

## نقش عرف در حقوق همسران<sup>۱</sup>

مریم ابن تراب<sup>۲</sup>

### چکیده

عرف یکی از عوامل مؤثر در حقوق همسران است؛ چنان که درست باشد موجب تحکیم مبانی خانواده می‌گردد و اگر نادرست باشد، عاملی بازدارنده از تشکیل و بقای زندگی خانوادگی خواهد بود. از این رو بی توجهی به نقش عرف در حقوق همسران سبب به وجود آمدن چالش‌های بنیادی در جامعه می‌شود. بیشترین کاربرد واژه‌ی عرف در قرآن، مربوط به حقوق خانواده و تنظیم روابط میان همسران است. روایات نیز مبین همین موضوع هستند. با در نظر گرفتن عموم و اطلاق بعضی از ادله لفظی و با توجه به ادله عقلی، جایگاه عرف در حقوق همسران روشن می‌شود. از این رو، در رویه قضایی در بسیاری از مسائل مربوط به خانواده، عرف و عادت مسلم را مبنای نظر قرار داده است. در این پژوهش، جایگاه عرف در حقوق همسران که شامل حقوق مالی و غیرمالی ایشان می‌شود، مورد بررسی قرار می‌گیرد. نقش تعیین‌کننده عرف در این حقوق، سبب دگرگونی برخی موضوعات قانونی در حقوق خانواده خواهد شد که بازبینی و تغییر مواد قانونی مرتبط، نتیجه آن می‌تواند باشد. این مهم از مسائلی است که باید مورد توجه قانون‌گذار قرار گیرد.

### واژگان کلیدی

عرف، حقوق، خانواده، حق جنسی، مهر، نفقه

۱ - تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۹/۴/۹؛ پذیرش مقاله: ۱۳۸۹/۹/۲۵

۲ - دکتری فقه و حقوق اسلامی؛ استادیار و معاون پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال

## مقدمه

نهاد خانواده، دارای ابعاد گوناگون اخلاقی، حقوقی، عاطفی و اجتماعی است؛ از این رو، عوامل گوناگونی باید در تدوین مقررات مربوط به حقوق همسران مورد توجه قرار گیرد. در جمهوری اسلامی ایران، قوانین و مقررات، برگرفته از فقه اسلامی است. حال پرسش این است که آیا با تحولات زمان و مکان، این مقررات قابل تجدید نظر هستند؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، تغییر شیوه زندگی که متأثر از اوضاع فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و دیگر زمینه‌های زندگی اجتماعی است، در دگرگونی این قوانین چه اثری دارد؟ و نقش آفرینی عرف در حقوق همسران چگونه است؟

حقوق خانواده و مقررات مربوط به آن از مسائل مطرح در تمام جوامع بشری است. سلامت خانواده از عوامل مؤثر در درستی روابط بین افراد در ابعاد گوناگون اجتماع است.

هدف از این پژوهش تبیین جایگاه عرف در مسائل حقوقی همسران است به گونه‌ای که پاسخگوی چالش‌های موجود در حقوق خانواده کنونی باشد. بدین منظور در مبحث نخست، معنا و مفهوم عرف در لغت، فقه و قانون بررسی می‌گردد و جایگاه عرف از دیدگاه فقهی، قانونی و خانوادگی مورد اشاره واقع می‌شود و سپس در مبحث دوم نقش عرف در حقوق همسران و در رابطه زوجیت به طور مبسوط بیان می‌گردد.

## مبحث اول - عرف و جایگاه آن

### ۱- مفهوم‌شناسی عرف

واژه عرف در لغت دارای معانی متعددی است؛ مانند بخشش و اعتراف (بندرریگی، ۱۳۷۱، ص ۳۵۷) و عرفان و علم (ابن‌منظور، ۱۴۰۸ هـ، ج ۹، ص ۱۵۳) معنای مورد نظر در پژوهش کنونی، ضد نُکر، و آن هر چیزی است که نفس آن را نیکو شناسد، و به آن اطمینان کند (انیس و دیگران، بی تا، ج ۲، ص ۵۹۵).

عرف در اصطلاح فقه، به معنای معروف و عبارت از خیر و رفق و احسان است (مقری فیومی، بی تا، ج ۱، ص ۴۰۴). در تعریفی هم آمده است: عرف هر چیزی است که به پیروی و گواهی عقل، در نفوس استقرار پیدا کند و طبع مردم آن را بپذیرد (فیض، ۱۳۸۱، ص ۲۳۴). بر این تعریف، و تعریف‌های مشابه، این اشکال وارد است که در آنها گواهی و پذیرش عقل یا طبع سلیم قید شده است؛ در حالی که همه عرف‌ها از این ویژگی برخوردار نیستند؛ زیرا عرف بر دو قسم است: عرف صحیح و عرف ناصحیح. بنابراین تعریف‌های یادشده جامع نیستند. بهتر این است که گفته شود عرف هر چیزی است که مردم بدان عادت کرده و با آن آشنایی داشته باشند، و بر وفق آن رفتار کنند یا آن را ترک نمایند؛ خواه آن چیز گفتار باشد، خواه کردار (همو، ص ۲۳۴). عرف بیش از هر چیز به سیره عقلا و بنای عقلا نزدیک است (همو، ص ۲۳۵) گرچه عین آن نیست (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۱۲۱).

