

## Rule-Making Custom and its Effect in Limiting the will with Emphasizing Family Rights<sup>1</sup>

Hosein Javar<sup>2</sup>      Mohaddeseh OsouliYamchi<sup>3</sup>      Mohammad Ashaiery  
Monfared<sup>4</sup>

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](mailto:hjavar@ut.ac.ir)

3. Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran. [m.osouli114@yahoo.com](mailto: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](mailto:m_ashayeri@miu.ac.ir)

## عرف حکمی و اثر آن در تحدید اراده با تأکید بر حقوق خانواده<sup>۱</sup>

حسین جاوری<sup>۲</sup>

محدثه اصولی یامچی<sup>۳</sup>

محمد عشایری منفرد<sup>۴</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۵/۲۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۱۹

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. دایره تعهدات، درجه و شرایط الزام‌آوری عرف، و نسبت آن با معروف و متعارف و نیز موقعیت نهادی آن در فرض تعارض با مقررات، از پرسش‌های مهم در ساحت عرف حکمی (قاعده‌ساز) است. به‌رغم گستره چشمگیر کاربریت عرف حکمی، به‌دلیل نبود منابع مطالعاتی کافی، ابهام‌های فراوانی پیش‌روی 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 مادی) 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، مفاد عرف حکمی، اگر از نوع تخییری باشد، بر قوانین تکمیلی تقدم دارد و رتبه آن بعد از قواعد امری و قرارداد است. چنین عرفی اعراض‌پذیر و توافقی برخلاف آن ممکن است و اگر عرف حکمی آمره باشد، بر قراردادها و اراده‌های اشخاص، مقدم خواهد بود. این عرف، اعراض‌پذیر نیست و توافقی برخلاف آن، غیرممکن است. در صورت 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 معین، حاکم قرارداد داده شود، رسیدگی به آن نیز مثل عرف حکمی در صلاحیت نظارتی دیوان عالی کشور خواهد بود.

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

۱. مقاله حاضر، مستخرج از رساله سطح چهار فقه خانواده با عنوان «کاربریت قاعده احترام در حقوق خانواده» در مؤسسه آموزش عالی معصومیه قم است.

۲. نویسنده مسئول) دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده‌گان فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

hjavari@ut.ac.ir

۳. دانش پژوه سطح چهار فقه خانواده مؤسسه آموزش عالی معصومیه، قم، ایران. m.osouli114@yahoo.com

۴. دانشیار گروه مترجمی مجتمع زبان، ادبیات و فرهنگ‌شناسی جامعه المصطفی العالمیه، 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 اراده 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 نحوه مواجهه با موضوع احکام و الزامات، ابهام‌ها و اشکال‌هایی وجود دارد یا ابهام‌ها و اختلاف‌هایی در نحوه 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 موضوعی 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 در قلمرو تعهدات الزام‌آور ناشی از قرارداد، مؤثر است و می‌تواند دایره تعهدات الزام‌آور ناشی از قرارداد را توسعه دهد یا محدود کند؟ اگر چنین خاستگاهی وجود دارد، تأثیر و الزام‌آوری 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 مستنبطه که خود قانون‌گذار، عهده‌دار بیان‌شان شده است، مشمول دخالت قانون‌گذار نمی‌شوند. عرف موضوعی در تبیین موضوعی احکام، معانی الفاظ و دلالت رفتارها، ویژگی اشیا و افراد و نظایر آن، نقشی مهم ایفا می‌کند. در نسبت به 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 از نوع امره یا تخییری باشد؛ به‌علاوه، ممکن است حسب مورد، در تنافی با مقررات امری یا تخییری قرار گیرد که باید حکم هر صورت در پرتو

تحلیل مناسب و درقبال اراده صریح و ضمنی اشخاص، سنخ مقررات و نیز مقررات بالادستی سنجیده شود.

عمل کردن 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 ۴، ص ۴۰۴). برای اینکه امری معروف و شایسته حمایت باشد، باید شرایطی داشته باشد. در پی حصول شرایط و نقض مفاد آن می‌توان واکنش مناسب را از طرف جامعه و نظام حقوقی انتظار داشت. به‌صورت خاص، در حقوق خانواده، عرف، معروف و متعارف، هم در جنبه‌های موضوعی و هم در جهات حکمی حقوق و تکالیف اشخاص و از جمله خانواده، نقش‌آفرین است.

در بحث عرف حکمی، دو نکته مهم باید مدنظر قرار گیرد: نخست، آنکه عرف، مفهومی درکنار شرع مقدس و درعرض آن پنداشته نشود؛ زیرا درواقع، الزام‌های عرفی درطول نظر شارع مقدس (اصطلاحاً منطقه الفراغ) و جایی هستند که شارع، حکمی ندارد یا درقلمرو برخی احکام، تجویزهایی برای پذیرش عرف می‌توان یافت؛ دوم، آنکه در فرض تنافی عرف حکمی با احکام امری شرعی و نیز قواعد و احکام امری قانونی، عرف، مردود است و تخطئه می‌شود. در این نوشتار، نخست، مفاهیم عرف و معروف، و قاعده 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 قاعده عرف

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

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

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

### ۱-۱. معنا و مفهوم «عرف»

واژه «عرف» در لغت، عبارت است از چیزی که بین مردم، رایج و شناخته شده باشد؛ مانند آداب و رسوم (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۸۱؛ دهخدا، ۱۳۵۸، «عرف»). در تعریفی مختصر و مفید می‌توان گفت عرف یعنی کیفیتی که در گذر زمان و به صورت طبیعی شکل می‌گیرد و شناسایی آن، چندان نیازمند به جست‌وجو نیست. برای دستیابی به مفهوم اصطلاحی عرف باید انواع آن را به درستی بشناسیم. انواع عرف را به اعتبار متعلقات آن، در قالب دو دسته بدین شرح می‌توان بررسی کرد:

#### الف) مفهوم عرف در ساحت الفاظ:

گاه متعلق 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 این گونه عرف به «استظهار کلامی و گفتاری» تعبیر کرده‌اند (صدر، ۱۳۹۵ق، ص ۱۶۸؛ خرازی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۲) که به اراده گوینده کلام مربوط می‌شود و می‌توان آن را با استفاده از تعبیر «فهم رایج» شناسایی و معرفی کرد. تعبیر ماده ۲۲۴ قانون مدنی را که به موجب آن، «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه»، در زمره همین قسم از عرف می‌توان ارزیابی کرد. در واقع، 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 قائم مقام لفظ باشد (مثل کتابت و اشاره)، استفاده کرد. تمام موارد این قسم از عرف در عرف موضوعی داخل می‌شود.

