

Original Article

Historical Course of Customary Developments in Marriage Issues

Nahid Naeemipour¹, Hadi Azimi Garakani^{2*}, Seyyed Ali pourmanoochehri³

1. PhD student Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Literature and Humanities, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding author)

Email: Garekani1399@yahoo.com

3. Assistant Professor Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Received: 12 Aug 2020 Accepted: 8 Dec 2020

Abstract:

Background and Aim: Marriage Indicates the Rule of Law and Duties in Marital Relations. Which Has Brought About Many Changes Since the Creation of Man Until Now, Regarding Various Factors in the Formulation of Regulations Related to This Rule are Considered. Customs and Social Habits, as a Factor and the Oldest Legal Phenomenon, Along With the Law are Among the Necessities of Social life. Our Purpose in This Article is to Examine and Explain the Nature of Custom, How it Interacts With Law, the Role and Application of Custom in Rulings. Related to Marriage From Both Financial and Non-Financial Perspectives, as Well as the Evaluation of These Cases With a Jurisprudential and Legal Approach. The Study of Customary Historical Developments in Matters of Marriage Will be How a Custom has Become a Practice Over Time, and How a Procedure Has Become a Law.

Materials and Methods: In this Article, It Has Been Compiled in a Descriptive and Analytical Method and Using Library Resource Collection Tools.

Findings: In This Article, it is Clear That the Law is Considered the Main Source of Law Due to Its Characteristics and Custom has Shown its Practical Value in The Role of Interpreter and Complement. Hence, the Place of Custom in the Legal System, Whether in the Position of Inference or in the Position of Application and Implementation of Rules, is Undeniable. In Islamic law, Although Islamic Law Contains Complete and Comprehensive Rules, the Role of Custom in the Development of Jurisprudence is Significant Because Islam Always Considers Valid Custom That has a Rational Origin and Does not Oppose the Holy Law.

Ethical Considerations: In the Process of Writing the Article, From the Beginning to the End, Relying on the Principles of Fidelity, Honesty and Originality of the Content has Been Observed.

Conclusion: When we Study the History of Custom, One Part of it Goes Back to the History of the Predecessors and the Other Part Has Become a Current Custom and Practice With Many Changes. In Particular, Claims Related to Family and Marriage Have Been Referred to Custom. Considering the Vital and Influential Role of Family and Marriage on Social Systems and the Influence of the Family System, Especially Couples' Relations, on the Prevailing Custom, it Seems Necessary to Examine the Truth and Position of Custom in This Field With New Research and Study. Therefore, the Results of This Study Include: the Strength of the Influence of Custom in Understanding the Issues Raised in the Field of Marriage, Its Involvement in Legal Courts, Obtaining the Legitimacy and Acceptance of Some Customs in The Interests of the Public and the Purposes of Islam and the Decisive Role Custom Pointed to the Emergence of new Examples of the Rights and Duties of Couples.

Keywords: Custom; Marriage, Historical Developments; Jurisprudence and Law

Please cite this article as: Naeemipour N, Azimi Garakani H, pourmanoochehri S A. Historical Course of Customary Developments in Marriage Issues. *Med Hist J*, Special Issue on the History of Islam and Iran 2020; 287-298.

سیر تاریخی تحولات عرفی در موضوعات نکاح

ناهید نعیمی پور^۱، هادی عظیمی گرکانی^{۲*}، سیدعلی پورمنوچهری^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسؤل)

Email: Garekani1399@yahoo.com

۳. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

دریافت: ۱۳۹۹/۰۵/۲۲ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۹/۱۸

چکیده

زمینه و هدف: عقد نکاح، مبتنی بر حاکمیت حقوق و تکالیف در روابط زن و شوهر است؛ که تحولات زیادی را از تاریخ خلقت آدمی تاکنون به همراه داشته است؛ در این خصوص عوامل متعددی در تدوین مقررات مربوطه به این حاکمیت مورد توجه قرار می‌گیرند. عرف و عادات‌های اجتماعی، به عنوان یک عامل و قدیمی‌ترین پدیده حقوقی، در کنار قانون از ضرورت‌های زندگی اجتماعی به شمار می‌آیند که در این مقاله به منظور بررسی و تبیین ماهیت عرف، نحوه تعامل آن با قانون، نقش و کاربرد عرف در احکام مربوط به نکاح از دو منظر مالی و غیر مالی و همین‌طور ارزیابی موارد مذکور با رویکرد فقهی و حقوقی صورت گرفته است. مطالعه تحولات تاریخی عرفی در موضوعات نکاح خواهد بود که چگونه به عرف در طول زمان، تبدیل به رویه، و یک رویه چگونه تبدیل به قانون شده است.

مواد و روش‌ها: این مقاله به روش توصیفی و تحلیلی و با بهره‌گیری از ابزار فیش‌برداری از منابع کتابخانه‌ای تدوین گشته است.

یافته‌ها: در این مقاله مشخص می‌گردد که قانون به مناسبت خصایص خود، عمده‌ترین منبع حقوق تلقی شده و عرف در نقش مفسر و مکمل آن، ارزش عملی خود را نشان داده است. از این‌رو جایگاه عرف در نظام حقوقی، چه در مقام استنباط و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد، غیر قابل انکار است. در احکام شرعی نیز، گرچه شریعت اسلام مشتمل بر قواعد کامل و جامعی است، اما نقش عرف در تحولات فقهی قابل توجه است، زیرا اسلام همواره عرف صحیح که منشأ عقلایی داشته و با شرع مقدس مخالفتی نداشته باشد معتبر می‌داند.

ملاحظات اخلاقی: در روند نگارش مقاله از ابتدا تا پایان با اتکا به اصول امانتداری، صداقت و اصالت محتوا رعایت گردیده است.

نتیجه‌گیری: وقتی تاریخچه عرف را مطالعه می‌نماییم؛ یک قسمت آن به تاریخ پیشینیان بر می‌گردد و قسمت دیگر با تحولات زیادی به عرف و رویه کنونی مبدل گشته است؛ بدین سبب در قانون مدنی، که منبعث از شرع است، مقنن حل و فصل بسیاری از دعاوی، خاصه دعاوی مربوط به خانواده و نکاح را، رجوع به عرف قرار داده است. با توجه به نقش حیاتی و تأثیرگذار خانواده و نکاح بر نظامات اجتماعی و متأثر بودن نظام خانواده به ویژه روابط زوجین از عرف حاکم، ضروری به نظر می‌رسد که حقیقت و جایگاه عرف در این حوزه، با واکاوی و مذاقه جدید مورد بررسی قرار گیرد. لذا از نتایج حاصل از این پژوهش می‌توان به مواردی چون: قوت تأثیرگذاری عرف در فهم مسائل مستحدثه مطرح در حوزه نکاح، دخیل بودن آن در محاکم حقوقی، اخذ مشروعیت و مقبولیت برخی از عرف‌ها در چارچوب مصالح عموم مردم و مقاصد اسلام و نقش تعیین‌کننده عرف در ظهور مصادیق جدید از حقوق و تکالیف زوجین، اشاره نمود.

