Bi-quarterly Scientific Journal of Family Law and Jurisprudence Journal
Vol. 30, No. 82/ Spring & Summer 2025
Research Article

Rule-Making Custom and its Effect in Limiting the will with Emphasizing Family Rights[1]

Hosein Javar[2] Mohaddeseh OsouliYamchi[3] Mohammad Ashaiery Monfared[4]

Doi:
10.30497/flj.2025.246807.2061

Abstract

Custom may be the source of obligations and commitment in the field of creating rules, in addition to explaining and removing ambiguity from issues. "Scope of obligations", "degree" and "binding conditions of custom" and its relationship with the common and customary, as well as its conflict with regulations are important questions in the field of rule-making custom (research issue). Despite the wide scope of application of rule-making custom, due to the lack of sufficient study resource, there are many ambiguities in front of it (the necessity of research). In the light of the analysis of the content of the provisions of the custom and determining the demarcation between the types of custom and paying attention to the hierarchy of the rules (processing method) it becomes clear, aside with the criterion of being known (the material element) and its dynamism and flexibility, in the requirements related to behaviors, foundations and common and customary orders, it is necessary to include rationality and the absence of legal and religious prohibitions in it. Therefore, the provisions of the rule-making custom, if it would be optional, take precedence over the supplementary laws, and its rank is after the mandatory rules and contracts. Such a custom is objectionable and an agreement contrary to it is possible, and if the rule-making custom is mandatory, it takes precedence over the contracts and wills of individuals. Such custom is not objectionable and an agreement to the contrary is not possible. Some examples of arbitrary custom are rejected. . In case of a conflict between optional or mandatory custom with mandatory laws and Shari'a rulings, the case is considered as an example of a rejected custom. Of course, if the subject custom is according to the law, its handling will also be within the supervisory jurisdiction of the Supreme Court (research achievements).

Keywords: Create a commitment, rational concentration, Mandatory rule- making custom, optional rule- making custom, subjective custom, conventional, customary.

---

1. The present article is extracted from a level four dissertation in family jurisprudence titled *"The Application of the Principle of Respect in Family Law"* at Masoumeh Higher Education Institute in Qom.

2. (Corresponding Author) Associate Professor of Private Law Department, College of Farabi, University of Tehran, Tehran, Iran. hjavar@ut.ac.ir
3. Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. m.osouli114@yahoo.com
4 . Associate Professor of Translation Department, Complex of Language, Literature and Cultural Studies, Al-Mustafa International University, Qom, Iran. m_ashayeri@miu.ac.ir

دوفصلنامهٔ علمی فقه و حقوق خانواده / *مقالهٔ پژوهشی* / دورهٔ ۳۰، شمارهٔ ۸۲ / بهار و تابستان ۱۴۰۴/ صص: ۳۵ ـ ۵

عرف حکمی و اثر آن در تحدید اراده با تأکید بر حقوق خانواده[۱]

حسین جاور*[۲]
تاریخ دریافت: ۱٤۰۳/۵/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱٤۰۳/۸/۱۹
محدثه اصولی یامچی[۳]
محمد عشایری منفرد[٤]
Doi: 10.30497/flj.2025.246807.2061

چکیده

عرف ممکن است درکنار تبیین و رفع ابهام از موضوعات، در ساحت حکمی، منشأ الزام و تعهد باشد. دایرهٔ تعهدات، درجه و شرایط الزام‌آوریِ عرف، و نسبت آن با معروف و متعارف و نیز موقعیت نهادیِ آن در فرض تعارض با مقررات، از پرسش‌های مهم در ساحت عرف حکمی (قاعده‌ساز) است. به‌رغم گسترهٔ چشمگیر کاربست عرف حکمی، به‌دلیل نبودِ منابع مطالعاتیِ کافی، ابهام‌های فراوانی پیش‌رِوی آن قرار دارد و درپرتو تحلیل محتوای مضامین عرف، تعیین مرزبندی بین اقسام عرف و توجه به سلسله‌مراتب قواعد (روش پردازش) معلوم می‌شود درکنار معیار شناخته‌بودن (رکن مادّی) و پویایی و انعطافی که دارد، در الزام‌های مربوط به رفتارها، بناها و دستورهای رایج و مرسوم، لازم است پسند عقلایی و عدم ردع و منع قانونی و شرعی در آن لحاظ شود؛ از این روی، مُفاد عرف حکمی، اگر ازنوع تخییری باشد، بر قوانین تکمیلی تقدم دارد و رتبهٔ آن بعداز قواعد امری و قرارداد است. چنین عرفی اعراض‌پذیر و توافق برخلاف آن ممکن است و اگر عرف حکمیِ آمره باشد، بر قراردادها و اراده‌های اشخاص، مقدّم خواهد بود. این عرف، اعراض‌پذیر نیست و توافق برخلاف آن، غیرممکن است. درصورت تعارض عرف تخییری یا امری با قوانین امری و احکام شرعی، مورد از مصادیق عرف تخطئه‌شده و مردود به‌شمار می‌آید؛ البته عرف موضوعی هم اگر به‌موجب قانون در امور معیّن، حاکم قرارداد داده شود، رسیدگی به آن نیز مثل عرف حکمی در صلاحیت نظارتیِ دیوان عالی کشور خواهد بود.

کلید واژه‌ها: ایجاد الزام، ارتکاز عقلایی، عرف حکمیِ آمره، عرف حکمیِ تخییری، عرف موضوعی، متعارف، معروف.

---

۱. مقالهٔ حاضر، مستخرج از رسالهٔ سطح چهارِ فقه خانواده با عنوان «*کاربست قاعدهٔ احترام در حقوق خانواده*» در مؤسسهٔ آموزش عالی معصومیهٔ قم است.

۲. (نویسندهٔ مسئول) دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.
hjavar@ut.ac.ir
۳. دانش‌پژوه سطح چهارِ فقه خانواده مؤسسهٔ آموزش عالی معصومیه، قم، ایران. m.osouli114@yahoo.com
٤. دانشیار گروه مترجمیِ مجتمع زبان، ادبیات و فرهنگ‌شناسی جامعة المصطفی العالمیة، قم، ایران.
m_ashayeri@miu.ac.ir

مقدمه

قراردادها معمولاً حقوق، تعهدات و الزاماتی را برای طرفین و حتی اشخاص ثالث ایجاد می‌کنند که منشأ اصلی آن‌ها ارادهٔ دو طرف یا حکم قانون‌گذار (شارع) است؛ درعین حال، ممکن است قانون یا طرفین رابطه، حدود تعهدات و الزامات را کاملاً روشن نکرده باشند؛ همچنین گاه به‌رغم روشن‌بودن الزامات و تعهدات، در نحوهٔ مواجهه با موضوع احکام و الزامات، ابهام‌ها و اشکال‌هایی وجود دارد یا ابهام‌ها و اختلاف‌هایی در نحوهٔ تفسیر و تبیین ابعاد موضوعی دیده می‌شود. در اینجا پرسش‌هایی بدین شرح مطرح می‌شود: اولاً راهکار برون‌رفت از ابهامات موضوعی و روش صحیح برای تحلیل و تبیین جنبه‌های موضوعیِ قرارداد، چیست؟ ثانیاً آیا جز حکم قانون و توافق طرفین، منشأ دیگری برای الزامات و تعهدات دو طرف وجود دارد؟ به دیگر سخن، آیا عرف درقلمرو تعهدات الزام‌آور ناشی از قرارداد، مؤثر است و می‌تواند دایرهٔ تعهدات الزام‌آور ناشی از قرارداد را توسعه دهد یا محدود کند؟ اگر چنین خاستگاهی وجود دارد، تأثیر و الزام‌آوریِ آن تا چه حد است؟

در روابط اشخاص و حقوق و تکلیف ناشی از ارتباط‌های اجتماعی آنان دو جهت مهم وجود دارد: یکی جهت حکمی و دیگری جهت موضوعی. ساحت احکام اصولاً و به‌طور مرسوم در صلاحیت قانون‌گذار (شارع) است و جهات موضوعی هم به‌گونه‌ای هستند که جز در موضوعات مستنبَطه که خود قانون‌گذار، عهده‌دار بیانشان شده است، مشمول دخالت قانون‌گذار نمی‌شوند. عرف موضوعی در تبیین موضوعیِ احکام، معانی الفاظ و دلالت رفتارها، ویژگی اشیا و افراد و نظایر آن، نقشی مهم ایفا می‌کند. در نسبت‌به جهات حکمی هم اگر مضمون عرف، ناظر به تعهدات اشخاص و همراه با نوعی التزام باشد، عرف حکمی (قاعده‌ساز) شکل می‌گیرد.

اصطلاح «حکمی» در ترکیب «عرف حکمی»، معنایی ویژه دارد. مضمون حکمی ممکن است مانند مضمون‌های قانونی ازنوع آمره یا تخییری باشد؛ به‌علاوه، ممکن است حسب مورد، در تنافی با مقررات امری یا تخییری قرار گیرد که باید حکم هر صورت درپرتو

تحلیل مناسب و درقبال ارادهٔ صریح و ضمنیِ اشخاص، سنخ مقررات و نیز مقررات بالادستی سنجیده شود.

عمل‌کردن به معروف را می‌توان یک اصل فقهی و حقوقی به‌شمار آورد و از آن به‌عنوان یک اصل ثابت و حاکم بر روابط و ضابطه و ملاکی برای تعیین و تشخیص تکلیف‌ها و الزام‌های اشخاص استفاده کرد؛ همان‌گونه که در تبیین و تفسیر قوانین دیگر نیز می‌توان از آن بهره گرفت (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹)؛ از این روی، اصل معاشرت به معروف، قاعده‌ای کارآمد برای زندگی اجتماعی است و صرفاً به روابط خانوادگی اختصاص ندارد (طباطبایی، ۱۳۸۵، ج ٤، ص ٤٠٤). برای اینکه امری معروف و شایستهٔ حمایت باشد، باید شرایطی داشته باشد. درپی حصول شرایط و نقض مُفاد آن می‌توان واکنش مناسب را ازطرف جامعه و نظام حقوقی انتظار داشت. به‌صورت خاص، در حقوق خانواده، عرف، معروف و متعارف، هم در جنبه‌های موضوعی و هم در جهات حکمیِ حقوق و تکالیف اشخاص و ازجمله خانواده، نقش‌آفرین است.

در بحث عرف حکمی، دو نکتهٔ مهم باید مدّنظر قرار گیرد: نخست، آنکه عرف، مفهومی درکنار شرع مقدس و درعرض آن پنداشته نشود؛ زیرا درواقع، الزام‌های عرفی درطول نظر شارع مقدس (اصطلاحاً منطقة الفَراغ) و جایی هستند که شارع، حکمی ندارد یا درقلمرو برخی احکام، تجویزهایی برای پذیرش عرف می‌توان یافت[1]؛ دوم، آنکه در فرض تنافی عرف حکمی با احکام امریِ شرعی و نیز قواعد و احکام امریِ قانونی، عرف، مردود است و تخطئه می‌شود.

در این نوشتار، نخست، مفاهیم عرف و معروف، و قاعدهٔ عرف و سپس عرف حکمی و موضوعی، اقسام عرف حکمی و اثر آن بر نفوذ اراده را با تأکید بر مصادیق حقوق خانواده بررسی خواهیم کرد.