#### ب) مفهوم عرف در حوزه تلقی‌ها، رفتارها و بناها:

گاه متعلق عرف به «رفتارها و بناها نسبت به انجام کاری یا ترک آن» مربوط می‌شود (خرازی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۲) و می‌توان آن را در قالب دستورها و رویه‌های رایج و مرسوم شناسایی و معرفی کرد. این رویه‌ها ممکن است ناظر به شیوه شناسایی موضوعات باشد (عرف

موضوعی) یا به دستورها و دستورالعمل‌ها و بناگذاری اشخاص در مناسبات و معاملات افراد جامعه مربوط شود (عرف قاعده‌ساز). ماده ۲۲۵ قانون مدنی را که به موجب آن، «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف آن باشد، به منزله ذکر در عقد است»، در زمره همین قسم از عرف می‌توان ارزیابی کرد. نسبت عرف و عادت از قبیل «إِذَا اجْتَمَعَا، إِفْتَرَقَا وَإِذَا افْتَرَقَا، اجْتَمَعَا» است؛ بدان معنا که وقتی این دو مقوله با هم در یک عبارت، به کار روند، در معنا تفاوت می‌یابند. عرف به معنای رویه رایج اجتماع یا گروه معین است که به دو صورت خاص و عام بروز می‌کند. عادت نیز به معنی اخص، به رویه و عادت رفتاری یک یا چند شخص معین اطلاق می‌شود؛ اما اگر عادت به تنهایی به کار رود، به معنای اعم از عرف و عادت (به معنی اخص) نیز کاربرد دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۲۲). در ماده ۶۷۶ قانون مدنی، یکی از کاربردهای این نکته به خوبی نشان داده شده است. به موجب این ماده، «حق الوکاله وکیل، تابع قرارداد بین طرفین خواهد بود و اگر نسبت به حق الوکاله یا مقدار آن قرارداد نباشد، تابع عرف و عادت است. اگر عادت مسلمی نباشد، وکیل، مستحق اجرت المثل است».

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

پس از 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 عَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹)؛ یعنی: و با آنان به [شیوه] معروف معاشرت کنید؛ همچنین: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» (بقره، ۲۲۸)؛ یعنی: «و مانند همان [وظایفی] که بر عهده زنان است، به طور شایسته به نفع آنان [بر عهده مردان] است و مردان بر آنان درجه [برتری] دارند و خدا عزیز و حکیم است». در روایات و همچنین کلمات فقیهان (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۵، ص ۴۶)، مفسران (طباطبایی، ۱۳۸۵، ج ۴، ص ۴۰۴)، حقوق‌دانان (امامی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۴۳۰) و برخی مستندات قانونی هم به عرف و معروف ارجاع داده شده است؛ مثلاً عمل کردن به معروف در مراحل طلاق از جمله

در خصوص اعطای بهره مالی به زن هنگام وقوع طلاق<sup>۱</sup> به منظور رعایت جانب کرامت انسانی صورت می‌گیرد که به نظر برخی به نحو استحباب، تمام زنان مطلقه را شامل می‌شود (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۴، ص ۲۵۹) و برخی نیز آن را در خصوص زنان بدون مهریه، واجب دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۶، ج ۲، ص ۲۱۵). این بهره مالی که از آن تحت عنوان «متاع معروف» یاد شده، به نوعی تکریم زن به منظور رفع نیازمندی‌های ضروری اوست. در آیه ۲۳۶ سوره بقره نیز در خصوص پرداخت مهر المته به زن مطلقه، از عبارت «متاع معروف» استفاده شده است که یعنی آنچه مرد با ملاحظه توان اقتصادی خود به زن می‌پردازد؛ به گونه‌ای که نیاز وی را برطرف کند؛ و الا عنوان احسان بر عمل مرد صدق نخواهد کرد.

علاوه بر آنچه گفتیم، در خصوص رفتار با زن بعد از بازگشت به زناشویی نیز مردان به رفتار معروف امر شده‌اند (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۴، ص ۲۵۶)؛ مانند اینکه هدف مرد از رجوع به زن، اذیت و آزار او نباشد (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۰)؛ نه چنان که برخی مردان صرفاً با انگیزه آزار دادن و اذیت کردن 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 در قلمرو خانواده

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

در میان بایسته‌های مطرح شده، «معیار شناسایی شده و انکار نشده»، برجسته‌ترین ملاک است که با «شناسایی و انس افکار عمومی جامعه» تعریف می‌شود. به عقیده برخی صاحب‌نظران، «عرف، هر امری است که مردم در مجتمع خود، آن را بشناسند و آن را انکار نکنند» (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۴، ص ۴۰۴) و «معروف، آن است که افراد جامعه انسانی آن را می‌شناسند؛ بدون آنکه

۱. «وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقینَ» (بقره، ۲۴۱)؛ یعنی: «و فرض است بر مردان پرهیزکار که زنان طلاق‌داده‌شده را به شایستگی، چیزی دهند».

نسبت به آن، جاهل باشند یا آن را انکار نمایند» (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۴، ص ۲۵۵)؛ به نحوی که «انسان‌ها آن را با ذوق اجتماعی درک می‌کنند» (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۴، ص ۲۳۲) و نفس با آن آرامش می‌گیرد؛ زیرا طبع آدمی به گونه‌ای است که در صورت انکار کردن هر چیز، از آن وحشت می‌کند و به صورت طبیعی از آن دور می‌شود (این فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۲۸۱)؛ 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<sup>۱</sup>، بدان معناست که باید با زنان به صورت مرسوم و عرف معاشرت کرد (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۳، ص ۱۲۴).

با توجه به اینکه خداوند متعال در قرآن کریم، معروف را در نحوه معاشرت دخالت داده است (مهریزی، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹)، به نظر نمی‌رسد در اینجا به دست دادن معیاری مستقل در عرض دیگر معیارها مورد نظر باشد. در واقع، آنچه انکار شود، در همان مرحله شناخته شدن که رکن تشکیل عرف به شمار می‌آید، بازمانده و به مرحله استقرار و شیوع نرسیده است تا بتوان درباره اوصاف و آثارش گفت‌وگو کرد.

«پسندیده بودن (ستایش شدن) نزد عقلای جامعه» از دیگر معیارهاست. در این حوزه، پرسشی بدین شرح مطرح می‌شود که آیا پسندیده بودن از اوصاف عرف است یا خیر. بر سر این مطلب، بین نویسندگان، اختلاف نظر وجود دارد.