کلید واژگان: عرف؛ نکاح؛ تحولات تاریخی؛ فقه و حقوق

مقدمه

توجه به عرف و در مسائل مربوط به نکاح از جمله موضوعاتی است که ریشه در پیشینه تاریخی دارد عرف چیزی متعلق به امروز نیست. در معنای عرف آمده است که: روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری است که در میان همه یا بیشتر مردم، یا قوم یا گروه خاصی شناخته شده و مرسوم می‌باشد. وقتی بحث از مستمر بودن عرف پیش می‌آید ریشه آن را باید در کتب تاریخی جستجو نمود که کدام عرف و عادت در گذشته مرسوم بوده و هم‌اکنون نیز با استناد به گذشته به رویه تبدیل گشته‌اند. عرف در موضوع شناسی احکام شرعی نقش تعیین‌کننده‌ای دارد. بخش قابل توجهی از قوانین اصولی، قواعد فقهی و احکام شرعی، به ظاهر آیات و روایات مستندند و شایسته‌ترین مرجع تشخیص ظاهر، عرف به شمار می‌آید. قواعد اصولی و فقهی، از آیات و روایات به دست آمده‌اند و فهم آیات و روایات را به عرف واگذار کرده‌اند.

محاکم برای عرف در موضوعات مربوط به نکاح نقش قابل توجهی قائل هستند مثلاً تعریف محاکم از نفقه، تمکین، اجرت‌المثل، حسن معاشرت، تشدید مبانی خانواده و ... بسیار متفاوت است. امروزه عنصر عرف در تکوین موضوع ازدواج نقش غیر قابل بدیلی دارد به گونه‌ای که محاکم به نصوص قانونی صرف اکتفا نکرده، عرف را در آن دخالت می‌دهند؛ مضافاً بر آن که بسیاری از موضوعات ازدواج در قانون بدون ارائه یک تعریف شاخص و مناسب رها شده است. سؤالی که ما در این مقاله با آن مواجه هستیم این است که؛ با توجه به تحولات عرفی که در خصوص موضوعات نکاح رخ داده است و با عنایت به قوانین موضوعه، عرف چه جایگاهی می‌تواند در کنار قانون داشته باشد؟ به نظر می‌رسد که با عنایت به اینکه قانون منبع حقوق می‌باشد جایگاه عرف به عنوان مفسر قوانین دارای اهمیت بالایی می‌باشد و مقنن در مواد قانونی نیز حل مسائل را به عرف واگذار نموده است.

مقایسه یافته‌های تحقیق با مطالعات مشابه

طبق مطالعاتی که در این زمینه صورت پذیرفت، در مطالعات مشابه موردی که تحولات تاریخی موضوعات نکاح را

به صورت جامع و کامل مورد تحلیل و بررسی قرار دهد یافت نشد لذا ما در این تحقیق سعی کرده‌ایم که این نقص در ارتباط با تحولات تاریخی را مرتفع نماییم.

محدودیت‌های پژوهش

عدم دسترسی به منابع مرجع کتابخانه‌ای از جمله محدودیت‌های تحقیق می‌باشد.

اهمیت موضوع تحقیق

اهمیت جایگاه خانواده از منظر اسلام و نکاح به‌عنوان عنصر سازنده آن از یک طرف و مواجهه نکاح و مسائل پیرامونی آن با چالش‌های جدید برآمده از زمینه‌های عرفی، ایجاب می‌کند این موضوع با واکاوی و نگاهی جدید در راستای نتایج قبلی و با رعایت حدود و ثغور شرع مورد پژوهش قرار گیرد.

پیشینه تحقیق

۱. آهنگران، محمد رسول؛ غانم، الهام (۱۳۷) در مقاله‌ای با عنوان: ارزیابی عملکرد عرف در تغییر حکم مصادیق موضوعات عرفی به این نتیجه رسیده است که: «عملکرد عرف در مواجهه با مصادیق موضوعات عرفی به دو صورت قابل تصور است: تغییر حکم مصداق از جانب عرف، به دلیل خارج دانستن مصادیق از موضوع خطابه شرعی باشد. این نفی مصداق از عرف پذیرفته است؛ و صورت دوم در جایی است که عرف با وجود داخل دانستن مصداق در موضوع، حکم را از مصداق نفی کند. با توجه به اینکه موضوع در خطابات شرعی به طور غالب از نوع حقیقیه است، حکم بر روی مفهوم حاکی از مصادیق خارجی قرار گرفته و شامل تمامی مصادیق موضوع در هر زمان خواهد شد».

۲. عوض پور، احسان؛ حیدری، محمدعلی؛ پورجوهری، علی (۱۳۹۶) در مقاله‌ای با عنوان: تحلیل مصداقی اعتبار ظهور عرفی خاص دعاوی باب نکاح و طلاق به این نتیجه رسیده است که: «موضوع این پژوهش تحلیل مصداقی اعتبار ظهور عرفی خاص دعاوی باب نکاح و طلاق است. اگر ظاهر مستفاد و مستنبط از

اصطلاح آورده‌اند تا حدودی با تعاریف لغوی - با وجود قیود و اوصاف اضافی - هماهنگ است. دلیل اضافه شدن این قیود در تعاریف اصطلاحی، آن است که فقهای عامه آن را در کنار کتاب و سنت یکی از منابع احکام تلقی می‌کنند. این تعاریف، تعاریف حقیقی نیستند، چون تعریف حقیقی باید جامع افراد و مانع اغیار باشد و چنین خصوصیتی در آن تعاریف نیست» (۱).

۱-۲-۱. عرف در حقوق: حقوقدانان نیز در تعریف اصطلاحی عرف گفته‌اند: «عرف در اصطلاح فقها، روش مستمر قومی است در گفتار یا رفتار، و آن را عادت و تعامل نیز نامند (۲). در تعریف اخیر اصطلاحات عرف و عادت و تعامل، یکی گرفته شده است. در تفسیر المنار در تعریف معروف آمده: «فلیکن المعروف - كما قال الجصاص من ائمه الحنفیه - ما يستحسن فی العقل فعله و الأنکره العقول الصحیقه»؛ «ولکن معروف همان‌گونه که جصاص از ائمه حنیفه گفته است فعلی است که از نظر عقلی مستحسن و نیکو باشد».

شیخ طبرسی در مجمع‌البیان تعریف می‌کند: «عرف دستوری است که عامه مردم میان خود وضع کرده باشند و بر خود لازم و واجب ساخته که به آن عمل نمایند و مخالف آن را قبیح شمرند، هرچند عمل به آن ناملایم طبع و دشوار باشد. هر یک در مخالفت آن از سرزنش دیگری اندیشد و این دستور مختلف می‌باشد به اختلاف ازمنه و بلاد و طوایف. گاه موافق عقل و شرع و طبع می‌باشد و گاه نه، گاه مقبول مردم فهمیده باشد و گاه نه» (۳).