۱. مفهوم‌شناسی «عرف»، «معروف» و قاعدهٔ عرف

در آغاز بحث، لازم است معنای لغوی و اصطلاحی واژه‌های «عرف» و «معروف»،

---

۱. برای مشاهدهٔ موقعیت استقلالی عرف و نقد دیدگاه‌ها در این حوزه ر.ک: علی‌دوست، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۷–۲۱۲.

ویژگی‌های امور معروف و جایگاه قاعدهٔ عرف را تبیین و بررسی کنیم.

۱-۱. معنا و مفهوم «عرف»

واژهٔ «عرف» در لغت، عبارت است از چیزی که بین مردم، رایج و شناخته‌شده باشد؛ مانند آداب‌ورسوم (ابن‌فارس، ١٤٠٤ق، ج ٤، ص ٢٨١؛ دهخدا، ١٣٥٨، «عرف»). در تعریفی مختصر و مفید می‌توان گفت عرف یعنی کیفیتی که درگذر زمان و به‌صورت طبیعی شکل می‌گیرد و شناسایی آن، چندان نیازمند به جست‌وجو نیست. برای دستیابی به مفهوم اصطلاحیِ عرف باید انواع آن را به‌درستی بشناسیم. انواع عرف را به‌اعتبار متعلَّقات آن، درقالب دو دسته بدین شرح می‌توان بررسی کرد:

الف) مفهوم عرف در ساحت الفاظ:

گاه متعلَّق عرف به متفاهم از الفاظ، عبارات و تفسیر آن مربوط است. در این قسم، ملاک، انس ذهنی و ارتکاز عرفی است و در این صورت، عرف به ساحت فهم و برحسب مورد، به درک و تشخیص صنفی، نوعی و عمومی مربوط می‌شود. برخی فقیهان از این‌گونه عرف به «استظهار کلامی و گفتاری» تعبیر کرده‌اند (صدر، ١٣٩٥ق، ص ١٦٨؛ خرازی، ١٣٧٤، ص ١٥٢) که به ارادهٔ گویندهٔ کلام مربوط می‌شود و می‌توان آن را با استفاده از تعبیر «فهم رایج» شناسایی و معرفی کرد. تعبیر مادهٔ ٢٢٤ قانون مدنی را که به‌موجب آن، «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه»، درزمرهٔ همین قسم از عرف می‌توان ارزیابی کرد. درواقع، این قسم از عرف به معانی عرفی و فهم رایج، مربوط می‌شود و از اثبات شیوع این فهم می‌توان در تبیین و تفسیر الفاظ و هر چیزی که قائم‌مقام لفظ باشد (مثل کتابت و اشاره)، استفاده کرد. تمام موارد این قسم از عرف در عرف موضوعی داخل می‌شود.

ب) مفهوم عرف درحوزهٔ تلقی‌ها، رفتارها و بِناها:

گاه متعلَّق عرف به «رفتارها و بناها نسبت‌به انجام کاری یا ترک آن» مربوط می‌شود (خرازی، ١٣٧٤، ص ١٥٢) و می‌توان آن را درقالب دستورها و رویه‌های رایج و مرسوم شناسایی و معرفی کرد. این رویه‌ها ممکن است ناظر به شیوهٔ شناسایی موضوعات باشد (عرف

موضوعی) یا به دستورها و دستورالعمل‌ها و بناگذاری اشخاص در مناسبات و معاملات افراد جامعه مربوط شود (عرف قاعده‌ساز). مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی را که به‌موجب آن، «متعارف‌بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به‌منزلهٔ ذکر در عقد است»، درزمرهٔ همین قسم از عرف می‌توان ارزیابی کرد. نسبت عرف و عادت ازقبیل «إذا اجتَمَعا، إفتَرَقا وَ إذا افتَرَقا، إجتَمَعا» است؛ بدان معنا که وقتی این دو مقوله با هم در یک عبارت، به‌کار روند، در معنا تفاوت می‌یابند. عرف به‌معنای رویهٔ رایج اجتماع یا گروه معیّن است که به دو صورت خاص و عام بروز می‌کند. عادت نیز به‌معنی اخص، به رویه و عادت رفتاریِ یک یا چند شخص معیّن اطلاق می‌شود؛ اما اگر عادت به‌تنهایی به‌کار رود، به‌معنای اعم‌از عرف و عادت (به‌معنی اخص) نیز کاربرد دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۲۲). در مادهٔ ٦٧٦ قانون مدنی، یکی از کاربردهای این نکته به‌خوبی نشان داده شده است. به‌موجب این ماده، «حق‌الوکالهٔ وکیل، تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت‌به حق‌الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است. اگر عادت مسلّمی نباشد، وکیل، مستحق اجرت‌المثل است».

۱-۲. مفهوم «معروف» در خانواده، بایسته‌ها و اوصاف آن

پس‌از شناسایی مفهوم «عرف»، لازم است مفهوم «معروف» تبیین و سپس بایسته‌های امور معروف و اوصاف آن معرفی شود. در ادامه، بحث را ذیل این دو عنوان پی می‌گیریم:

۱-۲-۱. مفهوم «معروف» در خانواده

در *قرآن کریم*، در موارد متعددی به معروف امر شده است؛ مانند: «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالمَعروف» (نساء، ۱۹)؛ یعنی: و با آنان به[شیوهٔ] معروف معاشرت کنید؛ همچنین: وَ لَهُنَّ مِثلُ الَّذی عَلَیهِنَّ بِالمَعروف وَ لِلرِّجالِ عَلَیهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللهُ عَزیزٌ حَکیمٌ (بقره، ۲۲۸)؛ یعنی: «و مانند همان [وظایفی] که برعهدهٔ زنان است، به‌طور شایسته به‌نفع آنان [برعهدهٔ مردان] است و مردان بر آنان درجهٔ [برتری] دارند و خدا عزیز و حکیم است». در روایات و همچنین کلمات فقیهان (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ٦، ص ٤؛ شهید ثانی، ١٤١٠ق، ج ٥، ص ٤٦)، مفسران (طباطبایی، ۱۳۸۵، ج ٤، ص ٤٠٤)، حقوق‌دانان (امامی، ١٣٧٤، ج ٤، ص ٤٣٠) و برخی مستندات قانونی هم به عرف و معروف ارجاع داده شده است؛ مثلاً عمل‌کردن به معروف در مراحل طلاق ازجمله

درخصوص اعطای بهرهٔ مالی به زن هنگام وقوع طلاق[1] به‌منظور رعایت جانب کرامت انسانی صورت می‌گیرد که به‌نظر برخی به‌نحو استحباب، تمام زنان مطلّقه را شامل می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ۲۵۹) و برخی نیز آن را درخصوص زنان بدون مَهریه، واجب دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷٦، ج ۲، ص ۲۱۵). این بهرهٔ مالی که از آن تحت عنوان «متاع معروف» یاد شده، به‌نوعی تکریم زن به‌منظور رفع نیازمندی‌های ضروری اوست. در آیهٔ ۲۳٦ سورهٔ بقره نیز درخصوص پرداخت مَهر المتعه به زن مطلّقه، از عبارت «متاع معروف» استفاده شده است که یعنی آنچه مرد با ملاحظهٔ توان اقتصادی خود به زن می‌پردازد؛ به‌گونه‌ای که نیاز وی را برطرف کند؛ والّا عنوان احسان بر عمل مرد صدق نخواهد کرد.

علاوه‌بر آنچه گفتیم، درخصوص رفتار با زن بعداز بازگشت به زناشویی نیز مردان به رفتار معروف امر شده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ۲۵٦)؛ مانند اینکه هدف مرد از رجوع به زن، اذیت و آزار او نباشد (طبرسی، ۱٤۱۵ق، ج ۳، ص ۱۰)؛ نه چنان‌که برخی مردان صرفاً با انگیزهٔ آزاردادن و اذیت‌کردن زن، به نگهداری وی یا رجوع به او اقدام می‌کنند و هیچ‌گونه قصد خیر برای حفظ زندگی مشترکشان ندارند.

۱-۲-۲. بایسته‌ها (معیارها) و اوصاف امور معروف درقلمرو خانواده

بعداز شناسایی حدود کلی عرف و معروف، لازم است اوصاف معروف نیز شناخته شود. درخصوص این مسئله که چه مشخصاتی در عرف لحاظ می‌شود، معیارهای متعددی وجود دارد که در اینجا مهم‌ترین موارد آن‌ها را بررسی می‌کنیم.

درمیان بایسته‌های مطرح‌شده، «معیار شناسایی‌شده و انکارنشده»، برجسته‌ترین ملاک است که با «شناسایی و انس افکار عمومی جامعه» تعریف می‌شود. به‌عقیدهٔ برخی صاحب‌نظران، «عرف، هر امری است که مردم در مجتمع خود، آن را بشناسند و آن را انکار نکنند» (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ٤، ص ٤۰٤) و «معروف، آن است که افراد جامعهٔ انسانی آن را می‌شناسند؛ بدون آنکه

---

۱. «وَ لِلمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالمَعروفِ حَقًّا عَلَی المُتَّقینَ» (بقره، ۲٤۱)؛ یعنی: «و فرض است بر مردان پرهیزکار که زنان طلاق‌داده‌شده را به‌شایستگی، چیزی دهند».

نسبت‌به آن، جاهل باشند یا آن را انکار نمایند» (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٤، ص ٢٥٥)؛ به‌نحوی که «انسان‌ها آن را با ذوق اجتماعی درک می‌کنند» (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٤، ص ٢٣٢) و نفس با آن آرامش می‌گیرد؛ زیرا طبع آدمی به‌گونه‌ای است که درصورت انکارکردن هر چیز، از آن وحشت می‌کند و به‌صورت طبیعی از آن دور می‌شود (ابن‌فارس، ١٤٠٤ق، ج ٤، ص ٢٨١)؛ بنابراین، یکی از وصف‌های معروف این است که معروف در جامعه، مجهول نیست، مردم آن را می‌شناسند و وقتی با امر به معاشرت ضمیمه می‌شود[1]، بدان معناست که باید با زنان به‌صورت مرسوم و عرف معاشرت کرد (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٣، ص ١٢٤).

با توجه به اینکه خداوند متعال در *قرآن کریم*، معروف را در نحوهٔ معاشرت دخالت داده است (مهریزی، ١٣٩٠، ص ٢٥٩)، به‌نظر نمی‌رسد در اینجا به‌دست‌دادن معیاری مستقل درعرض دیگر معیارها موردنظر باشد. درواقع، آنچه انکار شود، در همان مرحلهٔ شناخته‌شدن که رکن تشکیل عرف به‌شمار می‌آید، بازمانده و به مرحلهٔ استقرار و شیوع نرسیده است تا بتوان دربارهٔ اوصاف و آثارش گفت‌وگو کرد.

«پسندیده‌بودن (ستایش‌شدن) نزد عقلای جامعه» از دیگر معیارهاست. در این حوزه، پرسشی بدین شرح مطرح می‌شود که آیا پسندیده‌بودن از اوصاف عرف است یا خیر. برسر این مطلب، بین نویسندگان، اختلاف‌نظر وجود دارد.

