

## فهرست

- فصل اول / الف - گفتار در عرف و عادت ..... ۱۴
- گفتار در عرف و عادت ..... ۱۵
- فصل اول / ب - انواع قرارداد (مبايعه نامه / اجاره نامه / مشارکت در ساخت / صلح حقوق و ..... ۳۰
- نمونه فرم اجاره عرصه مسکونی - تجاری - موقوفات تصرفی ..... ۳۱
- نمونه سند اجاره عرصه موقوفات متصرفی شماره دو ..... ۳۴
- نمونه پاسخ اداره اوقاف در رابطه با عرصه موقوفات تصرفی ..... ۳۶
- فصل دوم / الف - «شعب تشخیص دیوان عالی کشور» تبصره ۲ ماده ۱۸ قانون اصلاح ق.ت.د.ع.ا. (حقوقی) «تجدید نظر خواهی از احکام قطعیت یافته» «وقف» ..... ۴۷
- نمونه دعوی اداره اوقاف / فسخ قرارداد اجاره / خلع ید / و ... / محکومیت خواننده ..... ۴۸
- نمونه رأی دادگاه تجدید نظر استان «تأیید دادنامه معترض علیه» ..... ۵۱
- نمونه رأی دادگاه تجدید نظر استان / رد ادعای مالکیت / تأیید موقوفه بودن رقبه متنازع فیه / تأیید دادنامه تجدید نظر خواسته ..... ۵۲
- نمونه نقض دادنامه / صدور حکم به بطلان وقفیت عام و بطلان وقفیت خاص / اثبات مالکیت خواهانها و ..... ۵۳

|     |   |
|-----|---|
| ۶۲  | فصل دوم / ب - مستخرج از کتاب تحریر الوسیله «وقف»                                  |
| ۶۳  | کتاب وقف و عقود هم خانواده آن.  |
| ۸۸  | گفتار در حبس و همسانانش.  |
| ۹۱  | نمونه سند عادی اجاره به شرط تملیک موبایل  |
| ۹۵  | گفتار در قیاس   |
| ۱۱۰ | فصل سوم - نمونه انواع قرارداد اجاره مسکونی / تجاری / اداری / آپارتمان             |
| ۱۱۱ | نمونه قرارداد اجاره آپارتمان  |
| ۱۱۳ | نمونه قرارداد اجاره محل تجاری   |
| ۱۱۷ | نمونه اجاره نامه  |
| ۱۲۱ | نمونه سند اجاره   |
| ۱۲۵ | نمونه اجازه نامه موقت واگذاری زمین از طرف دولت به کشاورزان در گذشته               |
| ۱۲۶ | نمونه رأی شورای حل اختلاف / تخلیه عین مستأجره                                     |
| ۱۲۷ | نمونه رأی دادگاه عمومی / ارشاد شورا / اعاده پرونده                                |
| ۱۲۸ | فصل چهارم - انواع میبایعه نامه  |
| ۱۳۷ | نمونه میبایعه نامه (شماره یک)   |
| ۱۴۰ | نمونه دعوی خلع ید توأم با دعوی تقابل اثبات مالکیت                                 |
| ۱۴۴ | نمونه رأی دادگاه تجدیدنظر استان / تأیید دادنامه بدوی                              |
| ۱۴۵ | نمونه قرارداد صلح حقوق سرقفلی «مغازه»   |
| ۱۴۷ | نمونه صلح نامه حواله خودرو (۱)  |
| ۱۴۸ | نمونه میبایعه نامه (شماره دو)   |
| ۱۵۴ | نمونه میبایعه نامه (شماره سه)   |
| ۱۵۴ | نمونه قرارداد پیش فروش آپارتمان در حال ساخت همراه با تعیین داور مرضی الطرفین      |
| ۱۶۰ | نمونه میبایعه نامه (شماره چهار)   |
|     | نمونه قرارداد واگذاری امتیاز زمین از طرف تعاونی مسکن به اعضاء و تنظیم سند و تفویض |
| ۱۶۵ | وکالت   |
| ۱۶۸ | نوع سند / تفویض وکالت   |

|  |     |
|--|-----|
| نوع سند / تفویض وکالت.....   | ۱۶۹ |
| فصل پنجم / الف - مشاورین املاک انواع مبیعه نامه اموال غیرمنقول (زمین / ملک / آپارتمان / مغازه / باغ).....        | ۱۷۰ |
| در بیان عناصر فاسد کننده عقد.....  | ۱۷۱ |
| مستخرج از قانون تجارت (دلالتی).....  | ۱۷۴ |
| گفتار در تلف مورد تعهد و ممتنع شدن عمل مورد تعهد (انفساخ).....   | ۱۷۸ |
| نمونه دادخواست مطالبه منافع حاصل از اعتماد به مشاور املاک».....  | ۱۸۲ |
| نحوه تنظیم فوری «مبیعه نامه».....  | ۱۸۳ |
| فصل پنجم / ب - دعاوی حقوقی / اثبات مالکیت تنفیذ مبیعه نامه / تثبیت مالکیت الزام به تنظیم سند / تحویل مبیع و..... | ۱۸۵ |
| نمونه دعوی اول مرتبط / اثبات مالکیت / غیابی.....   | ۱۸۶ |
| نمونه اصلاح دادنامه / رأی اصلاحی.....  | ۱۸۷ |
| نمونه دعوی دوم مرتبط / دعوی اصلی / دعوی بخواسته های: (۱) اعلام تنفیذ مبیعه نامه (۲) تثبیت مالکیت.....            | ۱۸۸ |
| نمونه رأی دادگاه / الزام به تحویل مبیع / رفع موانع / تنظیم سند رسمی انتقال.....                                  | ۱۹۰ |
| نمونه رأی دادگاه تجدیدنظر استان / نقض قسمتی و تأیید قسمت دیگر.....   | ۱۹۲ |
| نمونه واخواهی / نقض و سپس فسخ دادنامه غیابی.....   | ۱۹۴ |
| نمونه رأی دادگاه / تنفیذ وصیت نامه.....  | ۱۹۵ |
| نمونه رأی دادگاه / الزام به تنظیم سند رسمی انتقال.....   | ۱۹۶ |
| نمونه اعلام فسخ مبیعه نامه / شرط فاسخ.....   | ۱۹۸ |
| نمونه رأی دادگاه تجدیدنظر استان / نقض و صدور قرار رد دعوی.....   | ۲۰۰ |
| نمونه رأی دادگاه / تأیید فسخ و مطالبه خسارت دعوی تقابل تحویل آپارتمان و تنظیم سند و.....                         | ۲۰۱ |
| نمونه رأی دادگاه تجدیدنظر استان / تأیید دادنامه بدوی.....  | ۲۰۴ |
| نمونه رأی دادگاه / الزام به فک رهن و تنظیم به سند رسمی انتقال.....   | ۲۰۵ |
| نمونه رأی دادگاه تجدیدنظر استان / تأیید دادنامه بدوی.....  | ۲۰۶ |
| نمونه مبیعه نامه قطعی.....   | ۲۰۷ |