۱-۲-۲-تعریف نکاح: در این قسمت به تشریح معنای نکاح در فقه و حقوق موضعه ایران پرداخته شده است.

۱-۲-۱. نکاح در فقه: اختلاف فقهی جزء جدایی‌ناپذیر مباحث فقهی است و در کمتر مسئله‌ای است که میان فقها اختلاف مشاهده نشود. این اختلاف امری ناپسند و مذموم نیست و معلول علل مختلفی است. از جمله این عللها تبیین معنای حقیقی و مجازی واژگان است که اختلافات زیادی را به وجود آورده است. این اختلاف دیدگاه در میان فقهای مذاهب اسلامی نیز بر سر لفظ نکاح از نظر اصطلاحی وجود دارد.

دیدگاه اول: رأی صحیح در مذهب حنفی، وجهی در مذهب شافعی، دیدگاه برخی از حنابله و برخی از فقهای اهل

قرائن و اوضاع و احوال موجود در آن موضوع باشد (که به آن ظهور عرفی می‌گویند)، فقها و حقوق‌دانان در تقدم این ظاهر بر اصل تردید کرده‌اند. هدف اصلی در این پژوهش تحلیل مصداقی اعتبار ظهور عرفی در دعاوی باب نکاح و طلاق به صورت مجزا و بیان آراء فقها و حقوق‌دانان در این رابطه ذیل مبحث تعارض اصل و ظاهر است».

۳. حاجی‌پور، مرتضی؛ زیرک باروقی، اصغر (۱۳۹۸) در مقاله‌ای با عنوان: نقدی بر تئوری ماهیت معاوضی نفقه زوجه به این نتیجه رسیده است که: «تحقیق بر این فرض استوار است که نکاح، عقد غیر مالی محسوب می‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت با لحاظ فقدان شرایط و احکام معاوضی در نفقه به خصوص نبود حق حبس برای زوجه نسبت به نفقه، نبود حق فسخ در صورت اعسار زوج و ...، نفقه عوض تمکین زوجه نمی‌باشد و محرومیت زوجه در حالت نشوز از دریافت نفقه، ضمانت اجرای عدم رعایت تکالیف خود در برابر شوهر است».

روش‌شناسی تحقیق: روش ما در این مقاله به صورت استنادی با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای می‌باشد.

هدف از مطالعه با توجه به مطالعات قبلی

با عنایت به یافته‌های قبلی؛ که درخصوص تحولات عرفی در موضوعات نکاح مسکوت مانده است، هدف ما در این مقاله بررسی و تبیین نقش عرف در موضوع‌شناسی احکام نکاح با رویکردی به آراء قضایی می‌باشد. و هدف دیگر ما نیز بررسی نقش و تأثیر عرف با مطالعات تاریخی در تشخیص موضوع احکام می‌باشد.

۱. تعاریف و مفاهیم

در این قسمت سعی شده است اصطلاحات تخصصی در متن مقاله که نیازمند تعریف علمی می‌باشند را تشریح نماییم. ۱-۱-تعریف عرف: در این قسمت سعی شده است عرف را از منظر فقه و از منظر حقوقی مورد مطالعه قرار دهیم.

۱-۱-۱. عرف در فقه: «فقها معمولاً در تبیین عرف، از تعبیر «ماجرت العاده به» استفاده کرده‌اند و به تعریف آن در نزد شیعه کم‌تر اشاره شده است در حالی که علمای اهل سنت به تعریف آن بیشتر پرداخته‌اند و تعاریفی هم که برای عرف در

را قانون‌گذار باید تبدیل به قانون نماید؟ و اگر این کار را نکند وضعیت آن عرف چگونه می‌شود؟ اینکه تا چه اندازه قابل استناد است؟ آیا چون قانون‌گذار آن را به مانند برخی عرف‌های دیگر مدون نکرده اعتبار چندانی ندارد و اگر دارای اعتبار است تا چه اندازه می‌باشد؟

در ادامه مطالب این مقاله به پاسخ سؤالات فوق اشاره خواهد شد:

۱-۲. قانون‌سازی عرف

وجود قواعد ناشی از عرف را نمی‌توان انکار کرد، در همه ملت‌ها قواعد عرف پیش از قانون وجود داشته است و عرف زاینده نیازهای اجتماعی است که در میان توده مردم به صرافت طبع و خود به خود ایجاد شده و به طور دائم در تحول است (۱۰).

درواقع عرف بنا به ضرورت‌های زندگی اجتماعی و خواسته‌های طبیعی انسان شکل می‌گیرد و اغلب عرف از قانون جلوتر است، عرف نیازهای خود را بررسی می‌کند و به ابداع قواعدی برای خود اقدام می‌کند و خود را پایبند به آن می‌داند، حال قانون‌گذار در بسیاری از مواقع و مواردی که باید قاعده‌مندی و تدوینی وجود داشته باشد، عرف موجود را تضمین می‌کند.

در گذشته مردم برای رفع نیازهای خود اقدامات زیادی انجام می‌داده‌اند به طور مثال خرید و فروش می‌کرده‌اند و در طول زمان این اقدامات توسط قانون‌گذار نظام‌مند شد، درواقع عرف احساس نیاز کرد و قوانین برای خود قرار داد و بعد قانون‌گذار این موارد را دریافت کرد و به صورت مواد قانونی درآورد تا ضمانت اجرای قانونی پیدا کند.

عرف از دیدگاه حقوقی عبارت از انس ذهن تمام یا اکثریت جامعه یا صنف خاص به امری که به روابط حقوقی مربوط شده و خود به خود و به تدریج در میان آنان به صورت قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده باشد. حقوق، در اصل و منشاء خود، از عرف و آداب و رسوم مردم به وجود آمده چون عرف قبل از پیدایش قانون و قانون‌گذاری بر جوامع بشری حاکم بوده است (۱۱).

بنابراین عرف از نظر تاریخی بر دیگر منابع حقوق مقدم می‌باشد چون وضع قانون ویژه دورانی است که جوامع ابتدایی

تشیع این است که نکاح حقیقت در «وطی» و مجاز در «عقد» است و اگر در جایی هم معنای عقد از آن اراده شده باشد، به خاطر وجود یک قرینه است. سرخسی، زیلعی، تسولی، عمیره، ابن حجره‌یتمی، شربینی، مرداوی، ابن قدامه، مقدسی، محقق حلی، فاضل هندی و حلی، بر این دیدگاه می‌باشند (۴).

لازم به ذکر است که در کتاب *مختلف‌الشیعه* آمده است: بر این مسئله که نکاح حقیقتاً به معنای وطی است اجماع صورت گرفته است (۵).

دیدگاه دوم: رأی مشهور بین فقهای اهل تشیع (۶) دیدگاه مالکیه، رأی اصح در مذهب شافعی و رأی صحیح در مذهب حنبلی و مختار شوکانی این است که نکاح حقیقت در «عقد» و مجاز در «وطی» است (۷).

