

Examining the Place of Custom in Determining Women's Economic Rights

ARTICLE INFO

Article Type
Research Article

Authors

Zahra Yousefi Mesri¹
Abolghasem Naghibi^{2*}
Faezeh Moghtadaei³

How to cite this article

Zahra Yousefi Mesri,
Abolghasem Naghibi, Faezeh
Moghtadaei, Examining the
Place of Custom in Determining
Women's Economic Rights,
*Journal of Islamic Life Style
Centered on Health*.
2023;6(4):448-456.

1. Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

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

* Correspondence:

Address:

Phone:

Email: da.naghibi@motahari.ac.ir

Article History

Received: 2022/02/20

Accepted: 2022/05/24

ABSTRACT

The family is the most important social institution in which human personality is formed and influences society. Family members are also influenced by social customs and laws in society. Accordingly, custom has an important role and influence of the family. In fact, custom is one of the effective factors in various dimensions of family law, so that the spread of correct custom and following it will lead to the observance of their real rights, and otherwise, the foundations of the family and thus the foundations of society will be shaken. will be. Therefore, in Iranian law, following Imami jurisprudence, special attention has been paid to custom and its role in the field of family law. Therefore, in this article, the position and role of custom in determining the economic rights of women in the family is examined. The findings of this study indicate that jurisprudential and civil laws in women's financial rights, including: determining the amount of dowry, alimony, dowry and the return of engagement gifts are greatly influenced by custom. This research has been done descriptively and analytically.

Keywords: Custom, Financial Rights, Family, Alimony, Dowry

بررسی جایگاه عرف در تعیین حقوق اقتصادی زن

زهرا یوسفی مصری^۱

گروه فقه و مبانی حقوق، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

ابوالقاسم نقیبی^{۲*}

استاد، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

فائزه مقتدایی^۳

استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق، واحد تهران شمال، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

خانواده مهم ترین نهاد اجتماعی است که شخصیت انسان در آن شکل می گیرد و جامعه را تحت تاثیر خود قرار می دهد. افراد خانواده نیز متأثر از عرف و قوانین اجتماعی در جامعه نقش آفرینی می کنند. بر این اساس عرف نقش مهم و اثر گذاری خانواده دارد. در واقع عرف از عوامل مؤثر در ابعاد مختلف حوزه حقوق خانواده محسوب می شود، به طوری که گسترش عرف صحیح و پیروی از آن، رعایت حقوق واقعی آنان را در پی خواهد داشت و در غیر این صورت، ارکان خانواده و در نتیجه مبانی جامعه متزلزل خواهد شد. از این رو، در قوانین ایران نیز، به تبعیت از فقه امامیه، به عرف و نقش آن در زمینه حقوق خانواده توجه ویژه ای شده است. بنابراین در این مقاله جایگاه و نقش عرف را در تعیین حقوق اقتصادی زن در خانواده بررسی شده است. یافته های این پژوهش بیانگر آن است که قوانین فقهی و مدنی در حقوق مالی زن از جمله: تعیین میزان مهریه، نفقه، نخله و نیز استرداد هدیه نامزدی به میزان زیادی تحت تاثیر عرف می باشند. این پژوهش به صورت توصیفی و تحلیلی انجام گرفته است.

کلیدواژه: عرف، حقوق مالی، خانواده، نفقه، مهریه

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۳/۰۳

*نویسنده مسئول: da.naghibi@motahari.ac.ir

مقدمه

با بررسی قوانین و مقررات جوامع گذشته در می یابیم که عرف پا به پای قانون، در حفظ نظم و ارتقای زندگی انسان ها نقش مهمی ایفا کرده است. با گذشت سالیان دراز، هنوز عرف به عنوان یک عامل مهم در تعیین قواعد حقوقی نقش و جایگاه خود را حفظ کرده است. قوانین مدنی جمهوری اسلامی که عمدتاً متأثر از فقه شیعه و فتاوی مشهور فقهای امامیه است، تکلیف بسیاری از موضوعات معمول و رایج بین افراد در زندگی اجتماعی را به تشخیص عرف موکول کرده که البته صحت آن منوط به احراز شرایطی است که مهم ترین آن ها عدم مخالفت با شرع است.

عرف، از ابزارهای کارآمد مجتهد در استنباط احکام شرعی می باشد. و از پدیده های بحث برانگیز و متغیر فقه و حقوق شیعه است که باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات احکام و قوانین جامعه می شود. از این رو، فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد تا پویایی و روز آمدی فقه شیعه محفوظ بماند.

در این بین، خانواده به عنوان اصلی ترین نهاد اجتماعی و به دلیل رسالت و نقش آفرینی آن در سلامت و استحکام جامعه از اهمیت و جایگاه ویژه ای در آیین اسلام برخوردار می باشد و مهم ترین قواعد و دستورات را در مورد خانواده به خصوص حقوق مالی خانواده وارد شده که تحت تاثیر عرف می باشد. مهریه، نخله، نفقه زوجه، هدیه نامزدی از مهم ترین موارد حقوق مالی خانواده محسوب می شوند که قواعد و دستورات آن تحت تاثیر عرف تعیین می گردد. بنابراین در پژوهش بر آئین جایگاه و نقش عرف در تعیین حقوق مالی خانواده را به دست می آوریم. انجام این پژوهش به شیوه توصیفی و تحلیلی می باشد.

ابوالقاسم علیدوست در کتاب «فقه و عرف» را که توسط پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی در سال هزار و سیصد و نود و چهار، به چاپ رسیده است که در چکیده کتاب آورده: اهمیت عرف و قواعد عرفی، در نظام های حقوقی را بیان کرده و نقش عرف، در نظام حقوقی اسلام بررسی کرده و رابطه عرف با شریعت و نقش آن در استنباط احکام را بیان کرده است. اکرم محمدی در کتاب «نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده» موضوعات متعددی را در باب حقوق خانواده و نقش عرف در این حقوق را مطرح کرده است. فهیمه ملک زاده و مونا احمدلو در مجله ی پژوهشنامه ی متین، سال چهاردهم، پاییز ۱۳۹۱ شماره ۵۶ مقاله ای را تحت عنوان «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی براندیشه های امام خمینی» به چاپ رسانده اند که در این مقاله نقش عرف در پویایی فقه و تغییر حکم شرعی و از جمله مصادیقی از حقوق مالی همسران مورد بحث قرار گرفته است. فاطمه میرانپور در رساله خود تحت عنوان «نقش عرف در مهریه و نفقه از دیدگاه فقه و خانواده» که در سال ۱۳۸۵ در دانشکده الهیات دانشگاه تهران دفاع گردیده، فقط نقش عرف در مهریه و نفقه را از دیدگاه فقه و خانواده مورد بررسی قرار داده است.