به‌نظر برخی (طبرسی، ١٤١٥ق، ج ٤، ص ٥١٢)، پسندیده‌بودن و تأیید عقلی و اطمینان نفسانی از مُفاد آن، از اوصاف عرف به‌شمار می‌آید و چون روش عموم مردم و سیرهٔ عقلای جامعه است (طبرسی، ١٤١٥ق، ج ٣، ص ٦٣٤)، از مصلحت‌اندیشی سرچشمه می‌گیرد و برای حفظ فرد و جامعه نظم و سامان یافته است (صدر، ١٣٩٥ق، ص ١٦٨)، عرف‌های رایج و درعین حال، ناپسند را دربر نمی‌گیرد؛ از این روی، به‌عقیدهٔ برخی اندیشمندان:

> چون خداوند به انجام عرف امر کرده است (اعراف، ٩٩) [و عقلاً نمی‌توان به عرف ناپسند امر کرد]، هر عرفی را شامل نمی‌شود؛ بلکه عرفی مراد است که عقل

---

۱. «وَ عاشِروهُنَّ بِالمَعروفِ» (نساء، ١٩).

سلیم بر آن صحه گذارد؛ پس منظور از عرف عملی، عقلاً عرفی است که از سرشت و طبیعت سالم افراد آن جامعه سرچشمه گرفته باشد؛ به بیان دقیق‌تر، معروف، همان میل و گرایش تودهٔ مردم یک اجتماع است؛ لکن اجتماعی که از سلامت فطری برخوردار است و مردم آن در محدودهٔ احکام فطری و وجدانی زندگی می‌کنند؛ از همین روی، وقتی شریعت به معروف توصیه می‌کند، به عادت‌های پسندیدهٔ مردم مسلمان که از عقل اجتماعی آنان سرچشمه گرفته، نظر دارد. برپایهٔ این شرط، بسیاری از عرف‌های قبیح و زیان‌آور که عقل عملی، آن‌ها را نمی‌پذیرد، در شناسایی معروف در جامعه هیچ نقشی نخواهند داشت (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

در ادامه، این دانشمند برجسته می‌افزاید: «معروف ازنظر اسلام، کاری خواهد بود که هرگاه مردم راه فطرت را بپیمایند و از حدود آن تجاوز نکنند، آن را می‌شناسند» (طباطبایی، ۱۳۹٤ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

برخی فقیهان (خرازی، ۱۳۷٤، ص ۱۵۲) عرف را دارای مفهومی گسترده‌تر دانسته و معتقدند مفهوم قرارداد اجتماعی نیز بر معنای عرف اثر می‌گذارد. ازدیدگاه ایشان، عرف درواقع، نسبت‌به الفاظ، عبارات و معناشناسی، جنبهٔ استظهاری دارد و نسبت‌به اعمال و رفتار افراد جامعه، بنایی است که درمیان عموم مردم یا اقوام و جماعتی خاص به یکی از جهات فطرت، عقل، قرارهای اجتماعی، هواهای نفسانی و... به‌وجود آمده و رواج یافته است؛ بر این اساس، گروهی معتقدند عرف، دستوری است که عموم مردم میان خود وضع کرده‌اند و عمل‌کردن به آن را بر خویش لازم و مخالفت با آن را ناپسند می‌شمارند. گرچه ممکن است عمل‌کردن به این دستور، ناگوار و دشوار باشد، مخالفت با آن، موجب سرزنش‌شدن فرد می‌شود و از این روی، افراد در ارتکاب رفتارهای مخالف با عرف، نگران سرزنش‌های دیگران هستند. مُفاد عرف، گاه موافق با عقل و شرع، و سازگار با طبع است و گاه نه؛ همچنین گاه ازنظر مردم فهمیدهٔ جامعه، پذیرفتنی است و گاه برایشان قابل قبول نیست. حتی ممکن است عرف از هواهای نفسانی ناشی شده باشد (فیض کاشانی، بی‌تا، ص ۲۷۲؛ واسعی، ۱۳۸۷، ص ۱۹).

درمجموع به‌نظر می‌رسد بین این دیدگاه‌ها تفاوتی وجود ندارد. درواقع باید از یک سو، بین دو مفهوم عرف و معروف، تمایز قائل شد و از سوی دیگر، به مفهوم اعم و اخص عرف توجه کرد و مفهوم معروف را با مفهوم اخص عرف، منطبق دانست. ازمنظر فقیهان، عرف دو مفهوم دارد: یکی مفهوم اعم و دیگری مفهوم اخص. در مفهوم اعم، عرف مقبول، ممدوح و عقلایی درکنار عرف مردود و مذموم قرار می‌گیرد؛ اما عرف به‌معنی اخص، صرفاً گونهٔ ممدوح، مقبول و عقلایی را شامل می‌شود؛ از این روی، معروف و عرف به‌رغم داشتن قرابت معنایی با یکدیگر مترادف نیستند و نوعی رابطهٔ عموم‌وخصوص بینشان وجود دارد؛ بدین ترتیب، در موردی که مضمون عرف، پسندیده باشد، عرف و معروف بر هم منطبق می‌شوند و بر این اساس، برخی لغت‌شناسان در بیان مفهوم معروف گفته‌اند: «معروف، هر چیز خیری است که نفس به آن، شناخت پیدا کند» (ابن‌منظور، ١٤١٤ق، ج ٤، ص ٢٣٩).

از دیگر اوصاف عرف مستند و محل توجه در احکام شرعی، آن است که ازسوی شارع ردع و منع نشده باشد. به‌گفتهٔ برخی حقوق‌دانان:

> روش عقلا یا عرف به‌تنهایی مورداستناد در راه اثبات حکم قرار نمی‌گیرد؛ بلکه دلالت آن نسبت‌به حکم ازجهت تأیید ضمنیِ شارع نسبت‌به آن است. استقرار روش در روابط افراد جامعه از آن جهت می‌تواند دلیل اعتبار شرعی و فقهیِ آن باشد که شارع باوجود روش مزبور، آن را مردود اعلام نکرده است و همین وضعیت، تأیید ضمنیِ شارع را نسبت‌به آن اثبات می‌کند (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ٣٤٧).

درنتیجهٔ دو وصف اخیر، «معروف، اسمی است برای هر فعلی که خوبیِ آن به‌وسیلهٔ عقل و شرع شناخته شود» (راغب اصفهانی، ١٤١٢ق، ص ٥١٦).

از دیگر اوصافی که برای معروف بیان شده، انطباق آن با فطرت و جنبهٔ عقل عملیِ آن است. بین معروف و فطرت، ارتباطی تنگاتگ وجود دارد و همان‌گونه که فطرت، مبنای تشریع است، می‌تواند مبنای فضایل و سنت‌های نیکو هم قلمداد شود (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٤، ص ٤٠٥). معروف، حکمی است که از ذوق جامعه‌ای سرچشمه می‌گیرد که بر طریقهٔ فطرت بدون انحراف مشی می‌کند (طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٢، ص ٣٢٨). در این صورت،

معروف به‌لحاظ ماهیت، نوعی عرف حکمی است که از رویهٔ خردمندان، فرزانگان و فرهیختگان جامعه به‌دست می‌آید و مستقلاً و بدون نیاز به امضای شارع، حجیت ذاتی دارد (هاشمی شاهرودی، ١٤١٧ق، ج ٤، ص ٢٤٧). برپایهٔ این دیدگاه، سیرهٔ عقلا بالذات معتبر است؛ یعنی اعتبارش مبتنی‌بر دلیل دیگری نیست (طباطبایی، بی‌تا، ج ٢، ص ٢٠٦؛ طباطبایی، ١٣٩٤ق، ج ٢، ص ٣٢٨).

از دیگر اوصاف امور معروف، پویایی و انعطاف آن‌هاست. از آنجا که تأثیر عرف در تعیین معروف، طبیعتاً تأثیر دخالت عواملی مانند عقل اجتماعی، زمان و مکان را دربر دارد، عرف عقلاییِ جامعهٔ اسلامی که بنابه فرض، در اصول آموزه‌های اسلامی ریشه دارد، به بنیادی پویا برای تنظیم روابط زوجین تبدیل می‌شود. معروف در اصطلاح علم اصول، مشتق به‌شمار می‌آید و مشتق، ظهور در فعلیت دارد؛ از این روی، در مصداق‌شناسیِ معروف باید وضعیت زمان و مکان و مناسبت‌های موجود در هر قضیه را با دقت محاسبه کرد و از پویایی و انعطاف این عنوان در تطبیق با مصادیق، غافل نشد (نوبهار و حسینی، ١٣٩٤، ص ٥٧).

١-٣. مفهوم «متعارف»

مفهوم «متعارف» را ازجمله می‌توان با مجموع قیدهای توضیحی‌ای که در ادبیات فقیهان و حقوق‌دانان به‌کار می‌رود یا درکنار الفاظی که معادل یا مترادف آن محسوب می‌شود، به‌دست آورد. در ادبیاتی که در این حوزه، از متفاهم عرفی تبعیت می‌کند، متعارف به‌صورت گسترده با کلمات و عبارت‌هایی مثل «معمولی و متعادل» (جمعی از پژوهشگران، ١٣٨٩، ج ٣، ص ٦٩٩)، «معمول نزد مردم» (جمعی از پژوهشگران، ١٣٨٩، ج ١، ص ٣٧)، «امر متعارف» «معقول»، «امر رایج متعارف» (سیفی، ١٤٢٧ق، ص ١٨١)، «معهود نزد عقلا» (جمعی از پژوهشگران، ١٣٨٩، ج ٥١، ص ٢٠٥)، «فهم متعارف» (جمعی از پژوهشگران، ١٣٨٩، ج ٤٦، ص ١٥٩)، «فرد متعارف»، «معنای متعارف به‌حسب متفاهم عرفی» (روحانی، ١٤١٢ق، ج ١٧، ص ٣٨٥)، «متعارف و معتاد» و «متعارف معمولٌ‌به» (مصطفوی، ١٤٠٢ق، ج ٥، ص ٣٤) به‌کار می‌رود و متعلَّق آن، هر چیزی می‌تواند باشد؛ اعم‌از اینکه ارتکاز عقلایی و فهم رایج درقلمرو الفاظ یا عبارت یا دیگر امور موضوعی مثل کِیل متعارف، اندازهٔ متعارف (در

نفقه)، حد متعارف (در تمکین خاص یا عام)، زمان متعارف (در رعایت فوریت اعمال خیار فسخ در نکاح) باشد یا امور حکمی مثل التزام‌های متعارف در کاستن از برخی موارد نفقه در دورهٔ عقدبستگی یا متعهدنبودن زوجه در تمکین خاص در دورهٔ عقدبستگی؛ بنابراین، امر متعارف، عندالاقتضا هم می‌تواند جهت موضوعی را شامل شود و هم جهت حکمی را. اینکه سخن از تخطئهٔ عرف به‌میان می‌آید، در غالب موارد به‌جهت حکمیِ عرف انصراف دارد.

۲. مبانی قانونی ضرورت توجه به عرف حکمی و موضوعی درقلمرو خانواده

درخصوص مستند قانونی عرف حکمی در حقوق خانواده به دو دسته مقررات می‌توان اشاره کرد: نخست، موادی از قانون مدنی که در قواعد عمومی قراردادها به‌صورت عام آمده و مستند عرف حکمی قرار گرفته است؛ دوم، مقرراتی که به‌صورت خاص در حقوق خانواده می‌تواند مستندی برای حجیت عرف حکمی قرار گیرد.

