (1150) تاریخ نشر: 28 میزان سال: 1394 هـ.ش .
- 71 . وزارت عدلیه مصر، قانون مدنی جمهوری مصر، ترجمه : محمد علی نوری . انتشارات: گنج دانش . سال چاپ : 1387 هـ.ش.
72. وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان . جریده رسمی . نمبر مسلسل: 353 مطبوعه دولتی؛کابل، سال: 1384 هـ.ش.
73. وزارت عدلیه ، قانون اساسی افغانستان ، جریده رسمی . نمبر مسلسل 353 مطبوعه دولتی،کابل .1382 هـ.ش.

Summary of the Research

Abstract:

The relationship between the law of Islamic jurisprudence has long been the focus of research and investigation by researchers in these two fields.

As a result of this focus, hundreds of pleasant and unpleasant scientific works appear.

The civil law of the country is also considered as one of the laws that is potentially influenced by Islamic jurisprudence and this claim can be well established in the elaboration of the articles of this law.

The quantity of this effect of Islamic jurisprudence, especially the general rules of jurisprudence, requires research on a subject that the author seeks to obtain a master's degree in jurisprudence and law at SALAM_ KABUL university, so that this research can bridge the scientific gap in this area.

Certainly, this work will be about receiving the degree of effectiveness, scarcity and multiplicity of the effect of the five rules of jurisprudence on the financial information sections of the law, which has been written using first hand auxiliary sources in the fields of Islamic jurisprudence and law in a standard academic style.

The present article is improvised with an introduction that is in fact the general perspective of the research, and its research content consists of about six(6) chapters.

This research has been written with a religious approach and the optimal use of reliable and authentic religious and scientific sources such as authentic Islamic books with the method of library research through analytical study.

In the first chapter, the researcher seeks to analyze and explain the general concepts of the research and does not omit general issues or necessary introductory events..

In the second up to sixth chapters, by researching the rules of jurisprudence, each of them has been applied by bringing comparative examples from the financial transaction section of the civil law after thematic comparison and has established the effectiveness of the articles of the law from the said rules in a practical and reasoned manner.

Receiving the quantity of legal texts on the financial transaction section of the law and succeeding in achieving which rule has the most impact on this section of the law and which rule has the leadt impact is one of the major gaols of the present study.

This present study has been completed by presenting the result or conclusion in two languages (research language and English), suggestions, list of announcements, list of Quranic verses, list of hadiths used and a list of sources and references used.

The author of these lines hopes that the work should be used optimally to produce knowledge and enlightenment in the Islamic society.

Keywords: Principle/Rule Rules Jurisprudence Financial and legal transact.



Salam University

Faculty of Sharia & Law

Master s Program of jurisprudence & Law



Islamic Emarat of Afghanistan

Ministry of Higher Education

DM of Academic Affairs

The rules of jurisprudence and its effect on the financial transactions of the civil law

A Master's thesis

Student:mohammad Hussain Atifi

Supervisor:Prs. Dr Rafiullah Ata

Year :2019



Salam University
Faculty of Sharia & Law
Master's Program of jurisprudence & Law



Islamic Emarat of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

**The rules of jurisprudence and its effect on the
financial transactions of the civil law**

A Master's thesis

Student: mohammad Hussain atifi

Supervisor: Dr Rafiullah ata

Year: 2019