مهر در لغت به معنای «پول یا مالی است که به ذمه شوهر گذاشته می‌شود تا به زوجه بدهد» (معین، ذیل واژه مهریه). مهر در اصطلاح حقوقی عبارت از «مالی است که به مناسبت عقد نکاح مرد ملزم به دادن آن به زن می‌شود» (۵). مهریه یکی از مهمترین آثار مالی نکاح است که تحت تاثیر فراوان عرف قرار دارد به گونه ای که در تعیین مهر، نوع و وصف آن، مقدار و حدود آن و نیز نحوه تسلیم یا پرداخت مهریه دآوری عرف ملاک عمل قرار می‌گیرد. (۶) مهر که به آن صداق هم می‌گویند، عطیه و پیشکشی است (۷) که مرد در قبال ازدواج به زن خود می‌دهد و پرداخت آن باید با رضایت و صداقت و صفا، همراه باشد. قرآن کریم نیز مردان را امر می‌فرماید: «که صداق زنان خود را با رغبت و رضایت بپردازند» (نساء، ۴) مهر انواعی دارد که در همه آن ها، عرف نقش مهمی دارد. این موارد عبارتند از: مهر المسمی، مهر المثل، مهر المتعه (۸).

این اصطلاح در ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی آمده است. و تعریف آن عبارت است از: «مال معینی است که به عنوان مهر با توافق زوجین تعیین می‌شود یا شخصی که زوجین انتخاب کرده‌اند، تعیین می‌نماید» (۹) در ماده ۱۰۸۰ قانون مدنی در باره مقدار مهر آمده است: «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است». ضمن اینکه در ماده ۱۰۷۹ بیان شده «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آن ها بشود معلوم باشد».

ابوالعباس می‌گوید: «از امام صادق (علیه السلام) درباره مهریه پرسیدم: «هَلْ لَهُ وَقْتُ؟ قَالَ: لَا ثُمَّ قَالَ: كَانَ صَدَاقُ النَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ) ... خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ» (۱۰)؛ (آیا مهریه اندازه خاصی دارد؟ امام (ص) فرمود: نه، سپس فرمود: مهریه [همسران] پیامبر (ص) ... پانصد درهم بود. امام باقر (ع) فرمود: «الصداق ما تراضيا علیه قل او کثر» (۱۱) یعنی آنچه طرفین ازدواج به آن راضی می‌شوند کم باشد یا زیاد همان مهریه است.

چنانچه ملاحظه می‌شود، «قاعده مستفاد از روایات این باب، ارجاع تعیین مقدار و نوع اقلام مورد نظر، به درخواست و تراضی طرفین عقد یا به عبارتی عرف جامعه است و هر چند در برخی از آنها به تناسب از میزان یا مصادیق خاصی سخن به میان آمده، اما به اقتضای قاعده فوق، موارد مذکور، صرفاً به عنوان نمونه و از باب تطبیق قاعده بر مصادیق عینی ملاحظه می‌شوند».

اصطلاح مهر المثل را اینگونه شرح می‌دهند: «ما یرغب به فی مثلها نسباً و سناً و عقلاً و یساراً و بکاره و اضدادها و غیرها ممّا تختلف به الاغراض» منظور از «مثل» عبارت است از صفاتی که میان افراد و اشخاص به صورت قوی مشترکاً وجود داشته باشد و مهر المثل که از اقسام مهریه در فقه و حقوق اسلام محسوب می‌شود، بر اساس این صفات مشترک و نظر عرف جامعه تعیین می‌شود. در واقع، موارد کاربرد آن در جایی است که مهریه در زمان وقوع عقد توافق نشده، یا توافق شده ولی آن مهر باطل بوده، یا فاقد

«واژه عرف در لغت دارای معانی متعددی است مانند بخشش و اعتراف» هم چنین گفته شده غالباً چیزی به صورت عرف در می‌آید که اکثر قوم یا ملت آن را نیکو بدانند به همین جهت کلمه معروف در مورد عرف و عادت به کار می‌رود. (۱) غزالی هم در این باره گفته: «العادة والعرف ما استقر فی النفوس من جهة العقل وتلقته الطباع بالقبول... عرف و عادت روشی است که با یاری عقل در نفوس جای می‌گیرد و طبایع سالم آن را مورد پذیرش قرار می‌دهند» (۲) و در اصطلاح حقوق موضوعه گفته شده است: «عرف قاعده ای است که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم می‌شود» (۳) حقوق مالی

با وجود اینکه عقد ازدواج، پیمانی غیر مالی است و زن و مرد بر ایجاد رابطه همسری یا ایجاد ارتباط زناشویی هم پیمان می‌شوند، نمی‌توان آثار حقوق و تکالیف مالی ناشی از این پیمان مقدس را نادیده گرفت. به محض جاری شدن صیغه عقد ازدواج، حقوق مالی زوجین و به دنبال آن، وظایف همسران در این خصوص، آغاز می‌شود. آشنایی با حدود و احکام این دسته از حقوق و تکالیف، این بینش و درک را به زوجین می‌دهد تا نسبت به یکدیگر برخوردی عادلانه و آگاهانه داشته باشند. البته این آگاهی از حقوق و وظایف مالی به معنای تبدیل خانواده به نهادی اقتصادی نیست و نباید آگاهی زنان و مردان از حدود تعهدات مالی یکدیگر را به مفهوم مطالبه قانونمندان این حقوق و ادای این وظایف برشمرد، زیرا این موازین و مرزهای حق و تکلیف از لوازم حداقلی زندگی مشترک می‌باشد و تعیین کننده حیات متعالی و انسانی نیست. آنچه زندگی مشترک را به حیاتی پاک و مبارک مبدل می‌سازد، زیستن در سایه احسان، رحمت، مودت، و مشارکت بر تقوی و کارهای نیک است. (۴)

«بنابراین پس از وقوع نکاح، زن و شوهر بحکم قانون حقوق و تکالیف گوناگونی در برابر هم پیدا می‌کنند» (ماده ۱۱۰۲ ق.م). درست است که بیشتر این حقوق جنبه مالی ندارد و پیوند معنوی زن و شوهر اهمیت بیشتری را داراست ولی اداره خانواده و تربیت فرزندان، هزینه هایی دارد که باید یکی از زوجین یا هر دو متحمل شوند. «همین ضرورت سبب شده است که زن و مرد از نظر مالی نیز باهم رابطه حقوقی پیدا کنند و قانون در تنظیم این رابطه نظارت داشته باشد. از سوی دیگر، قانون گذار برای جبران نقص ارث زن و جلوگیری از طلاق های بی مورد، مقرر کرده است که مرد هنگام ازدواج، مالی به عنوان مهریه به زن بدهد و طرفین می‌توانند در باب میزان و شرایط پرداختن این مال باهم توافق کنند. اجرای این قرارداد نیز در روابط زن و شوهر، حقوق و تکالیفی بوجود می‌آورد که جنبه مالی دارد» (۵)

با توجه به موارد فوق به نظر می‌رسد، که حقوق مالی، آن دسته از حقوقی است که متعلق آن، مالی است که ارزش اقتصادی و مبادله ای دارد و حقوق مالی در قلمرو خانواده از منظر حقوق اسلام و قانون مدنی و قانون حمایت خانواده جمهوری اسلامی ایران، به زن اختصاص دارد.