در اصطلاح حقوق موضوعه گفته شده است: عرف، قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۷۸؛ همو، ۱۳۷۹، ص ۴۱۲). همچنین گفته شده است: غالباً چیزی به صورت عرف در می‌آید که اکثریت قوم یا ملت آن را نیکو بدانند. به همین جهت، کلمه معروف در مورد عرف و عادت به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵). عرف را می‌توان به اقسامی بخش نمود، مانند عرف عام، عرف خاص، عرف عملی، عرف قولی و ... آنچه در این پژوهش مورد نظر قرار دارد عرف صحیح در مقابل عرف فاسد است. عرف صحیح چیزی است که در پرتو عقل در میان مردم اندیشمند متداول گردد، با دلیل و قانون شرعی مخالفتی نداشته باشد، در آن مصلحتی از میان نرود و مفسده‌ای به بار نیاید (فیض، ۱۳۸۱، ص ۲۳۶).

## ۲- جایگاه عرف در فقه

عرف، دلیل مستقل در استنباط احکام فقهی شمرده نمی‌شود، اما نقش

تعیین‌کننده آن در علم اصول فقه و فقه قابل انکار نیست؛ بعنوان مثال، در بحث تعارض ادله، اگر تعارض میان دو دلیل، قرینه‌ای بر تفسیر مراد شارع به نظر آید، جمع میان دو دلیل، واجب است (صدر، ۱۴۲۱ هـ، ج ۱، ص ۴۵۶).

نقش تعیین‌کننده عرف، در احکام فقهی نیز از وجود احکام متعدد امضایی روشن می‌گردد. در عرصه مسائل اجتماعی مانند فقه خانواده یا مسائل دادوستد، تعبد راه ندارد (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۷۸). بنابراین، برای دریافت مراد شارع و تعیین ظهور ادله لفظی، در مواردی از اصول عملی به عرف مراجعه می‌شود، همچون تعیین حدود موضوع حکم شرعی، اثبات تحقق موضوع، و تغییر موضوع حکم (واسعی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۳-۱۳۸).

یکی از مواردی که عرف به کمک فقیه می‌آید، احکامی است که موضوع عرفی دارند (نجفی، ۱۴۱۶ هـ، ج ۱۶، ص ۵۹). افزون بر آن در موارد بسیاری، فقیهان بزرگوار، عرف را ملاک حکم معرفی کرده‌اند، به عنوان مثال در وجوب حضانت از شخص گم شده (مکی، ۱۴۲۶ هـ، ج ۳، ص ۹۵) و جواز استفاده از آنچه بر سر عروس نثار می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ هـ، ج ۷، ص ۳۱).

بنابراین، بسیاری از عرف‌ها مورد تقریر و تأیید شارع مقدس قرار گرفته، و بعدها به نام حکم امضایی خوانده شده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵)؛ حتی گاه بر اساس آن عرف‌ها، از مقتضای اصول اولیه عدول می‌شود (اصغری، ۱۳۸۶، ص ۳۲۴).

### ۳- جایگاه عرف در قانون

منبع اصلی حقوق در کشور ما قانون است، اما عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی اثر بسزا دارد. از دیدگاه حقوق‌دانان در حقوق جزا، منابع الزامی مواردی چون قانون اساسی و قوانین جزایی است، اما عرف هم از منابع ارشادی به شمار می‌رود (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۹).

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، نباید موجب اضطراب و تشنج گردد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۱۵).

البته استناد به عرف و عادت وقتی جایز است که از طرف شارع مقدس، نص یا قاعده و دلیل روشنی برخلاف آن وجود نداشته باشد (ناصری، ۱۳۸۴، ص ۵۴).

وابستگی عرف با حقوق موضوعه چنان است که معنی درست قواعد حقوقی را جز با ملاحظه‌ی آداب و رسوم اجتماعی نمی‌توان فهمید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۸۴). برای مثال، چگونگی ریاست مرد بر خانواده تنها با مطالعه‌ی مواد قانونی به دست نمی‌آید (همو، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۵۲۳).

افزون بر آن، عرف در حقوق، گاهی به طور صریح مورد ارجاع قرار می‌گیرد است (مواد ۱۳۲، ۲۲۰ ق.م) و گاه به طور ضمنی پذیرفته می‌شود (ماده ۹۷۵ ق.م).

#### ۴- عرف و روابط خانوادگی

ایجاد هر قراردادی در اجتماع، موجد حق یا حقوقی برای طرفین آن است. در این میان، عقد ازدواج بیش از آنکه یک سازمان حقوقی باشد، پیوند اخلاقی و مذهبی است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۳).

روابط بین همسران، افزون بر نقش‌آفرینی طرفین، متأثر از دیگر ارتباط‌های اجتماعی است که از خانواده‌های ایشان آغاز می‌شود. به گونه‌ای که خواستگاری بعنوان نخستین گام در ایجاد عقد ازدواج، روش مردم در زمان‌ها و شهرهای مختلف بوده است (محقق داماد، ۱۳۷۶، ص ۲۶).

#### مبحث دوم - عرف و حقوق همسران

عقد ازدواج پیمانی ویژه است که آثار مالی و غیرمالی دارد، و این آثار از ابعاد گوناگونی برخوردار است؛ زیرا همسران در مراحل مختلف زندگی، و در شرایط متفاوت، در کنار هم و مؤثر بر حال و آینده یکدیگر هستند.