|   |     |
|---|-----|
| فصل ششم - «نتیجه تنظیم یک مبایعه‌نامه دقیق و قانونی» الزام بایع به تنظیم سند رسمی انتقال  |     |
| مطالبه خسارت وجه التزام «روزانه مبلغ پنج میلیون ریال»   | ۲۰۹ |
| نمونه دادخواست تقابل - به خواسته اعلام بی‌اعتباری سند (معاملات زوجین) زمین / ملک مسکونی / آپارتمان / مغازه / باغ                    | ۲۱۲ |
| نمونه دادخواست اعلام بی‌اعتباری اثر تملیک   | ۲۱۴ |
| نمونه نتیجه تنظیم یک مبایعه‌نامه دقیق و قانونی  | ۲۱۶ |
| نمونه نظریه کارشناس رسمی - بررسی ادعای الحاق برخلاف حقیقت در مبایعه نامه خواهان سرهنگ عظیمی   | ۲۲۱ |
| نمونه «رأی دادگاه» تجدیدنظر استان / تأیید قرار رد درخواست تجدیدنظرخواهی بعلت عدم رفع نقص از دادخواست تجدیدنظر                       | ۲۲۳ |
| نمونه دادخواست اعسار به تقسیط الباقي  | ۲۲۵ |
| نمونه هزینه دادرسی در مرحله اجرای حکم   | ۲۲۵ |
| نمونه معرفی «محکوم له» پس از قطعیت دادنامه بدوی به احد از دفاتر ثبت اسناد جهت انتقال سند رسمی                                       | ۲۲۶ |
| فصل هفتم - مطالبه غرامات و خسارات بلحاظ مستحق لغیر درآمدن مبیع «مطالبه غرامات و خسارات به استناد شرط ضمن عقد بیع (خسارت وجه التزام) | ۲۲۷ |
| نمونه ابطال مبایعه نامه / مطالبه ثمن مبیع و غرامات وارده بلحاظ مستحق لغیر درآمدن مبیع «مطالبه غرامات به استناد شرط ضمن عقد بیع»     | ۲۳۰ |
| نمونه بطلان عقد   | ۲۳۲ |
| نمونه صورتجلسه تحویل ملک صورتجلسه تحویل ملک   | ۲۴۱ |
| نمونه مبایعه نامه / حق تصرف / حق تقدم / حق احياء اعيان «مبایعه نامه قطعی»   | ۲۴۲ |
| نمونه متن صلح نامه قطعی دفترچه‌ای (قبل از انقلاب)   | ۲۴۳ |
| نمونه مبایعه نامه   | ۲۴۴ |
| نمونه مبایعه نامه   | ۲۴۶ |
| نمونه مبایعه نامه بین شهرداری بعنوان خریدار با مالکین   | ۲۴۷ |
| نمونه مطالبه بهای روز یک قطعه زمین از شهرداری   | ۲۴۸ |
| نمونه قرارداد واگذاری زمین (ماده ۱۰۰ قانون زمین شهری)   | ۲۵۱ |

|     |       |  |
|-----|-------|--|
| ۲۵۲ | ..... | متمم قرارداد واگذاری.  |
| ۲۵۳ | ..... | نمونه لایحه دفاعیه وزارت مسکن و شهرسازی  |
| ۲۵۴ | ..... | نمونه دیگر مبایعه نامه توأم با رهن   |
| ۲۵۶ | ..... | نمونه قرارداد صلح با شرط عدم معامله (مادم‌العمر)   |
| ۲۵۹ | ..... | نمونه مبایعه نامه فروش نقدی و قطعی موبایل.   |
| ۲۶۷ | ..... | نمونه مبایعه نامه مورد استفاده در مشاورین املاک تهران «انتقال قطعی» از طریق دادگاه       |
| ۲۶۹ | ..... | نمونه قرارداد صلح قطعی   |
| ۲۷۲ | ..... | نمونه مبایعه نامه مورد استفاده در مشاورین املاک (کرج)                                    |
| ۲۷۵ | ..... | نمونه مبایعه فروش کارخانه / کارگاه / شرکت / همراه با قرارداد رهن                         |
| ۲۷۹ | ..... | نمونه قرارداد به منظور اعطای نمایندگی فروش / با ضامن / وثیقه                             |
| ۲۸۶ | ..... | نمونه قرارداد کلی (پشتوانه تسهیلات بانکی).   |
| ۲۹۵ | ..... | نمونه قرارداد فروش اقساطی (مواد اولیه و لوازم یدکی / وسایل تولید، ماشین‌آلات و تأسیسات). |
| ۳۰۸ | ..... | فصل هشتم - «اموال منقول»   |
| ۳۰۹ | ..... | نمونه مبایعه نامه با وراث اصیل.  |
|     |       | نمونه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال یک دانگ از ۳ دانگ مشاع پلاک ثبتی «علیه وراث    |
| ۳۱۱ | ..... | بایع»  |
| ۳۱۳ | ..... | نمونه مبایعه نامه اتومبیل  |
| ۳۱۶ | ..... | نمونه مبایعه نامه (خودرو) نمایشگاه‌داران اتومبیل   |
| ۳۱۸ | ..... | نمونه مبایعه نامه خودرو.   |
| ۳۲۱ | ..... | فصل نهم / الف - ۴ نمونه قرارداد مشارکت در ساخت آپارتمان                                  |
| ۳۲۲ | ..... | نمونه قرارداد مشارکت در ساخت شماره یک  |
| ۳۲۷ | ..... | نمونه قرارداد مشارکت در ساخت شماره دو با شرکاء.  |
| ۳۴۱ | ..... | نمونه قرارداد مشارکت در ساخت شماره ۳   |
| ۳۴۵ | ..... | نمونه قرارداد مشارکت در ساخت شماره ۴   |
| ۳۵۱ | ..... | ضمیمه قرارداد مشارکت (مشخصات اجرائی و احداثی ساختمان).                                   |

- ۳۵۴ ..... نمونه تقسیم نامه ضمیمه قرارداد مشارکت در ساخت
- ۳۵۵ ..... نمونه صورتجلسه توافق مشروط بر اقاله قرارداد مشارکت در ساخت
- ۳۵۷ ..... فصل نهم / ب - دعاوی حقوقی راجع به آپارتمان «مشارکت در ساخت»
- نمونه الزام به انجام تعمیرات آپارتمان / مطالبه خسارت ناشی از عدم رعایت نکات ایمنی در زمان
- ۳۵۸ ..... احداث آپارتمان مطالبه خسارات دادرسی
- نمونه خواسته‌ها / ایفاء تعهدات حاصله از قرارداد ابطال معامله بعلت کسر مساحت مبیع / استرداد ثمن
- ۳۶۱ ..... معامله / خسارات ناشی از دادرسی و... / «دعوی مرتبط اول»
- نمونه خواسته‌ها / دستور موقت جهت جلوگیری از نقل و انتقال دو واحد پارکینگ و یک باب انباری
- ۳۶۳ ..... «دعوی مرتبط دوم»
- نمونه رأی بر الزام انجام تعهد (فک رهن - فک قرار بازداشت) الزام به تنظیم سند رسمی انتقال. ۳۶۵
- ۳۶۷ ..... فصل دهم - قرارداد چاپ و نشر کتاب
- ۳۶۸ ..... نمونه «قرارداد چاپ کتاب شماره یک»
- ۳۷۳ ..... فصل یازدهم - خرید خدمت ورزشکاران / فوتبال
- ۳۷۴ ..... نمونه خرید خدمت ورزشکاران / قرارداد فوتبالی (قسمت اول)
- ۳۷۵ ..... نمونه خرید خدمت ورزشکاران / قرارداد فوتبالی (قسمت دوم)
- ۳۷۶ ..... نمونه خرید خدمت ورزشکاران / قرارداد فوتبالی (قسمت سوم)
- ۳۷۷ ..... نمونه خرید خدمت ورزشکاران / قرارداد فوتبالی (قسمت چهارم)
- ۳۷۸ ..... فصل دوازدهم - قرارداد خرید خدمت «هنرمندان»
- ۳۷۹ ..... نمونه قرارداد مؤسسات فیلم سازی (سریال)
- ۳۸۰ ..... نمونه قرارداد مؤسسات فیلم سازی (فیلم تلویزیونی)
- ۳۸۱ ..... نمونه قرارداد خرید هنرمندان (تله فیلم)
- ۳۸۲ ..... نمونه قرارداد پروژه نمایشی (تئاتر)
- ۳۸۴ ..... نمونه قرارداد خرید خدمات هنری (فیلم سینمایی)
- فصل سیزدهم / الف - «باب داوری» مستخرج از قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱

|     |  |
|-----|--|
| ۳۸۸ | ..... مجلس شورای اسلامی                                    |
| ۳۹۸ | ..... فصل سیزدهم / ب - گفتار در باب داوری                  |
| ۴۰۰ | ..... گفتار در ارجاع به داوری                              |
| ۴۱۳ | ..... فصل چهاردهم - قرارداد سفرهای زیارتی                  |
| ۴۱۴ | ..... نمونه قرارداد سفر زیارتی عمره / تمتع کارگزار با زائر |
| ۴۲۱ | ..... نمونه فرم مخصوص آژانس هواپیمایی                      |
| ۴۲۲ | ..... نمونه فرم رزرواسیون اولیه در گروههای عمره مفرده      |
| ۴۲۳ | ..... نمونه برگ مخصوص ثبت نام / زوجهای جوان                |
| ۴۲۴ | ..... نمونه قرارداد سفر زیارتی عتبات مقدسه عراق            |
| ۴۳۳ | ..... فصل پانزدهم / الف - انواع مختلف قرارداد              |
| ۴۳۴ | ..... نمونه قرارداد صلح حقوق سرقتی مغازه                   |
| ۴۳۵ | ..... نمونه قرارداد صلح حقوق مغازه به صورت کلیدی           |
| ۴۳۷ | ..... نمونه قرارداد واگذاری حق انتفاع به عمری              |
| ۴۳۹ | ..... نمونه قرارداد واگذاری حق انتفاع به سکنی و رقیبی      |
| ۴۴۲ | ..... نمونه قرارداد مضاربه                                 |
| ۴۴۵ | ..... نمونه قرارداد مسابقات                                |
| ۴۴۸ | ..... نمونه قرارداد جعاله                                  |
| ۴۵۱ | ..... نمونه قرارداد جعاله / انجام امور اداری شهرداری       |
| ۴۵۲ | ..... نمونه اقاله نامه عقود لازم                           |
| ۴۵۴ | ..... نمونه قرارداد اجراء و مدیریت پروژه                   |
| ۴۵۸ | ..... نمونه قرارداد کارگزاری                               |
| ۴۶۰ | ..... نمونه قرارداد مشارکت کاری                            |
| ۴۶۵ | ..... نمونه قرارداد تشکیل پرونده موقت مشاوره خانوادگی      |
| ۴۶۷ | ..... نمونه قرارداد استفاده از حق ارتفاق                   |

- فصل پانزدهم / ب - گفتار در حقوق ارتفاقی ..... ۴۶۹
- نمونه رأی دادگاه عمومی حقوقی رفع مزاحمت و ممانعت از حق و اعاده به وضع سابق ..... ۴۸۸
- نمونه درخواست مطالبه اجرت حق ارتفاق (حق العبور) ..... ۴۹۱
- فصل شانزدهم - مستخرج از: قانون کار ..... ۴۹۲
- نمونه قرارداد کار موقت ..... ۵۱۱
- نمونه قرارداد کار ..... ۵۱۳
- نمونه فرم قرارداد پرداخت پاداش افزایش تولید کارگاه شرکت ..... ۵۱۵
- نمونه قرارداد استخدام مستخدمین موقت شهرداریها ..... ۵۱۸
- فصل هفدهم / الف - آراء هیئت عمومی دیوان عدالت اداری «موادی از قانون اساسی» «نظریه کمیسیون کار و امور اجتماعی» ..... ۵۲۱
- نمونه رأی کیفری / بکارگیری اتباع بیگانه / محکومیت به حبس / غیابی ..... ۵۳۱
- آیین نامه اجرایی قانون اصلاح تبصره ماده (۱۴) قانون کار و الحاق یک تبصره به آن ..... ۵۳۸
- فصل هفدهم / ب - حقوق کار و مباحث مرتبط ..... ۵۴۰
- حقوق کار و مباحث مربوط به آن ..... ۵۴۱
- نمونه دادنامه هیئت تشخیص ..... ۵۵۸
- نمونه رأی هیأت حل اختلاف اداره کار ..... ۵۶۰
- فصل هیجدهم - "انواع چک لیست / جهت تنظیم قراردادها" بیع / اجاره / مشارکت در ساخت پیمانکاری / ..... ۵۶۱
- در بیان جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد ..... ۵۶۲
- نمونه چک لیست بیع آپارتمان (۱) ..... ۵۶۳
- نمونه چک لیست قرارداد پیش فروش (۲) ..... ۵۶۶
- نمونه چک لیست مبیعه نامه زمین و خانه کلنگی (۵) ..... ۵۶۹
- نمونه چک لیست قرارداد اجاره (۴) ..... ۵۷۳
- نمونه چک لیست قرارداد مشارکت در ساخت نهادهای دولتی (۶) ..... ۵۷۶



- نمونه چک لیست قرارداد پیمان مدیریت ..... ۵۸۰
- فصل نوزدهم - ملّخص قواعد فقه و حقوق ..... ۵۸۲
- اصطلاحات حقوقی در حقوق مدنی - کیفری ملّخص قواعد فقه و حقوق ..... ۵۸۳
- پاره‌ای از اصول عملیه / عقلیه ..... ۵۸۴
- فصل بیستم - معانی کلمات ..... ۶۲۵

avabook.com

avabook.com

# فصل اوّل

## راهنمای جامع

### آیین نگارش

### قراردادهای خصوصی...

ماده ۱۰ قانون مدنی:

قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است. (۷)

- (۱) از عبارت قراردادهای... علی‌الاصول معنی عرفی آن باید استنباط شود.
- (۲) عرف در قراردادهای نقش تفسیر اراده طرفین را دارد.
- (۳) پایبندی طرفین عقد به لوازم عرفی آن بدون قید و شرط است، حتی اگر طرفین نسبت به عرف جاهل باشند مگر اینکه بر خلاف آن تصریح شده باشد.
- (۴) هیچ عقده‌ای وجود ندارد که طرفین نسبت به مفاد آن ملتزم نباشند.
- (۵) در صورتی که مفاد عقد با عرف و قانون مخالف باشد برای تعیین آثار و لوازم عقد، قانون امری بر تراضی و عرف مقدم است لکن در فرضی که قانون تکمیلی باشد مفاد تراضی و عرف بر قانون مقدم است.
- (۶) در صورت تعارض عرف و عادت با قوانین تملیکی همواره حکم عرف بر قانون تملیکی مقدم است.
- (۷) بطور کلی وجوب ترتیب اثر به عقود بیانگر صحت عقود است.
- (۸) قاعده لزوم عقد «اصاله‌اللزوم» و اصل صحت و تأثیر عرف در آثار معامله، از جمله قواعد عمومی مربوط به آثار معاملات می‌باشند.