۲-۲-۱. نکاح در حقوق موضوعه ایران: در قانون مدنی به انکای بداهت، تعریفی از نکاح به چشم نمی‌خورد. نویسنده ابتدا با ذکر تعریف مشهور میان حقوقدانان که نکاح را رابطه‌ای بین زن و مرد برای تشکیل خانواده می‌دانند، این انتقاد ضمنی را بر آن وارد کرده است که شامل نکاح منقطع که یکی از اقسام نکاح در حقوق مدنی ایران است نمی‌شود. سپس نکاح را عبارت از رابطه‌ی حقوقی دانسته که به وسیله عقد، بین مرد و زن حاصل می‌شود و می‌توانند تمتع جنس از یکدیگر ببرند. آنگاه بدون نقد خاصی، نکاح را عبارت از عقدی می‌داند که وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین ایجاد می‌کند (۸).

۲. تعامل عرف و قانون در ایجاد یکدیگر

عرف معمولاً پدیده‌ای است که خود به خود، ناخودآگاه و با تعیین (نه تعیین) به وجود می‌آید، در حالی که قانون ناشی از اراده‌ای معین، با برنامه و تعیین به منصف ظهور می‌رسد، از این‌رو تدوین را نشانه غالب قانون و نانوشته بودن را علامت عرف می‌توان شمرد (۹). این ویژگی از عرف در سخن برخی از نویسندگان با عبارت ذیل بیان گردیده است؛ «عمل مذکور صورت قانونی نیافته باشد» (۲).

حال در این قسمت بررسی می‌گردد که آیا همیشه عرف قانون‌ساز است یا اینکه قانون نیز می‌تواند عرف‌ساز باشد و یا اگر عرفی وجود دارد و در جامعه متداول شده آن را تغییر دهد. اکنون بیان می‌گردد که آیا همه عرف‌های حقوقی موجود

که در آن با شرایطی به مرد اجازه ازدواج دوم می‌دهد کرد و همین تغییر عرف جامعه بود که دوباره قانون‌گذار را وادار به تهیه لایحه خانواده جدید کرد که در حال بررسی و تصویب می‌باشد.

۴. مورد بارز دیگری که وجود دارد بحث اجاره رحم می‌باشد که در چند سال اخیر بیشتر میان مردم جامعه البته قشرهای خاصی متداول شده است.

بسیاری از زوج‌های جوان در زمینه باروری مشکل داشتند که دارای شقوق مختلفی است از جمله اینکه رحم زن قدرت تحمل اسپرم را نداشت و آن را در رحم زن دیگری می‌گذاشتند تا بارور شده و به جنین تبدیل شود، این امر با توجه به نیازهایی که بود میان بسیاری از افراد رایج شد و اقدام به این کار می‌کردند که بعد از چند سال قانون‌گذار وارد شد و نسبت به این امر اقدام به قانون‌گذاری کرد تا هم حدود و شرایط آن را مشخص کند و هم اینکه مشخص کند ماهیتاً چه عمل حقوقی است و سایر موارد را جهت قانونی شدن این کار تصویب کرد و بسیاری از موارد دیگر که می‌توان مثال زد که جامعه و عرف ابتدا نسبت به آن‌ها پایبند بوده‌اند و بعداً قانون‌گذار اقدام به تدوین آن‌ها کرده است، به طور نمونه بسیاری از قواعد بیع و عقود معین قبل از اینکه قانونی باشد؛ میان مردم به صورت یک عرف مسلم بوده است (۱۱).

۳. عرف و احکام مالی در نکاح دائم

در این قسمت سعی شده است احکام مالی از منظر فقهی و حقوقی در تطبیق با عرف مورد مطالعه قرار گیرد.

۳-۱. عرف و مهریه: در قانون موارد ۱۰۷۸ تا ۱۱۰۱ از مهر، چگونگی تأدیة تمام یا بخشی از آن و انواع مهر، سخن به میان آمده است. در واقع مهر یکی از مهم‌ترین آثار مالی نکاح است که تحت تأثیر فراوان عرف قرار دارد. به گونه‌ای که در تعیین مهر، نوع و وصف آن، مقدار و حدود آن و نیز نحوه تسلیم یا پرداخت مهریه، داوری عرف ملاک عمل قرار می‌گیرد. مهر یا صداق، مالی است که زن بر اثر ازدواج مالک آن می‌گردد و مرد ملزم به پرداخت آن می‌شود. نهاد حقوقی مهر، در حقوق ایران مبتنی بر سنت و مذهب است و نظیر آن را در حقوق غربی نمی‌توان یافت (۱۲).

نظم حقوقی یافت و نهاد دولت در آن‌ها مایه گرفت. از قوانین کهن، قانون حمورابی دو هزار سال پیش از میلاد مسیح تدوین شده است، قوانین یهود و مانی و هند باستان و آتن نیز مربوط به سالیان پیش از این است، ولی با معیارهای کنونی باید این قوانین را مجموعه‌های عرف تدوین شده دانست (۱۰).

در حقوق و قوانین ایران، موارد مهمی که عرف، قواعدی نو به وجود آورد و سرانجام قوه مقننه را نیز وادار به شناسایی کرد وجود دارد که به ذکر چند مورد می‌پردازد:

۱. از موارد مهمی که عرف قاعده نو به وجود آورد و سرانجام دولت را نیز وادار به شناسایی کرد سرقتی دکان‌ها پیش از قانون روابط مالک و مستأجر مصوب خرداد ۳۹ است. در قانون مدنی عنوان خاص برای سرقتی وجود ندارد و حتی الزام مالک به رعایت این حق با احترام به مالکیت او سازگار نیست، ولی ضرورت‌های اجتماعی این امتیاز را برای مستأجر به وجود آورد و خرید و فروش و مطالبه آن چندان تکرار شد که همه مالکان و مستأجران به رعایت آن خو گرفتند، و به اعتقاد همه احترام به این حق امری الزام‌آور می‌نمود، تا اینکه قانون ۱۳۳۹ حق کسب و پیشه و تجارت را به صراحت پذیرفت و شاهد زنده‌ای برای اثبات قدرت عرف به وجود آورد (۱۱).

۲. نمونه بارز دیگر، پیش‌پرداخت‌هایی است که در عقد اجاره مکان مسکونی رایج می‌باشد و یا اسنادی که جهت تضمین تخلیه توسط مستأجر به موجر پرداخت می‌شود در قانون ما اشاره‌ای به آن نشده بود تا اینکه در ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۷۶ عملی را که سال‌ها در کشور به صورت عرف بین مردم رایج بود پیش‌بینی نمود و دادرس چاره‌ای جز پذیرش عرف مردم نداشت (۱۱).