در پژوهش حاضر، جایگاه عرف در هر یک از حقوق ناشی از ازدواج مورد بررسی قرار می‌گیرد. این حقوق را می‌توان به دو بخش غیرمالی و مالی تقسیم نمود:

### ۱- حقوق غیرمالی همسران و نقش عرف در آنها

حقوق غیرمالی همسران شامل رفتار شایسته همسران با یکدیگر و حقوق جنسی می‌شود. رابطه‌های غیرمالی را می‌توان رابطه‌های شخصی دانست (سلجوقی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۵۲)

**الف - حسن معاشرت و نقش عرف در تبیین آن:** نخستین حق هر یک از همسران آن است که از رفتار نیکوی طرف مقابل برخوردار باشد؛ زیرا به سبب پیوند ازدواج زن و مرد، کانونی همیشگی تشکیل می‌شود، و چنین نیست که مانند دیگر قراردادهای طرفین پس از انعقاد قرارداد، از یکدیگر جدا شوند و تنها از آثار آن برخوردار گردند. اگر همسران در محیط خانواده از سلامت روان، آرامش و امنیت بهره‌مند نشوند، هرگز نمی‌توانند به درستی به وظایف خویش در پیشگاه خداوند، در مقابل یکدیگر و در جامعه عمل کنند.

قرآن کریم در ۱۹ مورد مردان را مکلف به حسن معاشرت نیکو در برابر زنان می‌کند. رفتار نیکو در تمام ابعاد حقوق همسران جریان دارد، زیرا آیه شریف قرآن کریم در این مورد، خطاب عام و فراگیر است، و می‌فرماید: «عاشروهنَّ بالمعروف» (نساء، ۱۹) گرچه مخاطب این آیه، مردان هستند، اما «معاشرت» به دلیل ساختار واژگانی (باب مفاعله) از مفاهیم اجتماعی و دوسویه است که چنانچه موضوع آن با پسوند خانواده مورد نظر و محل گفت‌وگو باشد، مانند آیه شریف مورد بحث، تنها ملاک رفتاری برای مردان نیست، و مقصود از آن هم‌زمان تعیین ملاک و مبنای رفتار شوی با زن و نیز زن با شوی خویش است. پس مردان و زنان در رفتار متقابل خانوادگی و زناشویی از این زاویه که هر دو باید طبق

معروف رفتار کنند، همسان و برابرند (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۹).

معروف در تمام موارد خیر و صلاح و فلاح و کار نیک و واجب و زیبا به کار می‌رود؛ زیرا موجب اطمینان و آرامش می‌شود. بنابراین، معروف دارای یک مفهوم کلی است که بر همه موارد مذکور در آموزه‌های دینی منطبق می‌شود و ویژگی آن به تناسب موارد مختلف، متفاوت می‌گردد (مصطفوی، ۱۳۷۱، ج ۸، ص ۹۶). می‌توان گفت: اصول روابط مختلف همسران از دو آیه شریف «عاشروهنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹) و «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۸۸) به دست می‌آید، که ملاک تمامی حقوق و چگونگی آن است. چرا که از آیه نخست، کیفیت زندگی مشترک در تمامی مسائل و از آیه دوم، ملاک آن‌ها که عدالت است، فهمیده می‌شود که مبین طرز رفتار همسران در عرصه‌های گوناگون زندگی خانوادگی است.

معاشرت نیکو در اشخاص مختلف، متفاوت است. بین دوستان و افراد عمومی جامعه، حسن تفاهم و حسن اخلاقی کافی است؛ ولی در زندگی زناشویی این امر کافی نخواهد بود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۴۹۸). البته لوازم حسن معاشرت را به دقت نمی‌توان معین کرد؛ زیرا عادات و رسوم اجتماعی و میزان تمدن و اخلاق مذهبی در میان هر قوم، مفهوم خاصی از «حسن معاشرت» به وجود می‌آورد؛ ولی به اجمال می‌توان گفت، تمام اموری که از نظر اجتماعی توهین محسوب می‌شوند، مانند ناسزاگویی یا اموری که با عشق به کانون خانواده و اقتضای محبت بین دو همسر منافات دارد، مانند ترک خانواده و بی‌اعتنایی به همسر و خواسته‌های او، از مصداق‌های سوء معاشرت در خانواده هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۱۹ - ۲۲۰).

طرز معاشرت متعارف، معاشرت در یک زندگی اجتماعی است، اجتماعی که هر فرد، یکی از خشت‌های بنای آن است و با سایر افراد جامعه، به طور یکسان در سازمان جامعه انسانی بر مبنای تعاون و همبستگی سهیم می‌باشد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۸، ص ۷۸). خداوند متعال در قرآن مجید بیان داشته که زن و مرد شاخه‌های یک ریشه هستند (نساء، ۲۵). اما این موضوع منافاتی با آن ندارد که هر یک از زن و

مرد ویژگی‌هایی داشته باشند که دیگری ندارد. زن و مرد با تمام اختلافات طبیعی که دارند، در میزان تأثیر در اصل تکوینی اجتماع یکسانند. این همان حکمی است که از ذوق جامعه - جامعه‌ای که بر طریقه فطرت بدون انحراف مشی می‌کند - سرچشمه می‌گیرد. به ویژه که اسلام کژی‌ها و سستی‌های آن را برانداخته است، و از آن جهت است که اجرای حکم برابری در معاشرت، یعنی آزادی اجتماعی، لازم می‌باشد، و در واقع هر انسانی از آن جهت که انسانی با فکر و اراده محسوب می‌شود، اختیار کسب منفعت و دفع ضرر را با استقلال کامل دارد.