به نظر برخی (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۵۱۲)، پسندیده بودن و تأیید عقلی و اطمینان نفسانی از مفاد آن، از اوصاف عرف به شمار می‌آید و چون روش عموم مردم و سیره عقلای جامعه است (طبرسی، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۶۳۴)، از مصلحت‌اندیشی سرچشمه می‌گیرد و برای حفظ فرد و جامعه نظم و سامان یافته است (صدر، ۱۳۹۵ق، ص ۱۶۸)، عرف‌های رایج و درعین حال، ناپسند را دربر نمی‌گیرد؛ از این روی، به عقیده برخی اندیشمندان:

چون خداوند به انجام عرف امر کرده است (اعراف، ۹۹) [و عقلاً نمی‌توان به عرف ناپسند امر کرد]، هر عرفی را شامل نمی‌شود؛ بلکه عرفی مراد است که عقل

۱. «وَ عَاثِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء، ۱۹).



سلیم بر آن صحنه 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 توده مردم یک اجتماع است؛ لکن اجتماعی که از سلامت فطری برخوردار است و مردم آن در محدوده احکام فطری و وجدانی زندگی می‌کنند؛ از همین روی، وقتی شریعت به معروف توصیه می‌کند، به عادت‌های پسندیده مردم مسلمان که از عقل اجتماعی آنان سرچشمه گرفته، نظر دارد. برپایه این شرط، بسیاری از عرف‌های قبیح و زیان‌آور که عقل عملی، آنها را نمی‌پذیرد، در شناسایی معروف در جامعه هیچ نقشی نخواهند داشت (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

در ادامه، این دانشمند برجسته می‌افزاید: «معروف از نظر اسلام، کاری خواهد بود که هرگاه مردم راه فطرت را بپیمایند و از حدود آن تجاوز نکنند، آن را می‌شناسند» (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

برخی فقیهان (خرازی، ۱۳۷۴، ص ۱۵۲) عرف را دارای مفهومی گسترده‌تر دانسته و معتقدند مفهوم قرارداد اجتماعی نیز بر معنای عرف اثر می‌گذارد. از دیدگاه ایشان، عرف در واقع، نسبت به الفاظ، عبارات و معنانشناسی، جنبه استظهاری دارد و نسبت به اعمال و رفتار افراد جامعه، بنایی است که در میان عموم مردم یا اقوام و جماعتی خاص به یکی از جهات فطرت، عقل، قرارهای اجتماعی، هواهای نفسانی و... به وجود آمده و رواج یافته است؛ بر این اساس، گروهی معتقدند عرف، دستوری است که عموم مردم میان خود وضع کرده‌اند و عمل کردن به آن را بر خویش لازم و مخالفت با آن را ناپسند می‌شمارند. گرچه ممکن است عمل کردن به این دستور، ناگوار و دشوار باشد، مخالفت با آن، موجب سرزنش شدن 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 از نظر مردم فهمیده 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).

در مجموع به نظر می‌رسد بین این دیدگاه‌ها تفاوتی وجود ندارد. در واقع 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. از منظر فقیهان، عرف دو مفهوم دارد: یکی مفهوم اعم و دیگری مفهوم اخص. در مفهوم اعم، عرف مقبول، ممدوح و عقلایی در کنار عرف مردود و مذموم قرار می‌گیرد؛ اما عرف به معنی اخص، صرفاً گونه ممدوح، مقبول و عقلایی را شامل می‌شود؛ از این روی، معروف و عرف به رغم داشتن قرابت معنایی با یکدیگر مترادف نیستند و نوعی رابطه عموم و خصوص 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» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۲۳۹).

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

روش عقلا یا عرف به تنهایی مورداستناد در راه اثبات حکم قرار نمی‌گیرد؛ بلکه دلالت آن نسبت به حکم از جهت تأیید ضمنی شارع نسبت به آن است. استقرار روش در روابط افراد جامعه از آن جهت می‌تواند دلیل اعتبار شرعی و فقهی آن باشد که شارع با وجود روش مزبور، آن را مردود اعلام نکرده است و همین وضعیت، تأیید ضمنی شارع را نسبت به آن اثبات می‌کند (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۴۷).

در نتیجه دو وصف اخیر، «معروف، اسمی است برای هر فعلی که خوبی آن به وسیله عقل و شرع شناخته شود» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۱۶).

از دیگر اوصافی که برای معروف بیان شده، انطباق آن با فطرت و جنبه عقل عملی آن است. بین معروف و فطرت، ارتباطی تنگاتنگ وجود دارد و همان‌گونه که فطرت، مبنای تشریح است، می‌تواند مبنای فضایل و سنت‌های نیکو هم قلمداد شود (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۴، ص ۴۰۵). معروف، حکمی است که از ذوق جامعه‌ای سرچشمه می‌گیرد که بر طریقه فطرت بدون انحراف مشی می‌کند (طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۲، ص ۳۲۸). در این صورت،

معروف به لحاظ ماهیت، نوعی عرف حکمی است که از رویه خردمندان، فرزندان و فرهیختگان جامعه به دست می‌آید و مستقلاً و بدون نیاز به امضای شارع، حجیت ذاتی دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷ق، ج ۴، ص ۲۴۷). بر پایه این دیدگاه، سیره عقلا بالذات معتبر است؛ یعنی اعتبارش مبتنی بر دلیل دیگری نیست (طباطبایی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۰۶؛ طباطبایی، ۱۳۹۴ق، ج ۲، ص ۳۲۸).

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 عقلایی جامعه 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 به شمار می‌آید و مشتق، ظهور در فعلیت دارد؛ از این روی، در مصداق‌شناسی 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، ۱۳۹۴، ص ۵۷).

### ۱-۳. مفهوم «متعارف»

مفهوم «متعارف» را از جمله می‌توان با مجموع قیده‌های توضیحی‌ای که در ادبیات فقیهان و حقوق‌دانان به کار می‌رود یا در کنار الفاظی که معادل یا مترادف آن محسوب می‌شود، به دست آورد. در ادبیاتی که در این حوزه، از متفاهم عرفی تبعیت می‌کند، متعارف به صورت گسترده با کلمات و عبارتهایی مثل «معمولی و متعادل» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۶۹۹)، «معمول نزد مردم» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ۱، ص ۳۷)، «امر متعارف» («معقول»، «امر رایج متعارف» (سیفی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۸۱)، «معهود نزد عقلا» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ۵۱، ص ۲۰۵)، «فهم متعارف» (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۹، ج ۴۶، ص ۱۵۹)، «فرد متعارف»، «معنای متعارف به حسب متفاهم عرفی» (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۷، ص ۳۸۵)، «متعارف و معتاد» و «متعارف معمول به» (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۵، ص ۳۴) به کار می‌رود و متعلق آن، هر چیزی می‌تواند باشد؛ اعم از اینکه ارتکاز عقلایی و فهم رایج در قلمرو الفاظ یا عبارت یا دیگر امور موضوعی مثل کیل متعارف، اندازه 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 دوره عقدبستگی یا متعهدنبودن زوجه در تمکین خاص در دوره عقدبستگی؛ بنابراین، امر متعارف، عندالاقضاء هم می‌تواند جهت موضوعی را شامل شود و هم جهت حکمی را. اینکه سخن از تخطئه عرف به میان می‌آید، در غالب موارد به جهت حکمی عرف انصراف دارد.