آیه ۲۳۶ سوره بقره می باشد (۱۴). «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ» (بقره، ۲۳۶) باکی بر شما نیست اگر طلاق دهید زنانی را که با آنان مباشرت نکرده و مهری مقرر نداشته‌اید ولی آنها را به چیزی بهره‌مند سازید، دارا به قدر خود و نادار به قدر خویش به بهره‌ای شایسته او، که این سزاوار مقام نیکوکاران است.»

همچنین در روایتی از ابی الصباح کنانی آمده است امام صادق(ع) فرمودند: «که هرگاه مردی همسرش را پیش از نزدیکی طلاق دهد، نصف مهر او را باید بدهد. اگر مهری برای او تعیین نکرده باشد باید با توجه به آنچه عرف می پسندد و وضعیت مالی او اجازه می دهد، زن را بهره‌مند سازد(۱۵). نظر مشهور نیز که براساس در خصوص میزان مهرالتمتع توجه به وضعیت اقتصادی مرد را ملاک می داند که بر اساس آن هدیه ای درخور به او اهدا کند(۱۴).

بنابراین، «در تعیین مهرالتمتع وضعیت اجتماعی و عرفی مرد ملاک عمل است. اگر مردی بخواهد همسر خود را قبل از نزدیکی و تعیین مهر طلاق دهد، باید به تناسب وضعیت مالی خود و با در نظر گرفتن عرف و عادت محل زندگی خویش، مالی را به عنوان مهرالتمتع به همسر خود بپردازد.»

نفقه

نفقه در لغت به معنای آنچه صرف هزینه عیال و اولاد کنند، هزینه زندگی زن و فرزندان، روزی و مایحتاج معاش آمده است. «نفقه اسم است از اتفاق و در شرع چیزی است که بقاء شیء بر آن موقوف باشد از ماکولات و مشروبات و ملبوسات. و اسباب وجوب اتفاق و نفقه، زوجیت، قرابت و ملک است. بنابراین نفقه ی زن دائم واجب است و وجوب آن به شرط تمکین کامل است، پس صغیره و ناشزه را نفقه نیست»

اصل وجوب نفقه مسئله ای اجماعی است که تمام فقها بر آن اتفاق نظر دارند و علاوه بر فقهای امامیه تمام فقهای عامه نیز اصل وجوب نفقه را پذیرفته اند و هیچ رأی مخالفی در این زمینه مشاهده نشده است(۱۵)

نقش عرف در شناخت مصادیق و میزان نفقه

در شرع برای نفقه، مقدار معینی مشخص نگردیده است(۱۴). ولی برای شناخت مقدار و میزان و نفقه نیاز به ملاک و معیارهای مشخصی می باشد که در اینجا به آن پرداخته خواهد شد. در باره برخی از مصادیق نفقه بین فقها اختلاف نظری وجود ندارد، به عنوان مثال کسی در نفقه بودن خوراک، پوشاک و مسکن شک ندارد، اما در برخی دیگر اختلاف نظرهای عمیقی دیده می شود. در این میان صاحب جواهر با اشاره به اقوال به ظاهر متعارض در زمینه های اختلافی نفقه، بعد از اشاره به اموری که به عنوان مصادیق نفقه واجب در کتب فقهی آمده است، تعیین این مصادیق را بدون اشکال نمی داند و ارجاع به عرف را در تعیین مصادیق نفقه ترجیح می دهد. به نظر ایشان موارد استثناء در کلام فقها پذیرفته نیست و معتقد است، اگر دلیل و ملاک در مقدار نفقه، معاشرت به نحو پسندیده

مالیت باشد، یا مشروط به عدم مهر در عقد باشد، یا اینکه اساساً نکاح به نحوی از انحا باطل بوده و زن به بطلان نکاح جاهل باشد، با توجه به تمام این موارد، زن زمانی مستحق مهرالمثل می باشد که عقد منعقد شده و ارتباط زناشویی برقرار شود، یعنی نزدیکی، شرط استقرار مهرالمثل است. در خصوص مهرالمثل مهمترین دلیلی که فقها در قالب ادله فقهی به آن استناد کردند، روایت «... لها صدق نساءها» می باشد.

مطابق ماده ۱۰۹۱ ق.م برای تعیین مهرالمثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به اقارب، امثال و اقربان و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود» لذا از تلفیق منابع فقهی و صراحت مواد قانونی به دست می آید که در تعیین میزان مهرالمثل عوامل و معیارهای مختلفی دخالت دارند که عرف جامعه در میان آنها نقش زیربنایی و اساسی دارد. به طوری که عرف، نقش اصلی در تعیین این مصادیق و میزان مهرالمثل دارد. در اینجا چند قسم از اقسام عرف دخالت دارند، در واقع شخص قاضی برای تعیین کردن مهرالمثل زن، اول باید وضعیت کلی جامعه را از لحاظ زمانی و مکانی را در نظر بگیرد که باید به انواع و اقسام تحولات اجتماعی مختلف در جامعه که موجب تفاوت در تعیین میزان و ملاک مهرالمثل و عرف جامعه شد، توجه داشته باشد، که همان مصداق عرف عام است. سپس، باید به جامعه کوچکتر یعنی نژاد یا قومی که زوجه در میان آن ها به دنیا آمده و زندگی کرده است بنگرد؛ این ها از عوامل تاثیرگذار بر تعیین میزان مهرالمثل می باشد. به دلیل اینکه آداب و رسوم مختلفی بر آن جوامع حاکم می باشد و این آداب و رسوم تشکیل دهنده باورها و اعتقادات آنها می باشد و بی گمان بر امور زنان و حقوق آنها نیز موثر است؛ زیرا این حقوق متأثر از همان اعتقادات و باورها است. در ادامه باید به خانواده و اقارب مونث زوجه توجه کند، همانطور که در قانون مدنی نیز صراحتاً به این مسأله اشاره شده است، که معادل عرف خاص محسوب می شود.

در نهایت با تلفیقی از عرف خاص و عام مزبور در کنار ویژگی های رفتاری و شخصی زوجه از جمله صورت و سیرتی که دارد یا اینکه هنر یا صنعت خاصی بداند یا از لحاظ تحصیلی مدارج بالایی داشته باشد، که در مقایسه با سایر اقارب او در نظر گرفته می شود، می تواند مهرالمثل را تعیین کند. به عبارت دیگر آنچه که در عرف آن جامعه مایه رغبت خاص مردان نسبت به زنان است در تعیین مهرالمثل مورد توجه بوده و ملاک عمل قرار می گیرد(۱۲)

مهرالتمتع

در اصطلاح و از لحاظ فقهی(۱۳) و حقوقی هر موقع طرفین در ازدواج دائم مهریه معین نکرده باشند یا شرط عدم تعیین مهر شده باشد، درحالی که مرد از همسر خود به واسطه طلاق جدا شود و رابطه زناشویی با وی برقرار نکرده باشد، در این حالت زن مستحق مهریه نیست و تنها مهرالتمتع به او تعلق می گیرد(ماده ۱۰۹۳). به عبارتی مهریه محسوب نمی شود بلکه فقط هدیه ای از طرف زوج به زوجه است.