این مختصات ویژه شریعت اسلام نیست، بلکه در همه قوانین مدنی و در همه آداب و سنن انسانی، کم و بیش وجود دارد. سخن جامع برای تمامی این معانی «عاشروهنّ بالمعروف» می‌باشد (طباطبایی، بی‌تا، ص ۷۸-۷۹).

بنابراین، برای دریافت مصادیق معاشرت نیکو در میان همسران، تأثیر زمان و مکان روشن است، و معروف را البته مخاطب باید شناسایی کند؛ زیرا معروف در هر زمان متفاوت با زمان دیگری است (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۹).

**ب - حقوق جنسی و تأثیر عرف در آن:** پاسخ به نیازهای جنسی، یکی از انگیزه‌های ازدواج است. باید توجه داشت که عدم پاسخگویی مناسب به این نیاز سبب بیماری‌های جسمی و روحی افراد می‌گردد. در باره لزوم توجه به این حق از حضرت رسول اکرم (ص) روایت شده است که: لباس‌های خود را تمیز کنید و مسواک بزنید و آراسته و پاکیزه باشید که بنی اسرائیل چنین نکردند و زنانشان به اعمال زشت متمایل شدند (پابنده، ۱۳۶۹، ص ۷۲).

داشتن روابط جنسی از مصادیق حسن معاشرت شمرده می‌شود و باید موقعیت، محیط و وضعیت طبیعی زوجین در آن رعایت شود. زن نمی‌تواند از آن شانه خالی کند، هم‌چنان که شوهر نمی‌تواند از آن خودداری نماید (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۴۹۸).

از دیدگاه فقهی و حقوقی، حق جنسی مرد تمکین نامیده می‌شود و اصطلاحاً عبارت است از آن‌که زن در هر زمان و مکان مناسب آمادگی همبستری با شوهر

را داشته باشد (فیض، ۱۳۸۱، ص ۳۰۸). تحقق عناوین طاعت و انقیاد از سوی زن، بستگی به نظر عرف دارد (مغنیه، ۱۳۷۷، ص ۳۸۶) و در صورت وجود مانع عقلی یا شرعی، این تکلیف ساقط می‌گردد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۵۹۹).

مسأله تمکین، از مسائل مورد بحث در جامعه فقهی و حقوقی است. اقدام مرد به آمیزش در مواردی که زن تمایلی به آن نداشته باشد، در حقوق غرب از مصادیق تجاوز به عنف شمرده می‌شود. یکی از اندیشمندان در توضیح موضوع تمکین می‌گوید: تمکین امری است که نیاز به آمادگی دارد، و شرایطی لازم است که برای زن و مرد، هر دو مهیا باشد. ممکن است زن، ناراحتی داشته باشد، درس بخواند، مهمان داشته باشد و... . اگر قرار باشد این کار به اجبار و اذیت و آزار صورت گیرد، در اسلام از معاصی کبیره به شمار می‌آید. اذیت و آزار به هر صورتی حرام است و از همین رو ممکن نیست که در آموزه‌های شرعی از سویی آزار و اذیت، حرام و گناه کبیره باشد و از سوی دیگر به مرد اجازه آزار و اذیت داده شود. بنابراین تمکین در شرایطی است که زن آمادگی داشته باشد. از سوی دیگر، در صورتی که زن آمادگی ارتباط جنسی را داشته باشد و از آن خودداری کند، نشوز صورت می‌گیرد؛ زیرا گزینه جنسی باید اشباع شود هم از طرف زن و هم از طرف مرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۳۲۵).

خارج نشدن زن از خانه مگر با رضایت شوهر نیز از فروع و لوازم تمکین شمرده می‌شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۵۵۹)، که حقوق‌دانان به آن تمکین عام می‌گویند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۵۱۶). می‌توان گفت خروج از منزل، بدون توافق همسر موضوعیت ندارد، بلکه پاسخگویی به نیازهای جنسی شوهر، هدف قانون‌گذار بوده است، و رسیدن به این هدف، مجوز رفتارهای نامعقول و نادرست بعضی از مردان نخواهد بود. بنابراین، اگر زن به عنوان مثال شغلی دارد که منافاتی هم با شخصیت خانوادگی اش ندارد، و زمانی که سرکار می‌رود، اگر شوهرش در خانه نباشد، اجازه لازم نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۳۲۴). زیرا با آیه شریف قرآن که به رفتار و معاشرت نیکو امر می‌کند (نساء، ۱۹) منافاتی ندارد. امروزه اگر

مردی به زن خود اجازه ندهد که از خانه بیرون رود، کاری خلاف عرف انجام داده است. اما در قدیم این عمل با عرف مخالف نبود (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۹). بدیهی است در کانون خانواده، امور باید با همفکری و مشورت و رضایت طرفین انجام گیرد و هریک از همسران وظیفه دارد دیگری را از عمل ناپسند، که ممکن است حضور در مکانی نامناسب باشد، باز دارد. هم‌چنان که همه افراد اجتماع این تکلیف واجب را بر عهده دارند: زیرا امر به معروف و نهی از منکر یک خطاب همگانی است.