دربارهٔ حاکمیت عرف موضوعی و مستندات آن، تردیدی وجود ندارد؛ مثلاً درصورت تردید در دلالت الفاظ که به جهات موضوعیِ قرارداد مربوط است، می‌توان به مادهٔ ۲۲٤ قانون مدنی اشاره کرد که به‌موجب آن، «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه». بررسی مبانی قانونی عرف حکمی باید با دقت بیشتری صورت گیرد.

در بخش قواعد عمومی قراردادها، به‌موجب مادهٔ ۲۲۰ قانون مدنی، «عقود نه‌فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید؛ بلکه متعاملین به کلیهٔ نتایجی هم که به‌موجب عرف و عادت یا به‌موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند». در این ماده، الفاظی وجود دارد که با استفاده از آن‌ها می‌توان استنادپذیری مادهٔ موردبحث را در اثبات عرف حکمی تقویت کرد. نخستین واژه ازمیان آن‌ها «نتایج» است. نتایج حاصل‌شده از قرارداد را عمدتاً درقالب تعهداتی می‌توان مشاهده کرد که متوجه دو طرف می‌شود. تعهد هم چیزی است که به‌رغم داشتن جهات موضوعی، جنبهٔ حکمی آن غلبه دارد. یکی دیگر از این قراین لفظی، فعل «ملزم می‌نماید» است. واژهٔ «ملزم»، اسم‌مفعول از مصدر «الزام» است که در درجهٔ اول، وجود حکم را نشان می‌دهد. در پایان ماده، مجدداً بر این واژه تأکید

شده است؛ بنابراین به‌نظر می‌رسد به‌موجب سیاق مادهٔ ۲۲۰ می‌توان عرف حکمی را ازجمله مصادیق عرفی دانست که عهدهٔ دو طرف قرارداد را مشغول و بدان ملتزم می‌کند و الزاماتی که منشأ عرفی دارند نیز جزو مُفاد قرارداد محسوب خواهند شد؛ بدین ترتیب، قلمرو تعهدات دو طرف قرارداد به موارد اصلی ختم نمی‌شود؛ بلکه قانون‌گذار بنابه مصالح مختلف، ممکن است تعهدات دیگری را برعهدهٔ آنان بگذارد. این بخش از تعهدات، ناشی از اختیار و ارادهٔ متعاقدین نیست؛ بلکه تحمیل آن بر دو طرف به‌لحاظ رعایت مصالحی است که با توجه به نوع قرارداد، مبنای آن الزامات تفاوت دارد. برمبنای قسمت دوم از مادهٔ ۲۲۰، تعهدات دو طرف قرارداد، ممکن است ناشی از بیان ضمنی یا صریح قرارداد و یا به‌موجب حکم قانون یا عرف باشد. تعهداتی که قانون‌گذار با عرف، خارج از موضوعات موردتوافق به آنان تحمیل می‌کند، تعهدات تبعیِ قراردادی نامیده می‌شوند.

علاوه‌بر آن، به‌موجب مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی، «متعارف‌بودنِ امری در عرف و عادت، به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به‌منزلهٔ ذکر در عقد است». در این ماده نیز قرینه‌های لفظی برای شمول ماده بر عرف حکمی وجود دارد؛ به‌ویژه، چنان‌که پیشتر نیز گفتیم، اصطلاح «متعارف‌بودن امری» در عرف و عادت، به اطلاق خود، هم امور حکمی را شامل می‌شود و هم امور موضوعی را و بلکه شمول آن بر امور حکمی براساس ارتکازی که از واژهٔ «متعارف» وجود دارد، قوی‌تر است؛ زیرا در فهم رایج، وقتی از عبارت «امر متعارف» استفاده می‌شود، رویه‌ها، رسوم و دستورهای رایج، موردنظرند. بنابر چنین تفسیری الزام‌های متعارف و رایج نیز جزو مُفاد قرارداد محسوب خواهند شد؛ بنابراین، در جایی که قرارداد به‌حسب ظاهر، بیانی ندارد و قانون‌گذار هم حکمی بیان نکرده، ممکن است عرف در رتبهٔ قاعدهٔ حقوقی و قانون، ملاک عمل قرار گیرد؛ یعنی سکوت قانون را جبران کند و خود، متضمن قاعدهٔ حقوقی‌ای باشد که درکنار قانون قرار می‌گیرد.

ازمنظر برخی حقوق‌دانان:

قرارداد دو مبنای اساسی دارد: ارادهٔ مشترک طرف‌های آن و قانون، و تأثیر عوامل دیگر مانند عرف به‌گونه‌ای با یکی از دو مبنای اصلی مذکور ارتباط پیدا می‌کند و

خود نمی‌تواند به‌عنوان مبنای مستقل و اصیل عقد درکنار قانون و قصد مشترک انشاکنندگان عقد قرار گیرد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۲۸).

از این دیدگاه:

حاکمیت‌بخشیدن قانون‌گذار به عرف در روابط قراردادی نیز به‌منظور آشکارشدن هرچه بیشتر مقصود انشاکنندگان قرارداد و رفع ابهام و پرکردن خلأ قراردادی است؛ نه وضع مبنای سومی برای قرارداد دربرابر قانون و ارادهٔ طرف‌های قرارداد. مُفاد مقررات تکمیلی و ازجمله عرف، اصولاً برخاسته از نظم عمومی نیست و به همین جهت، انشاکنندگان قرارداد می‌توانند از آن اِعراض و برخلاف آن توافق کنند؛ هرچند که مقررات مزبور نیز خود درجهت تأمین نظم قراردادی در روابط طرف‌های قرارداد وضع گردیده است. وضع مقررات مزبور، برخاسته از نظم عمومی است؛ اما مُفاد این مقررات، مقتضای نظم عمومی نیست. در این میان، به‌اقتضای مصالح معاملاتی و انگیزهٔ نظم و سرعت‌بخشیدن هرچه بیشتر به روابط حقوقی و قضایی جامعه، قانون‌گذار استثنائاً خود را ناگزیر از دخالت و نفوذ آمرانه در پاره‌ای از زوایای اصل حاکمیت اراده دیده و از گسترش برخی از نتایج این اصل جلوگیری کرده است که این دخالت نباید یک اصل یا قاعده تلقی گردد. قانون‌گذار برخلاف اصل حاکمیت اراده، گاهی این‌گونه آثار عرفی را حتی درصورت جهل انشاکنندگان عقد نسبت‌به آن، ناشی از عقد معرفی کرده. باید پذیرفت هدف اصلی قانون‌گذار، آزادکردن دادگاه از قید رسیدگی به یک امر درونی، یعنی ناآگاهی یکی از متعاملین باوجود اَماره‌ای بر آگاهی ایشان نسبت‌به اقتضای عرف است؛ نه وضع یک مبنای بی‌ارتباط با ارادهٔ ایشان؛ همچنین می‌افزاید ناشی‌شدن حاکمیت عرف از ارادهٔ مشترک طرف‌های قرارداد، بدون تردید باید به‌عنوان قاعده پذیرفته شود و آثار آن باید در روابط طرف‌های قرارداد شناخته گردد و انصراف از این قاعده جز در موارد استثناییِ قانونی، قابل توجیه نیست؛ بنابراین، عدم تأثیر ناآگاهی طرف‌های قرارداد نسبت‌به عرف مربوط به داخل‌بودن اجزا و توابع مبیع در عقد مادهٔ ۳۵٦ ق.م. را نمی‌توان به موارد دیگر عرف مجهول تسرّی داد؛ بلکه حکم مزبور را باید منحصر به مورد این ماده و مواد دارای ملاک واحد دانست؛ هرچند ایشان در تعدیل سخن

خویش، نکته‌ای را اضافه کرده و می‌گوید برخی از این‌گونه عرف‌ها را که شرط خلاف آن، فاقد اعتبار است (مانند مادهٔ ۱۱۰۷ ق.م. که جلوه‌ای از قانون آمر دارد و در اصطلاح فقهی، حکم نامیده می‌شود)، می‌توان عرف قانونی نامید.

خالی از لطف نیست اگر در این قسمت و به‌مناسبت، این سخن دربارهٔ مبنای حاکمیت عرف به بوتهٔ نقد درآید. به‌نظر می‌رسد یافتن مبنای حاکمیت عرف بدون توجه به دسته‌بندی اقسام عرف، مصون از خطا نیست. در عرف موضوعی، درمقام تأسیس اصل می‌توان گفت جز در موارد استثنایی (مثل مادهٔ ۳۵٦ ق.م.) و در جاهایی که هدف، به‌دست‌دادن شیوه‌ای برای تعیین ملاک نهایی و قاطع در فصل خصومت است، حاکمیت عرف به حاکمیت ارادهٔ ضمنی اشخاص بازمی‌گردد؛ اما در عرف حکمی باید به اقسام این‌گونه عرف اشاره و تأثیر آن را در بحث مبنای حاکمیت به‌صورت جداگانه بررسی کرد. در عرف حکمی، برخی عرف‌ها در رتبهٔ قوانین تخییری هستند. در این قسم از عرف می‌توان از مبنای حاکمیت اراده یاد کرد؛ بدین صورت که دلیل التزام دو طرف عقد نکاح به مُفاد آن، به وجود نوعی ارتکاز ذهنی بر وجود چنین التزامی نیازمند است و بدون آن، دلیلی بر حاکمیت چنین عرف‌هایی در روابط دو طرف وجود ندارد؛ البته در این مورد هم ممکن است منطقی که درخصوص عرف موضوعی موجود در مادهٔ ۳٦۵ قانون مدنی گفته شد (مصلحت قضاییِ مبتنی‌بر سهولت در فصل خصومت)، مطرح شود که خالی از قوّت نیست. به‌طور طبیعی، این عرف، ذیل قرارداد و در رتبهٔ بعداز آن خواهد بود؛ اما درخصوص عرف حکمی الزام‌آوری که با مصالح ملزمه و مفاسد غیر قابل التزام مرتبط است، سخن‌گفتن دربارهٔ حاکمیت اراده و بازگشت حاکمیت عرف به آن، پذیرفتنی نیست و از این روی، در مبنای حاکمیت اراده باید به صِرف عرف موضوعی و عرف حکمیِ تخییری اکتفا شود. در ادامه، اقسام این دو عرف از اقسام عرف حکمی و نقش اراده در آن، ذیل تقسیم‌بندی جداگانه بررسی خواهد شد.

۳. اقسام عرف و تأثیر آن بر نفوذ اراده در ساحت خانواده

در تبیین مسئلهٔ پیشِ‌روی درپرتو عرف باید به دو تقسیم پی‌درپی توجه کرد. براساس

مضمون عرف و این مسئله که آیا آنچه در فهم رایج و تلقی متعارف وجود دارد، امور موضوعی است یا حکمی، تقسیم اول شکل می‌گیرد که شایستهٔ بررسی است. در قسم دوم از تقسیم یادشده، از عرف حکمی، اقسامی ناشی می‌شود که نفوذ اراده ذیل هرکدام از آن‌ها حکم متفاوتی دارد که در ادامه بیان خواهد شد.