---

# انواع قرارداد

---

## فصل اول / الف

گفتار در عرف و عادت

### گفتار در عرف و عادت

#### ۱) لزوم بررسی این موضوع

در مقدمه کتب حقوقی منابع و مأخذ حقوقی را: قانون، رویه قضائی، عرف و عادت و دکترین علمای حقوق قلمداد کرده‌اند؛ و با توجه به اینکه در حقوق اسلامی هم از عرف بحث و استفاده شده این فکر پیش آمده که آیا عرف در فقه اسلامی همان ارزش و اعتباری را دارد که در حقوق جدید دارد؟ بررسی سطحی تاریخ حقوق اسلام هم که پذیرفته شدن برخی از عرف‌های موجود در زمان نزول وحی را ثبت کرده، بدین فکر کمک کرده است. در حالی که کتب اصول فقه اسلامی ادله استنباط احکام را کتاب، سنت، اجماع و عقل یا قیاس (به اختلاف مذاهب) و چند عنوان دیگر، بر حسب مذاهب اسلامی، دانسته و عرف را جزو ادله استنباط احکام به حساب نیاورده‌اند. بدین جهت لازم دانسته شد که این موضوع مورد بررسی قرار گیرد.

#### ۲) تعریف و عناصر عرف

تعریف مشهور عرف آن است که غزالی<sup>(۱)</sup> نقل کرده بدین عبارت: «هُوَ مَا اسْتَقَرَّ فِي النُّفُوسِ مِنْ جَهَةِ الْعُقُولِ وَ تَلَقَّتْهُ الطَّبَاعُ السَّلِيمَةُ بِالْقَبُولِ». و تعریف دیگری است بدین عبارت: «الْعَادَةُ عِبَارَةٌ عَمَّا يَسْتَقَرُّ فِي النُّفُوسِ مِنَ الْأُمُورِ الْمُتَكَرِّرَةِ الْمَقْبُولَةِ عِنْدَ الطَّبَاعِ السَّلِيمَةِ»<sup>(۲)</sup> در این تعریف عادت به جای عرف بکار رفته. ساده‌ترین تعریف را می‌توان در این جمله کوتاه دید: «العرف عادة جمهور قوم في قول او فعل»<sup>(۳)</sup>.

عناصر عرف بر حسب این تعریف عبارتند از:

۱- عرف نوعی از عادت است و عادت معنائی است دارای عنصر تکرار و بدون رابطه تلازم عقلی.

۱- مجلة الحقوق، چاپ اسکندریه، سال ۱۹۵۱، شماره یک، سال پنجم، صفحه ۲.

۲- الاشباه والنظائر، ابن نجیم، به نقل از هندی، شارح مغنی، قاعدة ششم، صفحه ۳۷.

۳- المدخل الفقهي العام، تألیف مصطفی احمد الرزاقه، جزو دوم، صفحه ۸۳۸ و ۱.

۲- عادت اکثریت (جمهور) بودن. با این قید عرف از عادت فاصله می‌گیرد و عادات فردی یا مشترک را خارج می‌کند. عادات فردی عادات مختلف افراد است و منظور از عادات مشترک، عاداتی است که معتادین به آن بیش از غیر معتادین نباشند و گاهی به طور مسامحه عرف مشترک هم نامیده می‌شود.

۳- از این تعریف تفاوت دیگر عرف با عادت فهمیده می‌شود و آن این است که عرف نمی‌تواند شامل عادات طبیعی شود، مثلاً در هر منطقه‌ای دوشیزگان در سنی و پسران در سن دیگر به بلوغ می‌رسند. این امری است طبیعی که می‌توان آن را عادت گفت، ولی عرف نیست، زیرا مربوط به گفتار یا کردار آنان نمی‌باشد.

### ۳) اقسام عرف

عرف را از جهات متعدد تقسیم کرده‌اند:

۱- **عرف لفظی و عملی:** به این مطلب بعداً اشاره خواهیم کرد که نباید عرف لفظی را در این بحث دخالت داد و با توجه به این نکته می‌توان گفت آوردن «فی قول» در تعریف سوم عرف ناشی از خلط مبحث است.

۲- **عرف خاص و عرف عام:** عرف خاص عبارت است از متعارفات بین صنفی یا در زمانی خاص یا در مکانی مخصوص و در برابر آن عرف عام است. پس سه نوع عرف خاص و عام می‌تواند وجود داشته باشد.

**الف - عرف خاص صنفی:** مثلاً ممکن است خیاطان دستمزد شاگردان و کارگران خود را به طور هفتگی پردازند، باغداران و کشاورزان به هنگام به دست آمدن محصول و شرکت‌ها و سازمان‌ها به طور ماهیانه و در این صورت عرف عام آن است که میان بیشتر اصناف معمول باشد مانند عیدی دادن به آنها، که غالباً می‌پردازند.

**ب - عرف خاص زمانی:** منظور این است که در زمانی کاری معمول و زمانی دیگر متروک باشد. چنانکه می‌گویند پیشکشی دادن به برخی از مأمورین دولت زمانی در ایران معمول بوده است و اکنون متروک شده و ممکن است رشوه تلقی شود. عرف عام زمانی مثل جشن گرفتن در اعیاد ملی، نوروز و مهرگان که از زمان‌های بسیار قدیم در ایران معمول بوده و هنوز ادامه دارد.

**ج - عرف خاص مکانی:** عرف خاص مکانی رسومی است که در محلی خاص معمول باشد و در جاهای دیگر نباشد. چنانکه معمول است در تهران عروس لباس سفید و داماد لباس

سورمه‌ای یا مشکی می‌پوشد و در عشایر و روستاهای ایرانی آنچه معمول است این است که عروس لباس رنگارنگ می‌پوشد و برای داماد نو بودن لباس او معمول است، ولی به رنگ خاصی مقید نیست.

د - می‌توان تصور کرد عرف خاص صنفی، در محلی و به زمانی معین محدود باشد و در برابر عرف دیگری برای همه مردم، در هر جا و هر زمان وجود داشته باشد. البته مصداق کامل عرف خاص و عرف عام همین است. تعطیل جمعه و بیع استصناع از این نوع عرف عام برای همه مسلمانان و مؤجل بودن نصف مهر برای حنفی‌ها، در سرزمین سوریه در زمان حاضر از این نوع عرف خاص است.<sup>(۱)</sup>

استصناع - عبارت است از بیع چیزی قبل از ساخته شدن آن. مثل خرید ماشین، بخاری، یخچال و سایر مصنوعات پیش از آنکه ساخته شوند. با توجه به اینکه مبیع باید به هنگام عقد بیع موجود باشد و بیع معلوم باطل است، علمای اهل تسنن بیع این‌گونه اشیاء را به لحاظ ضرورت اجتماعی و هم به دلیل عرف عام جائز دانسته‌اند<sup>(۲)</sup> و فقهای شیعه نیز تحت عنوان «بیع کلی» آن را تصحیح نموده‌اند.<sup>(۳)</sup>

مهر - درباره مهر این توضیح لازم است که بنا بر عقیده فقهای امامیه، مهر دینی معجل است که به موجب عقد نکاح بر ذمه شوهر تعلق می‌گیرد و حتی زوجه می‌تواند پیش از زفاف همه آن را مطالبه نماید و تمکین از شوهر را منوط به دریافت آن نماید. ولی اگر زفاف انجام گیرد، زن دیگر نمی‌تواند تمکین نکند، لکن به هر حال مهر همیشه به صورت دین معجل می‌ماند.<sup>(۴)</sup> بنا بر عقیده فقهای حنفی، که در سوریه معمول است، نصف مهر فوری و معجل و نصف دیگر غیر فوری و مؤجل است.

