



جمهوری اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
پوهنتون سلام - کابل  
پوهنځی شرعیات  
دبېار تمنن فقه و قانون  
مرحله ماستری



## اعتبار عرف در شریعت و قوانین افغانستان

(پایان نامه ماستری)

محقق : حفیظ الله (قاسمی)  
استاد رهنماء : استاد وزیر محمد (سعیدی)

خزان سال 1397 هـ ش



جمهوری اسلامی افغانستان  
وزارت تحصیلات عالی  
پوهنتون سلام – کابل  
پوهنځی شرعیات  
دپارتمنت فقه و قانون  
مرحله ماستری

## اعتبار عرف در شریعت و قوانین افغانستان

(پایان نامه ماستری)

محقق : حفیظ الله (قاسمی)

استاد رهنماء : استاد وزیر محمد (سعیدی)

خزان سال 1397 هـ ش

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دیارتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

## تصدیق نامه

محترم حفيظ الله ولد غلام سخی ID نمبر Sh-msf-94-046 (از دور سوم فقه و قانون) از پایان نامه ماستری خویش زیر عنوان: اعتبار عرف در شریعت و قوانین افغانستان به روز پنجشنبه تاریخ ۱۳۹۷/۷/۱۵ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و از نظر هیأت ژوری مستحق ۸۸ (نمره به عدد) هشتاد و هشت نمره (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

امضاهای اعضای هیأت ژوری:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	دکتور نجیب الله صالح	عضو هیأت	
۲	دکتور عبد الباقي امین	عضو هیأت	
۳	استاد وزیر محمد سعیدی	رهنما و رئیس جلسه دفاعیه	



معاون علمی



آمر بورده ماستری

## اهداء

این کوشش کوچک را به پدر و مادر گرامی ام که مرا با تمام استواری، دلسوزی و مهربانی در امر فراگیری دانش شرعی یاری رسانیده اند، و به اساتید گران ارجم که در رشد و بالندگی فکری ام سهم به سزائی داشتند، و به همه ای رهروان علم و دانش که پرچمداران رفاه، ترقی و سعادت فرداهای روشن بشریت اند، اهدا می کنم.

## شکر و سپاسگذاری

خداوند اقدس لایزال را شاکر و سپاسگذارم که توفیق را رفیق حالم گردانید تا پایان نامه ماستری خویش را زیر عنوان (اعتبار عرف در شریعت و قوانین افغانستان) تهیه، ترتیب و به پایه اکمال برسانم.

جا دارد از رهبری، استادان و منسوبین پوهنتون خصوصی سلام، بخصوص از بورد ماستری پوهنخی شرعیات پوهنتون مذکور، به ویژه از استاد گران ارج، محترم استاد وزیر محمد "سعیدی" اظهار سپاس و قدردانی نمایم که با راهنمایی های بی دریغ شان بنده را یاری نمودند و زمینه تحریر این پایان نامه تحصیلی را برایم مساعد ساختند.

و ما توفیقی الا بالله، علیه توکلت و الیه انیب

بالاحترام

حفیظ الله "قاسمی"

## چکیده

الحمد لله و الصلوة والسلام على رسول الله و آله و صحبه و من والاه.

وبعد:

اگر بخواهیم بحث حاضر را که زیر عنوان «اعتبار عرف در شریعت و قوانین افغانستان» تحریر یافته است طور موجز خلاصه نماییم، می توان گفت که بحث هذا؛ شامل پیشگفتار، مقدمه، تمهید، چهار فصل، نتیجه گیری و پیشنهادات می باشد.

در تمهید مسائل مقدماتی به بحث و بررسی گرفته شده است که شامل موارد ذیل می گردد: 1 - فراگیری و شمولیت شریعت اسلامی و اسباب آن. 2 - اهمیت عرف و نیاز فقیه به اعتبار آن. فصل اول، کلیات موضوع را به بحث گرفته است که شامل مباحث ذیل می گردد: مبحث اول - معنی عرف، شریعت و قانون. عرف در لغت به معنی پیروی کردن چیزی پی در پی، سکون، بلندی و ارتفاع آمده است و در اصطلاح عرف: عرف هر گفتار و کرداری است که در نفوس اکثریت مردم استقرار پیدا کرده، عقل های شان پذیرفته و در طبائع سلیم شان مقبولیت داشته و شریعت آن را رد نکرده است. شریعت در لغت به معنی ظهور، بیان و وضوح و نیز به معنی راه که مردم برای گرفتن آب می روند استعمال گردیده و همچنان به راه و روش روشن نیز اطلاق می گردد. در اصطلاح به دو مفهوم عام و خاص استعمال گردیده است؛ شریعت به معنی عام شامل همه ای احکام است که از جانب خداوند جل جلاله در باب عقائد، اعمال و ... تشریح گردیده است. و شریعت به معنی خاص بر احکام عملی اطلاق می گردد. قانون در لغت به معنی مقیاس و معیار و در اصلاح دو تعریف دارد: 1 - تعریف ماهوی :- قواعد صریح و معقولی است که از جانب هیأت حاکمه به منظور حفظ نظم جامعه و تأمین حقوق افراد وضع گردیده و تطبیق آن توأم با اجبار است. 2 - تعریف شکلی :- عبارت از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد. مبحث دوم - اقسام عرف. در این مبحث عرف از جوانب مختلف به عرف قولی و عملی، عرف عام و خاص، عرف صحیح و فاسد، عرف و عادت شرعی و عوائد جاری در بین مردم و عوائد ثابت و متغیر تقسیم بندی گردیده است. مبحث سوم - فرق بین عرف و اصطلاحات مشابه آن. در این مبحث تفاوت های موجود در میان عرف و عادت، عرف و اجماع و عرف و عمل به بررسی گرفته شده و در اخیر نحوه رفتار و تعامل اسلام با عرف هار را مورد بحث قرار داده شده است. فصل دوم در مورد حجیت، ارکان و شرائط اعتبار عرف بوده که شامل مباحث ذیل می گردد: مبحث اول - حجیت عرف. در این مبحث حجیت و مشروعیت عرف را به آیات، احادیث و قواعد کلی فقهی به اثبات رسانیده شده است. فرموده خداوند جل جلاله: (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)<sup>1</sup>. ترجمه: گذشت داشته باش و آسانگیری کن و به کار نیک دستور بده و از نادانان چشم پوشی کن.

فقهاء بر اعتبار و حجیت عرف به این آیه استدلال نموده اند؛ از جمله قرافی که در مسئله اختلاف زوجین در متاع خانه به این آیه استدلال کرده است می گوید: بخاطر دلالت ظاهر آیه، مطابق عرف فیصله صورت می گیرد مگر اینکه در زمینه بینه موجود باشد.<sup>2</sup> نیز می فرماید: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ

<sup>1</sup>. سوره اعراف، آیه 199.

<sup>2</sup>. قرافی، الفروق ج 3 ص 149.

بِالْمَعْرُوفِ).<sup>1</sup> ترجمه: و برای همسران ( حقوق و واجباتی ) است (که باید شوهران اداء بکنند) همان گونه که بر آنان (حقوق و واجباتی) است که (باید همسران اداء بکنند) به گونه شایسته‌ای (که برابر عرف مردمان و موافق با شریعت اسلام باشد).

در این آیه کریمه انفاق بر عرف مردم مقید شده است.<sup>2</sup>

همچنان نبی کریم صل الله علیه وسلم خطاب به هند خانم ابوسفیان می فرماید: (خدی ما یکفیک و ولدک بالمروف).<sup>3</sup> متفق علیه. (طبق عرف و به اندازه نیاز خود و فرزندان، بردار).

نیز قواعد فقهی متعدد عرف را مورد تأیید قرار داده آن را معتبر می دانند از جمله: . (العادة محكمة).<sup>4</sup>  
ترجمه: عادت، خواه عام باشد یا خاص برای اثبات حکم شرعی حکم گردانیده می شود.

2. (لاینگر تغییر الاحکام بتغییر الازمان).<sup>5</sup> ترجمه: تغییر احکام با تغییر زمان مورد انکار قرار نمی گیرد.

مبحث دوم – ارکان و شروط عرف. در این مبحث ارکان و شروط عرف از منظر فقه و قانون به بحث و بررسی گرفته شده و برشمرده شده است. فصل سوم زیر عنوان تأملی بر ارزش عرف در شریعت و قانون بوده و شامل مباحث ذیل می گردد: مبحث اول در مورد عرف قولی و فعلی است که بادر نظر داشت نصوص شرعی و نظریات فقهاء اسلامی حدود و ثغور عرف قولی و عملی تعیین و تثبیت گردیده است و مبحث دوم در مورد موقف عرف در تطبیق احکام و تغییر احکام مبتنی بر عرف با تغییر عرف است که شامل مطالب آتی است: 1 – عرف مرجع تطبیق احکام است. 2 – تغییر احکام مبتنی بر عرف با تغییر عرف. فصل چهارم در مورد تطبیقات عرف در قوانین افغانستان و نقش آن در ساحه حقوق جزاء است که شامل مطالب ذیل می گردد: 1 – تمهید. 2 – تطبیقات عرف در مواد قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی. 3 – تطبیقات عرف در مواد قانون احوال شخصیه و اصولنامه تجارت. 4 – نقش عرف در ساحه حقوق جزاء. در نهایت با یک نتیجه گیری و پیشنهادات چندی درب بحث حاضر بسته شده است.

<sup>1</sup> .سوره بقره، آیه 228.

<sup>2</sup> .حمادة، العرف و اثره فی حقوق الزواج فی الفقه الاسلامی ص 12.

<sup>3</sup> .بخاری، صحیح البخاری ح ش 2211 – نیسابوری، المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل الی رسول الله صل الله علیه وسلم ح ش 1714.

<sup>4</sup> .لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام، ماده (36).

<sup>5</sup> . همان اثر، ماده 39.



## فهرست مطالب

عنوان.....	صفحه
مقدمه.....	ز

### فصل اول

#### کلیات

#### تمهید

- اول – فراگیری و شمولیت احکام شریعت اسلامی و اسباب آن.....1
- دوم – اهمیت عرف و نیاز فقیه به اعتبار آن.....7

#### مبحث اول

#### معنی عرف، شریعت و قانون

- مطلب اول: منشأ عرف.....12
- مطلب دوم: عرف در لغت و اصطلاح:
- فرع اول: تعریف لغوی عرف.....15
- فرع دوم: تعریف اصطلاحی عرف.....16
- مطلب سوم: تعریف لغوی و اصطلاحی شریعت:
- فرع اول: تعریف لغوی شریعت.....20
- فرع دوم: تعریف اصطلاحی شریعت.....21
- فرع سوم: رابطه معنی لغوی و اصطلاحی شریعت.....22
- مطلب چهارم: قانون در لغت و اصطلاح:
- فرع اول: قانون در لغت.....23
- فرع دوم: قانون در اصطلاح.....23

## مبحث دوم

### اقسام عرف

- 24.....مطلب اول: اقسام عرف در شریعت.
- 28.....مطلب دوم: اقسام عرف در قانون.
- 29.....مطلب سوم: نحوه رفتار و تعامل اسلام با عرف های موجود در زمان ظهور اسلام.

### مبحث سوم

#### فرق بین عرف و اصطلاحات مشابه آن

- مطلب اول: عرف و عادت و فرق در بین شان:
- فرع اول: عادت در لغت و اصطلاح:
- 30.....الف: تعریف لغوی عادت.
- 30.....ب: تعریف اصطلاحی عادت.
- 31.....فرع دوم: فرق بین عرف و عادت.
- مطلب دوم: عرف و اجماع و فرق در بین شان:
- فرع اول: اجماع در لغت و اصطلاح:
- 32.....الف: اجماع در لغت.
- 32.....ب: اجماع در اصطلاح.
- 33.....فرع دوم: فرق در بین عرف و اجماع.
- مطلب سوم: عرف و عمل و فرق در بین شان:
- فرع اول: عمل در لغت و اصطلاح:
- 33.....الف: عمل در لغت.
- 34.....ب: عمل در اصطلاح.
- 34.....فرع دوم: فرق بین عرف و عمل.

## فصل دوم

### حجیت، ارکان و شرائط اعتبار عرف

#### مبحث اول

#### حجیت عرف

- 36.....مطلب اول: استدلال از قرآن کریم.
- 39.....مطلب دوم: استدلال از سنت.
- 46.....مطلب سوم: استدلال از قواعد کلی فقهی.

#### مبحث دوم

#### ارکان عرف و شرائط آن

- 53.....مطلب اول: ارکان عرف.
- مطلب دوم: شرائط عرف:
- 54.....فرع اول: شرائط عرف در شریعت.
- 59.....فرع دوم: شرائط عرف در قانون.

## فصل سوم

### تأملی بر ارزش عرف در شریعت و قانون

#### مبحث اول

#### عرف قولی و عملی

- 60.....تمهید:
- 63.....مطلب اول: عرف قولی.
- 66.....مطلب دوم: عرف عملی.
- 76.....مطلب سوم: بنای احکام و فتاوی بر عرف.
- 79.....مطلب چهارم: مخالفت عرف با دلایل شرعی.

## مبحث دوم

### موقف عرف در تطبیق احکام و تغییر احکام مبتنی بر عرف با تغییر عرف

- 92.....مطلب اول: عرف مرجع تطبیق احکام.....
- 93.....مطلب دوم: تغییر احکام مبتنی بر عرف، با تغییر عرف.....

## فصل چهارم

### تطبیقات اعتبار عرف در قوانین افغانستان و نقش آن در ساحه حقوق جزاء

- 99.....تمهید.....
- 101.....مطلب اول: تطبیقات اعتبار عرف در مواد قانون مدنی و.....
- 122.....مطلب دوم: تطبیقات اعتبار عرف در مواد قانون احوال شخصیه و قانون تجارت.....
- 123.....مطلب سوم: نقش عرف در ساحه حقوق جزاء.....
- 126.....نتیجه گیری.....
- 127.....پیشنهادات.....
- 128.....فهرست آیات قرآن کریم.....
- 130.....فهرست احادیث.....
- 131.....فهرست مواد قانون.....
- 134.....فهرست منابع و مأخذ.....

## مقدمه

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خاتم النبيين، وإمام المرسلين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهداه، وسار على نهجه إلى يوم الدين، وبعد:

شریعت اسلامی دارای اصول و مبانی است که همگام با زمان و مکان در حرکت بوده و مسائل مستجده روز را تحت پوشش قرار داده با در نظر داشت اوضاع و احوال، حکم شرعی را برای آن پیشکش می کند؛ از جمله عرف است که در شریعت اسلامی از اعتبار ویژه ای برخوردار بوده و احکام زیادی فقهی در مدار آن می چرخد و در بسا موارد مصالح عام یا خاص مردم در رعایت آن تحقق پیدا می کند که در نتیجه یکی از عوامل ماندگاری شریعت اسلامی در همه ای زمانها و مکانها است.

بدون تردید که عرف یکی از مباحث مهم در علم اصول فقه، فقه و قواعد فقهی است و احساس می شود تا پیرامون آن تحقیقات گسترده صورت گیرد، تحقیقات که عرف را واضح سازد و اعتبار آن را در شریعت به بررسی بگیرد و اثر آن را در استنباط احکام، بخصوص در قضایای فقهی معاصر روشن سازد.

نصوص زیادی از اعتبار عرف پرده برداشته و اهمیت و جایگاه آن را نسبت به احکام شرعی آشکار و آفتابی می سازد؛ به دلیل اینکه احکام شرعی زیادی است که از ظروف و احوال اجتماعی متأثر گردیده و در تطبیق آنها رعایت عرف حتمی است، تاجائیکه عرف یک عنوان مستقل از علم اصول فقه را تشکیل داده و پیرامون آن به بحث و بررسی پرداخته شده و در کتب فقه و قواعد فقهی در موارد زیادی عرف منحیث مبنی احکام دانسته شده و تغییر احکام را با در نظر داشت تغییر عرف یکی از قواعد فقهی پنداشته شده است.

1 . خداوند بزرگ فرموده است: (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ)<sup>1</sup>.  
ترجمه: گذشت داشته باش و آسانگیری کن و به کار نیک دستور بده و از نادانان چشمپوشی کن .

2 . (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>2</sup>. ترجمه: و برای همسران ( حقوق و واجباتی ) است (که باید شوهران اداء بکنند) همان گونه که بر آنان (حقوق و واجباتی) است که (باید همسران اداء بکنند) به گونه شایسته‌ای (که برابر عرف مردمان و موافق با شریعت اسلام باشد)

3 . نیز می فرماید: (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَمْرُوا بَيْنَكُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَرِّعُوا لَهُ الْآخِرَى)<sup>3</sup>.

اگر آنان (حاضر شدند بعد از جدائی، فرزندان) شما را شیر دهند، مزدشان را به تمام و کمال بپردازید. با یکدیگر درباره سرنوشت فرزندان، زیبا و پسندیده مشورت کنید (و اجرتی متناسب با مقدار و زمان شیر دادن، بر حسب عرف و عادت، تعیین کرده، و به نوزادان و کودکان از هر نظر عنایت شود). اگر هم بر همدیگر سخت گرفتید و به توافق نرسیدید، دایه ای شیر دادن به کودک مرد را بر عهده می‌گیرد

<sup>1</sup> . سوره اعراف ، آیه 199.

<sup>2</sup> . سوره بقره، آیه 228.

<sup>3</sup> . سوره طلاق ، آیه 6.

(تا نزاع و کشمکش ادامه نیابد).

در حقوق موضوعه - به خصوص کشورهای که نظام های حقوقی غیرمدون دارند از قبیل انگلستان - اعتبار عرف تا جایی بالا گرفته است، عادات و رسوم مردم در جامعه که مورد احترام و قبول مردم قرار گرفته و به قواعد حقوقی تبدیل شده باشد را مصدر حقوق قرار داده شده و بر مبنی آن حکم صورت می گیرد.<sup>1</sup>

و در قوانین افغانستان عرف از اعتبار و ارزش بخصوصی برخوردار بوده، یکی از منابع قانونگذاری دانسته شده و در مواردی احکام مواد قوانین به عرف محول گردیده است.

### الف : طرح مسئله تحقیق:

**عدم شناخت عرف در شریعت اسلامی و یا شناخت سطحی از آن، به یک چالش جدی مبدل شده است.**

هرچه از عمر فقه می گذرد، برگستره این دانش در زوایای گوناگون زندگی افزوده می شود؛ چرا که مسلمانان هر روز با مسائل مستحدثه ای روبرو هستند که باید احکام شرعی آن را بدانند. مضاف بر این، آنچه که در این فرآیند بسیار ضروری و بی جایگزین است آگاهی مجتهد و مفتی از عرف جامعه در صدور فتوی و استنباط احکام است.

ارزش شناخت عرف در استنباط احکام، صدور فتوی و وضع قوانین آنگاه روشن تر می شود که بدانیم عرف به عنوان یک اصل از سوی فقهاء پذیرفته شده و در مجموع همه شان به آن استناد و عرف را در صدور فتوی مؤثر دانسته، احکام مبتنی بر عرف را با تغییر آن متغیر می دانند.

همچنان در قانونگذاری اسلامی عرف از جایگاه رفیعی برخوردار است، که در مرحله قانونگذاری از آن به عنوان یکی از منابع قانونگذاری و در مرحله بعد از قانونگذاری در بسا موارد مشکل گشا بوده و به آن مراجعه می گردد.

باید یاد آور شد؛ عدم آگاهی مردم از عرف و یا شناخت سطحی شان از آن به یک چالش جدی مبدل شده است. آنان که از عرف آگاهی ندارند بی مبالات از کنار آن عبور می کنند و کدام وقعی به آن نمی گذارند؛ در حالیکه اشخاص که از عرف آگاهی سطحی دارند، به آن، جایگاه بلند بالایی قائل شده و در همه زمینه ها به عرف حق دآوری داده و آن را به جایگاه شریعت می نشانند - چنانکه اشخاص و افراد متأثر از قانونگذاری غربی عرف را اساس، بنیاد و منبع اصلی قانونگذاری می دانند؛ در حالیکه قانونگذاری اسلامی زمین تا آسمان از قانونگذاری غربی از لحاظ منبع فرق داشته و باهم تفاوت کلی دارند.

بناء، این پایان نامه کوششی است برای نشان دادن این نکته که عرف در شریعت و قوانین افغانستان چه اعتباری داشته و تا کدام اندازه اثر گذار است.

و به این سوال ها جواب خواهد گفت:

سوال اصلی تحقیق :

عرف در شریعت اسلامی و قوانین افغانستان از چه اعتبار برخوردار است؟

<sup>1</sup>. نذیر، حقوق جزای عمومی، ج 1 ص 92.

## سوال های فرعی تحقیق :

- 1 - عرف چیست؟
- 2 - انواع عرف در فقه اسلامی وقوانین افغانستان از چه ارزش برخوردار بوده و تا کدام حد کار برد دارد؟
- 3 - عرف مبنی حکم شرعی و فتاوی قرار میگیرد یا خیر؟
- 4 - عرف در قواعد ومسائل فقهی و مواد قوانین افغانستان تا چه اندازه انعکاس یافته است؟

### ب : اهداف تحقیق:

- 1 - شناخت اعتبار عرف در شریعت اسلامی.
- 2 - شناخت اعتبار عرف در قوانین افغانستان.
- 3 - شناخت انواع عرف و ارزشمندی آن در فقه اسلامی وقوانین افغانستان به شکل مقایسوی.
- 4 - آسان گیری شریعت اسلامی وتوسع آن برای مردم.
- 5 - در مجموع ارایه یک دید واضح وروشن از عرف در شریعت وقوانین افغانستان.

### ج : اهمیت و ضرورت انجام تحقیق:

بحرانهای وارده در این سرزمین، به خصوص ناهنجاری های سه دهه اخیر در افغانستان دانش پژوهان ومحققین کشور عزیز ما را در شرائطی قرار داد که از تحقیق ونوشتار مباحث مختلف به زبانهای ملی بازماندند، یکی از مباحث درخور اهمیت عرف است که تا اکنون نبشته وتحقیق پیرامون آن به زبانهای ملی به نظر نمی خورد ، بناء ایجاب می کند تا بحثی در مورد به یکی از زبانهای ملی نوشته شود.

موضوع دیگری که در اهمیت این بحث می افزاید نوشتار مقایسوی این بحث در میان شریعت اسلامی وقوانین افغانستان است که ره روان هر دو رشته ای (شریعت وحقوق) می توانند از آن استفاده نمایند.

و در عین حال تحقیق حاضر، از فوائد نظری وعملی ذیل برخوردار است .

#### 1 - فایده نظری یا علمی:

بدون تردید از توضیح عرف به عنوان اصل شرعی ومرعی بودن آن در شریعت اسلامی دانسته می شود که شریعت اسلام به وسعت زمان ها ومکان ها بوده ودائمی بودن این شرع شریف به وضوح نمایان می گردد. ونیز هویدا می شود، شریعت اسلامی دارای احکام ثابت است که قابل تغییر وتبدیل نبوده وبرای همیشه استوار باقی می ماند و همچنان احکام متغیر را در بر دارد که بادر نظر داشت زمان ومکان متحول می شود و در واقع تضمین کننده حیات، دوام و پویائی شریعت اسلامی شناخته شده ورمز بقاء آن به شمار می رود. اگر چنین نمی بود، مردم در مشقت وزحمت گرفتار گردیده و احکام شریعت اسلامی با کاروان زندگی بشر همگام بوده نمی توانیست.

## 2 - فایده عملی:

فایده عملی تحقیق پیرامون عرف زمانی آشکار می گردد که ملاحظه کنیم توجه به عرف برای مجتهد ومفتی لازم بوده ، عرف مبنی احکام قرار گرفته وبا تغییر عرف احکام که به عرف بناء شده اند تغییر می کنند. وهمچنان در عرصه قانونگذاری شناخت عرف امر ضروری بوده تا قانونگذار اسلامی بتواند عرف را از منظر شریعت شناخته و در حین وضع قانون رعایت نماید؛ برای قضات و کارکنان دستگاه عدلی قضائی نیز نیاز است تا عرف را شناخته و در مطابقت به آن، عرف موجود را تجزیه وتحلیل نموده در تصامیم واجرات خود در نظر بگیرند؛ به خصوص در موارد که قانون قضیه را به عرف محول کرده است تا در تطبیق و اجراء آن به مشکل مواجه نگردیده وبه خطاء نروند.

## د : پیشینه و ضرورت تحقیق:

بسیاری از کتب قدیم وحديث از عرف و اهمیت آن به خصوص در معاملات واحوال شخصیه یاد آوری کرده اند. کتب اصول از عرف به عنوان مصدر از مصادر تشریح تذکر داده ودر بحث های مخصصات عام ومقیدات مطلق و حقیقت ومجاز آن را ذکر کرده اند.

علماء زیادی عرف را از زوایای مختلف به بحث وبررسی گرفته اند؛ از جمله کتب و رسائل که بنده به آن ها دست رسی داشته و مورد مطالعه قرار داده ام.

1 - علامه محقق از علماء متأخرین حنفی محمد امین ابن عمر مشهور به ابن عابدین<sup>1</sup> (رحمه الله) متوفی (1252 ه) در رساله خود (نشرالعرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف) به بررسی عرف در فروعات فقه حنفی پرداخته است.

2 - (العرف، حجیته واثره فی فقه المعاملات المالیه عندالحنابله) تألیف شیخ عادل ابن عبدالقادر ابن محمد ولی قوته، رساله که برای نیل به درجه ماستری تقدیم گردیده وبه تاریخ 1415/1/12 در پوهنتون ام القرى مناقشه شده است.

3 - (اعمال العرف فی الاحکام والفتاوی فی المذهب المالکی) تألیف شیخ محمد عبدالله ابن التمین طبع اول آن در سال (1430 ه - 2009 م) از طریق (دائرة الشؤون الاسلامیه والعمل الخیری) در دبی به دست نشر سپرده شده است.

4 - (العرف واثره فی حقوق الزواج فی الفقه الاسلامی) از خواهر رهیفة سلیمان حمادة که برای نیل به درجه ماستری نوشته شده ودر رشته شریعت وقانون پوهنتون غزه در سال (1434 ه - 2014 م) مناقشه شده است.

<sup>1</sup> محمد امین ابن عمر ابن عبدالعزیز عابدین دمشقی متولد 1198 ه - 1784 م ومتوفی 1252 ه - 1836 م در دمشق ، فقیه دیار شام وامام مذهب حنفی در عصر خود است. از جمله تألیفات او : 1 - رد المختار علی الدر المختار که به نام حاشیه ابن عابدین مشهور است. 2 - رفع الانظار عما آورده الحلبي علی الدر المختار 3 - والعقود الدریه فی تنقیح الفتاوی الحامدیه 4 - حواش علی تفسیر البیضاوی 5 - مجموعه رسائل و دیگران است.(زرکلی، الاعلام ج 6 ص 42).



5 - (العرف فى التشريع الجنائى دراسة تأصيلية مقارنة) از احمد ابن رفاع بن حامد العزيزى المطيرى رساله ماسترى در سال 1431 هـ - 2010م) در پوهنتون نايف العربية للعلوم الامنية مناقشه شده است.

6 - (نظريه العرف) تأليف علامه فقيه شيخ مصطفى الزرقاء كه در جلد دوم كتاب ارزشمند خود (المدخل الفقهي العام) آورده است.

اگر تحقیقات فوق الذکر پیرامون عرف را ملاحظه کنیم در می یابیم که هر کدام، از زاویه خاص وحتی تنها در مذهب به خصوص آن هم در مورد مشخص به تجزیه و تحلیل عرف پرداخته است و تحقیقات پیرامون عرف از منظر مذهب خاص و تنها شریعت اسلامی بوده است و آن هم به زبان عربی؛ و در دو رساله (العرف و اثره فى حقوق الزواج فى الفقه الاسلامى و العرف فى التشريع الجنائى دراسة....) به بحث مقایسوی پرداخته آن هم تنها در بخش احوال شخصیه و جزاء در حالیکه امتیاز این تحقیق از دیگران در این است که به یکی از زبان های ملی کشور (دری) صورت می گیرد و به بررسی اعتبار عرف در شریعت و قوانین افغانستان از زوایای مختلف پرداخته شده، بر علاوه، بحث مقایسوی را با قوانین افغانستان دنبال می کند.

مضاف بر آن؛ فقدان تحقیق علمی فراگیر در مورد بشکل مقایسوی به زبانهای ملی از دلایل ضرورت تحقیق پیرامون عرف به شمار می رود.

#### ه : روش تحقیق:

شیوه تحقیق در این بحث وصفی تحلیلی استقرائی کتابخانه ای بوده و مباحث طور مقایسوی بین فقه اسلامی و قوانین افغانستان مورد بحث قرار می گیرد، در هر بحث و مطلب کوشش حد اعظمی بر این است، تا موقف فقه اسلامی و دیدگاه قانون تذکر یابد. آیات با ترجمه اش از تفسیر نور نقل گردیده، در احادیث متفق علیه در برخی موارد به تخریح صحیحین اکتفاء شده و در سائر موارد احادیث تخریح شده حتی المقدور تراجم فقهاء و ترجمه لغات سخت در پاورقی تذکر می یابد و (ق.م.ا) مخفف قانون مدنی افغانستان و (ق.ا.ا) مخفف قانون اساسی افغانستان و (ا.م.م) مخفف اصول محاکمات مدنی و (ق.ت) مخفف قانون تجارت و (ج) مخفف جلد و (صص) مخفف صفحات و (ص) مخفف صفحه و (ب،ت) مخفف بدون تاریخ در این تحقیق است.

#### و : واژه های کلیدی:

عرف، عادت، شریعت، قانون، فقه.

# فص اول

## کلیات

### تمهید

اول – فراگیری و شمولیت احکام شریعت اسلامی و اسباب آن:

الف : فراگیری و شمولیت احکام شریعت اسلامی:

قطعا که جامع بودن و فراگیری به معنی اعم کلمه و با تمامی معانی و ابعاد و جوانبی که این واژه در بر می گیرد، یکی از آن ویژگی‌هایی است که دین اسلام را در میان همه ادیان، فلسفه‌ها و اندیشه‌هایی که مردم در توشه تجربه دارند، متمایز می کند.

این جامعیت، تمامی زمانها، تمامی جنبه‌های زندگی و تمام ابعاد وجودی انسان را در بر می گیرد.

**1 – فرا زمانی بودن برنامه اسلام:** اسلام برنامه‌ای است برای تمامی دورانها و نسلها، نه محدود به دوره‌ای معین یا زمان ویژه که با پایان یافتن آن، کار آمدی این نیز به سر آید، آن چنان که شیوه پیامبران پیش از محمد صل الله علیه وسلم بود، که هر پیامبری برای مرحله‌ی زمانی مشخص خلعت نبوت می پوشید، و چون فروغ زندگی اش به خاموشی می گرائید خداوند پیام آوری دیگری روانه می کرد.

اما محمد صل الله علیه وسلم آخرین پیام آوران خدا است، و پیام اش جاودان پیامی است که خداوند ماندگاری آن را تا فرا رسیدن رستاخیز و درهم پیچیده شدن طومار عمر این جهان، برآورد و قطعی کرده است. و برنامه واپسین رهنمود خدا است برای نوع بشر، و لذا، نه شریعت و قانونی پس از اسلام، نه کتابی پس از قرآن و نه پیام آوری پس از محمد صل الله علیه وسلم نخواهد آمد.<sup>1</sup>

**2 – جهان شمول بودن و فرا مکانی بودن برنامه اسلام:** این برنامه همچنانکه دیرپاتر از آن است که در بند دوره‌ای یا نسلی معین گرفتار آید، همانگونه، جهانگرد تر از آن است که دل به مکانی، یا ملتی، یا گروهی و یا طبقه بسپارد و به هیچ یار نمی دهد خاطر و به هیچ دیار، که بر و بحر فراخ است و آدمی بسیار.

برنامه‌ای است همه گیر و جهانی که تمامی گروه‌ها، نژادها، ملتها و طبقات را مورد خطاب قرار می دهد و میخواهد دل از کف همه برآید.<sup>2</sup>

طوریکه خداوند بزرگ می فرماید: وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قرضاوی ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا ، صص 165 – 166.

<sup>2</sup> همان اثر ، ص 168.

<sup>3</sup> سوره انبیاء ، آیه (107)

ترجمه : ( ای پیغمبر!) ما تو را جز به عنوان رحمت جهانیان نفرستاده‌ایم.

**3 - انسان شمولی بودن برنامه اسلام:** همچنین اسلام، برنامه برای انسان است، انسان همه جانبه و متکامل. برنامه برای کل انسان: روح، اندیشه، جسم، اراده و وجدان وی.<sup>1</sup>

اسلام همچنانکه برنامه کل انسان با همه ابعاد وجودی اش می باشد، برنامه وی در تمامی مراحل زندگی و عمرش نیز هست، و این نماد دیگری است از نماد های جامعیت و فراگیری اسلام. این برنامه که راهنمایی و هدایت خداوند است، همواره انسان را در تمامی مراحل زندگی: در کودکی، نوجوانی، جوانی، میان سالی و در پیری همراهی می نماید و در تمامی این دوره های پیاپی، برنامه ای الگو و ممتاز خدایسندانه را برای وی ترسیم می کند. فراتر از این ها، این برنامه حتی پیش از تولد و پس از مرگ نیز به انسان اهتمام می ورزد.<sup>2</sup>

اسلام برای فرد منهای خانواده، یا برای خانواده منهای جامعه و یا برای جامعه، جدا از دیگر جوامع، قانونگذاری و تعیین چهارچوب نمی کند. قانون اسلام، دستور العمل عبادی فرد و ارتباط با پروردگار را در بر می گیرد. و این موضوعی است که بخش (عبادات) در فقه اسلامی به آن می پردازد و در قوانین انسانی یافته نمی شود. همچنین شیوه رفتار خصوصی و عمومی او را در بر می گیرد، بخش (حلال و حرام) یا باید و نباید های قانون اسلام، مسائل مربوط به اوضاع خانواده همچون:

ازدواج، طلاق، هزینه ها و مخارج، ارث، سرپرستی، و قیمومیت اطفال و اموال و موارد مشابه را هم شامل می گردد. این موضع امروز (احوال شخصیه) نامیده می شود.

قوانین اسلام، مدل اداره جامعه را نیز در بر دارند. اداره جامعه در روابط مدنی و بازرگانی، مسائل مربوط به مبادله کالاها و منافع، با عوض یا بدون عوض، همانند: خرید و فروش، اجاره، نسبی، مسائل مربوط به وام، رهن، حواله، کفالت، ضمانت و دیگر مواردی که امروز قوانین مدنی و تجاری به آنها می پردازند.

قانون اسلام، مسائل مربوط به جرائم و مجازات های شرعی همانند: حدود، قصاص، و مجازات های مانند تعزیرات را که تعیین آنها به اهل فن واگذار شده است، هم فرا می گیرد. این بخش در جوامع کنونی (قانون جنائی) یا (قانون مجازات) و قوانین کیفری نامیده می شود.

شریعت اسلامی، قوانین مربوط به وظائف متقابل حاکمان و مردم، و سامان دهی ارتباط میان دو طرف را نیز شامل می شود. مسائل که در کتابهای سیاست شرعی یا حکومت داری دینی و مالیات و احکام حکومتی، در فقه اسلامی مورد اهتمام قرار گرفته اند و امروزه در قلمرو (قانون اساسی) یا (اداری) و (مالی) قرار می گیرند.

<sup>1</sup>. قرضاوی، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه: بهرامی نیا، ص 169.

<sup>2</sup>. همان اثر، صص 171 - 172.

و بالأخره شریعت اسلامی حاوی مسائل مربوط به تنظیم روابط خارجی در دوران جنگ و صلح، میان مسلمانان و دیگر کشورها و ملتها می باشد، موضوعی که در فقه اسلامی ما، در کتابهای (سیره) و (جهاد) به آن پرداخته شده است و امروزه (قوانین بین المللی) عهده دار تنظیم آن می باشد.

بنابراین جنبه از جوانب چندگانه زندگی یافت نمی شود که شریعت اسلامی در آن زمینه نقش قانونی در قالب امر، نهی و یا راهنائی و اطلاع رسانی نداشته باشد.<sup>1</sup>

به حقیقت که به فرموده شهید حسن البنا: اسلام آن رسالتی است که از نظر طولی همیشه های روزگار را در نور دیده است، از نظر عرض دور دستهای ملل را به زیر چتر خویش کشیده است، و از نظر ژرفا و عمق، امور دنیا و آخرت را دربر گرفته است.<sup>2</sup>

### ب : اسباب شمول شریعت اسلامی بر افعال مکلفین و حوادث جزئی:

جمع بین ثوابت<sup>3</sup> و متغیرات<sup>4</sup> از ویژگی های آشکار شریعت اسلامی بوده و عامل فراگیری آن بشمار می رود.

جمع بین ثبات و مرونت به شکل بی پیشینه در شریعت اسلام توازن بی نظیر را در تطبیق شریعت اسلامی به وجود آورده است. شریعت اسلامی در برخورد با تطورات که در زندگی و اجتماع به وجود می آید در روشنائی قواعد و اصول خود احکام تصریحی یا اجتهادی در برابر آن پیشکش می کند و در هر قضیه و حادثه حرف برای گفتن دارد که بزرگترین برهان بر کمال شریعت اسلامی و شمول آن بوده و دلالت بر احاطه علم شارع آن در کلیات و جزئیات دارد.<sup>5</sup> **أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ**<sup>6</sup> ترجمه: مگر کسی که (مردمان را) می آفریند (حال و وضع ایشان را) نمی داند، و حال این که او دقیق و باریک بین بس آگاهی است؟! و می فرماید:

**رَبَّنَا وَسِعْتَ كُلَّ شَيْءٍ رَّحْمَةً وَعِلْمًا فَاغْفِرْ لِلَّذِينَ تَابُوا وَاتَّبَعُوا سَبِيلَكَ وَقِهِمْ عَذَابَ الْجَحِيمِ**<sup>7</sup> ترجمه: پروردگارا! مهربانی و دانش تو همه چیز را فرا گرفته است (هم اعمال و اقوالشان را کاملاً می دانی و هم مرحمت و مهربانیت می تواند ایشان را دربر گیرد) پس در گذر از کسانی که (از گناهان دست می کشند و به طاعات و عبادات می پردازند، و از راههای انحرافی دوری می گزینند و به راستی راهت) برمی گردند و راه تو را در پیش می گیرند، و آنان را از عذاب دوزخ مصئون و محفوظ فرما.

مجموعه فقه اسلامی، با تمام مدارس و مذاهب گوناگون در اصول و کلیات، ثابت و استخوانی، و در فروع و جزئیات، انعطاف پذیر و نوشونده اند.

<sup>1</sup> همان اثر ، صص 189 – 190.

<sup>2</sup> همان اثر ، ص 166.

<sup>3</sup> ثوابت: احکام شرعی عملی است که دلایل قطعی الثبوت و قطعی الدلاله که به قطعیت آن فقهاء اتفاق نظر دارند بر آن دلالت کند و بر امری متغیری بناء نشده باشد. (ظریفی، الثوابت و المتغیرات (ماهیتها – اسبابها – ضوابطها) ص 17).

<sup>4</sup> متغیرات: احکام شرعی عملی است که دلایل ظنی الثبوت یا ظنی الدلاله بر آن دلالت کند یا بر امری متغیری بنا شده باشد. (ظریفی، الثوابت و المتغیرات (ماهیتها – اسبابها – ضوابطها) ص 73).

<sup>5</sup> ولی قوته، العرف ، حقیته و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابله ج 1 ص 51.

<sup>6</sup> سوره ملک ، آیه 14.

<sup>7</sup> سوره غافر ، آیه 7.

فقه اسلامي در زمینه ساماندهی امور زندگی، دست فرد مسلمان را کاملاً باز نمی گذارد و آزادی مطلق برای وی قایل نیست اگرچه در چهارچوب باورها، ارزش ها و مفاهیم خود به این کار اقدام کند، اما از آن طرف هم، با قوانینی مفصل و همیشگی و لازم الاجرا در باره تمامی امور زندگی، وی را محدود و نقشش را خنثی نمی سازد.<sup>1</sup>

آری، درست است، فقیه و دین شناس مسلمان با نصوص استوار و تغییرناپذیر قرآن و سنت، مقید و محدود شده است. این نصوص قطعاً تغییرناپذیر و استخوانی بوده، و در سندیت و دلالت خود، به عنوان دلایلی قاطع و مدارک نهایی قلمداد می گردند که خداوند حکیم، آن ها را وضع نموده تا به عنوان نقطه به هم رسیدن اندیشه ها، مرجع و معیار رفع اختلافات و محور توافق جمعی قرار گیرند. این قوانین طبیعی، اساس اتحاد فکری و رفتاری جامعه مسلمان بوده و برای امت اسلامی نقش کوه های زمین را دارند که آن را از فروپاشی، بی ثباتی و تزلزل محافظت می کنند که البته اینگونه نصوص، در مقایسه با سایر نصوص دینی بسیار اندکند.

اما در عین حال، علی رغم این محدودیت الزام آور، دو میدان گسترده از حوزه های اجتهاد و اعمال نظر و ابراز اندیشه وجود دارند که فقیه مسلمان می تواند با آزادی کامل در آن ها به فعالیت فکری بپردازد.<sup>2</sup>

**1 – منطقه نصوص محتمل یا گنجایش دار:** حوزه اول عبارت است از: منطقه نصوص محتمل یا گنجایش دار که حکمت خداوند چنین اقتضا نموده که آن ها را در حالت ابهام و احتمال باقی گذارد تا پذیرای قرائت های گوناگون و برداشت های مختلف اعم از تنگ اندیشانه یا گسترده اندیشانه، قیاسی یا ظاهری، سختگیرانه یا آسانگیرانه و واقعگرایانه یا حدسی باشند.

بدین ترتیب در سایه این تنوع آراء، میدان گسترده و فرصت مناسب فراهم می آید تا بتوان با سنجش و ارزیابی آرای گوناگون، نزدیکترین آن ها به صواب و سازگارترین آن ها با ارزش های شرعی را برگزید و به کار بست، آخر چه بسا که یک اندیشه برای زمانی مشخص کارآمد و برای زمانی دیگر ناکارآ، یا برای محیطی مناسب و برای محیطی دیگر نامناسب، یا در شرایطی مفید و در شرایطی دیگر غیر مفید و بی نتیجه باشد که با وجود تنوع آرا و امکان انتخاب های گوناگون، این نقص برطرف می گردد.<sup>3</sup>

**2 – منطقه فراغ یا منطقه آزاد تشریعی:** اما حوزه دوم از این دو حوزه، حوزه ای است که می توان از آن تحت عنوان «منطقه آزاد تشریعی» نام برد، همان منطقه ای که نصوص، - عمداً - آن را برای کارشناسان و اندیشمندان و نخبگان فکری و فرهنگی جامعه، خالی باقی گذاشته اند تا فرصت ارایه نظرات و راهکارهای اجتهادی روشمند که مصلحت عمومی را محقق ساخته و مقاصد شرعی در آن ها لحاظ شده باشد، برای این متخصصین فراهم گردد، و اینان بتوانند فراغ از محدودیت های شرعی (بدون اینکه شریعت در زمینه محدودیتی وضع کرده باشد) و به صورت آزادانه، در این قلمرو به اظهار نظر بپردازند.

<sup>1</sup> قرضای ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا ، صص 377 – 378.

<sup>2</sup> همان اثر، ص 378.

<sup>3</sup> همان اثر، 382.

این همان منطقه ای است که برخی فقهاء بنابه آنچه در برخی احادیث آمده است، آن را «منطقه عفو» یا مجاز نام نهاده اند<sup>1</sup>، از جمله این حدیث از منطقه عفو یا فراغ تشریحی یاد آوری کرده و امر می کند که عفو خداوند جل جلاله را بپذیرید و خداوند فراموش نکرده است:

عن ابی الدرداء رضی الله عنه ان النبی صل الله علیه وسلم قال : ( ما احل الله فی کتابه فهو حلال و ما حرم فهو حرام و ما سکت عنه فهو عافیة فاقبلوا من الله عافیته فان الله لم یکن نسیاً)<sup>2</sup>.

ترجمه: «آنچه را خداوند در کتابش حلال اعلام کرده، حلال و آنچه را «در آن» تحریم نموده، حرام است، و آنچه را که در باره اش سکوت نموده است عفو «مجاز» می باشد، پس بخشش خداوندی را بپذیرا باشید «و بیهوده کنجاوی نکنید» چرا که خداوند چیزی را فراموش نکرده است، پیامبر صلی الله علیه وسلم در دنباله به این آیه اشاره نمود: وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا<sup>3</sup>. ترجمه: و پروردگارت فراموشکار نبوده (و نیست) . در حدیثی دیگر آمده است:

از ابی ثعلبه خشنی رضی الله عنه روایت شده است که نبی کریم صل الله علیه وسلم فرمودند: (ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها، و حد حدودا فلا تعتدوها، و حرم اشیاء فلا تنتهکوها، و سکت عن اشیاء – رحمة بکم غیر نسیان – فلا تبحثوا عنها)<sup>4</sup>

ترجمه: «خداوند حد و مرزهایی تعیین کرده است، پس از آن ها فراتر نروید، و فرایضی را واجب کرده است، پس آن ها را ضایع نسازید و اموری را تحریم نموده است پس مرتکب آن ها نشوید، و نه از روی فراموشی بلکه از سر بنده نوازی و مهرورزی در باره چیزهایی سکوت فرموده است، پس «بیهوده» در مورد آن ها به «فضولی» و کنجکاوی نپردازید».

با دقت در این حدیث باید گفت: که مرزشکنی و فراتر رفتن از حدود مشخص شرعی ممنوع است، حدودهایی همچون: طلاق که رجعت پس از آن دو بار مجاز است، عِدَّة شرعی زن طلاق داده شده که مدت سه پاکی از حیض یا وضع حمل می باشد، نصاب ها و سهم مشخص وارثان از اموال به جای مانده فرد متوفی و بالآخره مجازات های مقرر شرعی مانند: یکصد یا هشتاد ضربه شلاق یا بریدن دست.

در چنین مواردی هیچ مجتهد یا حاکمی حق ندارد که در این محدوده تغییر ایجاد کرده و از حدود شرعی، پا فراتر بگذارد.

نمونه دیگر این مرزبندی های تغییرناپذیر، فرایضی هستند که خداوند آن ها را واجب ساخته است، مانند عبادت های چهارگانه: «نماز، روزه، زکات و حج» که ستون های ساختمان دین اسلام و بنیان های استوار آن می باشند و نیز موارد مشابه دیگری چون: جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، نیکی به والدین، استوار داشتن پیوند خویشاوندی، نیکرفتاری با همسایگان، بازپس دادن امانت ها، حکومت و

<sup>1</sup> قرضاوی ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا، ص 378 – 379.

<sup>2</sup> بیهقی ، السنن الکبری و فی ذیله الجوهر النقی ج 10 ص 12 ح 20216.

<sup>3</sup> سوره مریم ، آیه (64).

<sup>4</sup> دار قطنی ، سنن الدارقطنی ج 5 ص 325 ح 4396 – بیهقی ، السنن الکبری ج 10 ص 21 ح 19725.

قضاوت دادگرانه و ... هیچ احدي حق ندارد که از اعتبار واقعي موردی از این فرایض بکاهد و یا آن ها را ملغي اعلام نماید و یا در رعایت آن ها سهل انگاری و عدم جدیت به عمل آورد، چرا که وجوب آن ها در شریعت اسلام قطعي داشته و نسخ ناپذیر و لغوناپذیر و غیر قابل تغییرند و روا نیست که در جامعه ای مسلمان تباہ و بی اعتبار گردند.<sup>1</sup>

همچنین محرمات یقینی هم از جمله همین موارد تغییرناپذیر و لغوناپذیر، کارهای حرامی همانند: شرک، جادوگری، خونریزی و آدمکشی، رباخواری، خوردن مال یتیمان، فرار از جبهه جنگ، تهمت ناشایست به زنان بی گناه، زنا، شرابخواری، دزدی، گواهی دروغ، و مشاهده صحنه های ظلم و بزهکاری و دیگر موارد مشابه.

این ها همه اصولی هستند استخوانی و ثابت و فرازماني که هیچگاه تساهل بر سر آن ها و سهل انگاری در مورد آن ها جایز نیست، بدینگونه که مجتهدی به حلال بودن آن ها فتوا دهد و یا حاکمی انجام آن ها را مجاز اعلام کند، بلکه در همه حال محترم بوده و نباید در یک جامعه مسلمان حرمت آن ها مورد هتک و تجاوز قرار گیرد.

جدای از این مرزبندی ها و فرایض و محرمات شرعی، دیگر بقیه امور در لیست مواردی قرار می گیرند که از سر مهربانی و بنده پروری و آسانگیری بر امت، در باره آن ها سکوت اختیار شده، و به اندیشه مسلمانان و اجتهاد علما واگذاشته شده اند، تا بدینوسیله میدان و فرصت لازم برای بروز اندیشه ها و خلاقیت ها در میان امت فراهم آید. بدین ترتیب امت اسلامی میدان پهناور و جولانگاه گسترده ای در پیش روی خود می بیند که می تواند بدون احساس ارتکاب گناه و یا تنگنای دنیوی، و با خیال آسوده در آن به تکاپو و تحرک بپردازد.

اما این که امت اسلامی این «منطقه آزاد تشریعی» یا «منطقه عفو» را - که چنانکه پیشتر گفتیم، خود نصوص شرعی آن را فرو گذاشته اند - چگونه پُر می کنند، در این مورد روش ها و راه های فراوانی وجود دارند که فقهای شریعت در اعتبار و میزان حجیت آن ها باهم اختلاف دارند. این اختلاف میان پذیرش یا رد، اطلاق یا تقیید و اقل یا اکثر در نوسان می باشد.

از جمله این روش ها می توان از قیاس با قیود و شرایط آن، نام برد هرچند که ظاهریه، امامیه و برخی از معتزله با آن مخالف هستند.

روش دیگر استحسان است که نزد حنفیان و مالکیان قابل پذیرش است، تا آنجا که برخی از آنان در باره ای استحسان چنین گفته اند: استحسان «9 بر 10» دانش «فقه» به حساب می آید.<sup>2</sup>

روش دیگر استصلاح یا ملاک قراردادن مصالح مرسله است که عبارت از مصلحتی است که نه در تأیید و نه در رد آن، نصی شرعی وارد نشده است، پذیرش آن در مذهب مالکی مشهور است، هرچند که

<sup>1</sup>. قرضای ، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه : بهرامی نیا ، 379 - 380.

<sup>2</sup>. همان اثر، 380 - 381.

نتیجه پژوهش و بررسی های تطبیقی نشان می دهد که همه مذاهب چهارگانه اهل سنت آن را قبول دارند، چنانکه پژوهش در کتاب های هرکدام از این مذاهب، درستی این امر را آشکار می سازد.<sup>1</sup>

روش دیگر ملاک قرار دادن عرف، با قید و بندها و شرایط آن می باشد. با توجه به همین معیار است که قاعده (العاده محکمة).<sup>2</sup> «رسم عمومی، پایدار است.» و (المعروف عرفا کالمشروط شرطاً)<sup>3</sup> آنچه مطابق عرف پسندیده است، همانند قراردادی است که بر مبنای نص باشد»، به عنوان یک قاعده کلی شرعی پذیرفته شده است. همین مطلب را یکی از فقهاء چنین به نظم کشیده است:

والعرف في الشرع له اعتبارٌ ... لذا عليه الحكم قد يدار<sup>4</sup>

«عرف دارای اعتبار شرعی است و بر همین اساس است که گاهی محور و مبنای صدور حکم قرار می گیرد».

برای استنباط حکم شرعی در مواردی که نص قاطع وجود ندارد، منابع و ادله ای دیگری نیز وجود دارند که در کتاب های اصول فقه به آن ها پرداخته می شود.<sup>5</sup>

از جمله در این منطقه فراغ که دایره آن وسیع و گسترده است، نقش عرف و عادت مطرح گردیده و مجال تطبیق آن گسترش پیدا می کند که زیر عنوان (اعتبار عرف در شریعت اسلامی و قوانین افغانستان) پیرامون آن به بحث و بررسی می پردازم.

## دوم - اهمیت عرف و نیاز فقیه به اعتبار آن:

اگر به اهمیت عرف و نیاز فقیه به اعتبار آن توجه شود از نواحی مختلف، اهمیت آن آشکار می گردد، نصوص زیادی از پیشوایان فقه و علماء اسلام موجود است که به وجوب رعایت عرف و لزوم اعتبار آن دلالت دارد.<sup>6</sup>

1. برای فهم نصوص شریعت، فقیه به شناخت عرف نیاز دارد: شریعت اسلامی به زبان عربی فرورفته شده است و مقصد شارع حکیم از این امر همانا توضیح و تبیین آن است طوری که می فرماید: وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ فَيُضِلُّ اللَّهُ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ.<sup>7</sup>

ترجمه: (ای محمد!) ما هیچ پیغمبری را نفرستاده ایم مگر این که به زبان قوم خودش (متکلم بوده است) تا برای آنان (احکام الهی را) روشن سازد (و حقائق را تبیین و تفهیم کند). سپس خداوند هرکس را که (به فرمان آسمانی گوش نکرده است) گمراه ساخته است و هرکس را که (برابر دستور آسمانی حرکت نموده

<sup>1</sup> قرضاوی، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه: بهرامی نیا، ص 381.

<sup>2</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام، ماده (36).

<sup>3</sup> همان اثر، ماده (43).

<sup>4</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 11

<sup>5</sup> قرضاوی، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه: بهرامی نیا، صص 381 - 382.

<sup>6</sup> ولی قوته، العرف حجیته، و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابلة ص 58.

<sup>7</sup> سوره ابراهیم، آیه 4.



است) رهنمود ساخته است. و او چیره (بر هر کاری است که بخواهد، و کارهایش) دارای حکمت است . و برای کسی که می خواهد علم قرآن و سنت را حاصل کند لازم است که معانی هر دو را از طریق شناخت عادات عرب ها در گفتار، کردار و احوال شان در وقت نزول و ورود قرآن و سنت بفهمد؛ اگر چنین نکند به اشتباه بزرگی واقع می گردد که بیرون شدن از آن دشوار است.<sup>1</sup>

2 . نیاز فقیه به عرف در وقت مطالعه کتب و تألیفات فقهی: این میراث عظیم فقهی را که پیشوایان گذشته برای ما به میراث گذاشته اند و در میان ملتها از نظر وسعت و فراخی و تنوع و رنگارنگی، شمول و فراگیری احکام و وقایع و حوادث نظیر آن دیده نمی شود، ببینید؛ بدون تردید در می یابید که از بزرگترین اسباب وسعت تدوینات و مجموعه های فقهی این است که، کتب و تدوینات مذکور تنها منحصر به احکام نیست که در قرآن و سنت آمده است، بدون تردید احکام را نیز شامل شده و دربر گرفته است که مبتنی بر عادات و احوال مردم بوده و با در نظر داشت زمان و مکان بخاطر رفع نیازها، رعایت مصالح و عادات و اعراف جاریه شان صادر گردیده؛ این امر در کتب فتاوی، واقعات و نوازل، در تألیفات فقهی و مجموعه های بزرگ آن بدرستی قابل مشاهده بوده و به نظر می رسد.

واضح است که پیشوای هر مذهبی، بلکه هر مجتهدی - برای زمان خود استنباط و استخراج می کند؛ و برایش ممکن نیست که برای همه زمانها استنباط کند، بلکه در نهایت می تواند که قواعد عمومی، ضوابط کلی و مبادی اساسی وضع کند تا اینکه پیروانش با رعایت اصول وضع شده با در نظر داشت زمان و مکان به پیش بروند.<sup>2</sup>

در رساله «نشرالعرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف» تألیف ابن عابدین رحمه الله نصوص زیادی از جانب علماء در مورد لزوم مراعات عرف و ملامتی بر کسانی که متکی به احکام مبتنی بر عرف و عادت که از بین رفته و تغییر کرده است حکم می کنند نقل شده است.

از جمله:

ابن عابدین می گوید: بدون تردید علماء متأخرین که از منصوصات کتب مذهب شان مخالفت کرده اند، فقط مخالفت شان بخاطر تغییر زمان و عرف بوده است و یقیناً می دانستند که اگر صاحب مذهب زنده بوده و در زمان شان موجود می بود قول ایشان را تأیید می کرد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> . شاطبی ، الموافقات ج 4 ص 154 .

<sup>2</sup> . ولی قوته ، العرف حجیته ، واثره فی فقه المعاملات عند الحنابله ص 60 .

<sup>3</sup> . ابن عابدین ، مجموعه رسائل ج 2 صص 125 ، 128 .

همچنان می گوید: برای مفتی جائز نیست که به شکل جامد بدون در نظر داشت زمان و اهل آن، در منصوصات کتب ظاهر روایت بچسپد؛ اگر چنین کند حقوق زیادی ضایع گردیده و ضرر او از نفع اش بیشتر می باشد.<sup>1</sup>

و نیز به نقل از برخی علماء حنفی می گوید: اگر شخصی کتب اصحاب ما (احناف) را هم حفظ داشته باشد، باز هم برایش لازم است که برای فراگیری علم فتوی، عزم خود را جزم کند و برای یاد گرفتن آن کمر خود را ببندد تا اینکه به صورت مؤفانه آن را یاد بگیرد، به این دلیل؛ مسائل بسیاری است که به اساس عادات اهل زمان به آن مسائل پاسخ داده می شود در موارد که مخالف شریعت نباشد.<sup>2</sup>

همچنان در رساله «شرح عقود رسم المفتی» می گوید: مسلماً که جمود مفتی و قاضی بر ظاهر منقول و ترک عرف و قرائن روشنگر و جهل از احوال مردم، موجب ضیاع حقوق زیادی گردیده و سبب ستم بر مردم بسیاری می گردد.

3. نیاز فقیه به عرف برای فهم واقعه، تحقیق مناط<sup>3</sup> و تنزیل احکام بر حوادث: برای قاضی و مفتی ممکن نیست که بدون تصور محکوم فیه و داشتن احاطه علمی به واقعه و نازله مورد نظر حکم و فتوی صادر کند، به این دلیل که، حکم فرع تصور است و بدون تصور به حکم و فتوی نمی رسیم، بناء قاضی و مفتی نیازمند دونوع فقه اند:

اول :- فقه واقع و احوال مردم، وقایع را که در بین مردم بوقوع می پیوندند با دقیق نگریستن به قرائن و رعایت امارات و پرسش از متخصصین و اهل خبره درک کند؛ تا حدی که بر واقعه و نازله مورد نظر، به اندازه نیاز، فقیه و صاحب تخصص (متخصص همان بخش) برابر باشند.<sup>4</sup>

دوم :- فهمیدن حکم واجب در همین واقعه که همان حکم شرعی در این مورد است.<sup>5</sup>

در این هنگام فقیه؛ شخصی است که با شناخت واقعه و تفقه به آن به شناخت حکم شریعت در زمینه متصل گردیده یکی را بر دیگری تطبیق نموده و برای واقعه حکم را که واجب است می دهد و حکم خلاف آن را واجب نمی گرداند<sup>6</sup> و این است معنی تحقیق مناط.<sup>7</sup>

همان طوریکه برای یک عالم (دانشمند علوم اسلامی) آگاهی به احکام قرآن و سنت ضروری است، بر او لازم است که در مورد مسائل عرف و احوال (اجتماعی و اقتصادی) زمان خود نیز اطلاع داشته

<sup>1</sup> همان اثر ص 131.

<sup>2</sup> همان اثر ص 129.

<sup>3</sup> تحقیق مناط: عبارت است از بحث در باره موجودیت علت که با نص یا اجماع یا استنباط ثابت شده است، در حادثه ای که در آن نص وجود ندارد؛ به عنوان مثال - علت دوری از نزدیک شدن با زنان هنگام حیض پلیدی است و مجتهد درباره اینکه در اثنای نفاس علت مذکوره متحقق است یا خیر بحث می کند و هنگامی که آن را در اثنای نفاس می یابد، حکم (حرمت) را از اصل (حالت حیض) به فرع (حالت) نفاس تعدیه نموده و حکم می کند - همانگونه که نزدیک شدن با زنان در حالت حیض جائز نیست نزدیک شدن با آنان در اثنای نفاس نیز خواهد بود. (زیدان، الوجیز فی اصول الفقه ص 217 - 218 - نذیر، علم اصول فقه ص 128).

<sup>4</sup> ولی قوته، العرف حقیقه، و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابله ص 69.

<sup>5</sup> همان اثر.