در تعیین مهرالتمتع، برخلاف مهرالمثل، وضعیت مالی مرد از حیث غنا و فقر در نظر گرفته می شود(ماده ۱۰۹۴). این ماده بر گرفته از

اعتدال برقرار شود. دکتر کاتوزیان معتقد است؛ «ملاک تعیین نفقه نباید تنها وضعیت زن قرار داده شود، بلکه باید موقعیت و وضع مالی شوهر نیز مورد نظر باشد، زیرا زن و شوهر پس از نکاح یک خانواده را تشکیل می دهند و جدای از هم نیستند، بنابراین اگر مردی ثروتمند با زنی فقیر ازدواج کند، حق ندارد وضع گذشته او را مبنای تعیین مقدار نفقه بداند، همانطور که اگر زنی ثروتمند با کارگر ساده‌ای ازدواج کند، نمیتواند از او انتظار فراهم کردن زندگی اشرافی داشته باشد» (۳). در ضمن این نظریه به دلیل جمع بین ادله بر دو نظریه پیشین ترجیح دارد، بلکه آیه ۷ سوره طلاق، و دلالت بر مراعات حال زوج در تعیین میزان نفقه دارد و آیه ۱۲۲ سوره بقره نیز دلالت بر مراعات کفایت زوجه به طور متعارف دارد؛ پس به نظر می رسد بهترین ملاک، توجه به عرف جامعه در کنار وضعیت مشترک زوجین در تعیین نفقه زوجه می تواند باشد. شایان ذکر است که قانون مدنی ملاک تعیین میزان و مقدار نفقه را احوالات زوجه دانسته است که مطابق با رأی مشهور فقها می باشد و برخی از حقوقدانان نیز با این نظر موافق هستند و عرف، زوجه را ملاک عمل می دانند (۱)، هر چند ممکن است با عرف کلی و عدالت و انصاف در مواردی ناسازگار باشد (۴). حقوق دانان نیز با توجه به قانون، در تعیین مصادیق نفقه، داوری عرف را ملاک قرار می دهند (۹). کاتوزیان در این باره می نویسد: «نفقه تمام وسایلی است که زن، باتوجه به درجه تمدن و محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود، بدان نیازمندی است» (۵)

تأثیر عرف در تعیین نفقه تا حدی است که اگر معمول و متعارف محل و زمان، طوری باشد که نفقه چندین روز یا هفته یا ماه یا سال از قبل به زن داده می شود، شوهر نیز موظف است که طبق همان عرف و عادت حاکم در محل، نفقه زن را بپردازد. براین اساس هم مصادیق نفقه، متأثر از عرف، در قوانین متغیر است و هم میزان هزینه متفاوت خواهد بود. در هر صورت می توان براساس نفقه زنان دیگر که شرایط مورد نظر را دارند، نفقه زن را تعیین کرد. هم اکنون نیز مطابق قانون از میان محاکم قضایی، صلاحیت رسیدگی به این موضوع بر عهده دادگاه های خانواده است.

نقش عرف در سقوط نفقه زوجه

نشوز

مانع بودن نشوز از استحقاق نفقه، مورد اتفاق همه فقهای اعم از شیعه و اهل سنت می باشد. اما این که نشوز چیست و چه چیزی زن را ناشزه می کند؛ باید تبیین شود. نشوز در لغت شامل «سرکشی مرد و زن است؛ اما بیشتر به معنای عدم اطاعت زن از شوهر در مسائلی است که بر اساس زوجیت از نظر شرع و قانون بر عهده زن می باشد» (۱۶) البته هر نوع مخالفت زن از شوهر منجر به ناشزه شدن نمی شود، بلکه ناشزه شدن فقط در اثر مخالفت در مواردی است که بر اساس وظایف زوجیت بر زوجه واجب می باشد.

بر این اساس نمی توان هرگونه ناسازگاری یا بدرفتاری از سوی زوجه را موجب نشوز دانست (۱۳). زیرا اگرچه انجام ندادن بعضی احتیاج های شوهر از جمله عدم تهیه غذا عرفاً نوعی بدرفتاری و ناسازگاری شمرده می شود؛ اما از امور واجب بر زوجه نیست. صاحب مسالک می فرماید: «دشنام دادن از نشوز و مقدمات نشوز

و اطلاق دلیل اتفاق باشد، صحیح این است که همه مصادیق اختلافی نیز واجب شود، بنابراین باید همه مصادیق نفقه را به شأن همسری و اتفاق شوهران به همسرانشان مربوط دانست که به طور عرفی و معمول جامعه صورت می گیرد. این امر با مراعات شأن زن و مقتضیات مکان و زمان صورت می پذیرد. (۱۵) لذا نمی توان برای نفقه مصادیقی را به طور حصری بیان کرد؛ بلکه باتوجه به زمان و مکان و جایگاه زن، مصادیق نفقه متفاوت خواهد بود. ضمن اینکه امام خمینی (ره) نیز زمانی که در مورد مقدار و مصادیق نفقه فتوا می دهد، در پایان حکمشان با قید «غیر ذلک» این مفهوم را بیان می کند که اموری که در مورد نفقه ذکر شد، از باب تمثیل است، نه اینکه نفقه در همین موارد محدود و محصور باشد، به لحاظ شرعی نفقه مقدار خاصی ندارد، بلکه ملاک برطرف کردن کلیه احتیاجات زن است، از قبیل خوراک، پوشاک، فرش و پتو، مسکن، خادم و وسایلی که برای نوشیدن و خوردن و نظافت و غیر آن است .»

اما در مورد ملاک برای تعیین میزان نفقه، در میان فقها سه نظریه کلی وجود دارد؛ الف. نظریه توانمندی اقتصادی زوج: برخی از فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی معتقد است، ملاک در تعیین میزان نفقه حال زوج از لحاظ توانگری و فقر می باشد (شیخ طوسی، ۱۳۷۶، ۶، ۷). طبق این نظریه، مرد باید متناسب با وضعیت اقتصادی خود به همسرش نفقه بدهد، که مهم ترین ادله قائلان این نظریه عبارت است از؛ آیه هفتم سوره مبارکه طلاق «لَيُنْفِقَنَّ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا» (طلاق، ۷) که مقرر شده هر کس به اندازه توانایی و دارایی خود و آنچه که خدا به او عطا کرده، اتفاق کند. دیگر آیه ششم سوره مبارکه طلاق «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ» (طلاق، ۶) که در آن نیز به مردان امر شده در حد توان مالی خود به زنان نفقه بپردازند. بنابراین از آنجایی که زوجه از وضعیت مالی مرد آگاهی داشته و با این وجود به ازدواج با او رضایت داده است، پس رضایت او بر ازدواج دلیل بر رضایت او بر میزان نفقه خواهد بود و نمی توان حق اعتراضی برای او قائل شد؛ ب. نظریه وضعیت زوجه: بعضی دیگر از فقهای امامیه که البته نظر مشهور فقهای امامیه است به آیه ۱۲۲ سوره بقره «وَعَلَى الْمُؤْتَدِّ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» استناد کرده اند؛ که در این جا واژگان «رزق» و «کسوه» به ضمیر «هن» اضافه شده اند، که به «والدات» در صدر آیه باز می گردد. (۱۵)