۱-۳. تقسیم عرف بر دو قسم حکمی و موضوعی: مفهوم و مبانی (تقسیم اول)

بسته به اینکه مورد عرف، راجع‌به امور موضوعی باشد یا حکمی، عرف بر دو قسم حکمی و موضوعی تقسیم می‌شود. عرف موضوعی ممکن است ناظر به فهم و ارتکاز عقلای جامعه راجع‌به الفاظ، عبارات و اشاره یا موارد جایگزین این‌ها باشد (مثل سکوت درمقام بیان زوجه) یا به فهم متعارف دربارهٔ بعضی امور مثل معیوب‌بودن زن یا مرد و مالیت‌داشتن مَهریه مربوط شود؛ به‌علاوه، ممکن است عرف به رویه‌های عقلایی و دستورها و الزامات رایج، مربوط باشد. بنابر اهمیت و تأثیر این دو عنوان، در اینجا هرکدامشان را مستقلاً به شرح ذیل بررسی خواهیم کرد و به‌صورت خاص، دربارهٔ نقش توافق یا اعمال یک‌جانبهٔ اراده در این حوزه سخن خواهیم گفت.

۱-۱-۳. مفهوم عرف موضوعی و عرف حکمی

در این مبحث، لازم است نخست، مفهوم عرف موضوعی و سپس مفهوم عرف حکمی و به‌مناسبت، تفاوت اصلی آن‌ها را بررسی کنیم.

الف) مفهوم عرف موضوعی و بررسی برخی مصادیق آن در خانواده:

منظور از عرف موضوعی، عرف مربوط به موضوعِ حکم قانونی و به دیگر سخن، عرفی است که از آن برای شناخت موضوعات احکام استفاده می‌شود. حاکمیت عرف در امور موضوعی، منحصر به موارد مصرَّح قانون نیست؛ بلکه در مواردی نیز که قانون صریحاً آن‌ها را نام نبرده است، از عرف برای تفسیر قرارداد و غیر آن و روشن‌کردن جنبه‌های دارای ابهام استفاده می‌شود. در تشخیص قلمرو امور موضوعیِ قرارداد فقط به موارد مصرَّح ازسوی متعاملین بسنده نمی‌شود؛ بلکه اگر امری در عرف، متعارف باشد، درصورت مرتبط‌بودن با قرارداد باید آن را به‌منزلهٔ ذکر در قرارداد دانست. در این صورت، این امر عرفی نیز به امور

موضوعیِ قرارداد ملحق می‌شود.

گاه ممکن است عرف موضوعی به‌دلیل ارجاع قانون‌گذار به آن، امر حکمی قلمداد شود؛ درحالی که نباید در این مغالطه گرفتار شد. در این مورد، قانون درکنار دیگر مبانی، منشأ اعتباربخشی به عرف موضوعی در روابط قراردادیِ دو طرف است و بدان معنا نیست که لزوماً مُفاد آن هم حاوی حکم یا الزام قراردادی باشد. مسئلهٔ دیگری که برخی حقوق‌دانان به آن توجه کرده‌اند، این است که:

> چون عرف مزبور به‌وسیلهٔ قانون‌گذار در امور معیّن، حاکم قرار داده شده، پس اظهارنظر نسبت‌به امور مربوط به آن درحقیقت، اظهارنظر نسبت‌به مقررات قانونی است که به آن اعتبار بخشیده است و درنتیجه، رسیدگی نسبت‌به آن، رسیدگی درجهت قانونی و در صلاحیت دیوان عالی کشور است؛ هرچند که قانون مزبور از قوانین تفسیری یا تکمیلی است؛ نه از مقررات امری (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۱).

در این موارد، لازم است «حیث قانونی» حاکم بر مرجعیت یا دخالت عرف از «حیث ماهوی و مضمون عرف» تفکیک شود تا اختلاط موارد و پیدایش ابهام در نظریات صورت نگیرد. درپی تفکیک دلیل حکومت عرف که ممکن است به حکم قانون و ازجنبهٔ قانونی باشد و مُفاد عرف که ممکن است جهت موضوعی یا حکمی داشته باشد، می‌توان از این مغالطه عبور کرد؛ به‌علاوه، گاه، ممکن است خودِ قانون‌گذار در امور موضوعی دخالت کند که اصطلاحاً به آن‌ها موضوعات مستنبَطه گفته می‌شود. اگر بیان شرعی در این حوزه ازنوع ارشادی نباشد، الزام‌آور خواهد بود و دیگر مجالی برای مراجعه به عرف مغایر وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳٤۸). شایان ذکر است که برخی موارد در هردو جهت حکمی و موضوعی یعنی ممکن است چیزی ازجهت دخالت در تعیین قلمرو موضوعی در عرف موضوعی داخل شود؛ اما از این جهت که اولاً حکم، تابع موضوع است و ثانیاً در الزام و التزامی که تابع عرف شده، درزمرهٔ مصادیق عرف حکمی هم محسوب شود؛ مثلاً لزوم معاشرت به معروف و نظایر آن هم در عرف حکمی قابل بررسی است و هم در عرف موضوعی.

به‌منظور تبیین دقیق‌ترِ عرف موضوعی، در اینجا صرفاً برخی احکامی را که در فقه و

حقوق خانواده ازجهت موضوعی به عرف ارجاع داده شده‌اند، ذکر می‌کنیم:

مورد اول، نحوه و میزان استحقاق زن بر نفقه است. از آنجا که نفقهٔ زن ازنظر کمیت، کیفیت و قلمرو شمول، حد شرعی ندارد، به عرف موکول شده است. مهم‌ترین مستنَد این حکم، دستور قرآنیِ معاشرت به معروف (متعارَف مردم) با زنان است (علامه حلی، ١٤١٣ق-ب، ج ٧، ص ٣١٩؛ موسوی عاملی، ١٤١١ق، ج ١، ص ٤٨٦؛ میرزای قمی، ١٤١٣ق، ج ٤، ص ٤٨٧؛ مغنیه، ١٤٢١ق، ج ٥، ص ٣١٣). ازجمله مصداق‌های معاشرت به معروف، انفاق زوجه است؛ به‌گونه‌ای که شایستهٔ چنین زنی باشد (شهید ثانی، ١٤١٠ق، ج ٥، ص ٤٦٩)؛ البته ممکن است تنگ‌دستی و گشاده‌دستی بر نحوهٔ استحقاق زن و میزان نفقهٔ او اثر بگذارد؛ مثلاً به‌صورت خاص، استحقاق زن به رویهٔ پیشین وی در این حوزه و نیز شأن او در مقایسه با امثال و اقرانش بستگی دارد (طوسی، ١٣٨٧ق، ج ٦، ص ٤؛ سبزواری (محقق)، ١٤٢٣ق، ج ٢، ص ٣٠١). گاه نیز درقلمرو مصادیق نفقه و تأثیر آن بر دعاوی زوجه، اختلاف‌هایی وجود دارد که جنبهٔ موضوعیِ آن، غالب است.

مورد دوم، حق مسکن برای زوجه است. اگرچه این مورد نیز از مصادیق نفقه محسوب می‌شود، به‌دلیل اهمیت زیاد آن، فقیهان و حقوق‌دانان همواره بر آن تأکید می‌کنند. مشهور این است که زن استحقاق مسکنی را دارد که با توجه به شأن اجتماعی و متعارف حال امثال وی مناسب و شایسته‌اش باشد (سبزواری، ١٤١٣ق، ج ٢٥، ص ٣٠٠). در تأمین این نیاز مهم، مرد باید شئون عرفی زن و نیازمندی‌های روحی و عاطفی وی را نیز درنظر گیرد و اقتضائات معاشرت به معروف را در این حوزه رعایت کند؛ از این روی، «زن حق دارد منزلی مطالبه کند که در آن با غیر زوج مشارکت نداشته باشد» (محقق حلی، ١٤٠٨ق، ج ٢، ص ٢٩٣)؛ زیرا «تدارک مسکن مناسب و جداگانه از مصادیق معاشرت به معروف و نگهداری همسر به‌شایستگی است که خداوند به آن امر کرده است» (نجفی، ١٤٠٤ق، ج ٣١، ص ٣٣٩) و نوعی جمع بین برخی دلایل قرآنی مانند «أَسكِنوهُنَّ مِن حَيثُ سَكَنتُم مِن وُجدِكُم[1]» (قرآن کریم،

---

١. یعنی: «همان جا که [خود] سکونت دارید، به‌قدر استطاعت خویش آنان را جای دهید».

طلاق، ٦) و «عاشِرو هُنَّ بِالمَعروف[1]» (قرآن کریم، نساء، ۱۹) هم محسوب می‌شود (علامه حلی، ۱٤۱۳ق–الف، ج ۳، ص ۱۰۸؛ شهید ثانی، ۱٤۱۰ق، ج ۵، ص ٤۷۰؛ میرزای قمی، ۱٤۱۳ق، ج ٤، ص ٥٦۰؛ مغنیه، ۱٤۲۱ق، ج ۵، ص ۳۱۲)؛ یعنی اصل اولی بر این است که مرد می‌تواند همسرش را در هر منزلی سکونت دهد؛ اما دو قید پی‌درپی را باید لحاظ کند: نخست، آنکه شئون عرفی زن را در تهیهٔ مسکن درنظر گیرد؛ دوم، آنکه اگر براساس موقعیت اجتماعی زن، شأن او داشتن مسکن اختصاصی (نه مشترک) است، وی را در محلی مستقل سکونت دهد (محقق داماد، ۱۳۷٦، ص ۳۱۰).

مورد سوم، بحث عسروحرج زن به‌عنوان موضوع حکم ثانوی ناشی از قاعدهٔ نفی دشواریِ غیر قابل تحمل (لا حرج) است. به‌عقیدهٔ برخی صاحب‌نظران:

> ملاک تشخیص آنکه چه امری سوءمعاشرت است و تشخیص درجه‌ای که زن نمی‌تواند زندگانی زناشویی را ادامه دهد، به نظر عرف می‌باشد که در هر مورد با درنظرگرفتن وضعیت روحی، اخلاقی و اجتماعی زوجین و همچنین وضعیت محیط ازحیث زمان و مکان، آن را تعیین می‌نماید (امامی، ۱۳۷٤، ج ۵، ص ۳۷).

برای تشخیص‌دادن عسروحرج زن در خانواده از سه ضابطهٔ شخصی، صنفی و نوعی استفاده می‌شود که به‌نظر می‌رسد ترتیب تقدم و تأخرشان به همین صورت است. در معیار شخصی، وضعیت و خصوصیات جسمی و مادّی، روحی و روانی، شخصیت خود زن و میزان مقاومت یا آسیب‌پذیری او به‌طور ویژه مدّنظر قرار می‌گیرد؛ زیرا ویژگی‌های خاص هر فرد در تحمل‌پذیریِ دشواری‌ها و مشکلات، مؤثر است و ضوابط نوعی را نمی‌توان به‌صورت یکدست درخصوص همهٔ افراد اعمال کرد (ارجمند دانش، ۱۳۸٦، ص ۱۰۹). در معیار صنفی، وضعیت و خصوصیات یک زن متعارف در وضعیت خارجی زندگی زن موردنظر درنظر گرفته می‌شود. این سَنجه از آن جهت که در ارزیابی، به‌جای یک فرد نوعی و فارغ از عنصر جنسیت، توان و تحمل یک زن متعارف، ملاک داوری است، معیاری صنفی

---

۱. یعنی: «و با آنان به[شیوهٔ] معروف معاشرت کنید».