#### ۴) عرف شارع و عرف متشرعه

هر دو از اقسام عرف خاص می‌باشند. معمول و متعارف زمان پیغمبر را عرف شارع می‌گویند. و منظور از عرف متشرعه متعارفات بعد از این دوره است. از نظر زمانی می‌توان

۱- المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد الزرقاء، جزو دوم، صفحه ۸۴۶.

۲- المجله، ماده ۱۲۴. ۳- متاجر، شیخ انصاری، در بیع کلی.

۴- شرح لمعه، شهید ثانی، کتاب نکاح، جلد پنجم، صفحه ۳۵۳ به بعد.

گفت عرف شارع تا اوائل نیمه اول قرن اول هجری ادامه داشته و از اواخر آن عرف متشرعه شروع شده است. هر چند نمی‌توان مبدء دقیقی برای عرف متشرعه تعیین کرد، ولی از نظر امامیه<sup>(۱)</sup> از زمان صادقین (امام محمد باقر و امام جعفر صادق علیهما السلام) به بعد را عرف متشرعه گویند. (این بحث در شماره ۴۳/۱ نیز گذشت).

از آنجا که این بحث بیشتر در عرف لفظی مفید فایده است نه در عرف عملی، که مورد بحث ما است، لذا به همین مختصر اکتفا و به ذکر مطالب دیگر برای روشن ساختن موضوع بحث مبادرت می‌شود.

#### ۵) تعریف عادت و عناصر آن

عادت از عود و بازگشت و در لغت به معنای خوی است. هرگاه کاری در اثر تکرار چنان مطبوع طبع شود که انجام مکرر آن خوشایند و ترک آن دشوار شود، می‌گویند عادت به وجود آمده است. اعتیاد مصدر باب افتعال و معتاد اسم فاعل و مفعول آن از همین ریشه و جمله «العادة طبیعة ثانویه»، اشاره به همین معناست.

در اصول فقه عادت را چنین تعریف کرده‌اند: «هی الامر المتکرر من غیر علاقة عقلیه»<sup>(۲)</sup>. یعنی چیزی است که بدون ملازمه عقلی تکرار می‌شود. به طوری که از این تعریف برمی‌آید عناصر عادت یکی عنصر مثبت تکرار است و دیگری عنصر منفی «از روی علاقة عقلی نبودن». عنصر اول احتیاجی به او توضیح ندارد و در شرح عنصر دوم می‌توان گفت: هرگاه تکرار چیزی ناشی از رابطه عقلی و علیت بین دو چیز باشد، نمی‌توان آن را عادت نامید. مثلاً تکرار تحرک پس از به وجود آمدن هر علت محرکه‌ای قطعی است، ولی این تکرار را نمی‌توان عادت دانست، چون معلول علتی عقلی است.

#### ۶) اقسام عادات

عادت گاهی فردی است: مانند حرکات معتاد کسی در زندگی روزانه‌اش از قبیل لباس

۱- حاشیه سید علی بر قوانین، جلد اول، صفحه ۳۶.

۲- المدخل الفقہی العام، مصطفی احمد الزرقاء، جزو دوم، صفحه ۸۳۶ و ۱.



پوشیدن، سیگار کشیدن و کار معینی انجام دادن. گاهی عادت جمعی است که معمولاً ناشی و منبعث از رفع یک احتیاج عمومی است. مثل بیع شرط، عزاداری‌ها، جشن‌های ملی و مذهبی. عادت ممکن است ممدوح و پسندیده یا مذموم و ناپسند باشد. در مثال‌های بالا نمونه‌هایی از هر دو نوع می‌توان دید. عادت گاهی ناشی از عوامل طبیعی است مثل زودرس یا دیررس بودن بلوغ افراد در مناطق مختلف، به نظر می‌رسد این نوع عادت‌ها عنصر دوم را ندارند چون از رابطه علیت ناشی هستند؛ پس در حقیقت عادت نمی‌باشند. گاهی هوی و هوس مردم منشاء عادت می‌شود مثل عادات مضره اجتماعی و فردی رباخواری، قماربازی، دروغ‌گوئی، فساد اخلاق به اشکال گوناگون که فقها از این نوع به «فساد زمان» تعبیر کرده‌اند.<sup>(۱)</sup> اختلاط نسل‌ها، نژادها، و زبان‌ها، نیز گاهی منشاء عادت می‌شود که غرب‌زدگی عصر حاضر ما نشانه بارزی از آن است.

#### ۷) مقایسه عرف با عادت

در قانون مدنی ایران، و به تبع آن در کتب حقوق مدنی که به شرح آن پرداخته‌اند، غالباً عرف و عادت<sup>(۲)</sup> با هم بکار برده شده و به نظر می‌رسد آن دو را مترادف دانسته‌اند، در حالی که در فقه و اصول بیشتر عرف، کمتر عادت و گاهی هر دو بکار برده شده از این روی لازم است به نسبت بین این دو اشاره نمود.

در کتاب «المدخل» پس از تعریف عادت و عرف در بیان نسبت بین آنها چنین می‌خوانیم: «وَيَتَضَحُّ مِنْ جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ أَنَّ الْعَادَةَ أَعَمُّ مِنَ الْعَرَفِ... فَتَكُونُ النَّسْبَةُ بَيْنَ الْعَادَةِ وَالْعَرَفِ هِيَ

۱- مأخذ پیش.

۲- بررسی اجمالی در قانون مدنی ایران و کتبی که در حقوق مدنی ایران نوشته شده صدق این مدعا را ثابت می‌کنند. برای نمونه به مواد ۵۴ - ۲۲۰ - ۲۳۵ - ۲۸۰ - ۳۵۶ - ۳۵۷ - ۴۲۶ - ۶۴۶ - ۶۶۷ و ۱۱۳۱ این قانون مراجعه شود.

**العموم و الخصوص المطلق...** مؤلف این کتاب به صراحت نسبت بین عرف و عادت را عموم و خصوص مطلق و عادت را اعم از عرف دانسته است. در رساله دکتری «نقش عرف در حقوق مدنی ایران» به نقل از کتاب «العرف و العبادة» آمده است که برخی با حفظ نسبت عموم و خصوص مطلق بین این دو، عادت را اخص و منحصر به افعال؛ و عرف را اعم و شامل افعال و الفاظ هر دو دانسته‌اند.<sup>(۱)</sup> کتاب مزبور متأسفانه به دست نیامد. ولی به نظر می‌رسد این عقیده که عادت منحصر به افعال است و در مباحث الفاظ نیامده درست باشد و با تلقیق آن با عقیده مؤلف «المدخل» که عادت را از جهت فرا گرفتن عادات طبیعی و فردی اعم از عرف دانسته می‌توان گفت نسبت بین این دو اصطلاح عموم و خصوص من وجه است.