بر این اساس نفقه زوجه از این جهت واجب شده که نیازهای ضروری زوجه برآورده شود و آیه نیز ملاک را وضعیت زن قرار داده است، لذا موقعیت و وضعیت زوجه در رفع نیازمندی ها معتبر است، نه کسی که نفقه بر او واجب شده است؛ ج. وضعیت زوجین و عرف جامعه: کیفیت و کمیت نفقه در این نظریه، بستگی به رعایت حال هر یک از زوجین و عرف جامعه دارد. بنابراین چنانچه زوجین از نظر مالی هر دو ثروتمند باشند، نفقه افراد ثروتمند در جامعه برای زوجه در نظر گرفته خواهد شد و چنانچه زوجین هر دو فقیر باشند، نفقه شخص فقیر در جامعه برای زوجه در نظر گرفته می شود. ولی اگر یکی از زوجین ثروتمند و دیگری فقیر باشد، نفقه باید براساس حال هر دو تعیین شود، تا به نوعی

اگر زن نفقه را مطالبه نماید از جهت بار اثباتی قضیه که چه کسی مدعی یا مدعی علیه است، مطابق مبانی مختلف احکام متفاوتی خواهد داشت. مطابق مبنای اول (رابطه تمکین با نفقه) زن گذشته از رابطه زوجیت باید تمکین خود را نیز اثبات نماید، اثبات چنین امری برای زن بسیار مشکل خواهد بود. البته بعضی از فقها معتقدند در جایی که سابقه تمکین وجود داشته باشد، اصل، تحقق تمکین است و مدعی نشوز باید بینه بیاورد.

انحلال ازدواج

انفاق، تکلیفی است از طرف مرد در قبال اطاعت زن از شوهر یا تمکین وی که بر اثر زوجیت به وجود آمده و به طور اصولی با زوال زوجیت، تعهد طرفین هم از بین خواهد رفت. مواردی که با انحلال نکاح تکلیف به نفقه ساقط می شود، شامل طلاق، فسخ نکاح، فوت همسر است.

نحله

نحله عطیه ای است که در مقابل آن ثمن و عوض نمی باشد (۱۶). راغب معنای اصلی نحله را زنبور عسل گرفته و معتقد است: مهریه را از آن جهت نحله می گویند که عطیه مرد مثل عطیه زنبور عسل عوض مالی ندارد (همان) فراهیدی در معنای نحله می نویسد: «نحله آن است که تو به انسانی چیزی بدهی بدون اینکه عوض طلب کنی». در لسان العرب هم به همین مضمون آمده است: «نحله از جانب پروردگار برای زنان قرار داده شده به این صورت که مردان چیزی به عنوان صدق به ایشان بپردازند و برای زنان چیزی از انواع غرامت را قرار نداده است» (۱۸).

قرآن کریم در این مورد می فرماید: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً و ان طین لکم...» (نساء، ۴) مهر زنان را (به طور کامل) به عنوان یک بدهی (یا یک عطیه) به آنها بپردازید. در عصر جاهلیت نظر به اینکه برای زنان ارزشی قائل نبودند، غالباً مهر را که حق مسلم زن بود در اختیار اولیای آنها قرار می دادند و آن را ملک مسلم خود می دانستند، گاهی نیز مهر یک زن را ازدواج زن دیگری قرار می دادند. به این گونه که مثلاً برادری، خواهر خود را به ازدواج دیگری درمی آورد که او در مقابل، خواهر خود را به ازدواج وی درآورد. اسلام بر این رسم ظالمانه خط بطلان کشید و مهر را به عنوان یک حق مسلم به زن اختصاص داد و در آیات فراوان مردان را به رعایت کامل این حق توصیه نمود (مکارم شیرازی، ۱۳۷۳، ۲۰۶۳). همان طور که گذشت برخی در تفسیر این آیه نحله را به معنای «بدهی» گرفته اند و برخی به معنای عطیه دانسته و معتقدند «نحله عبارت از عطائی است که در مقابل ثمن قرار نگرفته باشد» (۱۷). بنابراین نحله در لغت به معنای بدهی، بخشش و عطیه آمده است اما وجه غالب استعمال آن به معنی عطیه است. برخی از فقها نحله در این آیه شریفه را به معنای مهریه عوض از نکاح می دانند (۱۴).

نحله با اجرت المثل متفاوت می باشد؛ اما بیان قانونگذار این است که وقتی شرایط مندرج در بند «الف» تبصره ۶ ماده واحده احراز نشد، مطابق بند «ب» برای پرداخت نحله باید سنوات زندگی مشترک و نوع کارهای زن در منزل محاسبه شود تا مقدار «نحله»

شمرده نمی شود» (۱۴). لذا فقها بین بدرفتاری که نشانه نشوز است؛ اما به مرحله نشوز هنوز نرسیده است با نشوز تفاوت قایل شده اند. و برای نوع اول احکامی در نظر گرفته اند. صاحب شرایع می نویسد: «هنگامی که نشانه های نشوز از ناحیه زوجه ظاهر شود مثل اینکه در برخورد ترشویی کند یا نسبت به نیازهای مرد کسل و بیحال باشد یا این که آدابش را نسبت به مرد تغییر دهد بعد از موعظه، می تواند او را از معاشرت محروم نماید». قانونگذار نیز در ماده ۱۱۰۸ ق.م. بیان می کند: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود». این عبارت، تفسیر معنی نشوز می باشد؛ یعنی از انجام وظایف زوجیت بدون مانع مشروع امتناع نماید. چنانچه امتناع ناشی از مانع شرعی یا قانونی باشد، نشوز و عدم اطاعت زن محقق نخواهد شد. بدین جهت امور ذیل موجب سقوط نفقه نخواهد شد:

مبتلا شدن زن به مرض رتقا، قرنا یا هر مرضی که شرعاً و عقلاً مانع از استمتاع است. پزشک خروج زوجه از منزل را جهت مداوا لازم بداند؛ زیرا حفظ جان شرعاً واجب می باشد. اگر خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی برای زن در یک منزل باشد، زن می تواند منزل را ترک کند و به منزل دیگری برود. (ماده ۱۱۱۵)

انجام تکالیف شرعی که بر زن واجب است، البته در صورتی که اطاعت از شوهر با انجام واجب شرعی مانند حج واجب و روزه ماه مبارک و غیره در تعارض باشد؛ یعنی واجب شرعی، از نوع واجب مضیق باشد. اما اگر واجب شرعی از نوع واجب موسع باشد، مثل روزه قضا یا نماز قضا که زن می تواند در وقت دیگری انجام دهد، دیگر اطاعت از شوهر تعارضی با واجب شرعی ندارد، لذا عدم اطاعت از شوهر موجب نشوز می شود.