## ۲. مبانی قانونی ضرورت توجه به عرف حکمی و موضوعی در قلمرو خانواده

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

در باره حاکمیت عرف موضوعی و مستندات آن، تردیدی وجود ندارد؛ مثلاً در صورت تردید در دلالت الفاظ که به جهات موضوعی قرارداد مربوط است، می‌توان به ماده ۲۲۴ قانون مدنی اشاره کرد که به موجب آن، «الفاظ عقود، محمول است بر معانی عرفیه». بررسی مبانی قانونی عرف حکمی باید با دقت بیشتری صورت گیرد.

در بخش قواعد عمومی قراردادها، به موجب ماده ۲۲۰ قانون مدنی، «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». در این ماده، الفاظی وجود دارد که با استفاده از آنها می‌توان استنادپذیری ماده مورد بحث را در اثبات عرف حکمی تقویت کرد. نخستین واژه از میان آنها «نتایج» است. نتایج حاصل شده از قرارداد را عمدتاً در قالب تعهداتی می‌توان مشاهده کرد که متوجه دو طرف می‌شود. تعهد هم چیزی است که به رغم داشتن جهات موضوعی، جنبه حکمی آن غلبه دارد. یکی دیگر از این قراین لفظی، فعل «ملزم می‌نماید» است. واژه «ملزم»، اسم مفعول از مصدر «الزام» است که در درجه اول، وجود حکم را نشان می‌دهد. در پایان ماده، مجدداً بر این واژه تأکید

شده است؛ بنابراین به نظر می‌رسد به موجب سیاق ماده ۲۲۰ می‌توان عرف حکمی را از جمله مصادیق عرفی دانست که عهده دو طرف قرارداد را مشغول و بدان ملتزم می‌کند و الزاماتی که منشأ عرفی دارند نیز جزو مفاد قرارداد محسوب خواهند شد؛ بدین ترتیب، قلمرو تعهدات دو طرف قرارداد به موارد اصلی ختم نمی‌شود؛ بلکه قانون‌گذار بنا به مصالح مختلف، ممکن است تعهدات دیگری را بر عهده آنان بگذارد. این بخش از تعهدات، ناشی از اختیار و اراده متعاقدين نیست؛ بلکه تحمیل آن بر دو طرف به لحاظ رعایت مصالحی است که با توجه به نوع قرارداد، مبنای آن الزامات تفاوت دارد. بر مبنای قسمت دوم از ماده ۲۲۰، تعهدات دو طرف قرارداد، ممکن است ناشی از بیان ضمنی یا صریح قرارداد و یا به موجب حکم قانون یا عرف باشد. تعهداتی که قانون‌گذار با عرف، خارج از موضوعات مورد توافق به آنان تحمیل می‌کند، تعهدات تبعی قراردادی نامیده می‌شوند.

علاوه بر آن، به موجب ماده ۲۲۵ قانون مدنی، «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است». در این ماده نیز قرینه‌های لفظی برای شمول ماده بر عرف حکمی وجود دارد؛ به ویژه، چنان‌که پیشتر نیز گفتیم، اصطلاح «متعارف بودن 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 بر اساس ارتکازی که از واژه «متعارف» وجود دارد، قوی‌تر است؛ زیرا در فهم رایج، وقتی از عبارت «امر متعارف» استفاده می‌شود، رویه‌ها، رسوم و دستورهای رایج، مورد نظرند. بنابر چنین تفسیری الزام‌های متعارف و رایج نیز جزو مفاد قرارداد محسوب خواهند شد؛ بنابراین، در جایی که قرارداد به حسب ظاهر، بیانی ندارد و قانون‌گذار هم حکمی بیان نکرده، ممکن است عرف در رتبه قاعده حقوقی و قانون، ملاک عمل قرار گیرد؛ یعنی سکوت قانون را جبران کند و خود، متضمن قاعده حقوقی‌ای باشد که در کنار قانون قرار می‌گیرد.

از منظر برخی حقوق‌دانان:

قرارداد دو مبنای اساسی دارد: اراده مشترک طرف‌های آن و قانون، و تأثیر عوامل دیگر مانند عرف به گونه‌ای 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 در برابر قانون و اراده طرف‌های قرارداد. مفاد مقررات تکمیلی و از جمله عرف، اصولاً برخاسته از نظم عمومی نیست و به همین جهت، انشاکنندگان قرارداد می‌توانند از آن اعراض و برخلاف آن توافق کنند؛ هرچند که مقررات مزبور نیز خود در جهت تأمین نظم قراردادی در روابط طرف‌های قرارداد وضع گردیده است. وضع مقررات مزبور، برخاسته از نظم عمومی است؛ اما مفاد این مقررات، مقتضای نظم عمومی نیست. در این میان، به اقتضای مصالح معاملاتی و انگیزه 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 در صورت جهل انشاکنندگان عقد نسبت به 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 آماره‌ای بر آگاهی ایشان نسبت به اقتضای عرف است؛ نه وضع یک مبنای بی‌ارتباط با اراده ایشان؛ همچنین می‌افزاید ناشی‌شدن حاکمیت عرف از اراده 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 استثنایی قانونی، قابل توجیه نیست؛ بنابراین، عدم تأثیر ناآگاهی طرف‌های قرارداد نسبت به عرف مربوط به داخل‌بودن اجزا و توابع مبیع در عقد ماده ۳۵۶ ق.م. را نمی‌توان به موارد دیگر عرف مجهول تسری 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 ماده 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 به‌بوتۀ 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 ماده ۳۵۶ 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 ماده ۳۶۵ قانون مدنی گفته شد (مصلحت قضایی مبتنی بر سهولت در فصل خصومت)، مطرح شود که خالی از قوت نیست. به‌طور طبیعی، این عرف، ذیل قرارداد و در رتبهٔ بعداز آن خواهد بود؛ اما درخصوص عرف حکمی الزام‌آوری که با مصالح ملزومه 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 صرف عرف موضوعی و عرف حکمی 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 پیش‌روی درپرتو عرف باید به دو تقسیم‌پی‌درپی 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 شایسته 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، راجع به امور موضوعی باشد یا حکمی، عرف بر دو قسم حکمی و موضوعی تقسیم می‌شود. عرف موضوعی ممکن است ناظر به فهم و ارتکاز عقلایی جامعه راجع به الفاظ، عبارات و اشاره یا موارد جایگزین این‌ها باشد (مثل سکوت در مقام بیان زوجه) یا به فهم متعارف درباره بعضی امور مثل معیوب بودن زن یا مرد و مالیت داشتن مهریه مربوط شود؛ به علاوه، 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 به صورت خاص، درباره نقش توافق یا اعمال یک‌جانبه 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 به مناسبت، تفاوت اصلی آن‌ها را بررسی کنیم.