بنابراین، از آنجا که حق جنسی از مصادیق آیه شریف «عاشروهنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹) شمرده می‌شود، انجام نیکو و متعارف توأم با عدل و انصاف آن مورد نظر شارع مقدس بوده است، و روابط جنسی به طور متعارف از لوازم حسن معاشرت است (صفایی و امامی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۷). در قرآن کریم که نخستین دلیل فقهی است، آمده است: «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره، ۲۸۸). این آیه شگفت‌انگیز دارای فواید بسیاری است، و منظور آن رجوع به حسن معاشرت و ترک اضرار به زن، و رعایت مساوات در حقوق جنسی و نفقه است (طبرسی، ۱۴۰۳ هـ، ج ۱، ص ۳۲۷). صاحب‌المیزان نیز در ذیل این آیه شریف می‌فرماید: عملی معروف است که هم طبق هدایت عقل صورت گرفته باشد، هم با حکم شرع یا قانون جاری در جامعه مطابقت داشته باشد؛ هم با فضایل اخلاقی منافاتی نداشته باشد، و هم سنت‌های ادبی آن را خلاف ادب نداند. چون شریعت اسلام بر اساس فطرت و خلقت بنا شده است، معروف از نظر اسلام همان چیزی است که مردم آن را معروف بدانند، البته مردمی که از راه فطرت منحرف نشده‌اند. یکی از احکام چنین اجتماعی آن است که تمامی افراد و اجزای اجتماع در هر حکمی مساوی و برابر باشند و در نتیجه احکامی که علیه آنان است با احکامی که به نفع آنهاست برابر باشد (طباطبایی، بی‌تا، ج ۴، ص ۲۴).

با توجه به آنچه بیان شد، و این‌که نظام حقوقی اسلام، نظامی است هماهنگ با فطرت و تأمین مصالح کلی جامعه و خانواده، که پای‌بندی به آن به نفع همگان

خواهد بود، می‌توان گفت حقوق جنسی از نخستین حقوق در عقد ازدواج است که زن و مرد بر اساس نیازهای وجودی خویش از آن بهره می‌برند. در قرآن کریم آمده است: «هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (بقره، ۱۸۶) در مورد این آیه شریف گفته شده: منظور از لباس همان معنای معروف آن است؛ یعنی همان چیزی که انسان بدن خود را با آن می‌پوشاند، و چون هریک از زن و شوهر دیگری را از عمل نامشروع حفظ کرده، مانع شیوع آن بین همگان می‌شود، گویا پوشاکی است که عورت و زشتی‌های او را می‌پوشاند. این تعبیر استعاره‌ای لطیف است؛ زیرا عورت انسان به وسیله لباس از دیگران پوشیده می‌شود، ولی از خود لباس مستور نمی‌گردد، همچنین است هر کدام از زن و شوهر که طرف مقابل را از آمیزش با دیگران نگاه می‌دارد، ولی مانع از آمیزش با خودش نمی‌شود (طباطبایی، بی‌تا، ج ۳، ص ۶۱).

بنابراین یکی از اهداف ازدواج، حفظ طرفین از روابط نادرست و پاسخگویی به نیاز ایشان از طریق درست است. پس هریک از زن و شوهر باید در راستای این هدف کوشا باشند.

## ۲- حقوق مالی همسران و نقش عرف در آنها

حقوق مالی ناشی از عقد ازدواج به زن اختصاص دارد، که شامل مهر و نفقه می‌شود. ذیلاً به هر یک از این دو حق و نقش عرف در آنها می‌پردازیم:

### الف - مهر و نقش عرف در تعیین میزان آن

مهر یا صداق مالی است که به مناسبت عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۲۸). مهر صداق نامیده شده زیرا دادن آن از طرف مرد به زن، هنگام ازدواج، خبر از صداقت و راستی او و نشانه‌ای از علاقه و محبت به زن و تشکیل خانواده است (میرشمسی، ۱۳۸۰، ص ۲۶). نهاد مهر در حقوق ایران بر مبنای سنت و مذهب است (ابن تراب، ۱۳۸۱، ص ۱۱۶).

مهر رکن ازدواج دائم نیست، از این رو عقد ازدواج دائم بدون مهر یا با ذکر مهر اما به طور مجمل صحیح است، به گونه‌ای که تعیین مقدار آن به یکی از زوجین یا هر دو یا شخص دیگر سپرده شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ هـ.ج، ص ۲۱۵). از این حکم می‌توان به دست آورد که شارع مقدس نظر ویژه‌ای به مهر و مقدار آن ندارد، و بدین سبب مهر اقسامی دارد که هر یک مورد بررسی قرار می‌گیرد:

**- مهرالمسمی و رابطه آن با عرف:** مهرالمسمی مالی است که زن و مرد بدان راضی هستند و در متن عقد آن را ذکر می‌کنند (مغنیه، ۱۳۷۷، ص ۳۴۰). در این صورت، میزان مهر تابع اختیار طرفین است و حداقل یا حداکثری برای آن ذکر نشده است (کرکی، ۱۴۱۱ هـ.ج، ص ۲۳۹). حکم مزبور به استناد این آیه شریف قرآن است که می‌فرماید: «اگر خواستید به جای زنی، زن دیگری بگیرید و به یکی از ایشان مال بسیار بخشیده باشید، از او چیزی بازپس مگیرید» (نساء، ۱۹). در مورد این آیه شریف روایت شده است که مردی هر گاه می‌خواست همسر جدید بگیرد، به همسری که در اختیار داشت بهتان عمل زشت می‌زد تا آن زن هر چه را که مرد به او عطا کرده بود پس دهد. سپس مرد آن مال را مهر همسر جدید قرار می‌داد. نهی که در آیه شریف در زمان تبدیل زنان آمده است، به این سبب است (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۰۳).