به‌شمار می‌آید. به‌موجب معیار موردبحث، دادگاه این مسئله را بررسی می‌کند که آیا عوامل موردِادعا معمولاً و عادتاً موجب عسروحرج زنی با این وضعیت و شخصیت می‌شود یا خیر (اسدی، ۱۳۸۳، ص ۱۸۳؛ عظیم‌زادهٔ اردبیلی و محمدی آرانی، ۱۳۹۱، ص ۹). در معیار نوعی، سنجهٔ تشخیص، تحمل و طاقت انسانیِ متعارف، فارغ از جنسیت در وضعیت خارجی است. درمقام داوری و در بحث اثبات، چنانچه وضعیت شخص زن به‌گونه‌ای باشد که او نتواند موقعیت مشقت‌بار را تحمل کند، وی را باید فردی درنظر گرفت که در عسروحرج است؛ ولی اگر بتوان مشقت خصوص او را احراز کرد، باید از معیار صنفی بهره گرفت. با توجه به اینکه زنان معمولاً آسیب‌پذیرترند، درصورت احراز حرج نوعی، حرج صنفی هم به‌طریق اولیٰ محرز خواهد شد. این تحلیل، لزوماً در نسبت همهٔ جلوه‌های معیار صنفی و نوعی، صحیح نیست؛ ولی درخصوص حرج زوجه، پذیرفتنی است.

به‌عنوان دیگر مصداق موردمطالعه در عرف موضوعی می‌توان به مَهرالمثل اشاره کرد که اصطلاحاً عبارت است از مهریه‌ای که «برحسب عرف و عادت، و با توجه به وضع زن ازلحاظ سنّ، زیبایی، تحصیلات، موقعیت خانوادگی و اجتماعی، و سایر خصوصیات و صفات و همچنین با درنظرگرفتن مقتضیات زمان و مکان معیّن می‌گردد» (گرجی و دیگران، ۱۳۸٤، ص ۲۳۵). به‌موجب مادهٔ ۱۰۹۱ قانون مدنی «برای تعیین مهرالمثل باید حال زن ازحیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت‌به امثال و اقران و اقارب و همچنین معمول محل و غیره درنظر گرفته شود».

معاضدت نیز ازجمله مفاهیمی است که حدود آن از عرف تبعیت می‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰). به‌موجب مادهٔ ۱۱۰٤ قانون مدنی، «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند». مادهٔ ۱۱۰٤ ق.م. از مصادیق حُسن معاشرت (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ص ۹٦٤) و معاشرت به معروف است.

یکی از دیگر ابعاد عرف موضوعی در خانواده، حد تمکین است که به‌موجب احکام خانواده بر زن واجب می‌شود؛ اما تمکین، چه نوع خاص (روابط زناشویی) و چه نوع عام آن به حد متعارف، محدود است و نمی‌توان موضوع این الزام‌ها را بی‌قیدوشرط و نامحدود

درنظر گرفت؛ بنابراین می‌توان درکنار قانون، حدود عرفی را نیز در کیفیت و حدود تمکین لحاظ کرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ١٤٦؛ کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۲۸)؛ بنابراین، اگر مرد با توسل به شیوه‌های نامتعارف و مذموم از همسر خویش درخواست‌های جنسی داشته باشد، به‌ویژه در موارد خلاف شرع و مغایر با اخلاق حسنه، برآورده‌کردن آن درخواست‌ها بر زن واجب نیست (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ١٤٦) و استنکاف از آن‌ها نیز باعث اثبات نشوز وی نمی‌شود؛ بر این اساس، عرف در چنین مواردی برای دو طرف، منبع حق و تعهد می‌شود و رعایت این قضاوت، تبعیض در اجرای قانون نیست؛ بلکه لازمهٔ احترام‌گزاردن به عرف است که در این‌گونه امور، از منابع حقوق به‌شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ۲۲۸). بنابر ضوابط پیش‌گفته، نخست، معیار شخصی، سپس معیار صنفی و آن‌گاه معیار نوعی مدّنظر است و البته در تمام موارد، وضعیت خاص زندگی نیز لحاظ می‌شود.

شایان ذکر است که قلمرو موضوعی در قراردادها ممکن است به‌موجب توافق دو طرف یا به‌صورت ضمنی و از اوضاع و احوال و قراین دانسته شود. معمولاً در قسم دوم، عرف نقش برجسته‌تری دارد و گاه شرط ضمنی محسوب می‌شود که در رتبهٔ بعداز شروط صریح و ضمنیِ قراردادی واقع است. به‌موجب مادهٔ ۲۲۵ قانون مدنی، «متعارف‌بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به‌منزلهٔ ذکر در عقد است».

ب) مفهوم عرف حکمی (عرف قاعده‌ساز)، ارکان و مقایسهٔ آن با عرف موضوعی:

نقطهٔ مقابل عرف موضوعی، عرف حکمی است که در اینجا مفهوم و ارکان آن را بررسی می‌کنیم.

در تبیین مفهوم عرف حکمی می‌توان گفت درکنار امور موضوعی قراردادها یا ایقاعات، امور حکمی هم وجود دارند. امور حکمی ازقبیل الزام‌ها و التزامات، اصولاً در مُفاد قرارداد یا در احکام قانون‌گذار منعکس می‌شوند؛ اما گاه آنچه جنبهٔ حکمی دارد، در عرف نیز انعکاس می‌یابد و درخصوص دستورها، دستورالعمل‌ها، احکام و الزام‌های قراردادی نیز در عرف، رویه‌ها و عادت‌های رایجی وجود دارد. در این صورت، «مقصود از عرف حکمی، عرفی است

که حکمی حقوقی را برای یکی از امور مربوط به قرارداد ثابت می‌کند» (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۰). این دسته از عرف‌ها منشأ مستقیم پیدایش حکم‌اند و از این جهت، حیثیت حکمی و قانونی دارند. عرف حکمی در نیازهای اجتماعی و وجدان عمومی ریشه دارد و بدون دخالت قانون‌گذار، بین مردم، مرسوم و برایشان الزام‌آور است (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۵۱).

عرف حکمی و قاعدهٔ مستفاد از آن ضرورتاً بر دو رکن مادّی و معنوی متکی است. رکن مادّی، ناظر به فرایند تکوین عرف و سِیر تکامل آن درمیان عادات و رسوم اجتماعی و نیز این مسئله است که آن رفتار، عادت مردم قرار گیرد؛ مثل اینکه امر یا اموری درمیان مردم، متعارف شود. رکن معنوی به عنصر التزام و الزام‌آوری آن و درواقع، به آراستن رسوم اجتماعی با لباس حقوقی مربوط می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ص ٤٧٦)؛ به‌نحوی که عادت مردم شود، در اذهان عمومی، تبعیت از آن، الزامی باشد و به‌صورت نوعی قاعدهٔ حقوقی درآید. در این صورت، زمینه برای استناد به عرف حکمی در جنبه‌های حکمیِ قضیه درحوزهٔ دادرسی نیز فراهم می‌شود؛ هرچند به‌موجب تغییراتی که در بعضی متون قانونی رخ داده است، برخی در این مسئله تردید کنند.

درپی مقایسهٔ عرف موضوعی و عرف حکمی درمی‌یابیم اولاً در عرف حکمی، عرف موردنظر همیشه متشکل از سه رکن موضوع حکم، متعلق حکم و حکم است؛ درحالی که در عرف موضوعی، فقط دربارهٔ موضوع سخن گفته می‌شود. ثانیاً عرف حکمی، قاعده‌ای کلی و عمومی محسوب می‌شود که تبعیت از آن، الزامی است و برای تخلف از آن، ضمانت اجرایی وجود دارد؛ درحالی که در عرف موضوعی، الزام‌آوربودن و ضمانت اجرا مطرح نیست؛ بلکه صرفاً گفته می‌شود که این موضوع چنین است. و اگر الزامی به رعایت مُفاد عرف موضوعی وجود دارد، از ناحیهٔ دیگری است؛ نه نفس عرف موضوعی. قضاوت عرف درخصوص موضوعی خاص، ممکن است منشأ اتخاذ تصمیم مقتضی برای دادرس شود. ثالثاً به عرف حکمی درنهایت به‌عنوان امور حکمیِ دعوا استناد می‌شود و دادرس بعداز احراز امور موضوعی دعوا به‌استناد همان عرف حکمی، حکم صادر می‌کند؛ درحالی که

عرف موضوعی فقط در مرحلهٔ احراز امور موضوعیِ دعوا دادرس را یاری می‌دهد.

۲-۳. تقسیم‌بندی عرف حکمی بر دو نوع تخییری و امری (تقسیم دوم)

عرف حکمی، بسته به درجهٔ الزام‌آوری آن ازمنظر عرف و مواردی ازقبیل متعلَّق عرف و ارتباط آن با نوع مصلحتی که درصدد تأمین یا حفظ آن است، به‌حسب مورد، ممکن است درقلمرو نفوذ اراده قرار گیرد که ذیل عرف تخییری واقع می‌شود؛ همچنین ممکن است به‌دلیل شدت اهتمام عرف به التزام و اهمیت مورد عرف و نظایر آن ذیل عرف حکمیِ امری قرار گیرد. در ادامه، این دو مورد را بررسی خواهیم کرد.

۳-۲-۱. عرف حکمیِ تخییری

از آنجا که اصطلاح «عرف حکمی تخییری» از نوآوری‌های نوشتار حاضر است، باید نخست، مفهوم آن شناخته و سپس برحسب مورد، نتیجهٔ تعارض مضمون آن با قرارداد یا قانون مشخص شود.

۳-۲-۱-۱. مفهوم عرف حکمی تخییری

در وزان قوانین تخییری و تکمیلی، در ساحت عرف هم می‌توان به وجود عرف‌های حکمی تخییری دست یافت. این دسته از عرف‌ها اولاً ازنوع حکمی هستند؛ چون در ماهیت، الزام‌ها و التزام‌هایی را دربر دارند که به‌تدریج و در رسوم و عادت‌های جمعی و اجتماعی شکل گرفته‌اند؛ مانند آنچه درخصوص قلمرو تعهدات مالی درحوزهٔ خانواده وجود دارد؛ مثلاً در اصطلاح، استحقاق زوجه بر نفقه، طبق مشهور فقهیِ حکم شرعی و در اصطلاح حقوقی و طبق مشهور حقوقی، قاعده‌ای امری محسوب می‌شود؛ اما ممکن است در برخی عرف‌ها درعین التزام به اصل حکم و اصل استحقاق، به‌صورت جزئی و برای مدت عقدبستگی، نوعی محرومیت یا محدودیت در این استحقاق وجود داشته باشد؛ مثلاً امروزه، عرف در زمان عقدبستگی، جز در برخی هزینه‌ها زوج را مکلف به پرداخت نفقه نمی‌داند یا زوجه را مستحق نفقه به‌نحو تمام‌وکمال قلمداد نمی‌کند. ارتکازی‌بودن این مسئله در زمان ما کمتر محل تردید است. به‌عنوان مثالی دیگر می‌توان گفت امروزه، در عرف برخی مناطق، تأمین اقلام موردنیاز برای زندگی مشترک درقالب جهیزیه برعهدهٔ زن است. در برخی مناطق

دیگر، این امر به‌صورت مشترک برعهدهٔ دو طرف است؛ یعنی بعضی اقلام را مرد و بعضی دیگر را زن تهیه می‌کند. گاه نیز همهٔ هزینه‌ها متوجه مرد است. چنانچه دو طرف در مذاکرات قبل‌از عقد، تکلیف این مسئله را روشن کنند، موضوع از دایرهٔ بحث ما خارج می‌شود؛ اما درصورتی که این مسئله به سکوت برگزار شود یا هرکدام از زوجین بدون دلیل، ادعایی را در این زمینه مطرح کنند، بحث از دخالت عرف حکمی مورداشاره در حل اختلاف و تعیین تکلیف و حدود تعهدات دو طرف و گاه کاستن از حد تعهدات یکی از آنان مؤثر خواهد بود.