<sup>6</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 129.

<sup>7</sup> ولی قوته، العرف حقیقه، و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابله ص 70.

باشد، بدون شناخت مسائل اجتماعی و اقتصادی، قادر به دست یافتن نتایج درست و استخراج احکام شرعی آنها نخواهد بود.

در شرح زندگانی علمی، حضرت امام محمد ابن الحسن شیبانی رحمه الله، این موضوع به روشنی دیده می شود که ایشان در دوران تدوین کتاب فقه به بازار رفته و با تجار نشست و داد و ستد های آنان را با دقت از نظر می گذرانید، تا عملاً ببینند که چه روشهای - برای معاملات و تجارت - در میان مردم رواج دارد. به طور حتم، هدف ایشان - از انجام این کار - پرداختن به امر تجارت نبوده؛ بلکه فقط به این خاطر با تجار می نشست تا پی ببرد که روش (داد و ستد) آنها چگونه بوده و چه شیوه های در میان آنها رائج است، زیرا آشنائی با این امور، یکی از وظائف علماء، به ویژه یک عالم فقیه و مفتی به شمار می رود، برای اینکه هرگاه از او در باره احکام شرعی این مسائل سؤال شود، باید از جزئیات آن آگاهی داشته باشد، در غیر این صورت، نمی تواند به نتایج درست برسد.<sup>1</sup>

4. شناخت مردم: برای شناخت درست واقعه «محکوم فیه و مسئول عنه» بر قاضی و مفتی نیاز است که مردم را بشناسد.

احوال، عرف و عادات، انواع تصرفات، طرق زندگی، سلوک اجتماعی مردم از قبیل نکاح، معاشرت و طلاق و معاملات شان از قبیل بیع ها، اجاره ها، تبرعات و امثال آنها را شناخته و از گونه های الفاظ و تعبیرات شان و دیگر موارد آگاهی حاصل نماید.

این همه بخاطری است که مجتهد در خلاء اجتهاد نکرده و جامعه خیالی را تصور کرده به آن حکم شرعی را جستجو نمی کند، بلکه در وقایع به اجتهاد می پردازد که به افراد و جوامع به وقوع می پیوندد. و در افکار و رفتار مردم علل و عوامل مختلف ذهنی و شخصی، اجتماعی، فرهنگی، فکری، اقتصادی و سیاسی تأثیر گذاری داشته و از اسباب تحول و تحرک جوامع بشمار می روند که در شکل گیری طبایع مردم، عرف ها و عادات شان نقش قابل ملاحظه دارند.<sup>2</sup>

بناء، نیاز است که فقیه احوال زمانه اش را بدرستی بشناسد و به فرهنگ زمانه خود آگاهی کامل داشته طبیعت جامعه ای را که در آن زندگی می کند درک کند و ظروف و مشکلات آن را دانسته و روابط آن جامعه را با جوامع دیگر بداند. بناء، شناخت مردم و زندگی شان - از این نقطه نظر ها - بخاطر استفاده از آن در اصدار حکم و فتوی، به عنوان قاعده بزرگ از قواعد دانش محسوب شده و رکن مهم از ارکان قضاء و فتوی را تشکیل می دهد.<sup>3</sup>

در مورد شناخت مردم و اهمیت این شناخت، نصوص زیادی از ائمه اعلام وارد آمده است.

1. عثمانی، اقتصاد اسلامی، ترجمه: روانید، ص 15.

2. همان اثر، صص 71 - 72.

3. همان اثر، ص 72.

- امام محمد<sup>1</sup> ابن حسن شیبانی رحمه الله در نزد رنگریزها می رفته و از ایشان در مورد معاملات و عادات شان پرسان می کرده تا اینکه آن را در فتوی های خود در قضایای که در زمینه بوجود می آمد در نظر بگیرد.<sup>2</sup>
- همچنان اختلافات موجود در بین امام ابوحنیفه<sup>3</sup> رحمه الله و یارانش از قبیل اختلاف عرف و زمان است نه اختلاف حکم و دلیل.<sup>4</sup>
- معین بودن فتوی به قول امام ابویوسف<sup>5</sup> در موارد متعلق به قضاء در مذهب امام ابوحنیفه رحمه الله به دلیل تجربه امام ابویوسف رحمه الله در وقایع و احوال مردم است.<sup>6</sup>
- برای مفتی لازم است که زمانه و احوال مردم را بشناسد، و همچنان به عرف عام و خاص آگاهی داشته و مخالفت و عدم مخالفت آن را با نصوص شرع بداند و نیز از زیر دست یک استاد ماهر فارغ گردیده باشد؛ تنها حفظ مسائل و دلائل، کافی نیست.<sup>7</sup>
- امام شاطبی رحمه الله می گوید: مفتی که به جایگاه و مقام بلند از درجه و مرتبه رسیده است، مردم را به آنچه که معروف و وسط (اعتدال) بوده و لائق وسزوار جمهور مردم است حمل می کند، نه سختگیری می کند و نه تمایل به انحلال می داشته باشد (نه افراط می کند و نه تفریط)، زیرا زمانیکه با مستفتی به شدت برخورد شود دین در نظر او زشت نمایان گردیده سبب انقطاع او از مسیر آخرت می شود، دلیل این مدعی همانا خواست شارع از مکلف رفتار میانه بدون افراط و تفریط را است و این راه مستقیم است که شریعت به آن آمده؛ از همین جهت است، هر کسی که از مذهب اعتدال بیرون شده و کناره گیری کند (اعتزال را انتخاب کند) در نزد علماء مذمت شده است.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> محمد: محمد ابن حسن ابن فرقد ابو عبدالله از موالی بنی شیبان شاگرد وصاحب ابوحنیفه و ناشر مذهب وی می باشد، امام در فقه و اصول فقه بوده، متولد سال 131 ه ق و متوفی سال 189 ه ق می باشد. اصلا از قریه هرسته در غوطه دمشق بوده و در کوفه بزرگ شده است. امام شافعی در وصف ایشان فرموده است: لو اشاء ان اقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن، لقلت لفصاحته). ترجمه: اگر بخواهم بگویم که قرآن به زبان محمد ابن حسن نازل شده است مسلما بخاطر فصاحت ایشان می گویم. و خطیب بغدادی او را امام اهل رأی گفته است. دارای تألیفات زیادی است از جمله: المبسوط فی فروع الفقه، الزیادات، الجامع الکبیر، الجامع الصغیر، الآثار، السیر، الموطأ، الامالی، وغیره. (زرکلی، الاعلام ج 6 ص 80).

<sup>2</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 1 ص 46 – 47.

<sup>3</sup> ابوحنیفه: ابوحنیفه نعمان ابن ثابت کوفی متولد سال 80 ه ق – 699 م در کوفه و متوفی سال 150 ه ق – 767 م؛ فقیه، مجتهد، محقق، یکی از امام های چهارگانه اهل سنت بوده و امام وصاحب مذهب احناف می باشد. اصلا از فارس بوده تولد و نشانش در کوفه شده است. در طفولیت، تاجر تکه بوده و درس هم فرا می گرفت، بعدا بخاطر تدریس و افتاء کار را رها کرد. منصور خلیفه عباسی از وی تقاضای اجرای وظیفه قضاء را در بغداد نمود و امام ابوحنیفه قبول نکرد؛ بناء منصور وی را محبوس ساخت و تا حین وفات در زندان به سربرد. امام شافعی رحمه الله در وصف امام ابوحنیفه رحمه الله گفته است: در فقه مردم عیال ابوحنیفه است. (زرکلی، الاعلام ج 8 ص 36).

<sup>4</sup> همان اثر، ص 27.

<sup>5</sup> ابویوسف: ابویوسف یعقوب ابن ابراهیم ابن حبیب انصاری کوفی بغدادی متولد سال 113 ه ق و متوفی سال 182 ه ق در کوفه، فقیه، علامه، حافظ حدیث، شاگرد و صاحب ابوحنیفه بوده و اولین کسی است که مذهب وی را نشر کرده است. در زمان خلافت مهدی، هادی و هارون الرشید متولی و وظیفه قضاء در بغداد بود و اولین کسی است که لقب قاضی القضاة را گرفته است؛ نیز اولین شخصی است که در مذهب حنفی در اصول فقه کتاب تحریر نموده است. تألیفات زیادی دارد از جمله: الخراج، الآثار، النوادر، اختلاف الامصار، ادب القاضی، الامالی فی فقه، الفرائض، الوصایا، الوکاله، البیوع، الصید و الذبائح، الغصب و الاستبراء، الجوامع وغیره. (زرکلی، الاعلام ج 8 ص 193).

<sup>6</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 130.

<sup>7</sup> همان اثر، ص 129.

<sup>8</sup> شاطبی، الموافقات ج 5 ص 276.

از بزرگترین اسباب رعایت عرف در شریعت اسلامی این است که عرف از مهمترین دلایل تحقیق صلاحیت تحکیم شریعت در همه ای زمان ها و مکان ها است.

عدم تحکیم عرف با شرایط اعتبار آن در قلمرو خود که شریعت اسلامی در آن قلمرو اجازه حضور داده است - منجر به بیرون شدن برخی از مردم، جوامع، حکومت ها و دولتها از دایره حکم شریعت و پناه بردن به قوانین وضعی و نظامهای باطل و از بین رفتن قدرت تحکیم شریعت گردیده، جلو پیشرفت فتوی و شمول آن را در احکام حوادث و نواحی مختلف زندگی می گیرد.

و سبب موجودیت نظامهای قضائی می شود که به شریعت حکم نمی کنند و حتی به آن توجه ندارند؛ در این زمان است که رابطه مردم با علماء شان گسست پیدا می کند.

و بوجود آمدن همچون نظام ها در کشور های اسلامی و نفوذ قوانین غیر اسلامی در سرزمین های اسلامی امتداد جنایت های برخی جاهلان، خشک دماغان و منجمدینی است که گمان می کنند حکم و فتوی متوقف و وابسته بر احکام معینی است و شریعت اسلامی عرف های صحیح را که مخالف احکام آن نباشد معتبر نمی داند و به آن صلاحیت تحکیم در ساحه و قلمرو خود را نمی دهد - که به این اساس سبب تولید مشکلات زیادی در دین و جوامع شان گردیده اند و شریعت اسلامی را از رسیدگی به مصالح مردم و جوابگویی به نیازهای شان ناتوان ساخته اند و مجری های شناخت صحیح و تنفیذ حق را به گمان اینکه با قواعد شرع مخالف است بر روی خود بستند.

در حالیکه مخالف شریعت اسلامی نبوده بلکه مخالف فهم نادرست شان از شریعت اسلامی است، و آنچه که سبب این امر شده همانا ناتوانی شان در شناخت شریعت و شناخت واقع و قراردادن یکی درمقام دیگری است.<sup>1</sup>

## مبحث اول

### منشأ و معنی عرف، شریعت و قانون

#### مطلب اول : منشأ عرف:

در مجموع هر عملی اختیاری را که مردم انجام می دهند سببی دارد؛ و آن سبب یا خارجی است، مانند بدست آمدن منفعت که از اجراء و انجام عملی بدست می آید و یا داخلی می باشد مانند حیاء زیاد که سبب سکوت و محجب بودن می گردد و احساس انتقام گیری، که سبب انتقام گرفتن می شود.

وقتی که شخص احساس راحتی کرد با انجام دادن عملی که به طرف آن میلان دارد به اساس یکی از اسباب فوق الذکر، و عمل مذکور را مکرراً اجراء کرد به عادت مبدل می گردد.

<sup>1</sup>. ولی قوته ، العرف حبیته ، و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابلة ص 78.

طوری‌که این عمل در افعال جاری می‌شود در اقوال نیز جاری می‌گردد.

انسان ناچار است با اشخاص که باهم زندگی می‌کند معرفت حاصل کند؛ تفاهم با یکدیگر با اشارات و امثال اشارات مشکل بوده و زمانگیر است، بناء انسانها برای تعبیر (خبردادن از مراد) شان منحيث وسیله افهام و تفهیم به الفاظ مراجعه کردند که به مرور زمان به آن عادت نمودند تا اینکه به لسان (زبان) شان تبدیل شد.

بعدا با گسترش صنعت و علوم مدنی، تعبیر به زبان عمومی در باب صنعت و علوم، مشقت زا و وقت گیر بوده و برای افاده معنی ناتوان بود؛ بناء پیشه وران، اهل علم و ادیان از طریق وضع الفاظ در وهله نخست به معانی دلخواه شان به الفاظ خاص منحيث اصطلاحات خود شان، پناه بردند و یا به اثر دست به دست شدن پی در پی و متکرر الفاظ در بین مردم برای دلالت کردن بر معانی و اشیاء اصطلاحات خاص بوجود آمد که هیچ کلمه و جمله ای جاگزین آن نشده و معنی آن را رسانیده نمی‌تواند.

عادات که در بین مردم یا در بین اصناف خاص از مردم شائع می‌شود تنها یک سبب و طریقه واحد در ایجاد آن نقش ندارد بلکه می‌تواند اسباب مختلف در ایجاد و شیوع آن نقش بارز داشته باشند.

باید یاد آور شد که اکثریت عادات یک جامعه از نیازهای مردم همان جامعه نشأت می‌کند؛ مردم در وضعیت قرار می‌گیرند که ناگزیر عمل خاص را انجام دهند و عمل متذکره تکرار گردیده، شیوع پیدا کرده به مرحله می‌رسد که به عرف مبدل می‌شود، قسم که بیع و فاء همین مراحل را طی کرده است.<sup>1</sup>

و این نیازها با در نظر داشت خانواده، جامعه، ویژگی های عقیدتی، شعائر دینی، اخلاق، نظام سیاسی، مراکز علمی، صنایع، فنون و آزادی فکر و الخ ... تفاوت پیدا می‌کند.

بعض اوقات عرف ها و عادت ها به اساس امر و فرمان و یا علاقمندی و توجه سلطان و حاکم ایجاد می‌شود مانند تجلیل از میلاد نبی اکرم صل الله علیه وسلم که اولین بار حاکم شیعی فاطمی آن را ایجاد کرد و بعدا عام شده و همه شهر ها را فرا گرفت و همگی به آن تمسک جستند.

اکیدا باید به عرض برسانیم که؛ عادات و اعراف بر نفوس و عقول مردم حکمرانی دارند، و قتی‌که عادت و عرف ریشه های خود را گسترانند، از ضروریات زندگی محسوب می‌گردد؛ از همین جهت است که گفته می‌شود: ( عادت طبیعت دوم مردم است).<sup>2</sup>

<sup>1</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 867 – 868.

<sup>2</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 868 – 869.

سرخسی<sup>1</sup> در مبسوط خود می گوید: ولان النزوع عن العادة الظاهر حرجا بینا.<sup>2</sup>

ترجمه: در دور کردن مردم از عادت شان مشقت آشکار است.

از همین جهت است که پیامبران و اصلاح گران در قسمت دور کردن عادات فاسد مردم مشقت ها و زحمات زیادی را متقبل شدند و به تدریج مردم را از عادات زشت شان بر گرداندند.<sup>3</sup>

در همین رابطه است که حضرت عائشه صدیقه رضی الله تعالی عنها در توصیف سیاست شرعی اسلامی می گوید: (انما نزل اول ما نزل منه سورة من المفصل، فیها ذکر الجنة و النار، حتی تاب الناس الی الاسلام نزل الحلال و الحرام، ولو نزل اول شیئ : لاتشربوا الخمر، لقالوا : لاندع الخمر ابداء، و لو نزل: لاتزنوا، لقالوا: لاندع الزنا ابداء).<sup>4</sup> اولین سوره که از قرآن کریم نازل شد در آن از جنت و دوزخ یاد آوری شده بود؛ بعدا زمانیکه مردم به اسلام رجوع کردند و در محور آن جمع شدند حلال و حرام نازل شد. اگر اولین بار لاتشربوا الخمر و لاتزنوا نازل می شد به یقین که مردم می گفتند ما شراب و زناء را هرگز ترک نمی کنیم.

با در نظر داشت آنچه گفته شد، دانسته می شود که برخی عرف ها و عادت ها نیک و پسندیده و برخی دیگر شان زشت و ناپسند است به دلیل اینکه همیشه منشأ عرف و عادت نیاز واقعی و مصلحت معتبر مردم نمی باشد بلکه بعض اوقات مردم به چیزهای عادت می کنند که مبنی آن را جهالت، گمراهی و ارث تشکیل می دهد که اسباب بدبختی جامعه را فراهم کرده و هیچ منفعتی در آن متصور نیست. مانند به بردگی گرفتن مدیون تنگدست در نزد رومی ها و در زمان جاهلیت عرب ها، دفن کردن دختران و جنگ های داخلی در زمان جاهلیت در بین عرب ها، دفن کردن خانم زنده با شوهر متوفی اش در نزد اهل هنود و بت پرستان، دفن کردن اموال ارزشمند و قیمتی با صاحبان شان در نزد مصری های قدیم و گرفتن اولیاء دختران، مهر های شان را در وقت به ازدواج دادن که عادت بادیه نشینان اعراب در شهر های سوریه بود و... تا امروز همه اینها و امثال شان از جمله عادات و عرف های ناپسندی است که مبارزه کردن در برابر شان از طریق آموزش، قانونگذاری و طرح و تصدیق برنامه های دیگر بر اولیاء امور واجب است.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - ابن سهل سرخسی : محمد ابن احمد ابن سهل، ابوبکر، شمس الائمة ، قاضی و مجتهد متوفی سال 483 هـ - 1090 م از اهل سرخس خراسان بوده و از علماء بزرگ احناف به شمار می رود. مشهور ترین تألیفات او عبارت اند از 1 - المبسوط که در باب فقه و تشریح در زندان نوشته شده 2 - شرح جامع الکبیر 3 - شرح السیر الکبیر که هر دو الجامع الکبیر و السیر الکبیر امام محمد را به شرح گرفته اند. 4 - الاصول در اصول فقه 5 - شرح مختصر الطحاوی. و زمانیکه از بند رها شد تا رحلت شان در فرغانه مسکن گزین شد. (زرکلی ، الاعلام ج 5 ص 315).

<sup>2</sup> سرخسی ، المبسوط ج 13 ص 14.

<sup>3</sup> زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 869.

<sup>4</sup> بخاری ، صحیح البخاری ج 6 ص 185 ح 4993.

<sup>5</sup> زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 870.

در افغانستان نیز اعراف ناپسندی که مبنی منطقی نداشته و مصالحی را در بر ندارد زیاد است؛ ایجاب می کند تا در برابر آن از راه های مختلف به مبارزه برخاسته شده و ریشه های آن خشکانده شود تا زمینه تطبیق احکام شریعت و قانون که متضمن سعادت و رفاه در جامعه می باشد فراهم گردد.

از آنچه که به عرض رسید فهمیده می شود که عرف ها و عادات مروج در جامعه به اسباب آتی بر می گردد:

1 - ضرورت و عادت جمعی باعث پیدایش عرف می گردد که در رعایت نکردن آن مردم به مشقت و حرج واقع می گردند.

2 - بعض اوقات امر و فرمان و یا رغبت و توجه حاکم و سلطان سبب موجودیت عرف می گردد.

3 - برخی اوقات عرف میراثی می باشد و جامعه به آن هیچ نیازی ندارد. (بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّهُتَدُونَ).<sup>1</sup> ترجمه: بلکه ایشان می گویند: ما پدران و نیاکان خود را بر آئینی یافته ایم و ما نیز بر پی آنان می رویم (و راه بت پرستی را در پیش می گیریم).

4 - برخی اوقات تقلید محض سبب ایجاد عرف می شود.

## مطلب دوم: عرف در لغت و اصطلاح:

### فرع اول: تعریف لغوی عرف:

عرف از ماده (ع، ر، ف) ترکیب شده و در لغت به معانی ذیل اطلاق می گردد:

1 - پیروی کردن چیزی پی در پی، یکی پی دیگری:

به همین معنی است عرف الفرس، پیشانی اسپ را عرف الفرس گفته می شود بخاطر قرار گرفتن موی آن بر بالای پیش پی در پی، یکی پی دیگری؛ زمانیکه کیوترها پی در پی و پشت سرهم پرواز می کردند گفته می شد طار القطا عرفا ای بعضها فوق بعض؛ از همین جمله است قول خداوند بزرگ (وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا)<sup>2</sup> ای متتابعات کعرف الفرس<sup>3</sup>. ترجمه: سوگند به آیه هائی که (توسط جبرئیل، پیاپی بر محمد) فر فرستاده می شود! برای پخش خوبیها و نیکیها. و یا سوگند به ملائکه های فرستاده شده پی هم مانند موی پیشانی اسپ؛ در حالیکه به تعبیر دیگر در آیه متذکره عرف به معنی نیکی و احسان آمده است؛ در این حالت معنی دیگری عرف که همانا نیکی و ضد زشتی است مد نظر می باشد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> .سوره زخرف ، آیه (22).

<sup>2</sup> .سوره مرسلات ، آیه (1)

<sup>3</sup> . زجاج، معانی القرآن و اعرابه ج 5 ص 265 آیه (1) سوره المرسلات.

<sup>4</sup> . ابن منظور ، لسان العرب ج 9 صص 239 ، 241 - ابن فارس ، معجم مقاییس اللغة ج 4 ص 281.



## 2 - سکون، آرامش واطمینان :

پس عرف؛ ضد نکر (نا آشنا) وبه معنی علم می آید طوریکه گفته می شود عرف فلان فلانا و هذا امر معروف - آن چه را که مردم بدانند وبشناسند به آن آرامش واطمینان پیدا می کنند.<sup>1</sup>

## 3 - بلندی وارتفاع:

برابر است که حسی باشد یا معنوی:

مثال اول: عرف الارض به زمین گفته می شود که بلند ومرتفع باشد و ناقة عرفاء به شتری که کوهان بلند داشته باشد اطلاق می گردد؛ و برای زنی که بینی بلند داشته باشد حسنة المعارف گفته می شود.<sup>2</sup>  
مثال دوم: همچنان عرف، بر معانی اطلاق می گردد که جایگاه بلند معنوی دارند - از جمله، بمعنی معروف طوریکه زجاج در مورد کلمه معروف وارد در فرموده خداوند بزرگ (وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا).<sup>3</sup> ترجمه: با ایشان در دنیا به طرز شایسته و به گونه بایسته‌ای رفتار کن. گفته است:(المعروف هنا ما يستحسن من الافعال).<sup>4</sup> ترجمه : منظور از معروف در این آیه افعال پسندیده است.

## فرع دوم : تعریف اصطلاحی عرف:

جرجانی<sup>5</sup> در تعریفات خود عرف را چنین تعریف کرده است: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع السليمة بالقبول.<sup>6</sup>

ترجمه : هر رسم و شیوه را گویند که در میان مردم متداول گشته، در نفوس شان استقرار پیدا کرده و معقولیت داشته و طبائع سلیم ایشان آن را پذیرفته است و از آن پیروی می کنند.

بیان و تشریح تعریف:

از کلمات العرف والعاده دانسته می شود که نسفی عرف و عادت را مرادف هم می داند و در این مورد در بحث عرف و عادت بصورت مفصل بحث خواهیم کرد.

## 1 - (ما) لفظ عام است که شامل قول و فعل می شود.

<sup>1</sup> ابن فارس ، معجم مقاییس اللغة ج 4 ص 281 کتاب عین ، باب عین وراء ، کلمه عرف.

<sup>2</sup> ابن فارس ، معجم مجمل اللغة ج 3 ص 661 باب عین کلمه عرف.

<sup>3</sup> سوره لقمان ، آیه 15.

<sup>4</sup> زجاج ، معانی القرآن و اعرابه ج 4 ص 197.

<sup>5</sup> علی ابن محمد ابن علی متولد سال 740 ه - 1340 م و متوفی سال 816 ه - 1413 م معروف به شریف جرجانی، فیلسوف و از بزرگترین علماء زبان عربی به شمار می رود و نزدیک به پنجاه اثر دارد از جمله : 1 - التعریفات 2 - شرح مواقف الایجی 3 - شرح کتاب الجعینی در علم هیئت 4 - مقالید العلوم 5 - تحقیق کلیات 6 - شرح السراجیه در علم میراث 7 - الكبرى والصغرى در علم منطق 8 - الحواشی علی المطول للتفتازانی 9 - مراتب الموجودات 10 - رساله فی فن اصول الحدیث 11 - شرح التذکره للطوسی در علم هیئت و غیره . (زرکلی، الاعلام ج 5 ص 6).

<sup>6</sup> جرجانی ، التعریفات ص 193.

2 – (ما استقر فی النفوس) به عنوان اولین قید در تعریف موارد را خارج می سازد که به طریق ندرت و تصادف حاصل شده باشد.

3 – (من جهة العقول) قید دوم است در تعریف که به سبب آن موارد ذیل خارج می گردد:

الف – موارد که منبع آن خواهشات نفسانی و شهوات باشد؛ مانند نوشیدن شراب، عادت به فسق و فجور و امثال آن.

ب – موارد که به سبب خاص بوجود می آیند – مانند فساد لسانها (زبانها) که در نتیجه اختلاط با غیر اهل زبان فاسد شده و از مسیر اصلی خود منحرف می شود.

ج – آنچه که اتفاقا بوجود می آید – مانند امور را که به فال نیک و یا به بد فالی گرفتن مردم تصادفاً به نفع و یا به ضرر شان موجود شده است و سبب انجام و یا ترک آن از سوی مردم می شود.

4 – (وتلقته الطباع السليمة... الخ) به عنوان آخرین قید در تعریف فوق، موارد را خارج می سازد که همه طبیعت های سلیم و یا بعض شان آن را انکار کرده باشند؛ بناء منکر و زشت پنداشته می شود نه عرف.<sup>1</sup>

الف لام در کلمه النفوس والطباع دلالت بر عموم و شمول میکند و عرف خاص را شامل نمیشود؛ همچنان به اقسام عرف هیچ اشاره ای ندارد و طوری وانمود می شود که عرف یک قسم است.

تعریفات که نزدیک به تعریف جرجانی است، تعریف ابن نجیم<sup>2</sup> و ابن عابدین است که ذیلاً ذکر می گردند.

ابن نجیم در تعریف عرف می گوید: العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الامور المتكررة المقبولة عندالطباع السليمة.<sup>3</sup>

ترجمه: هر رسم و شیوه را گویند که در نفوس مردم استقرار پیدا کرده، در میان شان متداول گشته و تکرار شده، و طبائع سلیم شان آن را قبول کرده است.

ابن عابدین در تعریف عرف می گوید: العادة مأخوذ من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد اخرى، صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول ملتقاة بالقبول، من غير علاقة ولاقرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعني واحد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حمادة ، العرف و اثره في حقوق الزواج في الفقه الاسلامي ص 4 به نقل از العرف و العادة في رأى الفقهاء ، ابوسنة ص 10.  
<sup>2</sup> زين الدين ابن ابراهيم ابن محمد مشهور به ابن نجيم متوفى سال 970 هـ - 1563 م فقيه حنفى واز علماء مصر مى باشد. تصنيفات زيادى دارد از جمله : 1 - الاشباه وانظائر در علم فقه 2 - البحر الرائق في شرح كنز الدقائق در علم فقه 3 - الرسائل الزينية 4 - رساله در مسائل فقهى و 5 - الفتاوى الزينية. ( زرکلى، الاعلام ج 3 ص 64).

<sup>3</sup> ابن نجيم ، الاشباه و النظائر على مذهب ابى حنيفة النعمان ص 79.

<sup>4</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 114.

ترجمه: عادت از معاوده گرفته شده و با تکرار شدن اش پی در پی مورد پسند مردم قرار گرفته بدون موجودیت کدام علاقه و قرینه ای در نفوس شان استقرار پیدا کرده و عقل ها آن را می پذیرد، تا جائیکه به حقیقت عرفی مبدل می گردد؛ و عرف و عادت به یک معنی دلالت دارند.

اما ابن نجار<sup>1</sup> در تعریف عرف مهمترین شرط را در نظر گرفته است که در تعریفات فوق الذکر به نظر نمی خورد طوریکه او می گوید:

العرف کل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشریعة.<sup>2</sup>

ترجمه: عرف هر آن چیزی است که مخالف شریعت نبوده و انسانها آن را نیک پنداشته اند.

خلاف<sup>3</sup> عرف را چنین تعریف کرده است: العرف ما تعارفه الناس وساروا علیه من قول، اوفعل، او ترک.<sup>4</sup>

ترجمه: عرف آن چیزی است که مردم به آن تعارف حاصل کرده اند و به آن مسیر رفته اند، برابر است که قول یا فعل باشد و یا ترک آن.

چیزی که قابل ملاحظه بوده در دو تعریف فوق و قابل نقد است همانا استعمال لفظ عرف در نفس تعریف است که سبب لزوم دور در تعریف شده است.

تعریف عرف از زرقاء : عادة جمهور قوم فی قول اوفعل.<sup>5</sup>

ترجمه: رسم و روشی مورد پسند اکثریت مردم در قول یا فعل است.

شرح و بیان تعریف زرقاء:

1 – از مفهوم جمهور دانسته می شود که عرف بدون موجودیت یک نصاب عددی معین از مردم تحقق پیدا نمی کند؛ باید موضوع عرف به عادت اکثریت مردم مبدل شده باشد.

<sup>1</sup> محمد ابن احمد ابن عبدالعزیز فتوحی تقی الدین ابوالبقاء ، مشهور به ابن النجار متولد سال 898 هـ - 1492 م متوفی سال 972 هـ - 1562 م قاضی و از جمله فقهاء حنبلی مصری است. شعرانی در مورد او می گوید : چهل سال رفیق و همنشین ابن نجیم بودم و هیچ عیبی به ایشان ندیده ام، و او را خوش کلام ترین، و خوش برخورد ترین شخص با همنشین اش یافتم. از تألیفات او است: منتهی الارادات فی جمع المقنع مع التنقیح و زیادات. (زرکلی، الاعلام ج 6 ص 6).

<sup>2</sup> ابن نجار ، شرح الکوکب المنیر ج 4 ص 448.

<sup>3</sup> عبدالوهاب الخلف: در ماه مارچ سال 1888 م در شهر کفرالزیات متولد و در سال 1900 م به ازهر شریف پیوسته و در سال 1915 به انسلاک قضاء منسلک گردیده و در سال 1920 به عنوان قاضی تعیین ؛ و بعدا در سال 1924 م به عنوان مدیر مساجد وزارت حج و اوقاف ایفاء وظیفه کرده است. ثروت بزرگی از تألیفات خویش را که به صراحت بیان و روشنی احکام ممتاز است برای شریعت اسلامی به میراث گذاشته است. از تألیفات او : 1 – اصول الفقه 2 – کتاب احکام الاحوال الشخصیه 3 – الوقف والمواریث 4 – و کتاب ارزشمند – السیاسه الشرعیه یا السلطات الثلاث فی الاسلام و نیز نوشته در تفسیر قرآن کریم زیر نام 5 – نور من الاسلام – و سائر مقالات و بحثهای زیادی که در مجلات مختلف به نشر سپرده شده است. (خلف، علم اصول الفقه و خلاصه التشریح الاسلامی صص 3 – 4).

<sup>4</sup> خلف ، علم اصول الفقه ص 89.

<sup>5</sup> زرقاء ، المدخل الفقهی العام ج 2 ص 872.

2 - و همچنان نکیره بودن لفظ قوم اشاره به اقسام عرف دارد. عرف بعض اوقات مخصوص به اهل شهر معین و اهل حرفه معین میباشد و احياناً عام بوده، همه مردم را شامل می شود.

3 - فی قول و فعل اشاره به انواع دیگری عرف دارد که عبارت از عرف قولی و فعلی است. و نیز از آن دانسته می شود که عرف برخواسته از تفکیر و اختیار است؛ مانند عادت به اندازه کردن بعض اشیاء به وزن و بعض آنها به پیمانہ و بعض دیگری آنها به عدد و شمارش؛ به دلیل اینکه عادت مردم در گفتن سخنی و انجام کاری بدون عقل و اختیار نمی باشد و اگر بدون عقل و اختیار باشد مصداق قول و فعل بوده نمی تواند.<sup>1</sup>

این تعریف بسیار کوتاه است، نمی تواند که مفهوم عرف را به صورت درست در ذهن خواننده تداعی کند؛ در مجموع تعریفات فوق به استثناء تعریف ابن النجار در حالیکه تعریف ایشان نیز مشکل خود را دارد و نسبت کوتاه بودن تعریف مذکور جامع افراد و مانع از دخول غیر بوده نمی تواند، مهمترین شرط عرف را که همانا عدم مخالفت عرف با شریعت اسلامی است در نظر گرفته نشده است.

همچنان زحیلی در تعریف عرف می گوید: هو ما اعتاده الناس وساروا علیه من کل فعل شاع بینهم، او لفظ تعارفوا اطلاقه علی معنی خاص لا تألفه اللغة، ولا تبادر غیره عند سماعه، وهو بمعنی العادة الجماعية، وقد شمل هذا التعريف العرف العملي والعرف القولي.<sup>2</sup>

ترجمه: هر فعلی است که مردم به آن خو گرفته اند و در میان شان شایع شده و هر لفظی است که استعمال آن به معنی خاص که معنی لغوی آن نیست و در وقت شنیدن آن لفظ معنی دیگری در اذهان خطور نمی کند در میان مردم معروف شده و به معنی عادت جمعی است؛ این تعریف، عرف عملی و قولی هر دو را شامل می شود.

عرف: تکرار روشی که در طول مدت زمان مورد باور و عمل مردم قرار گرفته باشد و در معاملات از آن پیروی گردد.<sup>3</sup>

از مجموع تعریف های ذکر شده برای عرف، می توان عناصر تداول، شیوع، اطراد یک عمل و رفتار، معقولیت، مقبولیت را قدر جامع بین همه ای تعریف ها دانست.

<sup>1</sup> همان اثر، ج 2 صص 873 - 874.

<sup>2</sup> زحیلی، الوجیز فی اصول الفقه الاسلامی ج 2 ص 828.

<sup>3</sup> ستانکزی و دیگران، قاموس اصطلاحات حقوقی ص 175 کلمه عرف.

## تعریف مختار:

می شود که ما در میان تعریف های ذکر شده جمع کنیم؛ نقاط مشترک مثبت هر کدام را اخذ و اضافات شان را کنار بگذاریم، تا یک تعریف جامع و مانع به شرح ذیل از عرف داشته باشیم:

ترجمه: عرف: هرگفتار و کرداری است که در نفوس اکثریت مردم استقرار پیدا کرده، عقل های شان پذیرفته و در طبائع سلیم شان مقبولیت داشته و شریعت آن را رد نکرده است.<sup>1</sup>

فوائد و امتیازات این تعریف :

- 1 – (هر گفتار و کرداری) اشاره به اقسام عرف؛ قولی و فعلی است.
- 2 – (در نفوس اکثریت مردم استقرار پیدا کرده) به عنوان اولین قید تعریف، موارد را خارج می کند که به طریق ندرت و تصادف حاصل شده باشد و همچنان اشاره به یکی از ارکان عرف دارد که همانا موجودیت نصاب عددی معین از مردم است که به آن عادت کرده اند.
- 3 – (عقل های شان پذیرفته) قید دوم تعریف، موارد را خارج می کند که منبع و سرچشمه آن خواهشات نفسانی و شهوات است و نیز موارد را خارج می کند که به سبب خاص به وجود می آیند مانند فساد السنه و همچنان موارد را که اتفاقاً موجود می شوند مانند به فال نیک و یا به فال بد گرفتن چیزی.
- 4 – (در طبائع سلیم شان مقبولیت داشته) موارد را خارج می سازد که طبائع سلیمه، آن را زشت می پندارند.
- 5 – (و شریعت آن را رد نکرده ست) اشاره دارد به مهمترین شرط عرف که همانا – عدم مخالفت عرف با شریعت است.<sup>2</sup>

تعریف فوق خوبی های همه تعریفات ذکر شده دیگر را در بر داشته نقاط ضعف شان را جبران کرده و جامع افراد معرف و مانع از دخول غیر است؛ هر چند تعریف باید کوتاه باشد اما برای کوتاه کردن تعریف نباید ما اصل جامع و مانع بودن تعریف را نادیده بگیریم؛ بناء تعریف فوق الذکر نسبت به همه تعریفات قبلی ارجحیت داشته و قابل ترجیح شناخته می شود.

**مطلب سوم: تعریف لغوی و اصطلاحی شریعت:**

**فرع اول: تعریف لغوی شریعت:**

شریعت در لغت به معانی ذیل اطلاق می گردد:

<sup>1</sup> . حمادة ، العرف و اثره فی حقوق الزواج فی الفقه الاسلامی ص 5.  
<sup>2</sup> . حمادة ، العرف و اثره فی حقوق الزواج فی الفقه الاسلامی صص 5 – 6.

1 - ظهور، بیان و وضوح طوریکه عرب ها می گفتند (شرع الاهی) و قتیکه جلد حیوانات را شق کرده می شد زمان پوست کردن؛ آنها در پوست کردن حیوانات چند روش داشتند از جمله پوست کردن به روش شق کردن جلد حیوان مورد نظر، و طریقه شق نسبت به طریقه های دیگر واضح تر است به این اساس لفظ شرع در آن استعمال گردیده است. و همچنان زمان که شخص حقیقت را بیان کرده بر باطل چیره شود گفته می شود (شرع فلان).<sup>1</sup>

2 - راه که مردم برای گرفتن آب می روند، در صورتیکه آب جاری در محل زیاد بوده و همیشه جریان داشته و چشمه باشد که هیچگاه خشک نمی شود؛ این راه را به خاطر وضوح و ظهور آن شریعت گفته می شود.<sup>2</sup>

3 - همچنان شریعت فاعل به معنی مفعول مانند طریق و قاصد بوده به راه اطلاق می گردد که همه مردم به آن میروند.<sup>3</sup>

4 - عربها شریعت را به راه و روش فراخ و روشن و طریقه واضح نیز اطلاق می کنند.<sup>4</sup>

## فرع دوم : تعریف اصطلاحی شریعت :

الف : شریعت به معنی عام:

علماء با در نظر داشت معنی شریعت در قرآن و سنت، می گویند: شریعت احکام است که خداوند جل جلاله در باب عقائد و اعمال و.... تشریح کرده است طوریکه می فرمایند:

ابن تیمیه رحمه الله می گوید: شریعت؛ شامل همه احکام می شود که از جانب خداوند جل جلاله تشریح گردیده، برابر است که از عقائد باشد یا اعمال.<sup>5</sup>

تهانوی<sup>6</sup> در تعریف شریعت می گوید: شریعت؛ احکام است که خداوند جل جلاله برای بندگان خود وضع کرده است، احکام که به یکی از انبیاء آمده (نازل شده) است اعم از اینکه متعلق به کیفیت عمل باشد که بنام احکام فرعی عملی یاد می شود و برای تشریح و تبیین آن علم فقه تدوین شده است؛ یا متعلق به کیفیت اعتقاد باشد که بنام احکام اصلی و اعتقادی یاد شده و علم کلام برای بحث پیرامون آن تدوین شده است.<sup>7</sup>

دین را که خداوند جل جلاله برای بندگان خود تشریح کرده است شریعت گفته می شود.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب ج 8 ص 176 کتاب ع ، فصل ش کلمه شرع.

<sup>2</sup> ابن منظور، لسان العرب ج 8 ص 175 کتاب ع ، فصل ش کلمه شرع -، مقرئ ، المصباح المنیر ص 162.

<sup>3</sup> همان اثر، ص 162.

<sup>4</sup> فیروزآبادی ، بصائر ذوی التمییز فی لطائف الکتاب العزیز ج 3 ص 309.

<sup>5</sup> ابن تیمیه ، مجموع الفتاوی ج 19 ص 306.

<sup>6</sup> محمد ابن علی ابن قاضی محمد حامد ابن محمد صابر فاروقی حنفی تهانوی هندی است که 1- (کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم) در دو جلد از تألیفات او است و تألیف آن را در سال 1158ه ق به خاتمه رساند است و نیز کتاب دیگری بنام 2 - (سبق الغایات فی نسق الآیات) دارد. (زرکلی، الاعلام ج 6 ص 295).

<sup>7</sup> تهانوی ، موسوعة کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم ص 1018 حرف ش ، کلمه الشرع.

<sup>8</sup> الجزری ، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر ج 2 ص 1141 حرف ش ، باب ش و راء

بر اساس آنچه گفته شده شریعت مجموع احکام است که از جانب خداوند <sup>جل جلاله</sup> فرودرستاده شده است اعم از اینکه متعلق به عقائد باشد و یا اعمال.

ب : شریعت به معنی خاص:

برخی علماء شریعت را اطلاق کرده و از آن احکام عملی را اراده می کنند؛ نه احکام را که متعلق به عقائد و اخلاق است، که این تعریف شریعت به معنی خاص است.

تهانوی می گوید: بعض اوقات شریعت بر احکام فرعی عملی نیز اطلاق می شود؛ و به همین معنی شریعت، در شرح عقائد نسفی اشاره شده است طوری که تصریح می کند: علم متعلق به احکام فرعی را علم شرائع و احکام گفته می شود و علم به احکام اصلی را علم توحید و صفات نامیده میشود.<sup>1</sup>

شیخ الاسلام ابن تیمیه <sup>رحمه الله</sup> تذکر می دهد که: فقهاء متأخرین در زمان شان اطلاق شریعت را به احکام شرعی عملی اختصاص داده اند.<sup>2</sup>

با در نظر داشت آنچه گفته شد، دانسته می شود که شریعت شامل همه احکام منزل از جانب خداوند <sup>جل جلاله</sup> می شود ولی علماء متأخرین آن را به معنی خاص احکام عملی مورد استفاده قرار داده اند؛ و منظور ما از استعمال لفظ شریعت در عنوان بحث نیز همین معنی خاص است.

#### فرع سوم: رابطه معنی لغوی و اصطلاحی شریعت:

رابطه معنی لغوی و اصطلاحی بسیار واضح و روشن است. مصدر شریعت خداوند <sup>جل جلاله</sup> است؛ طوری که الله متعال می فرماید: (تَنْزِيلُ الْكِتَابِ مِنَ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَكِيمِ).<sup>3</sup> ترجمه: این کتاب (قرآن نام) از سوی خداوند باعزت و باحکمت نازل می گردد.

و شریعت اسلامی؛ ظاهر، روشن، واضح و آشکار است، شخصیکه در شریعت اسلامی داخل میشود مانند کسی است که در جوی سرشار از آب داخل شده و به راحتی آب پاک و شفاف می نوشد و از کم شدن و گنده شدن آن نمی ترسد.

شریعت اسلامی شاهراه مستقیم، روشن و آشکار است که ما را به رضاء و رحمت خداوند <sup>جل جلاله</sup> وصل می کند و هیچ مکتب دیگری جای آن را پوره نکرده و نقش آن را ایفاء کرده نمی تواند.<sup>4</sup>

الشرعة والشريعة الطريقة الظاهرة التي يتوصل بها الى النجات.<sup>5</sup>

ترجمه: سرعت و شریعت راه و رسم روشن است که به نجات و کامیابی وصل می شود.

<sup>1</sup> .تهانوی ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ص 1019 ح ش ، كلمة الشرع.

<sup>2</sup> .ابن تیمیه ، مجموع الفتاوى ج 19 ص 134.

<sup>3</sup> .سوره جاثیه ، آیه 2.

<sup>4</sup> .اشقر ، المدخل الى الشريعة والفقہ الاسلامی صص 15 – 16.

<sup>5</sup> .قرطبی ، الجامع لاحكام القرآن ج 6 ص 211.

## مطلب چهارم: قانون در لغت و اصطلاح:

### فرع اول: قانون در لغت:

قانون در لغت مقیاس و معیار را گفته می شود و جمع آن قوانین است. گفته شده است که کلمه رومی و یا فارسی است.

قنین، طنبور را گفته می شود و نیز قنین نام بازیچه است که توسط آن مقامر (قمار بازی) کرده می شود و قن به معنی غلام است.<sup>1</sup>

ابن منظور می گوید: قانون هر شی؛ طریقه و مقیاس همان شی را گفته می شود؛ و قوانین بر قواعد و اصول اطلاق می گردد و این کلمه، عربی نیست.<sup>2</sup>

### فرع دوم: قانون در اصطلاح:

در اصطلاح قانون تعریف ماهوی و شکلی شده است.

تعریف ماهوی :

1 . قانون: مجموعه قواعد حقوقی عام، و الزام آوری است که بمنظور تنظیم امور عامه توسط مرجع ذی صلاح مطابق حکم ماده نود و چهارم قانون اساسی افغانستان وضع، تصویب و طی مراحل گردید باشد.<sup>3</sup>

2 . قانون؛ قواعد صریح و معقولی است که از طرف هیأت حاکمه به منظور حفظ نظم جامعه و تأمین حقوق افراد وضع گردیده، تطبیق آن توأم با اجبار است.<sup>4</sup>

تعریف شکلی:

قانون عبارت است از مصوبه هر دو مجلس شورای ملی که به توشیح رئیس جمهور رسیده باشد.<sup>5</sup>

این تعریف شکلی قانون از خود استثنائات دارد؛ چون در موارد دیگر نیز 1. در زمان رخصتی شوری ملی رئیس جمهور می تواند فرمان تقنینی صادر کند که حیثیت قانون را دارد و 2. همچنان در صورت که رئیس جمهور با مصوبه شوری ملی موافقه نداشته باشد می تواند آنرا در ظرف پانزده روز از تاریخ تقدیم، با ذکر دلایل به ولسی جرگه مسترد نماید؛ با سپری شدن این مدت و مسترد نکردن آن به ولسی

<sup>1</sup> زبیدی ، تاج العروس من جواهر القاموس فصل ق و نون.

<sup>2</sup> ابن منظور ، لسان العرب ج 13 ص 349 حرف ن ، فصل ق کلمه قنن.

<sup>3</sup> وزارت عدلیه ، قانون طرز طی مراحل ، نشر و انفاذ اسناد تقنینی فقره (2) ماده (3).

<sup>4</sup> قاموس اصطلاحات حقوقی ، ستانکزی و دیگران ص 91 کلمه قانون.

<sup>5</sup> قانون اساسی افغانستان ، ماده (94).



جرگه و 3. یا در صورتی که بعدا از مسترد شدن مصوبه شوری ملی از جانب رئیس جمهور ولسی جرگه آن را مجددا با دوثلت آرای کل اعضاء تصویب نماید، مصوبه توشیح شده محسوب و نافذ می گردد.<sup>1</sup>

## مبحث دوم

### اقسام عرف

**مطلب اول: اقسام عرف در شریعت:**

عرف به اعتبار موضوع آن به دو بخش تقسیم می گردد:

1 - عرف قولی یا لفظی. 2 - عرف فعلی یا عملی.

1 عرف قولی یا لفظی: علماء از عرف قولی تعریفات متعددی دارند که به ذکر بعض آنها اکتفاء می کنم.

تعریف ابن عابدین از عرف قولی:

عبارت از اطلاق لفظی بر معنی معین است، طوری که در وقت شنیدن آن لفظ معنی دیگری در ذهن خطور نمی کند.<sup>2</sup>

تعریف قرافی از عرف قولی:

عادت اهل عرف استعمال لفظ را در معنی معین است، در حالیکه در لغت به آن معنی دلالت نمی کند.<sup>3</sup>

عرف لفظی - شایع شدن برخی الفاظ یا جملات در معنی معین است در بین مردم، که در نتیجه در وقت اطلاق آن الفاظ و جملات بدون اینکه قرینه و یا رابطه عقلی در میان شان (الفاظ و جملات - معنی) موجود باشد همان معنی در اذهان شان خطور کند.<sup>4</sup>

مصطفی دیب البغاء در تعریف عرف لفظی می گوید :

عرف قولی - نوع از عرف است که موضوع آن را استعمال برخی الفاظ در معانی که عرفا مردم آن الفاظ را به آن معانی استعمال می کنند تشکیل می دهد. طوری که - استعمال برخی الفاظ و جملات در

<sup>1</sup> همان قانون ، مواد (79 ، 94).

<sup>2</sup> مجموعه رسائل ابن عابدین، ابن عابدین ج 2 صص 114 - 115.

<sup>3</sup> الفروق ، قرافی ج 1 ص 171.

<sup>4</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 875.

معنی معینی در بین مردم شایع شود به نحو که در وقت اطلاق آن الفاظ و جملات بدون موجودیت قرینه و رابطه عقلی همان معنی و مفهوم در ذهن ها خطور کند.<sup>1</sup>

از مثال های عرف قولی:

استعمال لفظ دابه و تخصیص آن عرفا بر چهار پایان (اسپ ، قاطر و خر) با وجود اینکه در اصل لغت، وضع شده است تا بر هر جنبنده در زمین دلالت کند از قبیل عرف قولی است.<sup>2</sup> به دلیل فرموده خداوند متعال: (وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا).<sup>3</sup>

ترجمه: هیچ جنبنده ای در زمین نیست مگر این که روزی آن، بر عهده خدا است ( و خدا روزی مناسب هر يك را در بحر و بر می‌رساند).

همچنان استعمال لفظ درهم به معنی پول رائج در شهر، از قبیل عرف قولی است، در حالیکه در اصل به معنی پول نقره ای است سکه زده شده به وزن و قیمت معین.<sup>4</sup>

به همین شکل لفظ بیت در بعضی شهرها به معنی اطاق و در برخی دیگر به معنی خانه و حویلی با همه بخش های آن، اطلاق می گردد.<sup>5</sup>

2 - عرف فعلی یا عملی:

تعریف ابن عابدین از عرف فعلی: مانند عرف مردم به خوردن گندم(نان گندم)، گوشت گوسفند و امثال آن. یعنی تعارف مردم در زندگی روزمره شان در خوردنی ها، نوشیدنی ها و پوشیدنی ها و همچنین تعامل شان در عقود مختلفه، در دائره عرف عملی داخل می گردد.<sup>6</sup>

تعریف استاد زرقاء از عرف عملی: اعتیاد (عادت کردن) مردم است به چیزی از افعال عادی یا معاملات مدنی.

مراد از افعال عادی، افعال مردم در امور زندگی شخصی شان است از موارد که استوار بر تبادل مصالح و ایجاد حقوق نمی باشد، از قبیل خوردن، نوشیدن، پوشیدن، کشت کردن و امثال اینها.

و مراد از معاملات مدنی تصرفاتی است که به اساس آن ایجاد، تصفیه و اسقاط حقوق در بین مردم قصد می گردد، برابر است که آن تصرفات عقود باشد یا غیر آن، مانند نکاح، بیع، ابراء، غصب، قبض، اداء و امثال آن.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ديب البغاء ، اثر الادلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الاسلامي ص 246.

<sup>2</sup> قرافي ، الفروق ج 1 ص 172.

<sup>3</sup> سورة هود ، آيه 6.

<sup>4</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 875 - 876 - ديب البغاء ، اثر الادلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الاسلامي ص

246.

<sup>5</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام ص 876 - ديب البغاء ، اثر الادلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الاسلامي ص 246.

<sup>6</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 114.

<sup>7</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام صص 875 - 876.

از مثال های عرف در افعال عادی؛ عادت مردم به تعطیل برخی از روزهای هفته و کار نکردن در آن روزها است و همچنان در بعض مناطق مردم به خوردن نوع خاص از گوشت ها عادت دارند؛ مانند گوشت گوسفند، بز، گاو که عرف عملی شان محسوب می گردد و یا مردم به استعمال یک نوع معین از پوشیدنی ها و سائر وسائل مورد نیاز عادت دارند که به عنوان عرف عملی شان شناخته می شود، و سائر موارد.

از مثالهای عرف در معاملات مدنی؛ عادت مردم در فروش بعض اشیاء ثقیل مانند هیزم، زغال، گندم و امثال آن مبنی بر این است که انتقال مبیع تا خانه مشتری از وجائب بایع است، همچنان عادت مردم در معجل نمودن مقدار معین مهر در نکاح و تأجیل قسمت متباقی آن است تا بعد از وفات یا طلاق، پرداخت گردد. به همین شکل رواج بعض انواع نقود در میان مردم از مصادیق عرف در معاملات مدنی محسوب می گردد.<sup>1</sup>

عرف به اعتبار شیوع آن در بین مردم، نیز به دو بخش تقسیم می گردد:

#### 1 - عرف عام:

دیب البغاء به نقل از ابن عابدین در تعریف عرف عام می گوید: عرف معمول در همه شهرها است، برابر است که قدیم باشد یا جدید. یعنی عرف است که در همه شهر ها در بین همه مردم در امری معین شایع گردیده است.<sup>2</sup>

عرف است که در همه محلات در بین همه مردم یا اکثریت شان انتشار پیدا کرده و شایع شده است.<sup>3</sup>

نوعی از عرف است که در تمامی محلات، در بین همه مردم در مورد امری معینی شایع شده باشد. مانند استصناع در بسیاری از امور مورد نیاز و لوازم زندگی از قبیل لباسها، ادوات مورد نیاز در تمامی محلات و در بین همه مردم و سائر موارد.

بدون شک مردم به استصناع در این موارد نیاز دارند و از دیر زمان به این امر عادت کرده اند و امروز نیز در همه نقاط جهان این عرف، جاری است، تا جائیکه استصناع کارخانه ها، کشتی ها و ساختمانها معمول گردیده است.

و همچنان تأجیل قسمتی از مهر زنان در نکاح در همه بلاد اسلامی عمومیت دارد و شایع شده است در حالیکه مقدار مؤجل و معجل نسبت به هر شهری متفاوت است<sup>4</sup>

داخل شدن در حمام بدون تعیین مدت و یا اندازه استعمال آب، و عرف مردم در وقف کتب و امثال آن از مثال های عرف عمومی است.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> همان اثر ، ص 877.

<sup>2</sup> دیب البغاء ، اثر الادلة المختلف فيها (مصادرالتشريع التبعية) فی الفقه الاسلامی ص 247 ؛ به نقل از رساله نشر العرف - ابن عابدین.

<sup>3</sup> حماده ، العرف و اثره فی حقوق الزوج فی الفقه الاسلامی ص 8.

<sup>4</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام 877 - 888.

## 2 - عرف خاص:

نوعی از عرف است؛ که به شهر، محل معین یا در بین گروه از مردم اختصاص پیدا کرده باشد. عرف خاص از خود انواع و صورتهای مختلف و زیادی داشته که قابل شماره گیری نیست و مصالح مردم، سهولت در کار های شان و رفع حرج و مشقت از ایشان وابسته به آنها است.

مانند عرف تاجران در مورد چیزی که عیب محسوب می گردد و به سبب آن مبیع را رد کرده می شود و همچنان عرف وکلای مدافع در تأجیل قسمتی از حق الزحمه شان تا ختم دعوی و قطعیت حکم.<sup>2</sup>

عرف رائج در بین اهل سرزمین معین یا گروه مشخص مانند تاجران، پیشه وران، و صاحبان حرفه های مختلف را عرف خاص گفته می شود.<sup>3</sup>

عرف به اعتبار موافقت و مخالفت آن با شریعت نیز به دو قسم تقسیم می گردد:

### 1 - عرف صحیح:

عرف است که، شروط اعتبار عرف در شریعت، در آن تحقق پیدا کرده است؛ شروط که عرف را موافق قواعد شریعت و نصوص آن می گرداند.<sup>4</sup>

عرف های که مخالف نص شرعی نبوده و موجب فوت شدن مصلحت شرعی و جلب مفسده نگردد، مانند هدیه دادن خواستگار برای نامزدش کدام اشکال ندارد و از جمله عرف های صحیح محسوب می گردد.<sup>5</sup>

### 2 - عرف فاسد:

عرف است که، مخالف قواعد شریعت بوده و در برابر آن قرار بگیرد؛ مانند عرف تجار مبنی بر اعتبار دادن فوائد سودی (ربوی) در تجارت و گرفتن اولیاء دخترها مهرهای شان را در وقت به ازدواج دادن و روشن نمودن شمع در بالای قبرها و اختلاط زنان و مردان در محافل عمومی؛ همه عرف های فاسد اند که معتبر نبوده و به آن حکم کرده نمی شود.

همچنان عرف فاسد به عرف اطلاق می گردد که در آن یکی از شرائط تحکیم عرف موجود نباشد.<sup>6</sup>

اگر عرفی، متناقض قواعد و احکام ثابت لایتنغیر شریعت اسلامی بوده باشد، بر علاوه که به عنوان عرف فاسد به آن توجه نمی شود واجب است که با آن مبارزه شده و به عمل به آن خاتمه داده شود. مانند عرف و عمل مردم به ربا، تجارت شراب، نوشیدن شراب، آنچه که بر می گردد به اسراف مردم در محفلهای

<sup>1</sup>. شلبی، اصول الفقه الاسلامی، 327.

<sup>2</sup>. زرقاء، المدخل الفقهي العام، ص 878.

<sup>3</sup>. شلبی، اصول الفقه الاسلامی ص 327.

<sup>4</sup>. ولی قوته، العرف، حجیته و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابلة ص 264.

<sup>5</sup>. حماده، العرف و اثره فی حقوق الزوج فی الفقه الاسلامی ص 9.

<sup>6</sup>. ولی قوته، العرف حجیته، و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابلة صص 264 - 265.

خوشی و غم‌شان، بیرون شدن زنان به شکل که سبب بروز فتنه می‌گردد و امثال اینها از موارد که مردم آن را با تقلید از بیگانگان ایجاد کرده‌اند یا به قصد رسیدن به اغراض ناپسند و غیر شرعی به آن دست یازیده‌اند.<sup>1</sup>

همچنان عرف و عادت به اعتبار مصدر خود به دو قسم تقسیم می‌گردد:

#### 1 - عوائد شرعی:

عوائد اند که در تأیید و یا نفی آن دلیل شرعی موجود است - به این معنی که شریعت به وجوب یا استحباب آن امر کرده و یا آن را مکروه یا حرام دانسته، یا به انجام یا ترک آن اجازه داده است.

#### 2 - عوائد جاری در بین مردم:

عوائد اند که در اثبات و یا نفی آن دلیل شرعی موجود نیست.<sup>2</sup>

همچنان عرف و عادت به اعتبار وجود شان به دو قسم تقسیم می‌گردد:

#### 1 - عوائد ثابت:

عوائد عمومی است که به اعتبار زمان، مکان و حالات اختلاف پیدا نکرده و قابل تغییر نیستند، مانند خوردن، نوشیدن، خوشی، غمگینی، خواب و بیداری، تمائل به ملایمات و تنفر از منفورات، خوردن چیزهای لذت بخش، دوری از مضرات و زشتی‌ها و امثال شان.<sup>3</sup>

#### 2 - عوائد متغیر:

عوائد است که با اختلاف زمان، مکان و احوال اختلاف پیدا می‌کنند مانند هیئت و شکل لباس، خانه، نرمش و شدت در امور، آهستگی و سرعت در کارها و امثال شان که با تغییر زمان، مکان و احوال انسان قابل تغییر بوده و در یک حالت ثابت باقی نمی‌مانند.<sup>4</sup>

### مطلب دوم: اقسام عرف در قانون:

با در نظر داشت ماده (721) قانون مدنی افغانستان که تصریح می‌دارد: (عادت عام باشد یا خاص، مدار حکم قرار داده می‌شود).<sup>5</sup> دانسته می‌شود که قانون نیز تقسیم عرف به عام و خاص را پذیرفته است و عرف عام و خاص در پیشگاه قانون معتبر بوده و مدار حکم محکمه قرار می‌گیرد.

<sup>1</sup> شلبی، اصول الفقه الاسلامی ص 328.

<sup>2</sup> شاطبی، الموافقات ج 2 ص 288.

<sup>3</sup> شاطبی، الموافقات ج 2 ص 509.

<sup>4</sup> همان اثر، ج 2 ص 509.

<sup>5</sup> وزارت عدلیه، قانون مدنی افغانستان ج 2 ماده (721).

همچنان قانون تجارت در ماده (2) خود تصریح می کند: «مسائل تجارتي ذریعه مقاوله نامه های معتبره قانونی، و در صورتی که چنین مقاوله موجود نباشد به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردد اگر به این ترتیب حل و فصل شده نتواند عرف و عادات تجارتي تطبیق می گردد. عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شود و در صورت نبودن عرف و عادات، احکام قوانین دیگری که به آن استناد می شود تطبیق می گردد.

تبصره - ترجیح عرف و عادات خصوصی و محلی بر عرف و عادات عمومی، عبارت است از اینکه عرف و عادات تجارتي هر محل تابع تعاملات حوزه محلی خودش می باشد، نه تابع تعاملات مناطق دیگر هرگاه عرف و عاداتیکه در حل و فصل معاملات تجارتي مؤثر واقع شده بتواند در یک حوزه محلی موجود نباشد به عرف و عادات نزدیک ترین محل استناد شده می تواند»<sup>1</sup>.