۳. در زمینه حقوق خانواده، بسیاری از مردها اقدام به ازدواج دوم و برگزیدن همسر دوم می‌کردند چیزی که در قانون مدنی وجود نداشت و این امر میان مردم رواج پیدا کرد که مرد می‌تواند در صورت حاصل شدن شرایطی اقدام به ازدواج دوم کند و از دید جامعه هم در موارد و شرایط خودش ناپسند نبود، قانون‌گذار مجبور شد از این عرف پیروی کرده و اقدام به تصویب قانون و لایحه حمایت خانواده

تاریخ و گذشته تا حدی بر روی عرف تأثیر دارد که گویا به گذشته سفری کرده‌ای و برای عرف جدید گویا در زمان حال زندگی می‌کنی عرف در زمان‌های مختلف، متفاوت بوده است تأثیر عرف در این زمینه تا حدی است که اگر معمول و متعارف محل و زمان، طوری باشد که نفقه چندین روز یا هفته یا ماه یا سال از قبل به زن داده می‌شود فرضاً رویه قضایی جدید وقتی به کارشناس ارجاع می‌گردد که نفقه فلان شخص را تعیین نمایید ایشان به گذشته بر می‌گردد که در آن تاریخ ماهیانه چقدر باید به ایشان تعلق می‌گرفت؟ عرف منطقه چقدر را مورد قبول قرار می‌دهند؟ که همه موارد رابطه بین عرف و تاریخ را مشخص می‌نماید که رابطه تنگاتنگی دارند.

در دادگاه‌ها نیز در مقام اجرای قانون، به نقش عرف در تفسیر این ماده قانونی توجه شده است: در رأی شماره ۲۹۲ - ۱۳۲۲/۴/۱۵ شعبه ۴ دیوان عالی کشور آمده است: «چون در ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی کیفیت نفقه را - که بر عهده شوهر است - به طریق متعارف و متناسب با وضعیت زن، مقرر داشته و در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او، نیاز به هزینه بیشتری برای مسکن و غذا و اثاث البیت و خادم باشد، در این صورت حق مطالبه هزینه آن را از شوهر خواهد داشت و دادگاه بایستی در این خصوص رسیدگی نماید» (۱۷).

۳-۴. ارث زوجه از دیدگاه عرف کشور ایران: در کشور اسلامی ایران نیز که احکام و قوانینش نشأت گرفته از کتاب و سنت است باز هم در بعضی مواقع، اصل قانون موضوعه نادیده گرفته شده و عرف رایج در بین مردم به مقابله با قانون برخاسته و عرف بر قانون حاکم می‌شود.

در حیطة مسائل زنان به راحتی می‌توان مواردی را یافت که زن به دلیل تفکرات مردسالارانه، مجبور به تن دادن به احکام صادر شده توسط عرف ناصحیح مردم می‌شود. در مسأله ارث زوجه نیز، گاهی دیده می‌شود که خانواده شوهر و حتی فرزندان، زن را تا حدودی در حاشیه نگه داشته و از قسمتی از اموال ماترک شوهر محروم می‌نمایند. به عنوان مثال گاهی مواقع در عرف، زنان علاوه بر عین زمین از قیمت آن نیز به بهانه‌های متفاوت بی‌نصیب می‌شوند و زن نیز در نقش یک عضو از خانواده شوهر و یا در نقش یک مادر، براساس تعارف و

برحسب اینکه مهر در زمان وقوع عقد تعیین گردد، یا تعیین آن به بعد موکول شود، انواعی دارد که عبارتند از: مهرالمسمی، مهرالمثل و مهرالمتع (۱۳).

۲-۳. مهرالمثل و عرف: برخلاف مهرالمسمی که به تراضی طرفین معین می‌گردد و حداقل و حداکثری برای آن نیست، مهرالمثل مهری است که بر حسب عرف و عادت و با توجه به وضع زن از لحاظ سن، زیبایی، تحصیلات، موقعیت خانوادگی و اجتماعی و سایر خصوصیات و صفات و همچنین با در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان معین می‌گردد (۱۳). در همین راستا براساس قانون مدنی زن تحت شرایطی مستحق مهرالمثل می‌باشد. و در تعیین مهرالمثل فقط وضعیت زوجه ملحوظ می‌گردد و وضعیت زوج از حیث تمکن یا عدم تمکن، مورد نظر نیست.

۳-۳. نفقه و نقش عرف در تعیین آن: نفقه، دیگر حق مالی زن است که پرداخت آن از وظایف مرد در زندگی خانوادگی و از توابع ریاست او بر خانواده است. در نکاح دائم این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد (ماده ۱۱۰۶ ق.م). در این مورد فقر و احتیاج زن شرط نیست و زن بر شوهر حق نفقه دارد، اگرچه از بی‌نیازترین مردم باشد (۱۴).

در شرع، مقداری برای نفقه ذکر نشده است. بعضی از فقها موقعیت اقتصادی زن و مرد، هر دو را ملاک تعیین مقدار نفقه دانسته‌اند (۱۵). گروهی دیگر موقعیت مالی مرد را ملاک دانسته‌اند (۱۶). و در این مورد به آیه شریفه ۷ از سوره مبارکه طلاق استناد کرده‌اند، که انفاق فرد توانگر را به نسبت دارایی او و انفاق فرد تنگ روزی را به همان نسبت واجب دانسته است: «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا»؛ «هرکس که دارای وسعت مالی است باید طبق وسعت خود نفقه دهد و کسی که روزی بر او تنگ شده باید از آنچه خداوند به او داده انفاق کند، زیرا خداوند هیچ‌کس را مگر به اندازه آنچه به او داده است تکلیف نمی‌کند به زودی خداوند پس از سختی آسانی و فراخی پدید می‌آورد».

«زن و مرد وظیفه دارند در زندگی مشترک خانوادگی و زناشویی، نسبت به هم خوش‌رفتار، خوش‌رو و خوش‌گو باشند و از هرگونه بدرفتاری، ترش‌رویی و بدگویی دوری نمایند، مگر اینکه عذر شرعی، قانونی و عرفی داشته باشند». در شیوه قانونگذاری در اسلام ارکان نظام خانواده بر پایه اصول اخلاقی، همچون مودت و رحمت، عفو، فضل، اغماض و گذشت، صلح و رعایت مصلحت خانواده، حاکمیت صفا و صمیمیت، احترام و کرامت و ... استوار می‌باشد و این‌ها اموری است که فرآیندی برتر از عدل و مساوات و استیفای حقوق صرف دارد (۱۹). بنابراین در این خصوص عرف نیز به پیروی از قرآن کریم پرداخته است.

۲-۴. عرف و معاضدت در تشیید مبانی خانواده از نظر

قانون مدنی: حق غیر مالی مشترک دیگری که بر زوجین محول شده، «معاضدت و همکاری در تشیید مبانی خانواده» است که ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی می‌گوید: «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند. زن و مرد باید برای اداره خانواده یکدیگر را یاری کنند و به هنگام بیماری و درماندگی از مواظبت و پرستاری همسر خود دریغ نوزند. تعیین حدود این وظیفه با عرف است».

زن و مرد باید در پیشبرد و تحکیم زندگی خانوادگی، همکاری و همراهی داشته باشند و معیار این همکاری هم بنابر انتظار عرف و فرهنگ زمان و مکان و موقعیت آن دو است. حکم ماده ۱۱۰۴ ق.م. درباره زن و شوهر است. شوهر نیز باید همسرش را در اهداف مذکور یاری کند (۲۰).