عدم تمکین زوجه

مشهور فقهای شیعه تمکین را مانند عوض یا شبه عوض در برابر نفقه قرار داده و نفقه را مشروط به تمکین نموده اند و وجوب نفقه را مشروط به عقد دائم و تمکین کامل زوجه می دانند (حلی، بیّنات: ۵۲). صاحب ریاض هم نفقه را همانند عوض معاملات در مقابل تمکین می داند (۱۷).

تنها دلیلی که قائلین به این نظر اقامه نموده اند؛ شهرت بین فقها است و هیچ آیه و روایتی که دلالت بر این شرط داشته باشد، وجود ندارد (۱۵). یکی از فقها بعد از این که تمام ادله اشتراط تمکین را رد می کند، در صورت عدم تمکین زوجه متمسک به اصل برائت ذمه زوج از پرداخت نفقه می شود. در حالی که اصل برائت در جایی اجرا می شود که دلیلی از کتاب و سنت وجود نداشته باشد؛ اما عموماً وجوب نفقه از قرآن کریم و روایات که بر عنوان زوجه اطلاق می شود، بسیار محکم و صریح است، لذا اصل برائت نمی تواند این عموماً را تخصیص بزند. برخی اشکال کرده اند که اگر وجوب نفقه، مشروط به تمکین باشد، باید در صورت انتقای شرط، مشروط هم منتفی شود؛ یعنی اگر تمکین به دلایلی همانند مرض «رتقا» یا هر عیب دیگری ممکن نباشد، وجوب نفقه منتفی خواهد شد (۱۵). زیرا لازمه شرط بودن تمکین این است که هر آنچه مانع تمکین باشد، البته اگر از ناحیه شوهر نباشد، موجب سقوط نفقه گردد. والا باید برای استثنای این موارد، دلیل خاص اقامه نمود.

می‌توانند روابط نزدیک‌تری داشته باشند. اینک سخن در این است که در صورت برهم خوردن نامزدی یا پشیمانی یک طرف آیا زیان دیده می‌تواند با استناد تقصیر طرف مقابل خسارت وارده را از او بخواهد؟ به علاوه وضع هدایا و نامه‌هایی که بین زن و مرد رد و بدل شده است چه می‌شود؟ برای پاسخ دادن به این سؤالات بحث را به ترتیب ذیل ادامه می‌دهیم.

ماده ۱۰۶۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ در اصلاحات سال ۱۳۶۱ حذف شد. با اینکه شارحان قانون مدنی به طور صریح یا ضمنی حکم این ماده را با اصول کلی حقوق و احکام شرع مغایر ندانسته بودند و در تفسیر آن به قواعد کلی مسئولیت مدنی و قاعده غرور استناد کرده بودند قانون‌گذار آنرا از مجموعه قانون مدنی حذف کرد. متن ماده چنین بود: «اگر یکی از نامزدها وصلت منظور را بدون علت موجهی بهم بزند در حالی که طرف مقابل یا ابوبن او یا اشخاص دیگر به اعتماد وقوع ازدواج مغرور شده و مخارجی کرده باشند طرفی که وصلت را به هم زده است باید از عهده خسارات وارده برآید ولی خسارت مزبور فقط مربوط به مخارج متعارفه خواهد بود. برخی از استادان گفته‌اند: «طرفی که راضی به نکاح نشد می‌تواند ثابت کند که به واسطه علت موجهی از نکاح خودداری کرده و به این دلیل از ادای خسارت طرف دیگر معاف شود» این گفته برمی‌آید که بار اثبات علت موجه بر عهده کسی است که نامزدی را برهم می‌زند ولی چنانکه گذشت نامزدی عقد لازم نیست و هر یک از دو طرف یعنی خواستگار و نامزد وی حق فسخ دارد و کسی که در مقام اجرای حق است به اثبات موجه بودن اختیار خود ملزم نیست. به همین دلیل بیشتر نویسندگان اثبات تقصیر را بر طبق قواعد عمومی بر عهده زیان دیده نهاده‌اند. مسئولیت مدنی ناشی از برهم زدن نامزدی در فقه اسلامی سابقه چندانی ندارد و این بحث پس از تدوین مقررات موضوعه در کشورهای اسلامی رایج شده است.

پاره‌ای از نویسندگان مسلمان گفته‌اند: نامزد پشیمان به جبران خسارت ملزم می‌شود زیرا نامزدی توافق الزام‌آوری است که هر یک از دو طرف را به اجرای عقد نهایی (ازدواج) در وقت مناسب پای‌بند می‌کند. به همین دلیل عدول از وفای به این پیمان موجب خسارت مادی و معنوی است مگر اینکه متخلف برای عدول خویش سبب معقولی را ارایه و وجود آن را اثبات کند. گروهی بر این باورند که: برهم زدن نامزدی حق ثابت و مسلم هر یک از طرفین است و به شرطی مقید نیست بنابراین کسی که از آن عدول می‌کند نباید خسارت طرف دیگر را جبران کند زیرا در مقام اجرای حق خویش است و اجرای حق مسئولیتی در بر ندارد. به علاوه زیان‌دیده نیز می‌داند که طرف مقابل هر وقت بخواهد حق عدول دارد پس هر گاه برای مثال براساس خواستگاری جهیزیه فراهم کند، ضرر نتیجه اقدام و فریب خویش است و کسی او را فریب نداده است نظر غالب آن است که فسخ نامزدی خود به خود و بدون ارتکاب عمل زیانبار مستوجب جبران ضرر نمی‌گردد بلکه هر گاه عمل نامزد سبب ورود ضرر به دیگری شود، به به مجرد خواستگاری و عدول از آن، باید ضرر طرف مقابل را جبران کند چنانکه گفته شد، در فقه قدیم و کتابهای متقدمان درباره جبران ضرر ناشی از عدول سخنی به میان نیامده است و کسی که به جواز جبران ضرر ناشی

معین گردد. اما از معنای نحله برمی‌آید که نوع محاسبه آن با محاسبه اجرت‌المثل متفاوت می‌باشد و نیازی به محاسبه کارهای زن در منزل و نیز سنوات زندگی مشترک ندارد. بلکه قانونگذار می‌تواند در صورت نیاز و ضرورت چنین پرداختی را در قانون برای همه زنان مطلقه لازم‌الاجرا نماید بنابر مطالبی که گذشت معلوم می‌شود هیچ گاه نحله به عنوان اجرت‌المثل استفاده نشده است؛ زیرا نحله عطیه‌ای است که عوض ندارد در حالی که اجرت‌المثل عوض از عمل انجام شده می‌باشد.