به نظر می‌رسد آیه شریف در مقام بیان حکم مقدار مهر نبوده، بلکه از ظلم به زنان نهی فرموده است. به طور کلی در هر موردی که شرع ساکت باشد، به عرف مراجعه می‌شود. افزون بر آن، می‌توان گفت رضایت طرفین نیز برخاسته از دیدگاه عرف است. در واقع ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی، تعیین‌کننده دیدگاه طرفین، و در نتیجه نظر ایشان در میزان مهر است. از سوی دیگر، اگر به دلیلی مهرالمسمی یا عقد فاسد باشد، در صورت همبستری همسران، مهرالمثل به زن تعلق می‌گیرد، که تعیین مقدار آن به عهده عرف است. با بررسی روایات نیز شش حدیث دیده می‌شود که در آن‌ها ذکر شده است «ما تراضی علیه الناس» یعنی آنچه مورد رضایت مردم است (جرعاملی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۱-۳). این روایات‌ها نشان می‌دهند

که میزان مهر در حقیقت، به تشخیص عرف محول شده است. در دو حدیث دیگر نیز رضایت طرفین ذکر شده است (حرعاملی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص ۱-۳). در احادیثی نیز به استحباب کمی مهر و مهرالسنه، و کراهت زیادی مهر حکم شده است (همو، ص ۵-۷، ۱۹۹). برخی فقهای بزرگوار هم در تفویض مهر گفته‌اند اگر تعیین مهر به زن سپرده شود، او نمی‌تواند بیش از مهرالسنه را تعیین نماید (حلی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۲، ص ۵۴۹). بنابراین آنچه بیان شد، به نظر می‌رسد مهر در ازدواج دائم که به هدف تشکیل خانواده واقع می‌شود، موضوعیت ندارد؛ بلکه اسلام آن را امضا و تأیید کرده است؛ چنان که پیش از اسلام نیز در پاره‌ای از ملل و نحل، مهر و کابین وجود داشته است (حکیم پور، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹). قرآن کریم مهر را نحله خوانده است (نساء، ۴) و آن عطیه‌ای است که با رضا و رغبت و بدون طلب به دیگری داده می‌شود (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۰۲).

بنابراین، استفاده از مهر به عنوان یک ضمانت اجرا برای انجام وظایفی که مرد بر عهده دارد، کاری نادرست، و یک سنت اشتباه است. برای هر مشکلی باید راه‌حلی مناسب یافت. با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان گفت عرف در هر زمان، اثر کلیدی در تعیین میزان مهرالمسمی دارد. این تأثیر را در مقایسه میزان مهر در سال‌های انقلاب اسلامی و دوره کنونی به روشنی می‌توان مشاهده کرد.

**- مهرالمفوض و عرف:** چنان که بیان شد، تعیین مقدار مهر به تراضی طرفین واگذار شده است و آنان می‌توانند خود عهده‌دار تعیین مهر شوند یا به تراضی، شخص ثالثی را برای این منظور معین کنند؛ مانند این که ضمن نکاح شرط شود که تعیین مقدار مهر بر عروس یا داماد است. در این صورت، داوری که برای تعیین مهر انتخاب می‌شود، در این راه آزاد است و می‌تواند هر مقدار که صلاح می‌داند، مهرالمسمی تعیین کند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۴۰). ولی اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود، زن نمی‌تواند بیش از آنچه به طور معمول برای امثال او مهر تعیین می‌کنند، نظر بدهد (همو، ص ۱۴۱). البته از دیدگاه فقهای بزرگوار زن نمی‌تواند بیش از مهرالسنه را به عنوان مهر قرار دهد (مکی، ۱۴۱۲ هـ، ص ۱۷۰).

پس در این مورد نیز عرف، نقش مؤثر در میزان مهر دارد؛ زیرا عوامل اجتماعی در دیدگاه کسی که میزان مهر را تعیین می‌کند، نقش به‌سزایی دارد.

**- مهرالمثل و عرف:** منظور از مهرالمثل مالی است که مانند آن زن از نظر نسب، سن، عقل، توانگری و موارد دیگر بدان تمایل دارند (جبعی عاملی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۶). بنابراین میزان مهرالمثل بر حسب حال زن و داوری عرف معین می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۴۹).

فقه‌های بزرگوار در مورد میزان مهرالمثل به صراحت دیدگاه عرف را مورد نظر قرار داده‌اند. چنان که گفته شده: در میزان مهرالمثل، موقعیت زن از نظر ویژگی‌های شخصی و اجتماعی و عادت زنان همتای او بررسی می‌شود (طباطبایی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۱۵۰). بدین معنی که عواملی را باید معیار قرار داد که در تعیین مهرالمثل در عرف دخالت دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۲).

بنابراین آنچه موجب توجه و مایه رغبت مردم در عرف است، در تعیین مهرالمثل مورد عنایت قرار می‌گیرد، و اختصاص به عناوین خاصی ندارد (محقق داماد، ۱۳۷۶، ص ۲۵۶). در پاسخ به این پرسش که اگر مهرالمسمی در عقد ذکر نشده باشد، و مرد هدیه‌ای به زن تقدیم کند، آیا آن هدیه مهر خواهد بود یا نه؟ بیان شده است که نخست باید به عادت نگاه کرد، اگر معمولاً قبل از همبستری مهر را می‌دهند، مانند زمان سابق، آن هدیه مهر است، و اگر قبل از همبستری چنین نمی‌کنند، مانند زمان کنونی، این هدیه مهر نیست (همو، ص ۱۶۵). ملاحظه می‌شود که در این‌جا هم عرف و عادت، نقش اساسی دارد.