#### ۸) وجود احکام امضائی دلیل حجیت عرف در زمان بعد از شارع نیست

برخی از نویسندگان، چنانکه اندکی بعد خواهد آمد، در این بحث سخن را به عرف زمان شارع، یعنی پیغمبر اسلام کشیده یا از روش او صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ در تأیید برخی از عرف‌های خوب و ردّ پاره‌ای از عرف‌های بد برای حجیت عرف در زمان بعد از پیغمبر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و در حال حاضر استدلال کرده‌اند. ایشان می‌گویند در اسلام دو گونه احکام داریم، تأسیسی و امضائی. حکم تأسیسی آن است که بی سابقه بوده و تشریح کننده آن شارع اسلام باشد، مثل نماز و حج با خصوصیات و کیفیات موجود در اسلام. حکم قضائی آن است که در مذاهب دیگر یا در میان اعراب جاهلیت سابقه داشته و اسلام هم آن را پذیرفته است، مانند جواز بیع و نکاح و حرمت قتل و سرقت. احکام امضائی در اسلام فراوان است که برخی بدون تغییر و برخی با تغییراتی ابقاء شده. مثلاً احترام ماه‌های حرام و تحریم قتل در آن ماه‌ها از احکام امضائی است که در میان اعراب جاهلیت وجود داشته و شرع اسلام هم آن را عیناً تأیید و امضا کرده است.<sup>(۲)</sup>

و نیز عرف‌هایی وجود داشته که اسلام آن را رد و منع کرده است مثل رباخواری، قماربازی و

۱- صفحه ۳۴، این رساله تألیف آقای دکتر محمود سلجوقی و پایان‌نامه دوره دکتری حقوق ایشان است.

۲- «يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ، قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَ سَدُّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَ كُفْرٌ بِهِ وَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ...» آیه ۲۱۷ از سوره بقره.

می‌گساری.<sup>(۱)</sup>

این مطلب به جای خود درست است ولی ارتباطی به بحث ما ندارد و نمی‌توان از حجت دانستن برخی از اینها برای حجیت عرف در حقوق اسلامی بعد از زمان شارع نتیجه‌گیری کرد زیرا:

**اولاً** - به رسمیت شناختن آن عرف‌ها یا وسیله آیه قرآن یا سنت پیغمبر بوده است و با فرض داشتن دلیلی از قرآن و سنت احتیاجی به حجیت دانستن عرف باقی نمی‌ماند.

**ثانیاً** - نمی‌توان از آنچه گفته شد برای عرف در زمان بعد از شارع حجیت استنتاج کرد زیرا ملازمه‌ای وجود ندارد که حجیت برخی از عرف‌های پیش از شارع، مثبت حجیت عرف‌های بعد از او هم باشد. شارع برخی از عرف‌های موجود در زمان خود را حجیت دانسته و بعضی را رد کرده است. این مطلب همان قدر بر حجیت عرف بعد از او دلالت دارد که بر عدم حجیت آن به عبارت دیگر در استدلال و برهان اگر کبرای قیاس، کلی باشد منتج خواهد بود و اگر جزئی باشد عقیم می‌شود. مثلاً اگر می‌توانستیم بگوئیم شارع تمام عرف‌های موجود در جامعه را حجیت شمرده می‌توانستیم این کبرای کلی را در برهانی قرار دهیم و عرف حال حاضر را حجیت بدانیم. در حالی که کبرای قیاس ما جزئی است. ما گفتیم «بعضی» از احکام اسلام امضائی است نه «تمام» آنها و گفتیم که اسلام پاره‌ای از عرف‌ها را حجیت دانسته و پاره‌ای را حجیت ندانسته. بدین جهت با این کبرای جزئی نمی‌توان قیاس مثبتی تشکیل داد. پس عرف زمان شارع از بحث ما خارج است و نمی‌توان از آن برای حجیت عرف در زمان بعد از او استدلال و استفاده کرد.

#### ۹) عرف لفظی هم خارج از موضوع بحث است

عرف لفظی با عرف استعمالی در برابر عرف عملی است. آنچه مورد اختلاف فقهاست عرف عملی است و هر وقت عرف به طور مطلق گفته شود همین عرف عملی متبادر و منظور است. عرف لفظی عبارت است از این که برای لفظی معنائی جز معنای لغوی آن به وجود آید و به عبارت دیگر هرگاه لفظی که در لغت معنایی حقیقی دارد در معنای دیگر چنان بکار رود که بدون احتیاج به قرینه معنای دیگر را برساند، معنای دوم را معنای حقیقی

۱- آیه ۲۷۵ از سوره بقره و آیه ۹۰ از سوره مائده.

عرفی و لفظ را حقیقت عرفی گویند. مانند دابه برای چهارپا، متکلم برای عالم به علم کلام و فقیه برای عالم فقه. زیرا معنای حقیقی لغوی دابه: جنبنده و معنای لغوی متکلم: ناطق و سخنگوی و معنای لغوی فقیه: مدرک است.<sup>(۱)</sup>

اصولیین و فقهای شیعه و سنی در حجیت عرف لفظی و استعمالی و تقدم آن بر معانی لغوی اختلافی ندارند. بنابراین در بحث از عرف و اینکه آیا عرف از منابع حقوق محسوب است یا خیر؟ نباید با خلط مبحث، حجیت و اعتبار عرف لفظی را دلیل بر حجّت و اعتبار مطلق عرف گرفت. عرف لفظی حالت و کیفیتی از دلیل لفظی یعنی قرآن و سنت است و ربطی به عرف و عادت که در عداد منابع حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد، ندارد.

#### ۱۰ حجیت عرف

حجیت عرف (عرف عملی) در نزد امامیه و اهل سنت مورد اختلاف است. در حالی که علمای اهل سنت آن را حجت می‌دانند، فقهای امامیه حجیت آن را محدود به مواردی نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله می‌نمایند. و در اثبات احکام برای آن حجیتی قائل نیستند. و به عبارت روشن، امامیه عرف عملی را در عداد ادله استنباط احکام به حساب نمی‌آورند و مواردی را که علمای اهل سنت به عرف استناد کرده‌اند فقهای امامیه با دلیل دیگر اثبات می‌نمایند. در اینجا ابتدا به شرح عقیده علمای اهل سنت و سپس به بیان عقیده فقهای امامیه می‌پردازیم.

علمای اهل سنت، بخصوص حنفی‌ها، عرف را حجت می‌دانند و میدان عمل به آن را وسیع دانسته آن را یکی از بهترین و سائلی می‌شمارند که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ و احتیاجات عالم متغیر و جامعه متبدل را با انعطاف پذیری کامل و تبدیل آن مرتفع ساخت. این مطلب را می‌توان به وضوح در کتب زیر مطالعه نمود.<sup>(۲)</sup>

به نظر می‌رسد نقل قسمتی از عبارات یکی از مآخذ نامبرده زیر برای صحت انتساب این

۱- مستصفی، غزالی، جلد اول، صفحه ۳۲۵.

۲- الاشباه والنظائر، تألیف ابن نجیم، قاعدة نهم. رساله نشر العرف، تألیف ابن عابدین، جزو دوم، از صفحه ۱۱۴ به بعد. المدخل الفقهي العام، تألیف مصطفی احمد الزرقاء، جلد اول، از شماره ۳۶ تا ۴۱ و جلد دوم از شماره ۴۷ تا ۵۵ و مجلة الحقوق، چاپ اسکندریه، شماره یکم، سال پنجم.

عقیده به آنان بی‌مناسبت نباشد. لذا ذیلاً قسمتی از عبارات مصطفی احمد الزرقاء استاد حقوق مدنی و فقه اسلامی در دانشکده حقوق دانشگاه دمشق در زیرنویس آورده می‌شود. (۱)

فقه‌های امامیه عرف را برای اثبات حکم تکلیفی حجت نمی‌دانند مگر اینکه ثابت شود در زمان معصوم (علیه‌السلام) هم معمول بوده و از آن نهی نشده، مثل استصناع و عقد فضولی که در این فرض سنتی است تقریری و عرف خود حجیتی ندارد.

اینان در غیر مورد حکم تکلیفی عرف را حجت می‌دانند ولی می‌توان مورد آن را محدود به صور زیر دانست.