ماده فوق بر علاوه اینکه به تقسیم عرف به عام و خاص دلالت دارد تصریح می کند که در ساحه حقوق تجارت عرف و عادات خصوصی و محلی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده شده و عرف و عادات تجاری هر محل تابع تعاملات حوزه محلی خودش می باشد نه تابع تعاملات مناطق دیگر، و در صورتیکه عرف تجارتي در یک حوزه محلی موجود نباشد به عرف و عادات نزدیک ترین محل استناد شده می تواند.

همچنان ماده (2) قانون مدنی در مقام تبیین اعتبار عرف بیان می دارد: (در مواردیکه حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید، مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد)<sup>2</sup>.

از جمله ای «مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد». دانسته می شود که عرف از نظر موافقت و عدم موافقت آن با قانون و اساسات عدالت نیز به دو قسم تقسیم می گردد که همانا عرف صحیح و عرف فاسد است.

### **مطلب سوم: نحوه رفتار و تعامل اسلام با عرف های موجود در زمان ظهور اسلام:**

برخورد اسلام با عرف و عادات مردم یکسان نبوده و متغیر می باشد.

1 - عرف که دلیل شرعی بر اعتبار آن دلالت دارد.

مانند رعایت کفایت در ازدواج ، وضع دیه بر عاقله و امثال آن ... اعتبار دادن و عمل کردن به این نوع عرف واجب است.

2 - عرف که دلیل شرعی بر نفی و عدم اعتبار آن اقامه شده وجود دارد.

<sup>1</sup>. وزارت عدلیه ، قانون تجارت ماده (2).

<sup>2</sup>. وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان ج 1 ماده (2).

مانند عادت اهل جاهلیت در تبرج، طواف برهنه شان در بیت الله، جمع در بین دوخواهر در ازدواج وامثال آن از جمله عرف های است که شریعت اسلامی از آن منع کرده و این نوع عرف ها معتبر نیست.

3 - عرف که دلیل شرعی بر اعتبار یا نفی (عدم اعتبار) آن وجود ندارد.<sup>1</sup>

فقهاء نوع سوم عرف را که ذکر گردید؛ اعتبار داده، مراعات نموده برآن احکام زیادی را بناء کرده اند و از آن نوع عرف هیچکدام شان انکار نکرده اند.<sup>2</sup>

## مبحث سوم

### فرق بین عرف و اصطلاحات مشابه آن

مطلب اول: عرف و عادت و فرق در بین شان:

فرع اول: عادت در لغت و اصطلاح:

الف: تعریف لغوی عادت:

در صفات خداوند جل جلاله آمده است (المبدئ المعید)، و در این ارتباط از هری گفته است: خداوند جل جلاله در اول مخلوقات را زنده گی و حیات داده و بعداً میمیراند و بعد از آن دوباره زنده می گرداند ایشان را؛ طوریکه خداوند بزرگ فرموده است: (وَهُوَ الَّذِي يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ).<sup>3</sup> ترجمه: او است که آفرینش را آغاز کرده است و سپس آن را باز می گرداند. و نیز فرموده است: (إِنَّهُ هُوَ يَبْدِئُ وَيُعِيدُ).<sup>4</sup> ترجمه: او است که قبلاً آفرینش را آغازیده است، و او است که بعداً آفرینش را دوباره باز می گرداند. خداوند عالی مرتبه است که مخلوقات را در دنیا بعد از زندگانی به سوی مرگ برگردانیده و بعد از مرگ در روز قیامت دوباره به طرف حیات و زندگانی اعاده می کند. جوهری گفته است: عود به معنی رجوع است. نیز برخی علماء گفته اند: آمدن دوباره ای یک امری را عود می گویند.

و عادت: خوی و رسم است که تکرار می شود و جمع آن عاد، عادت و عید است.<sup>5</sup>

ب: تعریف اصطلاحی عادت:

<sup>1</sup> وزارت الاوقاف والشئون الاسلامیه - کویت ، الموسوعة الفقهية الكويتية ج 30 ص 57.

<sup>2</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ج 1 ص 44 ، ج 2 صص 113 - 114 - ابن حجر ، فتح الباری ج 9 ص 510 ش 5049.

<sup>3</sup> سوره روم ، آیه (27).

<sup>4</sup> سوره بروج ، آیه (13).

<sup>5</sup> ابن منظور ، لسان العرب ج 3 صص 315 ، 316 حرف دال ، فصل عین ، کلمه عود.

تعریف عادت: العادة ما استمر الناس عليه على حكم المعقول وعادوا اليه مرة بعد اخرى.<sup>1</sup>

ترجمه: عادت : هر رسم و روشی است که در بین مردم به حکم عقل استمرار پیدا کرده و پی در پی به سوی آن مراجعه می کنند.

همچنان تعریف شده است: هی الامر المتكرر من غير علاقة عقلية.<sup>2</sup>

هر امری که بدون رابطه عقلی تکرار شود عادت است.

اگر تکرار ناشی از علاقه عقلی باشد و عقل به این تکرار حکم کند در این حالت از جمله عادت محسوب نمی شود و بلکه از قبیل تلازم عقلی است؛ مانند تکرار شدن حدوث اثر و فتیکه مؤثر تکرار می شود، به دلیل اینکه مؤثر علت است و معلول اش که اثر است از آن تخلف نمی ورزد؛ مانند به حرکت در آمدن انگشتر با حرکت کردن انگشت و هر قدر که انگشتر به اثر تکرار انگشت تکرار شود عادت گفته نمی شود. و تکرار فوق ناشی از تلازم و ارتباط در وجود بین علت و معلول که عقل مقتضی آن است می باشد و ناشی از میل و عامل طبیعی نیست.<sup>3</sup>

مجموعه بزرگ علماء در میان عرف و عادت فرق قائل نشده و هر دو را از الفاظ مترادف دانسته اند که به این اعتبار تعریفات ذکر شده در زیر عنوان (تعریف اصطلاحی عرف) تعریف عادت نیز می باشد.

#### فرع دوم: فرق بین عرف و عادات:

تعداد از علماء در میان عرف و عادت فرق نمی گذارند و هر دو را مترادف می دانند.

ابن عابدین می گوید: عادت و عرف در یک معنی است.

خلاف می گوید: عرف و عادت در لسان اهل شریعت دو لفظ مترادف بوده و معنی واحد را افاده می کنند.<sup>4</sup>

و بسیاری از نویسندگان زمانیکه عرف را ذکر می کنند، آن را مقارن عادت می دانند.<sup>5</sup>

اما بعضی از علماء می گویند: عرف تنها به قول استعمال می گردد و عادت به فعل.<sup>6</sup>

و از کلام بخاری<sup>7</sup> در کشف الاسرار دانسته می شود که ایشان قائل به تفاوت در میان عرف و عادت بر این اساس هستند، طوریکه می گوید: عادت در افعال استعمال می گردد و عرف در اقوال کاربرد دارد.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> . التعریفات، جرجانی ص 188 باب عین.

<sup>2</sup> . ابن امیر الحاج، التقرير و التحرير فی علم الاصول ج 1 ص 282 ، باب (مسئله العادة).

<sup>3</sup> . زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 871.

<sup>4</sup> . خلاف، علم اصول الفقه ص 89.

<sup>5</sup> . ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 114.

<sup>6</sup> . بخاری، کشف الاسرار شرح اصول البزدوی ج 2 صص 95 ، 98 – 99.

<sup>7</sup> . عبدالعزيز ابن احمد ابن محمد، علاء الدین بخاری – متولد سال 730 هـ – 1330م از اهل بخاری و عالم اصول از فقهاء حنفی است. تصنیفات متعددی دارد، از جمله: 1 – شرح اصول البزدوی در دو جلد که بنام کشف الاسرار نیز یاد می شود و 2 – شرح المنتخب الحسامی. (زرکلی، الاعلام ج 4 ص 13).



برخی از علماء بصورت مطلق عادت را عامتر از عرف می دانند که هم بر عادت جمعی (عرف) و هم بر عادت فردی اطلاق می گردد؛ بناء عرف خاص می باشد و عادت عام، هر عرف عادت است و هر عادت عرف نیست و در میان شان عموم و خصوص مطلق است.<sup>2</sup>

ولی تا جائیکه دیده شده همیشه در کلام فقهاء و تألیفات شان عادت مرادف عرف استعمال گردیده و همچنان در مواد قوانین هر دو کلمه عرف و عادت به یک معنی بکار برده شده است، بناء من هم با تأسی از فقهاء و قوانین هر دو را مرادف هم دانسته و بدون در نظر داشت تفاوت در میان هر دو، به بحث پیرامون شان می پردازم.

**مطلب دوم: عرف و اجماع و فرق در بین شان:**

**فرع اول: اجماع در لغت و اصطلاح:**

**الف: اجماع در لغت:**

اجماع در لغت به معنی یکجا کردن اشیاء متفرق<sup>3</sup>، آمادگی گرفتن، تصمیم گرفتن و قصد اجرای امری را کردن است<sup>4</sup> طوریکه لم یجمع در حدیث شریف (من لم یجمع الصیام قبل الفجر فلا صیام له)<sup>5</sup> به معنی لم یعزم آمده است، و زمانیکه بر امری اتفاق صورت می گرفت، عرب ها می گفتند اجمعوا علی الامر.<sup>6</sup>

**ب: اجماع در اصطلاح:** اتفاق مجتهدین امت اسلامی بعد از وفات نبی کریم صل الله علیه وسلم در مقطع زمانی معین بر حکم شرعی است.<sup>7</sup>

و یا اتفاق مجتهدین امت اسلامی است در عصر از عصور (زمانه از زمانه ها) بر حکم شرعی.<sup>8</sup>

شرح تعریف :

اتفاق؛ جنس تعریف بوده، به این معنی است که نظر ورأی هر واحد موافق رأی دیگران بوده باشد و از آن موارد زیر دانسته می شود:

1 - هر چند تعداد مخالفین کم و اندک بوده باشد باز هم در موجود شدن اجماع مؤثر بوده و مفهوم اتفاق را نفی می کند. اما اصولیین به همچو رأی (رأی اکثریت) استدلال می کنند، البته نه به عنوان اجماع بلکه به عنوان رأی راجح که مستند به دلیل است.

<sup>1</sup> بخاری، کشف الاسرار شرح اصول البزدوی ج 3 ص 152.

<sup>2</sup> زرقاء ، المدخل الفقهی العام ج 2 ص 874.

<sup>3</sup> ابن منظور، لسان العرب ج 8 ص 58 کتاب ع فصل ج کلمه جمع.

<sup>4</sup> مقری ، المصباح المنیر ص 61 کلمه جمعت.

<sup>5</sup> ابن حنبل ، مسند الامام احمد بن حنبل ج 44 ص 53 ح 26457 - زیلعی ، نصب الرايه لاحادیث الهدایه .. ج 2 ص 433.

<sup>6</sup> المصباح المنیر ، مقری ص 61 کلمه جمعت.

<sup>7</sup> شوکانی ، ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول ج 1 ص 193.

<sup>8</sup> خضری بک ، اصول الفقه ص 271.

2 – اگر در زمانه ای یک مجتهد وجود داشته باشد و در مسئله ای ابراز نظر کند، نظر ایشان اجماع به شمار نمی رود و رأی مجتهد واحد محاسبه می گردد که ممکن به خطاء رفته باشد و دلیل شرعی شده نمی تواند.

3 – باید یک رأی باشد تا اینکه اتفاق صورت می گیرد، اگر در یک عصر وزمانه مجتهدین به دو بخش تقسیم شده و یکی در یک مسئله یک نظر و دیگری نظر دیگر ارائه کند اجماع تحقق پیدا نمی کند.

### فرع دوم: فرق در بین عرف و اجماع:

مبنی اجماع اتفاق مجتهدین امت اسلامی است؛ درحالیکه در عرف اتفاق شرط نیست و در ایجاد آن روش اکثریت مردم که شامل عوام و خواص می باشد کفایت می کند.<sup>1</sup>

اجماع فقط از طرف مجتهدین امت اسلامی در زمانه از زمانه ها متحقق می شود؛ در حالیکه عرف تواتر اکثریت مردم بر فعل و قول است، بدون اینکه فرق وجود داشته باشد در میان مجتهدین و دیگران و بدون اینکه اهلیت اجتهاد را برای شان شرط بدانیم.<sup>2</sup>

بعض اوقات، اجماع بر حکم نص ظنی صورت می گیرد؛ درحالیکه عرف در موارد کاربرد دارد که نص وجود نداشته باشد.

و در صورتیکه اجماع، عملی باشد با یک مرتبه انجام دادن آن توسط مجتهدین امت اسلامی بوجود می آید در حالیکه عرف محقق نمی شود تا اینکه عمل بسیار تکرار شده به حد متعارف برسد.

زمانیکه اجماع صورت گرفت، بالای همه، اعم از اجماع کنندگان و دیگران الزام آور می باشد؛ در حالیکه عرف بعض اوقات برای همه الزام آور می باشد، در صورتیکه عام باشد و بعض اوقات برای همه الزام آور نمی باشد و آن در صورت است که به محل و یا گروه معین اختصاص داشته باشد (عرف خاص باشد).

همچنان، عرف قابل تغییر و تبدیل است، در حالیکه اجماع غیر قابل تغییر است مگر اینکه مستند به مصلحت باشد که تغییر می کند.<sup>3</sup>

### مطلب سوم: عرف و عمل و فرق در بین شان:

#### فرع اول: عمل در لغت و اصطلاح:

#### الف: عمل در لغت:

<sup>1</sup> . زحیلی ، اصول الفقه الاسلامی ج 2 ص 829.

<sup>2</sup> . ثلبی ، اصول الفقه الاسلامی ص 328.

<sup>3</sup> . همان اثر ، صص 328 – 329.

عمل شامل هر فعل است که انجام داده می شود؛ و بدل و پاداش کار را عماله گفته می شود؛ و عمله به اشخاص اطلاق می گردد که با دست های شان اعمال مختلف از قبیل چاه کنی، گل کاری و امثال آن را انجام می دهند.<sup>1</sup>

عامل به کسی اطلاق می گردد که عهده دار امورات یک شخص در مال، ملک و کار اش می باشد؛ همچنان بر شخصی که زکات را جمع می کند عامل گفته می شود و عمل، زحمت و کار را گفته می شود و جمع آن اعمال است.<sup>2</sup>

### ب: عمل در اصطلاح:

اصطلاح عمل و موارد از این قبیل که در کلام اهل علم تکرار می شود مانند (هذا علیه العمل)، یا (جری به العمل)، یا (العمل علیه) و امثال آن از این باب عبارات؛ مفهوم معین داشته و بر معنی خاص دلالت می کند.

آنچه که بعد از تأمل و دقت پیرامون اصطلاحات ذکر شده آشکار می گردد این است که؛ عبارات فوق الذکر در مسائل و احکام به کار برده می شوند که دارای ویژگیهای ذیل باشد:

1 – حکم و مسئله مورد نظر، مستند به حکم و نظر فقهی باشد که – اگرچه که حکم فقهی مذکور مرجوح باشد – موافق قواعد شریعت و رأی فقهی قابل استناد بوده و منکر نبوده باشد.

2 – غالباً فتوی بر همان حکم و نظر و قضات ملتزم به آن بوده و احکام محاکم به آن اساس جاری باشد.

3 – سبب اختیار حکم مذکور، مورد عمل قرار گرفتن آن و ترک احکام دیگر و جاری بودن فتوی و قضاء بر آن – همانا رعایت مصلحت از مصالح مردم و یا در نظر گرفتن عرف معتبر می باشد.

بناء، اختیار کردن قول معتبر عالم یا علماء مورد اعتماد، و حکم کردن و فتوی دادن به اساس آن و عمل کردن حکام و مفتی ها به آن قول، بخاطر اینکه (مصالح یا عرفی و...) ایجاب می کند که به آن قول عمل شود؛ مفهوم و معنی عمل است.<sup>3</sup>

برخی اوقات عرف و عمل تداخل می داشته باشند؛ به این معنی که عرف، عمل و عرف می شود؛ یعنی احیاناً عمل کردن و یا حکم کردن به قولی و فتوی دادن بر مبنی آن به سبب عرف می باشد که در حقیقت عمل به عرف است، و احیاناً عملی جریان پیدا کرده و به اساس آن حکم صورت می گیرد تا جائیکه به عرف مبدل می شود که در حقیقت عمل است.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن فارس ، معجم مقاییس اللغة ج 4 ص 145 کتاب ع باب ع و م.

<sup>2</sup> ابن منظور ، لسان العرب ج 11 صص 474 – 475 حرف لام ، فصل ع.

<sup>3</sup> ولی قوته ، العرف ، حجیته و اثره فی فقه المعاملات المالیه عند الحنابله صص 119 – 120.

<sup>4</sup> همان اثر ، ص 121.

## فرع دوم: فرق بین عرف و عمل:

از آنچه که قبلاً تذکر داده شد ظاهر می‌گردد که فرق در میان عرف و عمل در سه مورد خلاصه می‌شود:

- 1 – عمل خاص به علماء است؛ درحالیکه عرف عموم مردم، اعم از علماء و غیر علماء را شامل می‌شود.
- 2 – عمل مخصوص به ترجیح در مسائل مختلف فیها است؛ برخلاف عرف، در حالیکه عرف عام تر و شامل تر است نسبت به عمل بخاطر مختلف و متنوع بودن حاجات مردم.<sup>1</sup>
- 3 – عرف یک روش و طریقه جمعی است که با تغییر و تبدیل زمان و مکان تغییر می‌پذیرد در حالیکه عمل یکی از مصطلحات فقهی بوده، زمانیکه مستند به حکم شرعی باشد قابل تغییر نیست.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> ولی قوته ، العرف ، حجیته و اثره فی فقه المعاملات المالیه عند الحنابله صص 120 – 121 .  
<sup>2</sup> مطبری ، العرف فی التشريع الجنائی دراسة تأصيلیة مقارنة ص 67 به نقل از زبیری ، العرف ، حجیته و اثره فی التشريع الاسلامی ص 40 .

## فصل دوم

### حجیت، ارکان و شرائط اعتبار عرف

#### مبحث اول

#### حجیت عرف

مطلب اول: استدلال از قرآن کریم:

1. فرموده خداوند جل جلاله: (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ).<sup>1</sup>  
ترجمه: گذشت داشته باش و آسانگیری کن و به کار نیک دستور بده و از نادانان چشمپوشی کن.

فقهاء بر اعتبار و حجیت عرف به این آیه استدلال نموده اند؛ از جمله قرافی که در مسئله اختلاف زوجین در متاع خانه به این آیه استدلال کرده است می گوید: بخاطر دلالت ظاهر آیه، مطابق عرف فیصله صورت می گیرد مگر اینکه در زمینه بینه موجود باشد.<sup>2</sup>

بدون تردید، تعداد علماء بر اعتبار عرف به آیه ذکر شده استدلال کرده اند.<sup>3</sup>

وجه استدلال طوری است که خداوند متعال برای پیامبر صل الله علیه وسلم دستور داده است که به عرف، عادات و تعامل مردم امر کند؛ زمانیکه خداوند جل جلاله پیامبرش را به اجرای عرف دستور می دهد، بر معتبر بودن عرف در شریعت اسلامی دلالت می کند و اگر عرف معتبر نمی بود برای امر کننده به عرف کدام فایده را در قبال نمی داشت بناء عمل به عرف مقتضی امر است.<sup>4</sup>

بر علاوه آیه فوق الذکر، در قسمت حجیت و اعتبار عرف در شریعت اسلام، آیات و احادیث زیادی دیگری موجود است.

1. قول خداوند جل جلاله: (وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ).<sup>5</sup>

<sup>1</sup> .سوره اعراف ، آیه 199.

<sup>2</sup> .قرافی ، الفروق ج 3 ص 149.

<sup>3</sup> .ابن عابدین ، مجموعه رسائل ج 2 ص 115.

<sup>4</sup> . مطبری ، العرف فی التشريع الجنائی دراسة تأصيلية مقارنة ص 41.

<sup>5</sup> .سوره طلاق ، آیه 4.

ترجمه : زنان شما وقتی که ناامید از عادت ماهیانه‌اند، و همچنین زنانی که هنوز عادت ماهیانه ندیده‌اند، اگر (درباره حکم عده ایشان) مترددید، بدانید که عده آنان سه ماه است.

قرطبی رحمه الله در تفسیر این آیه می فرماید: زنان صغیره که حیض نمی بینند عدت شان سه ماه است و عدت بخاطری به ماه محاسبه می گردد که آنها عادتاً حیض نمی بینند و خداوند جل جلاله احکام را بر عادات بناء نموده و جاری ساخته است. در مجموع عدت زنانیکه حیض نمی بینند به ماه حساب می شود و در صورتیکه آنها در جریان عدت خون را مشاهده کردند محاسبه عدت از ماه به حیض منتقل می شود، چون زمانیکه اصل موجود باشد به فرع مراجعه کرده نمی شود و از آن صرف نظر کرده می شود همان قسم که خانم مسنه که عدت خود را به حیض محاسبه کند بعداً حیض نبیند به ماه مراجعه می گردد و بر این امر اجماع شده است.<sup>1</sup> و بدون تردید که منظور شان از اجماع در اینجا عرف است.<sup>2</sup>

3 . قول خداوند متعال : (لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا).<sup>3</sup>

ترجمه: آنان که دارا هستند، از دارائی خود (برای زن شیر دهنده، به اندازه توان خود) خرج کنند، و آنان که تنگدست هستند، از چیزی که خدا بدیشان داده است خرج کنند، خداوند هیچ کس را جز بدان اندازه که بدو داده است مکلف نمی سازد. خدا بعد از سختی و ناخوشی، گشایش و خوشی پیش می آورد.

آیه فوق الذکر می رساند که مقدار نفقه از جانب شریعت متعین نشده است و با در نظر داشت عرف و رعایت حالت نفقه دهنده و نفقه گیرنده متعین می گردد - یعنی به اساس اجتهاد بر مبنی عرف مقدار آن تعیین می گردد. نفقه در شریعت معین نشده و خداوند جل جلاله تقدیر آن را به عرف محول کرده است و عرف دلیل اصولی است که خداوند بزرگ احکام را به آن بناء نموده و حلال و حرام را به آن مرتبط دانسته است طوری که تقدیر کفار (تعیین اندازه کفار) را نیز به عرف محول نموده است.<sup>4</sup>

قاضی با در نظر داشت حالت هر واحد از زوج، زوج، تعداد اولاد ها، سن شان و با در نظر داشت حالت مادی نفقه دهنده مقدار نفقه را تعیین می کند.<sup>5</sup>

4 . خداوند بزرگ فرموده است: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا).<sup>6</sup> ترجمه : بر آن کس که فرزند برای او متولد شده (یعنی پدر) لازم است خوراک و پوشاک مادران را (در آن مدت به اندازه توانائی) به گونه شایسته بپردازد. هیچ کس موظف به بیش از مقدار توانائی خود نیست.

<sup>1</sup> قرطبی، الجامع لاحکام القرآن ج 18 ص 165.

<sup>2</sup> مطبری، العرف فی التشریح الجنائی دراسة تأصيلیة مقارنة ص 41.

<sup>3</sup> سوره طلاق، آیه 7.

<sup>4</sup> ابن عربی، احکام القرآن ج 4 ص 289 زیر آیات 7،6 سوره طلاق.

<sup>5</sup> مطبری، العرف فی التشریح الجنائی دراسة تأصيلیة مقارنة ص 42.

<sup>6</sup> سوره بقره، آیه 233.

5. (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ).<sup>1</sup> ترجمه: و برای همسران ( حقوق و واجباتی ) است (که باید شوهران اداء بکنند) همان گونه که بر آنان (حقوق و واجباتی) است که (باید همسران اداء بکنند) به گونه شایسته‌ای (که برابر عرف مردمان و موافق با شریعت اسلام باشد)

وجه دلالت شان بر حجیت عرف: هر دو آیه فوق الذکر صراحتاً بر معتبربودن عرف دلالت دارند؛ آیه اول لباس، خوراک و انفاق را بر عادت مردم راجع ساخته است و همچنان آیه دوم انفاق را بر عرف مردم مقید نموده است.<sup>2</sup>

فرموده خداوند متعال (بِالْمَعْرُوفِ) بر وجوب دادن نفقه و کسوه به اندازه توان مرد در توانمندی و تنگدستی اش دلالت می کند بخاطر که ملزم کردن شخص تنگدست را به بیشتر از توان اش و همچنان مکلف کردن شخص توانمند را به چیزی اندک و پیش پا افتاده معروف نیست؛ و نیز دلالت دارد بر اینکه نفقه به اندازه کفایت با در نظر داشت حالت شوهر است و این امر را در ادامه بیان می کند (لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا) و اگر خانم ستم روا بدارد و نفقه زیاد و بیش از حد معمول مطالبه کند و بخواهد که به او داده شود و همچنان اگر شوهر کوتاهی کرده از دادن نفقه مثل این خانم در عرف و عادت امتناع ورزد بر او مجاز نیست و بر دادن نفقه مثل مطابق عرف و عادت مجبور کرده می شود.<sup>3</sup>

6. فرموده خداوند بلند مرتبه : ( وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ ).<sup>4</sup>  
ترجمه : مادران ( اعم از مطلقه و غیرمطلقه ) دو سال تمام فرزندان خود را شیر می‌دهند ، هرگاه یکی از والدین یا هر دوی ایشان خواستار تکمیل دوران شیرخوارگی شوند.

عرف تقاضا می کند که رضاعت حق است بالای خانم الا اینکه خانم مصروف بوده و ذی و جاهت و شریفه بوده باشد، آنچه که در عرف جاری است مانند شرط است، طوریکه در اصول فقه بیان شده است که، در حقیقت عرف و عادت اصل از اصول شریعت بوده و به اساس آن حکم کرده می شود؛ و معمولاً در صورتیکه خانم شریفه و ذی و جاهت بوده و شیر نمی داده باشد، به شیر دادن ملزم کرده نمی شود و به اساس عرف شیر دادن بر وی لازم نیست، همچنان در صورتیکه خانم طلاق داده شد شیر دادن بر او لازم نیست مگر اینکه طفل سینه خانم دیگر را قبول نکند که در این صورت شیر دادن طفل برایش لازم است و یا به رضایت و اختیار خود شیربدهد که در این دو صورت در مقابل اجرت شیر میدهد، طوریکه خداوند لایزال می فرماید : (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) و (وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ).<sup>5</sup> معروف این است که خانم طفل خود را تا زمانیکه در قید نکاح شوهر است شیر می دهد مگر اینکه شریفه بوده باشد، و شیر دادن بعد از ختم زوجیت به عوض و اجرت است.<sup>6</sup>

7. قول خداوند بزرگ : (فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ

<sup>1</sup> .سوره بقره، آیه 228.

<sup>2</sup> . حمادة، العرف و اثره فی حقوق الزواج فی الفقه الاسلامی ص 12.

<sup>3</sup> . جصاص ، احکام القرآن ج 2 صص 105 - 106.

<sup>4</sup> .سوره بقره ، آیه 233.

<sup>5</sup> .سوره طلاق ، آیه 6

<sup>6</sup> . این عربی ، احکام القرآن ج 4 ص 288.

فَسَتْرَضِعُ لَهُ أُخْرَى).<sup>1</sup>

اگر آنان (حاضر شدند بعد از جدایی، فرزندان) شما را شیر دهند، مزدشان را به تمام و کمال بپردازید. با یکدیگر درباره سرنوشت فرزندان، زیبا و پسندیده مشورت کنید (و اجرتی متناسب با مقدار و زمان شیر دادن، بر حسب عرف و عادت، تعیین کرده، و به نوزادان و کودکان از هر نظر عنایت شود). اگر هم بر همدیگر سخت گرفتید و به توافق نرسیدید، دایه ای شیر دادن به کودک مرد را بر عهده می‌گیرد (تا نزاع و کشمکش ادامه نیابد).

این آیه بر جواز اجتهاد رأی در احکام حوادث مربوط به نفقه دلالت می‌کند به این دلیل که، وقتی که در تقدیر نفقه عادت معتبر باشد ما مقدار نفقه را به شکل معروف (پسندیده) تعیین کرده نمی‌توانیم مگر از طریق غالب گمان یا رأی اکثریت و آنچه که بر عادت بنا شده باشد راه رسیدن به حکم آن اجتهاد و غالب گمان است بخاطری که مقدار نفقه در عرف مقصور به یک مقدار که نه کم باشد و نه زیاد نیست و از جانب دیگر مبنی تعیین اندازه نفقه اجتهاد است که حالت توانمندی و تنگدستی نفقه دهنده و مقدار کفایت نفقه گیرنده بر اساس عادت رعایت شود.<sup>2</sup>

8. خداوند بزرگ فرموده است: (قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ. وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ).<sup>3</sup>  
ترجمه: یوسف گفت: او مرا با نیرنگ و زاری به خود می‌خواند (و می‌خواست مرا گول بزند! جدال و دفاع به اوج خود رسید. در این وقت (حاضری از (حاضران) اهل (خانه آن) زن گفت: اگر پیراهن یوسف از جلو پاره شده باشد، زن راست می‌گوید و یوسف از زمره دروغگویان خواهد بود. و اگر پیراهن یوسف از پشت پاره شده باشد، زن دروغ می‌گوید و یوسف از زمره راستگویان خواهد بود.

در این آیات دلیل عمل کردن به عرف و عادات موجود است، طوریکه استدلال به گرفتن پیراهن یوسف از پشت سر و پیش رو شده است که یکی ادعی زلیخا را ثابت و دیگری به صدق یوسف دلالت می‌کند، البته این برداشت علماء مذهب مالکی است.<sup>4</sup>

9. (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَيْسَ عَلَيْكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهْرِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ).<sup>5</sup>

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! باید بردگان شما و همچنین کودکانتان که به حد بلوغ نرسیده‌اند (ولی مسائل جنسی و عورت و غیر آن را تمییز و تشخیص می‌دهند، به هنگام ورود به اطاقهای خواب مردان و همسران) در سه وقت اجازه بگیرند: پیش از نماز صبح، و در نیمروز هنگامی که لباسهای (معمولی) خود را در می‌آورید، و بعد از نماز عشاء. (این اوقات) سه وقت (ویژه خلوت و آشکار شدن) عورت شما است.

<sup>1</sup>. سوره طلاق، آیه 6.

<sup>2</sup>. جصاص، احکام القرآن ج 2 ص 106.

<sup>3</sup>. سوره یوسف، آیات (26-27).

<sup>4</sup>. ابن عربی، احکام القرآن ج 3 ص 50.

<sup>5</sup>. سوره نور، آیه (58).



خداوند جل جلاله در اوقاتِ اجازه گرفتن (استئذان) را لازم دانسته و به آن امر کرده است که عادتاً مردم برهنه بوده و لباس بر تن ندارند، و حکم شرعی را بر عادت مردم بناء نموده است.<sup>1</sup>

### مطلب دوم: استدلال از سنت:

تعریف سنت: اقوال، افعال و تقریرات است که از نبی کریم صل الله علیه وسلم نقل شده است.<sup>2</sup>

عرف با شریعت اسلامی رابطه عمیق و ناگسستگی دارد، تا جائیکه شریعت اسلامی عرف و عادت صالح و معقول را مورد تأیید قرار داده و به عنوان قانون و اصل که احکام بر آن بناء می شود پذیرفته است.

بدون تردید سنت نبوی بر اعتبار، اعتداد و مراعات عرف در تطبیق احکام شرعی دلالت دارد که در این مطلب دلایل اعتبار عرف را از سنت نبوی به بحث و بررسی می گیریم.

فرع اول: استدلال از سنت قولی:

تعریف سنت قولی: احادیث اند که در مناسبات و اغراض مختلف از نبی اکرم صل الله علیه وسلم صادر گردیده و صحابه کرام رضوان الله تعالی علیهم اجمعین آن را شنیده و نقل کرده اند. سنت قولی بخش بزرگ از سنت نبوی صل الله علیه وسلم را تشکیل می دهد.<sup>3</sup>

1. قول ابن مسعود: (ما رأی المسلمون حسناً، فهو عند الله حسن و ما رأوا سیئاً فهو عند الله سیئ).<sup>4</sup>

ترجمه: آنچه را که مسلمانان نیکو می بینند، نزد خدا جل جلاله نیکو است و آنچه را که مسلمانان بد می بینند، نزد خدا جل جلاله بد است.

وجه استدلال از این حدیث:

قول ابن مسعود رضی الله عنه (ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن و ....) عرف را هم شامل می شود و به این اساس نص شرعی معتمد و معتبر شناخته می شود؛ اگر چنین نباشد قول حسناً عند الله دیگر کدام معنی را در بر نمی داشته باشد.<sup>5</sup>

از جمله، فقهاء دیگر که در حجیت عرف به این حدیث استدلال نموده اند سرخسی در مبسوط، سیوطی در اشباه و نظائر و ابن نجیم در اشباه و نظائر زیر قاعده العادة محكمة است که می گوید اصل این قاعده قول نبی کریم صل الله علیه وسلم است (ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن).<sup>6</sup>

<sup>1</sup> قرطبی، الجامع لاحکام القرآن ج 12 ص 304 - ابن النجار، شرح الکوکب المنیر ج 4 ص 449.

<sup>2</sup> زهلی، الوجیز فی اصول الفقه الاسلامی ج 1 ص 185 - زیدان، الوجیز فی اصول الفقه ص 161.

<sup>3</sup> زهلی، الوجیز فی اصول الفقه الاسلامی ج 1 ص 186.

<sup>4</sup> ابن حنبل، مسند الامام احمد بن حنبل ج 6 ص 86 ح ش 3600 - زیلعی، نصب الرایة... ج 4 ص 133

<sup>5</sup> کاسانی، بدائع الصنائع ج 5 ص 223.

<sup>6</sup> سرخسی، المبسوط ج 12 ص 45 - سیوطی، الاشباه و النظائر ج 1 ص 7 - ابن نجیم، الاشباه و النظائر ص 79.

وجه استدلال کسانی که به آن استدلال نموده اند این است - در صورت که پندار های نیک مسلمانان در نزد خداوند جل جلاله محکوم به نیکی باشد؛ پس حق است و باطل در آن راه ندارد، به دلیل اینکه خداوند متعال به باطل حکم نمی کند، وزمانیکه عرف از جمله افراد ما استحسنة المسلمون است بناء به حقانیت و اعتبار آن در شریعت حکم می شود.<sup>1</sup>

در رد قول کسانی که به دلیل موقوف بودن این حدیث به ابن مسعود رضی الله عنه استدلال به آن را زیر سوال می برند باید گفت که: موقوف بودن این حدیث به ابن مسعود، استدلال به آن را زیر سوال نبرده و تأثیر منفی بجا نمی گذارد، به دلیل اینکه حدیث فوق الذکر متضمن مفهوم و حکم است که توسط عقل ورأی قابل درک نیست، بناء در حکم مرفوع محاسبه می گردد.<sup>2</sup>

2. عن عائشة رضي الله عنه ان هند بنت عتبة قالت لرسول الله صل الله عليه وسلم يا رسول الله، ان ابا سفیان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني و ولدی الا ما اخذت منه و هو لا يعلم فقال: (خذی ما يكفیک و ولدك بالمروف).<sup>3</sup> متفق عليه.

ترجمه: از عائشه رضي الله عنها روایت است که هند؛ دختر عتبه - مادر معاویه - رضي الله عنهما - ؛ به رسول الله - صلی الله عليه وسلم - گفت: شوهرم؛ ابوسفیان؛ مرد بخیلی است؛ و به اندازه که کفایت کند برای خودم و فرزندانم نفقه نمی دهد مگر اینکه من بدون اجازه از مالش بردارم بدون اینکه او آگاه شود. رسول الله صل الله عليه وسلم فرمود: (طبق عرف و به اندازه نیاز خود و فرزندان، بردار).

حدیث فوق می رساند، در موارد که تحدید و تقدیر شرعی و جود نداشته یعنی موارد که از جانب شریعت معین و محدد نشده باشد به عرف مراجعه کرده، و به آن اعتماد می شود.<sup>4</sup>

قول پیامبر صل الله عليه عليه وسلم (بالمعروف) یعنی با در نظر داشت عرف و عادت مردم در نفقه، نفقه بگیر، خرچ و انفاق کن و اسراف مکن.<sup>5</sup>

نووی در شرح صحیح مسلم در ذیل این حدیث می گوید: در موارد که تحدید شرعی وجود نداشته باشد یعنی از جانب شریعت معین و مقدر نشده باشد این حدیث بر اعتبار عرف دلالت دارد.<sup>6</sup>

و ابن تیمیه می گوید: سخن حق و قاطع در نزد جمهور فقهاء این است که در تقدیر نفقه به عرف مراجعه می گردد و مقدار نفقه از جانب شریعت مقدر و معین نشده است، بلکه با اختلاف امکان، ازمنه، اوقات و حالات و عادات زوجین تفاوت پیدا می کند؛ خداوند متعال فرموده است: (وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ). و نبی کریم صل الله عليه وسلم فرموده است: خذی ما يكفیک و ولدك بالمعروف).<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ولی قوته، العرف حجیته، و اثره فی فقه المعاملات عند الحنابلة صص 190 - 191.

<sup>2</sup> همان اثر، ص 191.

<sup>3</sup> بخاری، صحیح البخاری ج 2211 - نیسابوری، المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل الی رسول الله صل الله عليه وسلم ح 1714.

<sup>4</sup> ابن حجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری ج 9 ص 510

<sup>5</sup> عینی، عمدة القاری شرح صحیح البخاری ج 21 ص 19.

<sup>6</sup> نووی، المنهاج شرح صحیح مسلم بن الحجاج ج 12 ص 8.

<sup>7</sup> ابن تیمیه، مجموع الفتاوی ج 22 ص 322.

3. عن انس ابن مالك رضي الله عنه قال بعث النبي صل الله عليه وسلم (براءة مع ابي بكر) ثم دعاه فقال: لا ينبغي لاحد ان يبلغ هذا الا رجل من اهلي، فدعى عليا فاعطاه اياه.<sup>1</sup>

ترجمه: از انس ابن مالك رضي الله عنه روایت شده است فرمود: نبی کریم صل الله عليه وسلم (اعلان برائت را با ابوبکر صدیق رضي الله عنه) فرستاد، بعدا او را طلب کرد و گفت: برای هیچ فردی مناسب نیست که این پیام را برساند بجز از شخص که از اهل من باشد، بعدا علی رضي الله عنه را خواست و پیام برائت را به ایشان داد.

علماء می گویند: حکمت فرستادن علی رضي الله عنه بعد از ابو بکر صدیق رضي الله عنه این است که عادت عرب ها جاری بر این بود که عهد و میثاق شکستنده نمی شد مگر از جانب عاقد و یا از جانب شخصی که از اهل بیت عاقد باشد؛ بناء نبی کریم صل الله عليه وسلم بخاطر تعامل که در زمینه در نزد اعراب جاری بود حضرت علی رضي الله عنه را فرستاد.<sup>2</sup>

4. عن عبدالله، ان رسول مسيلمة اتى النبي صل الله عليه وسلم، فقال له: «اتشهد اني رسول الله؟» فقال له شيئا، فقال له النبي صل الله عليه وسلم: «لولا اني لا اقتل الرسل - او لو قتلت احدا من الرسل - لقتلتك».<sup>3</sup>

از عبدالله رضي الله عنه روایت است، محققا فرستاده ای مسیلمه نزد نبی کریم صلی الله علیه و سلم آمد، پس رسول کریم برایش فرمود: «آیا گواهی می دهی که من فرستاده ای خدا هستم؟» او برای نبی کریم صل الله عليه وسلم چیزی گفت. به تعقیب آن نبی کریم صل الله عليه وسلم فرمودند: «اگر من سفرا را نمی کشتم؛ و یا اگر قرار بر این می بود که من سفیری را بکشم - بدون تردید که تو را می کشتم».

وجه استدلال در حدیث طوری است که رسول خدا صل الله عليه وسلم از قتل نماینده های مسیلمه کذاب بخاطر عرف سیاسی معمول در همان زمان صرف نظر کرده است. قطعاً قاعده عمومی در عرف سیاسی است که نماینده، مورد اهانت و اعتداء قرار نگرفته و به قتل نمی رسد؛ همیشه در کتب تاریخ به جملات و عبارات مانند این جمله (لولا انک رسول لقتلتک) که دلالت بر احترام عرب ها به جایگاه نمایندگان، سفراء و قاصدان و پیام رسانان دارد روبرو می شویم؛ در حالیکه سفراء و نمایندگان هستند که بی ادبی می کنند و به توهین و تحقیر می پردازند که به آنها خیانت شده و مورد تعدی و تجاوز قرار می گیرند و این عملکرد، عرف سیاسی عام احترام به سفراء و نمایندگان را خدشه دارد نمی سازد.<sup>4</sup>

فرع دوم: استدلال از سنت فعلی:

تعریف سنت فعلی: افعال و تصرفات است که نبی کریم صل الله عليه وسلم آن را در دائره عمل و تشریح در نواحی مختلف زندگی انجام داده، اجراء کرده و صحابه کرام رضوان الله عليهم اجمعين به صورت دقیق آن ها را برای ما نقل کرده اند؛ برابر است که نقل شان به اساس درخواست نبی کریم صل الله عليه وسلم باشد طوریکه

<sup>1</sup>. بخاری، صحیح البخاری ح ش 4655 ، 4656 - نیسابوری ، المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل الی رسول الله صل الله عليه وسلم ح ش 1347.

<sup>2</sup>. ابن حجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری ج 8 ص 321.

<sup>3</sup>. ابن حنبل ، مسند الامام احمد بن حنبل ج 6 ص 400 ح ش 3851 -

<sup>4</sup>. علی ، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام ج 9 صص 327 - 328.

می فرماید: (صلوا كما رأيتموني أصلي)<sup>1</sup>. یا بدون در خواست ایشان صل الله عليه وسلم. موارد را که صحابه کرام از نبی کریم صل الله عليه وسلم در بخش های مختلف زندگی بدون در خواست شان نقل نموده اند مانند نقل کردن ایشان قضاء نبی کریم را به یک شاهد و قسم، معامله در دین، بیع و شراء و امثال آن.<sup>2</sup>

1. عن حرام ابن سعد ابن محيصه عن ابيه: ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل، فافسدته عليهم فقضى رسول الله صل الله عليه وسلم: على اهل الاموال حفظها بالنهار و على اهل المواشى حفظها بالليل.<sup>3</sup> و همچنان این حدیث به الفاظ متفاوت در مؤطا مالک رحمه الله به شرح ذیل روایت شده است:

عن حرام ابن سعد ابن محيصه عن ابيه: ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل، فافسدت فيه فقضى رسول الله صل الله عليه وسلم: ان على اهل الحوائط حفظها بالنهار و ان ما افسدت المواشى بالليل ضامن على اهله.<sup>4</sup>

ترجمه: از حرام ابن سعد ابن محیصه از پدرش رضی الله عنه روایت می کند: یقیناً شتری براء ابن عازب در داخل باغی شخصی داخل شد و آن را فاسد ساخت و پیامبر صل الله عليه وسلم در زمینه فیصله کرد: بر صاحبان اموال واجب است نگهداری اموال شان در روز و بر صاحبان مواشی (چهارپایان) است نگهداری مواشی شان در شب.

ابن النجار می گوید: این حدیث قویترین دلیل بر مؤثریت و اعتبار عرف و عادت در احکام شرعی است؛ به دلیل اینکه نبی کریم صل الله عليه وسلم تضمین را به اساس عرف و عادت تعیین کرده است.<sup>5</sup>

هر واحد (صاحب شتر و صاحب باغ) در دعوی خود معذور اند، بناء نبی کریم صل الله عليه وسلم فیصله به عرف که همانا حفظ و نگهداری باغداران باغ های شان را در روز و حفظ و نگهداری مالداران مواشی شان را در شب است صادر کرد.<sup>6</sup>

2. عن انس ابن مالك رضی الله عنه قال: لما اراد النبي صل الله عليه وسلم ان يكتب الى الروم قيل له: انهم لن يقرؤو كتابك اذا لم يكن مختوما، فاتخذ خاتما من فضة و نقشه: محمد رسول الله فكانما انظر الى بياضه في يده.<sup>7</sup>

ترجمه: از انس بن مالک رضی الله عنه روایت است که نبی اکرم صلی الله عليه وسلم نامه ای نوشت یا میخواست نامه ای بنویسد. به حضرتش اطلاع دادند که آنها (اهل فارس) نامه بدون مهر را نمی خوانند. پس آنحضرت صلی الله عليه وسلم برای خود انگشتری از نقره ساخت که جمله (محمد رسول الله) بر روی آن حک

<sup>1</sup>. زیلعی، نصب الرایه ج 2 ص 164.

<sup>2</sup>. زهیلی، الوجیز فی اصول الفقه الاسلامی ص 186.

<sup>3</sup>. سجستانی، سنن ابی داود ج 3 ص 298 ح ش 3569 - نوری، المسند الجامع ج 3 ص 120 ح شماره 1733، ج 15 ص 114 ح ش 11390.

<sup>4</sup>. المؤطا، ابن انس ج 2 ص 747، باب القضاء فی الضواری و الحریسة، ح ش 37.

<sup>5</sup>. ابن النجار، شرح الکوکب المنیر ج 4 ص 452.

<sup>6</sup>. دهلوی، حجت الله البالغه ج 2 ص 243.

<sup>7</sup>. بخاری، صحیح البخاری ج 1 ص 22، کتاب علم ح ش 65 - نیسابوری، المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل الی رسول الله صل الله عليه وسلم، ج 3 ص 1658، کتاب اللباس و الزینه، باب تحریم الخاتم و الذهب ح ش 2092.

شده بود. انس می گوید: گویا هم اکنون سفیدی و درخشندگی آن انگشتر را در دست (مبارک) رسول خدا صلی الله علیه وسلم مشاهده می نمایم.

موضوع استدلال در حدیث فوق این است؛ که رسول کریم صلی الله علیه وسلم به عرف دپلماسی بین المللی عمل کرده است و انگشتر را به عنوان مهر در مکاتبات خود با پادشاهان؛ به اساس عرف زمان، مورد استفاده قرار داده است.

فرع سوم: استدلال از سنت تقریری:

تعریف سنت تقریری: اقوال و افعال است که از طرف صحابه کرام رضوان الله علیهم اجمعین صادر گردیده و با سکوت نمودن و انکار نکردن، موافقت، و یا اظهار استحسان و رضایت مورد تأیید نبی کریم صلی الله علیه وسلم واقع شده است. موافقت نبی کریم صلی الله علیه وسلم بر قول و فعل که از جانب صحابه صادر شده مانند این است که از جانب نبی کریم صلی الله علیه وسلم صادر گردیده است؛ مانند تأیید کردن نبی کریم صلی الله علیه وسلم عمل شخص را که نسبت عدم وجود آب با تیمم نماز اداء کرد و بعد از پیدا کردن آب نماز را اعاده نکرد و نیز نیک پنداشتن شان قول معاذ رضی الله عنه را در مورد کیفیت قضاء به قرآن، سنت و بعدا به اجتهاد.<sup>1</sup>

عرف ها و عادات را که نبی کریم صلی الله علیه وسلم در زمان حیات خود تقریر و تأیید نموده است از همین قبیل اند؛ مردم در زمان نبی کریم صلی الله علیه وسلم در امور زیادی عادت کرده بودند که متعلق به نواحی مختلف زندگی بود، شریعت آن را تحریم نکرده و نهی ننمود که دلالت بر جواز آن دارد.

باید یاد آور شد؛ شریعت اسلامی احکام عرفی را که در سایه شریعت قابل پذیرش بود، مورد تأیید قرار داده و احکام غیر قابل پذیرش و خلاف مصالح عامه از قبیل عقد رباء، عقد غرر و غیره را لغو کرد.

1. عن عروة ابن الجعد البارقی رضی الله عنه ان النبی صلی الله علیه وسلم اعطاه دینارا، لیشتري به اضحیة او شاة، فاشتری به شاتین، فباع احدهما بدینار، فاتاه بشاة بدینار، فدعی له بالبرکة فی بیعه، فکان لو اشتری ترابا لربح فیه.<sup>2</sup>

از عروه بارقی رضی الله عنه روایت است که رسول خدا صلی الله علیه وآله وسلم به او یک دینار داد که قربانی، یا گوسفندی خریداری کند، او با همان (دینار) دو گوسفند خرید، و یکی را به یک دینار فروخت، و یک گوسفند با یک دینار به خدمت پیامبر صلی الله علیه وآله وسلم آورد. پیامبر صلی الله علیه وآله وسلم در حق او دعای برکت نمود، اگر خاک می خرید فایده می کرد.

در وجه استدلال به این حدیث باید به عرض برسانم اینکه – وقتیکه نبی کریم صلی الله علیه وسلم عروه را در خرید گوسفند به یک دینار وکیل تعیین کرد و عروه با یک دینار دو گوسفند خرید و یک گوسفند را به یک دینار فروخت و گوسفند دیگر را با یک دینار برای پیامبر صلی الله علیه وسلم آورد؛ در حقیقت بدون اجازه لفظی پیامبر صلی الله علیه وسلم به عنوان مؤکل، در امر وکالت به تصرف پرداخت و پیامبر صلی الله علیه وسلم نیز

<sup>1</sup>. زحیلی، الوجیز فی اصول الفقه الاسلامی ج 1 صص 186 – 187.

<sup>2</sup>. بخاری، صحیح البخاری، کتاب ما جاء فی بیع الغنیر بدون اذنه ج 4 ص 207 ح ش 3642 – صنعانی، سبل السلام ج 3 ص 31.

اورا دعای خیر کرد، به دلیل اینکه مبنی تصرف عروه رضی الله عنه بیشتر از صلاحیت اش همانا اذن عرفی بود. از جمله موارد معمول به در عرف این است که وکیل می تواند در مخالفت با مؤکل خود عمل کند در صورتی که امری بهتر از مأمور به را انجام دهد که همین مطلب مراد و مقصد وکالت را نیز تشکیل می دهد هر چند به آن تصریح صورت نگیرد.<sup>1</sup>

2. عن ابن عمر رضی الله عنهما انه قال: قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون التمر، السنة والسنتين، فقال صلى الله عليه وسلم: من اسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم و وزن معلوم الى اجل معلوم.<sup>2</sup>

ترجمه: ابن عباس رضی الله عنهما می گوید: رسول الله صلی الله علیه وسلم به مدینه تشریف آورد در حالی که مردم مدینه در داد و ستد میوه ها برای مدت يك سال و دو سال، بیع سلم می کردند (یعنی قبلاً قیمت محصول را پرداخت میکردند). رسول الله صلی الله علیه وسلم فرمود: «هرکس، در خرما، بیع سلم می کند، لازم است که مقدار خرماي مورد معامله را به وسیله وزن یا کیل، مشخص سازد». و در روایتی دیگر، آمده است که: «میعاد آن نیز مشخص باشد».

زمانیکه نبی کریم صلی الله علیه وسلم در مدینه منوره تشریف آوردند، عقد سلم در آنجا رواج داشت و پیامبر صلی الله علیه وسلم آن را مورد تأیید قرار داده شروط آن را بیان کرد.

سرخسی می گوید: سلم و سلف هر دو بیک معنی اند؛ این عقد را بخاطر به سلم و سلف نامگذاری شده است که قبل از موعده منعقد می شود؛ به دلیل اینکه، وقت بیع، بعد از موجودیت معقود علیه در ید و ملک عاقد است در حالیکه عقد سلم بدون موجودیت معقود علیه یا به عبارت دیگر قبل از موجودیت معقود علیه یا مبیعه منعقد می گردد بناء به سلم و سلف نامگذاری شده است. عقد سلم عرفاً پذیرفته شده و به همین اساس سنت نبوی آن را مورد تأیید قرار داده است؛ در حالیکه قیاس این نوع عقد را نپذیرفته و برخلاف آن می باشد، بخاطر که بیع معدوم است و بیع موجود که عاقد مالک آن نیست باطل می باشد پس بیع معدوم به طریق اولی باطل است؛ اما در برابر قرآن و سنت قیاس را ترک کرده می شود بناء به جواز بیع سلم و یا سلف حکم می کنیم.<sup>3</sup>

3. عن ابن عمر رضی الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الوزن وزن اهل مكة والمكيا لاهل مدينة.<sup>4</sup>

این یک اصل عام است که در تعیین اوزان و اکیال به عرف اعتبار داده می شود و نبی کریم صلی الله علیه وسلم متکی به عرف این اصل را مورد تأیید قرار داده است. منظور حدیث شریف تعدیل موازین و اکیال نیست بلکه معیار، اوزان اهل مکه و مکیال اهل مدینه را قرار داده است تا در هنگام تنازع و تخاصم در بین مردم مرجعیت پیدا کرده و مطابق آن فیصله صورت گیرد. به این برداشت، اگر شخصی بالای خود به یک پیمان، یا ده رطل خرما اقرار کند و یا در اندازه پیمان و رطل در بین طرفین اختلاف رونما

<sup>1</sup> ابن تیمیه، مجموع الفتاوی ج 29 صص 20 - 21.

<sup>2</sup> ابن حجر، فتح الباری ج 4 ص 428 - 429 - بخاری، صحیح البخاری ج 3 صص 85، 86، ح ش 2239 - 2241.

<sup>3</sup> سرخسی، المبسوط ج 12 صص 124، 138.

<sup>4</sup> خطابی، معالم السنن ج 3 ص 61 ح ش 881 (شامله) - نسائی، السنن الکبری ج 6 ص 53 ح ش 6142.

گردد عرف و عادت مردم محل در زمینه حاکم است، البته به عرف محل که در آنجا حضور دارند اعتبار داده می شود و مکلف شان کرده نمی شود که به رطل مکه و پیمانانه مدینه پرداخت نماید.<sup>1</sup>

در حالیکه در مغنی گفته شده است که : (بخاطر شناخت مکیلات و موزونات به عرف حجاز در زمان نبی کریم صل الله علیه وسلم، مراجعه می شود). در ادامه می گوید : (دلیل ما روایت ابن عمر رضی الله عنهما از نبی کریم صل الله علیه وسلم است که می فرماید: المکیال مکیال المدینه، والمیزان میزان مکه).<sup>2</sup>

### مطلب سوم: استدلال از قواعد کلی فقهی:

مجموعه از قواعد کلی فقهی است که بر اعتبار عرف در شریعت اسلامی، دلالت می نمایند؛ بر مبنی این قواعد علاوه بر اینکه عرف در شریعت اسلامی معتبر بوده، مبنی احکام متعدد شرعی قرار گرفته و یک ساحه بزرگ فقه اسلامی را تحت پوشش خود قرار می دهند.

#### 1. (العادة محكمة).<sup>3</sup>

ترجمه : عادت، خواه عام باشد یا خاص برای اثبات حکم شرعی حکم گردانیده می شود.

قاعده فوق این مفهوم را می رساند که عرف، خواه لفظی باشد یا عملی، خواه عام باشد یا خاص مشروط بر اینکه صحیح باشد از نظر شریعت اسلامی، در موارد که دلیل و نص شرعی وجود نداشته باشد در حل و فصل قضایای مورد نزاع دارای اعتبار و منزلت ویژه ای بوده و به عنوان حکم و داور شناخته می شود.<sup>4</sup> قانون مدنی کشور با تاسی از احکام فقه اسلامی می گوید: عادت عام باشد یا خاص مدار حکم قرار داده می شود.<sup>5</sup> اصول نامه تجارت کشور نیز در این زمینه می گوید: در صورتیکه عبارت امکان تعبیرات متعددی را داشته باشد، مقصد مشترک طرفین از مندرجات دیگر مقوله (قرارداد و قول نامه) 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.<sup>6</sup>

مثال تطبیقی: اعتبار کیل یا وزن در آنچه که عرفا از نوع مکیلات یا موزونات باشد. البته این در آن نوع از مکیلات و یا موزونات ربوی است که در مورد نص وجود نداشته باشد، مانند زیتون و غیره، اما اگر از نوع مکیلات و موزونات ربوی باشد که راجع به آن نص وجود داشته باشد از نظر طرفین یعنی امام ابوحنیفه و امام محمد رحمهما الله به عرف عمل نخواهد شد، زیرا؛ در این مورد نص صریح وجود دارد. و یا

<sup>1</sup> .خطابی ، معالم السنن ج 3 صص 60 – 61.

<sup>2</sup> .ابن قدامه ، المغنی ج 4 ص 16.

<sup>3</sup> .لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام ، ماده (36).

<sup>4</sup> .نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 115

<sup>5</sup> .وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 2 ماده 721.

<sup>6</sup> .وزارت عدلیه ، اصول نامه تجارت ماده 620.

در نذر و حلف عرف حالف (سوگند یاد کننده) و ناذر (نذر کننده) به شرط آنکه عرف او مساوی با لفظ مورد استعمال و یا اخص از آن باشد، پس اگر شخصی مبنی بر اینکه سر را نمی خورد یا بر دابه (جنبده) سوار نمی شود یا بر فرشی نمی نشیند سوگند یاد کند و پس از آن، سر گنجشک را بخورد یا بر انسانی سوار شود یا بر زمین بنشیند، در تمام این حالات حانث نمی شود؛ زیرا عرف بر این است که سر گنجشک در بازار برای خوردن فروخته نمی شود و انسان به عنوان مرکب قابل استفاده نیست و زمین را فرش گفته نمی شود، بلکه فرش بر پارچه بافته اطلاق می شود.<sup>1</sup>

## 2 . (استعمال الناس حجة يجب العمل بها).<sup>2</sup>

ترجمه: استعمال (عرف و عادت) مردم حجت و دلیل است و عمل طبق آن واجب می باشد.

این قاعده به این معنی است که هرگاه عرف و عادت مردم مخالف با احکام شریعت اسلامی نباشد، حجت و دلیل معتبر خواهد بود و عمل طبق آن واجب است، زیرا؛ عرف و عادت برای اثبات احکام شرعی حکم و داور قرار داده می شود؛ و این قاعده در اصل معنی قاعده (العادة محكمة) است.

مثال تطبیقی: هرگاه شخصی مبنی بر خریداری مالی از شخص دیگری کمک بخواد و بعد از انعقاد عقد، شخص مستعان به (شخص دوم) از مستعین (شخص اول) اجرت کارش را مطالبه نماید، در این حالت به تعامل اهل بازار دیده می شود؛ اگر اخذ اجرت معروف و معتاد باشد، مستعان به می تواند از مستعین اجرت مثل را اخذ نماید و الا نمی تواند. و همچنان اگر برای شخصی چیزی مثلا سیب در کاسه ای هدیه داده شود، در این حالت رد کاسه لازم است، چرا که کاسه عرفا و عادتاً قابل رد می باشد.<sup>3</sup>

## 3 . (الممتنع عاة كالممتنع حقيقة).<sup>4</sup>

ترجمه: آنچه از روی عرف و عادت ممتنع باشد به مثابه ممتنع حقیقی شناخته می شود.

قاعده فوق به این معنی است؛ همان گونه که دعوی ممتنع حقیقی قابل سمع و اقامه بینه نیست، چرا که در این حالت قول مدعی قطعاً دروغ است، مانند کسی که عقیم و نازا است ادعی نماید که فلانی فرزند او است، دعوی ممتنع عادی نیز شنیده نخواهد شد، مانند ادعی متولی عفار وقف یا وصی عفار شخص قاصر مبنی بر اینکه او بر عفار وقف یا عفار قاصر مبلغ غیر قابل تحمل را به مصرف رسانیده است.<sup>5</sup> قانون مدنی کشور با پیروی از احکام فقهی اسلامی می گوید: آنچه که عادتاً ممتنع باشد مانند آن است که حقیقتاً ممتنع باشد.<sup>6</sup>

مثال تطبیقی: اگر شخصی ادعی نماید که جنین که در بطن این زن قرار دارد فلان مال را برایم فروخته یا اقرار کند که فلان مبلغ را از او بطور قرضه اخذ نمودم، در این حالت دعوی و اقرار او شنیده نخواهد

<sup>1</sup> . نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 117.

<sup>2</sup> . لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية ، مجلة الاحكام العدلية ماده 37.

<sup>3</sup> . نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 119.

<sup>4</sup> . افندی، در الاحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 47.

<sup>5</sup> . نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی صص 121 ، 123 .

<sup>6</sup> . وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 2 ماده 723.