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

منظور از عرف موضوعی، عرف مربوط به موضوع 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 مصرح قانون نیست؛ بلکه در مواردی نیز که قانون صریحاً آن‌ها را نام نبرده است، از عرف برای تفسیر قرارداد و غیر آن و روشن کردن جنبه‌های دارای ابهام استفاده می‌شود. در تشخیص قلمرو امور موضوعی قرارداد فقط به موارد مصرح از سوی متعاملین بسنده نمی‌شود؛ بلکه اگر امری در عرف، متعارف باشد، در صورت مرتبط بودن با قرارداد باید آن را به منزله ذکر در قرارداد دانست. در این صورت، این امر عرفی نیز به امور



موضوعی قرارداد ملحق می‌شود.

گاه ممکن است عرف موضوعی به دلیل 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 قراردادی دو طرف است و بدان معنا نیست که لزوماً مفاد آن هم حاوی حکم یا الزام قراردادی باشد. مسئله دیگری که برخی حقوق‌دانان به آن توجه کرده‌اند، این است که:

چون عرف مزبور به وسیله قانون‌گذار در امور معین، حاکم قرار داده شده، پس اظهار نظر نسبت به امور مربوط به آن درحقیقت، اظهار نظر نسبت به مقررات قانونی است که به آن اعتبار بخشیده است و در نتیجه، رسیدگی نسبت به آن، رسیدگی در جهت 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. در پی تفکیک دلیل حکومت عرف که ممکن است به حکم قانون و از جنبه قانونی باشد و مفاد عرف که ممکن است جهت موضوعی یا حکمی داشته باشد، می‌توان از این مغالطه عبور کرد؛ به علاوه، گاه، ممکن است خود قانون‌گذار در امور موضوعی دخالت کند که اصطلاحاً به آن‌ها موضوعات مستنبطه گفته می‌شود. اگر بیان شرعی در این حوزه از نوع ارشادی نباشد، الزام‌آور خواهد بود و دیگر مجالی برای مراجعه به عرف مغایر وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۴۸). شایان ذکر است که برخی موارد در هر دو جهت حکمی و موضوعی یعنی ممکن است چیزی از جهت 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، در زمره 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.

به منظور تبیین دقیق‌تر عرف موضوعی، در اینجا صرفاً برخی احکامی را که در فقه و

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

مورد اول، نحوه و میزان استحقاق زن بر نفقه است. از آنجا که نفقه زن از نظر کمیت، کیفیت و قلمرو شمول، حد شرعی ندارد، به عرف موکول شده است. مهم‌ترین مستند این حکم، دستور قرآنی معاشرت به معروف (متعارف مردم) با زنان است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق-ب، ج ۷، ص ۳۱۹؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۴۸۶؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۴۸۷؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۱۳). از جمله مصداق‌های معاشرت به معروف، انفاق زوجه است؛ به گونه‌ای که شایسته چنین زنی باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۶۶۹)؛ البته ممکن است تنگ‌دستی و گشاده‌دستی بر نحوه استحقاق زن و میزان نفقه او اثر بگذارد؛ مثلاً به صورت خاص، استحقاق زن به رویه پیشین وی در این حوزه و نیز شأن او در مقایسه با امثال و اقارانش بستگی دارد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص ۴؛ سبزواری (محقق)، ۱۴۲۳ق، ج ۲، ص ۳۰۱). گاه نیز در قلمرو مصادیق نفقه و تأثیر آن بر دعاوی زوجه، اختلاف‌هایی وجود دارد که جنبه موضوعی آن، غالب است.

مورد دوم، حق مسکن برای زوجه است. اگرچه این مورد نیز از مصادیق نفقه محسوب می‌شود، به دلیل 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، ۱۴۱۳ق، ج ۲۵، ص ۳۰۰). در تأمین این نیاز مهم، مرد باید شئون عرفی زن و نیازمندی‌های روحی و عاطفی وی را نیز در نظر 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، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۲۹۳)؛ زیرا «تدارک مسکن مناسب و جداگانه از مصادیق معاشرت به معروف و نگهداری همسر به شایستگی است که خداوند به آن امر کرده است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۳۹) و نوعی جمع بین برخی دلایل قرآنی مانند «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ» (قرآن کریم،

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

طلاق، ۶) و «عاشرو هُنَّ بِالْمَعْرُوفِ<sup>۱</sup>» (قرآن کریم، نساء، ۱۹) هم محسوب می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳ق-الف، ج ۳، ص ۱۰۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵، ص ۴۷۰؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۵۶۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۳۱۲)؛ یعنی اصل اولی<sup>۱</sup> 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 تهیه مسکن در نظر 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، ۱۳۷۶، ص ۳۱۰).

مورد سوم، بحث عسرو حرج زن به‌عنوان موضوع حکم ثانوی ناشی از قاعده نفعی دشواری غیر قابل تحمل (لا حرج) است. به عقیده 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 در نظر گرفتن وضعیت روحی، اخلاقی و اجتماعی زوجین و همچنین وضعیت محیط از حیث زمان و مکان، آن را تعیین می‌نماید (امامی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۳۷).

برای تشخیص دادن عسرو حرج زن در خانواده از سه ضابطه 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 مادی، روحی و روانی، شخصیت خود زن و میزان مقاومت یا آسیب‌پذیری او به‌طور ویژه مدنظر قرار می‌گیرد؛ زیرا ویژگی‌های خاص هر فرد در تحمل‌پذیری دشواری‌ها و مشکلات، مؤثر است و ضوابط نوعی را نمی‌توان به‌صورت یکدست در خصوص همه افراد اعمال کرد (ارجمند دانش، ۱۳۸۶، ص ۱۰۹). در معیار صنفی، وضعیت و خصوصیات یک زن متعارف در وضعیت خارجی زندگی زن مورد نظر در نظر گرفته می‌شود. این سنجه 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 [شیوه] معروف معاشرت کنید».