۱- تشخیص موضوعات: برخی احکام بر موضوعات عرفی وارد شده‌اند. یعنی تشخیص آن موضوعات به عهده عرف واگذار شده در این‌گونه موارد عرف حجت است. مثل تشخیص فقیر و فی سبیل الله برای مصارف زکات. این موضوعات بر حسب زمان و مکان و درجه تمدن مردم کاملاً متفاوت است.

۲- برای تفسیر اراده متعاملین در موقع انعقاد عقد.

### ۱۱) شرایط حجیت عرف

برای حجیت عرف اعم از اینکه آن را در عداد ادله استنباط احکام شرعی به شمار آوریم یا

۱- المدخل الفقهي العام، جلد اول، صفحه ۱۴۷ « ۳۹ - سلطان العرف في الفقه الاسلامي إجمالاً. »  
 «إنَّ لِلْعُرْفِ فِي الْفِقْهِ الْإِسْلَامِيِّ إِعْتِبَارًا شَرْعِيًّا فِي بِنَاءِ كَثِيرٍ مِنْ أَنْوَاعِ الْأَحْكَامِ... وَإِنَّ اجْتِهَادَاتِ الْفُقَهَاءِ فِي الْإِسْلَامِ مُتَّفَقَةٌ عَلَى هَذَا الْإِعْتِبَارِ لِلْعُرْفِ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهَا شَيْءٌ مِنَ التَّفَاوُتِ فِي حُدُودِهِ وَ مَدَاهِ وَ قَدْ أَقَامَ الْفُقَهَاءُ وَ خَاصَّةً مِنْهُمْ رِجَالُ الْمَذْهَبِ الْحَنْفِيِّ كَبِيرَ وَزْنٍ لِلْعُرْفِ فِي ثُبُوتِ الْحُقُوقِ وَ انْتِفَائِهَا بَيْنَ النَّاسِ فِي نَوَاحِ شَتَّى مِنَ الْمُعَامَلَاتِ وَ ضُرُوبِ التَّصَرُّفَاتِ، وَ اعْتَبَرُوا الْعُرْفَ وَ الْعَادَةَ أَصْلًا هَامًا وَ مَصْدَرًا عَظِيمًا وَاسِعًا تَثَبَّتْ الْأَحْكَامُ الْحُقُوقِيَّةُ بَيْنَ النَّاسِ عَلَى مُقْتَضَاهُ كُلِّ مَا لَا يُضَادُّ نَصًّا تَشْرِيْعِيًّا خَاصًّا يَمْنَعُهُ. فَالْعُرْفُ فِي نَظَرِهِمْ دَلِيلٌ شَرْعِيٌّ كَافٍ فِي ثُبُوتِ الْأَحْكَامِ الْإِلْزَامِيَّةِ وَ الْإِلْتِزَامَاتِ التَّفْصِيلِيَّةِ بَيْنَ النَّاسِ، حَيْثُمَا لَا دَلِيلَ سِوَاهُ، بَلْ أَنَّهُ يُتْرَكُ بِهِ الْقِيَاسُ إِذَا عَارَضَهُ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ الْمُخَالَفَ فِي نَتِيجَتِهِ لِلْعُرْفِ الْجَارِي يُؤَدِّي إِلَى حَرَجٍ، فَيَكُونُ تَرْكُ حُكْمِ الْقِيَاسِ وَ الْعَمَلِ بِمُقْتَضَى الْعُرْفِ هُوَ مِنْ قِبَلِ الْإِسْتِحْسَانِ الْمُقَدَّمِ عَلَى الْقِيَاسِ.»

تنها در غیر احکام آن را دلیل بدانیم، شرائطی به شرح زیر مقرر است:

#### شرط اول - عرف باید مطرد یا غالب باشد

منظور از این شرط این است که وقتی عمل و رفتاری بین مردمی یا تمام مردم به صورت متعارف درمی آید باید در غالب مصادیق آن مورد عمل قرار گیرد. مثلاً گفتیم مهر در میان حنفی‌ها در سوریه مقداری مؤجل و مقدار دیگر معجل است. این وضع باید در غالب مصادیق نکاح آنها معمول باشد تا خحیت داشته باشد.

ممکن است تصور شود که با در نظر گرفتن عرف عام و خاص دیگر چنین شرطی لازم نیست. زیرا اگر عرفی عام باشد حتماً اطراد و غلبه دارد و اگر خاص باشد اطراد و غلبه ندارد. ولی این تصور نادرست است. زیرا منظور از عرف خاص بودن و عرف کثرت و قلت افرادی است که آن را پذیرفته‌اند، در حالی که اطراد و غلبه به لحاظ توسعه مصادیق آن است، چه، ممکن است چیزی بین مردمی معمول ولی محدود به مورد خاص و عاری از اطراد و غلبه باشد. فرض کنیم همین رسم تأجیل قسمتی از مهر و تعجیل بقیه منحصر به نکاح بیوه زنان باشد در آن صورت نباید آن را عرفی معتبر برای هر نکاحی دانست. بلکه وقتی عرف نکاح است که در همه یا بیشتر انواع نکاح معمول باشد.

#### شرط دوم - عرف باید هم‌زمان باشد نه سابق و نه لاحق

هرگاه بخواهیم مسأله‌ای را با دلالت عرف و عادت حل کنیم باید عرف و عادت هم‌زمان با حدوث و وقوع آن مسأله محقق باشد. در غیر این صورت، یعنی در عرف سابق و لاحق، نمی‌توان به عرف استناد کرد. مثلاً اگر به هنگام عقد اجاره‌ای معمول بوده است که تاریخ را به سال قمری می‌نوشتند و اکنون سندی از آن زمان در دست است که نوع سال در آن قید نشده می‌توان گفت سال قمری مراد بوده، ولی اگر قبلاً یا بعداً عرف به وجود آمده باشد یا به وجود آید و از عرف زمان وقوع مسأله بی‌خبر یا نسبت به آن مردد باشیم، نمی‌توان به عرف عمل کرد.

بدیهی است که همیشه باید عرف پیش از وقوع مسأله تحقق یافته باشد، ولی لازم است که تا زمان وقوع پایدار و مستمر باشد. و منظور از عرف سابق عرفی است که پیش از حادثه‌ای موجود بوده و بعداً منقطع شده باشد.

#### شرط سوم - عدم تصریح

عرف وقتی بکار گرفته می‌شود که طرفین قرارداد ساکت مانده، برای حل اشکالات احتمالی مربوط به روابط خود راه‌حلی پیش‌بینی نکرده باشند و در صورت تصریح و تعیین تکلیف از

طرف آنها دیگر مجالی برای عرف باقی نمی‌ماند. مثلاً هرگاه کسی ماشینی از دیگری کرایه کند برای رفتن از تهران به شیراز، چون متعارف این است که از طریق اصفهان به شیراز می‌روند، این عرف باید رعایت شود و خلاف آن موجب مسؤولیت است. ولی هرگاه طرفین تصریح کنند که از طریق خرم‌آباد، اهواز، کازرون به شیراز مسافرت انجام شود، دیگر عرف از تأثیر می‌افتد.

#### شرط چهارم - عدم مخالفت عرف با نص شرعی

اجمالاً هرگاه نصی از شارع یا قانونگذار یا قاعده قطعی در شرع یا در حقوق وجود داشته باشد، نمی‌توان برخلاف آنها به عرف و عادت عمل کرد و به طور کلی هرگاه عمل به عرف موجب تعطیل نص شرعی یا قانون شود عرف از اعتبار می‌افتد.