شد، زیرا؛ او ادعی و اقرار خویش را بر سببی که عادتاً مستحیل است استوار کرده است. همچنان شخص فقیر که به فقر معروف است بر غنی و ثروتمندی مبلغ را ادعی کند که عادتاً وقوع آن ممکن نباشد؛ دعوی او را شنیده نمی شود.<sup>1</sup>

#### 4 . (لا ینکر تغیر الاحکام بتغیر الازمان).<sup>2</sup>

ترجمه: تغییر احکام با تغییر زمان مورد انکار قرار نمی گیرد.

تغییر احوال و شرائط زمانی در تغییر احکام شرعی اجتهادی تأثیر به سزائی دارد، به طور مثال هر گاه مردم دارای عرف و عادت باشند که حکم خاصی را ایجاب نماید پس از آن، آن عرف و عادت به عرف و عادت دیگری تغییر نماید آن حکم ویژه به حکم دیگری که موافق عرف و عادت منتقل الیه باشد نیز تغییر خواهد کرد. چنانکه امام قرافی در این باره می گوید: احکام که مرتب بر عرف و عادت هستند و بر اساس آنها بناء شده اند تا وقتیکه عرف و عادت بر قرار است، آنها نیز برقرار اند و زمانیکه عرف و عادت تغییر می نماید آنها نیز تغییر خواهند کرد.

اما باید متوجه شد آنچه بر اساس تغییر اوضاع و احوال تغییر می نماید خود نص نیست بلکه کیفیت و چگونگی عمل به مقتضی حکم نص می باشد. به عنوان مثال شارع حکیم خیار رویت را برای مشتری هنگامی که نادیده چیزی را بخرد ثابت نموده است؛ چون در گذشته خانه ها به یک نظام و یک نمط بدون اندک تفاوتی ساخته می شدند، بناء فقهاء می گفتند: هنگامی که مشتری یکی از خانه ها را ببیند خیار رویت ساقط می شود و زمانی که طرز اعمار تغییر کرد و خانه ها با کیفیات مختلف ساخته می شدند متأخرین فقهاء قول امام زفر رحمه الله را ترجیح داده و گفتند: برای سقوط خیار رویت دیدن یک خانه کافی نیست، بلکه خیار رویت از مشتری هنگامی ساقط خواهد شد که هر یکی از خانه های اعمار شده را ببیند.<sup>3</sup>

مثال تطبیقی: در شرائط کنونی هرگاه شاهد عادل یافت نشود، شهادت شاهد که عادل نیست، ولی فسق و فجورش نسبت به دیگران کمتر است قابل قبول خواهد بود؛ اگرچه در شهادت تحقق عدالت شرط می باشد. همچنان در زمان ما هرگاه قاضی عادل پیدا نشود، تعیین شخص که عادل نیست ولی فسق و فجورش از دیگران کمتر است در پست مذکور جائز خواهد بود، هرچند انسان فاسق و فاجر به عنوان قاضی ایفای وظیفه کرده نمی تواند. این بدان جهت است که حقوق و مصالح مردم ضایع نگردیده و احکام و قوانین معطل نشود.<sup>4</sup>

#### 5 . (الحقیقة تترك بدلالة العادة).<sup>5</sup>

ترجمه: زمانی که عرف و عادت ایجاب نماید، حقیقت متروک می گردد.

<sup>1</sup> . افندی، در الاحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 47.

<sup>2</sup> . لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام العدلیه ماده 39.

<sup>3</sup> . نذیر، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 125.

<sup>4</sup> . همان اثر ص 127.

<sup>5</sup> . لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام العدلیه ماده 40.

معنی اجمالی این قاعده این است که اصل در کلام حقیقت است و مجاز قائم مقام آن می باشد. بنابراین؛ هنگام عدم وجود قرینه، منظور از لفظ معنی حقیقی آن است مگر اینکه اراده معنی حقیقی متعذر و یا معنی حقیقی از نظر عرف و عادت مهجور و متروک باشد. پس در این حالت معنی حقیقی ترک و به سوی عرف و عادت سیر می شود. معنی حقیقی با دلالت عرف و عادت ترک می شود، زیرا؛ عرف و عادت استعمال لفظ را در معنی معروف و معتاد نسبت به استعمال کنندگان آن حقیقت و استعمال آن را در معنی موضوع له نسبت به استعمال کنندگان آن مجاز می گرداند. به عبارت دیگر هرگاه معنی حقیقی لفظ از نظر عرف و عادت متروک گردد و استعمال آن در معنی دیگری معروف شود، در این صورت همان لفظ در معنی حقیقی خود استعمال نگردیده، بلکه در معنی که به نزد مردم معروف و معتاد است به کار برده خواهد شد. در این صورت عرف و عادت مردم قرینه ای خواهد بود که مانع استعمال لفظ در معنی حقیقی آن می باشد.<sup>1</sup>

قانون مدنی کشور می گوید: حقیقت به دلالت عادت (عرف) ترک می شود.<sup>2</sup>

مثال تطبیقی: هرگاه کسی در برابر صد هزار افغانی با زنی نکاح کرد و عادت مردم بر این بود که نصف مهر را به طور معجل و متباقی آن را به طور مؤجل می پردازند، در این حالت کلام آن ها بر آنچه نزد مردم معتاد و متعارف است حمل می شود؛ پس بر زوج جائز است که نصف مهر خانم خود را به طور معجل و نصف دیگر آن را به صورت مؤجل اداء نماید. همچنان اگر شخصی وکیل برای خریداری حیوانی تعیین شود و حیوان متعارف میان مردم اسپ باشد، در این حالت منظور از آن همان حیوان متعارف است و در غیر آن مسئول خواهد بود.<sup>3</sup>

6 . (انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت).<sup>4</sup>

ترجمه: عرف و عادت زمانی اعتبار دارد که کلی یا کثیر الوقوع باشد.

در واقع این قاعده قیدی است برای قاعده های (العادة محكمة) و (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، زیرا؛ ظاهراً در این دو قاعده، عرف و عادت به طور مطلق مد نظر گرفته شده است، اما با قاعده مذکور، عرف و عادت به اطراد و غالبیت مقید ساخته شده است. اگر عرف و عادت مطرد و غالب نباشد، بلکه مشترک و مساوی یا نادر و کمیاب باشد، در این صورت رعایت آن ضروری نخواهد بود. ابن نجیم در کتاب (الاشباه و النظائر) می گوید: حادثه ای که بر عرف و عادت حمل می شود اولاً باید بر عرف موجود هنگام تلفظ حمل شود نه بر عرف و عادت که بعد از آن حادثه به وجود می آید و ثانیاً عرف باید مقدم بر آن حادثه یا مقارن با آن باشد نه متأخر از آن حادثه و عارض بر آن.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> همان اثر ص 130.

<sup>2</sup> وزارت عدلیه، قانون مدنی ج 2 ماده 724.

<sup>3</sup> نذیر، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 131.

<sup>4</sup> افندی، دررالحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 50.

<sup>5</sup> همان اثر، ص 50.

پس عرف و عادت زمانی معتبر خواهد بود و احکام شرعی بر آن بناء خواهد شد که مطرد و غالب باشد و زمان آن بر زمانی عقد که قرار است بر اساس عرف و عادت انعقاد یابد مقدم یا مقارن با آن باشد. قانون مدنی کشور می گوید: 1) عادت وقتی اعتبار دارد که عمومیت یا اقلیت داشته باشد.<sup>1</sup>

مثال تطبیقی: اگر شخصی چیزی را به دراهیم یا دنانیر بفروشد و دراهیم و دنانیر در قیمت و رواج مختلف باشد، عقد بیع به آنچه که در عرف غالباً مروج است منصرف می گردد و اگر در عرف و عادت متساوی باشند مسئله به حالت خود باقی می ماند و عقد فاسد می گردد، زیرا؛ عقد در این صورت منجر به منازعه می شود. همچنان اگر تاجر چیزی را در بازار به فروش برساند و زمان پرداخت پول آن را تصریح نکند و معروف در میان مردم این باشد که بایع در هر جمعه مقدار معینی از آن را اخذ می نماید، عقد بیع بدون بیان، به آن منصرف خواهد گردید.<sup>2</sup>

### 7 . (العبرة للغالب الشائع لا للنادر).<sup>3</sup>

ترجمه: عرف و عادت رایج و مشهور در میان مردم معتبر است.

معنی این قاعده این است وقتی که حکم شرعی بر اساس امر غالب و شایع بناء گردد، برای همه به صورت عام بناء می شود. تخلف آن امر غالب و شایع در بعض افراد یا بعض اوقات، برعام بودن و مطرد بودن آن تأثیری وارد نمی کند و چیزی دیگری را که این قاعده می رساند این است که احکام شرعی بر چیزی نادر و قلیل الوقوع بناء نمی شود، بلکه بر امر کثیر الوقوع و غالب بناء می گردد.<sup>4</sup>

قانون مدنی کشور می گوید: 2) اعتبار به اقلیت شایع داده می شود، نه اقلیت نادر.<sup>5</sup>

مثال تطبیقی: حکم به مرگ شخص کرده می شود که مدت نود سال مفقود باشد به دلیل اینکه غالباً انسان بیشتر از نود سال عمر نمی کند، در حالیکه بعض مردم در بعض اوقات از نود سال بیشتر عمر می کند و افراد که بیشتر از نود سال عمر می کنند نادراند نسبت به اشخاص که کمتر از نود سال عمر می کنند؛ بناء، به اساس عرف شائع به موت غائب مفقود حکم کرده می شود و اموال او را در بین ورثه اش تقسیم کرده می شود. همچنان به بلوغ شخص که سن پانزده سالگی را تکمیل کند حکم کرده می شود به دلیل اینکه در سن پانزده سالگی اکثراً اطفال بالغ می شوند، اگرچه که بعض در سن پانزده نیز بالغ نمی شوند اما به آن توجه نمی شود بخاطر که غالب شائع مبنی حکم شرعی قرار می گیرد نه نادر و کمیاب.<sup>6</sup>

### 8 . (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً).<sup>7</sup>

ترجمه: آنچه در عرف شایع باشد مثل آن است که شرط گردانیده باشد.

<sup>1</sup> . وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 2 ماده 722.

<sup>2</sup> . ابن نجیم ، الاشباه و النظائر ص 81.

<sup>3</sup> . افندی، در الاحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 50.

<sup>4</sup> . نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 135.

<sup>5</sup> . وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 2 ماده 722 فقره 2.

<sup>6</sup> . افندی، در الاحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 50.

<sup>7</sup> . همان اثر ، ج 1 ص 50.

آنچه به نزد مردم در یک زمان معروف و معتاد باشد به مثابه آن است که صراحتاً شرط کرده شده باشد. عرف مردم یکی از منابع 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 با نص (قرآن و سنت) و عرف مردم نباشد، مانند شخصی که اجیری را برای کاری تعیین نماید، ولی اجرت او را تعیین نکند و وقتی که میان آن ها دعوی صورت گیرد صاحب کار مکلف به پرداخت اجرتی می باشد که به نزد مردم معروف و معتاد است. اما اگر عرف در تعارض با نص و یا تعامل مردم قرار داشته باشد معتبر نبوده و طبق آن عمل کرده نمی شود، مانند ضامن 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. ضمان فوق اگرچه عرف متداول مردم هم باشد معتبر نیست، زیرا که مخالف با احکام شرع می باشد.<sup>1</sup>

طوری که قانون مدنی کشور می گوید: آنچه در عرف معروف باشد، مانند آن است که شرط گذاشته شده باشد.<sup>2</sup>

مثال تطبیقی: شخصی گاوی را خرید و بعداً ظاهر شد که گاو شیری نیست و خواست که آن را مسترد کند؛ در این حالت دیده می شود که مشتری معروف به خرید گاو برای قصابی بوده و قصاب می باشد یا اینکه معروف به خرید برای استفاده از شیر گاو است، در صورت اول مسترد کردن گاو برای بایع جائز نیست و در صورت دوم مسترد کردن آن جائز است. همچنان اگر شخصی به خانه کرائی شخصی بدون انجام عقدی ساکن شد بر شخص مذکور واجب است که اجرت آن را برای صاحب خانه بپردازد؛ بخاطر که عرف و عادت پرداخت آن را ایجاب می کند، هرچند که از آن تذکر نرفته باشد و نیز آنان که در هتل ها می خوابند و برای غسل کردن به حمامها می روند بالای شان واجب است که اجرت بپردازند، عرف و عادت پرداخت اجرت را واجب می سازد هرچند که ذکر نشود و اگر شخصی از کسی چیزی را به ده لیره بخرد و نوع لیره را معین ننماید، به لیره معروف در همان شهر و محله مراجعه می شود؛ اگر لیره عثمانی معروف بود به طور مثال، به اساس عرف به لیره عثمانی اعتبار داده می شود مانند اینکه شرط گذاشته شده باشد.<sup>3</sup>

## 9 . (المعروف بین التجار كالمشروط بینهم).

ترجمه: آنچه در میان تاجران معروف و معتاد باشد به مثابه آن است که آن را شرط کرده باشند.

این قاعده مبین عرف خاص گروهی از مردم است. بنابراین معاملات تجارتي که بین تاجران یا عقود و معاملاتی که نوعی تجارت است بین غیر تاجران به وقوع می پیوندد هنگام اطلاق به عرف و عادات آنان بر می گردد به شرط آنکه شرط مخالف وجود نداشته باشد.<sup>4</sup> چنانکه اصول نامه تجارت کشور در این

<sup>1</sup> . نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 139.

<sup>2</sup> . وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 2 ماده 720.

<sup>3</sup> . افندی، درالحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 51.

<sup>4</sup> . نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 140.

این زمینه می گوید: اعتبار عرف تجارتي و احکام قانونی در معاملات تجارتي مؤثر است مگر اینکه صراحتاً جانبین برخلاف آن موافقت نموده باشند.<sup>1</sup>

مثال تطبیقی: اگر دو تاجر چیزی را خرید و فروش نمودند و در اثنای عقد تصریح نکردند که پول آن نقد باشد یا نسیه، عقد بیع منعقد می گردد اگرچه این عقد ایجاب پول نقد را فی الحال می نماید ولی عرف تاجران بر این جاری است که پول مبیعه بعد از یک هفته یا یک ماه یا به طور اقساط پرداخته می شود، بناء ادای پول آن فی الحال بر مشتری لازم نمی شود بلکه به عرف و عادات آنان به اجل بر می گردد؛ زیرا آنچه در میان تاجران معروف و معتاد باشد به مثابه آن است که آنان آن را شرط کرده باشند. همچنان هرگاه مستقید از سند امر، بر پشت و قسمت سفیدی آن امضای مجرد نماید و آن را برای شخصی تسلیم کند، این امضاء در واقع از جانب وی برای تسلیم شونده یا کسی که وی را تسلیم شونده بر می گزیند حواله خواهد بود.<sup>2</sup>

#### 10 . (التعین بالعرف کالتعین بالنص).<sup>3</sup>

ترجمه: آنچه در عرف تعیین شده باشد به مثابه آن است که با نص (تصریح لفظی) تعیین شده باشد.

معنی این قاعده این است که همان گونه که نص مثبت حکم است، عرف نیز دلیل مثبت حکم می باشد، البته این در جایی است که نص وجود نداشته باشد. بنابراین، هر حکمی که با عرف ثابت شود به مثابه آن است که با نص ثابت شده باشد، پس عرف در معاملات قایم مقام نص می گردد.<sup>4</sup>

مثال تطبیقی: اگر کسی حویلی خود را بفروشد، در این صورت آشپزخانه وساحه حویلی مشمول عقد بیع خواهد بود، زیرا؛ از نظر عرف اینها همه به حویلی متصل اند و اتصال شان اتصال قرار (به حویلی وابسته بوده و قابل انتقال نمی باشد) می باشد. همچنان اگر کسی عینی (موتر یا خانه) را به اجاره بگیرد و کیفیت استفاده از آن در اثناء عقد مشخص کرده نشود، در این حالت عرف کیفیت استفاده از آن را مشخص می سازد و استفاده از آن بر اساس عرف و عادت جاری میان مردم صورت می گیرد، به شرط آنکه شرط مخالف آن وجود نداشته باشد.<sup>5</sup>

طوریکه قانون مدنی کشور در زمینه صراحت دارد: اجاره گیرنده از عین اجاره داده شده بنحوی منفعت می برد که به آن موافقه بعمل آمده باشد. در صورت عدم موافقه قبلی عرف جاریه اعتبار دارد.<sup>6</sup>

باید یاد آور شد که همه قواعد کلی فقهی متذکره عام نبوده بلکه از خود استثنائات دارند که باید در موقع تحکیم آنها مدنظر گرفته شود؛ چون بنده به عنوان حجت در باب حجیت عرف، از قواعد کلی فقهی یاد

<sup>1</sup> وزارت عدلیه ، اصول نامه تجارت ماده 623.

<sup>2</sup> بورنو ، الوجیزی ایضاح قواعد الفقه الکلیه صص 308 – 309.

<sup>3</sup> زرقاء ، شرح القواعد الفقهیه ص 241.

<sup>4</sup> نذیر ، درآمدی بر قواعد کلی فقهی ص 141.

<sup>5</sup> همان اثر ، صص 141 – 142.

<sup>6</sup> وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 3 ماده 1366.

آورد شدم، بناء لازم نديدم هر واحد شان را من كل الوجوه به بحث و بررسى بگيرم وبه شرح اجمالى و مثال تطبيقى هر کدام اکتفى کردم.

## مبحث دوم

### ارکان عرف و شرائط اعتبار آن

#### مطلب اول: ارکان عرف:

ارکان عرف عبارت اند از :

1 - اکثریت اجراء کننده عرف :

در حقیقت عرف استوار بر نصاب عددی معین از مردم است که به اساس معقولیت و مقبولیت عرف در طبائع شان به اجراء آن مبادرت می ورزند.

2 - موجودیت امر معتاد و متعارف :

اعم از اینکه امر معتاد و متعارف علیه، قول باشد مانند الفاظ مستعمل در معانی مخالف معانی لغوی یا فعل باشد مانند افعال معتاد یا متعارف علیها مانند اینکه مصارف انتقال مبیعه سنگین وزن، در عرف محل به دوش بایع باشد.

3 - تکرار و استقرار :

تنها استعمال الفاظ، به معانی مخصوص از سوی افراد و گروه ها به عرف در نزد شان مبدل نمی شود مگر اینکه مکررا استعمال شود؛ و نیز اجراء و انجام دادن اعمال معین برای تصرفات به خصوص از سوی افراد و اشخاص را عرف گفته نمی شود تا اینکه مردم با انجام دادن آن پی در پی، عادت کنند، در نفوس شان استقرار پیدا کرده، طبائع شان آن را قبول کند و قدرت الزام آور در تطبیق آن ایجاد شود.<sup>1</sup>

نیز ارکان عرف را چهار چیز گفته شده است که قرار ذیل است:

1 . عمل معین باشد.

2 . آن عمل تکرار شود.

3 . تکرار به حدی برسد که به صورت غالب یا به صورت عام در آید، یعنی اغلب موارد عمل را فراگیرد.

4 . عمل مذکور باید ارادی باشد نه غریزی.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> . حماده ، العرف و اثره فی حقوق الزوج فی الفقه الاسلامی ص 7.

<sup>2</sup> . انسنتیوت ماکس پلانک ، حقوق فامیل شیعیان افغانستان ص 14.

نیز عرف را دارای دو رکن گفته شده است که تحقق آنها برای ایجاد قاعده حقوقی عرفی لازمی دانسته شده است که اینک هر کدام آنها را قرار زیرین بیان می کنیم:

1. مادی: آن عبارت است از اینکه عادت برای مدت طولانی بین همه یا اکثریت مردم یک منطقه مرسوم باشد و آنها به خاطر ایجاد حکم یک واقعه مشخص از آن استفاده نمایند. رکن مادی عرف در صورتی کامل است که عمومی باشد. منظور از عمومی بودن عادت این نیست که تمام یا اکثریت جامعه به آن خو گرفته باشند، بلکه در میان گروهی از مردم که پیشه معین دارند عادت مورد نظر جنبه عمومی پیدا کرده باشد. مانند اینکه اگر عادت به صفت عرف در عرصه تجارت نفت یا موتر مورد استناد قرار می گیرد، باید در میان تاجران چنان رسوخ داشته باشد که تخلف از آن جائز نباشد.

2. رکن معنوی: آن عبارت است از اینکه رعایت کننده گان عرف حالت الزامی را در آن احساس کنند، یعنی در جمله قواعد حقوقی محسوب کنند. زیرا بسیاری از عادات با وجود اینکه در بین مردم مدتها رواج داشته و جنبه عمومی نیز پیدا کرده است، چون به نظر مردم الزامی نیست آن را به عنوان قاعده حقوقی به رسمیت نمی شناسند، یعنی عرف نیست، بلکه جزء آداب و رسوم اجتماعی محسوب می شود مانند انعام دادن یا فرستادن کارت تبریکی بنا بر مناسبتی.<sup>1</sup>

### مطلب دوم: شرایط عرف:

#### فرع اول: شرایط عرف در شریعت:

فقهاء اسلامی شرایط را برای عرف وضع کرده اند که در صورت مختل شدن یکی از این شرایط تحکیم عرف صحیح نبوده، به آن اعتماد نشده و مبنی حکمی قرار گرفته نمی تواند. شرایط مذکور قرار شرح ذیل است:

#### 1 - عرف مطرد و غالب باشد:<sup>2</sup>

منظور از اطراد عرف این است که بدون تخلف در همه حوادث به آن عمل شود؛ و مقصود از غلبه عرف شیوع آن در اکثریت حوادث در بین اهل عرف است.<sup>3</sup>

برخی از علماء این شرط را به شیوع و استفاضه در بین جمیع اهل عرف تعبیر کرده اند.<sup>4</sup>

ابن عابدین می گوید: اعلم ان کلا من العرف العام و الخاص انما يعتبر اذا کان شائعاً بین اهله يعرفه جمیعهم.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> نذیر، حقوق جزائی عمومی صص 91 - 92.

<sup>2</sup> سیوطی، الاشباه و النظائر ص 92 - زرقاء، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 897 - ابن نجیم، الاشباه و النظائر ص 81.

<sup>3</sup> حماده، العرف و اثره فی حقوق الزوج فی الفقه الاسلامی ص 14.

<sup>4</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 134.

<sup>5</sup> همان اثر.



ترجمه: بدان که به هر واحد از عرف عام و خاص را وقتی اعتبار داده می شود که در بین اهل آن شایع بوده و همگی شان به آن آشنائی داشته باشند.

عرف وقتیکه مطرد و غالب باشد معتبر است؛ از همین جهت است که در ارتباط به عقد بیع گفته اند: اگر در محلی به دراهم و دنانیری بیع صورت بگیرد که در آن محل نقود مختلف با اختلاف در مالیت و رواج شان وجود داشته باشد بیع به غالب نقد بلد بر می گردد.<sup>1</sup>

به دلیل اینکه همان غالب نقد بلد متعارف بوده پس مطلق منصرف می شود به آن.<sup>2</sup>

زمانیکه تقسیم مهر به معجل و مؤجل در همه واقعات نکاح مکررا، پی در پی اجرا شد و غالب بود به نحو که در اکثریت حوادث و وقائع نکاح معمول بوده و اجراء شود به عنوان عرف حاکم، به آن اعتبار داده می شود.<sup>3</sup>

با ذکر این شرط عرف غیر مطرد و مضطرب از دائره عرف خارج می گردد، طوری که سیوطی تصریح می دارد: انما تعتبر العادة اذا اطردت، فاذا اضطربت فلا.<sup>4</sup>

ترجمه: عادت (عرف) زمانی معتبر است که مطرد باشد، اگر عرف مضطرب بود اعتبار ندارد.

همچنان شرط مذکور خارج می سازد عرف مشترک را - عرف مشترک عرف است که جریان و ترک آن با هم مساوی است - در این حالت عرف، فاسد محسوب شده و به آن اعتماد نمی شود بخاطر تعارض طرفین، در حال که هیچکدام دو طرف، طرف دیگری را مقید نکرده و تخصیص داده نمی تواند.<sup>5</sup>

باید یاد آور شد، که هدف از اطراد و غلبه این نیست که عرف در همه بلاد اسلامی عمومیت داشته باشد، بلکه شایع بودن آن در میان اهل یک شهر و یا یک حرفه در ثبوت حکم عرف بر آن کافی است.

2 - عرف در وقت انشاء تصرف موجود باشد:

عرف که در تصرفات تحکیم آن مراد است در وقت انشاء تصرفات موجود باشد.<sup>6</sup>

در قضایای که عرف در بین مردم حاکم است، واجب است که عرف قبل از موجودیت آنها وجود داشته باشد؛ این شرط عرف حادث را خارج می کند، در حقیقت عرف حادث اعتبار نداشته و به آن حکم نمی شود.

شرط مذکور شامل عرف لفظی و عملی می گردد:

1. ابن نجیم ، الاشباه و النظائر ص 81.

2. مرغینانی ، الهدایه شرح بدایه المبتدی ج 3 ص 24.

3. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 897.

4. سیوطی ، الاشباه و النظائر ص 92.

5. حماده ، العرف و اثره فی حقوق الزوج فی الفقه الاسلامی ص 15 به نقل از - ابوسنه ، العرف و العاده ص 57.

6. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 899.

الف - در عرف لفظی می بینیم که کلام متصرف به اراده منفرد، مانند وقف، حلف، نذر، وصیت و طلاق؛ و همچنان کلام عاقد در عقود حمل بر معانی عرفی شان می گردد نه بر معانی لغوی شان - لکن عرف لفظی که معانی کلام متصرف و عاقد بر آن حمل می گردد همانا عرف قائم و موجود در زمان صدور همین تصرفات است تا مراد متکلم را معین و مشخص کند؛ اگر عرف، بعدا در مفاهیم همین الفاظ و جملات وارد در باب وقفیات، وصایا و غیره تغییر کند در تفسیر تصرفات قولی واقع در سایه عرف قدیم به عرف حادث اعتبار داده نمی شود و به عرف لفظی جدید که بعد از آن بوجود می آید حمل نمی گردد.

مثلاً؛ لفظ (علی الفریضة الشرعية) در کلام وقف کننده گان و وصیت کننده گان معنی عرف فعلی اش للذکر مثل حظ الانثیین (برای مرد دو چند زن) از مال وقف و وصیت است، اگر در عرف مفهوم (علی الفریضة الشریعة) تغییر بخورد یعنی در عرف از آن مفهوم تساوی (تساوی در حصه در بین مذکر و مؤنث) را تعبیر کنند همین تغییر، تبدیل و موجود شدن عرف حادث در احکام و وقفیات و وصایای سابقه جاری به مقتضی عرف لفظی اول تأثیر ندارد.<sup>1</sup>

ابن نجیم می گوید: عرف که الفاظ بر آن حمل می گردد عرف مقارن سابق است نه عرف متأخر، از همین جهت است که علماء گفته اند: لا عبرة بالعرف الطارئ. ترجمه: عرف عارضی و جدید مدار اعتبار نیست.<sup>2</sup>

و اعمال عرف در تفسیر نصوص شریعت نیز همین طور است.

واجب است که نصوص شرعی بر اساس مفاهیم لغوی و عرفی زمان صدور نص فهمیده شود به دلیل اینکه همان معنی لغوی و عرفی زمان صدور نص مراد شارع است؛ و تبدیل و تغییر مفاهیم الفاظ بعدا در عرف های متأخر اعتبار ندارد، اگر چنین نباشد در نصوص شریعت هیچ معنی، ثابت نمانده و استقرار پیدا نمی کند.

مثلاً؛ لفظ (فی سبیل الله) در آیه مصارف زکات به مفهوم عرفی خود در زمان نزول آن که (مصالح جهادی) یا مطلقاً (راه های خیردیگر) است بنا بر اختلاف علماء در مورد، حمل می گردد.

و لفظ (ابن السبیل) نیز عرفاً به شخص مسافر (شخص که از مردم و محل خود جدا شده و راهی سفر گردد) اطلاق می گردد. پس اگر در تعبیر از این الفاظ و مفاهیم شان عرف مردم تغییر کند؛ طور مثال از لفظ (سبیل الله) مخصوصاً طلب علم اراده گردد و از لفظ (ابن السبیل) عرفاً طفل لقیط که خانواده آن معلوم نیست اراده گردد؛ قطعاً در این حالت نص شرعی، همیشه بر اولین معنی عرفی حین صدور آن حمل می گردد و به معانی عرفی و اصطلاحات حادث بعد از ورود نص اعتبار داده نمی شود.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>. همان اثر.

<sup>2</sup>. ابن نجیم، الاشباه و النظائر ص 86.

<sup>3</sup>. زرقاء، المدخل الفقہی العام ج 2 صص 899 - 900.

قرافی می گوید: دلالت عرف بر دلالت لغت مقدم است، بخاطری که عرف ناسخ لغت است و ناسخ بر منسوخ مقدم می باشد، طوریکه ثمن در عقد بیع بر نقود معتاد و مروج در حین بیع اطلاق می گردد و تبدیل و تغییر عادات بعد از بیع در نقود در همین بیع اعتبار ندارد؛ همچنان عادات در نصوص شریعت تأثیر گذار است که با آن مقارن باشد نه سائر عادات.<sup>1</sup>

ب - همچنان در قسمت عرف عملی، عرف های عملی در تصرف مؤثر است که در زمان انشاء تصرف موجود باشد؛ نه عرف که بعدا بوجود آمده است.

اگر عرف مردم در موارد که بر مبیع عیب شمرده می شود یا در قسمت قسط کردن اجرت عقارات به اجاره داده شده یا در مورد تاریخ اجاره که شمسی باشد یا قمری و یا در تقسیم مهر به معجل و مؤجل و سائر موارد از همین قبیل تغییر کند، قطعاً که عرف حادث و طارئ بر تصرفات سابق سرایت نمی کند و احکام و التزامات ناشی از آن را تغییر داده نمی تواند؛ مشخصاً بر تصرفات جدید واقع در سایه همان عرف جدید مؤثر بوده می تواند.<sup>2</sup>

3- عرف، با نص صریح صادر از جانب متعاقدين در تعارض واقع نگردد:

تصریح طرفین عقد برخلاف عرف به معنی ترک عرف از جانب ایشان است؛ دلالت تصریح از دلالت عرف قویتر است.

اثبات معنی متعارف به دلالت عرف است و قتیکه برخلاف آن تصریح صورت گرفت دلالت باطل گردیده از بین می رود.<sup>3</sup>

به دلیل قاعده فقهی (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح).<sup>4</sup>

عز ابن عبدالسلام<sup>5</sup> رحمه الله می گوید: کل ما ثبت فی العرف اذا صرح المتعاقدان بخلافه، بما یوافق مقصود العقد صح.<sup>6</sup>

ترجمه: هر امر متعارف را که متعاقدين برخلاف آن تصریح کنند، در صورتیکه موافق مقصود عقد باشد صحیح است.

این شرط مخالف قاعده (المعروف عرفاً كما المشروط شرطاً) نیست، به عرف جاری وقت حکم کرده می شود که برخلاف آن تصریح موجود نباشد.

<sup>1</sup> . قرافی ، شرح تنقیح الفصول ج 1 ص 211.

<sup>2</sup> . زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 900 - 901.

<sup>3</sup> . همان اثر ص 901.

<sup>4</sup> . لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، المجلة الاحكام العدلية، ماده (13).

<sup>5</sup> ابن عبدالسلام: عبدالعزيز ابن عبدالسلام ابن ابی القاسم ابن حسن ، سلمی دمشقی ، عزالدین ملقب به سلطان العلماء متولد سال 577 هـ - 1181 م در دمشق و متوفی سال 660 هـ - 1262 م در قاهره مجتهد و فقیه شافعی است. از جمله تألیفات او است: 1 - التفسیر الكبير 2 - الالمام فی ادله الاحکام 3 - قواعد الشریعه 4 - الفوائد 5 - قواعد الاحکام فی اصلاح الانام 6 - ترغیب اهل الاسلام فی سکن الشام 7 - بدایه السؤل فی تفضیل الرسول 8 - الفتاوی 9 - الغایه فی اختصار النهایه 10 - الفرق بین الايمان والاسلام و دیگران. (زرکلی، الاعلام ج 4 ص 21).

<sup>6</sup> . عز ابن عبدالسلام ، قواعد الاحکام فی مصالح الانام ج 2 ص 186.

این در حال است که شرط تصریح شده مخالف عرف، مشروع بوده و وفاء به آن در حیطة توان متعاقدين بوده باشد.

مثال:

اگر اجاره گیرنده بر اجیر شرط بگذارد که تمام روز تا شام بدون خوردن و نوشیدن به او کار کند این عقد صحیح بوده و لازم است عمل کردن مطابق آن، زیرا وفاء به شرط امکان دارد و درحیطة توان اجیر است. اما اگر شرط بگذارد که یک ماه بدون خوردن و نوشیدن و یا یک ماه شب و روز بدون اینکه اجیر بخوابد، برای مستأجر کار کند، به دلیل متعذر بودن وفاء به شرط این عقد باطل است.<sup>1</sup>

4 - عرف مخالف ادله شرع نبوده باشد:

عمل کردن به عرف سبب تعطیل حکم ثابت به نص شرعی و یا سبب تعطیل اصل از اصول قطعی شریعت نشود.<sup>2</sup>

در صورتیکه عرف من جمیع الوجوه مخالف نص شرعی واقع شود قابل اعتبار نبوده و به عنوان عرف فاسد از هیچ ارزشی برخوردار نیست؛ شریعت اسلامی با نصوص و قواعد خود به دلیل فرموده خداوند جل جلاله اولین مرجع حل منازعات و مخاصمات شناخته می شود،<sup>3</sup> طوریکه می فرماید: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا).<sup>4</sup>

ترجمه: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از خدا (با پیروی از قرآن) و از پیغمبر خدا (محمد مصطفی با تمسک به سنت او) اطاعت کنید، و از کارداران و فرماندهان مسلمان خود فرمانبرداری نمائید (مادام که دادگر و حَقِّگرا بوده و مجری احکام شریعت اسلام باشند) و اگر در چیزی اختلاف داشتید (و در امری از امور کشمکش پیدا کردید) آن را به خدا (با عرضه به قرآن) و پیغمبر او (با رجوع به سنت نبوی) برگردانید (تا در پرتو قرآن و سنت، حکم آن را بدانید). چرا که خدا قرآن را نازل، و پیغمبر آن را بیان و روشن داشته است. باید چنین عمل کنید) اگر به خدا و روز رستاخیز ایمان دارید. این کار (یعنی رجوع به قرآن و سنت) برای شما بهتر و خوش فرجامتر است.

مراجعه به خداوند جل جلاله یعنی مراجعه به قرآن کریم و مراجعه به رسول یعنی مراجعه به سنت نبوی صل الله علیه وسلم ؛ مراجعه به قرآن و سنت شامل ادله دیگر نیز می گردد تبعاً.<sup>5</sup>

1. همان اثر.

2. ديب البغاء، اثر الادلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) في الفقه الاسلامي ص 281 - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 902.

3. حماده، العرف و اثره في حقوق الزوج في الفقه الاسلامي ص 16.

4. سوره نساء، آيه 59.

5. ابن عربي، احكام القرآن ص 574.

و نص نسبت به عرف از قوت و قدرت بیشتر برخوردار است؛ اگرچنین نباشد عرف ها مبدل به اساسات قانونگذاری گردیده و برهنگی و بی حجابی شایع می شود به اساس عرف.<sup>1</sup>

در صورتیکه عرف سبب تعطیل نص ثابت و یا اصل شرعی نگردد – بلکه تنزیل نص شرعی بر عرف یا توفیق در میان شان ممکن باشد، عرف معتبر و قابل احترام است.

بحث پیرامون مخالفت عرف با نصوص و ادله شریعت تفصیلات بیشتری می طلبد و مخالفت عرف با نصوص و ادله شریعت ، از نقطه نظرهای مختلف؛ از نقطه نظر اینکه عرف مخالف نص شرعی، اصل قطعی و یا مخالف ادله اجتهادی است همچنان از نقطه نظر اینکه عرف مخالف نص ، همزمان با ورود نص موجود بوده یا بعد از ورود آن بوجود آمده است و از نقطه نظر اینکه عرف لفظی است یا عملی، عام است و یا خاص منتج به نتایج متفاوت می گردد.<sup>2</sup>

در فصل سوم، بحث مخالفت عرف با دلایل شرعی، به تفصیل در مورد به بحث می پردازیم.

### فرع دوم – شرایط عرف در قانون:

رجوع قاضی به عرف مشروط به دو شرط است:

1 . عرف مورد استناد مناقض احکام قانون نباشد.

2 . عرف مذکور نباید مناقض اصول عدالت باشد.<sup>3</sup>

بر این اساس قانون اصول محاکمات مدنی افغانستان قاضی را موظف به احاطه کامل عرف دانسته است: ( قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد).<sup>4</sup>

<sup>1</sup> حماده ، العرف و اثره فی حقوق الزوج فی الفقه الاسلامی ص 16.

<sup>2</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 902.

<sup>3</sup> انسیتوت ماکس پلانک ، حقوق فامیل شیعیان افغانستان ص 15.

<sup>4</sup> وزارت عدلیه ، قانون اصول محاکمات مدنی ماده (498).

## فصل سوم

### تأملی بر ارزش عرف در شریعت و قانون

#### مبحث اول

#### عرف قولی و عملی

#### تمهید

ظاهراً مذاهب فقهی بصورت اجمال بر اعتبار عرف به معنی که تحریر کردیم اتفاق نظر دارند، درحالیکه در حدود و اندازه اعتبار آن اختلافات جزئی دیده می شود.<sup>1</sup>

امام مالک عرف را از اصول مذهب خود دانسته است و از اهل مذهب او علماء که بعداً از او آمدند نیز به او اقتدا کردند و به طریقه او رفتند و عرف را به عنوان یک اساس و اصل پذیرفتند و مسائل و احکام زیادی را در محور آن دوران دادند.<sup>2</sup>

دسوقی در کتاب خود حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر می گوید: العمل بالعرف اصل من اصول المذهب.<sup>3</sup> ترجمه: عمل به عرف اصل از اصول مذهب است. همچنان ابوبکر ابن عربی در اثناء بحث پیرامون یک مسئله علمی تصریح می کند: این امر دائر بر عرف و عادت است که اصل از اصول شریعت به شمار می رود. و در جایی دیگری می گوید: عرف در نزد ما اصل از اصول ملت و دلیل از جمله دلایل است.<sup>4</sup>

امام شاطبی در موافقات خود می گوید: العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً. عوائد جاری ضرورتاً قابل اعتبار است از نظر شریعت.<sup>5</sup>

قرافی می گوید: از مذهب ما نقل شده است که از ویژگی های آن معتبر دانستن عوائد و مصلحت مرسله و سد ذرائع است، در حالیکه در قسمت عرف چنین نیست و عرف در میان همه ای مذاهب اسلامی مشترک است، کسی که جستجو و تحقیق کند در می یابد که همه ای مذهب اسلامی به اعتبار آن تصریح کرده اند.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> . ديب البغاء، اثر الادلة المختلف فيها(مصادر التشريع التبعية) في الفقه الاسلامي ص 250.

<sup>2</sup> . ابن التمين، اعمال العرف في الاحكام و الفتاوى في المذهب المالكي ص 48.

<sup>3</sup> . دسوقی، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر ج 3 ص 404.

<sup>4</sup> . ابن عربی، احکام القرآن ج 3 صص 143 و 500.

<sup>5</sup> . شاطبی، موافقات ج 3 ص 439.

<sup>6</sup> . قرافی، شرح تنقيح الفصول ج 1 ص 448.

در مذهب حنفی اعتبار و تحکیم و اعتماد به عرف یک چیز واضح است.<sup>1</sup> طوریکه سرخسی می گوید: حکم ثابت به عرف ثابت به دلیل شرعی است.<sup>2</sup> نیز می گوید: تعامل الناس من غیر نکیر اصل فی الشرع.<sup>3</sup> ترجمه: تعامل مردم بدون انکار شان اصل است در شریعت.

ابن عابدین در رساله معروف خود (نشرالعرف، فی بناء بعض الاحکام علی العرف) می گوید: عرف دارای اعتبار شرعی است و بر همین اساس است که گاهی محور و مبنای صدور حکم قرار می گیرد.<sup>4</sup>

در مذهب شافعی<sup>5</sup> نیز عرف معتبر دانسته شده است – بگونه مثال، سیوطی در اشباه و نظائر خود می گوید: اعلم ان اعتبار العادة والعرف رجوع فی الفقه فی مسائل لا یعد کثرة.<sup>6</sup> بدانکه عرف و عادت را در مسائل زیادی که قابل شمارش نیست معتبر دانسته شده است.

چنانچه نصوص زیادی از متقدمین حنابله در تحکیم عرف موجود است که از جمله ابن قدامه می گوید: خداوند بیع را حلال کرده است و کیفیت آن را بیان ننموده است، بناء واجب است که در این قسمت به عرف رجوع کنیم.<sup>7</sup> و ابن قیم می گوید: فایاک ان تهمل قصد المتکلم و نیته و عرفه فتجنی علیه و علی الشریعة و تنسب الیها ما هی برئة منه.<sup>8</sup> بر حذر باش از اینکه قصد و نیت و عرف متکم را ندانی، در این صورت خیانتی را به او و شریعت انجام داده به آن چیزی را نسبت میدهی که از آن بیزار است.

مسلم، عرف در نظر شریعت اسلامی برای بسیاری از احکام عملی در بین مردم، در بخشهای مختلف فقه اسلامی مستند و متکی عظیم الشأن بشمار رفته و جایگاه بلند بالایی را در تولید، تجدید، تعدیل، تحدید، اطلاق و تقیید احکام شرعی دارد.

عرف، زاده ی نیازهای روزمره و جدیدی است که در نتیجه به عنوان نظام حاکم؛ معاملات بسیاری در پیرامون آن دوران پیدا کرده و از معانی و مقاصد کلام مردم پرده بر می دارد و حدود حقوق و التزامات طرفین را ترسیم کرده، قضیه مورد قضاوت و داوری را روشن می سازد.

اعتبار عرف در شریعت اسلامی سهولت زیادی را به ارمغان آورده است که سبب بی نیازی از نصوص بسیار و تفصیلی در احکام تشریعی و در عقود و معاملات می گردد.

<sup>1</sup> ابن التمین، اعمال العرف فی الاحکام و الفتاوی فی المذهب المالکی ص 68.

<sup>2</sup> سرخسی، المبسوط ج 13 ص 14.

<sup>3</sup> همان اثر، ص 77.

<sup>4</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 114 – قرضاوی، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه: بهرامی نیا، صص 381 – 382.

<sup>5</sup> امام شافعی: محمد ابن ادريس ابن عباس ابن عثمان ابن شافع هاشمی قرشی مطلبی، ابو عبدالله متولد(150ه ق – 767م) و متوفی (204 ه ق – 820م) یکی از امامان چهارگانه اهل سنت است. در غزه فلسطین تولد در حالی که دوسال داشته به مکه برده شده است و به بغداد دو مرتبه سفر کرده است و در سال (199ه ق) به مصر سفر کرده و در همانجا وفات کرده و قبر او معروف است در قاهره و تألیفات زیاد دارد که مشهورترین شان قرار ذیل است: 1 – الام در فقه. 2 – المسند در حدیث. 3 – الاحکام القرآن. 4 – السنن. 5 – الرسالة در اصول فقه. 6 – اختلاف الحدیث. 7 – السبق و الرمی. 8 – فضائل قریش. 9 – ادب القاضی و دیگران. (زرکلی، الاعلام ج 6 ص 26).

<sup>6</sup> سیوطی، الاشباه و النظائر ج 1 ص 90.

<sup>7</sup> ابن قدامه، المغنی ج 3 ص 481.

<sup>8</sup> ابن قیم، اعلام الموقعین عن رب العالمین ج 3 ص 53.

نصوص شریعت و قانون از عرف بی نیاز بوده نمی تواند، به دلیل اینکه: ممکن نیست که شریعت و قانون همه تفصیلات و احتمالات را در بر گیرد، بر علاوه اینکه بسیاری از احکام آن دو بر مبنی عرف استوار بوده و با تغییر عرف تغییر می پذیرند. در این حالت است که مرتب کردن یک حکم ثابت در آن موارد ممکن نیست؛ و نیز کمتر بابتی از باب های فقه یافت می شود که عرف در احکام آن دخالت نداشته باشد، حتی در باب جرائم و جزاها.

در جرم تجاوز بر کرامت شخص، مثلاً با دشنام دادن و اهانت، سخن و کلامی جرم محسوب می گردد و گوینده آن مستحق جزای تعزیری دانسته می شود که در عرف دشنام و اهانت باشد.<sup>1</sup>

تا جائیکه بعضی اوقات نصوص عام به عرف تخصیص یافته و نص عام به چیزی حمل می شود که عرف مقتضی آن است؛ مانند فرموده پیامبر صل الله علیه وسلم: "لاقطع الا فی ربع دینار".<sup>2</sup> یعنی در کمتر از نصف دینار قطع نیست، که در اینجا قیمت دینار تابع مقدار متعارف در میان مردم است.<sup>3</sup>

کود جزای افغانستان تصریح می کند:

1) - شخصی که به دیگری، امری را نسبت دهد که به اثر آن اعتبار یا حیثیت وی جریحه دار شود، گرچه متضمن استناد به یک واقعه معین نباشد، مرتکب جرم توهین اشخاص شناخته می شود. 2 - شخصی که دیگری را به الفاظ ناپسند و زشت مخاطب قرار دهد، مرتکب جرم دشنام، شناخته می شود.<sup>4</sup>

برای تشخیص موهن بودن و دشنام بودن آنچه که نسبت داده می شود باید به همه اوضاع و احوال توجه داشت: به عرف، عنعنات، شخصیت مخاطب، موقعیتی که چیزی به دیگری نسبت داده می شود اعم از زمان و مکان، و واژه ها یا کلماتی که به کار رفته یا نشان و نگاره ای که برای بیان، مورد استفاده قرار گرفته است، مانند کارکاتور، نقاشی یا هر چیز دیگری که حامل پیام مرتکب باشد.<sup>5</sup>

با در نظر داشت مواد فوق کود جزا افغانستان که معیار تحقق جرم دشنام را جریحه دار شدن اعتبار یا حیثیت شخص وانمود می کند؛ و جریحه دار شدن اعتبار یا حیثیت شخص به عنوان یک مفهوم نسبی از یک مکان تا مکان دیگر از یک شخص تا شخص دیگر و از یک زمان تا زمان دیگر با در نظر داشت اوضاع و احوال و عرف و عنعنات تفاوت داشته که ناگزیر برای شناخت اینکه به اثر نسبت دادن امری اعتبار یا شخصیت شخص جریحه دار شده است یا خیر؟ در پهلوی سائر موارد به عرف و عادات جامعه مراجعه کرد، تا دانسته شود که جرم دشنام تحقق پیدا کرده است تا شخص مستوجب مجازات دانسته شود یا تحقق پیدا نکرده است.

<sup>1</sup>. زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 879.

<sup>2</sup>. نیسابوری، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل الى رسول الله صل الله عليه وسلم. ج 3 صص 1312 - 1313 ح ش 1684

<sup>3</sup>. عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ج 1 ص 198.

<sup>4</sup>. وزارت عدلیه، کود جزاء ماده (678).

<sup>5</sup>. جانکی، رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزای اختصاصی افغانستان ص 136.



و نیز نفس جزای تعزیری<sup>1</sup>، شرعا به اندازه می باشد که از نظر دانشمندان و اهل نظر برای قلع و قمع جرم با در نظر داشت درجه آن کافی باشد؛ به نحو که از اندازه که جرم می خواهد زیاد نباشد که خود ظلم و جرم جداگانه محسوب می گردد و همچنان کمتر از تقاضای جرم نبوده باشد که تساهل در حقوق مردم پنداشته شده و هیبت و ترس بازدارندگی آن از بین می رود.<sup>2</sup>

### مطلب اول: عرف قولی:

دیدگاه فقه در ارتباط به عرف قولی یا لفظی و اندازه (حدود) اعتبار آن این است که، سخن هر گوینده ای بر لغت و عرف او حمل می شود، یعنی به معانی مقصود در عرف حین تکلم منصرف می گردد؛ اگر چه که معنی عرفی مخالف معانی حقیقی باشد که برای لفظ در اصل لغت وضع شده است. این بخاطری است که عرف طاری (عارضی)، بعض اوقات همین الفاظ را به معانی دیگری نقل می دهد که این معانی به عنوان حقیقت عرفی مقصود لفظ در برابر حقیقت لغوی معتبر بوده و در مقابل حقیقت لغوی ترک می گردد، در این حالت اگر کلام و سخن متکلم را به حقیقت لغوی حمل کرده شود نه به حقیقت عرفی که همان معنی لفظ است در عرف متکلم؛ بدون تردید که منجر به الزام متکلم در عقود، اقرار، حلف، طلاق و سائر تصرفات اش به چیزی می شود که قصد آن را ندارد و مردم از کلام او آن بر داشت را نمی کنند.<sup>3</sup>

از همین جا است که فقهاء قاعده فقهی (الحقیقة تترك بدلالة العادة)<sup>4</sup> را اثبات کردند و همچنان قاعده عام را که ابن عابدین به نقل از فتاوی علامه قاسم می گوید: (یحمل کلام الحالف والناذر و الموصی والواقف و کل عاقد علی نیتة و عرفه، وافقت لغة العرب و لغة الشارع اولاً)<sup>5</sup> وضع کرده اند.

بعضی اوقات می بینید که معنی لفظی در اصل لغت طلاق می باشد اما در عرف به عنوان زجر استعمال می گردد و هیچ دلالتی بر طلاق ندارد و یا بر عکس.

همچنان بعضی اوقات معنی کلامی در لغت اساساً عقد الزام آور است، اما در عرف معنی وعده غیر ملزم را برای مخاطب می رساند؛ و یا در اصل لغت معنی کلامی بیع و معاوضه می باشد اما در عرف به معنی هبه استعمال می گردد و امثال اینها از همین قبیل.

برای تثبیت احکام و التزامات بر وفق و مقتضی عرف، همیشه به معنی عرفی زمان تکلم اعتبار داده می شود؛ و به همین اساس فقهاء احکام زیادی را مقرر نموده و به همین شکل بناء نموده اند.

<sup>1</sup> تعزیر : مجازات گناهانی است که کیفر آنها معین نیست. به عبارت دیگر، مجازات جرائم است که کیفر مقدر ندارند. و تعزیرات مجموعه ای از مجازات های غیر مقدر است که از ساده ترین و سبک ترین نوع مانند نصیحت کردن و بیم دادن شروع می شود و شدید ترین نوع آن زندان و شلاق است و در جرائم بزرگ حتی به قتل منتهی می گردد. قاضی می تواند از میان آنها مجازاتی را که با جرم وسوابق و روحیات مجرم تناسب دارد، انتخاب کند. (عودة، التشریح الجنائی الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی ج 1 ص 127).

<sup>2</sup> زرقاء، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 880.

<sup>3</sup> همان اثر، ج 2 ص 880.

<sup>4</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام ص 20 ماده (40).

<sup>5</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 133.

1. اگر شخصی قسم بخورد که «قدم اش را در خانه فلانی نمی گذارد» یمین او منصرف می گردد بر معنی «دخول خانه»؛ بخاطری که همین معنی، معنی عرفی کلام فوق الذکر است، نه به مجرد «گذاشتن قدم» که معنی لغوی کلام فوق الذکر است. بناء، اگر سواره داخل خانه شود بدون اینکه قدم اش به زمین برسد در قسم خود شرعا حانت می شود و بر او كفاره واجب می گردد و اگر پای خود را از بیرون خانه دراز کند و در داخل خانه بگذارد بدون اینکه داخل خانه شود حانت نمی شود.<sup>1</sup>

2. اگر واقف در سند وقفی خود تعیین ناظر بر وقف را شرط بگذارد و معنی ناظر در عرف زمان اش متولی باشد که سرپرستی و اداره وقف از قبیل جمع آوری (فراهم آوری)، بازسازی، نفاق «مصرف کردن» را به عهده دارد بر همین معنی حمل می شود که عرف قدیم بر آن استوار است؛ و اگر معنی آن سرپرست مواظب باشد به این معنی منصرف گردیده حمل می شود، طوریکه عرف فعلی همین طور است.

همچنان اگر مالی را بر اولاد و ذریه خود وقف کند و شرط بگذارد که در آمد مال موقوفه «علی الفریضة الشرعیة - به طریقه فریضة شرعی» تقسیم و توزیع شود؛ رأی راجح فقهاء در زمینه این است که برای مذکر ورثه دوچند سهم مؤنث شان داده شود، به دلیل اینکه همین معنی، معنی عرفی کلمه «علی الفریضة الشرعیة - به طریقه فریضة شرعی» در بین مردم است که به اساس آن اراده واقف تفسیر می گردد. و مراد واقف از استعمال این کلمه همانا زیادت معروف در بین مذکر و مؤنث در میراث است؛ بناء، این تعبیر بر همین معنی عرفی آن حمل می گردد، در حالیکه نیکو و پسندیده تر در شریعت اسلامی این است که انسان در عطیه و بخشش برابری را در بین مذکر و مؤنث از اولادش در نظر بگیرد؛ بخاطریکه در توزیع غله وقف به اراده واقف اعتبار داده می شود و واجب است که کلام او را بر ترازوی لغت و عرف خودش که تعبیر از اراده محترم اش می کند گذاشته شود.<sup>2</sup>

همچنان واقف اگر دادن دانانیر و دراهیم معدود را ماهانه یا سالانه برای شخصی شرط بگذارد، و دینار و درهم در عرف زمان او بر وزن معینی باشد و بعد از آن وزن آن تغییر کند؛ به همان مقدار معین که در زمان واقف بوده است اعتبار داده می شود.<sup>3</sup>

3. در بلاد شام بیع میوه بر درختان به لفظ تضمین و ضمان منقعد می گردد؛ بخاطری که همین لفظ به معنی بیع، امروز در بین باغداران رواج داشته و معروف است. بایع می گوید: «ضمنتک» و مشتری می گوید: «ضمنت» و بیع تکمیل می گردد؛ با وجود اینکه معنی تضمین و ضمان در زبان شریعت الزام و التزام به قیمت متلفات «اموال و اشیای تلف شده» و امثال آن است.

<sup>1</sup> ابن عابدین، رد المحتار علی الدرالمختار ج 3 ص 761 - زرقاء، المدخل الفقهی العام ج 2 ص 881 - ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 114.

<sup>2</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 145 - زرقاء، المدخل الفقهی العام ج 2 ص 881.

<sup>3</sup> زرقاء، المدخل الفقهی العام، ج 2 ص 882.

همچنان فروش یک شریک حصه خود را در دابه مشترکه به لفظ مقاصره صحیح است طوریکه می گوید: «قاصرتک بکذا» در حالیکه مراد او «بعتک حصتی من هذه الدابه بکذا» است؛ و زمانیکه جانب مقال قبول کند بیع صحیح می شود، به دلیل اینکه این الفاظ عرفا از الفاظ تملیک اند.<sup>1</sup>

قانون مدنی افغانستان در زمینه تصریح می دارد: 1 - عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می گردد. 2 - ایجاب و قبول عبارت است از الفاظی که در عرف برای انشاء عقد استعمال می گردد.<sup>2</sup>

از ماده فوق الذکر قانون مدنی به وضوح دانسته می شود که برای انعقاد عقد کدام کلمات مخصوص شرط دانسته نشده بلکه هر لفظ که عرفا برای انشاء عقد استعمال می گردد به عنوان ایجاب و قبول عقد را بوجود می آورد.

4. همچنان بایع می تواند در عقد شرطی را بگذارد که او را از ضمانت عیوب برأت دهد؛ و در این هنگام مشتری نمی تواند در صورت موجودیت عیوب در مبیعه از ناحیه عیوب مبیعه به بایع مراجعه کند.

بر این اساس اگر شخصی امروز چیزی را به فروش برساند و بخاطر تبرء از عیوب در مبیعه با تعبیرات مختلف عرفی تعبیر کند؛ طوریکه چیزی را بفروشد و بگوید: «حاضر حلال» یا «کوم تراب» یا «حراق علی الزناد» یا مانند اینها از تعبیرات دیگری که مردم در این مقام به آن عادت کرده اند، برای مشتری لازم نیست که بخاطری موجودیت عیبی ظاهر یا پنهانی بر مبیع به بایع مراجعه کرده و آن را رد کند؛ به دلیل اینکه مردم با این تعبیرات براءت بایع را از عیوب مبیعه شرط می گذارند و استعمال این الفاظ در این مورد به عرف مبدل شده است.<sup>3</sup>

اگر استعمال الفاظ و تعبیرهای جدید برای طلاق دادن، در بین مردم شایع شده و به عرف شان مبدل گردد، مسلماً که با استعمال آنها طلاق واقع می گردد اگرچه که در اصل لغت مقضی وقوع طلاق نباشند مانند لفظ «علی الطلاق» که مردان آن را در این زمان در وقت اراده طلاق دادن استعمال می کنند؛ در حالیکه طلاق صفت است که بر زن واقع می گردد و در شریعت اسلامی مرد محل وقوع طلاق نیست.<sup>4</sup>

قانون مدنی افغانستان نیز در ماده 135 خویش با تاسی از نظریات فقهاء طلاق را مقید به الفاظ معینی ندانسته تصریح می دارد: طلاق عبارت است از انحلال رابطه زوجیت صحیحه در حال یا آینده، بین زوج یا زوجه، با الفاظیکه وقوع طلاق صراحتاً از آن افاده شده بتواند.

<sup>1</sup> ابن عابدین ، ردالمختار علی الدرالمختار ج 4 ص 510.

<sup>2</sup> وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 2 ماده (506).

<sup>3</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام ، ماده (343) - ابن عابدین ، الدرالمختار ج 5 ص 42 - زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 882.

<sup>4</sup> ابن عابدین ، ردالمختار علی الدرالمختار ج 3 صص 248 ، 252 - زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 882 - 883.

همچنان در فقره دوم ماده خویش بصورت آشکار بیان می کند که : طلاق به الفاظ صریحی که در عرف معنی طلاق را افاده کند، بدون نیت واقع می گردد.<sup>1</sup>

از محتوی هردو ماده فوق الذکر دانسته می شود که در اجرای طلاق طالق مقید به الفاظ و کلمات مشخص و معینی نبوده بلکه طلاق به الفاظ صریحی که معنی طلاق را افاده کند نیز واقع می گردد و در این زمینه عرف حاکم است.

از مثالهای داده شده بوضوح دانسته می شود که عرف لفظی بصورت عموم سبب پیدایش لغت جدید می گردد و همان عرف لفظی در تنزیل کلام مردم بر آن لفظ و تحدید آنچه که بر تصرفات قولی شان به اساس معانی عرفی، از حقوق و واجبات مرتب می شود معتبر می باشد.

و لغت عامیانه در مکان و محلی، از همین قبیل است و کلام مردم را در هر محل بر معانی معتبر و متعارف در میان شان حمل کرده می شود که یک محل تا محل دیگر در این زمینه تفاوت دارد و به این اساس در هر محل عرف خاص همان محل قابل رعایت و مدار اعتبار است.

به یقین ، آنچه را که روشهای عامیانه بیانی از عقد، تعلیق، تنجیز، اذن، اجازه و غیر آن افاده می کند، همان معتبر است اگرچه که مخالف قواعد فصیح لغت عربی نحوی باشد.<sup>2</sup>

### مطلب دوم: عرف عملی:

در صورتیکه به نصوص فقهاء نظر انداخته شود آشکار می گردد که عرف عملی در ساحه افعال عادی و معاملات مدنی در فرض کردن احکام و مقید نمودن آثار عقود و تحدید التزامات بر وفق متعارف سیادت مطلق و تام داشته و این سیادت تا جائی است که عرف با شریعت برخورد نکند.<sup>3</sup>

اینجا است که عرف بعنوان مرجع و منبع احکام شرعی اعتبار داشته و بعنوان دلیل شرعی تا جائیکه به غیر از آن دلیل شرعی دیگری از نصوص تشریحی اساسی وجود نداشته باشد معتبر دانسته می شود.<sup>4</sup>

امام سرخسی می گوید: بدون تردید؛ حکم ثابت به اساس عرف ثابت به دلیل شرعی است.<sup>5</sup>

ابن عابدین به نقل از بیری در شرح اشباه و نظائر ابن نجیم می گوید: حکم ثابت به اساس عرف ثابت به دلیل شرعی است.<sup>6</sup>

و ماده 45 مجله الاحکام نیز به همین معنی آمده است طوریکه تصریح می دارد: التعیین بالعرف کالتعیین بالنص.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 1 مواد (135 ، 139).