به‌شمار می‌آید. به‌موجب معیار مورد بحث، دادگاه این مسئله را بررسی می‌کند که آیا عوامل مورد ادعا معمولاً و عادتاً موجب عسرو حرج زنی با این وضعیت و شخصیت می‌شود یا خیر (اسدی، ۱۳۸۳، ص ۱۸۳؛ عظیم‌زاده اردبیلی و محمدی آرانی، ۱۳۹۱، ص ۹). در معیار نوعی، سنجۀ تشخیص، تحمل و طاقت انسانی متعارف، فارغ از جنسیت در وضعیت خارجی است. در مقام داوری و در بحث اثبات، چنانچه وضعیت شخص زن به‌گونه‌ای باشد که او نتواند موقعیت مشقت‌بار را تحمل کند، وی را باید فردی در نظر گرفت که در عسرو حرج است؛ ولی اگر بتوان مشقت خصوص او را احراز کرد، باید از معیار صنفی بهره گرفت. با توجه به اینکه زنان معمولاً آسیب‌پذیرترند، در صورت احراز حرج نوعی، حرج صنفی هم به‌طریق اولی<sup>۱</sup> محرز خواهد شد. این تحلیل، لزوماً در نسبت همه جلوه‌های معیار صنفی و نوعی، صحیح نیست؛ ولی در خصوص حرج زوجه، پذیرفتنی است.

به‌عنوان دیگر مصداق مورد مطالعه در عرف موضوعی می‌توان به مهرالمثل اشاره کرد که اصطلاحاً عبارت است از مهریه‌ای که «برحسب 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» (گرگی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۲۳۵). به‌موجب ماده ۱۰۹۱ قانون مدنی «برای تعیین مهرالمثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امثال و اقربان و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود».

معاضدت نیز از جمله مفاهیمی است که حدود آن از عرف تبعیت می‌کند (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰). به‌موجب ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی، «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند». ماده ۱۱۰۴ ق.م. از مصادیق حُسن معاشرت (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ص ۹۶۴) 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 بی‌قید و شرط و نامحدود

در نظر گرفت؛ بنابراین می‌توان در کنار قانون، حدود عرفی را نیز در کیفیت و حدود تمکین لحاظ کرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶؛ 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 مغایز با اخلاق حسنه، برآورده کردن آن درخواست‌ها بر زن واجب نیست (صفایی و امامی، ۱۳۸۷، ص ۱۴۶) 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 لازمه 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 مدنظر 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 رتبه بعد از شروط صریح و ضمنی قراردادی واقع است. به‌موجب ماده ۲۲۵ قانون مدنی، «متعارف بودن امری در عرف و عادت به‌طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به‌منزله ذکر در عقد است».

ب) مفهوم عرف حکمی (عرف قاعده‌ساز)، ارکان و مقایسه آن با عرف موضوعی: نقطه مقابل عرف موضوعی، عرف حکمی است که در اینجا مفهوم و ارکان آن را بررسی می‌کنیم.

در تبیین مفهوم عرف حکمی می‌توان گفت در کنار امور موضوعی قراردادها یا ایقاعات، امور حکمی هم وجود دارند. امور حکمی از قبیل الزام‌ها و التزامات، اصولاً در مفاد قرارداد یا در احکام قانون‌گذار منعکس می‌شوند؛ اما گاه آنچه جنبه حکمی دارد، در عرف نیز انعکاس می‌یابد و در خصوص 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 قاعده مستفاد از آن ضرورتاً بر دو رکن مادی و معنوی متکی است. رکن مادی، ناظر به فرایند تکوین عرف و سیر تکامل آن در میان عادات و رسوم اجتماعی و نیز این مسئله است که آن رفتار، عادت مردم قرار گیرد؛ مثل اینکه امر یا اموری در میان 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 ۴۷۶)؛ به نحوی که عادت مردم شود، در اذهان عمومی، تبعیت از آن، الزامی باشد و به صورت نوعی قاعده حقوقی درآید. در این صورت، زمینه برای استناد به عرف حکمی در جنبه‌های حکمی قضیه درحوزه دادرسی نیز فراهم می‌شود؛ هرچند به موجب تغییراتی که در بعضی متون قانونی رخ داده است، برخی در این مسئله تردید کنند.

در پی مقایسه 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 درباره 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، الزام‌آوردن و ضمانت اجرا مطرح نیست؛ بلکه صرفاً گفته می‌شود که این موضوع چنین است. و اگر الزامی به رعایت مفاد عرف موضوعی وجود دارد، از ناحیه 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 حکمی دعوا استناد می‌شود و دادرس بعداز احراز امور موضوعی دعوا به استناد همان عرف حکمی، حکم صادر می‌کند؛ درحالی که

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

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

عرف حکمی، بسته به درجه الزام‌آوری آن از منظر عرف و مواردی از قبیل متعلق عرف و ارتباط آن با نوع مصلحتی که در صدد تأمین یا حفظ آن است، به حسب مورد، ممکن است در قلمرو نفوذ اراده قرار گیرد که ذیل عرف تخییری واقع می‌شود؛ همچنین ممکن است به دلیل شدت اهتمام عرف به التزام و اهمیت مورد عرف و نظایر آن ذیل عرف حکمی امری قرار گیرد. در ادامه، این دو مورد را بررسی خواهیم کرد.

#### ۳-۲-۱. عرف حکمی تخییری

از آنجا که اصطلاح «عرف حکمی تخییری» از نوآوری‌های نوشتار حاضر است، باید نخست، مفهوم آن شناخته و سپس بر حسب مورد، نتیجه 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 از نوع حکمی هستند؛ چون در ماهیت، الزام‌ها و التزام‌هایی را دربر دارند که به تدریج و در رسوم و عادت‌های جمعی و اجتماعی شکل گرفته‌اند؛ مانند آنچه در خصوص قلمرو تعهدات مالی در حوزه خانواده وجود دارد؛ مثلاً در اصطلاح، استحقاق زوجه بر نفقه، طبق مشهور فقهی حکم شرعی و در اصطلاح حقوقی و طبق مشهور حقوقی، قاعده‌ای امری محسوب می‌شود؛ اما ممکن است در برخی عرف‌ها در عین التزام به اصل حکم و اصل استحقاق، به صورت جزئی و برای مدت عقد بستگی، نوعی محرومیت یا محدودیت در این استحقاق وجود داشته باشد؛ مثلاً امروزه، عرف در زمان عقد بستگی، جز در برخی هزینه‌ها زوج را مکلف به پرداخت نفقه نمی‌داند یا زوجه را مستحق نفقه به نحو تمام و کمال قلمداد نمی‌کند. ارتکازی بودن این مسئله در زمان ما کمتر محل تردید است. به عنوان مثالی دیگر می‌توان گفت امروزه، در عرف برخی مناطق، تأمین اقلام مورد نیاز برای زندگی مشترک در قالب جهیزیه برعهده زن است. در برخی مناطق