پرداخت نحله یا عطیه به زن در هنگام طلاق که در بند «ب» تبصره ۶ قانون اصلاح مقررات آمده است؛ از آیات قرآنی نشأت گرفته ولی با عنوان «متاع» از آن یاد شده است. «للمطلقات متاع بالمعروف حقاً علی المتقین» (بقره، ۲۴۱) «برای زنان مطلقه بهره‌ای شایسته است، چنان که در خور مردان پرهیزکار می‌باشد». مطابق آرای که در تفاسیر قرآنی وجود دارد، «متاع» مالی اندک است. (۱۹) که به کسی داده می‌شود تا از آن بهره‌مند گردد. برخی مفسرین عنوان کرده‌اند متاع چیزی جز پول و وجه نقد نمی‌باشد، زیرا به طور مستقیم از پول نمی‌توان استفاده کرد، بلکه باید تبدیل به کالا شود و به همین جهت قرآن کریم از هدیه تعبیر به متاع کرده است، زیرا دادن کالا اثر روانی خاصی دارد، در بسیاری از مواقع، هدیه‌ای که مورد نیاز طرف باشد مانند خوراک و پوشاک که به اشخاص داده می‌شود، اگر کم‌قیمت هم باشد، در روح آنها اثر مطلوبی می‌گذارد. به همین جهت در روایاتی که از ائمه اطهار (ع) رسیده، هدیه دادن مرد به زن را مثل لباس، غذا و زمین زراعی شمرده‌اند که در جهت تأمین ضروریات زندگی زن صرف می‌شود (۲۰).

استرداد هدیه نامزدی

نامزدی یا وعده نکاح مقدمه ازدواج است و خود ازدواج نیست. قانون‌گذار نیز به این نکته تصریح کرده و گفته است: «وعده ازدواج ایجاد علقه زوجیت نمی‌کند، اگر چه تمام یا قسمتی از مهریه که بین طرفین برای موقع ازدواج مقرر گردیده پرداخته شده باشد...» (ماده ۱۰۳۵) مرد یا زن باید تا آخرین لحظه در تصمیم‌گیری آزاد باشد و بتواند در کمال آزادی تصمیم بگیرد. به همین دلیل در ادامه ماده مذکور می‌خوانیم. بنابراین می‌توان گفت نامزدی نوعی عقد جایز و مقدمه ازدواج است که هیچ یک از آثار نکاح بر آن بار نمی‌شود. نامزدها باید روابط خودشان را با محدودیتهای شرعی تنظیم کنند؛ باید بدانند که هنوز زن و شوهر نیستند روابط نزدیک آنان به ویژه روابط جنسی نامشروع و فرزند ناشی از آن نیز نامشروع است اگر چه در آینده ازدواج کنند و به طور رسمی نکاح خود را ثبت نمایند. چنانکه گذشت، نامزدی عقد جایز قابل فسخ است و هیچ یک از آثار و احکام ازدواج بر آن مترتب نمی‌شود ولی خود آثار مهمی دارد. از نظر حکم تکلیفی خواستگاری از نامزد دیگری حرام است با وجود این هر گاه این خواستگاری مورد قبول واقع شود و به زواج منتهی شود، آن عقد صحیح است. استرداد هدایا نیز در صورت بقای نامزدی مشروط به بقای هدایاست. عدول از نامزدی نیز اصولاً مسئولیتی به دنبال ندارد مگر اینکه ناپهنگام و همراه تقصیر باشد. بنابراین نامزدی رابطه زوجیت ایجاد نمی‌کند و قابل عدول است (ماده ۱۰۳۵). با وجود این هر گاه نامزدها صیغه عقد نکاح موقت را جاری کرده باشد با هم محرم می‌شوند و

از عدول پای‌بند باشد شناسایی و معرفی نشده است. پاره‌ای از محققان چندین سبب برای این عقیده ابراز کرده‌اند

۱- به جبران ضرر حکم نمی‌شود مگر به سببی از اسباب تعهد و التزام مانند تخلف از قرارداد یا انجام دادن عمل زیانبار یا مانند آن و نامزدی عقد نیست و هیچ اثری بر آن مترتب نمی‌شود و وعده‌ای بیش نیست و نکول از وعده گرچه از نظر شرعی قبیح است ولی ضمانت اجرایی ندارد، چنانکه نکول مانند اتلاف عمل مادی نیست که از آن ضرر مادی ناشی شود بنابراین الزام ناکل به جبران ضرر توجیهی ندارد.

۲- زواج جز با رضای مرد و زن تمام نیست پس هر گاه به هنگام عدول از نامزدی حکم به جبران ضرر بشود در این عمل نوعی الزام ضمنی خواستگار با ازدواج با کسی که به او علاقه ندارد، وجود دارد. و این کار نوعی اجبار غیر مستقیم است که در هیچ یک از قراردادهای جایز نیست پس چگونه در عقد ازدواج جایز می‌شود؟

۳- شأن زندگی اجتماعی در زمانهای گذشته چنان بود که در صورت عدول از نامزدی فرصتی برای اضرار طرف مقابل باقی نمی‌گذاشت اسلام روابط نامزدها را مجاز تقسیم فقه اسلامی قدیم و جدید به اعتبار فقیهان و کتابهای فقهی قدیم و جدید است و کتابهای فقیهان معاصر جدید محسوب شده‌اند

چنانکه از فقیهان معاصر نقل شده: عدول از نامزدی حق است و بر اجرای حق خسارت بار نمی‌شود بلکه سوء استفاده از حق است که موجب جبران خسارت می‌گردد. برای جبران خسارت ناشی از عدول علاوه بر تحقق سوء استفاده از حق تحقق شرایط سه گانه ذیل لازم است:

۱. باید ثابت گردد که زیان‌دیده سبب پشیمانی و عدول نامزدی نبوده است؛

۲. باید عدول از نامزدی ضرر مادی یا معنوی برای طرف مقابل ایجاد کرده باشد

۳. مذاهب و مشهور مالکی‌ها وعده مزبور را الزام‌آور نمی‌دانند ولی بر مبنای اوفوا بالعقود و لاضرر و لاضرار فی الاسلام به جبران ضررها پای‌بندند. در انتقاد به این نظر می‌توان گفت: هر گاه وعده ازدواج الزام‌آور نباشد استناد به اوفوا بالعقود نیز بی‌مورد است.