**- مهرالمتععه و عرف:** در مواردی که مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از همبستری و تعیین مهر، زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهرالمتععه است (همو، ص ۱۵۰). در میزان مهرالمتععه، نظر مشهور توجه به موقعیت اقتصادی مرد است که متناسب با آن، هدیه‌ای نیکو به زن بدهد (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳۱، ص ۱۱۶). در این مورد نیز عرف نقش تعیین‌کننده دارد (جبعی عاملی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۶). دلیل این حکم، آیه شریف قرآن کریم است (بقره، ۲۳۶)، که در آن واژه «بالمعروف» آمده است، و

گفته شده معروف به معنای چیزی است که نزد اهل عقل و مروت شناخته شده است (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۰۵).

### ب - نفقه و نقش عرف در تبیین آن

نفقه، دیگر حق مالی زن است که پرداخت آن از وظایف مرد در زندگی خانوادگی است. در این مورد فقر و احتیاج زن شرط نیست، و زن بر شوهر حق نفقه دارد اگرچه از بی نیازترین مردم باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۵۶۹). نفقه عبارت است از تأمین هزینه‌ی زندگی کسی، آن گونه که به طور معمول به آن نیازمند است، از قبیل هزینه‌ی خوراک، پوشاک، مسکن و سایر نیازمندی‌های زندگی (فیض، ۱۳۸۱، ص ۳۹۰).

در شرع، مقداری برای نفقه ذکر نشده است. بعضی از فقهای بزرگوار موقعیت اقتصادی زن و مرد، هر دو را ملاک تعیین مقدار نفقه دانسته‌اند (مغویه، ۱۳۷۷، ص ۳۹۱). گروهی دیگر موقعیت مالی مرد را ملاک دانسته‌اند (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۱۹) و در این مورد به آیه شریف قرآن کریم استناد کرده‌اند که انفاق فرد توانگر را به نسبت دارایی او و انفاق فرد تنگ‌روزی را به همان نسبت واجب دانسته است (طلاق، ۷). بنابراین ملاک نیاز زن است، از لحاظ کمیت نیز عرف و عادت در شهر محل سکونت زن، و آنچه او به آن عادت دارد و معمول اوست، مورد توجه قرار می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۵۶۱-۵۶۲). با توجه به آنچه بیان شد، در صورتی که شرایط وجوب پرداخت نفقه محقق گردد، میزان و چگونگی پرداختش به نظر عرف بستگی دارد، و فقهای بزرگوار به صراحت این مطلب را بیان کرده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ هـ ج ۱، ص ۴۳۹). البته بعضی از ایشان تبعیت از عادت امثال آن زن در شهرش را ذکر نموده‌اند (مکی، ۱۴۱۲ هـ ص ۱۷۷). به گونه‌ای که گفته‌اند اگر زن از افرادی است که به طور معمول خادم دارند، یا بیمار است، گرفتن خادم نیز جزء نفقه او و بر عهده مرد است. صاحب کنز‌العرفان در این مورد می‌گوید: بر اساس نظر شیعه، وسائل مورد نیاز زن باید تابع عادت امثال

آن زن از نفقه محسوب شود؛ زیرا در قرآن کریم آمده است که نباید به زن ضرری وارد شود (طلاق، ۶). و اگر حال مرد را در نظر بگیریم شاید سبب ضرر زن شود چرا که ممکن است زن توانا باشد و مرد ناتوان (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۲۰). البته باید توجه داشت که معیار نیاز نیز به عرف بستگی دارد. بسا مواردی که از نظر بعضی افراد از ارقام مورد نیاز به شمار آید در حالی که نزد دیگری نیازی به آن احساس نشود. بنابراین، داوری عرف درست، مبین نفقه از نظر کمی و کیفی است.

### یافته‌های پژوهش

از پژوهش صورت گرفته، نتایج زیر به دست می‌آید:

- ۱- عرف به صراحت از ادله استنباط احکام شمرده نشده است، اما نقش مؤثری در طریق استنباط حکم و تحول بسیاری از موضوعات اجتماعی دارد.
- ۲- منظور از عرف، به عنوان یک عامل اساسی در احکام فقهی، عرف سالم است که منافاتی با اصول شرع نداشته باشد، بنابراین عرف و عادات‌های نادرست نه تنها نمی‌توانند در احکام شرعی مؤثر باشند، بلکه از طرف شرع مقدس مورد نکوهش قرار گرفته‌اند، و همچنان که عرف درست می‌تواند راهگشا باشد، عرف نادرست می‌تواند مشکل‌آفرین باشد.
- ۳- در میان مباحث فقهی، مسائل خانواده و احکام مربوط به همسران بیشترین تأثیر را از عرف گرفته‌اند. زیرا حکم عام قرآنی، معاشرت بر اساس معروف را بر تمامی حقوق همسران سایه گستر کرده است.
- ۴- حقوق غیرمالی همسران که شامل داشتن روابط و رفتارهای متعارف با یکدیگر است، همچنین حقوق جنسی، بر اساس عرف تعیین می‌شوند. همچنین تعیین حقوق مالی زن که شامل مهر و نفقه است به عهده‌ی عرف است. این مطلب در آموزه‌های شرعی به صراحت بیان شده است. تنها در مورد تعیین مهرالمسمی، ملاک رضایت همسران است، که آن نیز متأثر از عرف اجتماعی زمان و مکان ایشان است.