«معاضدت در تشیید مبانی خانواده در حقوق ایران به اداره خانواده، مواظبت و پرستاری همسر به هنگام درماندگی و بیماری و کلیه اقداماتی که به حکم عرف برای درمان ضرورت دارد، اطلاق می‌شود. بنابراین سعی و کوشش زوجین در نزدیکی به اخلاق و عادات یکدیگر و تحکیم خانواده، حسن معاشرت است. بنابراین از نظر حقوقدانان، معاضدت، مفهومی عرفی است و حدود آن با توجه به عرف و عادت و مقتضیات زمان و مکان تعیین می‌شود» (۹).

۳-۴. عرف و حقوق غیر مالی مردان نسبت به زنان:

عرف حقوقی را برای مردان در نظر گرفته است که ضمن بیان آنها به تشریح نمونه‌های آن پرداخته شده است.

تکلفات خانوادگی و یا احساس مادرانه از رجوع به قانون برای دریافت حقت خودداری می‌کند. از سوی دیگر حیل‌های قانونی نیز، دست افراد سودجو را در انتقال مایملک متوفی به دیگران از راه‌های جعلی به غیر و ایجاد زمینه محرومیت زن بیوه از ارث باز گذاشته است. یکی از دلایل دور نگه داشتن زنان از سهم‌الارث خود، عدم آگاهی آنان از فنون قانونی و نداشتن جرأت کافی برای اقدام به گرفتن حق خود است. بنابراین در کنار قانون، عرف نیز صاحب نظر و گاهی مواقع حاکم است، اما اینکه زن را به طور کامل در ارث بی‌بهره نمایند، چیزی است که معمولاً در عرف ایران انجام نمی‌شود (۱۸).

در باب جایگاه عرف در مسائل زنان باید گفت تصویری که از زن در جوامع اسلامی عرضه می‌شود و نحوه نگرش و برخورد با تشخص و منزلت زن، همه گویای این مطلب است که التقاط و انحرافی صورت گرفته به این معنا که، برخی از احکام دینی با آداب و عادات و سنت‌های ناصوابی که بعضاً ریشه در جاهلیت نخستین دارد، درآمیخته است که البته در این راستا، باید عرف به عنوان اصل متغیر و نه ثابت، در نظر گرفته شود و تنها معارف اسلامی و قوانین دینی، به عنوان اصل ثابت و اولیه لحاظ شوند؛ همان‌گونه مصلحان واقعی جوامع یعنی انبیاء نسبت به عرف زمان خودشان، دست به اصلاحات زدند و دیدگاه‌های ناصواب را تغییر دادند. پیامبر گرامی اسلام (ص) با عرف غیر صحیح مقابله نمود و هویت از دست رفته زن را به جامعه بازگردانید. قرآن کریم با طرح الگوهای برجسته زنان، عرف و فرهنگ حاکم بر آن روزگار را دگرگون ساخت. بنا به گفته حائری شیرازی، اگر آنچه را اسلام آزاد کرده، به دلیل عرف ممنوع نماییم، باید پیامد خسارت‌بار آن را تحمل کنیم (۱۸).

۴. نقش عرف در حقوق و تکالیف غیر مالی مشترک بین

زوجین

در این قسمت به تکالیف غیر مالی زوجین پرداخته شده است که ضمن بیان مصادیق به تشریح آنها خواهیم پرداخت.

۱-۴. عرف و حسن معاشرت: در حقوق ایران معنای آیه

۱۹ نساء در ماده ۱۱۰۲ ق.م. در فصل مربوط به حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر وارد شده است:

دست آورد و در مقابل شوهر می‌تواند زن را از بیرون رفتن از خانه منع کند، اگرچه این عمل زن با حقوق شوهر منافاتی نداشته باشد (۲۳).

«در اثبات این نظریه برخی به آیه ۳۳ سوره احزاب تمسک جست‌ه‌اند که «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَىٰ» (۲۴). توضیح اینکه؛ آیه ۳۳ سوره احزاب در خطاب به همسران پیامبر - صلی‌الله‌علیه‌و آله - و در مقام توصیه به حفظ عفت و حجاب است که در خانه‌های خود بمانید و همچون جاهلیت نخستین - که زنان با پیراهن‌های بدن‌نما بیرون می‌آمدند - در میان مردم ظاهر نشوید. روشن است که از این جهت، به ممنوعیت خروج زن بدون کسب اجازه شوهر ارتباطی ندارد» (۲۵).

۴-۳-۴. تبعیت از مرد در اصل شاغل بودن و نوع شغل: در این خصوص چنانچه شغل زن برخلاف عرف و موقعیت زمانی و مکانی وی باشد شوهر با عنایت به ریاست خود در خانواده حق دخالت دارد، هرچند شغل زن از جمله حقوق مشروع و قانونی زن محسوب می‌گردد و می‌تواند مانند مرد در انتخاب شغل متناسب با شئون خویش منعی نداشته باشد (۲۶).

اصل بیستم قانون اساسی نیز به نوبه خود این مطلب را تأیید می‌کند.

ماده ۱۱۱۷ ق.م. مقرر می‌دارد که: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافای با مصالح خانوادگی یا حیثیت خود یا زن باشد منع کند» چون زن در اثر ازدواج، قسمتی از آزادی خود را از دست می‌دهد و تکالیفی را عهده‌دار می‌گردد که تکالیف زناشویی نامیده می‌شود (۷).

درواقع شوهر به عنوان رئیس خانواده و مسئول حفظ مصالح این کانون، می‌تواند زن را از کاری که خلاف مصلحت می‌بیند، باز دارد (۹).

مطابق قانون، زوج حق منع اشتغال همسر را به طور مطلق ندارد بلکه از ماده ۱۱۱۷ ق.م. چنین برمی‌آید که: «زوج فقط می‌تواند از اشتغال همسر به مشاغل خاص به دلیل تنافی با مصالح خانواده یا حیثیات زوجین، جلوگیری نماید». ضابطه روشنی در اینکه چه شغلی با مصالح خانواده منافات دارد، در قانون نمی‌باشد (۲۷).

۱-۳-۴. پذیرش ریاست شوهر: اگر در زندگی زناشویی و خانوادگی مشکل و مسأله‌ای پیش آمد، حل آن با نظر نهایی شوهر است، البته این وظیفه شوهر، نباید خارج از حسن معاشرت و معاضدت، شرع و قانون باشد و باعث سوء استفاده شوهر شود. بدین ترتیب ریاست مرد بر خانواده، عنوانی جامع نسبت به این دو موقعیت است، و باید مورد توجه طرفین باشد (۲۱).

درخصوص ریاست مرد در خانواده در عام بودن ریاست یا خاص بودن آن بین فقها اختلاف وجود دارد عده‌ای؛ ریاست مرد را خاص و مربوط به روابط زناشویی می‌دانند و عده‌ای آن را عام شمرده و تمام امور را دربر می‌گیرد (۲۲).

۲-۳-۴. تبعیت از مرد در محل اقامتگاه و مسکن و نقش عرف: اختیار انتخاب محل زندگی با مرد است و زن می‌بایست در منزلی که شوهر انتخاب می‌کند و البته متناسب با شأن زوجه باشد سکونت نماید و درواقع مرد به زن دسترسی داشته باشد مگر اینکه انتخاب مسکن با زوجه در عقد نکاح شرط شده باشد، ولی در عین حال بایستی پس از انتخاب مسکن، تمکین عام از شوهر داشته باشد تا ناشزه محسوب نشود. در این باره ماده ۱۱۱۴ ق.م. می‌گوید: «زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند سکنی نماید مگر آن‌که اختیار تعیین منزل به زن داده شده باشد (۹).

۳-۳-۴. تبعیت از مرد، در خروج از منزل و ورود دیگران به منزل: خروج زن از منزل باید با اجازه همسرش باشد، مگر اینکه برای انجام تکالیف دینی؛ مثل حج واجب یا برای انجام مداوا از منزل خارج شود، یا ماندن در خانه ضرر جانی، بدنی و شرافتی، برای زن داشته باشد. بر اساس اصل برائت و اباحت اعمال در راستای آزادی و کرامت زن و برابری انسان‌ها، خروج زن از منزل و معاشرت وی، بی‌آن‌که مقارن با مفسده‌ای باشد، باید عملی روا تلقی شود، اما با عنایت به حقوق شوهر و تکالیف متقابل زن، به ویژه تمکین او در برابر کام‌جویی شوهر و همچنین با در نظر گرفتن مصالح خانواده و مسئولیت شوهر در حفظ و صیانت زن، این حق زن با اشکال‌ها و ابهام‌هایی مواجه شده است. نظریه مشهور در فقه امامیه بر این است که زن برای خروج از منزل شوهر، لازم است که رضایت او را به

۵. عرف و شروط ضمن عقد

دو ماده از قانون مدنی به شروط ضمن عقد نکاح اختصاص یافته است:

ماده ۱۱۲۸ مقرر می‌دارد: «هرگاه در یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور، فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود؛ خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده یا عقد متبایناً بر آن واقع شده باشد» (۲۸).

بر اساس ماده ۱۱۱۹ نیز «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر، زن دیگر بگیرد یا در مدت معین غایب شود یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتار نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد» و در مورد شروط عقد نکاح، همه اتفاق نظر دارند که شروط غیر مذکور در عقد نکاح، اعتبار ندارد و لازم‌الوفا نیست. در بعضی منابع، در این رابطه ادعای اجماع شده است (۲۹).

نراقی می‌گوید: «مقتضای عمومات، وجوب وفا به مطلق شرط است؛ اعم از آن که قبل از عقد باشد یا پس از آن بلکه حتی اگر عقدی هم نباشد، اما در مورد نکاح و شروط قبل آن، اجماع وجود دارد که این شروط، اعتباری ندارد» (۲۸).

اما شرط ضمنی عرفی، در باب نکاح در قانون مدنی به شرح ذیل مورد تصریح قانونگذار قرار گرفته است:

ماده ۲۲۰: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید بلکه متعاملین، به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند».

ماده ۲۲۵: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

فقها نیز در مواردی از باب نکاح، به استناد شرط ضمنی عرفی فتوا داده‌اند. به عنوان نمونه می‌توان به مسائل زیر اشاره کرد:

در پاسخ این استفتاء که «آیا زوجه در فاصله بین عقد و عروسی (زفاف)، مستحق نفقه است؟ و نیز با توجه به عرف بسیاری از مناطق که دختر در فاصله بین عقد و عروسی در خانه پدر، باکره (غیر مدخوله) می‌ماند، حکم نفقه چیست؟» تبریزی می‌فرماید: «در مدتی که به صورت متعارف در فاصله بین عقد و زفاف، زن در خانه پدرش می‌ماند، ادای نفقه او بر شوهر واجب نیست. والله العالم» (۲۹).

سیستانی نیز در کتاب النکاح خود گفته است: «ظاهر این است که نفقه در فاصله بین عقد و زفاف بر زوج واجب است، مگر آن که قرینه‌ای بر اسقاط وجود داشته باشد ولو اینکه این قرینه، متعارف خارجی باشد» (۳۰).

خوئی نیز معتقد است که: «در فاصله بین عقد و زفاف، زوجه مستحق نفقه نیست، زیرا ارتکاز عرفی، قرینه‌ای بر اسقاط آن در این مدت است» (۳۱).

بنابراین، به استناد قوانین فقهی و حقوقی، در مورد تعیین شروط ضمن عقد، عرف کارایی زیادی دارد.

نتیجه‌گیری

با مطالعه تاریخی تحولاتی عرفیه که بر موضوعات نکاح حادث گشته است به این نتیجه می‌رسیم که در مرتفع نمودن اختلاف حادث شده بین زوجین در خصوص حقوق تکالیف یکدیگر عموماً به عرف مراجعه می‌گردد، فرضاً در خصوص تعیین مهر، اجرت‌المثل ایام زناشویی، نفقه و ... به عرف رجوع می‌شود یا برای تعیین اجرت‌المثل در رویه قضایی کنونی هرچند از سوی قاضی به کارشناس ارجاع می‌گردد لیکن کارشناس در نهایت به عرف مراجعه می‌نماید که با سنجش معیار و اعتبار خانوادگی زوجه اقدام به تعیین اجرت‌المثل ایام زناشویی می‌نماید این نمونه‌ای از موضوعات نکاح بود که توسط عرف مشخص می‌گردد خیلی موارد دیگر نیز وجود دارد که از حوصله بحث در قسمت نتیجه‌گیری خارج است و در مقاله به آنها اشاره شده است. از جمله نوآوری‌هایی که ما در این مقاله به آن پرداخته‌ایم و در تحقیقات مشابه به آن کمتر اشاره شده است. تحولات عرفی هست که در باب موضوعات نکاح رخ داده است و قانونگذار بیش از پیش به نقش عرف

دست نمی‌آید. افزون بر آن، عرف در حقوق، گاهی به طور صریح مورد ارجاع قرار می‌گیرد و گاه به طور ضمنی پذیرفته می‌شود.

توجه نموده است و همان‌گونه که بیان شد در نظرات کارشناسی نیز جهت تعیین حقوق مالی زوج به عرف مراجعه می‌گردد، اما در خصوص حقوق ناشی از ازدواج، این حقوق به دو بخش مالی و غیر مالی تقسیم می‌شوند. از جمله حقوق غیر مالی، حسن معاشرت همسران نسبت به یکدیگر است. معاشرت نیکو در اشخاص مختلف متفاوت است. لوازم حسن معاشرت را به دقت نمی‌توان معین کرد، زیرا عادات و رسوم اجتماعی در میان هر قوم، مفهوم خاصی از «حسن معاشرت» را به وجود می‌آورد. حقوق مالی ناشی از عقد ازدواج به زن اختصاص دارد که از جمله آنها می‌توان به مهر اشاره نمود. میزان مهر در حقیقت به تشخیص عرف محول شده است. این مطلب در آموزه‌های شرعی به صراحت بیان شده است. تنها در تعیین مهرالمسمی، ملاک رضایت همسران است، که آن نیز متأثر از عرف اجتماعی زمان و مکان ایشان است. درباره نقش عرف در احکام و استنباط آن می‌توان گفت، در مواردی که نص شرعی موجود نیست حکم شرعی از عرف، کشف می‌شود، البته این کشف در صورتی معتبر است که ثابت شود عرف از عرف‌های عامی است که به زمان و مکان خاصی مربوط نمی‌شود تا با این عدم محدود زمانی و مکانی بتوانیم به عصر معصوم (ع) برسیم. از نقش عرف در قانون می‌توان گفت منبع اصلی حقوق در کشور ما قانون است، اما عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی اثر به سزا دارد. از دیدگاه حقوق دانان در حقوق جزا، منابع الزامی مواردی چون قانون اساسی و قوانین جزایی است، اما عرف هم از منابع ارشادی به شمار می‌رود. رفتارهای خلاف عادات قومی در بسیاری از موارد ایجاد تشنج اجتماعی می‌کند و در مواردی چندان عمیق است که هر قدرتی را به زانو در می‌آورد. از آنجا که وضع قوانین برای برقراری نظم اجتماعی و بهبود وضع جامعه است و نباید موجب تشنج اوضاع گردد بنابر آنچه گفته شد استناد به عرف وقتی جایز است که از طرف شارع مقدس، نص یا قاعده و دلیل روشنی برخلاف آن وجود نداشته باشد. وابستگی عرف با حقوق موضوعه چنان است که معنی درست قواعد حقوقی را جز با ملاحظه آداب و رسوم اجتماعی نمی‌توان فهمید. برای مثال، چگونگی ریاست مرد بر خانواده تنها با مطالعه مواد قانونی به

References

1. Faiz Kashani, M. M, Al-Wafi, Isfahan: The Office of the Imam, the Commander of the Faithful upon Him, Islam, August 1, 1985.48. [Arabic]
2. Jafari Langroudi, M. J, General Introduction to Law, Tehran: Ganj-e-Danesh Publishing, First Edition, 1997, 448. [Persian]
3. Tabarsi, A, Majma 'al-Bayan, Qom: Publication of the school of Ayatollah Al-Uzmi Al-Marashi Al-Najafi, 1983, 237. [Arabic]
4. Parsa, F, Contemporary Jurisprudence, Qom: University of Islamic Religions, Journal of Contemporary Jurisprudence. 2018, 87. [Persian]
5. Makarem Shirazi, N, Kitab al-Nikah, Qom: School of Imam Ali Ibn Abi Talib (AS), 2003, 416. [Arabic]
6. Mohaqeq Karaki, A, Jame Al-Maqassid Fi Sharh Al-Qaw'a'd, Qom: Al-Bayt (AS) Institute for the Revival of Heritage. 1993, 7. [Arabic]
7. Emami, S. H, Family Civil Law, Tehran: Islamic Bookstore, 16th Edition, 1993, 268. [Persian]
8. Alidoost, A, Jurisprudence and custom, Tehran: Institute of Islamic Culture and Thought, second edition, 2006, 127. [Persian]
9. Katozian, N, Introduction to Law, Tehran: Anteshar Co., 29th edition, 2004, 82-79. [Persian]
10. Alavi, M. T, A Reflection on the Place of Custom and Habit in Iranian Jurisprudence and Law, Journal of Literature and Humanities, 2006, 208. [Persian]
11. Safaei, H, Family Law, Tehran: Institute of Publishing, University of Tehran, 11th edition, 2008, 166. [Persian]
12. Gorji, A, A Comparative Study of Family Law, 2005, Tehran: University of Tehran Press, 2005, 232. [Persian]
13. Mousavi Khomeini, R. The Spirit of God, Anwar al-Hediyya in his Commentary on Sufficiency, 1993, Qom: Founded by Dar Al-Ilm, August 1, 1372, 569. [Arabic]
14. Mughniyeh, M. J, Jurisprudence on the Five Schools, Beirut: Dar al-Jadid, 2000, 391. [Arabic]
15. Suri Helli, M, kanzoulerfan of the Qur'an, Tehran: Mortazavi. published, 1994. 219. [Arabic]
16. Abazari Fomashi, M, A Collection of Marriage and Divorce Rules and Regulations, Tehran: Khorsandi, First Edition, 2008, 139. [Persian]
17. Fattahizadeh, F, Woman in the Thought of History and Islamic Thought, Qom: Islamic Research Center of Radio and Television, 2004, 123. [Persian]
18. Mirkhani, E. A, A New Approach in Family Relations, Tehran: Safir Sobh Publishing, First Edition, 2000, 17. [Persian]
19. Qasemzadeh, M, Documents of Legal Opinions and Thoughts, Tehran: Samat Publishing, First Edition, 2003, 387. [Persian]
20. Haeri Shahbagh, A, Description of Civil Law, Tehran, Ganj-e-Danesh Publishing, First Edition, 1997, 965. [Persian]
21. Hosseini Shahroudi, M, Reports of the Study of Fundamentals and Jurisprudence, Qom: Founded by the Darat al-Ma'arif Islamic Fiqh Foundation, the right of the Bait school of thought, 2016, 70. [Arabic]
22. Tabatbay, M.H, Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an, Qom, an Islamic publishing book, University of Teachers, Scientific Hawza, Qom, 1996, 317. [Arabic]
23. Mishkini, A, Terms of Fiqh, Qom: Al-Hadi Publishing, 1998, 226.
24. Fadlallah, Muhammad Husayn, Islamic Reflections on Women, Beirut: Dar Al-Malak Publishing, 2000, 92. [Arabic]
25. Zahili, W, The Jurisprudence of Khanawadi Der Jahan Contemporary, Trans Selimi Tehran: Publishing Ihsan, 2009, 298. [Persian]
26. Hedayatnia, F, Wife's financial rights, Qom: Peugeot Hashgah Islamic Sciences and Culture, first edition, 2006, 16. [Persian]
27. Hekmatnia, M, Evaluation of Family Law, Tehran: Public Relations of the Women's Social Cultural Council, First Edition, 2007, 149. [Persian]
28. Naraqi, A, Shiite documentary, Qom: Al-Bayt Institute against Islam, 1996, 142. [Arabic]
29. Tabrizi, M. J, New Referendums, 2008, Qom: Sarvar Publishing, First Edition, 2008, 396. [Arabic]
30. Sistani, S. A, Minhaj al-Salihin, Qom: The office of Ayat al-Azmiyy, Sayyid Ali Husayn Sistani, August 1, 1995, 123. [Arabic]
31. Mousavi Khoyi, A, Minhaj al-Salihin, Qom: Spreading the Civilians of Science, A'v Best and Hashtim, 1989. 287. [Arabic]