دیگر، این امر به صورت مشترک برعهده دو طرف است؛ یعنی بعضی اقسام را مرد و بعضی دیگر را زن تهیه می‌کند. گاه نیز همه هزینه‌ها متوجه مرد است. چنانچه دو طرف در مذاکرات قبل از عقد، تکلیف این مسئله را روشن کنند، موضوع از دایره بحث ما خارج می‌شود؛ اما در صورتی 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 مورد اشاره 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 پیش‌روی، عرف تخییری نامیده شده‌اند که به شیوه‌های مختلف، چه در قالب شروط بنایی، چه در قالب شروط ضمنی یا شروط ضمن عقد، امکان توافق برخلاف آن‌ها وجود دارد. در این صورت، بین مفاد عرف تخییری و مفاد ضمن عقد، تعارض ایجاد می‌شود. اولاً هم در عرف تخییری و هم در قرارداد، ملاک اصلی در نهایت، وابسته به اراده دو طرف است؛ ثانیاً شدت ارتباط مفاد عقد (اعم از صریح و ضمنی) با اراده اشخاص از عرف که حداکثر به منزله اراده ضمنی است، بیشتر خواهد بود؛ بنابراین، در این مورد، مفاد قرارداد تقدم دارد؛ زیرا عرف تخییری به منزله اراده ضمنی است و در برابر اعلام اراده قراردادی، اعم از آنکه صریح باشد یا ضمنی، تاب مقاومت ندارد. در واقع، از یک سو، مبنای حاکمیت عرف تخییری، اراده ضمنی دو طرف قرارداد است و از سوی دیگر، مضمون عرف تخییری، اعراض پذیر است؛ بنابراین، اگر مفاد صریح یا ضمنی قرارداد برخلاف مضمون عرف باشد، این مسئله به معنای اعراض از آن مضمون خواهد بود و دیگر نمی‌توان آن را به اراده دو طرف نسبت داد؛ بدین سبب، رویه محاکمی که بدون لحاظ کردن این تحلیل، به محکومیت زوج برای تأمین نفقه در ایام عقد بستگی یا تعهد زوجه به تهیه کردن تمام یا بخشی از جهیزیه حکم می‌کنند، خالی از اشکال نیست.

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

ممکن است بین عرف تخییری و مفاد ضمنی عقد، تعارض به وجود آید. در این وضعیت به نظر می‌رسد مفاد ضمنی عقد بر عرف، مقدم خواهد بود. دلایل این مدعا ضمن بیان مفهوم



عرف تخییری توضیح داده شد.

تعارض دیگر، ممکن است بین عرف تخییری و قوانین تکمیلی به وجود آید. در این فرض: در هر حال، عرف مقدم خواهد بود؛ زیرا مقررات تکمیلی، خود، الهام گرفته از عرف است و عرف نسبت به مقررات تکمیلی اصالت دارد و نتیجه اراده مشترک طرف‌های قرارداد است و منشأ مستقل دیگری ندارد؛ بنابراین، عرف نسبت به مقررات تکمیلی اصالت دارد و روشن تر می‌تواند اراده مشترک طرف‌های قرارداد را نشان دهد (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۳۶۰).

این تقدم حتی جایی که عرف پس از وضع مقررات تکمیلی وجود یافته باشد نیز وجود دارد و به منزله کنار گذاشتن مقرره تکمیلی توسط عرف تخییری است و از این جهت، مانعی وجود ندارد؛ زیرا تنها مانع، امری بودن مقررات است که حسب فرض در اینجا منتفی خواهد بود. چنانچه قانون مدبّنظر از نوع امری باشد، در هر حال، بر عرف تقدم دارد؛ اعم از اینکه عرف بر آن مقدم باشد یا بعد از وضع قانون امری، عرف برخلاف آن شکل گرفته باشد.

### ۳-۲-۲. عرف حکمی امری

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

### ۳-۲-۲-۱. مفهوم عرف حکمی امری (آمره)

این گونه عرف را چنان که از نامش پیداست، می‌توان عبارت از عرفی دانست که اولاً حاوی الزام و التزام است و به لحاظ عنصر معنوی، کیفیتی دارد که افراد آن عرف، مفاد آن را بر خود الزام آور می‌دانند؛ ثانیاً از منظر عرف، درجه الزام‌آوری و حد التزام به مضمون آن در حدی است که عقلاً عدول از آن را در قالب قرارداد و غیر آن، جایز نمی‌دانند. مبنای این التزام و شدت آن، ممکن است به دلیل ارتباط مفاد برخی رویه‌ها و دستورهای عرفی، با

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

### ۳-۲-۲. 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 مبتنی بر آموزه‌های شرعی، مصادیق نادری دارد، در هر حال، چون عرف، مشرّع نیست و نمی‌تواند در عرض شارع مقدس قرار گیرد، در صورت 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، در برابر قواعد امری قانونی، تاب‌آوری ندارد و از درجه اعتبار، ساقط است. در واقع، قلمرو حکومت عرف حکمی، منطقه‌الفراغ قانونی و شرعی یا جایی است که در برابر آن، قواعد تخییری و غیرالزام‌آور وجود داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۹۶-۱۹۷)؛ بدین ترتیب، عرف حکمی فاسد که در اثر آن، مصلحتی از بین برود، مفسده‌ای تولید شود، حکم شرعی نقض شود یا فساد و تباهی‌ای رواج یابد (عمیر، ۱۴۳۳ق، ص ۲۶)، در تنافی بین عرف و قانون آمره، اعم از آنکه شرعی باشد یا قانونی، عرف نمی‌تواند منشأ الزام و التزام باشد (ساکت، ۱۳۷۱، ص ۳۵۳-۳۵۴). در این موارد می‌توان گفت عرف از سوی قانون بالادستی تخطئه شده است؛ در نتیجه، اگر نصی از شارع یا قاعده قطعی در شرع وجود داشته باشد، نمی‌توان برخلاف آن‌ها به عرف و عادت عمل کرد و به‌طور کلی، هرگاه عمل کردن به عرف، موجب تعطیلی نص شرعی شود، عرف از اعتبار می‌افتد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۲۶۰).