<sup>2</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 صص 137 - 138 - زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 883.

<sup>3</sup> زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 883.

<sup>4</sup> همان اثر ، ج 2 ص 884.

<sup>5</sup> سرخسی ، المبسوط ج 13 ص 14.

<sup>6</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 115.

قبلا به عرض رسانیدم که عرف عملی بدو بخش تقسیم می گردد:

## 1 - عرف افعال عادی زندگی. 2 - عرف معاملات مدنی .

در این قسمت مجموعه از احکام را که فقه اسلامی بر این نوع عرف (عرف عملی - 1 - عرف افعال عادی زندگی 2 - عرف معاملات مدنی ) بناء نموده که بازتاب دهنده ارزش آن است به بحث و بررسی می گیریم.

### 1 - عرف افعال عادی :

افعال عادی اگرچه که افعال شخصی زندگی بوده و از قبیل معاملات و روابط مدنی حقوقی نیست ؛ زمانیکه مردم به آن تعارف پیدا کنند و زندگی شان به اساس آن جریان پیدا کند تأثیر قابل ملاحظه در توجیه احکام معاملات مدنی مرتبط به این افعال تا حدیکه منطبق با مقاصد عرفی باشد دارد.<sup>2</sup>

از مثالهای ارزش عرف افعال عادی و تأثیر آن در احکام و تصرفات و عقود در فقه اسلامی مسائل ذیل است:

1 . در صورتیکه مردم به خوردن گوشت گوسفند عادت داشته باشند و کسی از ایشان قسم بخورد که «گوشت نمی خورد» یمین او منصرف به گوشت می شود که مردم به خوردن آن در میان شان عادت عادت دارند نه به غیر آن. پس اگر گوشت گاو، شتر یا ماهی را بخورد حانث نشده و بر او کفاره یمین لازم نمی گردد در حالیکه گوشت گاو، شتر و ماهی در لغت حالف گوشت گفته می شود.

همچنان اگر شخصی قسم بخورد که «سوار نمی شود بر حیوان» با سوار شدن بر هر حیوانی و یا انسان حانث نمی شود؛ اگرچه که انسان را نیز لفظ حیوان شامل می شود - فقط با سوار شدن به حیوانی که سوار شدن آن معتاد است حانث می شود.<sup>3</sup>

و علت فقهی در این مورد و امثال این است که عرف عملی لفظ مطلق را مقید ساخته و یمین (قسم) رابه عمل معتاد منصرف می سازد، مانند عرف لفظی؛ بخاطر قاعده فقهی که می گوید: « العادة محكمة».<sup>4</sup> عرف شرعا حاکمیت داشته و احکام تصرفات بر وفق آن دوران دارد ؛ بناء احکام تصرفات مطابق مقتضی عرف و عادت ثابت می شود.<sup>5</sup>

محکمة به معنی اینکه در هنگام نزاع منحیث مرجع حل تنازع به عرف نگریسته می شود. این ماده را مجلة الاحکام واضح ساخته تصریح می دارد که «عادت عام باشد و یا خاص بعنوان حکم برای اثبات حکم شرعی کاربرد دارد»؛ و عرف و عادات تا اندازه برای اثبات حکم شرعی کاربرد دارد که نص

<sup>1</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدلية ماده (45).

<sup>2</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 884.

<sup>3</sup> زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 885 - 885 - ابن عابدين ، رد المحتار على الدرالمختار ج 3 صص 771 - 772.

<sup>4</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، المجلة الاحكام العدلية ، ماده (36).

<sup>5</sup> ابن عابدين ، رد المحتار على الدرالمختار ج 3 صص 768 ، 772 - 773 - زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 885.

شرعی در مورد حکم که اثبات آن مراد است در شریعت اسلامی موجود نباشد؛ و اگر در زمینه نص شرعی وجود داشته باشد به موجب آن نص شرعی عمل کرده می شود و ترک نص و عمل به عادت در این هنگام مجاز نیست؛ بخاطریکه انسانها حق تغییر نصوص شرعی را نداشته و نص شرعی نسبت به عرف قویتر بوده و قابل ترجیح است و بخاطر عمل کردن به ضعیف قوی را ترک کرده نمی شود.

در زمینه امام ابویوسف رحمه الله می گوید: وقتیکه عرف و نص در تعارض واقع شوند دیده شود که بر مبنی عرف و عادت استوار است یا خیر؟ اگر نص مبتنی بر عرف و عادت بود نص را ترک کرده و عرف را ترجیح داده می شود و اگر نص، مستند به عرف و عادت نبوده باشد به نص عمل کرده می شود و عادت اعتبار ندارد؛ باید دقت کرد که نظر امام ابویوسف ترک نص و عمل به عرف و عادت نیست بلکه نص بدون کدام تردیدی مقدم بر عرف و عادت است حتی نص که از سوی مردم صادر می گردد، بلکه نظر ایشان بمتابۀ تأویل نص است.<sup>1</sup>

2. اگر شخصی کسی را به خرید گوشت، نان یا پارچه ولباسی وکیل تعیین کرد؛ عقد وکالت به آن نوع گوشت و نان و پارچه و لباسی مقید می باشد که خوردن و پوشیدن آن در بین مردم معتاد و متعارف است؛ پس اگر نوعی غیر متعارف و معتاد را خریداری کند، این خرید به مؤکل برنگشته بلکه مربوط وکیل شده و وکیل ملزم به وجائب آن می باشد.<sup>2</sup>

3. در فقه حنفی نفقه زوجه بر زوج به اندازه که در بین امثال زوجین متعارف و معتاد است با در نظر داشت حالات هر دو (زوجین) از نظر توانگری و تنگدستی واجب می باشد؛ اگر از خانواده متوسط باشند نفقه اوسط و اگر ثروتمند باشند نفقه اعلی و اگر فقیر باشند نفقه ادنی؛ در این حالت می بینیم عرف مردم است که نفقه واجب بر زوج را محدد و معین نموده است.<sup>3</sup>

همچنان قانون مدنی افغانستان نفقه زوجه را متناسب به توان مالی زوج و مشروط به اینکه از حد اقل کفاف زوجه کمتر نباشد و زیادت و تنقیص نفقه را تابع توان مالی زوج و تغییر قیمت اشیاء در محل دانسته است، طوریکه می فرماید:

ماده 118 ق.م.ا: «نفقه زوجه مشتمل است بر طعام، لباس، مسکن و تداوی متناسب به توان مالی زوج».

ماده 123 ق.م.ا: «نفقه زوجه مطابق بتوان مالی زوج تأمین می گردد، مشروط بر اینکه نفقه از حد اقل کفاف زوجه کمتر نباشد».

ماده 124 ق.م.ا: «زیاد و تنقیص نفقه تابع تحول توان مالی زوج و تغییر قیمت اشیاء در محل می باشد...»

<sup>1</sup> افندی ، درر الحکام فی شرح مجلة الاحکام ج 1 صص 44 – 45.

<sup>2</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ج 2 ص 115.

<sup>3</sup> قدری باشا ، الاحکام الشرعية فی الاحوال الشخصية مواد 173 ، 181 ، 184 – زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 885 – 886.

که اندازه و چگونگی پرداخت نفقه به اساس عرف تعیین می گردد و بدون در نظر داشت عرف توان مالی زوج و حد اقل کفاف زوجه را هم نمی توانیم معلوم و معین کنیم.<sup>1</sup>

4. همچنان اگر شخصی دابه (مرکب) را بدون اینکه مقدار حمل را به صراحت و یا اشاره تعیین کند به اجاره گرفت، در تعیین مقدار حمل به عرف و عادت مراجعه صورت می گیرد؛ یعنی اگر نوع حمل را تعیین کرد اما مقدار آن را به صراحت و یا به اشاره تعیین نکرد به نحو که گفت (میخواهم که در مرکب شما فلانی چیز را حمل کنم). در این صورت است که در تعیین مقدار حمل به عرف مراجعه می شود که در عرف بر مانند این مرکب چه مقدار بار حمل می شود؛ پس اگر مقدار را که عادتاً بر همچو مرکب حمل می شود بر دابه مستأجره بار کرد و تلف شد شخص مستأجر ضامن نیست و برای مستأجر جائز نیست که بیشتر از توان مرکب بر او بار کند و نیز در صورت عدم تعیین نوع حمل نباید که اشیاء ثقیل مانند آهن و سنگ را بر او بار کند مگر اینکه مؤجر اجازه داده باشد؛ اما اگر چنین نکرد، در صورت تلف شدن دابه (مرکب) مستأجره ضامن بوده و متعدی محسوب می شود.<sup>2</sup>

5. از لوازمات اجاره عقار، معین و مشخص نمودن منفعتی که به آن منظور عقار به اجاره گرفته می شود تا اندازه ای است که نزاع را قطع کند.

بر علاوه این، به اجاره گرفتن دکان و خانه بدون اینکه تعیین و بیان کند که برای چه منفعتی به اجاره می گیرد صحیح است و در کیفیت استعمال مستأجره به عرف مراجعه می شود.

در خانه که بدون نوع استفاده از آن به اجاره گرفته شده است مستأجر می تواند که شخصاً در آن سکونت کند و می تواند که کسی دیگر را در آن ساکن نماید و نیز می تواند که در آن اشیای خود را بگذارد و در آن هر کاری را کرده می تواند که به بناء ضرر نرساند؛ بناء نمی تواند در آن عملی را انجام دهد که به بناء ضرر وارد کند مگر به اجازه صاحب خانه؛ و در قسمت نگهداری حیوانات و کیفیت استفاده از آن عرف و عادت محل و منطقه معتبر است و به همین شکل است اجاره دکان.

اگر تعیین کیفیت استعمال در عرف ممکن نباشد واجب است که در عقد آن را واضح سازد؛ مانند اجاره زمین زراعتی، که در اجاره آن مشخص نمودن منظوری که به آن منظور زمین به اجاره گرفته می شود و یا تصریح این امر که مستأجر می تواند هرچه را که بخواهد در آن زرع کند شرط است؛ این بخاطری است که انواع مختلف مزروعات از نظر نفع و ضرر تأثیرات مختلف در زمین مستأجره دارند.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>. وزارت عدلیه، قانون مدنی ج 1 مواد (118، 123 و 124).

<sup>2</sup>. لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام العدلية، ماده (55) - افندی، درر الحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 صص 638 - 639 - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 886.

<sup>3</sup>. لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام، مواد (527، 528، 124) - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 886.

در این جا فقهاء به تحکیم عرف و عادت مراجعه نمی کنند، بخاطری اینکه مردم در زمین انواع مختلف اشیای قابل زرع را کشت می کنند ولکن تمایل اجاره دهندگان و اجرت ها به انواع مختلف اشیای قابل زرع (مزروعات) به اساس تأثیر که در زمین مورد نظر دارند متفاوت است.<sup>1</sup>

6. برای هیچ یگی از صاحبات حق و همسایگان شرعا جائز نیست که از حق خود تجاوز کرده و دیگران را متضرر نماید؛ ولی اگر چنین کرد ضامن پنداشته می شود و مقیاس و معیار تجاوز و عدم تجاوز فقط عرف و عادت است.

7. همچنین برای عاریت گیرنده جائز نیست که در کیفیت استفاده از عین عاریت گرفته شده از حدود معتاد و متعارف تجاوز کند؛ اگر چنین کرد، در صورتیکه هلاک و یا متضرر شود ضامن می باشد علی رغم اینکه در اصل، عاریت در نزد عاریت گیرنده حیثیت امانت را داشته و قابل ضمان - غیر مضمون - نمی باشد؛ این بخاطری است که مستعیر با تجاوز از حدود معتاد در استعمال از عین عاریت گرفته شده عادتاً و عرفاً متعدی محسوب می گردد.

8. مقتضی عقد ودیعت این است که ودیعت گیرنده، شخصا طوری به حفاظت شی به ودیعت گذاشته شده توجه نماید که عرفاً به حفاظت امثال آن از مال خودش توجه می نماید و آن را نزد اشخاص دیگری به ودیعت نگذارد؛ این بخاطری است که ودیعت استوار بر اعتماد به شخص ودیعت گیرنده است.

بناء، استثناء، فقهاء برای ودیعت گیرنده مجاز دانسته اند که شی به ودیعت گذاشته شده را توسط اشخاص که تحت سرپرستی اش قرار دارد مانند خانم، فرزند کلان و اجیر دائمی خود نگهداری کند بخاطری که ودیعت گیرنده به همکاری آنها نیاز داشته و عرفاً با استعانت از آنها در نگهداری شی به ودیعت گذاشته شده مقصر محسوب نمی گردد و در صورت تلف شدن و به سرقت رفتن آن در این حالت ضامن نمی باشد؛ به شرط اینکه در نزد شخصی که امثال آن از مال خودش را در نزد او برای نگهداری می گذارد گذاشته باشد؛ مثلاً اسپ به ودیعت گذاشته شده در نزد خادم اش نگهداری می شود و گردن بند قیمتی در نزد خانم اش نگهداری می شود، اگر گردن بند قیمتی را در نزد خادم اش نگهداری کند در صورت تلف و یا سرقت عرفاً به عنوان مقصر براو ضمان واجب می گردد؛ لازم است که شی به ودیعت گذاشته شده مانند امثال اش حفظ و نگهداری شود، بر این اساس حفظ اموال از قبیل نفود و جواهرات در محلات مانند طبیله و کاه خانه تقصیر در حفظ محاسبه گردیده در صورت هلاک و ضیاع، شخص ودیعت گیرنده ضامن شناخته می شود.<sup>2</sup>

مثال های داده شده فوق از ابواب مختلف فقهی بصورت واضح اندازه و چگونگی ارزش عرف افعال عادی (خوردن، نوشیدن، پوشیدن، حفظ و انتفاع و ...) را بازتاب داده و می رساند که چگونه با آن می توان عقود را مقید نموده و حدود التزامات را تحدید و ضمانات را در روابط اجتماعی بوجود می آورد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهی العام ج 2 ص 886.

<sup>2</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهی العام ج 2 صص 886 ، 887 - لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام ، مواد (780 ، 781 ، 782).

<sup>3</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهی العام ج 1 ص 88.



ب : عرف معاملات مدنی :

عرف معاملات مدنی در قسمت اثبات و انتفاء حقوق از ارزش ویژه برخوردار بوده و حیثیت عبارت موجد حق و شروط صریح جاز در عقد را دارد؛ به همین خاطر است که متعاقبین برای در نظر گرفتن عرف بسا موارد را در عقد تصریح نمی کنند و به عرف واگذار می کنند بلکه احکام برخی نصوص شرعی از سنت نبوی نیز به عرف استناد داشته که بطور نمونه بعدا ذکر می گردد.

بر همین اساس است که قاعده (التعین بالعرف کالتعین بالنص)<sup>1</sup> و قاعده (المعروف عرفا کالمشروط شرطاً)<sup>2</sup> وضع گردیده و در عین حال فقهاء نیز احکام زیادی را بر عرف بناء نموده اند و در بسا ابواب و فصول فقهی احکام تفصیلی را بر عرف معاملات مدنی محول کرده اند که در قسمت مثالها این امر بوضوح روشن و آشکار می گردد.

از مثال های عرف عملی مسائل ذیل اند:

1 . فقهاء می گویند: برای شخصی که به خانه دوست اش است خوردن چیزهای که در پیش رویش قرار دارد جاز بوده و نیز استفاده از ظروف و وسائل که برای نوشیدن و یا دیگر مقاصد گذاشته شده بدون اجازه صاحب خانه برایش مجاز بوده و کدام اشکالی ندارد؛ این امور عرفا برایش مباح است. بناء در نتیجه اگر ظروف در اثناء استعمال شکست یا با آفات سماوی تلف شد شخص مذکور شرعا ضامن نمی باشد طوریکه غاصب ضامن می باشد؛ این بخاطری است که در عمل خود متعدی محسوب نمی شود.<sup>3</sup>

همچنان فقهاء گفته اند: خوردن میوه های افتاده از درختان در باغها، بدون اجازه صاحب باغ جاز است؛ البته این در صورتی است که میوه افتاده از درخت از جمله میوه های باشد که اگر باقی بماند بزود ترین فرصت فاسد می گردد، این بخاطری است که عرف بر اباحت آن حکم می کند و در نتیجه در صورت خوردن آن شخص ضامن شمرده نمی شود مگر اینکه صاحب باغ از میوه های افتاده در باغ منع کرده باشد و یا صاحب باغ در پی چیدن و جمع آوری آن باشد؛ در این حالت اجازه گرفتن از صاحب باغ لازمی است.

در دو مورد فوق الذکر عرف بر اباحت مال وارد آمده است و ضامن را نفی می کند.

2 . در سنت نبی کریم صل الله علیه وسلم در مورد دختران جوان باکره بالغ که ولی شان از آنها در ارتباط به عقد نکاح شان اجازه بخواهد آمده است: (اذنها صماتها)<sup>4</sup> یعنی سکوت شان از رد و یا تأیید اجازه و توکیل شمرده شده، بناء تزویج که بر مبنی اجازه بنا می شود بر سکوت نیز رجعت داده می شود.

<sup>1</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام، ماده (45).

<sup>2</sup> همان اثر، ماده (43).

<sup>3</sup> زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 88.

<sup>4</sup> بخاری، صحيح البخاری ج 9 ص 26 ح ش 6971.

برخی از علماء علت حکم فوق را دلالت عرف می دانند؛ به دلیل اینکه در اظهار رغبت و تمایل، بر دختران جوان باکره عادتاً شرم غالب و چیره است در حالیکه در اظهار عدم رضایت و رد و منع خجالت نمی کشند و آن ابراز می کنند.

موضوع عرف در اینجا عمل عادی زندگی نیست، بلکه معامله مدنی است که او اجازه به تزویج است، و نص شرعی محقق و ثابت دانسته است عقد وکالت را به سکوت بر اساس همین عرف مدنی.

و قانون مدنی افغانستان تصریح می دارد: سکوت در موردی که محتاج به بیان است قبول پنداشته می شود.<sup>1</sup>

3. عقود تعاطی نیز از همین دسته است و فقهاء در مورد تصریح می دارند: عقود معاوضوی مالی با قبض و دفع، بدون ایجاب و قبول لفظی منعقد می گردد: اگر خریدار از صاحب مال قیمت مال را پرسان کند و او برایش قیمت آن را بیان کند یا اینکه قیمت مال در بالایش نوشته شده بود و قیمت آن را تأدیه و مال را گرفت و رفت و هر دوی شان ساکت بودند؛ بیع شرعاً در میان شان منعقد شده است. استناد فقهاء در این امر همانا عرف عام است که عادتاً مردم قبض را بعد از معرفت قیمت، در تعبیر از اراده مانند ایجاب و قبول می دانند.<sup>2</sup>

4. در صورت سکوت عاقدین از بیان التزامات تبعی ناشی از عقد معاوضوی از قبیل اجرت دلال، اجرت نوشتن قبالة، اجرت انتقال و بیرون کردن مبیعه از محل که به ودیعت گذاشته شده، اجرت اندازه کردن و وزن نمودن آن برای تسلیمی و مصارف وزن و انتقال دادن ثمن در صورت که از جمله اشیای باشد که نیاز به مصارف دارد و اجرت قطع میوه های فروخته شده بر درختان ... در قدم نخست در همه این موارد عرف حاکم است و عرف هر کدام را که ملزم دانست ملزم شناخته می شود.

اما در صورتیکه در زمینه عرف موجود نباشد، به ضابطه مراجعه می شود که در مورد وضع شده است: بایع برای اجرای اعمالیکه برای انتقال و تسلیمی ملکیت مبیعه ضروری پنداشته شود و همچنان به اجتناب از اعمالیکه انتقال ملکیت مبیعه را ناممکن گرداند مکلف می باشد؛ و نیز مشتری به اجرای اعمالیکه برای انتقال و تسلیمی ثمن ضروری باشد مکلف می باشد.

در قدم اول در توزیع این وجائب (التزامات) نسبت به آن ضابطه فقهی، تطبیق موجبات عرف را بر طرفین معتبر دانسته شده است.<sup>3</sup>

در حالیکه در قانون مدنی افغانستان به اساس مواد (1075 ، 1108) که تصریح می دارند:

ماده 1075 ق م ا: بایع به اجرای اعمالیکه برای انتقال ملکیت مبیعه ضروری پنداشته شود و همچنان به اجتناب از اعمالیکه انتقال ملکیت مبیعه را ناممکن گرداند مکلف می باشد.

<sup>1</sup>. قانون مدنی ، ج 2 ماده (525).

<sup>2</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج2 ص 88 – 889.

<sup>3</sup>. افندی ، درالحکام فی شرح مجلة الاحکام ج 1 صص 271-272 مواد 288-289 – زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 890.

ماده 1108 ق م ا: مشتری به پرداختن ثمن موافقه شده و مصارف آن مطابق به شرایط عقد مکلف می باشد.<sup>1</sup>

بایع را مکلف به پرداخت مصارف ساخته است که برای انتقال و تسلیمی مبیعه ضروری باشد و مشتری را به پرداخت مصارفی مکلف دانسته است که تسلیمی ثمن ایجاب می کند؛ که با در نظر داشت ماده اول قانون مدنی افغانستان که تصریح می دارد:

ماده 1 ق م ا: 1 - در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد. 2 - در مواردیکه که حکم قانون موجود نباشد، محکمه مطابق به اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام حکم صادر می نماید؛ که عدالت را به بهترین وجه ممکن آن تأمین نماید.<sup>2</sup>

محاکم مکلف اند حکم قانون را تطبیق نمایند و از مراجعه به عرف و اجتهاد جلوگیری کنند، البته در موارد که حکم قانون وجود داشته باشد و تطبیق موجبات مواد فوق الذکر را نسبت به عرف بر طرفین اعتبار داده می شود.

بوضوح دانسته می شود که در ارتباط به تسلیمی مبیعه و ثمن از سوی بایع و مشتری، نسبت به عرف به ضابطه متذکره فقهی حق اولویت داده شده است و محکمه و قاضی با موجودیت نص صریح قانون به اجتهاد و عرف مراجعه کرده نمی تواند.

5. در باب شمول مبیع، فقهاء قاعده را وضع کرده اند اینکه: هر آنچه که در عرف تابع مبیع دانسته می شود بدون اینکه ذکر شود در بیع داخل گردیده و مشتری بدون ثمن اضافی مستحق آن دانسته می شود. مثلاً در بیع شتر و اسب ریسمان شان در بیع داخل می شود بخاطر تعارف مردم بر این امر، در فروش حیوانات که نیاز به ریسمان دارند؛ برعکس مرکب و گوسفند، که در بیع، ریسمان شان داخل نمی شود مگر اینکه در عقد ذکر شود؛ اما گردن بند مرکب در بیع داخل می شود.

توابع مبیعه که متصل باشد به مبیعه به اتصال قرار به تبع مبیعه در بیع داخل می شود؛ مثلاً اگر خانه ای فروخته شد قفلهای نصب شده در آن در بیع داخل می شوند، همچنان سرسبزی که در داخل حدود خانه است و نیز راه که خانه را به راه عام وصل می کند و به همین ترتیب در بیع صحن (عرصه) درختان که در آن برای دائم (برای بقاء) غرس شده اند در بیع داخل می شوند؛ به دلیل اینکه این همه از مبیعه جدا نبوده و بدون اینکه ذکر شوند در بیع داخل می شوند.

اتصال قرار - گذاشتن شی است در جایی، به شکل که از آن جای جدا نباشد؛ با در نظر داشت این تعریف درخت در بیع زمین داخل می شود، بخاطری که درختان به اتصال قرار در زمین متصل اند؛ و اگر اشیائی باشد که به اتصال قرار در زمین متصل نباشد مانند زراعت در زمین، در بیع داخل نشده و حیثیت متاع را دارد و همین قسم است میوه در سر درخت اگرچه که متصل به درخت است اما به اتصال قرار متصل نیست پس در بیع درخت داخل نمی شود؛ در نتیجه زراعت در زمین و میوه در

<sup>1</sup>. قانون مدنی افغانستان، ج 2 مواد (1075، 1108).

<sup>2</sup>. همان، ج 1 ماده (1).

درخت در حکم متاع است؛ ولی حمل حیوان حامل در بیع داخل می شود در حالیکه اتصال حمل به حیوان اتصال قرار نیست و مناسب است که در بیع داخل نشود، اما از آنجائیکه جدا کردن حمل از حیوان خارج از قدرت بشر است و به قدرت خداوند بزرگ از حیوان منفصل می شود، بناء از توابع متصل به مبیعه شمرده شده و منحیث جزء مبیعه، واجب است که از آن پیروی کند.<sup>1</sup>

در فروش خانه کلیدهای خانه و در فروش بایسکیل پمپ و کلیدهای بایسکیل که برای باز کردن اجزاء آن بکاربرده می شود و نیز بکس وسائل که بر بایسکیل معلق است عرفاً در بیع داخل می شود؛ ولی چراغ بایسکیل بخاطر عدم موجودیت عرف بدون ذکر در بیع داخل نمی شود. همچنان در فروش موتر در مورد اینکه کدام اشیاء تبعاً در بیع داخل می شود یا نمی شود عرف حاکم است.<sup>2</sup>

6. در شریعت اسلامی از جمله شرایط صحت بیع معلوم بودن ثمن مبیعه است یعنی معین و مشخص نمودن نوع و قدر ثمن با تعیین کردن ذات آن در صورتیکه حاضر باشد با اشاره نمودن به آن. اما فقهاء تصریح کردند بر اینکه اگر بیع به مبلغ معینی از دراهیم و دنانیر واقع شد بدون اینکه نوع آن بیان شود و نیز در محل انواع مختلف از دراهیم و دنانیر که در قیمت و رواج متفاوت باشند موجود باشد، پس عقد به حکم عرف به همان نوع مروج آن منصرف می گردد و طرفین عقد ملزم به آن می باشند. ولی در صورتیکه همه ای شان مروج بوده و در رواج برابر باشند در این حالت است که بیع فاسد بوده و شائسته فسخ می باشد.<sup>3</sup>

این بخاطری است که مفضی و منجر به منازعه می شود – بایع قیمتی شان را مطالبه می کند و مشتری به کم قیمت آن تمسک می جوید؛ بخاطری که همه شان در رواج مساوی اند عرف هم موجود نمی باشد که برای رفع نزاع به آن مراجعه شود.<sup>4</sup>

7. اجرت شی به اجاره گرفته شده به کیفیت تأدیه می گردد که طرفین عقد به آن توافق کرده اند و تابع توافق و شرط متعاقدین می باشد، ولی اگر شرطی از جانب طرفین عقد در قسمت کیفیت دفع اجرت از سوی مستأجر گذاشته نشده باشد و وجود نداشت به عرف مراجعه می شود و در تعجیل و تأجیل و تقسیط پرداخت آن عرف حاکم می باشد.<sup>5</sup>

به تأسی از نظریات فقهاء، قانون مدنی افغانستان نیز اجاره گیرنده را مکلف به پرداخت اجرت معینه در مواعد که به آن توافق صورت گرفته است می کند و در صورت عدم توافق در زمینه کیفیت پرداخت اجرت عرف محل را معتبر می داند، طوری که تصریح می دارد:

<sup>1</sup> افندی، درر الحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 صص 210 - 211 - لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام، ماده (232) - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 890.

<sup>2</sup> زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 890 - 891.

<sup>3</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام، ماده (240) - افندی، درر الحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 220.

<sup>4</sup> زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 891.

<sup>5</sup> همان اثر، ج 2 ص 892.

ماده 1373 - ق.م.ا: اجاره گیرنده مکلف است اجرت معینه را در مواعید که به آن موافقه به عمل آمده بپردازد. در صورت عدم موافقه قبلی به عرف محل در مورد زمان پرداخت، اعتبار داده می شود.<sup>1</sup>

8. اگر پدری در وقت به ازدواج دادن دخترش چیز های را از مال خود به عنوان جهز به دختر اش داد، بعدا در میان پدر و دختر در مورد اشیاء داده شده به دختر اختلاف رونما شد و پدر گفت: آنها را به عاریت داده و می تواند که دوباه استرداد کند و دختر گفت: برایش تملیک شده است و پدرش حق استرداد آن را ندارد و به همین شکل اگر دختر وفات کرد و در زمینه بین پدر و شوهر دختر بخاطر سهم میراثی اش اختلاف بوجود آمد، رأی و نظر ثابت در این مقام همانا تحکیم عرف است و به عرف مردم و حالت پدر از نظر وجاهت و عدم وجاهت او دیده می شود - اگر عرف مستمر و شایع طوری بود که مانند همین پدر مثل همین جهز را عادتا بر سبیل تملیک به دخترش می دهد، پس سخن دختر درست است در صورتیکه زنده باشد یا از شوهر دختر در صورت که او فوت کرده باشد؛ ولی اگر عادات جاری در میان مردم طوری باشد که همچون پدر مانند همین جهز را برای دختر خود تملیک نمی کند، پس سخن پدر درست بوده و عاریت محسوب می گردد.<sup>2</sup>

9. در قسمت نامه، صکوک و قبالة جات فقهاء تصریح کرده اند: برای اینکه آنها معتبر و مانند نطق به زبان باشد واجب است که مطابق عرف و عادت نوشته شود یعنی مستبیین و مرسوم بوده باشد.

مستبیین باشد، به این معنی - بر چیزی نوشته شود که نوشته بر آن ظاهر شده و قابل دید باشد، بناء نوشتن با انگشت دست بر هوا، آب یا دیوار اعتبار ندارد و تصرفی به سبب آن منعقد نمی شود و غیر مستبیین مانند نوشتن بر آب که حکم آن مانند حکم کلام ناشینده شده است و بر نویسنده آن کدام اثری مرتب نمی شود.

مرسوم باشد، به این معنی - موافق رسم و رواج معروف و معتاد در بین مردم نوشته شده باشد.

غیر مرسوم به این معنی - موافق رسم و رواج معروف و معتاد در بین مردم نوشته شده نباشد.

مستبیین و مرسوم، به این معنی که خط آن خوانده شود و موافق عادات و رسوم مردم بوده عنوان داشته باشد.

پس نامه های نوشته شده امروزی برای اینکه معتبر باشد واجب است که بر کاغذ نوشته شده، عنوان داشته و صادر شده باشد به بیان اسم مرسل (فرستنده) و مرسل الیه (فرستاده شده) به این شیوه: از طرف فلان ولد فلان برای فلان و لد فلان و در ختم آن از سوی مرسل (فرستنده) تاپه یا امضاء شده باشد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قانون مدنی افغانستان، ج 3 ماده (1373).

<sup>2</sup> ابن عابدین، رسائل ابن عابدین ج 2 صص 134 - 135 - ابن نجیم، الاشباه و النظائر ج 1 صص 85 - 86.

<sup>3</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، المجلة الاحكام، ماده (69) - افندی، درالحکم فی شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 68 - 69 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار ج 5 ص 600.

بناء امروز، کتابت بر استخوان، پوست و برگ درخت اعتبار ندارد؛ همچنان در صورتیکه به کاغذ نوشته شده باشد و بدون عنوان باشد به آن اعتبار داده نمی شود زیرا در این صورت نامه غیر مرسوم پنداشته می شود.<sup>1</sup>

زرقاء می گوید: در عرف امروز نیاز به صادر کردن نامه به اسم مرسل (فرستنده) نیست، کفایت می کند که به اسم مرسل الیه (فرستاده شده به او) صادر و در پایان آن مرسل (فرستنده) امضاء کند.

از عرف های امروزی این است که در تحریر صکوک (چیک ها) فقط به امضاء شخصی که به او ربط می گیرد در پای آن اکتفاء می شود، بدون اینکه امضاء کننده به مهتوی چیک اقرار و اعتراف کند؛ بلکه نفس امضاء او بر چیک عقد را در بین او و شخص دیگر به اثبات می رساند (موجودیت عقدی را در بین او و شخص دیگر تضمین می کند) یا تصرفی از تصرفات را که به اراده واحد بوجود می آید مانند طلاق، وصیت، وقف به اثبات می رساند و بعنوان اقرار خطی امضاء کننده، به مهتوی و مضمون آن اعتبار داده می شود.<sup>2</sup>

در نتیجه رساله و نامه که بر وجه متعارف در بین مردم نوشته شود حجت بوده و مانند نطق به زبان به آن اعتبار داده می شود. پس اگر امروز نوشتن به کامپیوتر و یا تلفون و فرستادن آن از طریق ایمل و پیام رواج داشته و معمول بوده باشد بدون تردید که به عنوان حجت با آن معامله می شود.

10. بیع مطلقیکه در آن از تعجیل و یا تأجیل ثمن زکری بعمل نیامده باشد، ثمن آن بصورت معجل پرداخته می شود، مگر اینکه عرف به خلاف آن حکم کند.<sup>3</sup>

موارد ذکر شده، مثال های از عرف های معتبری اند که بر آنها احکام شرعی مرتب می گردد؛ اما آنچه که ذکر شد همه موارد عرف های مدنی نیست که در معاملات مؤثر است، بلکه به عنوان نمونه از بخشهای مختلف فقه اسلامی مثال های را از تأثیر عرف مدنی در معاملات آورده شد تا اینکه دلیل باشد بر اینکه عرف در معاملات مدنی از حاکمیت و تأثیر قابل ملاحظه ای برخوردار بوده و جایگاهی ویژه ای دارد.

### مطلب سوم: بنای احکام و فتاوی بر عرف:

بدون تردید که مقصد بزرگ شریعت اسلامی حفظ مصالح مردم و دفع مفسد از آنها است؛ به همین خاطر؛ به همین خاطر، عرف را که بخاطر نیازشان مردم به آن خو گرفته اند را در نظر گرفته است، ولی در رعایت آن ضوابط را در نظر داشته و حدود اعتبار و مجالات آن را تعیین کرده است تا اینکه با خواهشات نفسانی در هم نیامیزد.<sup>4</sup>

1. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 893.

2. همان اثر، ج 2 ص 893.

3. وزارت عدلیه ، قانون مدنی ج 3 ماده (1066).

4. ابن التمین ، اعمال العرف فی الاحکام و الفتاوی فی المذهب المالکی ص 113.

چون که قاضی و مفتی در تحکیم و تبیین حکم شریعت در مقام شارع قرار دارند و مردم در قضایا و منازعات شان به ایشان مراجعه می کنند بعد از فراگیری علم شرعی از مهمترین موارد است که به شناخت آن نیاز دارند. عرف حاکم در شهرشان، تعامل مردم و آنچه که مردم آن شهر در استعمال الفاظ به آن تعارف دارند جای تأمل است.<sup>1</sup>

از همین خاطر است که قرافی مالکی رحمه الله در کتاب الاحکام خود می گوید: وقتیکه شخصی از مفتی ای فتوی می طلبد و او نمی داند که مستفتی از کدام شهر می باشد و از موضوع فتوی آگاهی ندارد بر او است که: به آنچه که عادتاً فتوی می دهد فتوی ندهد تا زمانیکه از شهر او پرسان کند و اینکه آیا در آن شهر در ارتباط به همان لفظ لغوی عرف ایجاد شده است یا خیر؟ و اگر لفظ عرفی باشد آیا عرف شهر او موافق عرف این شهر است یا نیست؟

این امر واجب و معلوم است که علماء در زمینه اختلاف نظر ندارند، در صورتیکه عادت دو محل، منطقه و شهری برابر نباشد حکم شان نیز برابر نیست، و علماء در ارتباط به تعارض عرف و لغت که آیا عرف بر لغت مقدم می شود یا خیر اختلاف نظر دارند و صحیح این است که عرف را بر لغت مقدم پنداشته می شود، به دلیل اینکه عرف ناسخ است و به اجماع علماء ناسخ را بر منسوخ مقدم پنداشته می شود در اینجا هم همین طور است.<sup>2</sup>

بالای مفتی واجب است که در هر واقعه ای بر عادت مروج در محل، منطقه و شهری مطالبه کننده فتوی آگاهی حاصل کرده و عدم تغییر و ثبوت آن برای او ثابت و مؤثق شود؛ برایش مجاز نیست که برخلاف عرف مستفتی فتوی صادر کند - مثلاً الفاظ طلاق، حرام، خلیه و بریه را مردم عرفاً برای طلاق صریح استعمال می کنند و نیاز به نیت ندارند؛ وقتیکه فتوی در شهر همین عرف بر این است که همین الفاظ برای طلاق صریح است: پس برای مفتی حلال نیست که برای کسی فتوی طلاق بدهد تا اینکه برایش ثابت شود که شخص موصوف از اهل شهر همان عرف است، و اگر از اهل شهری دیگری بوده باشد که عرف مذکور در آن رواج نداشته باشد در صدور فتوی خود حالت عرف شهر مذکور را نسبت به الفاظ از صریح و کنایه معتبر می داند.<sup>3</sup>

همین شناخت عرف و عادات مردم یا آنچه که بنام معرفت زمان یا فقه واقع معروف است طوری که برای مجتهد لازم است همین طور برای قاضی و مفتی نیز لازم است، هرکدام، حکمی را متعین یا منازعه ای را حل و فصل می کنند و ساحه ای کاری شان یکی همانا جامعه است؛ پس تعامل مردم را حکم قرار داده می شود و شناخت نصوص احکام، شخص را از شناخت عادات بی نیاز نمی سازد تا اینکه نصوص احکام را برواقعه عرضه و کیفیت تطبیق آن بر واقعه مشخص گردد (چگونگی حکم آن

<sup>1</sup> همان اثر، ص 114.

<sup>2</sup> قرافی، الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام و تصرفات القاضی و الامام ص 232 تنبیه سوم سؤال 40.

<sup>3</sup> قرافی، الفروق ج 3 ص 196.

مشخص گردد) و نیز از اهل خبره کمک خواسته شود، طوری که قرافی مالکی<sup>رحمه الله</sup> می گوید: این امری است که هیچ اختلافی در زمینه وجود ندارد.<sup>1</sup>

ابن عابدین حنفی<sup>رحمه الله</sup> به این حقیقت تأکید کرده می گوید: برای حاکم واجب است تا در احکام حوادث کلی، واقع و احوال مردم فقه حاصل کند تا به سبب آن در میان راست و دروغ و حق و باطل فرق قائل شده در بین هردو مطابقت داده حکم را که واجب و مناست است برای واقعه داده و برخلاف آن حکمی را واجب نگرداند، همچنان بر مفتی که به عرف فتوی می دهد واجب است زمانه، احوال اهل زمانه، عرف خاص و عرف عام و اینکه آن موافق نص است یا خیر؟ بشناسد و همچنان برایش لازم است که از زیر دست یا استاد ماهر فارغ شود؛ مجرد حفظ مسائل و دلایل بر او کافی نیست؛ بر مجتهد و مفتی نیز شناخت عادات مردم واجب است.

او نیز می گوید: اگر شخصی همه کتاب های فقهاء اصحاب ما را حفظ کند باز هم بر او لازم است برای فراگیری فتوی دادن زانوی شاگردی خم کند؛ به دلیل اینکه بسیار مسائلی است که بر مبنی عادات مردم جواب داده می شود، البته در مواردی که مخالف شریعت نبوده باشد.<sup>2</sup>

باید دانست؛ نصوص شرعی که تکلیف آن باواقع ای مشایعت آن با عادات مراد است، نصوص است که مرجع آن عرف است یا نصوص است که معلل به عرف است؛ اما نصوص عمومی ثابت در در شریعت مانند اوامیر و نواحی به سبب عرف متأثر نمی گردد. نصوص که بر مبنی عادت و عرف بنیافته اند مانند الفاظ ایمان، (برمفتی واجب است که از عرف شهر حالف سؤال کرده به عرف شهر او عمل کند، هرچند که مخالف احکام مندرج در کتب مذهب باشد و اما احکام منصوصه از جانب شارع مانند تحریم شراب و زنا و امثال شان، در این موارد فقط به احکام وارده از جانب شارع دیده می شود هرچند که مخالف عرف و عادات باشد و به عرف و عادات در این موارد هیچ وقعی گذاشته نمی شود؛ بخاطری که در این صورت از جمله عوائد فاسد بوده که به آن تمسک بسته و مراجعه نمی شود مگر در موارد که نصوص به عرف بناء یافته باشند.<sup>3</sup>

بادر نظر داشت موارد فوق، عرف ک مستجمع جمیع شرائط اعتبار خود باشد مبنی و مستند حکم فقیهه – مفتی باشد یا قاضی – قرار گرفته می تواند و همچنان مرجع تبلیغ حکم شریعت از جانب ایشان قرار گرفته و برای فهم موارد که در الفاظ مردم و تعبیرات شان مبهم و یا مطلق بوده باشد به آن مراجعه شده می تواند.

<sup>1</sup> قرافی، الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام و تصرفات القاضی و الامام ص 232 - ابن التمین، اعمال العرف فی الاحکام و الفتاوی فی المذهب المالکی ص 116.

<sup>2</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 129.

<sup>3</sup> نفرای، الفواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القيروانی ج 2 ص 928 - ابن التمین، اعمال العرف فی الاحکام و الفتاوی فی المذهب المالکی ص 118.



بخاطری اینکه فتاوی و احکام بر عادات پسندیده بناء شده می تواند لزوما با تغییر عادات احکام نیز تغییر می کنند اعم از اینکه تغییر آن زمانی باشد که با تبدیل زمانه تغییر کند و یا مکانی بوده با اختلاف مکان، محل و منطقه متغیر گردد.<sup>1</sup>

علماء احناف، اجرت گرفتن در بدل تعلیم قرآن کریم و امثال آن را بخاطر قطع شدن کمکهای که برای معلمین قرآن در صدر اسلام صورت می گرفت و استدلال شان بر اینکه اگر معلمین قرآن کریم بدون اخذ اجرت به تعلیم قرآن مشغول شوند سبب ضیاع خود و فامیل شان می گردد و اگر به کسب حرفه و شغلی مصروف شوند قرآن و دین ضایع می گردد، جائز دانستند و به اخذ اجرت در بدل تعلیم قرآن و امامت و اذان فتوی صادر کردند، در حالیکه این فتوی شان مخالف فتوی است که از جانب ابوحنیفه، ابویوسف و محمد رحمهم الله در این زمینه صادر گردیده است و ایشان اخذ اجرت در بدل تعلیم قرآن را مانند سایر عبادات از قبیل روزه، نماز و خواند قرآن کریم جائز نمی دانند و اینان این فتوی را بر مبنی عرف دانستند.

همچنان اکتفاء کردن ابویوسف و محمد رحمهما الله به عدالت ظاهری در شهادت مخالف آنچه که ابوحنیفه رحمه الله در این زمینه صادر کرده است از احکام مبتنی بر عرف است؛ به دلیل اینکه در زمان ابوحنیفه رحمه الله عدالت بر مردم غالب بود و در زمانی زندگی می کرد که رسول کریم صل الله علیه وسلم به خیریت آن شهادت داده بود و زمانی زندگی صاحبین بازمان ایشان فرق می کند؛ این اختلاف را علماء از قبیل اختلاف عصر و زمان قلمداد کرده اند.

از همین قبیل است مسائل زیادی دیگری مانند قول علماء که وصی نمی تواند در مال یتیم مضاربت کند و فتوی شان بر اینکه بالای غاصب عقار یتیم و وقف، ضمان لازم می گردد و خانه ها را به بیشتر از یک سال و زمین را به بیشتر از سه سال به اجاره داده نشود؛ در حالیکه این مسائل مخالف اصل مذهب است و بالای غاصب عقار ضمان نبوده و اجاره خانه ها و زمین معین و مقدر به مدتی مشخصی نیست.

نیز جائز دانستن و فتوای شان بیع وفاء، استصناع و داخل شدن حمام بدون تعیین مدت مکث و بودوباش و مقدار استفاد آب؛ همه ای اینها از مسائل اند که حکم شان بخاطر اختلاف عادات اهل زمان و احوال شان اختلاف پیدا کرده و بر مبنی عرف صادر گردیده اند. این نوع مسائل بسیار است و بر مجتهد لازم است که شناخت شان.<sup>2</sup>

#### مطلب چهارم: مخالفت عرف با دلایل شرعی:

مسلمانی که برخی اوقات عرف مرزهای اساسی تشریح را شکستانده و از آن پا فراتر می گذارد و مخالف نص از نصوص شریعت اسلامی یا برخی از آراء اجتهادی مقرر در شریعت قرار می گیرد.

در این هنگام موقف فقه اسلامی در ارتباط به ارزش عرف چیست؟ و تا کدام حد از تسامح کار می گیرد؟ این در اصل قضیه خطیری است که به تشریح، حیات و سیادت آن ارتباط می گیرد.

<sup>1</sup> ابن التمیم ، اعمال العرف فی الاحکام و الفتاوی فی المذهب المالکی ص 118 – 119 .  
<sup>2</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 صص 126 – 127 .

بدون تردید که فقه اسلامی در این ارتباط موقف حکیمانه را اتخاذ کرده است که همانا جمع بین مرونه (انعطاف) لازم که برای تطور احکام آن واجب است تا به حسب ظروف زندگی متحول شود و محافظت بر مبادی و اصول ثابت است که ظروف زمان و مکان کدام تأثیری در زمینه ندارد.

و در سطور آینده به تفصیل به این موقف فقه اسلامی در زمینه پرداخته می شود.

مخالفت عرف با دلائل شرعی از چهار زاویه قابل بررسی است که هرکدام نتایج خود را دارد :

1 . یا اینکه عرف با نص خاص شرعی از قرآن یا سنت ثابت که برخلاف آن حکم می کند در تضاد واقع می شود. مراد از نص خاص نص است که از طرف شارع در ارتباط به امر و قضیه معینی که موضوع عرف است وارد آمده و بصورت خاص از آن منع می کند.

2 . یا اینکه با نص عام شرعی در تعارض واقع می شود. نص عام نص است که حکمی را در بردارد که شامل قضیه و امری می شود که موضوع عرف است و نیز شامل قضایا و امور می گردد که موضوع عرف نیست، در نتیجه امر متعارف از جمله بعض افراد نص و مشمولات آن می باشد.

و این مورد دو حالت دارد:

الف – عرف مقارن با ورود نص عام، در مخالفت با آن واقع می گردد.

ب – عرف حادث بعد از نص عام در تعارض با آن واقع می شود.

3 . یا اینکه عرف مخالف آراء اجتهادی قرار می گیرد – یعنی احکام که فقهاء آنها را از طریق قیاس، استحسان و یا استصلاح در مسائل و قضایای جدیدی که در زمینه نص صریح در شریعت وارد نیامده است استخراج، استنباط کرده و به فقه افزوده اند.<sup>1</sup>

فرع اول – حالت تضاد عرف با نص خاص شرعی:

زمانیکه مردم به عمل از اعمال عادی یا مدنی عادت کردند و امر و قضیه که به آن عادت کردند به نص خاص ممنوع و منهی عنه بود( به نص که از جانب شارع برای منع همین امر خاص وارد آمده است)، طوریکه در زمان جاهلیت مردم به تبنی (پسر خواندن) عادت داشتند و حکم بنوت حقیقی را بر آن جاری می نمودند، قرآن کریم آمد و آن را ممنوع قرار داد، بدون تردید که این نوع عرف در این حالت از کدام اعتبار و ارزشی برخوردار نیست و به عنوان عرف متروک بر علاوه اینکه نباید تأیید شود واجب است که تغیر داده شود و در هیچ حالت نباید که به آن حکم کرده شود اعم از اینکه عرف عام باشد و یا عرف خاص و برابر است که عرف حادث باشد بعد از ورود نص یا قبل از ورود نص قائم و موجود باشد.

این بخاطری است؛ زمانیکه در موضوع معینی عرف با اراده شارع در تکرر و تضاد واقع شد ، فقیه که مکلف است به تطبیق شریعت در بین اجراء یکی از دو گزینه واقع می شود.

<sup>1</sup>. زرقاء ، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 903 – 904.

1 - یا به عرف عمل می کند که در نتیجه سبب مهمل گذاشتن کامل و تام نص شارع می شود؛ و مهمل کردن نص شرعی به هیچ وجه جائز نیست مگر در حالات اضطراری عارضی، به دلیل اینکه شارع اهمال موقتی را در حالات اضطراری مشروع گردانیده است.

2 - یا اینکه به نص عمل می کند و عرف را مهمل می گذارد و این گزینه ای است که باید عملی شود.

واضح است که تطبیق شریعت الزامی است؛ شریعت اسلامی برای اینکه نصوص آن نافذ گردیده و به آن ارج گذاشته شود تشریح شده است و جائز نیست که با تعامل برخلاف شریعت آن را معطل قرار داده شود؛ اگر چنین نباشد برای تشریح مفهومی باقی نمی ماند.<sup>1</sup>

طوریکه قبلاً به عرض رسید، برخی عرف ها در ذات خود نیک و عادلانه و برخی دیگری شان زشت و ظالمانه می باشد. از مقاصد و اهداف شریعت اسلامی است که عرف های نیک و عادلانه را تأیید و زشت و ظالمانه شان را ممنوع نماید و مردم را در اعمال و معاملات شان به طرف خیر توجیه کند. و مرجع و معیار تفکیک خوب و بد و ظالمانه و عادلانه همانا امر و نهی شارع حکیم است؛ زیرا شارع امور را سنجیده و به نتایج و پیامد های شان از همه ای نواحی و زوایای می نگرد، نه اینکه به برخی از جوانب شان نگرسته و به سائر جوانب و نواحی توجه نکند. بناء، اموری را که بصورت خاص منع می کند باید و واجب است که مضر محسوب نمائیم هرچند برای افراد محدودی (صدها یا هزارها) منفعت زا باشد.<sup>2</sup>

هر نظام و مکتب حقوقی، آزادیهای مکلفین را در برخی ساحات و میدان ها محدود و مقید می سازد و در برخی دیگری تا حد و اندازه که قانونگذار لازم می بیند و تحقیق مصالح عمومی را پیشبینی می کند آزاد می گذارد؛ حدود و ثغور این آزادی و محدودیت ها از یک شریعت و نظام حقوقی تا شریعت و نظام حقوقی دیگر تفاوت پیدا می کند. در نظریه های قانونی امروز نیز این امر به مشاهده می رسد که حکم نصوص قوانین را عرف مخالف تغییر داده نمی تواند.

از نمونه های آن در قوانین وضعی امروز این است که: قضایا و احکام را قانونگذار از جمله نظام عمومی می داند، آزادیهای عمومی را در ارتباط به آن سلب کرده و از اتفاق و یا تحکیم عرف برخلاف آن منع می کند و آن را باطل می شمارد.<sup>3</sup> مانند قاعده اهلیت، که قانونگذار سن اهلیت انجام معاملات را در قانون مدنی سن 18 دانسته است و هیچ کسی نمی تواند برخلاف آن توافق کند و یا عرف نمی تواند آن را برطرف نماید.

به این خاطر است که شریعت اسلامی بسیاری اعمال و عقود را که به آن استوار بوده ممنوع قرار داده است:

<sup>1</sup>. شاطبی، الموافقات ج 2 صص 488 - 489 - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 905.

<sup>2</sup>. زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 905 - 906، 870.

<sup>3</sup>. همان اثر، ج 2 ص 906.

جنگ های داخلی را تحریم کرده و مباح دانستن اموال و اعراض مردم را منع نموده است و دولت و نظام اخلاقی، اجتماعی و حقوقی را تأسیس و اقامه کرده که همه در برابر آن زانو زدند، در حالیکه جنگهای داخلی به عنوان یک عرف پسندیده زمان جاهلیت محسوب می گردید.

همچنان نبی کریم صل الله علیه وسلم بخاطر عدم موجودیت تراضی و اراده آزاد و موجودیت فریب و مشکلات از مجموعه عقود منع کرده است که در بین عرب ها معروف بود؛ از جمله: منع بیع منابذه، ملامسه و اللقاء حجر<sup>1</sup>؛ و بیع ملاقیح، مضامین و بیع ضربة القانص والغائص<sup>2</sup>، همه این ها در زمان جاهلیت معروف بود و نبی کریم صل الله علیه وسلم از آنها منع کرد و در اسلام ممنوع و باطل قرار گرفتند. پس اگر مردم و محلی به کی از آنها عادت کنند به عادت و عرف شان اعتبار داده نمی شود<sup>3</sup>

به همی شکل - در زمان جاهلیت و در نزد رومی ها به بردگی گرفتن مدیون معروف بود، پس اسلام آمد و آن را ممنوع قرارداد و با نص صریح قرآنی واجب گردانید که برای مدیون تنگدست تا توانمندی اش فرصت داده شود. طوریکه خداوند بزرگ می فرماید:

وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ<sup>4</sup>

ترجمه: و اگر ( بدهکار ) تنگدست باشد، پس مهلت ( بدو داده ) می شود تا گشایشی فرا رسد، و اگر (قدرت پرداخت نداشته باشد و شما همه وام خود را، یا برخی از آن را بدو) ببخشید، برایتان بهتر خواهد بود اگر دانسته باشید .

خلاصه کلام اینکه: برای عرف در محدوده ای آزادی عمل داده می شود که شریعت آن را فرو گذاشت و ترک کرده و منطقه فراغ تشریحی یا عفو نامیده می شود، نه ساحات و حالات ک شریعت بنفسه عهده دار تحدید احکام بر سبیل الزام است، اگر چنین نباشد امکان این می رود که به مرور زمان عرف ها به اساسات شریعت مبدل شوند و قطعاً که شریعت منقرض گردد. بناء، نسبت به عرف عام حکم نص خاص هر چند که در تصادم با عرف عام واقع شود معتبر و محترم می باشد و هیچ عرف و اتفاقی برخلاف آن پذیرفتنی نبوده و معتبر نیست.<sup>5</sup> از حکم فوق الذکر یک حالت استثناء می شود و آن موردی است؛ وقتی که نص شرعی در زمان صدور آن از جانب شارع بر عرف بناء شده باشد و معلل به عرف باشد (معلول به عرف بوده و علت آن عرف باشد).

<sup>1</sup> بایع و مشتری در مورد خرید و فروش کالا و مالی گفتگو کرده و بر این امر توافق کنند؛ هر زمانی که کالا یا مال را مشتری لمس کرد یا آن را بایع به طرف مشتری پرتاب نمود یا مشتری در بالای آن سنگی را گذاشت، بیع لازم می گردد، اول بیع ملامسه، دوم بیع بیع منابذه و سوم آن بیع القاح حجر است. (مرغینانی، الهدایه فی شرح بدایة المبتدی ج 3 ص 45).

<sup>2</sup> اسپرم که در پشت شتران نر قرار دارد مضامین و جنین جنین که در بطن شتر ماده قرار دارد را ملاقیح گفته می شود و آنچه که در جال صیاد قرار می گیرد از شکار در خشکه یا بحر ضربة القانص و آنچه را که غائص (غوطه زنده) از دریا با غوطه زدن در آن بیرون می کشد ضربة الغائص گفته می شود. (ابن عابدین، رد المحتار علی الدرالمختار ج 5 صص 53، 64 - 65).

<sup>3</sup> زرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 2 صص 906 - 907.

<sup>4</sup> سوره بقره، آیه (280).

<sup>5</sup> زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 صص 907 - 908.

بدون تردید که نص شرعی در این هنگام عرفی بوده و حکم با عرف دوران پیدا می کند و با تغییر عرف حکم نیز تغییر می کند.

در مورد اینکه نص خاص، عرفی می باشد یا خیر نظریات و دیدگاه های اجتهادی متفاوت است و بر این اساس در اعتبار عرف طارئ (عارضی) مخالف با نص خاص و اینکه حکم نص شرعی را تغییر می دهد یا خیر اجتهادات مجتهدین مختلف می باشد.

از نصوص تشریحی خاص که بر عرف و عادت بناء شده و حکم آن به تبعیت از تبدیل و تغییر عادت تغییر می کند قول نبی کریم صل الله علیه وسلم است که در مورد دختران باکره بالغه می فرماید: (اذنها صماتها)<sup>1</sup> سکوت او را زمانیکه ولی اش در وقت به ازدواج دادن او به شخص معین در بدل مهر معین اجازه می خواهد معتبر دانسته و اذن (اجازه) و توکیل به حساب آورده است.

آراء فقهاء متفق اند بر اینکه: همین حکم در مورد دختران باکره بالغه بر عرف بناء یافته و عرفا از اظهار تمایل و رغبت در ازدواج در وقت که ولی شان از آنها اجازه می طلبد شرم می کنند؛ و عادت دارند که از رغبت و تمایل شان به سکوت تعبیر می کنند و به اساس تربیت و تقالید اجتماعی همین حیاء در بسا مناطق اسلامی تا امروز بالای شان غالب می باشد.

این عرف در بسیاری جوامع تا امروز موجود بوده در فرض اینکه رویکرد همین تربیت تغییر کند و دختران باکره بالغه از اظهار رغبت و عدم اظهار آن در ارتباط به ازواج شان احساس شرم نکنند،

بناء در اجازه شان به تزویج در این هنگام به سکوت شان اکتفاء نمی شود، بلکه در این وقت نیاز به بیان است مانند اجازه زنان بیوه تا اینکه توکیل شمرده شده و به اساس آن عقد ازدواج را که از جانب ولی مستأذن شان قبلا به وقوع پیوسته است بالای شان تسری داده و نافذ دانسته شود. و در صورت عدم توکیل تزویج شان عمل فضولی محسوب شده و به اجازه شان نیاز است تا اینکه عقد بالای شان نافذ شود، هرچند در وقت استئذان ولی سکوت اختیار کنند.<sup>2</sup>

فرع دوم – حالت تعارض عرف مقارن با نص تشریحی عام، با آن:

وقتی که عرف با نص تشریحی عام که شامل امر متعارف نیز است در تعارض واقع شود، در ارتباط به جایگاه و ارزش عرف در این هنگام با در نظر داشت اینکه عرف، مقارن نص عام است و یا حادث بعد از آن بحث مفصلی است که به شرح ذیل ارائه می گردد.

عرف موجود در وقت ورود نص تشریحی عام یا اینکه لفظی می باشد و یا عملی:

1 – اگر لفظی باشد، در معتبر بودن آن در نزد فقهاء کدام اختلافی وجود ندارد، و نص تشریحی عام در صورتیکه خالی از قرائن باشد در حدود معنی عرفی اش حمل می شود، هرچند در اصل لغت دلالت لفظ که در کلام شارع استعمال گردیده است وسیع تر از دلالت عرفی باشد، این بخاطری است که عرف

<sup>1</sup> بخاری، صحیح البخاری ج 9 ص 26 ح 6971.  
<sup>2</sup> زرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 2 صص 908، 910 – 911.

لفظی عام لغت تخاطب است؛ بناء الفاظ را در حدود که عرف جاری است به معانی توجیه کرده می شود این در حالی است که قرینه ای موجود نباشد تا دلالت کند بر اینکه شارع با آن لفظ حدود بزرگتری را اراده کرده است.

در واقع این امر از شاخه قاعده «واجب است که لفظ بر معنی حقیقی اش حمل شود مادام که قرینه موجود نباشد که دلالت بر اراده مجاز کند» است، بخاطریکه عرف لفظی معنی متعارف را حقیقت عرفی می سازد و این حقیقت عرفی از حقیقت لغوی که نسبت به حقیقت عرفی مجاز بوده نیاز به قرینه دارد در فهم مقدم می باشد. بناء، الفاظ بیع، شراء، اجاره، صیام، صلاة، حج، عدت طلاق و عدت وفات همه این ها و امثال شان را بر معانی عرفی شان در وقت ورود نص حمل کرده می شود، هرچند که با معانی لغوی شان اختلاف پیدا کند.

2 – اما در صورتیکه عرف موجود در حین ورود نص مخالف آن، عرف عملی باشد؛ در مورد اینکه همچون عرف صلاحیت تخصیص نص عام را دارد یا خیر در زمینه اجتهادات فقهاء تفاوت پیدا می کند.

در نزد اشخاص و مذاهب که عرف عملی را برای تخصیص نص عام ذی صلاح می دانند، در ارتباط به اینکه کدام نوع آن «عرف عملی عام و یا خاص» این صلاحیت را دارد، بحث مفصلی موجود است که درسطور زیرین به آن پرداخته می شود.<sup>1</sup>

الف – عرف عملی مقارن نص عام:

عرف عملی موجود در وقت ورود نص عام معارض عرف در صورتیکه عام باشد؛ به اساس اجتهاد فقهاء حنفی مخصص نص عام می باشد، و در این هنگام نص بر غیر امر متعارف مقصور الشمول محسوب می شود بخاطری که عرف موجود به عنوان قرینه دلالت می کند که شارع حکیم اراده شمول این امر متعارف را به نص عام معارض آن نکرده است.