#### ۱۲) نمونه‌هایی از عرف در معاملات

مسائلی را که فقهای اهل سنت از باب عرف دانسته‌اند بسیار است. هم در زندگی عادی و روزمره مردم و هم در معاملات و روابط مدنی آنها و در اینجا به ذکر چند مثال از معاملات اکتفا می‌شود.

۱- هرگاه کسی به منزل دوست خود وارد شود، می‌تواند بدون اذن صاحبخانه، از ظروف و وسائل پذیرایی او و از هرچه خوردنی جلوی خود می‌بیند استفاده کند، و اگر به هنگام استفاده ظرفی شکسته شود شرعاً ضامن نیست. فقهای امامیه که عرف را حجت نمی‌دانند دلیل این مسأله، جواز استفاده، را اذن فحوا و شاهد حال می‌دانند.

۲- سکوت دوشیزگان را به هنگام نکاح دلیل رضای آنها دانسته‌اند. زیرا عرف با توجه به شرم و حیای آن عدم رد و عدم مخالفتشان را رضایتشان می‌داند.

امامیه نیز این حکم را قبول دارند ولی دلیل آن را سکوت محفوف به قرینه می‌دانند.

۳- بیع معاطات را فقهای اهل سنت از باب دلالت عرف عام صحیح می‌دانند.

فقهای امامیه در صحت و تأثیر بیع معاطات و اینکه مفید مالکیت یا اباحه است اختلاف نظر دارند<sup>(۱)</sup> و به هر حال روایاتی در این موضوع دارند.

۱- متاجر شیخ انصاری و جواهر الکلام، در بیع معاطات.

۴- مخارج تقویم، توزین و تحویل مبیع در صورت سکوت متبایعین، به حکم عرف معین می شود. در این مسئله امامیه نیز با برادران سنی خود همداستانند.

۵- توابع مبیع (ما یدخل فی المبیع) اگر مسکوت بماند، با مراجعه به عرف و عادت معلوم می شود. مثلاً عرف بر این جاری است که سویچ ماشین، جک و برف پاک کن همراه ماشین به خریدار تحویل می شوند. در حالی که جعبه آچار، طایر یدکی و کفی های داخل ماشین بدون توافق قبلی جزو مبیع محسوب نمی شوند. امامیه نیز بر این عقیده هستند. زیرا چنانکه اشاره رفت آنان عرف را در تعیین موضوعات حجّت می دانند.

### ۱۳) استفاده از بحث حقیقت شرعی و عرفی در حقوق موضوعه

در تعریف حقیقت شرعی گفته شد که کلمات و اصطلاحاتی که شرع به وضع تعیینی یا تعینی وضع نموده باشد حقیقت شرعی است. همین اصطلاح را در مورد اقدام قانونگذار نیز می توان به کار برد بدین معنا که بگوئیم: کلمات و اصطلاحاتی که قانونگذار به وضع تعیینی یا تعینی وضع نموده باشد «حقیقت قانونی است». اکنون ببینیم آیا حقیقت قانونی داریم یا خیر؟ از بررسی متون قانون به خوبی پیداست که قانونگذار در بیشتر موارد کلمات و اصطلاحاتی را که در گفتگوی روزانه بین مردم معمول بوده است به کار برده و در این موارد اصطلاح خاصی ندارد مانند: جرم، مجرم، متهم، اتهام، حکم، محکوم علیه، محکوم به و غیره. در بعضی موارد نیز اصطلاحات شرعی را به کار برده است که آنها حقیقت متشرعه هستند مانند اصطلاحات «بیع، اجاره، خیار، نکاح، طلاق» و مانند آنها. ولی در برخی موارد خود به تعریف کلمات و اصطلاحاتی پرداخته و به تعبیر دیگر اقدام به وضع نموده است و بدین ترتیب حقیقت قانونی به وجود آورده است. البته ممکن است معانی کلمات و اصطلاحات همان معانی لغوی و عرفی یا نزدیک به آنها باشد، ولی این منافاتی با وضع قانونگذار ندارد. زیرا قانونگذار خود مستقلاً و با توجه و تعمد به تعریف کلمات و اصطلاحات پرداخته و به اصطلاح «وضع» نموده است.

برای نمونه می توان قانون اصلاحات ارضی مصوب ۴۰/۱۰/۱۹ را در نظر گرفت. فصل اول این قانون به تعریف کلمات و اصطلاحات به کار رفته در آن پرداخته است و کلمات: زراعت، زارع، گاوبند، کارگر کشاورزی، رئیس خانوار، مالک و اصطلاحات دیگر را تعریف نموده است. بنابراین این کلمات هر کدام یک حقیقت قانونی است و در نتیجه برای فهم و درک معانی و حدود دلالت آنها و تشخیص موارد ابهام و اجمال و سکوت باید به این قانون



مراجعه نمود، نه به عرف و نه به لغت. برخلاف موارد پیش که چون قانونگذار اصطلاح خاصی ایجاد ننموده در تشخیص مفهوم و مصداق و موارد مشکوک آنها می‌توان و باید به عرف و لغت و عرف متشرعه مراجعه کرد.

مثلاً هرگاه بخواهیم بدانیم باغداری زراعت است یا نه چون حقیقت قانونی است باید به قانون مراجعه کنیم ولی هرگاه بخواهیم بدانیم «غبین» که در قانون مدنی به کار رفته چیست چون حقیقت قانونی نیست و حقیقت متشرعه است باید به عرف متشرعه مراجعه نمود. همین طور در سایر موارد مثلاً برای دانستن معنای کلمات روزنه و شبکه که در ماده ۱۳۳ قانونی مدنی به کار رفته باید به عرف محل مراجعه کرد<sup>(۱)</sup>.

#### ۱۴) اشاره‌ای به ماده ۲۲۴ قانون مدنی و تطبیق آن با این بحث

ماده ۲۲۴ قانون مدنی چنین است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». این ماده مقرر می‌داد که برای فهم کلمات و اصطلاحات عقود باید به عرف مراجعه کرد. در این مورد نکاتی است که باید توضیح داده شود.

۱- مفهوم این ماده مؤید مطلبی است که پیش از این گفته شد مبنی بر اینکه قانونگذار در مواردی کلمات و اصطلاحات را خود تعریف نکرده و آن را از عرف گرفته است.

۲- می‌توان علت و فلسفه رجوع به عرف را (برای فهم معانی الفاظ عقود) به طور وضوح فهمید و بیان کرد و آن این است که چون قانونگذار خود اصطلاح خاصی در مورد عقود ندارد و آن را از عرف گرفته لذا باید برای فهم معنای الفاظ عقود به عرف مراجعه کرد.

۳- از در علت و فلسفه ماده مزبور به این نتیجه می‌رسیم که هرگاه قانونگذار خود اقدام به وضع نموده و حقیقت قانونی ایجاد کرده باشد دیگر رجوع به عرف صحیح نیست بلکه باید به قانون مراجعه و در حدود دلالت الفاظ و تعریف قانون معانی را درک کرد، چنانکه گذشت.

۴- در غیر عقود مواردی وجود دارد که قانونگذار اقدام به وضع نموده و حقیقت قانونی به وجود آورده است. مانند ماده یک قانون اصلاحات ارضی مصوب ۴۰/۱۰/۱۹ و ماده یک قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در تعریف «پدید آورنده» و «اثر» و ماده ۳

۱- حقوق مدنی، تألیف مرحوم دکتر امامی جلد اول، صفحه ۴۷.