در خصوص نحوه تنافی در این ساحت نیز می‌توان دو صورت را تصور کرد: نخست، عرف‌های امری سلبی و دوم، عرف‌های امری ایجابی که از سوی شارع و قانون‌گذار تخطئه،

انکار، رد و منع شده‌اند؛ بدان معنا که شارع و قانون‌گذار عمداً و به قصد برهم‌زدن نظام عرفی سامان‌یافته و خلاف موازین قانونی و شرعی یا بلاوجه‌بودن رویه موجود و بسامان‌کردن رویه‌ای جدید و جایگزین کردن دستوری تازه به جای 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، مقدم است؛ اعم از آنکه تاریخ امر شرعی، مقدم 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 مستندات قانونی (مثل ماده 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، به‌مثابه قاعده 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 رد‌نشدن 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 می‌آورد؛ تا آنجا که مصادیقی از عرف حکمی باوجود آنکه در نگاه اول، الزام‌آور به‌شمار می‌آیند، از دایره مصادیق معروف خارج می‌شوند و درزمره 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 از سوی 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 به معنی الاخص) و نیز نسبت‌هایی که از واژه‌های حکمی و موضوعی و حکم قانون حاکم ناشی می‌شود، غفلت کرد؛ از جمله اینکه اگر معلوم شود دخالت عرف موضوعی در مناسبات اشخاص، ریشه قانونی دارد، نظارت بر عملکرد دادگاه‌ها در این حوزه نیز در صلاحیت دیوان عالی کشور خواهد بود.

### منابع

#### قرآن کریم.

ابن فارس، ابی‌الحسین احمد (۱۴۰۴ق). معجم مقاییس اللغة (عبدالسلام هارون، مصحح). قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق). لسان العرب (جمال‌الدین میرداماد، محقق). بیروت: دار صادر.

ارجمند دانش، جعفر (۱۳۸۶). بررسی قاعده عسرو حرج و کاربرد آن در طلاق. تهران: بهنامی.

اسدی، لیلا سادات (۱۳۸۳). جایگاه عسرو حرج قانون و رویه. نشریه ندای صادق، ۶(۳۴-۳۵)، ص ۹-۲۹. امامی، سید حسن (۱۳۷۴). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.

جمعی از پژوهشگران (۱۳۸۹). فرهنگ فقه، مطابق مذهب اهل‌بیت - علیهم السلام (سید محمود شاهرودی، زیر نظر). قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت - علیهم السلام.

جمعی از پژوهشگران (۱۴۱۷ق). معجم فقه الجواهر (سید محمود شاهرودی، زیر نظر). بیروت: الغدیر.

جمعی از مؤلفان (بی‌تا). مجله فقه اهل‌بیت - علیهم السلام (فارسی). قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت - علیهم السلام.

حائری شاه‌باغ، سید علی (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی. تهران: گنج دانش.

حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت - علیه السلام.

خرازی، سید محسن (۱۳۷۴). مصاحبه در نقش زمان و مکان در اجتهاد. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- دهخدا، علی اکبر (۱۳۵۸). لغتنامه (محمد معین و سید جعفر شهیدی، زیر نظر). تهران: دانشگاه تهران.
- راغب اصفهانی، حسین (۱۴۱۲ق). مفردات ألفاظ القرآن. لبنان: دار العلم.
- روحانی، سید صادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (جلد ۱۷). قم: دار الکتب- مدرسه امام صادق علیه السلام.
- ساکت، محمدحسین (۱۳۷۱). دیباچه‌ای بر دانش حقوق. مشهد: نشر نخست.
- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام. قم: المنار.
- سبزواری (محقق)، محمدباقر (۱۴۲۳ق). کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- سیفی، علی اکبر (۱۴۲۷ق). دلیل تحریر الوسيلة: المضاربة. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: داوری.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). اصول قراردادها و تعهدات. تهران: عصر حقوق.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۳). سقوط تعهدات. تهران: مجد.
- صدر، محمدباقر (۱۳۹۵ق). المعالم الجدیة. تهران: مکتبه النجاشی.
- صفایی، سید حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۸۷). حقوق خانواده. تهران: دانشگاه تهران.
- طباطبایی، سید محمد (بی تا). کتاب المناهل. قم، مؤسسه آل البيت.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۶۷). ترجمه تفسیر المیزان (محمدتقی مصباح یزدی، مترجم). تهران: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۸۵). ترجمه تفسیر المیزان (سید محمدباقر موسوی همدانی، مترجم). تهران: دار العلم.
- طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۹۴ق). المیزان فی تفسیر القرآن. تهران: دار الکتب الإسلامية.
- طباطبایی، سید محمدحسین (بی تا). حاشیة الکفایة. قم: بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۱۵ق). مجمع البیان. بیروت: مؤسسة الأعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
- عظیم‌زاده اردبیلی، فائزه؛ و محمدی آرانی، اکرم (۱۳۹۱). نقش عرف در تفسیر حقوق غیرمالی زوجین. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۸(۲۹)، ص ۷۹-۹۶.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق-الف). قواعد الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق-ب). مختلف الشیعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی. علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷). فقه و عرف. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- عمیر، سلیمان (۱۴۳۳ق). مجموعه بحوث فقهیة. عربستان: دار العالم الفوائد.
- فیض کاشانی، محمدحسین (بی تا). مفاتیح الشرایع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱). حقوق مدنی خانواده. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گرچی، ابوالقاسم و دیگران (۱۳۸۴). بررسی تطبیقی حقوق خانواده. تهران: دانشگاه تهران.
- محقق حلی، جعفر (۱۴۰۸ق). شرایع الإسلام. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۶). بررسی فقهی حقوق خانواده. بی‌جا: نشر علوم اسلامی.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۷۵). مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه. تهران: دانشگاه تهران. مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق). التحقیق فی کلمات القرآن الکریم. تهران: مرکز نشر.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه الإمام جعفر الصادق. قم: انصاریان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۶). تفسیر نمونه. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
- موسوی عاملی، محمد بن علی (۱۴۱۱ق). نهاية المرام فی شرح مختصر شرایع الإسلام. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- مهریزی، مهدی (۱۳۹۰). شخصیت و حقوق زن در اسلام. تهران: علمی و فرهنگی.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبة السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نوبهار، رحیم؛ و حسینی، سیده ام‌البنین (۱۳۹۴). قاعده لزوم معاشرت به معروف در روابط زن و شوهر. فصلنامه خانواده‌پژوهی، ۱۱(۴۱)، ۵۲-۷۲.
- واسعی، سید محمد (۱۳۸۷). جایگاه عرف در فقه. تهران: کانون اندیشه جوان.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۷ق). بحوث فی علم الأصول. قم: مرکز الغدیر للدراسات الإسلامیه.