پس از به هم خوردن نامزدی هر یک از نامزدها می‌تواند به طرف دیگر رجوع کند و هدیه‌ای را که داده است پس بگیرد. به موجب ماده ۱۰۳۷ ق.م. «هر یک از نامزدها می‌تواند در صورت به هم خوردن وصلت منظور، هدایایی را که به طرف دیگر یا ابوی او برای وصلت منظور داده است مطالبه کند. اگر عین هدایا موجود نباشد، مستحق قیمت هدایایی خواهد بود که عادتاً نگاه داشته می‌شود مگر آنکه آن هدایا بدون تقصیر باشد. این ماده ناظر به صورتی است که قبل از رد ازدواج، متهم فوت کند ولی اگر قبل از فوت، متهم از ازدواج خودداری نماید و پس از امتناع و به هم خوردن نامزدی فوت کند... واهب حق دارد بابقاء عین عینا و در صورت تلف (خواه اختیاری باشد خواه غیر اختیاری) قیمت آنها را مطالبه نماید» (۲۱)

هدایایی که عرفاً نگهداری می‌شوند، وضع این هدایا مانند هدایای مصرف شدنی است با این تفاوت که چون عرفاً نگهداری می‌شوند، گیرنده هدیه با این شرط ضمنی آنها را می‌پذیرد که نگهداری کند

بنابراین هر گاه نامزدی که هدیه گرفته است در نگهداری آن تعدی و تفریط کند و این کوتاهی به تلف هدیه بینجامد باید با پرداخت قیمت خسارت طرف دیگر را جبران نماید ولی اگر هدیه بدون تقصیر نامزد تلف بشود او مسئول نیست زیرا اولاً مالک هدیه بدو است و ثانیاً برخلاف شرط ضمنی رفتار نکرده است. ولی، چنانکه در هدایای مصرف شدنی گفته شد، چون اصولاً هدایای نامزدی، خواه مصرف شدنی خواه هدایای که عرفاً نگهداری می‌شوند، به امید وقوع نکاح در آینده داده می‌شوند، به هم خوردن نامزدی به هر دلیل که باشد سبب انفساخ قرارداد هدیه شده و گیرنده را به برگرداندن عین هدایایی که موجود است و مثل یا قیمت هدایایی که با تقصیر گیرنده تلف شده‌اند ملزم می‌کند با وجود این چنانکه نامزدی به علت فوت یکی از نامزدها به هم بخورد، برخلاف این قاعده حقوقی، حق رجوع به قیمت هدیه‌ای که در اثر تقصیر نامزد تلف شده به طرف مقابل داده نشده است. ماده ۱۰۳۸ ق.م. در این باره می‌گوید: «مفاد ماده قبل از حیث رجوع به قیمت در موردی که وصلت منظور در اثر فوت یکی از نامزدها به هم بخورد مجری نخواهد بود»

از نظر عرفی طبق نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری: هدایایی که اقوام زوجین به خاطر ازدواج به آنان می‌دهند، عرفاً مال مترك آن‌ها است. مگر هدایایی که توسط زوج شخصاً یا به وسیله بستگان نزدیک مانند: پدر، مادر، خواهر و برادر به زوجه داده می‌شود که متعلق به زوجه است. همچنین هدایایی که عرفاً یا بر حسب قرائن تعلق آن‌ها به یکی از زوجین محرز باشد (۲۲).

مهریه یکی از مهمترین آثار مالی نکاح است که تحت تاثیر فراوان عرف قرار دارد به گونه ای که در تعیین مهر، نوع و وصف آن، مقدار و حدود آن و نیز نحوه تسلیم یا پرداخت مهریه داوری عرف ملاک عمل قرار می‌گیرد. مهر انواعی دارد که عبارتند از: مهر المسمی، مهر المثل و مهر المتعه که در همه آن‌ها، عرف نقش مهمی دارد. یکی دیگر از آثار مالی نکاح نفقه می‌باشد که در شرع برای آن، مقدار معینی مشخص نگردیده است. ولی برای شناخت مقدار و میزان و نفقه نیاز به ملاک و معیارهای مشخصی می‌باشد. هم مصادیق نفقه، متأثر از عرف، در قوانین متغیر است و هم میزان هزینه متفاوت خواهد بود. برای پرداخت نحله باید سنوات زندگی مشترک و نوع کارهای زن در منزل محاسبه شود تا مقدار «نحله» معین گردد. که عرف در این امر نقش تعیین کننده دارد. در استرداد هدیه نامزدی قانون صراحتاً عرف را ملاک قرار داده و می‌گوید: هدایایی که اقوام زوجین به خاطر ازدواج به آنان می‌دهند، عرفاً مال مترك آن‌ها است.

References

The Holy Quran .

1. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Legal Terminology, Tehran, Ganj-e-Danesh Publications, 1989
2. Journal of Law No. 1, Egypt, Alexandria Press, fifth year, 1951.

Teachers of the Seminary of Qom, 1417 AH.

18. Ibn Manzoor, Mohandabn Makram, Language of the Arabs, Beirut, Dar al-Sadr, 1414 AH.

19. Tabarsi, Fazl Ibn Hassan, Tafsir Jame 'Al-Juma', Tehran, Tehran University Press, 1998.

20. Makarem Shirazi, Nasser, Sample Interpretation, Tehran, Islamic Library, 1994.

21. Haeri, Seyyed Kazem, The Issues of Principles, Qom, Maktab al-A'lam al-Islami, 1408 AH.

22. Mirzaei, Alireza, Mahshi Civil Law, Tehran: Behnami, 2004

3. Katozian, Nasser, Civil Law Course of Marriage and Divorce Family, Tehran, Published, 2006.

4. Hedayat Niaganji, Farajullah, Evaluation of Family Law, (Women's Strategic Studies); Tehran, Women's Socio-Cultural Council, Public Relations, 2004.

5. Katozian, Nasser, Family Civil Rights; Volume 1, Ch 2, Tehran, Behnsher Publications, 1989.

6. Safaei Hossein and Emami Assadollah, Family Law, Tehran, University of Tehran Press, 2008

7. Motahari Morteza, The system of women's rights in Islam, Tehran, Sadr, 2005.

8. Gorji, Abolghasem et al., A Comparative Study of Family Law, Tehran: University of Tehran Press, 2005.

9. Emami, Hassan, Civil Law, Tehran, Islamic Bookstore, 1998.

10. Klini, Muhammad ibn Ya'qub ibn Ishaq., Kafi, researcher / corrector: Ghaffari, Ali Akbar, clergy, Muhammad, Tehran, Islamic Books House, 1407 AH.

11. Har'amli, Muhammad ibn Hassan, Shiite means to study Sharia issues, Qom, Al-Bayt Institute (AS), 1409 AH.

12. Mohammadi Arani, Akram, The Role of Custom in the Interpretation of Family Law, Tehran: Mizan, 2014.

13. Mohaghegh Damad, Mostafa,, Jurisprudential study of family law, Tehran: Islamic Sciences Publishing, 1986

14. Ameli (Shahid Thani), Zayn al-Din Ali, Masalak al-Afham to Tanqih Sharia al-Islam, Institute of Islamic Enlightenment, 1408 AH.

15. Najafi, Mohammad Hassan, Jawahar al-Kalam in the explanation of Islamic law, researcher: Sheikh Abbas Quchani, Beirut, Darahiyah Al-Tarath Al-Arabi, 1983.

16. Tarihi, Fakhreddin, Majma 'al-Bayan, Tehran, Mortazavi Bookstore, 1996

17. Tabatabai, Mohammad Hussein, Al-Mizan Fi Tafsir Al-Quran, Qom, Islamic Publications Office of the Society of