این دسته از عرف‌ها بدان سبب در نوشتار پیش‌رِوی، عرف تخییری نامیده شده‌اند که به شیوه‌های مختلف، چه درقالب شروط بنایی، چه درقالب شروط ضمنی یا شروط ضمن‌عقد، امکان توافق برخلاف آن‌ها وجود دارد. در این صورت، بین مُفاد عرف تخییری و مُفاد ضمن‌عقد، تعارض ایجاد می‌شود. اولاً هم در عرف تخییری و هم در قرارداد، ملاک اصلی درنهایت، وابسته به ارادهٔ دو طرف است؛ ثانیاً شدت ارتباط مُفاد عقد (اعم‌از صریح و ضمنی) با ارادهٔ اشخاص از عرف که حداکثر به‌منزلهٔ ارادهٔ ضمنی است، بیشتر خواهد بود؛ بنابراین، در این مورد، مُفاد قرارداد تقدم دارد؛ زیرا عرف تخییری به‌منزلهٔ ارادهٔ ضمنی است و دربرابر اعلام ارادهٔ قراردادی، اعم‌از آنکه صریح باشد یا ضمنی، تاب مقاومت ندارد. درواقع، از یک سو، مبنای حاکمیت عرف تخییری، ارادهٔ ضمنی دو طرف قرارداد است و از سوی دیگر، مضمون عرف تخییری، اعراض‌پذیر است؛ بنابراین، اگر مُفاد صریح یا ضمنی قرارداد برخلاف مضمون عرف باشد، این مسئله به‌معنای اعراض از آن مضمون خواهد بود و دیگر نمی‌توان آن را به ارادهٔ دو طرف نسبت داد؛ بدین سبب، رویهٔ محاکمی که بدون لحاظ‌کردن این تحلیل، به محکومیت زوج برای تأمین نفقه در ایام عقدبستگی یا تعهد زوجه به تهیه‌کردن تمام یا بخشی از جهیزیه حکم می‌کنند، خالی از اشکال نیست.

۳-۲-۱-۲. تعارض عرف تخییری با مُفاد عقد و قانون

ممکن است بین عرف تخییری و مُفاد ضمنیِ عقد، تعارض به‌وجود آید. در این وضعیت به‌نظر می‌رسد مُفاد ضمنیِ عقد بر عرف، مقدّم خواهد بود. دلایل این مدعا ضمن بیان مفهوم

عرف تخییری توضیح داده شد.

تعارض دیگر، ممکن است بین عرف تخییری و قوانین تکمیلی به‌وجود آید. در این فرض:

> در هر حال، عرف مقدّم خواهد بود؛ زیرا مقررات تکمیلی، خود، الهام‌گرفته از عرف است و عرف نسبت‌به مقررات تکمیلی اصالت دارد و نتیجهٔ ارادهٔ مشترک طرف‌های قرارداد است و منشأ مستقل دیگری ندارد؛ بنابراین، عرف نسبت‌به مقررات تکمیلی اصالت دارد و روشن‌تر می‌تواند ارادهٔ مشترک طرف‌های قرارداد را نشان دهد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳٦۰).

این تقدم حتی جایی که عرف پس‌از وضع مقررات تکمیلی وجود یافته باشد نیز وجود دارد و به‌منزلهٔ کنارگذاشتن مقررهٔ تکمیلی توسط عرف تخییری است و از این جهت، مانعی وجود ندارد؛ زیرا تنها مانع، امری‌بودنِ مقررات است که حسب فرض در اینجا منتفی خواهد بود. چنانچه قانون مدّنظر ازنوع امری باشد، در هر حال، بر عرف تقدم دارد؛ اعم‌از اینکه عرف بر آن مقدّم باشد یا بعداز وضع قانون امری، عرف برخلاف آن شکل گرفته باشد.

۳-۲-۲. عرف حکمیِ امری

یکی دیگر از اقسام عرف حکمی، عرفی است که مضمون آن به‌دلایل گوناگون همچون شدت اهتمام عرف، ارتباط با مصلحت‌های مهم، و ارتباط با اخلاق حسنه و احساسات عمومی، جنبهٔ امری دارد؛ از این روی، لازم است مفهوم این قسم از عرف شناخته و سپس نتیجهٔ تعارض این حکم عرفی و التزام ناشی از آن با مُفاد و شروط قراردادی روشن شود. در ادامه، این دو مورد را بررسی می‌کنیم.

۳-۲-۲-۱. مفهوم عرف حکمی امری (آمره)

این‌گونه عرف را چنان‌که از نامش پیداست، می‌توان عبارت از عرفی دانست که اولاً حاوی الزام و التزام است و به‌لحاظ عنصر معنوی، کیفیتی دارد که افراد آن عرف، مُفاد آن را بر خود الزام‌آور می‌دانند؛ ثانیاً ازمنظر عرف، درجهٔ الزام‌آوری و حد التزام به مضمون آن درحدی است که عقلا عدول از آن را درقالب قرارداد و غیر آن، جایز نمی‌دانند. مبنای این التزام و شدت آن، ممکن است به‌دلیل ارتباط مُفاد برخی رویه‌ها و دستورهای عرفی، با

بنیان‌های اخلاقی و فرهنگی هر جامعه‌ای باشد که نوعی قبح شدید را در ناحیهٔ ارتکاب خلاف عرف و رویهٔ رایج در ذهن‌ها تداعی می‌کند و همین سرزنش‌پذیری فوق‌العاده‌ای که در مقام وجود دارد، رتبهٔ آن را از عرف‌های معمولی و تخییری به سطحی از التزام مؤکد و غیر قابل نقض ارتقا می‌دهد. بسیاری از این‌گونه عرف‌ها درقالب اخلاق حسنه شناخته می‌شوند و قانون‌گذاران نیز آن‌ها را به‌رسمیت می‌شناسند.

۳-۲-۲-۲. تنافی عرف حکمی امری و قانون (شرع)

عرف حکمی و مضمون الزام‌آور آن ممکن است در تنافی با قواعد امری شرعی یا قانونی قرار گیرد. اگر تنافی عرف حکم و قواعد امری شرعی، در نظام‌های دینی و مبتنی‌بر آموزه‌های شرعی، مصادیق نادری دارد، در هر حال، چون عرف، مشرِّع نیست و نمی‌تواند در عرض شارع مقدس قرار گیرد، درصورت بروز تنافی، عرف حکمی امری، توان معارضه با قواعد و احکام الزام‌آور شرعی را ندارد. به همین صورت، عرف حتی در جایی که مضمون آن، الزام‌آور تلقی می‌شود، دربرابر قواعد امری قانونی، تاب‌آوری ندارد و از درجهٔ اعتبار، ساقط است. درواقع، قلمرو حکومت عرف حکمی، منطقةالفراغ قانونی و شرعی یا جایی است که دربرابر آن، قواعد تخییری و غیرالزام‌آور وجود داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۶-۱۹۷)؛ بدین ترتیب، عرف حکمی فاسد که دراثر آن، مصلحتی ازبین برود، مفسده‌ای تولید شود، حکم شرعی نقض شود یا فساد و تباهی‌ای رواج یابد (عمیر، ۱٤۳۳ق، ص ۲٦)، در تنافی بین عرف و قانون آمره، اعم‌از آنکه شرعی باشد یا قانونی، عرف نمی‌تواند منشأ الزام و التزام باشد (ساکت، ۱۳۷۱، ص ۳۵۳-۳٥٤). در این موارد می‌توان گفت عرف ازسوی قانون بالادستی تخطئه شده است؛ درنتیجه، اگر نصّی از شارع یا قاعدهٔ قطعی در شرع وجود داشته باشد، نمی‌توان برخلاف آن‌ها به عرف و عادت عمل کرد و به‌طور کلی، هرگاه عمل‌کردن به عرف، موجب تعطیلی نصّ شرعی شود، عرف از اعتبار می‌افتد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۲٦۰).

درخصوص نحوهٔ تنافی در این ساحت نیز می‌توان دو صورت را تصور کرد: نخست، عرف‌های امری سلبی و دوم، عرف‌های امری ایجابی که ازسوی شارع و قانون‌گذار تخطئه،

انکار، رد و منع شده‌اند؛ بدان معنا که شارع و قانون‌گذار عمداً و به‌قصد برهم‌زدن نظام عرفی سامان‌یافته و خلاف موازین قانونی و شرعی یا بلاوجه‌بودن رویهٔ موجود و بسامان‌کردن رویه‌ای جدید و جایگزین‌کردن دستوری تازه به‌جای رسم معهود عرفی، به قانون‌گذاری و وضع مقرره‌ای برخلاف عرف اقدام می‌کند. در این صورت می‌توان به تقدم امر قانونی بر امر عرفی قائل شد و برخلاف تعارضی که در عرف تخییری بیان کردیم، در این قسم، بدون تفاوت امر شرعی، مقدّم است؛ اعم‌از آنکه تاریخ امر شرعی، مقدّم بر تکوین و استقرار عرف باشد یا مؤخر بر آن.

مثلاً درخصوص عرف امری سلبی تخطئه‌شده می‌توان به ازدواج با فرزندخوانده اشاره کرد. ازدیدگاه برخی حقوق‌دانان، ازدواج با فرزندخوانده از این جهت که با اخلاق حسنه (نظم عمومی فرهنگی) منافات دارد، باطل شمرده شده؛ درحالی که تجویز ازدواج با فرزندخوانده اساساً برای طرد و ردع این عرف وضع شده است.

به‌عنوان نمونه‌ای از عرف امری ایجابی تخطئه‌شده در عصر جاهلیت می‌توان به «نکاح شغار» اشاره کرد که پیامبر اکرم (ص) آن را باطل اعلام کردند.

به‌عنوان مثالی برای عرف امری ایجابی در عصر حاضر می‌توان رسم صلح خون یا خون‌بس درمیان برخی اقوام ایرانی را ذکر کرد. این عنوان درکنار برخی جلوه‌های عرف تخییری و عرف حکمی در مباحث آتی و درضمن جلوه‌های تأثیر قواعد بر نفوذ اراده بررسی خواهد شد.