دیدگاه فقهی در این زمینه این است که – اگر نص عام باشد، عمل کردن به عرف در جای خودش تعطیل نص نمی باشد، بلکه در مشمولات دیگری که عموم نص آن را شامل می شود به نص عملی می شود؛ پس در تخصیص نص عام به عرف اهمال نص نیست بلکه اعمال نص و عرف هر دو است. عرف عملی دلالت بر نیاز مردم به آن دارد و در جداکردن مردم از عرف شان مشقت و سختی است، بناء عمل به هر دو مناسب تر و کاملتر است برای حاجت و نیاز مردم به آن.<sup>2</sup>

از مثال های که در این زمینه از جانب فقهاء ذکر می شود عقد استصناع است.<sup>3</sup>

از نبی کریم صل الله علیه وسلم ثابت است که ایشان از بیع معدوم (چیزی که در نزد انسان موجود نیست) نهی فرموده و سلم را اجازه داده است طوری که می فرماید: (نهی عن بیع مالیس عند الانسان، و رخص فی

<sup>1</sup> همان اثر، ج 2 صص 913 – 914.

<sup>2</sup> همان اثر، صص 914 – 915 – ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 116.

<sup>3</sup> ابن عابدین، رد المحتار ج 5 ص 88.

السلم).<sup>1</sup> این حدیث شریف وارد شده است تا همه انواع بیع های که در آن مبیعه در ملک بایع موجود نباشد را ممنوع کند، به استثناء سلم، بخاطر مصلحتی که در آن نهفته است از این حکم استثناء شده است.

عموم نص عقد استصناع را شامل شده و آن را ممنوع قرار می دهد هرچند برای ممنوع ساختن آن بصورت خاص وارد نیامده است.

چون عقد استصناع عقدی است که بخاطری نیاز که در تمام مناطق اسلامی به آن احساس می شود همه ای مردم به آن خو گرفته و عادت کرده اند، فلذا بخاطری عرف جاری اجتهاد عقد استصناع را جائز دانسته و در اینجا عرف را مخصص عموم نص عام مانع، قلمداد کرده و برشمرده است؛ گویا اینکه نص ضمنا عقد استصناع را استثناء نموده، قسمیکه سلم را صراحتا استثناء کرده است، و عمل به نص در سائر موارد از انواع بیع معدوم باقی است و برخی علماء انعقاد اجماع را نیز بر صحت عقد استصناع نقل می کنند.<sup>2</sup>

بر همین اساس قانون مدنی افغانستان بیع معدوم را باطل دانسته مقوله فروختن میوه در ختان قبل از ظهور و از زرع قبل از روئیدن را جائز نمی داند طوریکه صراحت دارد: بیع معدوم باطل است. فروختن میوه درختان قبل از ظهور و از زرع قبل از روئیدن جواز ندارد.<sup>3</sup>

و عقد استصناع را جائز دانسته در مقام تعریف آن تصریح می دارد: استصناع، مقوله ساختن شی معین است در برابر قیمت مشخص به نحویکه مقوله برعین شی وارد باشد نه بر کار صنعت گر.<sup>4</sup>

در ادامه شروط آن را بیان کرده می گوید: در مقوله استصناع بیان جنس، نوع، مقدار و وصف شی مطلوب، شرط می باشد.<sup>5</sup>

ب – عرف عملی معارض با نص خاص:

عرف عملی موجود با ورود نص عام معارض با عرف در صورتیکه خاص به مکان یا گروه مشخص از مردم بوده باشد؛ مانند عرف تجار، عرف صنعت کاران و پیشه وران در بعضی شهر ها یا بعضی صنف ها، رأی راجح در زمینه در اجتهاد حنفی این است که عرف خاص در این هنگام از جایگاهی که عرف عام برخوردار است برخوردار نبوده و نمی تواند که نص عام را تخصیص دهد. بناء عرف خاص صلاحیت تخصیص نص عام معارض خود را ندارد هرچند حین ورود نص عام موجود باشد؛ این بخاطری است که اگر عرف بعضی شهرها و بعضی مردم (عرف خاص) مقتضی تخصیص نص عام

<sup>1</sup> . زیلعی ، نصب الرایة لاحادیث الهدایة مع حاشیته بغیة الامعی فی تخریج الزیلعی ج 4 ص 45.

<sup>2</sup> . ابن نجیم ، الأشباه و النظائر صص 88 – 89 – ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 116.

<sup>3</sup> . وزارت عدلیه ، قانون مدنی افغانستان ج3 ماده (1055)

<sup>4</sup> . همان ، ماده (1510).

<sup>5</sup> . همان ، ماده (1511).

باشد، پس عدم موجودیت این عرف در سائر اماکن و در نزد مردم دیگر مقتضی تخصیص نص عام نیست و به سبب شک تخصیص ثابت نمی‌گردد.<sup>1</sup>

فقهاء مالکی پیرامون اعتبار عرف عملی منحصص نص عام اختلاف نظر دارند. محققین فقهاء مالکی بر این نظر اند که عرف عملی موجود (قائم) در وقت ورود نص عام، قسم که نص مطلق را مقید می‌سازد نص عام را نیز تخصیص می‌دهد - برخلاف آنچه که قرافی در فروق خود می‌گوید: عرف فعلی (عملی) صلاحیت تخصیص و تقیید نص را ندارد. و نیز ایشان در میان عرف عام و عرف خاص تفکیک قائل نیستند.<sup>2</sup>

از فروع این اصل نظر امام مالک رحمه الله است که می‌گوید: برای خانم و زن شریفه که دارای مقام و منزلت بلند باشد لازم نیست که طفل اش را شیر بدهد، در صورتیکه طفل او سینه زنان دیگر را می‌گیرد و قبول می‌کند و از آنها شیر می‌نوشد؛ این بخاطری مصلحت عرفی است طوریکه در امثال این زنان عرف بر این جاری است که برای اولاد شان شیرده به اجاره گرفته می‌شود. و ابن عربی می‌گوید این تخصیص برای عموم قول خداوند بزرگ است که می‌فرماید: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ).<sup>3</sup> ترجمه: مادران (اعم از مطلقه و غیرمطلقه) دو سال تمام فرزندان خود را شیر می‌دهند.<sup>4</sup> فرع سوم - حالت تعارض عرف حادث با نص تشریحی عام:

در صورتیکه عرف معارض با نص عام بعد از نص عام بوجود آمده و حادث باشد، معتبر نبوده و به اتفاق فقهاء صلاحیت تخصیص نص تشریحی را ندارد، هرچند که عرف عام باشد؛ این بخاطری است که عرف حادث عرف طاری و عارضی است و بعد از اینکه مفهوم نص تشریحی محدد و معین شده و مراد شارع مشخص گردیده و همزمان با صدور آن از جانب شارع نافذگردیده بوجود آمده است، اگر تخصیص نص شرعی عام را بعد از اینکه مفهوم آن محدد، معین و نافذ گردیده است به سبب عرف عارضی مخالف آن جائز دانسته شود در این حالت است که نص تشریحی عام به سبب عرف نسخ می‌گردد و نسخ نص شرعی به سبب عرف جائز نیست؛ اگر جائز باشد، این امر منجر به تغییر و تبدیل بسا احکام شریعت به سبب عرف های عارضی می‌شود که احکام شریعت لغو و در جای آن عرف می‌نشیند و برای شریعت معنی باقی نمی‌ماند.

بدون تفاوت در بین عرف عملی و عرف لفظی عارضی، هر دو صلاحیت تخصیص نص عام شرعی را ندارند؛ برعلاوه، عرف لفظی حادث نسبت به عرف عملی از این ویژگی خوب تر برخوردار است در اینکه صلاحیت تخصیص نص عام شرعی را ندارد.

بناء، بعد از نزول و ورود نصوص قرآن و سنت؛ اگر عرف مردم در معانی برخی الفاظ وارد درنصوص هر دو تبدیل شده و تغییر می‌کند اعتبار نداشته بلکه عبرت برای معانی و حدودی است که در زمان ورود نصوص شرعی فهمیده شده اند، بخاطری که عرف لفظی موجود در وقت نص تشریحی است که مراد شارع را معین می‌سازد.<sup>5</sup>

پس معانی اصطلاحی که در بین فقهاء معروف است در تقسیمات شان و به عرف شان تبدیل شده است بخاطری ضبط مسائل و ترتیب احکام بر آنها مانند فرض، واجب، مسنون، مندوب، مکروه تحریمی یا تنزیهی و غیر این ها سائر اصطلاحات مستحدثه، صحیح نیست که نصوص قرآن و سنت به آنها تفسیر

<sup>1</sup> ابن نجیم، الاشباه و النظائر صص 88 - 89 - ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 116.

<sup>2</sup> دسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، ج 2 ص 140 - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 917.

<sup>3</sup> سوره بقره، آیه (233).

<sup>4</sup> ابن عربی، احکام القرآن لابن العربی، ج 1 ص 275 در تفسیر آیه 233 سوره بقره.

<sup>5</sup> ابن نجیم، الاشباه و النظائر صص 86 - 87 - قرافی، شرح تنقیح الفصول ج 1 ص 211 - زرقاء، المدخل الفقهي العام ج 2 ص 919.



شود که این ها مراد است از اوامیر و نواحی شرعی؛ بلکه صیغه امر در آن نصوص برخی اوقات افاده طلب حتمی مأموریه را می کند و برخی اوقات به افضلیت و اباحت دلالت دارد و نهی برعکس آن است. اینها را اگر ما بعداً به هر اصطلاحات جدید که بخواهیم نامگذاری کنیم هیچ یکی از مدلولات و مفاهیم اصلی را که قبلاً از لغت شارع فهمیده شده است تغییر نمی دهند، و اصطلاحات جدید برای شان حدود و تعریفات جدیدی را ایجاد نمی کند.

همچنان لفظ یمین وارد در قرآن و سنت یمین به الله بزرگ (قسم به الله بزرگ) را افاده می کند بخاطری که در لسان شرع همین یمین معروف است و به آن حمل می شود فرموده خداوند جل جلاله که فرموده است: (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ)<sup>1</sup>

ترجمه: خداوند شما را به خاطر سوگندهای بیهوده و بی اراده مؤاخذه نمی کند، ولی شما را در برابر سوگندهائی که از روی قصد و اراده خورده اید مؤاخذه می کند.

پس صحیح نیست که بر یمین مستحدثه به طلاق و عتاق حمل کرده شود، بخاطری که این مفاهیم در زمان جاهلیت معروف نبود، بناء لغو شان عفو نمی باشد.<sup>2</sup>

بنابراین، واجب است که تطبیق نصوص فقهاء، و تفسیر اسناد و قیایات، و صایا، بیع ها، هبه ها، ازدواج و سایر اسناد عقدی و شروط و اصطلاحات را که در بردارند بر این اساس صورت گرفته همه ای شان بر بنیاد عرف زمان عاقدین که در آن زمان عقد را ایجاد کرده اند تفسیر شود؛ بخاطر قیاس نمودن آن بر نصوص شارع، و درست نیست که بر اساس عرف حادث تفسیر کرده که اراده آن را ندارند.<sup>3</sup> این نجیم می گوید: عرف که الفاظ بر آن حمل می شود همانا عرف مقارن سابق است نه عرف متأخر، و از همین جهت است که گفته اند: عرف طارئ (عارضی) معتبر نیست.<sup>4</sup>

قبلاً دانسته شد که تنها عرف عارضی لفظی نیست که صلاحیت تخصیص معانی نصوص و تقیید آن را ندارد، بر علاوه آن عرف عملی عارضی نیز این صلاحیت را نداشته و نمی تواند که در برابر نص قرار بگیرد، هر چند که عرف عام بوده باشد، به استثناء اینکه نص شرعی معلل به عرف یا معلل به علتی بوده باشد که عرف آن را زائل می کند.

الف – این است اصل معین فقهی در وقت تعارض عرف و نص تشریحی عام که در موارد ذیل خلاصه می شود:

1. هرگاه در وقت ورود نص تشریحی عام عرف عام وجود داشته باشد در نزد فقهاء حنفی (در اجتهاد شان) عرف عام صلاحیت تخصیص نص عام را دارد و در نتیجه حکم نص عام را در غیر مورد متعارف تخصیص می دهد در حالیکه عرف خاص این صلاحیت را ندارد مگر در یک رأی ضعیف و مرجوح.

2. هرگاه عرف حادث در تعارض با نص عام قرار بگیرد، صلاحیت تخصیص آن را ندارد، بلکه نص بدون در نظر داشت عرف معتبر می باشد هر چند که عرف عام بوده باشد.

<sup>1</sup> .سوره مائده ، آیه (89).

<sup>2</sup> . زرقاء ، المدخل الفقهی العام ج 2 صص 920 – 921 به نقل از ص 95 رساله العرف و العادة استاد فہمی ابوسنة.

<sup>3</sup> . همان اثر ، ج 2 ص 921.

<sup>4</sup> . ابن نجیم ، الاشباه و النظائر ج 1 ص 86.

ب - عرف که سبب ازاله علت نص معارض می گردد معتبر است، هرچند که حادث باشد. از پژوهش در فروع فقہی و نظر در تعلیلات فقہاء بوضوح دانسته می شود که عرف حادث هرچند که مخالف ظاهر نص تشریحی بوده باشد در دو حالت معتبر و محترم است:

1 . هرگاه نص تشریحی معلل به عرف بوده باشد؛ یعنی بر مبنی عرف عملی موجود در وقت ورود نص استوار باشد؛ پس زمانیکه همان عرف تغییر کند حکم نص شرعی به پیروی از آن نیز تغییر می می کند، هرچند عرف در موضوع خاص وارد شده باشد. این نظر امام ابویوسف رحمه الله از پاران امام ابوحنیفه رحمه الله است و از نظر مدرک و حجت قویترین رأی است هرچند جمهور فقہاء برخلاف ایشان نظر دارند.

2 . هرگاه نص تشریحی معلل به علتی باشد که عرف حادث آن را نفی می کند برابر است که علت نص مصرح (تصریح شده) باشد یا مستنبط از طریق اجتهاد.

در چنین حالت عرف حادث معتبر و محترم است، هرچند که مخالف نص باشد؛ بخاطری که این مخالفت و تعارض مخالفت و تعارض نمادین است نه مخالفت و تعارض حقیقی مادام که علت نص با وجود عرف منتفی می گردد، زیرا از قواعد ثابت در اصول است که حکم شرعی با علت خود دوران دارد، در وقت ثبوت آن ثابت و در صورت انتفاء آن منتفی می گردد.

بر این اصل شواهد متعدد فقہی وجود دارد که بر اعتبار عرف حادث دلالت می کنند و به شرح آتی به بحث گرفته می شوند.

1 . فقہاء حنفی در بحث شروط مفسد عقود معاوضات مانند بیع ذکر می کنند که؛ که از جمله شروط مفسد عقود معاوضات شروط است که منفعت خارج از حکم اصلی عقد و حکم ملائم و مناسب حکم عقد<sup>1</sup> را در برداشته باشد، مانند شرط گذاشتن مشتری بر بایع کوبیدن حنطه فروخته شده را و یا شرط گذاشتن او حمل مبیعه را بر حساب مشتری، یا اصلاح آله مبیعه را وقتیکه تعطیل شود در نزد مشتری و یا شرط بگذارد بایع اینکه مشتری مبیعه را مدتی بعد از بیع استعمال نماید؛ همه این موارد در اصل نظریه احناف از شروط مفسد عقد محسوب می شوند. در این زمینه ایشان به ظاهر روایت که از نبی کریم صل الله علیه وسلم به ما رسیده است تمسک جسته اند، طوری که روایت شده است: (انه عليه الصلاة والسلام نهی عن بیع و شرط).<sup>2</sup> به تحقیق نبی کریم عليه الصلاة والسلام از بیع و شرط منع کرده است.<sup>3</sup>

احناف از این نص دونوع از شروط تعاقدی را استثناء کرده و به صحت شان حکم کرده اند:

1 . شرط که نص شرعی آن را جائز دانسته است مانند شرط خیار.

<sup>1</sup> شرط مناسب حکم عقد مانند شرط گذاشتن بایع بر مشتری تقدیم کفیل یا رهن را است به ثمن مؤجل برای توثیق آن. زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 1 ص 551.

<sup>2</sup> زیلعی ، نصب الرایة لاحادیث الهدایة مع حاشیته بغیة الالمعی فی تخریج الزیلعی ج 4 ص 18 - کاسانی ، بدائع الصنایع فی ترتیب الشرائع ج 5 ص 299.

<sup>3</sup> بابر تی ، العنایه شرح الهدایه ج 6 صص 441 - 442 - 443 - زرقاء المدخل الفقہی العام ج 2 صص 922 - 923 - ابن عابدین ، رد المحتار علی الدرالمختار ج 5 ص 88.

## 2. شرط که اشتراط آن در بین مردم به عرف مبدل شده است.<sup>1</sup>

بناء، شروط که در نزد احناف به اساس تفسیر شان از حدیث فوق الذکر مفسد محسوب میگردند، هرگاه یکی از آنها معروف شده و در بین مردم به عرف تبدیل شود، شرعا ملزم و واجب الاحترام می باشد، هرچند عرف حادث باشد.

از جمله فروع است که ایشان به این نظریه بناء کرده اند حکم به صحت بیع و فاء است علی رغم آن که در اصل به شرط مفسد بیع بناء یافته است، بخاطری که عرف به آن جاری است، درحالیکه قبل از اینکه در بین مردم شایع شده و به عرف تبدیل شود به فساد آن فتوی داده بودند.

استناد فقهاء در این زمینه همانا نظر به علت حدیث نبوی است که بر ممنوعیت شرط در بیع تصریح دارد. ایشان استدلال می کنند که غرض تشریح این حکم منع سبب منازعه است، به دلیل اینکه شروط زائد بر اصل عقد بیع در تنفیذ و کیفیت خود غالبا مفضی به منازعه می شود و اگر بر برخی شان عرف جاری باشد نزاع را نفی و رفع می کند، بخاطری که قضیه را معلوم و متعارف می سازد، در این حالت عرف بر نص قاضی نبوده و حکم نمی راند بلکه روح و غرض نص مقتضی آن است هرچند که عرف حادث باشد.<sup>2</sup>

برای تصحیح شرط متعارف واجب نیست که عرف عام بوده باشد بلکه کفایت می کند که عرف خاص باشد، بخاطری که شروط ممکنه متنوع بوده و انواع مختلف و غیر قابل شمارش آن متصور است و در هر زمان و مکان به اساس نیاز های اهل همان زمان فرق می کند، در شهری شروط عقدی متعارف است که در شهر دیگر متعارف نیست؛ بناء صحیح است که هر قوم در بیع ها و سائر معاوضات شان شروط را شرط بگذارند که در بین شان متعارف است مادام که نص خاص وجود نداشته باشد که شرط معینی را ممنوع نماید، در صورت موجودیت نص خاص، عرف مخالف آن را اعتبار داده نمی شود طوریکه در بحث (تصادم عرف با نص تشریحی خاص) به بحث گرفته شد.<sup>3</sup>

2. ابن عابدین در قضیه تفاوت وزن دنانیر در رساله نشرالعرف خود می گوید: وقتیکه یک نوع از نقود به اصناف مختلف متعدد گردد و یک صنف آن نسبت به صنف دیگری آن ثقیل تر باشد در وزن، مانند دینار محمودی جهادی و دینار عدلی و اصناف مختلف از ریال های فرانسوی در زمان آن که از نظر وزن تفاوت ظاهر و آشکار در میان شان موجود است؛ با موجودیت همین تفاوت در وزن یکی شان (ثقیل تر شان و یا خفیف تر شان) در برابر دیگری شان (خفیف تر شان و یا ثقیل تر شان) قرار گرفته می توانند در معاملات نسیه (مداینات)، قروض و عقود و تا زمانیکه دارای یک قیمت باشند سود (ربا) نیست. و در ادامه او تعلیل می کند: تا وقت که در قیمت اختلاف نداشته باشند به تفاوت وزنی شان

<sup>1</sup>. بابرتی، العنایه شرح الهدایه ج 6 ص 442 - افندی، درالحکام فی شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 159 - لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فی الخلافة العثمانیة، مجلة الاحکام العدلیه، ماده (188).

<sup>2</sup>. بابرتی، العنایه شرح الهدایه ج 6 ص 442 - زرقاء، المدخل الفقهی العام ج 2 صص 924 - 925.

<sup>3</sup>. ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار ج 5 ص 88 - بابرتی، العنایه شرح الهدایه ج 6 ص 442 - ابن الهمام، فتح القدر ج 6 ص 442.

نگریسته نشده و اهمیت داده نمی شود و این عرف در عقول مردم، از عالم شان گرفته تا جاهل شان جا گرفته و فتوی به همین است بر اساس نظر امام ابویوسف در مورد نص معلل به عرف.

معنی سخن این است که تفاوت وزن و اتحاد قیمت علت نصی، را که زیادت را ربا می داند نفی می کند، بناء، در نزد امام ابویوسف رحمه الله حیثیت نص معلل به عرف را گرفته حکم آن به تبعیت عرف تبدیل می شود.<sup>1</sup>

3. فقهاء حنفی تصریح می دارند که قرض گرفتن و قرض دادن نان بصورت عددی در بین همسایه ها جائز است، بخاطری که این امر در بین شان متعارف است برای نیاز شان به آن و این نظر امام محمد رحمه الله است. بر این اساس قرض دادن نان جائز است هرچند که قرض از قرض نان وفاء از نظر وزن متفاوت باشد، درحالیکه نان از جمله اموال ربوی از صنف موزونات است و نصوص شرعی در مبادله اموال ربوی با جنس شان در وزن در موزونات و در کیل در مکیلات مساوات را ایجاب می کند و فضل زائد در یکی از عوضین نسبت به دیگری ربای حرام بوده مستلزم بطلان و فساد عقد است. این حکم در مورد اشیاء ششگانه ای وارد در حدیث شریف است و فقهاء کرام رحمهم الله بر آنها موارد را قیاس کرده اند که در وصف و علت به آنها مشابَهت دارند مانند مطعومات یا هر، دو مال که دو صفت مشترک (اتحاد جنس و اتحاد مقیاس) در آنها جمع شده باشد مانند نان و سائر معدنیات غیر از طلا و نقره.<sup>2</sup>

این تجویز بخاطری است که همسایه ها قرض های نان را عددی به قرض می دهند و می گیرند بدون اینکه در وزن شان نظر نمایند. امام محمد رحمه الله در این زمینه به عرف شایع استناد کرده احتجاج می کند که همسایه ها به تفاوت وزن توجه نداشته و این در بین شان متعارف است و فقط عدد را معتبر می دانند.<sup>3</sup>

علت نصوص عام شرعی در تحریم ربا همانا استرباح است که به این شیوه (طریق) متحقق نمی شود و حکم با علت خود دوران دارد. و در زمینه نص خاص که قرض گرفتن و قرض دادن نان را در بین همسایه ها بصورت عددی منع کند که در نتیجه این عرف در تصادم با نص صریح قرار گیرد موجود نیست؛ و معیار مدنظر در منع معامله سودی (ربوی) علت نصوص عمومی است و این علت در این عرف که در بین همسایه ها رواج دارد تحقق پیدا نمی کند، طوریکه تفاوت وزنی را در بین قرض های نان معتبر نمی دانند.<sup>4</sup>

فرع چهار – حالت تعارض عرف و اجتهاد :

<sup>1</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 119 – مرغینانی ، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی ج 3 ص 62 – زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 صص 925 – 926.

<sup>2</sup> مرغینانی ، الهدایة فی شرح بدایة المبتدی ج 3 ص 65 – بابر تی ، العنایة شرح البدایة ج 7 ص 37 – زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 صص 92 – 927.

<sup>3</sup> ابن عابدین ، ردالمحتار علی الدرالمختار ج 5 ص 185.

<sup>4</sup> زرقاء ، المدخل الفقہی العام ج 2 ص 127.

الف - اجتهاد مستند به قیاس نظری، استحسان و استصلاح: احکام اجتهادی را که مجتهدین فقهاء در موارد که نص شرعی وجود نداشته باشد به طریق استنباط و تخریج ثابت می کنند؛ یا از طریق قیاس نظری بر حکم که شارع به نص شرعی به اثبات رسانیده می باشد و یا از طریق استحسان و استصلاح در مورد که حکم مشابه منصوص علیه که بر آن قیاس شود وجود نداشته باشد.

نزدیک به اتفاق همه ای مجتهدین اسلامی حکم قیاسی را بخاطر عرف ترک کرده می شود، هرچند عرف حادث باشد. در این حالت فرض بر این است که عرف مستقیماً در تعارض با نص خاص و یا عام واقع نشده است و عرف غالباً دلیل حاجت و نیاز مردم به آن است، بناء نسبت به قیاس قویتر بوده و در وقت تعارض عرف را ترجیح داده می شود.<sup>1</sup>

ابن همام مؤلف فتح القدير - شرح هدایه می گوید : ان العرف بمنزلة الاجماع شرعا عند عدم النص.<sup>2</sup>

ترجمه: بدون تردید که عرف در شریعت در صورت عدم موجودیت نص حیثیت اجماع را دارد.

معلوم است که ترجیح عرف بر قیاس در نزد حنفی ها و مالکی ها از قبیل استحسان محسوب می شود و دلائل قیاسی را بخاطر موجودیت دلائل دیگری من جمله عرف ترک کرده می شود.

بناء، وقتیکه عرف را بر قیاس که مستند به نص شرعی غیر مباشر است، ترجیح داده می شود به طریق اولی بر استصلاح که مستند به هیچ نصی نمی باشد، بلکه مستند به مصلحت مجردی است که به حسب زمان، اوضاع و احوال تغییر می کند ترجیح داده می شود.<sup>3</sup>

مثال : بیع زنبور عسل و کرم پيله در نزد امام ابوحنیفه و امام ابویوسف رحمهما الله بخاطر که از حشرات از قبیل زنبور و غیره است جائز نیست، ولی امام محمد از اصحاب امام ابوحنیفه رحمهما الله به مالیت هر دو حکم کرده و بخاطر جاری بودن عرف مردم به خرید و فروش آنها بیع شان را جائز می داند.<sup>4</sup>

ب - قیاس مستند به علت عرفی: وقتیکه در فقه اسلامی عرف در برابر قیاس مستند به علت مشترک بین احکام منصوص علیه و احکام مقیس از این جایگاه برخوردار باشد، در صورتیکه علت قیاس مبتنی بر عرف باشد، به طریق اولی بر تبدیل و تغییر احکام قیاسی با تبدیل و تغییر عرف دلالت می کند، در این هنگام حکم به پیروی از تبدیل عرف تغییر می کند و تبدیل حکم به پیروی از تغییر عرف علاوه بر اینکه خروج از قیاس نیست بلکه مشایعت با آن است.

• در مذهب احناف در صورتیکه ثوب مغصوبه از طرف غاصب سیاه رنگ کرده شود در نزد امام ابوحنیفه رحمه الله عیب محسوب می شود و مالک اختیار دارد که آن را برای غاصب واگذارد و قیمت اش را همان طوری که غصب کرده است بدون رنگ بپردازد، یا اینکه ثوب را بگیرد و بر علاوه غاصب نقصان قیمت آن را که به اثر رنگ بوجود آمده است برای مالک

<sup>1</sup> . زرقاء ، المدخل فی الفقه الاسلامی ج 2 ص 931 - ابن عابدین ، رسائل ابن عابدین ج 2 ص 116.

<sup>2</sup> . ابن همام ، فتح القدير ج 7 ص 15.

<sup>3</sup> . زرقاء ، المدخل فی الفقه الاسلامی ج 2 ص 932.

<sup>4</sup> . بابرتی ، العنايه شرح البداية ج 6 ص 419.

بپردازد مطابق حکم عام قیاسی که در ارتباط به معیوب شدن مغضوب در نزد غاصب وجود دارد. بعداً وقتیکه در ارتباط به رنگ سیاه عرف مردم تغییر کرد و مردم به آن علاقه گرفتند و مورد توجه شان قرار گرفت بخاطری اینکه عباسیان آن را به عنوان شعار برگزیدند یاران امام ابوحنیفه (ابویوسف و محمد) رحمهم الله گفتند: رنگ کردن لباس به رنگ سیاه زیادت حساب می شود نه عیب به آن، بناء، حکم زیادت غاصب در مغضوب بر آن تطبیق می شود و مالک اختیار دارد که آن را در نزد غاصب گذاشته قیمت آن را غیر مصبوغ بپردازد یا گرفته و قیمت اضافی را برای غاصب بپردازد، این بخاطری محافظت و صیانت حق هر دو است. فقهاء مذهب تصریح کردند بر اینکه این اختلاف و امثال آن در بین امام ابوحنیفه و صاحبان رحمهم الله او از قبیل اختلاف عصر و زمان است نه اختلاف نظر و برهان؛ اگر امام ابوحنیفه رحمه الله در وقت تبدیل و تغییر عرف حیات می داشت به قول صاحبین فتوی می داد.<sup>1</sup>

• در سائرمذاهب: قرافی مالکی در کتاب الاحکام خود ذکر می کند که فتوی دادن به احکام که برمبنی عواید استوار اند با وجود تغییر آن عوائد خلاف اجماع و جهالت در دین است و هر آن حکم که پیروی از عوائد می کند در شریعت حکم آن در وقت تغییر عادت به حکم عادت جدید اقتضاء می کند تغییر می کند و این عمل اجتهاد جدید از جانب مقلدین نیست تا اینکه در آن اجتهاد را شرط کنیم؛ بلکه تطبیق قاعده ای است که مجتهدین به آن اجماع کرده و واجب می دانند که مطابق آن حرکت کرده شود.<sup>2</sup>

## مبحث دوم

### موقف عرف در تطبیق احکام و تغییر احکام مبتنی بر عرف با تغییر عرف

#### مطلب اول: عرف مرجع تطبیق احکام:

عرف مرجع تطبیق احکام است به این معنی که - در تطبیق احکام کلی بر حوادث جزئی به عرف مراجعه می شود. زمانیکه برای فقیه حادثه نمودار می شود می بیند که در مورد در شریعت اسلامی حکم کلی مطلق که بر آن و امثال آن تطبیق می گردد موجود است نه حکم مشخص و معین منطبق به آن پس در تطبیق همین حکم کلی بر حادثه جزئی به تحکیم عرف و عادت مراجعه می کند.<sup>3</sup>

هر حکمی که در شریعت مطلق وارد آمده است و حکم و دستوری در ارتباط به آن در شریعت و لغت موجود نباشد در زمینه به عرف رجوع می گردد. مانند حرز در سرقت، استیلاء در غصب و امثال آن.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن عابدین ، ردالمحتار علی الدرالمختار ج 6 ص 196 - بابر تی ، العنایه شرح البدایة ج 9 ص 344.  
<sup>2</sup> قرافی ، الاحکام فی تمییز الفتاوی عن الاحکام و تصرفات القاضی و الامام ص 218 - 219 جواب سوال (39) - ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 125.  
<sup>3</sup> ولی قوته ، العرف ، حجیته و اثره فی فقه المعاملات المالیه عند الحنابله ج 1 ص 270 .  
<sup>4</sup> سیوطی ، الاشباه و النظائر ج 1 ص 98.

عرف همانگون که مصدر تشریح احکام است مرجع تطبیق احکام شریعت اسلامی بر حوادث و وقائع جزئی نیز می باشد. به عنوان مثال عدالت شرط پذیرفت شهادت است، زیرا خداوند متعال می فرماید: (وَأَشْهَدُوا نَوِيَّ عَدْلٍ مِّنكُمْ)<sup>1</sup> ترجمه: و بر ( نگاهداری و یا جدائی ) آنان دو مرد عادل از میان خودتان گواه کنید، (تا اگر در آینده اختلافی روی دهد، هیچ يك از شوهر و همسر نتوانند واقعیت را انکار کنند). عدالت به نزد فقهاء؛ عبارت است ملکه ای است که دارند خود را به ملازمت تقوی و مروت {مجموعه صفات شائسته} و امیدارد. بنابر این، پس هر آنچه که تقوی و مروت انسان را مختل سازد، عدالت او را از بین برده است و آنچه که عدالت با آن از بین می رود با اختلاف زمان و مکان تفاوت پیدا می کند. به طور مثال شاطبی می گوید: برهنه کردن سر {برای مردان} برای اشخاص دارای مروت در مناطق شرقی کار بد است و بر خلاف در مناطق غربی کار بد نیست، بنا براین حکم آن با تغییر مکان تغییر می کند، پس سر برهنگی در نزد مردم شرقی عدالت انسان را از بین می ببرد، ولی در نزد مردم غربی هیچ گونه خدشه ای بر عدالت انسان وارد نمی کند.<sup>2</sup>

همچنین در تطبیق حکم وارد در نص نیز مرجع می باشد. چنانچه که خداوند متعال می فرماید: (وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>3</sup> ترجمه: بر آن کس که فرزند برای او متولد شده ( یعنی پدر ) لازم است خوراک و پوشاک مادران را ( در آن مدت به اندازه توانائی ) به گونه شایسته بپردازد. در این آیه مقدار نفقه بیان نشده است، بنابر این، برای تعیین اندازه آن به عرف رجوع می شود. امام جصاص در کتاب احکام القرآن خود در این باره می گوید: اگر زن افراط ورزید و بیشتر از نفقه ای را در خواست کرد که عرفا به امثال وی داده می شود، (آن مقدار اضافه) به او داده نمی شود و همین طور هم، اگر شوهر کمتر از میزان نفقه ای امثال زن خود به او داد، این کار وی حلال نیست و وی مجبور کرده می شود که نفقه ای را که عرفا به امثال زنش داده می شود به زن خود بدهد.<sup>4</sup>

در صورتیکه مال از حرز اش دزدیده (سرقه) شود شریعت اسلامی قطع دست سارق را واجب گردانیده است در حالیکه حرز را تعریف و بیان نکرده، بلکه آن را به عرف مردم واگذار نموده است؛ پس حرز مال با اختلاف زمان و مکان اختلاف پیدا می کند و شناخت آن به اساس عرف صورت می گیرد.

همچنان زمانیکه مبیعه معیوب باشد، شریعت اسلامی برای مشتری خیار عیب را ثابت دانسته است. شناخت عیب به عنوان نقیصه موجب نقص قیمت شی به عرف واگذار شده است و با اختلاف دیدگاه ها و تمایلات مردم اختلاف پیدا می کند.<sup>5</sup>

در این مقام قانون مدنی افغانستان در ماده 682 خود نیز خیار عیب را بدون شرط قبلی برای مشتری ثابت دانسته است.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> .سوره طلاق ، آیه 2.

<sup>2</sup> .شاطبی ، الموافقات ج 2 ص 489 - زیدان ، الوجیز در اصول فقه ، ترجمه : فرزاد پارسا ، ص 263 - نذیر ، علم اصول فقه ص 166-167.

<sup>3</sup> .سوره بقره ، آیه 233.

<sup>4</sup> . جصاص ، احکام القرآن ، ج 2 صص 105 - 106 - زیدان ، الوجیز در اصول فقه ، ترجمه : فرزاد پارسا ، ص 263 - نذیر ، علم اصول فقه ص 166.

<sup>5</sup> . شلبی ، اصول الفقه الاسلامی ج 1 ص 339.

## مطلب دوم: تغییر احکام مبتنی بر عرف، با تغییر عرف:

بدون تردید، همه احکام مبتنی بر عرف، با تبدیل و تغییر عرف تغییر می پذیرد؛ به این دلیل که حکم با علت خود هرطوریکه دوران کند دوران دارد؛ بناء به اساس اینکه حکم با علت خود دوران پیدا می کند با تغییر عرف بعنوان علت حکم، حکم نیز تغییر کرده و متحول می گردد.<sup>2</sup>

زمانیکه عرف را مبنی حکم قرار دادیم مسلماً که بعنوان علت حکم با تغییر عرف حکم نیز تغییر می پذیرد؛ و به همین منظور قاعده فقهی «لاینکر تغییر الاحکام بتغییر الزمان»<sup>3</sup> وضع گردیده است.

در این زمینه بین عرف عام و خاص که مبنی احکام قرار می گیرند کدام تفاوتی وجود ندارد، به این استثناء که عرف خاص به مکان معین و گروه خاص – در مکان و گروه که استقرار دارد – معتبر بوده و حاکمیت دارد و از مکان و گروه مورد استقرار خود متعدی نشده و تجاوز نمی کند.

بعض اوقات عرف لفظی یا عملی در یک موضوع معین موجود می باشد مانند تأجیل مقدار معین از مهر و کلمه فریضه شرعی که از یک محل تا محل دیگر اختلاف و فرق می داشته باشد؛ در این هنگام در هر محل همان عرف خاص شان تطبیق گردیده و جاری می باشد.<sup>4</sup>

احکام که با تغییر عرف قابل تغییر است، احکام مبتنی بر عرف و عادات است، به دلیل اینکه با تغییر زمان نیاز های مردم تغییر می خورد و بر اساس این تغییر عرف و عادت نیز متغیر می شود، برخلاف احکام مستند بر دلائل شرعی که بر عرف و عادت بناء نشده اند که آنها تغییر نمی خورند. تزکیه سری و علنی شهود و لزوم ضمان بر غاصب مال یتیم و مال وقف مبنی بر همین قاعده اند. امام اعظم ابوحنیفه رحمه الله تزکیه شهود را در دعوی مال تا زمانیکه از طرف خصم مورد طعن قرار نمی گرفتند لازم نمی دید، و سبب آن هم صلاح مردم زمان ایشان بود، اما صاحبان (امام ابو یوسف و امام محمد رحمه الله) وقتیکه در زمانه زندگی کردند که در آن زمان اخلاق حسنه رخت بسته و اخلاق فاسده فراگیر شده بود به لزوم تزکیه شهود نظر دادند و مجلة الاحکام نیز با پیروی از نظر ایشان تزکیه شهود را لازم می داند.

همچنان از قواعد شرعی است که اجرت و ضمان باهم جمع نمی شوند اما فقهاء متأخرین، زمان در عصر شان دیدند که مردم بی باکانه به غصب مال یتیمان و اوقاف مبادرت می ورزند و از هیچ فرصتی در این امر دریغ نمی ورزند، ضمان منافع اموال غصب شده ای از اموال وقف و یتیمان را برای قطع طمع و ورزان واجب دانستند.<sup>5</sup>

امام ابن قیم رحمه الله در بخش نوشوندگی فتوی بر اساس عوامل زمان، مکان و عادات می گوید: این بخش واقعا سودمند است، و به سبب کم اطلاعی و نا آگاهی از آن «نوعی حالت نا مطلوب مشقت زا و» عیبی

<sup>1</sup> وزارت عدلیه، قانون مدنی، ج 2 ماده (682).

<sup>2</sup> زرقاء، المدخل الفقهی العام ج 2 صص 894 – 895.

<sup>3</sup> لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحکام، ماده 39.

<sup>4</sup> زرقاء، المدخل الفقهی ج 2 ص 895.

<sup>5</sup> افندی، درر الحکام شرح مجلة الاحکام ج 1 صص 47 – 48.



عمده بر شریعت بارشده است، بدینگونه که منشأ محدودیتها، تنگناها و تکالیفی بی ربط شده که روح این شریعت تابناک که در بالاترین درجه مصالح قرار دارد، از چنین اموری بی خبر است.

زیرا بنمایه و زیربنای شریعت اسلام عبارت است از: حکمت و رعایت مصالح دنیوی و اخروی انسانها، و مجموعه شریعت، عدالت است و رحمت و مصلحت، بنابراین هر مسئله که از حوزه ای اعتدال، رحمت، مصلحت و یا حکمت، خارج و در دایره افراط، قهر، زیان و یا بیهودگی وارد شده باشد، ربطی به شریعت ندارد هرچند که در اثر تأویل «کژاندیشانه» بدان راه یافته باشد.<sup>1</sup>

در قرن سیزدهم هجری، علامه «ابن عابدین» سرآمد متأخران حنفی به نوشتن رساله مشهورش «نشر العرف فی بناء بعض الاحکام علی العرف» اقدام نمود و در ارایه نظرات خود در آن رساله اندیشه علمای مذهب احناف و فتاوی آنها در زمانهای مختلف را مبنی پژوهش و اساس نتیجه گیریهای خویش قرار داد. وی در این رساله سودمند می گوید:

بسیاری از احکام همراه با تغییر زمان، دچار تغییر می شود، این تغییر پذیری، نتیجه دگرگونی عرف و عادات اجتماعی مردم آن زمانها، پدیدآمدن نیازها و ضرورتهای نوین، یا فساد مردمان آن دوران می باشد. در چنین شرائطی چنانچه حکم به همان صورت قبلی خویش باقی می ماند، اجرای آن برای مردم، مشقت زا و زیانبار می شد، و با شیوه های شرعی که مبتنی بر سهولت و آسانی و دفع زیان و فساد می باشند، بر خورد و مخالفت پیدا می کرد.

بر این اساس مشاهده می کنیم که بزرگان مذهب فقهی، در بسیاری جاها که مبنی صدور حکم، شرائط خاص زمان پیشوای اصلی مذهب بوده است؛ به مخالفت به فتاوی امام مذهب خود پرداخته اند، چرا که آنان با جمع بندی شیوه های موجود در مذهب او، در یافته اند که چنانچه خود امام مذهب هم معاصر ایشان می بود، بی تردید، نظری موافق نظر آنان ارایه می کرد.<sup>2</sup>

و اینک نمونه های از تغییر فتوی و حکم در اثر تغییر محیط، زمان و شرائط:

نمونه اول تغییر شیوه برخورد عمر بن عبدالعزیز در قضاوت است که به زمان تصدی ولایت مدینه، به هنگام داوری چنانچه فرد مدعی یا یک نفر شاهد با خود به محکمه می آورد و خودش هم بر حقانیت خواسته اش سوگند یاد می کرد، به نفع وی حکم صادر می نمود، یعنی سوگند فرد دادخواه را به عنوان شاهد دوم می پذیرفت، اما هنگامی که خلافت را در دست گرفت و در پایتخت دولت در شام مستقر شد، فقط در صورت شهادت دو نفر مرد یا یک مرد و دو زن، به نفع مدعی حکم می کرد. وقتیکه در باره این تغییر شیوه از وی سؤال شد، در پاسخ گفت: وضعیت شامیان را با وضعیت اهالی مدینه متفاوت یافتیم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ابن قیم، اعلام الموقعین ج 3 ص 3. «فصل فی تغییر الفتوی و اختلافها بحسب تغیر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنیات والعوائد».

<sup>2</sup> ابن عابدین، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 125.

<sup>3</sup> ابن قیم، اعلام الموقعین ج 3 ص 85.

این شیوه قضاوت عمر بن عبدالعزیز در شام با روایتی که می گوید : پیامبر صل الله علیه وسلم یک نفر شاهد و سوگند را ملاک قضاوت قرار می داد، منافاتی ندارد، زیرا قضاوت پیامبر صل الله علیه وسلم بدان شیوه، دلیلی است بر مجاز بودن آن و نه واجب و لازم بودن آن.

یعنی مطابق این روش پیامبر صل الله علیه وسلم، با حضور یک شاهد و سوگند مدعی، قضاوت در برخی احوال جائز است، چنانچه ترک این روش نیز بنا به ملاکهای معتبر همانگونه که عمر بن عبدالعزیز انجام داد، در برخی حالات دیگر مجاز و بلا مانع است.

البته باید گفت رد کامل این حدیث – علی رغم صحت آن مبنی بر ملاک بودن یک شاهد و سوگند – و مخالفت با معیار قرار گرفتن آن در همه شرائط و احوال، ناشی از بی پروائی و گستاخی است.<sup>1</sup>

دوم نمونه ای است که آن را ابن عابدین نقل می کند. وی می گوید : ابوحنیفه رحمه الله، شهادت دادن فرد مستور الحال را در عهد نسل پیش از تابعین می پذیرفت و به عدالت ظاهری فرد اکتفاء می کرد، اما پس از گذشت این دوره، دو شاگرد و همراه همیشگی وی (ابو یوسف و محمد) به علت رواج پیدا کردن دروغگویی در جامعه، پذیرش شهادت چنین فردی را ممنوع ساختند.<sup>2</sup>

فقهای حنفی در باره موارد این چنینی، که میان پیشوی مذهب و یاران وی، اختلاف شاهد می گردد چنین گفته اند: اختلاف «در» عصر و زمان است نه در دلیل و برهان.

از فقیه علامه «ابومحمد فرزند ابوزید قیروانی» صاحب کتاب «الرسالة المشهورة في فقه المالكية» و مفتی همین مذهب در زمان خود نقل می کنند که وی سگی را برای نگرهبانی به خانه اش آورد، برخی از علماء مالکی به وی اعتراض نمودند و گفتند: چگونه چنین کاری می کنی و حال آنکه مالک آن را ناپسند می دانیست؟ وی در پاسخ گفت: اگر مالک در زمان ما می بود، حتما یک شیر درنده انتخاب می کرد.

به طور کلی نتیجه پژوهشها نشان می دهد که در همه مذاهب رائج، نمونه های فراوانی وجود دارد که با تغییر اسباب و موجبات فتوی مانند – مکانها، زمانها، اوضاع و شرائط و عادات اجتماعی، فتاوی هم به وسیله علمای همان مذهب تغییر کرده اند.

این البته به این معنی نیست که فتوی دهندگان اقدام به نو آوری در دین و بدعت سازگاری کرده اند، استغفرالله! بلکه این امر ریشه در سیره پیامبر صل الله علیه وسلم و صحابه بعدا از ایشان رضوان الله علیهم دارد.<sup>3</sup>

ابن ابی شیبیه با سند خود روایت می کند که مردی به ابن عباس مراجعه کرد و گفت : *المن قتل مؤمنا توبة؟ قال: لا، الی النار، فلما ذهب قال له جلسائه: ما هكذا كنت تفتینا، فما بال هذا اليوم؟ قال: انی احسبه مغضبا یرید ان تقتل مؤمنا، فبعثوا فی اثره، فوجدوا کذالک – رجاله ثقات.*<sup>1</sup>

<sup>1</sup> قرضای ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا صص 387 – 388.

<sup>2</sup> ابن عابدین ، مجموعه رسائل ابن عابدین ج 2 ص 126.

<sup>3</sup> قرضای ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا صص 388 – 389.

ترجمه: آیا توبه فردی که مسلمانی را به قتل برساند، قابل پذیرش خواهد بود؟ در پاسخ گفت: خیر، توبه اش مردود و وی جهنمی خواهد بود. پس از رفتن آن مرد، اطرافیان به وی گفتند: بیشتر فتوی دیگری برای ما صادر کرده بودی، جریان فتوی امروز چگونه است؟ گفت: زیرا این شخص به نظر فردی عصبانی آمد که در صدد کشتن مؤمنی بود. وقتی در باره وی تحقیق کردند، دیدند ابن عباس درست گفته است.

ابن عباس، کینه و نفرت، خشم و آمادگی روانی قتل را از چشمان آن مرد خواند و فهمید که انگیزه پرسش این مرد «نه اطلاع از حقیقت موضوع بلکه» فقط دریافت فتوایی بود که در توبه را بعد از ارتکاب جرم باز اعلام کند؛ این بود که با اقدام پیشگیرانه وی را از خواسته اش پشیمان ساخت و راه را بر وی بست مبادا که دست به انجام چنین گناه کبیره ای ایمان زدا و دین سوزی بیالاید. و اگر آثار پشیمانی فردی قاتل را در چهره ای وی می دید، بی شک در امیدواری را به روی او می گشود.<sup>2</sup>

در همین باره سعید بن منصور از سفیان نقل می کند که گفت: کان اهل العلم اذا سئلوا عن القاتل، قالوا: لاتوبة له، و اذا ابتلى رجل قالوا له: تب.<sup>3</sup>

ترجمه: هنگامی که در مورد انجام قتل از علماء نظرخواهی می شد در جواب می گفتند: توبه قاتل پذیرفته نخواهد شد. و هنگام که فردی مرتکب قتل می گردید، «یعنی: قتل عملاً صورت گرفته بود» به وی می گفتند: توبه کن، فرصت توبه هنوز باقی است.

در رابطه به همین موضوع، حدیثی است که ابوداود آن را از ابوهیره روایت می کند. وی می گوید: ان رجلا سئل النبي صل الله عليه وسلم عن المباشرة للصائم فرخص له و اتاه آخر فسئله فنهاء. فاذا الذي رخص له شيخ و الذي نهاه شاب.<sup>4</sup>

ترجمه: مردی در مورد مغزله و بازی با همسر در حال روزه از پیامبر صل الله عليه وسلم سؤال کرد، پیامبر به وی اجازه داد... فرد دیگری به ایشان مراجعه نمود و نظر پیامبر صل الله عليه وسلم را در باره همان موضوع جویا شد اما پیامبر وی از آن کار منع کرد. آنکه پاسخ مثبت دریافت کرد، فردی سالخورده، و آنکه جواب منفی گرفت فردی جوان بود.

از همه مشهورتر اینکه: پیامبر صل الله عليه وسلم با عنایت به تفاوت حالات سؤال کنندگان به یک پرسش، پاسخهای گوناگونی می داد، چرا که وی معمولاً به هر فردی جوابی می داد که مناسب وضعیت وی بوده، و قصور یا تقصیر وی را علاج نماید.

به عنوان نمونه می بینیم که فردی خدمت پیامبر صل الله عليه وسلم می رسد و از ایشان تقاضای سفارشی جامع و نصیحتی کامل می کند، پیامبر در پاسخ می فرماید: «عصبانی مشو و بر اعصاب مسلط باش». در

1. ابن حجر ، التلخیص الحبیر فی تخریح احادیث الرافعی الکبیر ج 4 ص 454 ح ش 2084.

2. قرضاوی ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا ص 391.

3. ابن حجر ، التلخیص الحبیر فی تخریح احادیث الرافعی الکبیر ج 4 ص 454 ح ش 2084.

4. ابو داود ، سنن ابوداود ج 2 ص 312 ح ش 2387 – ابن حجر ، التلخیص الحبیر فی تخریح احادیث الرافعی الکبیر ج 2 ص 424 ح ش 889.

پاسخ همین تقاضا به فردی دیگری چنین می فرماید: (بگو: به خداوند ایمان دارم، سپس استقامت و شکیبائی پیشه کن «یعنی بر عهد بندگی و فرمانبری که با خدایت بسته ای، همواره پایدار و استوار بمان»). و در پاسخ دیگری می فرماید: «زبان‌ت را کنترل کن».

و به همین ترتیب برای هر انسانی داروئی تجویز می کردند که برای بیماری وی شفا بخش تر، و با وضعیت وی سازگارتر و مناسبتر به نظر می آمد.

این مطلب و گفته های پیشین نشان می دهند که تغییر پاسخ با تغییر حالات سؤال کنندگان، یک اصل و یک قاعده می باشد.<sup>1</sup>

و بالاخره به عنوان نمونه دیگری از همین دست، می توان به حدیثی اشاره نمود که بخاری در صحیح خود از ابوهریره رضی الله عنه روایت کرده است؛ وی می گوید: ان رسول الله صل الله علیه وسلم سئل ای العمل افضل فقال: ایمان بالله و رسوله، قیل: ثم ماذا؟ قال: الجهاد فی سبیل الله، قیل: ثم ماذا؟ قال حج مبرور.<sup>2</sup>

ترجمه: از پیامبر صل الله علیه وسلم سؤال شد ارزشمندترین کارها چه کاری است؟ فرمود: «ایمان آوردن به خدا و پیامبرش». بعد از آن چه کاری؟ فرمود: «جهاد در راه خدا». و پس از آن؟ فرمود: «حج داوطلبانه».

می بینیم که پیامبر صل الله علیه وسلم پس از ایمان، جهاد در راه خدا را ارزشمندترین کارها به شمار می آورد. در همین رابطه احادیث بسیاری وجود دارند که در جواب پرسشگران، جهاد را به عنوان کاری معرفی می کنند که هیچ عملی دیگری با آن برابری نمی کند مگر کسی که همواره روزه دار بوده و از افطار خودداری کند و تمام شب را در حال بیداری و عبادت بگذراند.<sup>3</sup>

اما خود امام بخاری از ام المؤمنین عایشه رضی الله عنها روایت می کند که خدمت پیامبر صل الله علیه وسلم عرض کرد: «یا رسول الله، نری الجهاد افضل العمل، افلا نجاهد؟ قال: لا، لکن افضل الجهاد حج مبرور».<sup>4</sup>

ترجمه: ای پیامبر خدا ... ما جهاد را برترین اعمال می دانیم، آیا جهاد کنیم؟ پیامبر فرمود: جهاد اگرچه ارزشمندترین عمل می باشد اما این برتری در حق مردان است، ولی برای زنان برترین جهاد، حج داوطلبانه است.

کلمه لکن برای تصحیح و جبران به کار می رود، اما در هر حال در اینجا مراد یکی است و مفهوم حدیث طوری است که بیان گردید.

در اینجا می بینیم که فتوی و پاسخ پیامبر صل الله علیه وسلم، از آنجا که سؤال کننده یک زن می باشد، تغییر کرده است چرا که مسئله حمل سلاح در اصل متوجه مردان جامعه می باشد. اینها همه – و دیگر نمونه

1. قرضای، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه: بهرامی نیا ص 390.

2. بخاری، صحیح البخاری ج 1 ص 14 ح ش 26.

3. قرضای، ویژگیهای کلی اسلام؛ ترجمه: بهرامی نیا ص 391.

4. بخاری، صحیح البخاری ج 2 ص 133 ح ش 1520.

های فراوان – نشان می دهند که تغییر پاسخ یا فتوی به تناسب تغییر وضعیت سؤال کنندگان، یک اصل می باشد، چه رسد به اینکه زمان و مکان دگرگون شوند.<sup>1</sup>

## فصل چهارم

### تطبیقات اعتبار عرف در قوانین افغانستان و نقش آن در ساحه حقوق جزاء

#### تمهید

قوانین افغانستان در دو مقام و از دو نگاه به عرف نگریسته و آن را معتبر دانسته است:

مقام و نگاه اول: قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی تصریح می دارد که:

تسويد کنندگان مکلف اند حين تسويد سند تقنینی، اصول ذیل را رعایت نمایند:

1 . احکام دین مقدس اسلام؛

2 . تحقق نص، یا روح قانون اساسی؛

3 . معاهدات و میثاقهای بین المللی که افغانستان به آن ها الحاق نموده است؛

4 . رعایت خطوط اساسی سیاست کشور؛

5 . تحکیم حاکمیت قانون؛

<sup>1</sup>. قرضاوی ، ویژگیهای کلی اسلام ؛ ترجمه : بهرامی نیا ص 391.

6. پیشرفت اقتصادی، اجتماعی، حقوقی، سیاسی و فرهنگی کشور؛

7. حفظ حقوق و آزادی های اتباع کشور؛

8. عرف سالم جامعه؛

9. توازن بین حفظ ثبات و تکامل نظام حقوقی.<sup>1</sup>

این ماده که در مقام تبیین و توضیح مکلفیت های تسوید کنندگان قانون وضع شده است تصریح می دارد که تسوید کنندگان قانون، باید حین تسوید و ترتیب مسوده سند تقنینی از جمله، عرف سالم جامعه را در نظر بگیرند، بلکه مکلف به رعایت عرف سالم جامعه می باشند تا سند تقنینی از نطفه در مطابقت با عرف سالم جامعه قرار گرفته و بازتاب دهنده وضعیت و حالات جامعه افغانی باشد.

با در نظر داشت ماده فوق در مرحله قانونگذاری باید که عرف سالم جامعه را در نظر گرفته شود و اینکه با کدام شرایط، عرف مد نظر تسویدکنندگان قانون باشد در زمینه ماده (3) قانون اساسی را به بررسی می گیریم:

ماده (3) قانون اساسی افغانستان: در افغانستان هیچ قانونی نمی تواند مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام باشد.

از جمله موارد که از صراحت ماده فوق بوضوح دانسته می شود این است که؛ قانونگذار و تسویدکنندگان قانون به اساس ماده (18) قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی تا حدی مکلف به رعایت عرف سالم جامعه افغانی اند که مخالف معتقدات و احکام دین مقدس اسلام نباشد؛ یعنی باید عرف سالم جامعه را در قدم نخست با معیار شریعت به بررسی گرفته و به ترازوی شرع وزن کرده، بعدا در صورت عدم مخالفت با معتقدات و احکام شریعت آن را رعایت نمایند.

مقام و نگاه دوم: بعد از مرحله قانونگذاری در مقام تطبیق؛ قوانین افغانستان در موارد مختلف به عرف توجه داشته و صراحتا یا ضمنا به آن اعتبار می دهد، مواردی است که در مواد قوانین توضیح، تطبیق، تعریف و ... آن را به عرف واگذار کرده است. 1 - موارد که صراحتا به عرف محول گردیده مثالهای تطبیقی آن در این بخش زیر عنوان تطبیقات عرف در قوانین افغانستان و در لابلای بحث ها به بررسی گرفته می شود. 2 - موارد که ضمنا به عرف محول گردیده است؛ طوریکه در ماده (130) قانون اساسی افغانستان آمده است: (محاکم در قضایای مورد رسیدگی، احکام این قانون اساسی و سائر قوانین را تطبیق می کنند.

هرگاه برای قضیه ای از قضایای مورد رسیدگی، در قانون اساسی و سائر قوانین حکمی موجو نباشد، محاکم به پیروی از احکام فقه حنفی و در داخل حدودی که این قانون اساسی وضع نموده، قضیه را به نحوی حل و فصل نمایند که عدالت را به بهتری وجه تأمین نمایند)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>. وزارت عدلیه، قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی، ماده (18).

در ماده ذکر شده می بینیم که قانون اساسی افغانستان در رسیدگی به قضایای که در قانون اساسی و سایر قوانین حکمی در زمینه موجود نباشد محاکم را مکلف به پیروی از احکام فقه حنفی نموده است، البته در داخل حدود که قانون اساسی وضع کرده و قضیه طوری حل و فصل شود که عدالت را به بهترین وجه ممکن تأمین نماید.

زمانیکه محکمه در این صورت مکلف به رعایت احکام فقه حنفی گردید و عرف با در نظرداشتن شرائط آن در فقه حنفی از جایگاه ویژه و بخصوصی برخوردار است و نیز احکام زیادی در فقه حنفی موجود است که بر مبنی عرف و عادت استوار است و محاکم حین تطبیق احکام فقه حنفی باید در این قسمت توجه نموده و به شکل واقعی آن را در نظر داشته باشند.

### مطلب اول: تطبیقات اعتبار عرف در مواد قانون مدنی و قانون اصول محاکمات مدنی:

1 - ماده 2 - ق.م.ا: در مواردیکه حکمی در قانون و یا اساسات فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید، مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد.

ارزش عرف به عنوان یک قاعده حقوقی از دیدگاه نظام های حقوقی مدون و غیر مدون و همچنان از نظر نظام حقوقی افغانستان در زمینه حقوق خصوصی و حقوق جزاء متفاوت است.

از نظر نظامهای حقوقی غیر مدون از قبیل حقوق انگلستان، عرف نتیجه آراء و تصامیم قضائی محاکم و یکی از آثار و تجلیات رویه قضائی است و از نظر این نظام های حقوقی برای ایجاد عرف قضائی که مصدر حقوق شمرده می شود لازم است که عادت و رسوم متداول مردم در جامعه، چندین بار در آرای محاکم انعکاس و بازتاب یابد و به عنوان یک قاعده حقوقی قبول شود. بنابر این، در این نظام های حقوقی عرف که مصدر حقوق شمرده می شود، آن عده عادات و رسوم مردم در جامعه است که مورد احترام و قبول محاکم قرار گرفته و به قواعد حقوقی تبدیل شده باشد. اما در نظام های حقوقی مدون مانند حقوق فرانسه و حقوق افغانستان چون محاکم مکلف به اعمال قانون و اجرای قواعد حقوقی هستند، از پیش خود نمی توانند قواعد حقوقی جدیدی را ایجاد کنند، بلکه نقش عرف از نظر این نظام ها به خصوص نظام حقوقی افغانستان این است که در مواردی که حکم صریح در قانون و سپس در فقه حنفی یافت نشود محاکم با استفاده از عرف مشهور و مسلم قواعد حقوقی را استخراج کرده و مفاد آن را محترم بشمارند.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> وزارت عدلیه، قانون اساسی افغانستان ماده (130).

<sup>2</sup> نذیر، حقوق جزای عمومی ص 1 ج 92.

2 - ماده 9 - ق.م.ا: (1) شخصیکه از حق خود تجاوز نماید، ضمان بر او لازم می گردد. (2) تجاوز از حق در موارد آتی بوجود می آید:

1 - اعمال مخالف عرف و عادت.

2 - داشتن قصد تعرض بر حق غیر.

3 - جزئی بودن مصلحت شخص نسبت به ضرریکه به غیر وارد می سازد.

4 - غیر مجاز بودن مصلحت.

با در نظر داشت حکم ماده (9) قانون مدنی کسی که از حق خود تجاوز کند ضمان بر او لازم می گردد و یکی از موارد که تجاوز از حق محسوب می گردد به اساس بند (1) فقره (2) ماده مذکور همانا انجام اعمال مخالف عرف و عادت است.

و عرف و عادت را یکی از معیار های تشخیص تجاوز از حق قرار داده شده است.

مثال ها:

الف : اگر مستأجر دابه و اسپ را غرض انتقال اموال خود بدون تعیین مقدار و اندازه مال اجاره گرفته باشد اما مستأجر به اعمال مخالف عرف و عادت منطقه مبادرت ورزیده و خارج از طاقت و توان دابه و اسپ مذکور بار نماید - روز و شب متواتر در سفر ادامه دهد بالاثر دابه مذکور هلاک و از بین برود مستأجر مذکور متجاوز از حق قانونی شناخته شده ضمان بر او لازم می گردد.

ب : هرگاه شخصی در یک محل یک اندازه زمین مزروعی آبی داشته باشد و زمین خود را بصورت غیر عادی طوریکه تحمل جذب آن را نداشته باشد مخالف عرف و عادات منطقه مذکور آبیاری نماید و در نتیجه آب زیادی آن بر اطراف سرازیر گردیده زمین های اطراف همجوار از آن متضرر گردد در این صورت اعمال شخص زمیندار مذکور مخالف عرف و عادت منطقه بوده و نامبرده بحیث متجاوز از حق خود و مقصر شناخته شده مطابق حکم بند (2) ماده (9) این قانون ضمان بر او لازم می گردد.<sup>1</sup>

3 - ماده 35 - ق.م.ا : احکام قانون خارجی به نحویکه در موارد قبلی این قسمت تصریح گردید، در حدودی قابل تطبیق می باشد که مخالف نظام عامه یا آداب عمومی در افغانستان نباشد.

نظم عمومی - آن دسته از قواعد حقوقی از امور مربوط به نظم عمومی محسوب می شوند که مصلحت عمومی از تحقق آنها انتظار رود، خواه مصلحت مذکور سیاسی باشد یا اقتصادی یا اجتماعی.

اموری که مربوط به نظام اجتماعی هستند و برتر از مصالح فردی می باشند؛ لذا رعایت و تحقق آنها بر تمامی افراد لازم است.

<sup>1</sup>. راجی ، لکچر نوت مضمون قانون مدنی جلد اول ص 12 ماده (9).



اما اخلاق حسنه - آداب عامه - در امتی معین یا گروه معین، مجموعه قواعدی است که مردم مطابق اصول اخلاقی حاکم بر روابط اجتماعی، خود را ملزم به تبعیت از آن می دانند. این اصول تربیتی، زائیده معتقداتی است که از پیشینیان و عادات ریشه دار و عرف و آنچه مردم در برابر آن خاضع اند، به نسل بعدی رسیده است.<sup>1</sup>

4 - ماده 101 - ق.م.ا: (1) کل یا قسمتی از مهر، حین عقد طور معجل یا مؤجل تعیین شده می تواند. (2) در صورت عدم تصریح، به عرف رجوع می گردد...

از نص ماده مذکور دانسته می شود که طرفین عقد می توانند کل یا قسمتی از مهر را طور معجل تعیین کنند ولی در صورتیکه معجل یا مؤجل بودن کل یا بخشی از مهر در حین عقد تعیین نگردد به عرف رجوع می گردد. یعنی در صورتیکه در عرف کل یا مقدار مشخص از مهر بصورت معجل و متباقی بصورت مؤجل پرداخت می گردید و در حین عقد به این امر تصریح نگردید مطابق عرف کل مهر را معجل یا قسمتی از آن را معجل و متباقی را با در نظر داشت عرف مؤجل دانسته می شود که محل رفع نزاع است.

5 - ماده 387 - ق.م.ا: ناظر مکلف است تمام مصارف را مطابق به طرزالعملی که محکمه تعیین نموده بعمل آرد، مگر اینکه عرف جاریه مخالف آن باشد.

طوری مثال: - موضوع مال وقف را یک آپارتمان چهار طبقه ای تشکیل می دهد که وقف کننده منفعت کرایه هر ماهه ای چهار طبقه ی را که بالغ به چهل هزار افغانی شود برای چهار نفر معیوبین قریه خود وقف نموده باشد و محکمه طوری تعیین نموده باشد که مصارف مستحقین را در هر سه ماه توزیع نماید، ناظر مکلف است که مصارف را مطابق به طرزالعملیکه محکمه تعیین نموده بعمل آرد مگر اینکه عرف جاریه محل آپارتمان مخالف آن بوده و بلکه مصارف و کرایه در اخیر هر ماه جمع آوری و برای مستحقین توزیع و به مصرف می رسد، چنین طرزالعملی نیز صحت دارد.<sup>2</sup>

6 - ماده 506 - ق.م.ا: (1) عقد به ایجاب و قبول طرفین منعقد می گردد. (2) ایجاب و قبول عبارت است از الفاظی که در عرف برای انشاء عقد استعمال می گردد.

7 - ماده 509 - ق.م.ا: 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 صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند. به اشاره معروف اُخرس (گنگ) نیز بیع منعقد میگردد.

اشاره معروف گنگ مانند اظهار نظر به زبان است. بدون شک، اشاره او مانند اشاره کردن به دست یا ابرو مانند بیان به زبان محاسبه می گردد؛ اگر اشاره معروف گنگ معتبر دانسته نشود معاملات اش صحیح پنداشته نمی شود و به حرج واقع شده و منجر به مرگ اش می شود. از اطلاق این ماده دانسته

<sup>1</sup> سنهوری، دوره حقوق تعهدات؛ ترجمه: دادمزلی و دانش کیا، ج 1 صص 262 - 263.  
<sup>2</sup> راجی، لکچر نوت مضمون قانون مدنی جلد اول ص 229 ماده (387).

می شود که اشاره اخرس، عالم به کتابت باشد یا نباشد مدار اعتبار است و کتابت و اشاره از نظر دلالت در حقیقت در یک درجه قرار دارند.<sup>1</sup>

در فقرة (1) ماده (90) قانون مدنی جدید مصر آمده است:

( 1 - اعلام اراده با لفظ، کتابت یا با اشاره های متداول عرفی ممکن است؛ همچنان که با اتخاذ وضعیتی که اوضاع و احوال در دلالت آن بر حقیقت مقصود شکی ایجاد نکند، ممکن می باشد).

گاه اعلام صریح به واسطه اشاره متداول عرفی صورت می گیرد. اشاره غیر مبهم فردی که تلفظ برای او ممکن نباشد؛ اعلام صریح اراده او است و هر گونه اشاره ای از غیر او که مردم از آن معنی خاص را در یابند اعلام صریح اراده محسوب می شود؛ مانند پائین آوردن عمودی سر، که دلالت بر قبول و بالا بردن آن که دلالت بر عدم قبول دارد.<sup>2</sup>

8 - فقرة 2 ماده 522 - ق.م.ا: اگر طرفین در مورد مسائلی که قبلاً موافقه بر آن حاصل نگردیده اختلاف داشته و اقامه دعوی نمایند محکمه در چنین حالت با در نظرداشت طبیعت معامله مطابق به احکام قانون عرف و عدالت حکم می نماید.

- متن ماده مذکور در پهلوی قانون، عرف را نیز مرجع حل و فصل دعوی نامبرده شده، دانسته تصریح می کند که محکمه با در نظرداشت طبیعت معامله مطابق احکام قانون، عرف و عدالت حکم می کند.

ماده (95) قانون جدید مصر می گوید: ( هر گاه طرفین در تمامی مسائل ماهوی عقد به توافق برسند و توافق در مسائل تفصیلی را به بعد واگذارند و شرط نکنند که در صورت عدم توافق در باره این مسائل عقد منعقد نمی گردد، عقد تمام فرض می شود. و اگر بعداً در مسائل تفصیلی به توافق نرسند، محکمه مطابق با طبیعت معامله، قوانین، عرف و عدالت به قضاوت خواهد نشست).

آنچه باید در خصوص حالتی که در این ماده بدان اشاره شده مورد توجه قرار گیرد، این است که طرفین مسائلی را معین می کنند که در آنها توافق نکرده اند و قرار می گذارند که بعداً در باره آنها به توافق برسند که بعداً به توافق دلخواه نمی رسند؛ ولی عقد منعقد شده تلقی می گردد. آنچه این حکم را توجیه می کند آن است که این مسائل، جزء مسائل اصلی و ماهوی دخیل در عقد نمی باشد و قانون فرض کرده که قصد طرفین، حتی در صورت بروز اختلاف میان آنها پیرامون این مسئله، به انعقاد عقد تعلق گرفته است؛ البته مادامی که طرفین، خود شرط نکرده باشند که در صورت عدم توافق عقد منعقد نمی گردد. چنین تفسیر معقولی از قصد طرفین قرارداد، قانون را مجاز می شمارد که به قاضی اختیار دهد که در موارد اختلافی، مطابق طبیعت معامله، احکام و مقررات قانونی، عرف و عدالت قضاوت نماید.

به طور مثال هرگاه مؤجر و مستأجر در عقد اجاره ای بر مسائل ماهوی توافق نمایند، از جمله توافق بر عین مستأجره، اجاره بها، مدت اجاره و سائر شروط اصلی، ولی در اینکه چه کسی باید دستمزد (اجرت)

<sup>1</sup> افندی، در الاحکام فی شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 70 ماده (70) - راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی ج 2 کتاب اول ص 11 ماده (509).

<sup>2</sup> سنهوری، دوره حقوق تعهدات؛ ترجمه: دانشکجا، ج 1 صص 89، 90.

نگهبانی یا دربان و یا آب بها را بپردازد - که معمولاً مبلغ ناچیزی است - دچار اختلاف شوند و شرط نیز نکرده باشند که در صورت عدم توافق عقد منعقد نمی شود، رواست که قانون فرض نماید که طرفین عقد اجاره را منعقد کرده اند و حکم در خصوص مسائل فرعی را به قاضی واگذار کرده تا در صورت عدم توافق، وی مطابق عرف قضاوت نماید.<sup>1</sup>

9 - فقره 1 ماده 531 - ق.م.ا: تأدیه بیعانه حین ابرام عقد دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود مگر اینکه موافقه طرفین و یا عرف خلاف آن را تصریح کرده باشد.

طور مثال - یک تاجر از تاجر دیگری از روی نمونه ارائه شده مقدار یک صد سیر بادام کاغذی عبدالواحدی را از قرار فی سیر مبلغ پنج هزار افغانی خرید و فروش نموده به موافقه می رسند که مشتری مبلغ ده هزار افغانی طور بیعانه<sup>2</sup> برای بایع تأدیه نماید، این تأدیه بیعانه حین ابرام عقد دلیل بر قطعیت عقد شمرده می شود مگر اینکه موافقه طرفین و یا عرف خلاف آن را تصریح کرده باشد؛ در آن صورت تأدیه بیعانه دلیل بر قطعیت عقد شمرده نمی شود، بلکه تأدیه بیعانه یک نوع کسب اعتماد و تضمین به ابرام عقد محسوب می گردد، البته ابرام عقد بعد از رویت بادام و پسند مشتری و وزن و تسلیمی آن به مشتری قطعیت یافته مشتری مکلف است پول باقیمانده را بعد از وضع بیعانه از اصل پول قیمت مبیعه مذکوره به بایع بپردازد.<sup>3</sup>

10 - ماده 607 - ق.م.ا: شرط مناسب با عقد یا شرطیکه عقد مقتضی آن بوده یا حکم عقد را مؤکد گرداند، همچنان شرطیکه موافق با تعامل جاریه بوده و یا منافی اقتضای عقد نباشد، صحیح پنداشته می شود.

طور مثال - مشتری چرم را از نزد بایع صنعتگر بخرد به شرط که بایع آن را موزه تیار کند و یا پوست قره قولی را از پوست فروش و پوست دوز بخرد به شرط که بایع آن را کلاه بسازد؛ این شرط ها موافق عرف جاریه محیط است، چنین شرطی صحت دارد.<sup>4</sup>

11 - ماده 610 - ق.م.ا: شرط غیر مناسب با عقد یا شرطیکه عقد مقتضی آن نبوده یا حکم عقد را مؤکد نگرداند، همچنان شرطیکه موافق با تعامل جاریه نبوده و یا در آن فریب بکار رفته باشد، شرط فاسد پنداشته می شود.

مطابق ماده فوق بر علاوه دو مورد فوق اگر شرط موافق با تعامل جاریه نبوده باشد نیز از جمله شروط فاسد محسوب می شود؛ به طور مثال - هرگاه مشتری کرباس و یا تکه کالائی را به شرطی از بایع

<sup>1</sup> همان اثر ، صص 123 ، 124.

<sup>2</sup> مقدار از ثمن است که از باب اطمینان بایع از طرف مشتری به او پرداخت می شود خواه تسلیم مبیع ، مدت داشته باشد (مانند بیع سلم) خواه مدت نداشته باشد ولی آوردن مبیع و تحویل دادن آن نوعاً مستلزم زحمت و یا هزینه باشد. لنگرودی ، ترمینولوژی حقوق ص 122 کلمه شماره (970).

<sup>3</sup> راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی ج 2 کتاب اول ص 22 ماده (531).

<sup>4</sup> همان اثر ، ص 53 ماده (607).

بخرد که او برش و برایش پیراهن بدوزد، این شرط موافق تعامل جاریه و عرف نمی باشد، بناء شرط فاسد پنداشته می شود.<sup>1</sup>

12 - ماده 697 - ق.م.ا: عقد بر آنچه که شامل آن بوده و حسن نیت مقتضی آن باشد، نافذ می گردد. همچنان عقد علاوه از اینکه طرفین را به آنچه در عقد وارد گردیده ملزم می سازد، شامل تمام آنچه طبیعت و جیبه مطابق با حکم قانون، عرف و عدالت مقتضی آن باشد، نیز می باشد.

هرگاه شخصی تعمیری را در وزیراکبرخان غرض سکونت خریداری نماید، در بیع مذکور تمام منافع و ملحقات آن از قبیل قفلهای که میخ گردیده و الماری های که نصب شده و رف های که مساعد برای گذاشتن ظروف باشند و باغچه که داخل حدود باشد داخل می شود، و نیز راه که به راه عام وصل گردد با پیاده خانه و آشپزخانه بدون ذکر شامل می شود، زیرا طبیعت مبیعه و وجیبه (خانه وزیر اکبرخان) مطابق با حکم قانون، عرف مردم و مقتضی عدالت این است که منافع و ملحقات آن شامل عقد می گردد.<sup>2</sup>

13 - ماده 721 - ق.م.ا: عادت عام باشد یا خاص مدار حکم قرار داده می شود.

این ماده به صراحت بیان می کند که عرف عام و خاص مدار و مبنی حکم قرار گرفته می تواند و محکمه می تواند به عرف مشروع که عام باشد یا خاص استناد نماید.

14 - ماده 722 - ق.م.ا: عادت وقتی اعتبار داده می شود که عمومیت یا اغلیبیت داشته باشد. اعتبار به اغلیبیت شایع داده می شود نه اغلیبیت نادر.

الف: مثلاً - شخصی همراه خیاط و یا نجار و معمار قرارداد اجرای مربوط خود را می نماید، عادتاً و عموماً تهیه سامان و ادوات خیاطی بدوش خیاط و از نجاری بدوش نجار و از معمار بدوش بناء می باشد نه بدوش صاحب کار؛ پس اگر خیاط، نجار و معمار ادعی نمایند که تهیه این وسائل بدوش صاحب کار است و او باید این وسائل را تهیه کند به این ادعی او توجه کرده نمی شود زیرا اعتبار به اغلیبیت شایع داده می شود نه نادر.

ب: شخصی با صاحب موتر انتقال مال خود را از کابل الی مزار قرارداد می نماید، عادت شایع و اغلب این است که تیل موتر و استهلاك آن بدوش صاحب موتر می باشد و احياناً کدام دفعه تیل موتر را صاحب مال تهیه کند که عادتاً نادر است و اعتبار ندارد و غالباً بدوش صاحب موتر می باشد که آن مدار اعتبار است.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> همان اثر، ص 54 ماده (610).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 90 ماده (697).

<sup>3</sup> راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی ج 2 کتاب اول ص 101 ماده (722).

حکم کردن به حضانت<sup>1</sup> پسر تا سن هفت (7) سالگی و دختر تا نو(9) سالگی بر مبنی عرف شایع است، وقتیکه پسر به سن هفت سالگی می رسد از کسی که به امورات او رسیدگی کند بی نیاز میگردد و نیز دختر که به سن نو سالگی می رسد مردان به او رغبت پیدا می کنند و به بلوغ نزدیک می شود.<sup>2</sup>

15 - ماده 723 - ق.م.ا: آنچه عادتاً ممتنع باشد، مانند آن است که حقیقتاً ممتنع باشد.

طور مثال - شخص معروف و مشهور به فقر بالای دیگری مال فراوان را دعوی می کند در حالیکه هیچ کس به خاطر ندارد که این مال را از طریق ارث و غیر بدست آورد باشد، بنابراین در این صورت نه دعوایش شنیده می شود و نه بینه او پذیرفته می شود. به همین طور است - اگر شخص ادعی کند که فلان کس که با او هم سن و سال است پسر یا پدرش می باشد، این ادعی مستحیل عقلی و عادی بوده قابل سمع نمی باشد و حقیقتاً ممتنع است.<sup>3</sup>

16 - ماده 724 - ق.م.ا: حقیقت به دلالت عادت ترک کرده می شود.

اگر شخصی را به خریداری طعام عروسی وکیل تعیین کنید باید طعامی را بخرد که در عروسی ها رایج، معمول و معتاد است، نه هر طعامی را که بخواهد؛ لفظ یا معنی حقیقی دارد یا معنی مجازی و معنی حقیقی لفظ مانند لباس مملوک و شخصی شخص است و معنی مجازی مانند لباس است که به عاریت<sup>4</sup> گرفته شده است، بناء در استعمال لفظ به معنی حقیقی اش نیاز به کدام دلیل و قرینه نداریم، اما در استعمال لفظ به معنی مجازی ضرورت است از موجودیت قرینه که اراده معنی حقیقی را منع کند، و قرینه و دلیل که استعمال لفظ را در معنی حقیقی اش منع می کند متنوع است، از جمله اینکه معنی حقیقی لفظ متروک و مهجور می باشد و مراد از ماده فوق الذکر همین است.<sup>5</sup>

17 - ماده 735 - ق.م.ا: (1) هرگاه مدیون از تأدیه دینی تأخیر بعمل آرد که موضوع آن را پول نقد تشکیل داده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، دائن می تواند جبران خساره ناشی از تأخیر تأدیه را که سالانه معادل (3) فیصد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید. (2) تأخیر جبران خساره در حالیکه از موافقه طرفین یا عرف معلوم شده نتواند از تاریخ مطالبه قضائی آغاز می گردد.

18 - ماده 822 - ق.م.ا: هرگاه در تعهد به اجرای عمل هر متعهد، نگرهبانی یا اداره شی و بکاربردن احتیاط در تنفیذ تعهد مطلوب باشد وقتی تعهد اجراء شده پنداشته می شود که در تنفیذ آن احتیاطی را که شخص عادتاً بکار می برد رعایت نماید، مگر اینکه قانون یا موافقه طرفین طوری دیگری تصریح کرده باشد. در تمام احوال اگر متعهد مرتکب تقلب یا خطای بزرگ گردد مسئول شناخته می شود.

<sup>1</sup> حضانت - در لغت به معنی پروردن است و در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است.

<sup>2</sup> افندی، درالحکام فی شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 50.

<sup>3</sup> همان اثر، ص 101 ماده (723).

<sup>4</sup> عاریت - با تشدید و تخفیف یاء، عقدی است که به موجب آن یک طرف به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود و انتفاع از عین با بقاء آن مقدر باشد. لنگرودی، ترمینولوژی حقوق ص 440 کلمه شماره (3491).

<sup>5</sup> افندی، درالحکام فی شرح مجلة الاحکام ج 1 ص 48 ماده (40).

طوری مثال – در پغمان یک باغ تفریحی از طرف حکومت احداث گردیده، در آن آب جاری، خیابان، قهوه خانه، سامان بازی اطفال و گل های مختلف موجود باشد؛ غرض نگهداری و اداره و آبیاری آن شخصی را در مقابل اجرت معین بحیث باغبان و نگهبان و اداره چی به مدت معین مقرر و موافقه و تعهد صورت گرفته باشد که در تنفیذ تعهد مذکور احتیاط لازم را طوریکه یک شخص عادی و صاحب آن بکار می برد رعایت نماید، در این صورت باغبان و متعهد مذکور مکلف است که در نگهداری و اداره باغ تفریحی مذکور و آبیاری و مراقبت آن حتی الامکان بذل مساعی نموده و در عرضه خدمات با مراجعین و تفریح کنندگان مساوات لازم را بعمل آورده خوشی و رضاء مندی آنها را فراهم و از تقلب و غیره خطاء بزرگ که باعث انزجار و خسونت گردد خود داری نماید و در غیر آن متعهد مذکور مسؤل شناخته می شود.<sup>1</sup>

19 – ماده 925 – ق.م.ا: مصارف تأدیه بدوش مدیون می باشد، مگر اینکه اتفاق، عرف یا نص قانون بخلاف آن حکم کند.

مثال – موضوع تأدیه دین را گندم، برنج، نخود و یا غیره اشیای مثلی تشکیل می دهد که مصارف حمل و نقل را ایجاب می کند و مصارف تأدیه بدوش مدیون می باشد، مگر اینکه اتفاق، عرف یا نص قانون بخلاف آن حکم کند، آنگاه مطابق آن راجع به تأدیه دین اجراءات به عمل می آید.<sup>2</sup>

20 – ماده 1007 – ق.م.ا: معلق ساختن اقرار به شرط جواز ندارد، مگر آنکه به زمانی معلق شده باشد که حلول میعاد آن عرفاً ممکن باشد.

طور مثال – اگر شخصی برای دیگری گفت: هرگاه به فلان محل رسیدی یا فلان مصلحت مرا اداء کردی پس من این قدر مدیون شما هستم. این اقرار باطل است و بر وی دین لازم نمی گردد و هرگاه گفت: در صورتیکه فلان ماه شروع شد من به این مقدار مدیون شما هستم. این اقرار وی به دین مؤجل حمل کرده می شود و تأدیه دین مبلغ مذکور بعد از حلول میعاد بروی لازم می گردد.<sup>3</sup>

21 – ماده 1061 – ق.م.ا: در بیع مشروط به دانستن ذائقه، مشتری می تواند مبیعه را قبول یا رد کند. اعلان قبول مبیعه، در خلال مدتی که به اتفاق یا عرف تعیین شود، صورت می گیرد. بیع از تاریخ اعلان قبولی نافذ شمرده می شود.

قانون مدنی جدید مصر در ماده (422) خود تصریح می دارد: (اذا بیع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري ان يقبل المبيع ان شاء، ولكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق او العرف و لا ينعقد البيع الا من الوقت الذي يتم فيه الاعلان). و ماده فوق الذکر قانون مدنی افغانستان ترجمه همین ماده است.

چشیدن در زمان و مکانی تکمیل شده تلقی می شود که طرفین عقد بر آن اتفاق کرده اند. اگر در زمینه اتفاق صریح یا ضمنی موجود نباشد در بین متعاقدين، عرف محل قابل پیروی است. و اگر عرف موجود

<sup>1</sup> راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی ج 2 ص 141 ماده (822).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 182 ماده (925).

<sup>3</sup> همان اثر، ص 206 ماده (1007) – لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الاحكام ج 1 ص 310 ماده (1584).

نباشد عقد در مکان تکمیل شده محسوب می شود که مبیعه در آن مکان برای مشتری تسلیم داده شده است؛ یعنی زمانی که مشتری مبیع را تسلیم شد، تسلیم شدنش رضایت و قبول او بعد از چشیدن، تلقی می شود.<sup>1</sup>

طور مثال: شخصی ماست، عسل و غیره چیزهای مایع قابل ذائقه را مشروط به دانستن ذائقه آن خریداری نماید، مشتری می تواند در خلال مدتیکه متعاقبین تعیین نموده اند و یا اینکه عرفاً تعیین می شود بعد از دانستن ذائقه آن اعلان تأیید و یا رد نماید، بیع از تاریخ اعلان قبولی نافذ شمرده می شود، مشتری بعد از قبض مبیعه مکلف به پرداخت ثمن مسمی آن برای بایع می باشد.<sup>2</sup>

22 - فقره 2 ماده 1063 - ق.م.ا: اگر به نرخ بازار در تعیین ثمن موافقه به عمل آید حین نوسان در نرخ به زمان و مکانی اعتبار داده می شود که تسلیمی مبیعه به مشتری صورت می گیرد. در صورتی که بازاری در محل تسلیمی وجود نداشته باشد، به نرخ بازار محلی که عرف به عمومیت آن حکم نماید اعتبار داده می شود.

- متعاقبین به نرخ بازار فردای کابل به تعیین ثمن مبیعه موافقه نموده، بایع به مقدار یکصدسیر به وزن کابل بادام کاغذی مزاری ملکیت خود را بالای مشتری قرار نرخ بازار فردای کابل بفروشد، چنین فروش و تعیین ثمن مبیعه به نرخ بازار فردای کابل جواز دارد و مطابق عرف تجار بوده منجر به منازعه ثمن نمی شود.

- هرگاه نرخ بازار فردای کابل نوسان داشته و به یک قیمت تقرر نداشته باشد، در این صورت در نرخ، زمان و مکانی اعتبار داده می شود که تسلیمی مبیعه به مشتری صورت می گیرد یعنی بادام در شهر چاریکار باشد و در آنجا تسلیمی صورت گیرد ثمن مبیعه به نرخ و قیمت بازار چاریکار تعیین می شود، در صورتیکه بازاری در محل تسلیمی مبیعه موجود نباشد به این معنی که بادام در دهات پروان قرار داشته و در آنجا تسلیمی بادام بعمل آید ولی بازاری وجود ندارد، در آن صورت به نرخ بازار محلی که عرف مردم به عمومیت آن حکم نماید، اعتبار داده می شود مانند بازار محلی قره باغ و غیره.<sup>3</sup>

23 - ماده 1066 - ق.م.ا: بیع مطلق که در آن از تعجیل و یا تأجیل ثمن ذکری به عمل نیامده باشد، ثمن آن بصورت معجل پرداخته می شود، مگر اینکه عرف بخلاف آن حکم کند.

اصل مقتضی بیع مطلق چنین است که تبادل مال به مال در مجلس عقد می باشد، در صورتیکه در آن از تعجیل و تأجیل ثمن ذکری از طرف متعاقبین به عمل نیامده باشد ثمن آن مطابق مقتضی بیع مطلق بصورت معجل پرداخته می شود.

<sup>1</sup> . سنهوری ، الوسيط فی شرح القانون المدني ج 4 ص 140 .

<sup>2</sup> . راجی، توضیح مفاهیم قانون مدنی ج 3 ص 16.

<sup>3</sup> . همان اثر، ص 17 ماده (1063).

هرگاه عرف و عادت مردم یک محل طوری باشد که اعطای ثمن مبیع یا یک قسمت معین آن بعد از سپری شدن یک هفته یا یکماه پرداخته می شود، ثمن مبیعه به پیروی از عرف و عادت تأدیه می گردد.<sup>1</sup>

24 - ماده 1077 - ق.م.ا: 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.

تشریح - هرگاه یک تعمیر پخته کاری کانکریتی عصری واقع شهر کابل مبیعه واقع گردد؛ طبیعت حالت تعمیر عصری، عرف مردم شهر کابل و قصد و مرام متعاقدين چنین ایجاب می کند:

1: تسلیم مبیعه شامل تمام ملحقات تعمیر مذکور از قبیل اطاق های خواب و سالون نانخوری، آشپزخانه، تشناب، صحن حویلی، مواشی خانه، تنورخانه، صفه، نل آب، برق و راه خاصی که به راه عام منتهی می گردد، می باشد.

2: آنچه به صفت دائمی جهت استعمال مبیعه تهیه شده باشد از قبیل قفل ها که در دروازه ها و الماری ها شانده شده باشد مع کلیدها و رف ها و الماری های که نصب و میخ شده است در حین تسلیم تعمیر مبیعه مذکوره نیز شامل آن می گردد، زیرا این اشیاء ملحقات تعمیر مبیعه و آنچه است که به صفت دائمی جهت استعمال مبیعه و نفع بردن آن تهیه شده است.<sup>2</sup>

25 - ماده 1082 - ق.م.ا: هرگاه مقدار مبیعه در عقد تعیین شده باشد بایع از نقص مبیعه حسب مقتضی عرف مسئول می باشد، به شرطیکه موافقه به غیر آن صورت نگرفته باشد. با آنهم مشتری از جهت نقص در مبیعه طلب فسخ عقد را کرده نمی تواند، مگر اینکه ثابت نماید نقص به اندازه است که اگر مشتری قبلاً به آن علم می داشت بیع را انجام نمی داد.

از نص این ماده به خوبی بر می آید، در صورتی که مقدار مبیعه در عقد تعیین شده باشد، مثلاً مساحت زمین، وزن گندم و امثال اینها معین شده باشد و ثمن آن نیز تعیین گردیده باشد و قبل از تسلیم به مشتری در آن کاهش رخ دهد، در صورت توافق طرفین در این مورد، چنین توافقی مدار اعتبار است و به آن عمل می شود. در صورتیکه طرفین در این باره توافق ننموده باشند، به عرف و عادات عمل می گردد. بنابراین، در صورت که چنین تنقیصی در عرف قابل اغماض و چشم پوشی باشد، مشتری نمی تواند به بایع از رهگذر کاهش مقدار مبیعه مراجعه نماید. اما در صورتی که این نقص در عرف قابل تسامح نباشد، مشتری می تواند تعویض کاهش را مطالبه نماید، اما مطالبه فسخ عقد را کرده نمی تواند؛ ولی در صورتی که کاهش به اندازه بزرگ باشد که اگر مشتری حین عقد به آن علم می داشت، عقد را منعقد نمی کرد، می تواند عقد بیع را فسخ نماید. از آنچه گفته شد واضح می گردد که در صورت تنقیص مقدار مبیع

<sup>1</sup> همان اثر، ص 19 ماده (1066).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 25 ماده (1077).



مشتری می تواند مطالبه پرداخت قیمت متناسب به انداز نقص و در صورت فاهش بودن نقص ، مطالبه فسخ عقد بیع را نماید.<sup>1</sup>

طور مثال : هرگاه بایع مقدار بیست سیر مغز پسته بادغیسی را از قرار فی سیر مبلغ پنجهزار افغانی جمله یکصد هزار افغانی بالای مشتری به بیع قطعی بفروشد، زمانیکه آن را وزن نمود مقدار دوسیر آن کم آمد، چون مقدار مبیعه معلوم است لهذا بایع از نقص دوسیرجنس مبیعه حسب مقتضی عرف تجار و محل مسؤول شناخته شده مبلغ ده هزار افغانی قیمت دوسیر پسته کمبود از مجموع قیمت وضع و باقی مبلغ نود هزار افغانی را اخذ می دارد.<sup>2</sup>

26 - ماده 1105 - ق.م.ا: عیبی که عرفا قابل اهمیت نباشد بایع ضامن آن دانسته نمی شود.

طور مثال : شخصی یکدربند حویلی را در یکی از نواحی شهر کابل خریداری کرد، بعدا دیده شد که دروازه ها و کلکین های حویلی مذکور جالی گرفته نشده است و نیز ارتفاع دیوار احاطه آن دومتر است، این عیوب قابل اهمیت نبوده و عیب قابل رد گفته نمی شود بناء بایع ضامن آن نیست.

27 - ماده 1109 - ق.م.ا: (1) هرگاه مکان پرداخت ثمن در عقد معین شده باشد پرداخت آن در همان مکان معینه و اگر تعیین نشده باشد در جایی صورت می گیرد که مبیعه در آن تسلیم داده می شود. (2) اگر بایع در وقت تسلیمی مبیعه مستحق ثمن دانسته نشود، ثمن مذکور در اقامتگاه مشتری حین استحقاق پرداخته می شود مگر اینکه موافقه یا عرف بخلاف آن باشد.

طور مثال: بایع یکدربند حویلی خود را به تاریخ 1387/2/8 ه ش به ثمن معین مؤجل به مدت یکماه به فروش رسانیده، سپس حویلی مبیعه را به تاریخ 1387/2/10 ه ش تسلیم مشتری نمود ولی بایع به تاریخ 1387/2/10 ه ش مستحق تأدیه ثمن مذکور دانسته نمی شود و بلکه بایع بعد از گذشت مدت یک ماه یعنی به تاریخ 1387/3/10 ه ش مستحق تأدیه ثمن شناخته می شود، در این صورت ثمن مبیعه بعد از گذشت یک ماه در اقامتگاه مشتری حین استحقاق پرداخته می شود مگر اینکه موافقه یا عرف چنین باشد که ثمن مذکور در اقامتگاه بایع حین استحقاق پرداخته شود، در این صورت ثمن بعد از مدت یک ماه به اقامتگاه بایع پرداخته می شود.<sup>3</sup>

28 - ماده 1112 - ق.م.ا: 1 - بایع مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه شناخته نمی شود، مگر اینکه مشتری را قبلا به تأدیه ثمن اخطار یا مبیعه را به وی تسلیم نموده باشد. به هر حال لازم است که مبیعه قابلیت حاصل دهی یا سائر عوائد را داشته باشد، مگر اینکه موافقه یا عرف به خلاف آن باشد. 2 - فواید و حاصلات مبیعه با تکالیف آن از هنگام انجام عقد به مشتری تعلق می گیرد، مگر اینکه موافقه یا عرف بخلاف آن باشد.

<sup>1</sup> سنهوری ، الوسيط فی شرح القانون المدني ج 4 صص 571 - 572.

<sup>2</sup> راجی، توضیح مفاهیم قانون مدنی ج 3 ص 27 ماده (1082).

<sup>3</sup> همان اثر، ص 40 ماده (1105).

- هرگاه مشتری ثمن مبیعه را به وقت و زمانش برای بایع تأدیه نکند، بایع مبلغی را علاوه از ثمن مبیعه به حیث مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه از مشتری مطالبه کرده نمی تواند، زیرا گرفتن آن بدون بدل بوده درست نمی باشد.

- هرگاه مبیعه از قبیل زمین زراعتی حاصلخیز بوده و یا سرای و دکاکین دارای عوائد کرایه باشد، بایع، زمین و یا سرای و دکاکین را بعد از انعقاد و انجام عقد مطلق و قبل از تأدیه ثمن برای مشتری تسلیم داده باشد، اما مشتری با تقاضاء و اخطاریه از جانب بایع بازهم ثمن مبیعه را برای بایع تأدیه نکرده و از حاصلات زمین و عوائد سرای و دکاکین قبل از تأدیه ثمن استفاده می کند و وجبیه قانونی خود را راجع به تأدیه ثمن مبیعه برای بایع ایفاء نکرده است و از این ناحیه بایع خساره مند شده، بناء بایع در چنین حالت و موقف، مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه شناخته می شود و به تجویز محکمه ذی صلاح مشتری به تأدیه جبران خساره بحیث ایجاد کننده حوادث قانونی مکلف می گردد.

- مگر اینکه موافقه عاقدین یا عرف مردم در چنین موارد به عدم پرداخت جبران خساره حکم نماید، در آن صورت بایع مستحق فایده قانونی ثمن مبیعه شناخته نمی شود، زیرا موافقه یا عرف مردم قابل رعایت است.

- فواید و حاصلات مبیعه با تکالیف آن از قبیل زرع، درو، رفع حاصل، ترمیم سرای، صفائی دکان، و جمع آوری عوائد از هنگام انجام عقد به مشتری تعلق می گیرد، مگر اینکه موافقه یا عرف بخلاف آن باشد، بدین معنی که طرفین در حین عقد موافقه نموده و یا عرف موجود باشد که الی تأدیه ثمن مبیعه برای بایع، تمام عوائد و حاصلات زمین با تکالیف متذکره بین عاقدین طور مشترک باشد؛ در آن صورت مطابق آن عمل می شود.<sup>1</sup>

29- ماده 1123 - ق.م.ا: 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 بخلاف آن حکم نماید.

چون مشتری در اصطلاح جالب منفعت بوده و بایع سالب آن تلقی گردیده و بیع به نفع مشتری می باشد، بناء تمام مصارف تسلیمی مبیعه و عقد بیع و در اجرای قباله قطعی، محصول ثبت و مصارف آن به ذمه مشتری می باشد، مگر اینکه متعاقدین موافقه کرده باشند که مصارف آن طور علی السویه پرداخته شود و یا عرف چنین باشد، در این صورت تمام مصارف عقد بیع مذکور به ذمه بایع و مشتری طور علی السویه می باشد.<sup>2</sup>

30- ماده 1145 - ق.م.ا: هرگاه مبیعه زمین زراعتی بوده بایع در خلال سال زراعتی رد آن را مطالبه نماید، در حالیکه مشتری آن را ذرع نموده باشد می تواند زمین مذکور را الی وقت درو نزد خود نگهداشته، آنچه را عرف حکم نماید مقابل مدت بین فسخ عقد و هنگام درو به بایع بپردازد.

<sup>1</sup> همان اثر، ص 41 - 42 ماده (1112).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 47 ماده (1123).

توضیح: این ماده زیر مبحث بیع وفا آمده است؛ چون استرداد مبیعه و ثمن، مؤقت و مقید به کدام زمان و مدت شده نمی تواند و هر وقت طرفین عقد خواسته باشند مطالبه استرداد مبیعه و ثمن را در بیع وفا کرده می توانند، زمانیکه عقد به اثر مطالبه بایع فسخ گردد در این صورت مشتری می تواند به موافقه بایع زمین مشغول به زراعت را الی وقت درو و رفع حاصل نزد خود نگهداشته آنچه را عرف حکم نماید مبلغی را در مقابل مدت بین فسخ عقد الی هنگام درو به بایع بپردازد که این امر به مفاد طرفین بوده و قانون جواز داده است.<sup>1</sup>

31- ماده 1269 - ق.م.ا: در مضاربت مطلق، بیع، شراء و توکیل مضارب مجاز است. مضارب می تواند بصورت نرده یا نسبه ایکه در تجارت متعارف باشد معامله نماید.

توضیح:

الف: در مضاربت مطلق بیع و شراء مضارب به ثمن مثل که غبن نباشد غرض ربح جواز دارد.

ب: عندالضرورت مضارب می تواند شخص دیگری را به بیع و شراء و معامله تجارتي وکیل بگیرد.

ج: مضارب می تواند طور نرده و نسبه قرار تعامل و عرف تجار معامله تجارتي را انجام دهد.<sup>2</sup>

32- ماده 1346 - ق.م.ا: هرگاه مدت اجاره در عقد 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 می شود. مشروط بر اینکه قبل از نصف اخیر مدت معینه پرداخت اجرت، راجع به تخلیه، ابلاغ صورت گرفته باشد.

طور مثال: هرگاه موضوع عقد اجاره را یک قطعه زمین انگورباغ واقع قرغه باغ کابل تشکیل دهد که بدون تصریح مدت آن به مبلغ یک صد هزار افغانی به اجاره داده شده باشد و در عرف مردم قره باغ در چنین موارد پرداخت اجرت مثلاً زمان چیدن انگور و رفع حاصل آن برج میزان سال 1386 ه ش می باشد و در عین حال مؤجر در حین پرداخت اجرت در اوائل برج میزان سال 1386 ه ش راجع به تخلیه انگور باغ اجاره داده شده الی اخیر میزان سال مذکور برای مستأجر اطلاع داده باشد، در این صورت مدت اجاره از اول حمل سال 1386 ه ش الی اخیر میزان سال مذکور مطابق عرف اعتبار داده می شود.<sup>3</sup>

33- ماده 1366 - ق.م.ا: اجاره گیرنده از عین اجاره داده شده به نحوی منفعت می برد که به آن موافقه بعمل آمده باشد. در صورت عدم موافقه قبلی عرف جاریه اعتبار دارد.

<sup>1</sup>. همان، ص 57 ماده (1145).

<sup>2</sup>. همان، ص 116 ماده (1269).

<sup>3</sup>. همان، ص 153 ماده (1346).

طور مثال: شخصی مستأجر یکدربند حویلی را که در بین آن تاک انگور و درختان میوه دار باشد بدون موافقه قبلی با مؤجر از آنها نفع ببرد این منفعت گیری در حالیکه مطابق عرف جاریه شهرها باشد ممانعت ندارد.<sup>1</sup>

34- ماده 1369 - ق.م.ا: اجاره گیرنده به ترمیمات جزئی ایکه عرف ایجاب نماید عرف ایجاب نماید، مکلف می باشد مگر اینکه بخلاف آن موافقه صورت گرفته باشد.

توضیح: مانند کابیل کاری خانه های اجاره داده شده و برف را از بالای بام خانه ها دور کردن و غیره، عرف ایجاب می نماید که اجاره گیرنده آن را اجراء و ترمیم لازم ضروری جزئی را به عمل آورد، مگر بعضی اوقات دیده شده که اجاره گیرنده به موافقه اجاره دهنده از اجراء عمل مذکور نیز مجرائی گرفته است.<sup>2</sup>

35 - ماده 1382 - ق.م.ا: اجاره گیرنده باطنی مکلف است تمام التزامات ثابتی را که در برابر اجاره گیرنده اصلی دارد، هنگام اخطار اجاره دهنده مستقیماً به وی ایفاء نماید و نمی تواند در برابر اجاره دهنده به اجرتیکه طور پیشکی به اجاره گیرنده اصلی پرداخته، تمسک نماید. مگر اینکه این امر قبل از اخطار مطابق عرف و به موافقتی که تاریخ آن از وقت اجاره باطنی ثابت باشد، صورت گرفته باشد.

توضیح :

1 - از اینکه اجاره گیرنده باطنی قائم مقام اجاره گیرنده در مورد علاقه وی به اجاره دهنده قرار می گیرد، بناء اجاره گیرنده باطنی یعنی ثانی مکلف است تمام التزامات ثابت را که عبارت از تأدیه اجرت هرماه در اخیرماه باشد، مدنظرگرفته در هنگام اخطار اجاره دهنده مستقیماً اجرت را برای اجاره دهنده اولی پرداخت نموده و هیچ عملی را بدون اجازه وی در عین اجاره داده شده انجام ندهد.

2 - هرگاه اجاره گیرنده باطنی یک اندازه پول اجرت را طوری پیشکی به اجاره گیرنده اولی پرداخته باشد در عین تأدیه اجرت به آن تسمک جسته نمی تواند و فوراً در اخیر ماه اجرت معینه را برای اجاره دهنده اولی بپردازد.

3 - مگر اینکه عرف چنین باشد و یا اینکه قبل از تاریخ عقد اجاره باطنی ثابت باشد که پول پیشکی به اجرت محاسبه و مجرا می شود، در آن صورت اجاره گیرنده باطنی می تواند به اجرت که طوری پیشکی به اجاره گیرنده اولی پرداخته تمسک نماید و تأدیه اجرت مذکور را به اجاره گیرنده اولی محول نماید.<sup>3</sup>

36- ماده 1402 - ق.م.ا: اجاره گیرنده زمین از حق جوی و حق راه بدون تذکر در عقد مستفید می گردد. سائر حقوق تابع موافقت و عرف محل شناخته می شود.

<sup>1</sup> همان، ص 163 ماده (1366).

<sup>2</sup> همان، ص 164 ماده (1369).

<sup>3</sup> همان اثر، صص 70-71 ماده (1382).

توضیح:

زیرا - انتفاع از زمین اجاره داده شده بدون آب و حق جوی و حق راه امکان ندارد، لهذا اگر در عقد ذکر شود یا نشو اجاره گیرنده حق استفاده را از آنها دارد، اما سائر حقوق مثل استفاده از ثمره اشجار، دهقان خانه و اصطبل آن به موافقه عاقدین و یا عرف محل قابل اعتبار شناخته می شود.

طور مثال - زمینی واقع خنجان به مدت یک سال از اول میزان الی اول میزان سال آینده به اجاره داده شده و اختیار نوع زراعت نیز برایش داده شده باشد، اجاره گیرنده می تواند در فصل کشت تیرمایی گندم و جو زرع نموده رفع حاصل کند و در برج سرطان شالی کشته تا ماه میزان رفع حاصل شالی و برنج نماید، هر دو جواز دارد.<sup>1</sup>

37- ماده 1408 - ق.م.ا: اجاره گیرنده مکلف است از زمین زراعتی طوری بهره برداری نماید که متعارف باشد و نحوی از آن عمل نماید که برای بهره برداری مساعد باقی بماند. اجاره گیرنده نمی تواند بدون اجازه اجاره دهنده طوری از زمین بهره برداری نماید که در زمین چنان تغییری وارد شود که اثر منفی آن تا بعد از انتهاء مدت اجاره دوام نماید.

طور مثال: زمین مزروعی موضوع عقد اجاره قرار گیرد و اجاره گیرنده به عوض زرع گندم و غیره بدون اجازه اجاره دهنده در آن داش خشت پزی و خشت مالی بناء نموده و زمین را از حالت اولی آن تغییر داده چقوری و خندق ها به میان آمده و بعد از انتهای مدت اجاره آثار منفی آن باقی مانده و محتاج به همکاری دیده شود تا که مساعد به بهره برداری زراعت گردد، در این صورت اجاره گیرنده مقصر شناخته شده مکلف به جبران خساره وارد می باشد.<sup>2</sup>

38- ماده 1413 - ق.م.ا: تعیین مدت دهقانی مطابق عرف دهقانی شرط صحت عقد شمرده می شود. در صورت عدم تعیین مدت، عقد دهقانی صحیح و به یک فصل اعتبار دارد مگر اینکه در قانون خاص طور دیگری حکم شده باشد.

توضیح: مدت دهقانی با در نظر داشت عرف دهقانی بر منطقه به موافقه طرفین به مدت یک سال تعیین شده می تواند. در صورت عدم تعیین مدت عقد مثلا زرع گندم، مدت یک فصل رفع حاصل مدار اعتبار می باشد.<sup>3</sup>

39- ماده 1472 - ق.م.ا: هرگاه در اثر استعمال عادی و مطابق عرف عین عاریت طوری معیوب شود که موجب تنزیل قیمت آن گردد، عاریت گیرنده ضامن این تنقیص قیمت نمی باشد و در صورت استعمال غیر عادی ضامن شناخته می شود.

توضیح: هرگاه عاریت دهنده یک جوره گاو قلبه ای را غرض قلبه زمین خود به مدت دو روز عاریت گرفته و جهت زرع گندم بالای گاوها قلبه عادی و مطابق عرف قریه خود نمود و در نتیجه یکی از گاوها لنگ شد و بالآخر به قیمت آن تنزیل آمد، چون تجاوز و تقصیر عاریت گیرنده بمیان نیست لهذا عاریت گیرنده ضامن تنقیص قیمت نمی باشد.

<sup>1</sup>. همان، ص 180 ماده (1402).

<sup>2</sup>. همان، ص 183 (1408).

<sup>3</sup>. همان، ص 185 ماده (1413).

و هرگاه عاریت گیرنده استعمال غیرعادی و خلاف عرف نموده از صبح الی تاریکی شب بلاوقفه بالای گاوها قلبه و زرع گندم نمود و بالآخره به اثر فشار زیاد و قصور وی گاوها معیوب و لنگ گردیده و به قیمت آنها تنزیل آمد، عاریت گیرنده ضامن آن شناخته شده مکلف به رفع این تنقیص قیمت می باشد.<sup>1</sup>

40- ماده 1474 - ق.م.ا: تکالیف مالی و مصارف حفاظت عادی و رد عین عاریت بدوش عاریت گیرنده می باشد.

طورمثال: شخصی مرکب شخص دیگر را غرض آوردن بار خود از شهر به قریه به مدت دو روز به عاریت بگیرد، مصارف مالی - یعنی قیمت کاه، جو و علوفه بدوش عاریت گیرنده بوده همچنان حفاظت عادی - یعنی از طرف شب مرکب را غرض حفاظت در مقابل یک مقدار اجرت به سرای گذاشتن و غیره، این مصارف بدوش عاریت گیرنده می باشد، هکذا بعد از گذشت دو روز مرکب را غرض تسلیم ذریعه شخص و یا موتر به عاریت دهنده ارسال و رد نماید که این مصرف نیز بدوش عاریت گیرنده می باشد.<sup>2</sup>

41 - ماده 1486 - ق.م.ا: متعهد مکلف است افزار اضافی را که اجرای عمل ایجاب نماید به مصرف خود تهیه کند، مگر اینکه عرف حرفوی یا موافقه طرفین مخالف آن باشد.

توضیح: افزار اضافی از قبیل چوبگز، گلماله و غیره اسباب معماری به اجرای عمل معماری ضروری است، تهیه آن بدوش معمار می باشد، مگر اینکه معمار چنین افزار اضافی نداشته و در مقوله نامه موافقه شده باشد که تمام ضروریات اجرای عمل معماری و اعمار تعمیر بدوش صاحب کار باشد و یا عرف و عادت اهل حرفه به این باشد که لوازمات مذکور بدوش صاحب کار باشد، در آن صورت صاحب کار افزار و وسائل اعمار تعمیر را تهیه و به دسترس معمار قرار می دهد.<sup>3</sup>

42 - ماده 1496 - ق.م.ا: صاحب کار مکلف است به مجرد اتمام کار آن را مطابق عرف جاری تسلیم شود، در غیر آن متعهد می تواند به تسلیمی آن در خلال مدت معین به او اخطار رسمی بدهد. در صورت انقضای مدت مذکور اگر صاحب کار آن را تسلیم نشود، تسلیم شده تلقی می شود.

43 - ماده 1497 - ق.م.ا: صاحب کار مکلف است اجرت را که شرط گذاشته هنگام تسلیمی بپردازد. مگر اینکه عرف یا موافقه به خلاف آن حکم نموده باشد.

طور مثال: صاحب کار اعمار یک باب تعمیر دو منزله پخته را به اساس نقشه مرتبه در حالیکه مواد خام و غیره و اجرای عمل بدوش مقوله کننده باشد طور کارتمام، قرار و شرط گذاشته باشد و اجرت را از روی برآوردی که از طرف اهل خیره صورت می گیرد، می پردازد، در این صورت صاحب کار مکلف است در هنگام تسلیمی تعمیر اجرت را برای مقوله کننده بپردازد مگر اینکه عرف یا موافقه چنین باشد

<sup>1</sup> همان، ص 211 ماده (1472).

<sup>2</sup> همان، صص 211 - 212 ماده (1474).

<sup>3</sup> راجی، توضیح مفاهیم قانون مدنی ج 4 ص 5 ماده (1486).

که اجرت را در سه مرحله کار برای مقوله کننده می پردازد، چنین عرف و موافقه قابل رعایت بوده، صاحب کار طبقاً در تأدیه اجرت عمل می نماید.<sup>1</sup>

44 - ماده 1502 - ق.م.ا: هرگاه صاحب کار اجرت مهندس را تعیین نکرده باشد، مستحق اجرت مثل که مطابق عرف و مدتیکه کار او در بر گرفته تعیین می گردد.

زیرا - در همچو موارد اجرت مثل که مطابق عرف اهل کسبه کار است موزون بوده و جواز دارد.<sup>2</sup>

45 - ماده 1510 - ق.م.ا: استصناع، مقوله ساخت شی معین است در برابر قیمت مشخص به نحویکه مقوله بر عین شی وارد باشد نه بر کار صنعت گر.

طور مثال: یک مؤسسه فارم زراعت، ساختن یک صد عدد بیل آهنی و پنجاه عدد کراچی دستی آهنی را با یک صد صنعتگر (آهنگر) از قرار فی عدد بیل دوصد افغانی و فی عدد کراچی مبلغ پنجصد افغانی قرارداد می نماید، آهنگر متعهد مکلف است طبق موافقه، بیل و کراچی مورد نظر را خواه از صنعت خودش باشد و یا از صنعت آهنگر دیگر، به وقت معین برای مؤسسه مذکور تسلیم بدارد و در مقابل مؤسسه مذکور قیمت مشخص اشیای فوق را برای صنعتگر و مقوله کننده بپردازد.<sup>3</sup>

استصناع در شریعت یکی از احکام مبتنی بر عرف است که قانون مدنی نیز آن را به رسمیت شناخته و مشروعیت داده است.

46 - فقره 1 ماده 1530 - ق.م.ا: (1) احکام مندرج این فصل در مورد کارگران زراعتی و در مورد مستخدمین منازل تطبیق نگردیده امور مربوط به آن، تابع قوانین خاص و عرف مربوط به آن می باشد.

به طور مثال: شخصی غرض درو زرع شالی و جمع آوری آن یک عده کارگران و دروگران زراعت را طور بالمقطع در بدل اجرت مثلاً یک صد سیر برنج سر خرمن به موجب قرارداد استخدام می کند، قرار عرف مردم دروگران ذریعه داس خودها طور دسته جمعی شالی را درو و توسط ریسمان و پشتاره آن را در خرمنگاه می رسانند و شالی مذکور ذریعه صاحب ذراعت میده و پاک گردیده بالآخره مزد یک صد سیر برنج بالای خرمن به دروکاران تسلیم می گردد.

یا اینکه یک شخص غرض انجام امور کار خانه و مهمانداری خود یکنفر را از قرار فی سال مبلغ یک صد هزار افغانی بحیث مستخدم منزل خود استخدام می نماید، مستخدم مذکور مطابق عرف مردم شب و روز در خانه مقوله کننده بود و باش داشته، نفقه، کسوت و اعاشه مستخدم مذکور بدوش صاحب منزل می باشد و مستخدم، امور منزل را شب و روز طبق هدایت و رهنمائی صاحب منزل اجراء می نماید.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> همان اثر، ص 9 ماده (1497).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 12 ماده (1502).

<sup>3</sup> همان اثر، ص 16 ماده (1510).

<sup>4</sup> همان اثر، ص 26 ماده (1530).

47 - ماده 1535 - ق.م.ا: 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.

طور مثال: شخصی برای شیردادن طفل صغیر یتیم خود زنی را بدون تعیین و ذکر اجرت به حیث زن شیردهنده طفل شیرخوار خود استخدام نماید، در این صورت مقدار اجرت شیردهنده مطابق عرف جاری محل و منطقه، اجرت مثل تعیین می گردد، و اگر عرف در آن قریه موجود نباشد و چنین واقعه قبلاً به میان نیامده باشد محکمه با در نظر داشت احوال طرفین اجرت را تعیین می نماید<sup>1</sup> به نحوی که عدالت تأمین گردد.

48 - ماده 1547 - ق.م.ا: محکمه در تعیین مقدار تعویض که از انفصال ناشی از سوء استعمال حق بوجود آمده ، عرف جاریه، طبیعت کاریکه عقد بر آن صورت گرفته ، مدت خدمت اجیر و اندازه ضرر وارده را در نظر می گیرد.

طور مثال : هرگاه اجیر چوپان باشد، مطابق عرف مالداري و چوپانی و اگر دهقان باشد مطابق عرف دهقانی و اگر آشپز باشد مطابق طبیعت کار آشپزی در حین منازعه و صدور حکم، مقدار تعویض مد نظر گرفته می شود تا عدالت بطور احسن رعایت گردد و تأمین گردد.<sup>2</sup>

49- ماده 1561 - ق.م.ا: در وکالت مقیده وکیل به اجرای امور معین در وکالت و توابع ضروری که طبیعت امر و عرف جاری اقتضاء نماید، مقید می باشد.

طور مثال: شخصی کسی دیگری را به دعوی خریداری موازی پنج جریب زمین مدعی به بالای مدعی علیه طور مقید وکیل نموده باشد، در این صورت وکیل مقید به دعوی و مخاصمت راجع به خریداری مؤکل خود بوده و می تواند به اجرای امور معین جهت اقامه دعوی بالای مدعی علیه اقدام نموده صورت دعوی صحیحه ترتیب و بعد از طی مراحل آن دعوی را داخل صورتحال کتاب محکمه مربوط سازد و در صورت انکار مدعی علیه نظر به هدایت محکمه به توابع ضروری دعوی که از آن جمله اقامه شهود مثبته باشد نیز اقدام نماید، از اینکه وکیل به خصومت مقید به پیشبرد دعوی و اثبات آن می باشد، لهذا وکیل به دعوی نمی تواند خارج از صلاحیت خویش با مدعی علیه صلح نماید.<sup>3</sup>

50 - ماده 1570 - ق.م.ا: هرگاه وکالت به اجرت باشد وکیل به اجرای عمل مستحق اجرت معینه می گردد. اگر اجوره شرط نشده باشد وکیل از جمله اشخاص باشد که به اجرت اجراء وظیفه می نماید ، مستحق اجرت مثل و در غیر آن متبرع شناخته می شود.

<sup>1</sup> همان اثر، ص 28 ماده (1535).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 34 ماده (1547).

<sup>3</sup> همان اثر، ص 42 ماده (1561).



توضیح: در صورتیکه در وکالت اجرت شرط نشده باشد و وکیل از جمله اشخاص باشد که در بدل اجرت اجرای وکالت می کند، در این حالت به اساس عرف و اوضاع و احوال طرفین مستحق اجرت مثل شناخته می شود.

51 - ماده 1840 - ق.م.ا: (1) عقال مرهونه باید طوری باشد که از لحاظ عرف بیع آن به مزایده علنی صحیح باشد. (2) همچنان باید بصورت دقیق در عقد تعیین گردیده باشد، در غیر آن رهن باطل دانسته می شود.

1 - احمد موازی دو جریب زمین عقالی خود را در بدل مبلغ چهارصد هزار افغانی در مقابل دین برای مسعود داین به رهن رسمی<sup>1</sup> عقالی بدهد که دو جریب عقال مرهونه از لحاظ عرف جامعه افغانی بیع آن به مزایده علنی غرض ادای دین صحیح بوده و کدام موانع در آن موجود نمی باشد، روی تذکار فوق هرگاه مسعود داین رهن گیرنده به حق خود رسیده نتواند مطابق ماده (1814)<sup>2</sup> این قانون حق دارد از محکمه فروش مرهونه را به صورت مزایده علنی با به نرخ موجوده بازار مطالبه کند صحت دارد.<sup>3</sup>

52 - ماده 1919 - ق.م.ا: مالک زمینیکه اصلاً به راه اتصال ندارد و یا راه مرور به آن ناکافی و دشوار باشد، طوری که احداث راه کافی بدون تحمل مصارف گزاف یا دشواری بزرگ میسر نباشد، می تواند در برابر تعویض عادلانه در زمین همجوار به اندازه لازم تصرف و آن را استعمال نماید. مشروط بر اینکه از حد معتاد تجاوز ننماید و این حق تنها در موضع استعمال شده می تواند که با کمترین ضرر رفت و آمد مقصود بدست آید.

طور مثال - زمین شخص از یکطرف به کوه سنگی و از جانب دیگر به کنار دریای بزرگ متصل باشد و اصلاً به راه عام اتصال ندارد و یا راه مرور به آن ناکافی و دشوار باشد چنانچه احداث راه کافی از جناح کوه سنگی و یا ساختن پول بالای دریا بدون تحمل مصارف گزاف نسبت عدم دارای کافی میسر نباشد - در این صورت مالک زمین می تواند در برابر تعویض عادلانه در زمین همجوار که براه عام متصل است به اندازه لازم راه را به اجازه وی احداث و آن را تصرف و استعمال نماید- مشروط بر اینکه از حد معتاد اهل قریه و ضرورت لازم تجاوز نماید و با کمترین ضرر به همسایه راه رفت و آمد مقصود بدست آید و ضرر عانده از نگاه عدم راه مورد نظر مرفوع گردد.<sup>4</sup>

53 - ماده 1931 - ق.م.ا: روشن دانی که قاعده آن از سطح اطاق بیشتر از قامت انسان ارتفاع داشته باشد و منظور از آن جریان هوا و داخل شدن روشنی باشد، طوریکه دیدن از آن عادتاً بر عقال همجوار ممکن نباشد، اندازه مسافه در آن شرط نیست.

<sup>1</sup> رهن رسمی - عقدی است که به سبب آن داین حق عینی را بر عقالی که برای ایفای دین تخصیص یافته، کسب می نماید و به مقتضی آن بر سائر داینین عادی و داینین پائین مرتبه زا خود حق تقدم را داشته و دین خود را از عقال مذکور به هر دستی که باشد حصول نموده می تواند. (وزارت عدلیه، قانون مدنی ج 3 ماده 1832).

<sup>2</sup> متن ماده مذکور: (هرگاه داین رهن گیرنده به حق خود رسیده نتواند، حق دارد از محکمه فروش مرهونه را به صورت مزایده علنی یا به نرخ موجود بازار، مطالبه کند).

<sup>3</sup> همان اثر، ص 167 ماده (1840).

<sup>4</sup> راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی ج 4 کتاب سوم ص 8 ماده (1919).

54 - ماده 1979 - ق.م.ا: هرگاه یکی مالک طبقه بالا و دیگری مالک طبقه پائین عمارت باشد، مالک طبقه بالا حق قرار را بر سقف داشته و سقف ملکیت مالک طبقه پائین شناخته می شود.

زیرا: هرکدام از مالکان طبقه بالا و پائین عمارت قرار شرح فوق بر سطح طبقه بالا و سقف طبقه پائین حق داشته و هرکدام به صورت معتاد غرض صیانت آنها مساعی مشترک را به خرچ داده از حق قانونی خود ها تجاوز ننمایند و استفاده لازم ضروری را به عمل آورند.<sup>1</sup>

مالک طبقه بالا از سطح آن بصورت معتاد حق استفاده را دارد، مالک طبقه پائین عمارت در طبقه بالا در حدود صیانت حق خود حق دارد.

55 - ماده 2104 - ق.م.ا: وصیت توسط قول یا کتابت منعقد می گردد. در صورتیکه وصیت کننده قادر به کتابت و گفتار نباشد به اشارت معروف نیز منعقد شده می تواند.

بدر نظر داشت ماده فوق، اگر وصی گنگ بوده قادر به کتابت و گفتار نباشد نزد اهل خبره و شهود به اشاره معروف خویش که قابل فهم باشد موضوع وصایت را برای شخص اشارتا بجا آورد نیز منعقد شده می تواند.<sup>2</sup>

56 - ماده 2110 - ق.م.ا: وصیت در راه خداوند <sup>جل جلاله</sup> و اعمال خیریه بدون تعیین جهت صحت داشته و در امور خیریه به مصرف می رسد، همچنان وصیت برای مساجد، مؤسسات خیریه و جهات دیگر مؤسسات علمی و مصالح عامه صحت دارد. در این احوال مال وصیت شده بر عمارت، مصالح فقراء و غیره امور مربوط به آن به مصرف رسانیده می شود مگر اینکه طرق مصرف به اساس عرف یا دلالت تعیین شده بتواند.

طور مثال:

1 - شخص وصیت نماید که مبلغ ده لک افغانی ام در راه خداوند متعال و اعمال خیریه باشد در حالیکه تعیین نکند در کدام جهت راه خداوند متعال باشد و یا معلوم ننماید در کدام اعمال باشد چنین وصیت صحت داشته و شعبات مربوط وصایا و خیریه می توانند بعد از موت وصیت کننده آن را در امور خیریه به مصرف برسانند.

2 - همچنان وصیت موصی برای اعمار مساجد و مؤسسات خیریه از قبیل دارالایتام و معلولین و مؤسسات علمی از قبیل دارالعلوم دینی و مصالح عامه از قبیل احداث سرکها و مسافرخانه ها در امتداد سرکها و احداث ذخیره خانه آب آشامیدنی در محلات ضروری دهات و قصبات صحت داشته در این احوال مال وصیت شده به اساس صوابدید اشخاص ذی صلاح امور خیریه و یا عرف و عادت تعیین شده محیط بر عمارت و مصالح فقراء و غیره امور مربوط به آن به مصرف رسانیده می شود.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> همان اثر ص 29 ماده (1979).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 97 ماده (2104).

<sup>3</sup> راجی، تشریح و توضیح قانون مدنی ج 4 کتاب سوم ص 99 ماده (2110).

57 - ماده 2180 - ق.م.ا: به استثنای احکام مواد سابقه آنچه از طرف وصیت کننده بر عین وصیت پرداخته می شود یا بر عین مذکور افزود می گردد و عرف بر آن جاری است و یا از قرائن چنین استنباط شود که زیادت بر آن از طرف وصیت کننده صورت گرفته است زیادت مذکور با وصیت یکجا می گردد.

طور مثال: موضوع وصیت را موازی چهار جریب زمین مزروعی تشکیل می دهد که وصیت کننده تا وفات خود همه ساله مالیات زمین مذکور وصیت شده را از مال خود به دولت پرداخته باشد و یا اینکه در پهلوی زمین وصیت شده زمین موات دولتی موجود باشد که وصیت کننده موازی یک جریب زمین موات را به اجازه دولت آباد و قابل زرع بگرداند که بر عین چهار جریب زمین زراعتی یک جریب افزود گردد که جمله پنج جریب زمین وصیت شده تثبیت گردد که از عرف محیط و از قرائن استنباط شود که زیادت بر آن از حسن نیت وصیت کننده غرض امید ثواب زیادت وصیت صورت گرفته است، در این صورت زیادت مذکور با ملکیت وصیت شده یکجا می گردد - یعنی مجموع زمین وصیت شده را موازی پنج جریب زمین تشکیل می دهد که موصی له مذکور مستحق آن شناخته می شود.<sup>1</sup>

58 - ماده 2306 - ق.م.ا: (1) هرگاه عقد منفعت بصورت مطلق غیر مقید صورت گرفته باشد، نفع گیرنده مکلف است از شی که منفعت می گیرد آن را طوری عادی استعمال نماید. (2) در صورت مقید بودن عقد، انتفاع گیرنده طبق دستور مالک یا مثل آن یا کمتر از آن حق استفاده را دارد و تجاوز از آن، جواز ندارد.

طوری مثال: هرگاه شخصی حیوان کسی را غرض بردن بار خود تا قریه شان به اجرت معین طوری مطلق به عقد اجاره، بگردد نفع گیرنده مکلف است از حیوان مذکور غرض نقل دادن بار خود تا قریه طوری عادی کار گرفته مطابق عرف و عادت مردم بار را بالای حیوان حمل نموده از اضافه باری که تحمل آن را نداشته باشد خود داری نماید، و در صورت تخلف از آن مرکب را معیوب کرد مکلف می گردد تا ضمان آن را بپردازد. و در صورت مقید بودن عقد، انتفاع گیرنده طبق دستور مالک یا مثل آن یا کمتر از آن حق استفاده را دارد و تجاوز از آن، جواز ندارد.<sup>2</sup>

59- ماده 2308 - ق.م.ا: (1) مصارف لازمه سرپرستی و حفاظت عینی که از آن نفع گرفته می شود، به ذمه نفع گیرنده می باشد. (2) تکالیف غیر عادی و اصلاحات بزرگی که از قصور نفع گیرنده نشأت نکرده باشد، به ذمه مالک بوده و نفع گیرنده به دادن مفادیکه از مصرف حاصل شده، مکلف می شود. و اگر نفع گیرنده مصارف مذکور را نموده باشد، می تواند در وقت انتهاء مدت انتفاع استرداد آن را از مالک، مطالبه نماید.

طور مثال: شخص خانه را غرض سکونت به مدت معین و اجرت معین از مالک آن به اجاره بگیرد؛ مصارف لازمه سرپرستی و حفاظت خانه از قبیل کاه گیل و پاک کردن برف خانه و دورساختن خاک و کثافاتی که در مدت اجاره تراکم نموده بدوش مستأجر است. تکالیف غیر عادی و اصلاحات بزرگی که از

<sup>1</sup> همان اثر، ص 131 ماده (2180).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 187 ماده (2306).

قصور نفع گیرنده نشأت نکرده باشد، به ذمه مالک بوده و نفع گیرنده به دادن مفادی که از مصرف حاصل شده، مکلف می شود. و اگر نفع گیرنده مصارف مذکور را نموده باشد، می تواند در وقت انتهای مدت انتفاع استرداد آن را از مالک، مطالبه نماید.

طورمثال: مستأجر خانه شخص دیگر را غرض سکونت به مدت معین به اجاره گرفته، در این اثناء یک جناح دیوار احاطه خانه مذکور بدون تقصیر و مسؤلیت مستأجر چپه شده و ایجاب بناء و اعمار مجدد دیوار احاطه را نماید و مستأجر مذکور به اجازه مؤجر آن را به پول شخصی خود اعمار و بلند نماید، تکالیف و مصرف آن به ذمه مالک می باشد.<sup>1</sup>

60 - ماده 2332 - ق.م.ا: صاحب حق حکر، مکلف است با اتخاذ وسائلی اقدام نماید که برای حاصل دهی زمین لازم باشد، و با آنهم شروط موافقه شده، طبیعت زمین، غرضی که زمین برای آن آماده شده و اقتضای عرف منطقه رعایت می شود.

طور مثال: موضوع عقد حکر را موازی سی جریب زمین خالی تشکیل دهد که غرض غرس اشجار جهت قوریه و فروش نهال های متنوع به مدت معین چهل سال و اجرت فی جریب مبلغ یک هزار افغانی جمله سالانه در مجموع به قیمت اجرت سی هزار افغانی به عقد حکر اجاره گرفته شده باشد، صاحب حق حکر مکلف است اطراف زمین مذکور را احاطه نموده و آن را ذریعه قلبه و غیره وسائل آماده حاصل دهی نهال قوریه نموده موافق طبیعت زمین و اقتضای عرف منطقه کود و غیره در آن بیندازد و همراه خاک مخلوط کرده و آب لازم را که قابل تحمل زمین باشد آبیاری و جهت غرس آماده نماید تا که از یک طرف زمین خراب نشده و از جانبی حاصل خوب نهال و اشجار قابل فروش و منفعت بدست آید.<sup>2</sup>

طبق قانون مدنی افغانستان عرف و عادات نیز یکی از منابع حقوق مدنی که اموال و مالکیت جزء آن است، را تشکیل می دهد. ماده 2 ق.م. در این باره حکم می نماید که «در موارد که حکمی در قانون و یا اساسات کلی فقه حنفی شریعت اسلام موجود نباشد، محکمه مطابق به عرف عمومی حکم صادر می نماید مشروط بر اینکه عرف مناقض احکام قانون یا اساسات عدالت نباشد». بر اساس این ماده عرف و عادات نیز یکی از منابع حقوق مدنی را تشکیل می دهد. از همین رو، قانون اصول محاکمات مدنی قاضی را مکلف به دانستن عرف و عادات عمومی نموده و ماده (498) آن در این باره حکم می نماید که: «قاضی باید علاوه بر احاطه کامل بر قوانین نافذ کشور و احکام شریعت اسلامی بر عرف، عادات و عنعنات عمومی جامعه و قوف کافی داشته باشد».<sup>3</sup>

## مطلب دوم: تطبیقات اعتبار عرف در مواد قانون احوال شخصیه و قانون تجارت:

<sup>1</sup> همان اثر، صص 188 - 189 ماده (2308).

<sup>2</sup> همان اثر، ص 199 ماده (2332).

<sup>3</sup> عبدالله و بیک، اموال و ملکیت در افغانستان ص 22.

الف - هر چند قانون احوال شخصیه در موردی که اگر حکم مسئله این در قانون و نظریات فقهای شیعه وجود نداشته باشد قاضی چه باید بکند، ساکت است، اما بر مبنای قانون مدنی افغانستان حکم مسئله روشن است که قاضی بر مبنای عرف عمومی که مناقض اصول عدالت نباشد حکم صادر خواهد نمود.

رجوع قاضی به عرف مشروط به دو شرط است: 1. عرف مورد استناد مناقض احکام قانون نباشد. 2. عرف مذکور نباید مناقض اصول عدالت باشد. قانونگذار مخالفت با این دو را مخالفت با قوانین امری و نظم عمومی می شمارد. بر این اساس قاضی موظف به احاطه کامل بر عرف است.

قابل توجه است که در جامعه افغانستان عرف های نا پسندی وجود دارد که با حکم قانون و شریعت اسلامی مغایرت دارد. مواردی چون ازدواج اجباری زن با برادر میت، محروم نمودن زنان از ارث (متروکه)، عدم مطالبه مهریه توسط اقارب زن در صورت فوت او، گرفتن شیربها (تویانه) توسط پدر دختر و ... را می توان نام برد. چنین عرف هایی به موجب صراحت قانون مطرود است و دادرس حتی در فرض سکوت قانون و احکام فقه، حق مراجعه به آنها را ندارد.<sup>1</sup>

ب - عرف در مسائل تجارتي دارای اهمیت خاص است، بیشتر قواعد ا.ت بر گرفته از عرف مروجه بین تاجران بوده است قبل از آنکه در نصوص قانون مکتوب گردند. علی رغم وجود قوانین تجارتي و نیز مراجع قانونگذاری در زمان حاضر چنین می توان نگاشت که عرف هنوز هم اهمیت خود را در مسائل تجارتي از دست نداده است و همچنان می تواند از منابع حقوق تجارتي باشد و در حل و فصل قضایای تجارتي مطمح نظر قرار گرفته و به آن استناد شود. ماده 2 ق.ت نیز عرف و عادات تجارتي را از جمله منابع حقوق تجارتي دانسته است، در این ماده می خوانیم:

« مسائل تجارتي ذریعه مقاوله نامه های معتبره قانونی، و در صورتی که چنین مقاوله موجود نباشد به موجب صراحت و یا دلالت قوانین تجارتي حل و فصل می گردد اگر به این ترتیب حل و فصل شده نتواند عرف و عادات تجارتي تطبیق می گردد. عرف و عادات محلی و خصوصی بر عرف و عادات عمومی ترجیح داده می شود و در صورت نبودن عرف و عادات، احکام قوانین دیگری که به آن استناد می شود تطبیق می گردد».<sup>2</sup>

تبصره - ترجیح عرف و عادات خصوصی و محلی بر عرف و عادات عمومی، عبارت است از اینکه عرف و عادات تجارتي هر محل تابع تعاملات حوزه محلی خودش می باشد، نه تابع تعاملات مناطق دیگر هرگاه عرف و عاداتیکه در حل و فصل معاملات تجارتي مرثر واقع شده بتواند در یک حوزه محلی موجود نباشد به عرف و عادات نزدیک ترین محل استناد شده می تواند.<sup>3</sup>

هریک از طرفین اختلاف زمانی که به عرف استناد می کند بایستی وجود آن را اثبات نماید. اثبات عرف به هر طریقی امکان پذیر است مثلاً شخص می تواند از اطاق تجارتي و صنایع گواهی ای را به محکمه

<sup>1</sup>. انستیتوت ماکس پلانک، حقوق فامیل شیعیان افغانستان صص 14 - 15 - وزارت عدلیه، قانون اصول محاکمات مدنی ماده (498).

<sup>2</sup>. میرزایی، رهنمود درسی حقوق تجارتي افغانستان ص 31 - وزارت عدلیه، قانون تجارتي ماده (2).

<sup>3</sup>. همان قانون، ماده (2).

ارائه نماید که در این گواهی وجود عرف را تصدیق نماید یا از مؤسسات تجارتي گواهی وجود عرف خاصی را به دست آورد و به محکمه گواهی را ارائه نماید.

یا اینکه می تواند به اهل خبره متوسل شود و نظر آنها را در خصوص وجود عرف به محکمه ارایه نماید. منتها بایستی در نظر داشت که حجیت عرف نسبی است و اعتبار که به عرف داده می شود به صلاحدید قاضی محکمه است که او عرف را چگونه تفسیر و حدود و ثغور آن را چگونه مشخص می کند.<sup>1</sup>

ماده 620 ق.ت.: در صورتیکه عبارت امکان تعبیرات متعددی را داشته باشد، مقصد مشترک طرفین از مندرجات دیگر مقاوله یا عرف و عادات و تعاملات و احوالی که در زمان تنظیم مقاوله موجود باشد و یا نظر به سوابق تطبیقات در گذشته، تعیین می شود.

یکی از قواعد که در اصولنامه تجارت تصریح شده؛ لزوم تفسیر عقد براساس عرف و عادات جاریه است. زیرا، در مسائلی که عرف مسلمی در مورد آنها وجود دارد، چنین فرضی معقول است که گفته شود دوطرف عقد از آن عرف آگاهی داشته و به آن تراضی نموده اند و گرنه به صراحت با آن مخالفت می ورزیدند.<sup>2</sup>

### مطلب سوم: نقش عرف در ساحه حقوق جزاء:

ج - تأثیر عرف در مسائل حقوق خصوصی و حقوق جزاء یکسان نیست؛ زیرا از نظر حقوق خصوصی افغانستان زمانی که حکم صریح در قانون یافته نشود محاکم بر اساس فقه حنفی و اگر در فقه حنفی یافته نشود محاکم بر مبنای عرف عمومی قواعد حقوقی را استخراج کرده و برای صدور حکم به کار می برد. پس نقش عرف در ایجاد قواعد حقوق خصوصی غیر قابل انکار است چنانکه قانون مدنی افغانستان عرف عام را منحصیث مصدر رسمی قواعد حقوقی به رسمیت شناخته و محاکم را در درجه سوم به اعمال و اجرای آن مکلف گردانیده است که در قسمت اول این مبحث ماده مذکور به بحث و بررسی گرفته شد.

اما در مسائل جزائی چنین نیست؛ زیرا بر اساس برخی از اصول قانون اساسی و قانون جزاء به خصوص اصل قانونی بودن جرائم و جزاها، مراجع و محاکم جزائی مکلف اند که طبق قوانین و مقرات جزائی از قبل تدوین شده به تعقیب، گرفتاری و اصدار حکم در مورد مجرمان مبادرت نمایند.

چنانکه قانون اساسی در ماده (27) خود می گوید: (هیچ عملی جرم شمرده نمی شود مگر به حکم<sup>3</sup> قانون که قبل از ارتکاب جرم نافذ گردیده باشد. هیچ شخصی را نمی توان تعقیب<sup>1</sup>، گرفتار و یا توقیف<sup>2</sup> نمود

<sup>1</sup> همان اثر، صص 32 - 33.

<sup>2</sup> عبدالله، حقوق و جائب ص 148 به نقل از: دوره حقوق تعهدات، ترجمه الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج 1 صص 441 - 442.

<sup>3</sup> حکم عبارت است از: دستور مقنن اسلام راجع به افعال مکلفان (یعنی کسانیکه عاقل و بالغ و رشید هستند) خواه دستور الزامی باشد چون امر و نهی و خواه نباشد چون استحباب و کراهت و اباحه. این اصطلاح در مقابل وضع بکار رفته است و در تعریف آن گفته اند: وضع عبارت است از اینکه مقنن چیزی را سبب چیزی دیگر یا مانع یا شرط آن قرار دهد مانند اتلاف که سبب ضمان است. دستور مقنن را در صورت نخست، حکم

مگر بر طبق احکام قانون. هیچ شخص را نمی توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق به احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد).

کود جزا در فقره (1) و (2) ماده (7) خود تصریح می دارد: (1) - هیچ عملی جرم<sup>3</sup> شمرده نمی شود، مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد 2 - هیچ جزای را نمی توان تطبیق نمود، مگر اینکه در این قانون تصریح شده باشد). و در فقره (3) ماده مذکور خود اعلان می دارد: ( هیچ کسی را نمی توان مجازات<sup>4</sup> نمود مگر مطابق به احکام قانون که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام، نافذ گردیده باشد).

بر همین اساس است که هرگاه در کود جزا حکم صریح در مورد عمل مجرمانه و جزای آن وجود نداشته باشد یا مفاد آن مجمل باشد هیچ محکمه ای نمی تواند که طبق عرف متداول، آن عمل را جرم دانسته و مجازاتی را بر آن تعیین کند و در جای که قانون سکوت کرده باشد محکمه جزائی بر اساس اصل برائت ذمه متهم را غیر قابل تعقیب جزائی و غیر قابل محکومیت اعلان می نماید. چنانکه قانون اساسی در ماده (25) و کود جزاء در ماده (5) خود می گوید: (برائت ذمه حالت اصلی است. شخص تا زمانی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگرفته باشد؛ بی گناه شناخته می شود). و قانون اجراء جزائی در ماده (5) خود نیز به صراحت می گوید: ( برائت ذمه حالت اصلی است، متهم تا وقتی که به حکم قطعی محکمه با صلاحیت محکوم علیه قرار نگیرد، بی گناه شناخته می شود). اما با وجود این، در مقام تطبیق قانون جزاء یا موارد خاص آن از عرف و عادت الهام گرفته می شود. به عنوان مثال در موارد ذیل قاضی محکمه از عرف و عادت استفاده می کند:

1. در مورد تبرئه و موانع جزاء: بر اساس مقتضی این اصل جزایی که «جرم و جزاء ثابت نمی شود مگر با نص»، عرف و عادت نمی تواند ایجاد یا الغای جرائم و مجازات نماید، ولی می تواند از ظروف مشدده یا مخففه جرایم و مجازات باشد.

کود جزای افغانستان در فقره (2) ماده (213) خود احوال مخففه مسؤولیت جزائی را بر شمرده تصریح می نماید:

12 - سائر حالات مندرج این قانون و یا حالات که محکمه از اوضاع و احوال مربوط به جرم و متهم استنباط می کند.<sup>5</sup>

تکلیفی و در صورت اخیر حکم وضعی نامیده اند. حکم در معنی عام: عبارت است از قانون شرعی و شامل حکم تکلیفی و حکم وضعی می شود که حکم به این معنی حکم شرعی هم می نامند. (لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، حرف ح کلمه حکم شماره 1925).

<sup>1</sup> تعقیب عبارت است از: اقدامات کیفری بمنظور کشف جرم و مجرم. (همان اثر، حرف ت کلمه تعقیب شماره 1312).

<sup>2</sup> توقیف عبارت است از: نگهداری و سلب آزادی مؤقت مظنون یا متهم است در مرحله تحقیق و تعقیب عدلی به امر خرنوال یا محکمه در محل که طبق حکم قانون به آن اختصاص یافته است. (قانون اجراء جزائی ماده (4) فقره 28).

<sup>3</sup> جرم (جزا) عبارت از: جرمی که قانون آن را از طریق تعیین کیفر منع کرده باشد. (لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، حرف ج کلمه جرم). کیفر در لغت: به معنی عقوبت و مجازات است که به کسیکه خلاف قانون یا اخلاق یا عرف و عادت رفتار کرده و مرتکب عمل بد شده باشد داده می شود. (همان اثر، حرف ک کلمه کیفر شماره 4565).

<sup>4</sup> مجازات عبارت است از: مشقتی که مقنن تحمیل به مجرم می کند. (همان اثر، حرف م کلمه مجازات شماره 4862).

<sup>5</sup> وزارت عدلیه، کود جزاء بنده (12) فقره (2) ماده (213).

با در نظر داشت ماده فوق و سائر مواد قانون جزای افغانستان که اوضاع و احوال جرم و مجرم را در تعیین مجازات اثر گذار می داند عرف و عادات که مشمول اوضاع و احوال جرم و مجرم است نیز تأثیر خود را داشته و همچنان در تعیین حد اقل و اکثر مجازات از طرف قاضی قابل ملاحظه است.

2. در مورد تکمیل برخی از نصوص جزائی: عرف و عادت می تواند در تشخیص برخی از مفاهیم عام که در قانون تصریح گردیده اند قضات محاکم را یاری نماید از قبیل فسق، فجور، فریب کاری، آزار و اذیت زن و طفل، توهین و دشنام<sup>1</sup> و غیره الفاظ عمومی که در قانون از آنها ذکر به عمل آمده است.

به عنوان مثال در کود جزاء افغانستان در فصل یازدهم زیر عنوان جرائم نقض حقوق اطفال فقره (1) ماده (618) تصریح می کند: «شخصی که طفل را به فجور یا اتخاذ فسق بحیث حرفه تحریک، تشویق یا مجبور نماید و یا در این مورد تسهیلاتی برای وی فراهم سازد، به حبس متوسط که از سه سال کمتر نباشد، محکوم می گردد».

در اینجا کلمه فسق و فجور قابل توضیح است که برای تشخیص آن باید به همه اوضاع و احوال توجه داشت: به عرف، عنعنات، شخصیت، موقعیت، و سائر موارد تافسق و فجور مشخص و ماده فوق الذکر قانون جزاء محل تطبیق پیدا کند.

و ماده 678 کود جزاء زیر عنوان توهین و دشنام اشخاص بیان می دارد: «1 - شخصی که به دیگری، امری را نسبت دهد که به اثر آن اعتبار یا حیثیت وی جریحه دار شود، گرچه متضمن استناد به یک واقعه معین نباشد، مرتکب جرم توهین اشخاص شناخته می شود. 2 - شخصی که دیگری را به الفاظ ناپسند و زشت مخاطب قرار دهد، مرتکب جرم دشنام، شناخته می شود».

که در این ماده نیز امر که به شخص نسبت داده می شود که به اثر آن اعتبار یا حیثیت وی جریحه دار می گردد و الفاظ ناپسند و زشت که به شخص نسبت داده می شود قابل توضیح است و باید به همه اوضاع و احوال منجمله عرف توجه داشت تا توهین و دشنام مشخص شود و این ماده کود جزاء محل تطبیق پیدا کند.

3. در حالت احاله قانون برخی از مسائل را به عرف: همچنان قانون در برخی حالات بعضی از مسائل را به عرف و عادت ارجاع می نماید که در چنین حالات قاضی به منظور پیدا کردن راه حل مناسب به عرف و عادت متداول رجوع می کند.<sup>2</sup>

## نتیجه گیری:

<sup>1</sup> برای وضاحت بیشتر به فصل سوم، مبحث عرف قولی و عملی مراجعه شود.  
<sup>2</sup> نذیر، حقوق جزای عمومی ج 1 ص 94 به نقل از رحمانی، الوجیز فی قانون الجنائی العام ص 73.



در نتیجه عرف صحیح در شریعت اسلامی و قوانین افغانستان از اعتبار و ارزش بخصوص برخوردار است. عرف در لغت به معنی پیروی کردن پی در پی چیزی، سکون، بلندی و ارتفاع و در اصطلاح هرگفتار و کرداری است که در نفوس اکثریت مردم استقرار پیدا کرده، عقلهای شان پذیرفته و در طبائع سلیم شان مقبولیت داشته و شریعت اسلامی آن را رد نکرده است. تاجائیکه آن مبنی حکم قرار گرفته، در بخشهای مختلف فقه اسلامی مستند و متکای عظیم الشان بشمار رفته، جایگاه بلند بالای را در تولید، تجدید، تعدیل، تحدید، اطلاق و تقیید احکام شرعی داشته و در قواعد کلی فقهی انعکاس گسترده یافته تا حدی که تعداد زیادی از قواعد فقهی و مواد مجلة الاحکام العدلیه پیرامون آن چرخیده و آن را پوشش داده است و ظاهراً همه ای مذاهب فقهی به اعتبار آن اتفاق نظر دارند در حالیکه در حدود و اندازه اعتبار عرف باهم اختلاف نظر اندکی دارند و در قوانین افغانستان نیز یکی از منابع قانونگذاری بوده و در اکثریت قوانین از جمله قانون مدنی موارد زیادی به عرف رجعت داده شده و یکی از راه حل های منازعات مدنی دانسته شده است و در نهایت در در قسمت نصوص محتمل و منطقه فراغ تشریحی که دائره آن گسترده است عرف محل تطبیق پیدا کرده یکی از عوامل ماندگاری شریعت اسلامی و جوابگو بودن آن در همه ای زمان ها و مکان ها است؛ این در حالی است که عرف فاسد در شریعت و قوانین افغانستان از هیچ اعتباری برخوردار نبوده، بلکه باید در برابر آن ایستاد.

**پیشنهادات:**

1 - به علماء و نهاد های ذی ربط پیشنهاد می گردد تا از طریق رسانه ها، مساجد و منابر به مردم عرف های صحیح و فاسد را که جامعه ای افغانی را فراگرفته است به معرفی بگیرند تا عرف های فاسد از قبیل میراث ندادن به خانم ها، بد دادن دختران و غیره را که در بخش های مختلف کشور حکم فرما است جای خود را به احکام شرعی داده و یک گام بسوی تطبیق احکام شرعی برداریم.

2 - به پوهنتون ها، نهادهای علمی تحصیلی تحقیقاتی پیشنهاد می گردد به پژوهش عرف های موجود در این سرزمین پرداخته، آنها را دسته بندی و صحیح و فاسد شان را تفکیک نموده با معیار های شرع به بررسی بگیرند تا مردم به عرف های صحیح تمسک و عرف های فاسد را کنار بگذارند.

3 - در پهلوی پروگرام های ماستری برنامه های دوکتورا بخصوص در رشته های علوم اسلامی ایجاد گردد تا از این طریق دانشمندان و متخصصین علوم اسلامی فارغ و در خدمت ملت مظلوم این خطه قرار گیرد و یک قسمت از مشکلات موجود در این عرصه مرفوع گردد.

4 - پیشرفت های علمی تحقیقاتی زمانی امکان پذیر است و به شگوفائی می رسد که کتابخانه های بزرگ، غنی و مجهز در دست رس محققین و پژوهشگران قرار داشته باشد تا کتب مختلف و بخصوص تحقیقات انجام شده جدید و بکر در دسترس آنها قرار داده شود، تا از یک طرف از تحقیقات تکراری جلوگیری شده و از جانب دیگر پژوهشگران به کمبود منابع مواجه نگردند.

5 - از نهاد های تحصیلی به خصوص رهبری پوهنتون ها متمنی ام در قسمت تدریس روش تحقیق برنامه های مؤثر را راه اندازی نمایند و مهارت های تحقیقی را برای محصلان بصورت درست آموزش دهند، تا آنها در جریان تحصیل و بعد از فراغت بتوانند اندوخته های علمی شان را از طریق تحقیق و پژوهش به خدمت جامعه قرار دهند.

## فهرست آیات قرآن کریم

آیه	شماره	سوره	صفحه
خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ	199	اعراف	ز، 36
وَأَلْهِنَّا مِثْلَ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	228	بقره	ز، 37
فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ	6	طلاق	ز، 38
وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ	107	انبیاء	1
أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرِ	14	ملك	3
رَبَّنَا وَسِعْتَ كُلَّ شَيْءٍ رَّحْمَةً وَعِلْمًا	7	غافر	3
وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا	64	مريم	5
وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ	4	ابراهيم	7
بَلْ قَالُوا إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ	22	زخرف	15
وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا	1	مرسلات	15
وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا	15	لقمان	16
تَنْزِيلُ الْكِتَابِ مِنَ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَكِيمِ	2	جاثيه	22
وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَىٰ اللَّهِ رِزْقُهَا	6	هود	25
وَهُوَ الَّذِي يَبْدَأُ الْخَلْقَ ثُمَّ يُعِيدُهُ	27	روم	30
إِنَّهُ هُوَ يُبْدِئُ وَيُعِيدُ	13	بروج	30
وَاللَّائِي يَيْئَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ	4	طلاق	36
لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ	7	طلاق	37
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ	233	بقره	93، 37
وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ	233	بقره	85 ، 38
قَالَ هِيَ رَاوَدْتَنِي عَنْ نَفْسِي	27 – 26	يوسف	39

39	نور	58	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنَكُمْ
58	نساء	59	فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ
82	بقره	280	وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ
86	مائده	89	لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ
92	طلاق	2	وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ

## فهرست احاديث

صفحه	راوي	حديث
5	ابى الدرداء	ما احل الله في كتابه فهو حلال
5	ابى ثعلبه	ان الله فرض فرائض فلا تضيعوها
40	ابن مسعود	ما رأى المسلمون حسنا
41	عائشه	خذى ما يكفيك وولدك بالمروف
41	انس	لاينبغى لاحد ان يبلغ هذا الا رجل من اهلى
42	عبدالله	لولا انى لا اقتل الرسل
42	ابن مسعود و ديكران	صلوا كما رأيتمنى اصلى
42	ابن محيصة عن ابيه	على اهل الاموال حفظها بالنهار
43	انس	فاتخذ خاتما من فضة و نقشه
44	عروة	ان النبى صل الله عليه وسلم اعطاه دينارا
44	ابن عمر	من اسلف فى شئ فليسلف فى كيل معلوم
45	ابن عمر	الوزن وزن اهل مكة
62	عائشه	لاقطع الا فى ربع دينار
82،71	عائشه	اذنها صماتها
84		نهى عن بيع ماليس عند الانسان
88		انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع و شرط
97	ابوهريره	ان رجلا سئل النبى صل الله عليه وسلم
97	ابوهريره	ان رسول الله صل الله عليه وسلم سئل اى العمل

## فهرست مواد قانون

صفحه	ماده
23	فقره (2) ماده (3) قانون طرز طى مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقينى
23	ماده (79) و (94) قانون اساسى افغانستان
105،46،28	ماده (721) قانون مدنى
122،28	ماده (2) قانون تجارت
101 ، 29	ماده (2) قانون مدنى
123 ، 46	ماده (620) قانون تجارت
105 ، 46	ماده (721) قانون مدنى
106 ، 47	ماده (723) قانون مدنى
106 ، 49	ماده (724) قانون مدنى
106 ، 49	ماده (722) قانون مدنى
51	ماده (720) قانون مدنى
51	ماده (623) اصولنامه تجارت
52	ماده (1366) قانون مدنى
122،121 ، 59	ماده (498) قانون اصول محاكمات مدنى
62	ماده (678) كود جزا
65	ماده (506) قانون مدنى
65	مواد (135 و 139) قانون مدنى

- 68 مواد (118، 123 و 124) قانون مدنی
- 71 ماده (525) قانون مدنی
- 72 مواد (1، 1075 و 1108) قانون مدنی
- 74 ماده (1373) قانون مدنی
- 76 ماده (1066) قانون مدنی
- 85 مواد (1055، 1510 و 1511) قانون مدنی
- 93 ماده (682) قانون مدنی
- 99 ماده (18) قانون طرز طی مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنینی
- 100 ماده (130) قانون اساسی افغانستان
- 101 ماده (9) قانون مدنی
- 102 ماده (101، 35) قانون مدنی
- 103 مواد (387، 506، 509 و 522) قانون مدنی
- 104 مواد (531) قانون مدنی
- 105 ماده (607، 610 و 697) قانون مدنی
- 107 ماده (735، 822، 925 و 1007) قانون مدنی
- 108 ماده (1061 و 1063) قانون مدنی
- 109 ماده (1066، 1077 و 1082) قانون مدنی
- 110 ماده (1105 و 1109) قانون مدنی
- 111 ماده (1112 و 1123) قانون مدنی
- 112 ماده (1145، 1269 و 1346) قانون مدنی
- 113 ماده (1366، 1369 و 1382) قانون مدنی
- 114 ماده (1402، 1408، 1413 و 1472) قانون مدنی

- 115 ماده (1474، 1486، 1496 و 1497) قانون مدنی
- 116 ماده (1502، 1510 و 1530) قانون مدنی
- 117 ماده (1535، 1547 و 1561) قانون مدنی
- 118 ماده (1570، 1840 و 1919) قانون مدنی
- 119 ماده (1931، 1979، 2104 و 2110) قانون مدنی
- 120 ماده (2180، 2306 و 2308) قانون مدنی
- 121 ماده (2332) قانون مدنی
- 124 ماده (25 و 27) قانون اساسی افغانستان
- 124 مواد (7 و 5) کود جزا
- 124 ماده (5) قانون اجراءات جزائی
- 125، 124 مواد (213، 618 و 678) کود جزا



## فهرست منابع و مأخذ

قرآن كريم.

- 1 – ابن الهمام، كمال الدين محمد ابن عبدالواحد السيواسي. (ب،ت). فتح القدير. دار الفكر.
- 2 – ابن اميرالحاج، ابو عبدالله شمس الدين محمد ابن محمد ابن محمد. (1403هـ – 1983م). التقرير والتحبير. دارالكتب العلمية. ج 1. چاپ دوم.
- 3 – ابن النجار، تقى الدين ابوالبقاء محمد ابن احمد ابن عبدالعزيز ابن على الفتوحى. (1418هـ – 1997م). شرح كوكب المنير. تحقيق: محمدالزحيلي و نزية حماد. مكتبة العبيكان. چاپ دوم. ج 4.
- 4 – ابن التميمين، محمد عبدالله. (1430هـ – 2009م). اعمال العرف في الاحكام و الفتاوى في المذهب المالكي. دائرة الشؤون الاسلامية والعمل الخيري بدبي. چاپ اول.
- 5 – ابن تيميه، تقى الدين ابوالعباس احمد ابن عبدالحليم. (1416هـ – 1995م). مجموع الفتاوى. تحقيق: عبدالرحمن ابن محمد ابن قاسم. المملكة العربية السعودية – المدينة النبوية. مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
- 6 – ابن حجر، احمد ابن على. (1379هـ). فتح الباري شرح صحيح البخارى. بيروت. دارالمعرفة.
- 7 – ابن حجر، ابوالفضل احمد ابن على ابن محمد ابن احمد. (1419هـ – 1989م). التلخيص الحبير في تخريج احاديث الراعى الكبير. دارالكتب العلمية. چاپ اول. شامله.
- 8 – ابن حنبل، احمد. (1420هـ – 1999م). مسند الامام احمد ابن حنبل. تحقيق: شعيب الارنوط و ديكران. مؤسسة الرسالة. چاپ دوم.
- 9 – ابن عابدين، محمد امين افندى. (ب، ت). مجموعه رسائل ابن عابدين.
- 10 – ابن عابدين، محمد امين ابن عمر ابن عبدالعزيز عابدين الدمشقى الحنفى. (1412هـ – 1992م). ردالمحتار على الدرالمختار. بيروت. دار الفكر. چاپ دوم.
- 11 – ابن عربى، ابى بكر محمد ابن عبدالله. (ب،ت). احكام القرآن. تحقيق: محمد عبدالقادر عطاء. لبنان – بيروت. دارالكتب العلمية. چاپ جديد.

- 12 – ابن فارس، ابي الحسين احمد ابن فارس ابن ذكريا.(ب،ت). معجم مقاييس اللغة. تحقيق: عبدالسلام محمد هارون. دارالفكر.
- 13 – ابن فارس، ابي الحسين احمد ابن فارس ابن ذكريا.(1406هـ ق – 1989م). مجمل اللغة. لبنان – بيروت. مؤسسة الرسالة. چاپ دوم.
- 14 – ابن قدامة، ابو محمد مؤفق الدين عبدالله ابن احمد ابن محمد المقدسى ثم دمشقى الحنبلى.(1388هـ – 1968م). المغنى لابن قدامة. مكتبة القاهرة. بدون چاپ.
- 15 – ابن قيم، محمد ابن ابي بكر ايوب الزرعى ابو عبدالله.(1973هـ). اعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق: طه عبدالرؤوف. بيروت. دارالجيل. شامله.
- 16 – ابن منظور، ابي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم الافريقى المصرى.(ب،ت). لسان العرب. لبنان – بيروت. دارصادر. چاپ اول.
- 17 – ابن نجيم، زين الدين ابن ابراهيم ابن محمد.(1419هـ ق – 1999م). الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان. بيروت – لبنان. داركتب العلمية. چاپ اول
- 18 – ابوداود، سليمان ابن شعث ابن اسحق ابن بشير ابن شداد.(ب،ت). سنن ابي داود. تحقيق: محمد محى الدين عبدالحميد. بيروت – صيدا. المكتبة العصرية.
- 19 – افندى، على حيدر خواجه امين.(1411هـ – 1991م). دررالحكام فى شرح مجلة الاحكام. تعريف: فهمى الحسينى. دارالجيل. چاپ اول. ج 1.
- 20 – اشقر، عمر سليمان.(1425هـ – 2005م). المدخل الى الشريعة و الفقه الاسلامى. اردن. دارالنفائس. چاپ اول.
- 21 – بابرته، محمد ابن محمد ابن محمود اكمل الدين ابو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومى.(ب،ت). العناية شرح الهداية. دارالفكر.
- 22 – بخارى، محمد ابن اسماعيل.(1422هـ ق). صحيح البخارى. تحقيق: محمد زهير ابن ناصرالناصر. شرح و تعليق: مصطفى ديب البغاء. طوق النجاة. چاپ اول.
- 23 – بخارى، عبدالعزيز ابن احمد ابن محمد علاء الدين.(ب،ت). كشف الاسرار شرح اصول البزدوى. دارالكتاب الاسلامى.
- 24 – بورنو، محمد صدقى ابن احمد ابن محمد.(1416هـ – 1996م). الوجيز فى ايضاح القواعد الفقهية الكلية. مؤسسة الرسالة. چاپ چهارم.
- 25 – بيهقى، ابوبكر احمد ابن حسين ابن على و ابن التركانى، علاو الدين على ابن عثمان الماوردى.(1344هـ ق). السنن الكبرى و فى ذيله جوهر النقى. هند – حيدرآباد. مجلس دائرة المعارف النظامية. ج 10. چاپ اول.
- 26 – بيهقى، احمد ابن حسين ابن على ابن موسى الخسروجردى الخراسانى.(1424هـ ق – 2003م). السنن الكبرى. تحقيق: محمد عبدالقادر عطا. لبنان – بيروت. دارالكتب العلمية. ج 10. چاپ سوم.

- 27 - تهانوی، محمد ابن علی ابن قاضی محمد حامد ابن محمد صابر الفاروقی الحنفی. (1996م). موسوعة كشاف اصطلاحات العلوم و الفنون. تحقيق: علی دهرج. لبنان - بيروت. مكتبة لبنان ناشرون. چاپ اول.
- 28 - جانکی، فیروز محمودی. (جوزای 1391 ه ش). رهنمود ماکس پلانک برای حقوق جزائی افغانستان. ماکس پلانک. ویرایش دوم.
- 29 - جرجانی، علی ابن محمد ابن علی. (1405 ه). التعريفات. تحقيق: ابراهيم الابيارى لبنان - بيروت. دارالکتب العربی. چاپ اول.
- 30 - جصاص، ابی بکر احمد ابن علی الرازی. (1412 ه - 1992 م). احکام القرآن. تحقيق: محمد الصادق القمحاوی. لبنان - بيروت. داراحیاء التراث العربی - مؤسسة التاریخ العربی. ج 2.
- 31 - حمادة، رحیفة سلیمان. (1434 ه - 2014/1/29 م). العرف و اثره فی حقوق الزواج فی الفقه الاسلامی. رساله ماستری موصوف که در پوهنتون غزه به تاریخ 7 ربیع الاول 1335 ه مطابق 2014/1/8 م دفاع شده است.
- 32 - خرم دل، مصطفی. (ب،ت). تفسیر نور. IslamiDownload.IR
- 33 - خضری بک، محمد. (1389 ه - 1989 م). اصول الفقه. مصر. مكتبة التجارية الكبرى. چاپ هفتم.
- 34 - خطابی، ابوسلیمان احمد ابن محمد. (1351 ه - 1932 م). معالم السنن. المطبعة العلمية. چاپ اول. ج 3.
- 35 - خلاف، عبدالوهاب. (ب،ت). علم اصول الفقه. مكتبة الدعوة الاسلامية شباب الازهر. چاپ هشتم.
- 36 - دارقطنی، ابوالحسن علی ابن عمر ابن احمد ابن مهدی ابن مسعود ابن نعمان ابن دینار بغدادی. (1424 ه ق - 2004 م). سنن الدار قطنی. تحقيق: شعيب الارنؤوط، حسن عبدالمنعم شلبي، عبداللطيف حرز الله، احمد برهوم. لبنان - بيروت. مؤسسة الرسالة. ج 5. چاپ اول.
- 37 - ديب البغاء، مصطفی. (ب،ت). اثر الادلة المختلف فيها (مصادر التشريع التبعية) فی الفقه الاسلامی. دمشق. دار الامام البخاری.
- 38 - دسوقی، محمد عرفه. (ب،ت). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. تحقيق: محمد عيش. بيروت. دارالفکر. شامله.
- 39 - دهلوی، احمد المعروف بشاه ولی الله ابن عبدالرحيم. (1426 ه - 2005 م). حجة الله البالغة. تحقيق: سيد سابق. بيروت. دارالجيل. چاپ اول. ج 2.
- 40 - راجی، یادگار. (1394 ه ش). لکچرنوت مضمون قانون مدنی (جلد اول). ستره محکمه ریاست تعلیمات قضائی.
- 41 - راجی، یادگار. (1393 ه ش - 2014 م). تشریح و توضیح قانون مدنی. کابل. راجی. ج 2.

- 42 – راجى، يادگار. (جدى 1394هـ ش). توضیح مفاهيم قانون مدنى. انتشارات سعيد.
- 43 – زبيدى، محمد ابن محمد ابن عبدالرزاق الحسينى ابوالفيض. (ب،ت). تاج العروس من جواهر القاموس. تحقيق: مجموعة من المحققين. دارالهداية. ج 36.
- 44 – زجاج، ابراهيم ابن سرى ابن سهل ابواسحق. (1408 هـ – 1988م). معانى القرآن و اعرابه. تحقيق: عبدالجليل عبده شلبى. لبنان – بيروت. عالم الكتب. چاپ اول.
- 45 – زحيلي، محمد مصطفى. (1427هـ ق – 2006م). الوجيز فى اصول الفقه الاسلامى. بيروت – لبنان. دارالخير. ج 2 چاپ دوم.
- 46 – زرقاء، مصطفى احمد. (1418هـ ق – 1998م). المدخل الفقهى العام. دمشق. دارالقلم. چاپ اول.
- 47 – زرقاء، احمد ابن الشيخ محمد. (1409هـ – 1989م). شرح القواعد الفقهية. دارالقلم. چاپ دوم.
- 48 – زرکلى، خيرالدين. (مى 2002م). الاعلام. لبنان – بيروت. دارالعلم للملئين. چاپ پانزدهم.
- 49 – زيدان، عبدالكريم. (1390هـ ش). الوجيز در اصول فقه. ترجمه: فرزاد پارسا. انتشارات كردستان. چاپ دوم.
- 50 – زيدان، عبدالكريم. (ب، ت). الوجيز فى اصول الفقه. قرطبه. چاپ ششم.
- 51 – زيلعى، جمال الدين ابومحمد عبدالله ابن يوسف ابن محمد. (1418هـ – 1997م). نصب الراية لاحاديث الهداية مع حاشيته بغية الامعى فى تخريج الزيلعى. تحقيق: محمد عوامة. لبنان – بيروت. مؤسسة الريان للطباعة و النشر. چاپ اول.
- 52 – ستانكرى، نصرالله و ديگران. (1387 هـ ش). قاموس اصطلاحات حقوقى. پوهنخى حقوق و علوم سياسى پوهنتون كابل.
- 53 – سرخسى، محمد ابن احمد ابن سهل شمس الاثمة. (1414هـ – 1993م). المبسوط. بيروت. دارالمعرفة. بدون طبع.
- 54 – سنهورى، عبدالرزاق احمد. (ب،ت). الوسيط فى شرح القانون المدنى. لبنان – بيروت. داراحياء التراث العربى.
- 55 – سنهورى، عبدالرزاق احمد. (بهار 1390هـ ش). ترجمه الوسيط فى شرح القانونى الجديد (دوره حقوق تعهدات)؛ ترجمه: سيد مهدى دادرزى و محمد حسين دانشكيا. انتشارات دانشگاه قم. چاپ دوم.
- 56 – سيوطى، عبدالرحمن ابن ابى بكر، جلال الدين. (1411هـ ق – 1990م). الاشباه والنظائر. دارالكتب العلمية.
- 57 – شاطبى، ابراهيم ابن موسى ابن محمد اللخمى الغرناطى الشهير بالشاطبى. (1417هـ – 1997م). الموافقات. تحقيق: ابو عبیده مشهور ابن آل سلمان. دار ابن عفان. چاپ اول.

- 58 – شفائی، عبدالله. (میزان 1390 ه ش). مواد اضافی انستیتوت ماکس پلانک برای حقوق فامیل شیعیان افغانستان.
- 59 – شلبی، محمد مصطفی. (ب،ت). اصول الفقه الاسلامی. لبنان – بیروت. الدار الجامعیة.
- 60 – شوکانی، محمد ابن علی ابن محمد ابن عبدالله. (1419 ه – 1999 م). ارشاد الفحول الی تحقیق الحق من علم الاصول. تحقیق: الشیخ احمد عزو عنایة. دارالکتاب العربی.. چاپ اول.
- 61 – صنعانی، محمد ابن اسماعیل الامیر الکحلان. (1379 ه – 1960 م). سبیل السلام. مکتبہ مصطفی البابی الحلبی. چاپ چهارم.
- 62 – ظریفی، شیرعلی. (2005 - 2006). الثوابت و المتغیرات (ماهیتها – اسبابها – ضوابطها). قسم الشریعة، کلیة الشریعة والقانون – الجامعة الاسلامیة العالمیة. اسلام آباد.
- 63 – عبدالله، نظام الدین. (جوزای 1387 ه ش). حقوق وجانب افغانستان – کابل. انتشارات سعید. چاپ اول.
- 64 – عبدالله و بیک، نظام الدین و سبیحه. (اسد 1390 ه ش). مواد درسی انستیتوت ماکس پلانک برای اموال و ملکیت در افغانستان.
- 65 – عثمانی، محمد تقی. (1388 ه ش). اقتصاد اسلامی. ترجمه: رعایت الله روانبد. پژوهش و بازنگری: عبدالکریم حقیقی نیا. صدیقی. ایران – زاهدان. چاپ اول.
- 66 – علی، جواد. (1422 ه – 2001 م). المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام. دارالساقی. چاپ چهارم.
- 67 – عودة، عبدالقادر. (ب،ت). التشريع الجنائي الاسلامی مقارنا بالقانون الوضعی. بیروت. دارالکاتب العربی.
- 68 – فیروزآبادی، مجدالدین محمد ابن یعقوب. (1460 ه – 1996 م). بصائر ذوی التمییز فی لطائف الکتاب العزیز. تحقیق: محمد علی النجار. جمهوریة مصر العربیة – قاهره. وزارة الاوقاف. چاپ سوم.
- 69 – قدری باشا، محمد. (2007 م). الاحکام الشرعیة فی الاحوال الشخصیة. تحقیق: بسام عبدالوهاب الجابی. دارابن حزم.
- 70 – قرضاوی، یوسف. (1386 ه ش). ویژگیهای کلی اسلام. ترجمه: جلیل بهرامی نیا. تهران. احسان. چاپ دوم.
- 71 – قرطبی، ابو عبدالله محمد ابن احمد ابن ابی بکر ابن فرح الانصاری الخزرگی شمس الدین. (1423 ه – 2003 م). الجامع لاحکام القرآن. تحقیق: هشام سمیر البخاری. المملكة العربیة السعودیة. ریاض. دارالکتب.
- 72 – قرافی، ابوالعباس شهاب الدین احمد ابن ادريس ابن عبدالرحمن المالکی. (ب،ت). الفروق. عالم الکتب.

- 73 – قرافى، ابوالعباس شهاب الدين احمد ابن ادريس ابن عبدالرحمن المالكي.(1393هـ – 1973م). شرح تنقيح الفصول. تحقيق: طه عبدالرؤف سعيد. شركة الطباعة الفنية المتحدة. چاپ اول. ج 1.
- 74 – قرافى، شهاب الدين ابى العباس احمد ابن ادريس المالكي.(1416هـ – 1995م). الاحكام فى تميز الفتاوى عن الاحكام و تصرفات القاضى و الامام. مكتب المطبوعات الاسلامية بطلب. چاپ دوم.
- 75 – كاسانى، علاء الدين ابوبكر ابن مسعود ابن احمد.(1406هـ – 1986م). بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع. دارالكتب العلمية. چاپ دوم.
- 76 – لجنة مكونة من عدة علماء و فقهاء فى الخلافة العثمانية.(ب، ت). مجلة الاحكام العدلية. تحقيق: نجيب هواوينى. آرام باغ، كراتيشى. نورمحمد، كارخانه تجارت كتب.
- 77 – لنگرودى، محمد جعفر.(1385هـ ش). ترمينولوژى حقوق. ايران. كتابخانه گنج دانش. چاپ شانزدهم.
- 78 – مرغينانى، على ابن ابى بكر ابن عبدالجليل الفرغانى ابوالحسن برهان الدين.(ب،ت). الهداية فى شرح بداية المبتدى. تحقيق: طلال يوسف. لبنان – بيروت. داراحياء التراث العربى.
- 79 – مطيرى، احمد ابن رفاع ابن حامد العزيزى.(1431هـ – 2010م). العرف فى التشريع الجنائى دراسة تأصيلية مقارنة. جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، رساله ماسترى. تاريخ مناقشته – (1431/6/22هـ – 2010/6/5م).
- 80 – مقرى، احمد ابن محمد ابن على الفيومى.(ب،ت). المصباح المنيرفى غريب الشرح الكبير للرافعى. لبنان – بيروت. المكتبة العلمية.
- 81 – مقرى، احمد ابن محمد ابن على الفيومى.(ب،ت). المصباح المنير. المكتبة العصرية. شامله.
- 82 – ميرزائى، على محمد.(ب،ت). رهنمود درسى حقوق تجارت افغانستان. مؤسسه حميده برمكى براى حاكميت قانون.
- 83 – نذير، دادمحمد.(1395هـ ش – 2016م). درآمدى بر قواعد كلى فقهى. افغانستان – كابل. انتشارات حامد رسالت. چاپ چهارم.
- 84 – نذير، داد محمد.(1395هـ ش). علم اصول فقه. كابل. انتشارات حامد رسالت.
- 85 – نذير، داد محمد.(1396هـ ش). حقوق جزاى عمومى. كابل. انتشارات حامد رسالت. چاپ چهارم.
- 86 – نسائى، ابو عبدالرحمن احمد ابن شعيب ابن على الخراسانى.(1421هـ – 2001م). السنن الكبرى. تحقيق و تخريج: حسن عبدالمنعم شلبى. بيروت. مؤسسة الرسالة. چاپ اول.
- 87 – نفرأوى، احمد ابن غنيم ابن سالم.(ب،ت). الفواكه الدوانى على رسالة ابن ابى زيد القيروانى. تحقيق: رضا فرحات. مكتبة الثقافة الدينية.

- 88 – نيسابورى، مسلم ابن الحجاج ابوالحسن القشيري. (ب،ت). المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن الدل على رسول الله صل الله عليه وسلم. تحقيق: فواد عبدالباقي. لبنان – بيروت. دار احياء التراث العربى.
- 89 – وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية الكويت. (1404-1427ه). الموسوعة الفقهية الكويتية. مصر. مطابع دارالصفوة. چاپ اول.
- 90 – ولى قوته، عادل ابن عبدالقادر ابن محمد. (1418ه ق – 1997م). العرف، حجيته و اثره فى فقه المعاملات المالية عندالحنابلة. سعودى – مكة المكرمة. مكتبه مكى. چاپ اول.
- قوانين:
- 91 – وزارت عدليه. (1395/12/10ه ش). قانون طرز طى مراحل، نشر و انفاذ اسناد تقنينى.
- 92- وزارت عدليه. (). قانون اساسى افغانستان.
- 93 – وزارت عدليه. (1355/10/15ه ش). قانون مدنى.
- 94 – وزارت عدليه. (31 زمري 1369 ه ش). قانون اصول محاكمات مدنى.
- 95 – وزارت عدليه. (25 ثور سال 1396ه ش). كود جزا.
- 96 – وزارت عدليه. (15 ثور سال 1393 ه ش). قانون اجراءات جزائى.
- 97 – وزارت عدليه. (1343ه ش). قانون تجارت.

All the jurists are bringing reasons for validity of this common-law. From among them, Qarafi brought reason on husband and wife arguments on around the house issues and says that this verse is based on custom settlement otherwise in case if there is any other reason<sup>1</sup>

Divorced women shall wait by themselves for three periods. It is unlawful for them, if they believe in Allah and the last day, to hide what he has created in their wombs, in which case their husbands would have a better right to restore them should they desire reconciliation. and for them similar to what is due from them with kindness. but men have a degree above them. Allah is mighty and wise<sup>2</sup>

In this verse of paying of expenses are attached to common-law.<sup>3</sup>

Also the holy prophet of Islam with addressing to Henda wife of Abu Sufyan said: (take based on your need and needs of your children).<sup>4</sup>

Also there are different judicial regulation that proves the common-law: the habit even common or specific was proved by judicial orders.<sup>5</sup>

Change of decrees will not be ignored by change of time.<sup>6</sup>

Second topic: term and condition of common-law: in this section, we will discuss about term and condition of custom according to religious law and legislation status. The third topic is about the values of custom according to religious law and canon which include the following discussions: 1) custom of wording and act, which according to strict lawful and opinions of Islamic jurists the limitation and compasses of wording and practical custom was identified. 2) Situation and position of custom in implement of law, change of decree based on custom with change of custom included the following issues:

1. Custom for implementation of law or rule of law
2. Change of decree based on custom with change of common-law

3<sup>rd</sup> section: about the implementation of custom according to law of Afghanistan and its role in penal law included the following items:

1. Implementation of custom according to civil and penal law
2. Implementation of custom according to private and commercial law
3. Role of custom in criminal law with the same result and with some proposals the door was closed.

---

<sup>1</sup> . Qarafi, *Alfraq* Book 3 page 149.

<sup>2</sup> . Sora Baqara, ayat 228.

<sup>3</sup> . Hemada, marriage law, *Islamic Jurisprudence* page 12.

<sup>4</sup> . Sahih Bokhari, H Sh, 2211, Neshabori, *Almasnad Sahih-ul-Mukhtasar*, Benaqil Adil ela Rasool Allah H SH, 1214.

<sup>5</sup> . *Mujalatol Ahkam*, article (36).

<sup>6</sup> . *Lejna Makonata Men Edate Ulema and Foqaha*, fel Khelafaul Osmania, *Mujalatol Ahkam Adilla*, article 39



## Précis

الحمد لله و الصلوة والسلام على رسول الله و آله و صحبه و من والاه.

وبعد:

If I want to express precisely the "validation and rule of custom in Islamic laws of Afghanistan" I can say that this discussion will conclude preamble, introduction, preface and four conclusion sections along with proposal.

In preface, some primary issues will be discussed which are included the following objects:

1. Understanding of Islamic judicial including of its items
2. Importance of custom and needs of jurist or lawyer to its rule and validity
3. Law and legislation of Afghanistan and common-law

First section, has of this law discussed on this subjects comprehensively which concluded the following debates:

1. Meaning of common-law, religious law and legislation
2. in word, Custom means obeying step by step, quietness, and in idiomatic term means that every speeches or actions that comes to mind of most of people, and safe and sound conscious accept, and religious-law never reject it forever. in word, religious law means emersion, exploration and explanation and also used as a way that people are commuting on for getting water and or used as customs and traditions. In terms of expression, it was used two common and special meanings. According to religious-law, it means all law and regulations that are identified by God which has been explained in believe and actions sections. According to special meaning, it is used only for some implementable code of laws.

Based on criteria and standards, law has two kinds of definition:

1. Essence definition: is some straight and sensible regulation were considered for lay down by trial jury for social security and rights of individuals which will be implemented forcefully.
2. Modal definition: is including of enactments of both upper and lower houses and ratifications of president.

Second topic, kinds of common-law: in this section, the custom was divided to different sections among the people including of wording statements and act or practice, common and specific, right and wrong, judicial and income.

Third topic, difference between custom and it's same expressions. In this topic, the existing of difference among custom and habits, custom and consensus, and custom and practice or acts will be discussed. At the end, reaction of Islam against common-laws will be discussed.

In the second discussion, we will discuss on terms and conditions of validity which include the following topics: first topic, preferable common-law: in this topic I will prove the legitimization of custom based on judicial order, hadith and Quranic verses.

Accept the easing, order with fine jurisprudence, and avoid the ignorant<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>. 1. Sora Araf, verse 199.



**Islamic Republic of Afghanistan**

**Ministry of Higher Education**

**Salam University**

**Sharia Faculty**

**Board Directorate of Master**

**Board of Master in Jurisprudence and law**



**Custom in Sharia and rules of Afghanistan**

**Writer: Hafizullah "Qasemi"**

**Guide instructor: Wazir Muhammad "Saiedy"**

**autumn: 1397**



Islamic Republic of Afghanistan  
Ministry of Higher Education  
Salam University



Sharia Faculty

Board Directorate of Master

Board of Master in Jurisprudence and law

# Custom in Sharia and rules of Afghanistan

(thesis)

Writer: Hafizullah "Qasemi"

Guide instructor: Wazir Muhammad "Saiedy"

autumn: 1397