## منابع و مأخذ

- ✓ **قرآن کریم**
- ✓ ابن تراب، مریم، **حقوق زن در خانواده**، تهران، دانشگاه الزهراء، ۱۳۸۱، چاپ اول
- ✓ ابن منظور، محمد، **لسان العرب**، دار الاحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۸هـ  
۱۹۸۸م، چاپ اول
- ✓ اصغری، محمد، **عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق**، تهران، اطلاعات، ۱۳۸۶، چاپ اول
- ✓ امامی، حسن، **حقوق مدنی**، تهران، اسلامیة، ۱۳۸۶، چاپ نوزدهم
- ✓ انیس، ابراهیم و دیگران، **المعجم الوسیط**، تهران، ناصر خسرو، بی تا، چاپ دوم
- ✓ بندرریگی، محمد، **فرهنگ جدید عربی، ترجمه فارسی منجد الطلاب**، تهران، اسلامی، ۱۳۷۱، چاپ هشتم
- ✓ پاینده، ابوالقاسم، **نهج الفصاحه**، تهران، جاویدان، ۱۳۶۹، چاپ بیست و دوم
- ✓ جبعی عاملی، زین الدین، **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه**، بی جا، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۳، چاپ هشتم
- ✓ **مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام**، بی جا، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶هـ چاپ اول
- ✓ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **حقوق خانواده**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، چاپ چهارم
- ✓ **فن استدلال منطق حقوق اسلام**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲
- ✓ **مقدمه عمومی علم حقوق**، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴، چاپ دهم
- ✓ حر عاملی، محمد، **وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، تهران، کتاب فروشی اسلامیة، ۱۳۶۷، چاپ ششم

- ✓ حکیم پور، محمد، **حقوق زن در کشاکش سنت و تجدد**، تهران، نغمه نواندیش،  
۱۳۸۲، چاپ اول
- ✓ حلی، جعفر، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، تهران، استقلال،  
۱۴۱۲هـ - ۱۳۷۰، چاپ سوم
- ✓ سلجوقی، محمود، **حقوق بین الملل خصوصی**، تهران، میزان، ۱۳۸۶، چاپ  
چهارم
- ✓ سیوری، مقداد، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، تهران، مرتضوی، ۱۳۶۹
- ✓ صدر، محمدباقر، **دروس فی علم الاصول**، قم، مؤسسه النشر الاسلامی،  
۱۴۲۱هـ چاپ ششم
- ✓ صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، **حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن**، تهران،  
انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، چاپ پنجم
- ✓ طباطبایی، علی، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، بیروت،  
دارالهادی، ۱۴۱۲هـ - ۱۹۹۲م، چاپ اول
- ✓ طباطبایی، محمدحسین، **تفسیر المیزان**، ترجمه محمدباقر موسوی همدانی،  
قم، دارالعلم، بی تا
- ✓ طبرسی، فضل، **مجمع البیان**، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی،  
۱۴۰۳هـ
- ✓ عظیم زاده اردبیلی، فائزه، «**مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام  
حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم**»، تهران، ندای صادق، بهار و تابستان ۱۳۸۷
- ✓ علیدوست، ابوالقاسم، **فقه و عرف**، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه  
فرهنگ اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵، چاپ دوم
- ✓ فیض، علیرضا، **مبانی فقه و اصول**، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ  
دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، چاپ سیزدهم

- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی خانواده*، تهران، انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۸، چاپ پنجم
- ✓ — *کلیات حقوق، نظریه عمومی*، تهران، انتشار، ۱۳۷۹، چاپ اول
- ✓ — *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، تهران، انتشار، ۱۳۸۵، چاپ چهل و هفتم
- ✓ — *فلسفه حقوق*، تهران، بهنشر، ۱۳۶۵، چاپ دوم
- ✓ کرکی، علی، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) للاحیاء التراث، ۱۴۱۱ هـ ۱۹۹۱ م، چاپ اول
- ✓ گلدوزیان، ایرج، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران، میزان، ۱۳۸۴، چاپ دوازدهم
- ✓ محقق داماد، مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن*، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۷۶، چاپ ششم
- ✓ مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۱، چاپ اول
- ✓ مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، تهران، مؤسسه الصادق للطباعه و النشر، ۱۳۷۷، ۱۹۹۸ م، چاپ چهارم
- ✓ مقری فیومی، احمد، *المصباح المنیر و غریب الشرح الکبیر للرافعی*، بی‌جا، دارالفکر، بی‌تا
- ✓ مکی، محمد، *الدروس الشریعه فی فقه الامامیه*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ ۱۳۸۳
- ✓ — *اللمعه الدمشقیه*، قم، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۱۲ هـ
- ✓ مهریزی، مهدی، *فقه پژوهشی*، تهران، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۲

- ✓ موسوی بجنوردی، محمد، *مجموعه مقالات فقهی حقوقی فلسفی و اجتماعی*، تهران، پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی معاونت پژوهشی، ۱۳۸۴، چاپ اول
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، *انوار الهدایه فی التعلیقہ علی الکفایه*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۲، چاپ اول
- ✓ — *تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹، چاپ هجدهم
- ✓ میرشمسی، فاطمه، *مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه*، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۰، چاپ اول
- ✓ ناصری، محمد، *مبانی فقهی حقوق مدنی ایران*، قم، مجمع ذخائر اسلامی، ۱۳۸۴، چاپ اول
- ✓ نجفی، محمد حسن، *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۶، چاپ دوم
- ✓ واسعی، محمد، *جایگاه عرف در فقه*، تهران، کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۵، چاپ اول