۳-۲-۲-۳. عرف حکمی امری و قرارداد

اکنون، ممکن است پرسش‌هایی بدین شرح مطرح شود: آیا می‌توان برخلاف عرف حکمی امری توافق کرد؟ آیا اراده‌ای که برخلاف این قسم از عرف جریان می‌یابد، نافذ است و می‌توان به آن ترتیب‌اثر داد؟

درمقام تأسیس اصل می‌توان گفت اصل بر حکومت عرف حکمی امری بر اراده‌های اشخاص است و نمی‌توان به صحت قرارداد مغایر با عرف حکمی الزام‌آور و آمره نظر داد؛ به‌ویژه اینکه غالب مصادیق عرف حکمی آمره در بستر اخلاق حسنه شکل می‌گیرند و با

نظم عمومی فرهنگی ارتباط دارند و التزام یا توافق برخلاف آن‌ها مطابق قواعد عمومی قراردادها و بعضی مستنندات قانونی (مثل مادهٔ ۹۷۵ قانون مدنی)، پذیرفتنی نیست؛ اما براساس آنچه درخصوص این‌گونه عرف گفته شد، اگر مضمون حکمی عرف آمره ازسوی شارع یا قانون‌گذار تخطئه شده باشد، بی‌تردید، توافق برسر چنین امری پذیرفتنی است.

یافته‌های پژوهش

الف) در ساحت عرف، مضمون‌هایی که به دستورها، دستورالعمل‌ها و بناگذاری اشخاص در مناسبات و معاملات افراد جامعه مربوط می‌شوند، صلاحیت دارند در روابط اجتماعی، به‌مثابهٔ قاعدهٔ تعهدآور مطرح شوند؛ به‌نحوی که مخالفت با آن‌ها واکنش مناسب ازطرف جامعه و نظام حقوقی را اقتضا کند.

ب) عرف، معروف و متعارف هم در جنبه‌های موضوعی و هم جهات حکمی حقوق و تکالیف اشخاص، نقش‌آفرین است و به همین مناسبت، اصل معاشرت به معروف و تعهد اشخاص به رفتار براساس این اصل، ازجمله اصول بنیادینی خواهد بود که در بناهای عرفی ریشه دارد و از آثار حاکمیت عرف حکمی و قاعده‌ساز در روابط اشخاص محسوب می‌شود و به حقوق خانواده نیز اختصاص ندارد.

ج) انس ذهنی، لحاظ‌شدن در رفتارها و مناسبات اجتماعی، پذیرش عمومی و پسند خردمندان، پذیرش فطری و ملایم طبع سالم بودن و ردع‌نشدن ازسوی شارع، ویژگی‌هایی هستند که بین عرف و معروف، هم‌گرایی ایجاد می‌کنند و فقدان هرکدام از اوصاف یادشده، نوعی واگرایی بین عرف و معروف به‌وجود می‌آورَد؛ تا آنجا که مصادیقی از عرف حکمی باوجود آنکه در نگاه اول، الزام‌آور به‌شمار می‌آیند، از دایرهٔ مصادیق معروف خارج می‌شوند و درزمرهٔ عرف‌های مردود و تخطئه‌شده قرار می‌گیرند.

د) عرف حکمی به‌لحاظ مضمون و ساحت‌هایی که به آن تعلق می‌یابد، ممکن است ازنوع تخییری یا امری باشد؛ مانند آنچه به بنیان‌های فرهنگی و اخلاقی جامعه مربوط می‌شود (اخلاق حسنه). چنانچه مضمون عرف حکمی ازنوع تخییری باشد، دربرابر قراردادهای مغایر و قوانین امری، تاب‌آوری ندارد؛ اما عرف حکمی امری، اعراض‌پذیر و طردشدنی

نیست؛ مگر آنکه عرفی باشد که ازسوی شارع، صراحتاً رد شده باشد؛ مثل ازدواج با فرزندخوانده.

ه) در ساحت عرف حکمی نباید از وجود برخی مغالطه‌ها که از خلط مفهوم عرف و معروف (عرف به‌معنی الاخص) و نیز نسبت‌هایی که از واژه‌های حکمی و موضوعی و حکم قانون حاکم ناشی می‌شود، غفلت کرد؛ ازجمله اینکه اگر معلوم شود دخالت عرف موضوعی در مناسبات اشخاص، ریشهٔ قانونی دارد، نظارت بر عملکرد دادگاه‌ها در این حوزه نیز در صلاحیت دیوان عالی کشور خواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

ابن‌فارس، ابی‌الحسین احمد (١٤٠٤ق). *معجم مقاییس اللغة* (عبدالسلام هارون، مصحح). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزهٔ علمیهٔ قم.

ابن‌منظور، محمد بن مکرّم (١٤١٤ق). *لسان العرب* (جمال‌الدین میرداماد، محقق). بیروت: دار صادر.

ارجمند دانش، جعفر (١٣٨٦). *بررسی قاعدهٔ عسروحرج و کاربرد آن در طلاق*. تهران: بهنامی.

اسدی، لیلا سادات (١٣٨٣). جایگاه عسروحرج قانون و رویه. *نشریهٔ ندای صادق*، ٦(٣٤-٣٥)، ص ٩-٢٩.

امامی، سید حسن (١٣٧٤). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیه.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (١٣٨٨). *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران (١٣٨٩). *فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل‌بیت- علیهم السلام* (سید محمود شاهرودی، زیر نظر). قم: مؤسسهٔ دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت- علیهم السلام.

جمعی از پژوهشگران (١٤١٧ق). *معجم فقه الجواهر* (سید محمود شاهرودی، زیر نظر). بیروت: الغدیر.

جمعی از مؤلفان (بی‌تا). *مجلهٔ فقه اهل‌بیت- علیهم السلام (فارسی)*. قم: مؤسسهٔ دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت- علیهم السلام.

حائری شاه‌باغ، سید علی (١٣٨٢). *شرح قانون مدنی*. تهران: گنج دانش.

حر عاملی، محمد (١٤٠٩ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسهٔ آل البیت- علیه السلام.

خرازی، سید محسن (١٣٧٤). *مصاحبه در نقش زمان و مکان در اجتهاد*. قم: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

دهخدا، علی‌اکبر (١٣٥٨). *لغتنامه* (محمد معین و سید جعفر شهیدی، زیر نظر). تهران: دانشگاه تهران.

راغب اصفهانی، حسین (١٤١٢ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. لبنان: دار العلم.

روحانی، سید صادق (١٤١٢ق). *فقه الصادق* (جلد ١٧). قم: دار الکتاب- مدرسهٔ امام صادق علیه السلام.

ساکت، محمدحسین (١٣٧١). *دیباچه‌ای بر دانش حقوق*. مشهد: نشر نخست.

سبزواری، عبدالاعلی (١٤١٣ق). *مهذب الأحکام*. قم: المنار.

سبزواری (محقق)، محمدباقر (١٤٢٣ق). *کفایة الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

سیفی، علی‌اکبر (١٤٢٧ق). *دلیل تحریر الوسیلة: المضاربة*. تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٠ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: داوری.

شهیدی، مهدی (١٣٧٩). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: عصر حقوق.

شهیدی، مهدی (١٣٩٣). *سقوط تعهدات*. تهران: مجد.

صدر، محمدباقر (١٣٩٥ق). *المعالم الجدیدة*. تهران: مکتبة النجاح.

صفایی، سید حسین؛ و امامی، اسدالله (١٣٨٧). *حقوق خانواده*. تهران: دانشگاه تهران.

طباطبایی، سید محمد (بی‌تا). *کتاب المناهل*. قم، مؤسسهٔ آل البیت.

طباطبایی، سید محمدحسین (١٣٦٧). *ترجمهٔ تفسیر المیزان* (محمدتقی مصباح یزدی، مترجم). تهران: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.طباطبایی، سید محمدحسین (١٣٨٥). *ترجمهٔ تفسیر المیزان* (سید محمدباقر موسوی همدانی، مترجم). تهران: دار العلم.

طباطبایی، سید محمدحسین (١٣٩٤ق). *المیزان فی تفسیر القرآن*. تهران: دار الکتب الإسلامیة.

طباطبایی، سید محمدحسین (بی‌تا). *حاشیة الکفایة*. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.

طبرسی، فضل بن حسن (١٤١٥ق). *مجمع البیان*. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.

طوسی، محمد بن حسن (١٣٨٧ق). *المبسوط فی فقه الإمامیة*. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.

عظیم‌زادهٔ اردبیلی، فائزه؛ و محمدی آرانی، اکرم (١٣٩١). نقش عرف در تفسیر حقوق غیرمالی زوجین. *فصلنامهٔ پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ٨(٢٩)، ص٧٩-٩٦.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ق-الف). *قواعد الأحکام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

علامه حلی، حسن بن یوسف (١٤١٣ق-ب). *مختلف الشیعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.علی‌دوست، ابوالقاسم (١٣٩٧). *فقه و عرف*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشهٔ اسلامی.

عمیر، سلیمان (١٤٣٣ق). *مجموعة بحوث فقهیة*. عربستان: دار العالم الفوائد.

فیض کاشانی، محمدمحسن (بی‌تا). *مفاتیح الشرایع*. قم: کتابخانهٔ آیت‌الله مرعشی نجفی.

کاتوزیان، ناصر (١٣٩١). *حقوق مدنی خانواده*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

گرجی، ابوالقاسم و دیگران (١٣٨٤). *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*. تهران: دانشگاه تهران.

محقق حلی، جعفر (١٤٠٨ق). *شرایع الإسلام*. قم: اسماعیلیان.
محقق داماد، سید مصطفی (١٣٧٦). *بررسی فقهی حقوق خانواده*. بی‌جا: نشر علوم اسلامی.
محمدی، ابوالحسن (١٣٧٥). *مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه*. تهران: دانشگاه تهران.مصطفوی، حسن (١٤٠٢ق). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: مرکز نشر.
مغنیه، محمدجواد (١٤٢١ق). *فقه الإمام جعفر الصادق*. قم: انصاریان.
مکارم شیرازی، ناصر (١٣٧٦). *تفسیر نمونه*. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
موسوی عاملی، محمد بن علی (١٤١١ق). *نهایة المرام فی شرح مختصر شرایع الإسلام*. قم: جامعهٔ مدرسین حوزهٔ علمیهٔ قم.
مهریزی، مهدی (١٣٩٠). *شخصیت و حقوق زن در اسلام*. تهران: علمی و فرهنگی.
میرزای قمی، ابوالقاسم (١٤١٣ق). *جامع الشتات فی أجوبة السؤالات*. تهران: مؤسسهٔ کیهان.
نجفی، محمدحسن (١٤٠٤ق). *جواهر الکلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
نوبهار، رحیم؛ و حسینی، سیده ام‌البنین (١٣٩٤). قاعدهٔ لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر. *فصلنامهٔ خانواده‌پژوهی*، ١١(٤١)، ٥٢-٧٢.
واسعی، سید محمد (١٣٨٧). *جایگاه عرف در فقه*. تهران: کانون اندیشهٔ جوان.
هاشمی شاهرودی، سید محمود (١٤١٧ق). *بحوث فی علم الأصول*. قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیة.