

کتابخانه علمی

کلیه حقوق مادی و معنوی مترتب بر نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های ناشی از تحقیق موضوع این پایان‌نامه/رساله متعلق به دانشگاه میبد است و هرگونه استفاده از نتایج علمی و عملی این اثر برای تولید دانش فنی، ثبت اختراع، ثبت اثر بدیع هنری و نیز چاپ و تکثیر، نسخه‌برداری، ترجمه و اقتباس و ارائه مقاله در سمینارها و مجلات علمی منوط به موافقت کتبی دانشگاه است.



دانشکده علوم انسانی

گروه فقه و حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

فقه و مبانی حقوق

عنوان

گونه شناسی عرف در حقوق زوجین

استادان راهنما

دکتر نصراله جعفری خسرو آبادی

دکتر مهدی شهابی

استاد مشاور

دکتر سید احمد میر خلیلی

پژوهش و نگارش

وحیده عابدینی

مرداد ماه ۱۴۰۰

تقدیم به

السلام علیک یا امام رئوف، شمس الشموس، علی بن موسی الرضا (ع)

این پایان نامه را ضمن تشکر و سپاس بیکران و در کمال افتخار و امتنان تقدیم می نمایم.
به پدرم که عالمانه به من آموخت تا چگونه در عرصه زندگی، ایستادگی را تجربه نمایم.
تقدیم به مادرم؛ سنگ صبوری که الفبای زندگی را به من آموخت. و تقدیم به خواهر
عزیزم که وجودش شادی بخش و آرامش دهنده به من است.

تقدیر و تشکر

حمد و سپاس خدای را که توفیق کسب دانش و معرفت را بر ما عطا فرمود.
در این جا بر خود لازم می دانم از تمام اساتید بزرگوار، به ویژه از جناب آقای
دکتر نصراله جعفری به عنوان استاد راهنما اول و از جناب آقای دکتر مهدی
شهابی عضو محترم هیئت علمی دانشگاه اصفهان به عنوان استاد راهنما دوم
و از استاد گرامی جناب آقای دکتر سید احمد میرخلیلی به عنوان استاد مشاور
که اینجانب را با راهنمایی و نظارت عالمانه خود در تهیه و تنظیم این پایان نامه
یاری رساندند قدردانی نمایم.

محل درج برگه ارزیابی و امتیاز

چکیده

عرف از عوامل مهم و تأثیرگذار در حقوق و تکالیف زوجین محسوب می‌شود. در این رابطه ابهامات و سؤالات زیادی وجود دارد همچنین تاکنون به بررسی دقیق گونه‌های عرف موضوعی و حکمی پرداخته نشده است. با توجه به کارکرد وسیع عرف و رعایت نقش ابزاری آن در این حوزه، هرچند عرف در فقه امامیه دلیل مستقلی در عرض سایر ادله نیست؛ اما در تطبیق دادن مفاهیم بر مصادیق کاربرد دارد و نمی‌توان از نقش آن در این حوزه چشم‌پوشی کرد و نیازمند بازنگری از سوی قانون‌گذار است. در این پایان‌نامه به روش توصیفی تحلیلی و گردآوری اطلاعات به بررسی نقش عرف به ویژه عرف موضوعی و حکمی در حقوق زوجین پرداخته شده است. در حوزه ی فقهی و حقوقی برای زوجین تکالیفی مشخص شده است که نقش عرف در حقوق مالی و غیرمالی زوجین مؤثر و انکارناپذیر است. عرف موضوعی در تعیین لوازم عرفی و مصادیق جدید حقوق مالی زوجین همچون نقش عرف در حقوق قراردادها دارای اهمیت است. در واقع در بسیاری موارد همچون نفقه و مهرالمثل شارع نظر عرف را در الویت قرار داده است. یا به‌طور مثال مفاد ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی با مفاد تبصره ی ماده ۳۳۶ که زوجه را مستحق اجرت‌المثل می‌داند، در تعارض است؛ که در این جا نقش عرف موضوعی در حل این تعارض بسیار تأثیرگذار است. در رابطه با نقش عرف حکمی در حقوق خانواده اگرچه از حیث تحلیل فقهی، عرف نمی‌تواند منبع مستقل باشد و اصولاً عرف مثبت و مسقط حقوق مالی و غیرمالی زوجین نیست اما در تحلیل حقوقی می‌توان عرف را در کنار رویه‌ی قضائی و دکترین به‌نوعی به‌عنوان منبع حقوق خانواده نیز دانست و کارکردهایی در رابطه با برخی حقوق مالی و غیرمالی زوجین برای آن در نظر گرفت.

واژگان کلیدی: عرف حکمی، عرف موضوعی، حقوق مالی، حقوق غیرمالی.

فهرست مطالب

عنوان

صفحه

فصل اول مفهوم شناسی و کلیات

۱- مفاهیم.....	۱۱
۱-۱- عرف.....	۱۱
۱-۱-۲- مفهوم لغوی عرف.....	۱۱
۱-۱-۳- مفهوم اصطلاحی عرف.....	۱۲
۱-۱-۳-۱- عرف در اصطلاح فقه و اصول.....	۱۳
۱-۱-۳-۲- عرف در اصطلاح حقوق.....	۱۳
۱-۲- شرط.....	۱۴
۱-۲-۱- مفهوم لغوی شرط.....	۱۴
۱-۲-۲- مفهوم اصطلاحی شرط.....	۱۵
۱-۲-۲-۱- شرط در اصطلاح فقه و اصول.....	۱۵
۱-۲-۲-۱- شرط در اصطلاح حقوق.....	۱۶
۱-۳- واژه‌های همسو با عرف.....	۱۶
۱-۳-۱- عادت.....	۱۶
۱-۳-۲- بنای عقلا.....	۱۸
۱-۳-۳- اجماع.....	۱۸
۱-۳-۴- قانون.....	۱۹
۱-۳-۵- سنت.....	۱۹
۲- کلیات.....	۲۰
۲-۱- تاریخچه ی عرف.....	۲۰
۲-۲- اقسام.....	۲۱
۲-۲-۱- اقسام عرف.....	۲۱
۲-۲-۱-۱- عرف به اعتبار طریق بیان موضوع.....	۲۱

۲-۲-۱-۱-۱-۱- عرف لفظی (عرف قولی)..... ۲۱

عنوان

صفحه

۲-۲-۱-۱-۲-۲- عرف عملی..... ۲۲

۲-۲-۱-۲-۲- اقسام عرف به اعتبار منبع..... ۲۳

۲-۲-۱-۲-۲- عرف عام..... ۲۳

۲-۲-۱-۲-۲- عرف خاص..... ۲۳

۲-۲-۱-۳-۲- عرف به اعتبار زمان حدوث..... ۲۴

۲-۲-۱-۳-۲- عرف مقارن..... ۲۴

۲-۲-۱-۳-۲- عرف غیر مقارن..... ۲۴

۲-۲-۱-۴-۲- عرف به اعتبار توسعه و تکرار عمل..... ۲۵

۲-۲-۱-۴-۲- عرف مطرد..... ۲۵

۲-۲-۱-۴-۲- عرف غالب..... ۲۵

۲-۲-۱-۴-۳- عرف مشترک..... ۲۵

۲-۲-۱-۵-۲- اقسام عرف به اعتبار مشروعیت..... ۲۵

۲-۲-۱-۵-۲- عرف صحیح..... ۲۶

۲-۲-۱-۵-۲- عرف فاسد..... ۲۶

۲-۲-۱-۶-۲- عرف به اعتبار متعلق..... ۲۶

۲-۲-۱-۶-۲- عرف حکمی..... ۲۶

۲-۲-۱-۶-۲- عرف موضوعی..... ۲۷

۲-۲-۲-۲- اقسام شرط..... ۲۸

۲-۲-۲-۲- شرط بنایی..... ۲۸

۲-۲-۲-۲- شرط ضمنی..... ۲۸

۲-۲-۲-۲- شرط ضمنی ارتکازی..... ۲۹

۲-۲-۲-۲- شرط ضمنی قانونی..... ۳۰

۲-۲-۲-۲- شرط ضمنی عرفی..... ۳۰

۳-۲- عرف، منبع یا مبنای قواعد حقوقی ۳۱

۳-۲-۱- عرف مستقل قواعد حقوقی ۳۱

عنوان

صفحه

۲-۳-۲- عرف مبنا و منبع قواعد حقوقی ۳۲

۲-۴- تعارض عرف با قوانین تکمیلی و آمره ۳۲

ب: تعارض عرف با قوانین آمره ۳۳

۲-۵- مقایسه اجمالی مهریه با عوض در عقود ۳۴

۲-۵-۱- بررسی عوض و عدم عوض مهریه، در نکاح موقت ۳۵

۲-۵-۲- بررسی عوض و عدم عوض مهریه، در نکاح دائم ۳۵

فصل دوم گونه شناسی عرف موضوعی در حقوق و تکالیف زوجین

۲-۱- نقش عرف موضوعی در حقوق مالی زوجه ۴۴

۲-۱-۱- مهریه ۴۴

۲-۱-۱-۲- مهرالمثل ۴۸

۲-۱-۱-۲- مهرالمسمی ۵۱

۲-۱-۱-۲- مهر المتعه ۵۳

۲-۱-۱-۲- مهرالمفوض ۵۴

۲-۱-۲- تعلق نفقه در نکاح دائم ۵۶

۲-۱-۲- اسباب وجوب نفقه ۵۸

۲-۲-۱-۲- مصادیق جدید نفقه از منظر عرف ۵۹

۲-۲-۱-۲- زیورآلات و لوازم آرایش ۶۴

۲-۲-۲-۱-۲- وسایل نقلیه شخصی ۶۶

۲-۲-۲-۱-۲- هزینه تحصیل ۶۷

۲-۳-۱-۲- اجرت المثل ۶۹

۲-۳-۱-۲- تحلیل حقوقی اجرت المثل ۷۰

۲-۳-۱-۲- شرایط استحقاق اجرت المثل ۷۲

- ۳-۳-۱-۲-۲ شرایط مطالبه اجرت المثل ۷۵
- ۳-۳-۱-۲-۴ عرف و رابطه آن با شرط ضمن عقد در اجرت المثل ۷۶
- ۲-۲-۲ نقش عرفی موضوعی در حقوق غیرمالی مشترک زوجین ۷۷

عنوان

صفحه

- ۱-۲-۲-۱-۲ حسن معاشرت ۷۸
- ۲-۱-۲-۲-۲ مصادیق حسن معاشرت از منظر عرف ۸۲
- ۱-۲-۱-۲-۲-۲ نمونه‌هایی از مصادیق معروف وجدانی ۸۲
- ۲-۲-۱-۲-۲-۲ نمونه‌هایی از مصادیق معروف عرفی ۸۵
- ۳-۲-۲-۲ وفاداری ۸۷
- ۴-۲-۲-۲ برتری مصالح خانواده بر مصالح فردی ۸۹
- ۵-۲-۲-۲ تکلیف معاضدت ۹۰
- ۱-۵-۲-۲-۲ معاضدت و تشدید زوجین در انجام امور داخلی ۹۰
- ۲-۵-۲-۲-۲ معاضدت و تشدید زوجین در تربیت فرزندان ۹۲
- ۶-۲-۲-۲ نقش عرف در حل تعارض بین ماده ۱۱۰۴ ق.م با ماده ۳۳۶ ق.م ۹۴

فصل سوم گونه شناسی عرف حکمی در حقوق و تکالیف زوجین

- ۱-۳-۱-۱ نقش عرف حکمی در حقوق مالی زوجه ۹۷
- ۱-۱-۳-۱-۱ تعلق نفقه در نکاح منقطع ۹۷
- ۱-۱-۳-۱-۱-۱ اشتراط نفقه در ضمن عقد از منظر عرف ۹۹
- ۲-۱-۳-۱-۱-۲ شرط عرفی انفاق در نکاح منقطع ۱۰۰
- ۲-۱-۳-۲-۱-۱ جهیزیه ۱۰۲
- ۱-۲-۱-۳-۲-۱-۱ دیدگاه عرفی نسبت به جهیزیه ۱۰۲
- ۲-۲-۱-۳-۲-۱-۲ عرفی بودن تهیه جهیزیه از سوی زوجه ۱۰۴
- ۳-۲-۱-۳-۲-۱-۳ دیدگاه حقوقی نسبت به جهیزیه ۱۰۵
- ۴-۲-۱-۳-۲-۱-۳ نقش عرف در تعیین ارقام جهیزیه ۱۰۵
- ۵-۲-۱-۳-۲-۱-۳ جهیزیه یکی از مصادیق نفقه ۱۰۷

- ۳-۲- نقش عرف حکمی در حقوق غیرمالی زوجین ۱۰۸
- ۳-۲-۱- شرط صفت در عقد نکاح ۱۰۸
- ۳-۲-۲- عیوب غیر مصرح در عقد نکاح ۱۱۱
- ۳-۲-۳- شرط بکارت در زوجه ۱۱۳

عنوان

صفحه

- ۳-۲-۱-۳- اثر فقدان بکارت از دیدگاه فقها ۱۱۴
- ۳-۲-۳-۲- اثر فقدان بکارت از دیدگاه حقوقدانان ۱۱۷
- ۳-۲-۳-۳- تطبیق بحث بر مسئله ترمیم بکارت ۱۱۸
- نتیجه‌گیری ۱۲۱
- پیشنهادها ۱۲۴
- منابع و مأخذ ۱۲۵

از قدیمی و مهم‌ترین نهادهای بشر، خانواده است. زوجین بعد از انعقاد عقد نکاح بر اساس قوانین مدون نسبت به همدیگر حقوق و تکالیفی پیدا می‌کنند که موظف هستند به آن‌ها عمل کنند؛ اما باید توجه داشت که در کنار قوانین نوشته شده در رابطه با حقوق زوجین، در سیستم حقوقی هر کشوری عنایت و توجه به عرف ضروری است. اگر عرف صحیح باشد به پویایی و پیشرفت خانواده کمک می‌کند. در واقع عرف از عوامل پویایی حقوق در جامعه و از عوامل بنیادین نظام‌های حقوقی در کشورها است. در نتیجه می‌توان گفت عرف نسبت به سایر منابع حقوق از نظر تاریخی تقدم دارد؛ زیرا انسان‌ها پیش از پیدایش قوانین مدون، زندگی اجتماعی و حقوقی‌شان بر پایه عرف و آداب ورسوم بوده است که در محل زندگیشان وجود داشته است. بر همین اساس نظام‌های نوین همچون اسلام به اهمیت عرف واقف بوده و برای تنظیم احکام و قوانین خود به آن توجه داشته‌اند. در قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از فقه امامیه، عرف نقش مهمی در تفسیر قوانین به ویژه در حوزه‌ی خانواده دارد. همچنین می‌توان گفت ضامن اصلی تعهدهایی که از روابط زوجین نشأت می‌گیرد عرف و اخلاق اجتماعی است و قانون در این رابطه نقش کم‌رنگ‌تری دارد. پس قانون به‌تنهایی نمی‌تواند برای تعیین قواعد و حقوق حاکم بر روابط زوجین یا اصلاح آن به نتیجه برسد و نیازمند کمک از عرف خواهد بود؛ زیرا در رابطه با مسائل زوجین و خانواده غالباً همه چیز نسبی و عرفی است و از شرایط مادی و معنوی افراد نشأت می‌گیرد. از نگاه حقوق، اگر عرف را بدون کارکرد ابزاری و استقلالی در نظر بگیریم می‌توان آن را به‌عنوان یکی از منابع حقوق به رسمیت شناخت. عرف دارای گونه‌های متنوعی است که در این پژوهش به کارکرد حکمی و موضوعی آن در حقوق زوجین پرداخته شده است. اگر در زمان انعقاد قرارداد، عرفی مشخص در رابطه با انعقاد آن قرارداد در جامعه وجود داشته باشد، اگرچه طرفین معامله در مورد آن صحبتی نکرده باشند آن عرف جز مفاد آن قرارداد به حساب می‌آید. در رابطه با حقوق و تکالیف زوجین عرف موضوعی حدود و سامان موضوع را مشخص روشن می‌سازد و عرف حکمی که تعبیر دیگری از عرف منبع است، حکم یک قضیه را روشن می‌سازد. شایان‌ذکر است عرف اصولاً از قوانین تکمیلی محسوب می‌شود و نه از قوانین آمره؛ در واقع طرفین می‌توانند نسبت به مسئله‌ی موردنظر به توافق برسند و این توافق لازم‌الاتباع است؛ اما اگر توافق صورت گرفته مغایر با راه پیشنهادی قانون یا عرف باشد، مفاد قوانین تکمیلی از همان الزامی برخوردار

است که قوانین آمره برخوردار است. با توجه به مطالب مطرح شده باید گفت درگذر زمان نیازهای زوجین کم و زیاد خواهد شد و تغییر می‌کند و لذا در اینجا برای حل این مشکلات باید از عرف کمک گرفت.

نوشتار حاضر، جهت بررسی نقش عرف موضوعی و عرف حکمی در حقوق زوجین و همچنین آمره یا تکمیلی بودن آن‌ها نگارش شده است.

الف - تبیین موضوع و مسئله پژوهش

عرف در نظام حقوقی، از آن جهت که از فرسوده شدن احکام فقهی و حقوقی جلوگیری کرده و با نیازهای روز مردم جامعه تغییر و تکامل می‌یابد دارای اهمیت است. جایگاه عرف در فقه، دارای اهمیت زیادی است و گاهی، باعث تغییر در موضوعات و احکام شده است از این رو، فقیه برای آن که حکم یک پدیده عرفی را بیابد، باید شرایط نو و تازه جامعه را، مورد توجه قرار دهد. بر اساس مبانی فقهی، عرف، جایگاهی در ادله اثبات حکم ندارد و به بیانی دیگر، کاربرد استقلالی ندارد و صرفاً در تعیین مصداق و لوازم عرفی و تعیین الفاظ عقود کاربرد دارد. اکثر فقهای شیعه، عرف را، در مشخص کردن مفاهیم عرفی، دارای حجت و اعتبار می‌دانند و میان مذاهب اهل سنت، دو مذهب مالکی و حنفی، عرف را، به‌عنوان یکی از منابع فقه، معتبر دانسته‌اند. همچنین، از منظر حقوقی و بر اساس دکترین حقوقی ایران نیز عرف (بدون تفکیک کارکرد ابزاری و استقلالی عرف) به‌عنوان یکی از منابع حقوق به رسمیت شناخته شده است و از این حیث، دکترین حقوقی با مبانی فقهی در تعارض به نظر می‌رسد. عرف دارای اصطلاحات، اقسام و گونه‌هایی است که در فقه و حقوق اسلام به اعتبار مفاهیم گوناگون از آن‌ها نام برده شده است که شامل عرف لفظی، عرف عملی، عرف عام و خاص، عرف علما، عرف شارع، عرف قراردادی و عرف موضوعی محکمی می‌شود. عرف از منظر کارکرد به دو نوع عرف موضوعی و عرف حکمی تقسیم می‌شود. عرف موضوعی، در مقام تبیین موضوع حکم است و به نظر می‌رسد، صدر ماده ۳۵۶ قانون مدنی که مقرر می‌دارد «هر چیزی که بر حسب عرف و عادت جزء یا تابع مبیع شمرده شود داخل در بیع و متعلق به مشتری است»، ناظر بر آن است. همین‌طور، می‌توان ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی را مثال زد؛ این ماده قانونی، ماهیت نفقه را، «همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن» تعریف می‌کند و روشن است که عرف، در این ماده، در مقام تبیین موضوع حکم الزام به انفاق زوج است؛ حکمی که ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی بر آن دلالت دارد. مثال دیگری که می‌توان برای کارکرد موضوعی عرف بیان کرد، تبیین ماهیت «حسن معاشرت» به‌عنوان یکی از تکالیف زوجین در ماده ۱۱۰۳ قانون

مدنی است؛ «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند» و این عرف است که حسن معاشرت را تبیین می‌کند. کارکرد موضوعی عرف، گاه از چنان اهمیتی برخوردار است که تفکیک و یا حل تعارض ظاهری میان قواعد حقوقی، به آن بستگی دارد؛ به‌عنوان مثال، مفاد ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی که دلالت بر تکلیف معاضدت زوجین به یکدیگر است، با مفاد تبصره ماده ۳۳۶ که زوجه را، مستحق اجرت‌المثل ایام زوجیت می‌داند، تعارض دارد؛ چگونه می‌توان این تعارض را برطرف کرد؟ کدام عمل، مصداق تکلیف معاضدت است و بنابراین نمی‌توان بابت آن، اجرت‌المثل مطالبه کرد و کدام عمل، مصداق تکلیف معاضدت نیست و بنابراین، می‌توان بابت آن اجرت‌المثل دریافت کرد؟ تردیدی نیست که عرف، با کارکرد موضوعی خود، می‌تواند راهگشا باشد؛ همان‌طور که تبصره ماده ۳۳۶ نیز به‌نوعی به این کارکرد اشاره دارد.

عرف حکمی، تعبیر دیگری از عرف منیع است؛ عرفی که در کنار قانون، رویه قضایی و دکترین، به‌عنوان منبع قاعده حقوقی و یا منبع حقوق و تکالیف، از آن سخن به میان می‌آید و به نظر می‌رسد، ماده ۲۲۰ قانون مدنی، علاوه بر اینکه نفی‌کننده عرف موضوعی نیست، دلالت بر عرف و عادت دارد که منبع قاعده حقوقی است؛ یعنی جایگاه عرف در حقوق به‌عنوان یکی از منابع حقوق است؛ این ماده مقرر می‌دارد «عقود نه‌فقط متعاملین را به اجرائی چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به‌موجب عرف و عادت یا به‌موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند»؛ برای مثال، اگر در قرارداد بیع اتومبیل، میان فروشنده و خریدار، در اینکه هزینه انتقال سند بر عهده کیست، اختلاف پیش بیاید، با مراجعه به عرف منیع و احراز این قاعده که «هزینه انتقال سند بر عهده ی فروشنده است» و درواقع، احراز تعهد فروشنده، می‌توان اختلاف را حل و فصل نمود. با این حال، این قاعده، قاعده‌ای تکمیلی است؛ واقعیت این است که عرف حکمی، در حقوق مبتنی بر اراده شارع و یا حتی حقوق مبتنی بر اراده قانون‌گذار دولتی، نمی‌تواند منبع قاعده آمره یا حقوق و تکالیف غیرقابل اسقاط باشد؛ زیرا معنای منبع قاعده آمره بودن عرف این است که اراده اجتماعی، به‌عنوان مبنای اعتبار قاعده حقوقی، در نظام حقوقی دینی و در حوزه حقوق خانواده پذیرفته شده است؛ در این صورت، باید، منتظر تعارض اراده شارع و یا اراده قانون‌گذار دولتی از یکسو و اراده اجتماعی از سوی دیگر، در سطح مبنای اعتبار قواعد حقوقی بود.

درعین حال، در خصوص نقش عرف حکمی در حقوق خانواده و در رابطه با قواعد تکمیلی و حقوق قابل اسقاط ایشان از جمله حق فسخ، نظام حقوقی ایران حکم روشنی ندارد و نمی توان به سادگی پاسخ داد که عرف حکمی همانند حقوق قراردادها می تواند منشأ تعیین حقوق و تکالیف زوجین باشد یا خیر؟ به عنوان مثال، یکی از مصادیقی که می توان به عنوان مصداق کارکرد حکمی عرف ذکر نمود و چالش برانگیز می نماید، در رابطه با وصف سلامت زوجین است. پرسش این است که آیا همانند عقود معاوضی و بر مبنای عرف، می توان شرط سلامت را، در نکاح نیز مورد لحاظ قرارداد و در صورت تخلف از این شرط، قائل به حق فسخ برای طرف مقابل بود یا خیر؟

مبحث دیگری که مورد توجه است، تکلیف عرفی در تهیه جهیزیه است؛ پرسش این است که آیا این تکلیف عرفی الزام آور است یا خیر؟ و می توان زوجه را، ملزم به این تکلیف عرفی کرد یا خیر؟

نکاح را، نباید قراردادی خصوصی تلقی کرد؛ عقدی است معین که مفاد آن و از همه مهم تر، حقوق و تکالیف زوجین، در نظام حقوقی ایران، از سوی شارع مقدس تشریح گردیده است. به این ترتیب، اگر کارکرد موضوعی عرف، در نکاح، قابل پذیرش باشد، کارکرد حکمی آن، در صورتی که این حکم آمره باشد، چالش برانگیز بوده و پذیرش آن دشوار می نماید. درعین حال، توسعه عرف حکمی، به حقوق قابل اسقاط زوجین همچون حق فسخ ناشی از اشتراط یا نفقه قابل اسقاط، قابل توجیه است. به عنوان مثال، اگرچه بر اساس مشهور فقه امامیه و مستند به ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی، شرط صفت در صورتی لازم الاتباع است که به صورت صریح یا بنایی، مورد اراده طرفین باشد، اما پذیرش شرط ضمنی نیز در برخی از موارد، نه تنها منطبق با اراده طرفین است، بلکه مخالف شرع نیز نیست.

و لذا در این پژوهش، در ابتدا به بررسی آراء و نظرات فقهای قدیم و جدید در رابطه با نقش عرف در تکالیف زوجین می پردازیم و تفاوت و مشابهت های آن ها را بررسی خواهیم کرد و همچنین به بررسی آراء حقوقدانان نیز خواهیم پرداخت. در ادامه نقش عرف حکمی و موضوعی را در حقوق و تکالیف زوجین از منظر مالی و غیرمالی با نقش و کارکرد عرف در مبحث قراردادها مقایسه و بررسی خواهیم کرد. در واقع عرف حکمی در مقام بیان حکم است و عرف موضوعی در مقام بیان موضوع است. همچنین با تکیه بر فقه امامیه درمی یابیم که فقها معتقد هستند عرف جایگاهی در ادله اثبات حکم ندارد در واقع کارکردی استقلالی را دارا نیست و تنها مصادیق ولوایم عرفی و الفاظ عقود را مشخص می کند. بدین معنا که عرف را نه منبع قواعد حقوقی می دانند و نه مبنای آن و تنها نقش عرف

را تکمیلی و تفسیری بیان کرده‌اند. درحالی‌که با استفاده از نظریات حقوقدانان، درمی‌یابیم که آنان عرف را به‌عنوان یکی از منابع حقوق می‌شناسند. در همین راستا به بررسی قواعد آمره و تکمیلی در برخی موارد از حقوق زوجین خواهیم پرداخت. قواعد آمره به آن دسته از قواعدی گفته می‌شود که مفاد قانون، در نظر قانون‌گذار دارای اهمیت است و به هیچ‌عنوان نمی‌تواند آن را نقض کند. درحالی‌که قانون‌گذار نسبت به وضع قوانین تکمیلی تخلف‌ناپذیر نیست. بدین معنا که گاهی خود او می‌خواهد اراده ضمنی طرفین قرارداد را بیان کند یا ترتیبی را که به نظرش مفیدتر است یادآور شود. درواقع قوانین تکمیلی یک‌راه پیشنهادی است که برای حل و فصل مسائل حقوقی افراد جامعه که اگر به توافقی دست یابند که مخالف مفاد قانون شکل گیرد باید بدان عمل شود و لازم‌الاتباع است؛ و اگر مخالف مفاد قانون نباشد به همان قانون تکمیلی عمل خواهد شد.

ب - هدف از اجرا و کاربرد نتایج پژوهش

- ۱ - تبیین کارکرد موضوعی و حکمی عرف در رابطه با حقوق زوجین
- ۲ - تبیین ماهیت قواعد حقوقی برآمده از عرف منبع در حقوق زوجین
- ۳ - شناخت مصادیق جدید حقوق و تکالیف زوجین از منظر عرف موضوعی

ج - سؤال‌های پژوهش

سؤال اصلی: عرف چه کارکرد و نقشی در حقوق زوجین دارد؟

- سؤالات فرعی:
- عرف موضوعی چگونه در تبیین حقوق و تکالیف زوجین نقش دارد؟
- نقش عرف حکمی در حقوق و تکالیف زوجین چیست؟
- قواعد برآمده از عرف در حقوق زوجین، آمره است یا تکمیلی؟

د - فرضیه‌های پژوهش

۱ - فرضیه اصلی: عرف در حقوق خانواده از دو کارکرد عرفی و موضوعی برخوردار است؛ که نقش کارکرد

موضوعی به مراتب بیشتر از کارکرد حکمی است.

۲ - فرضیه‌های فرعی:

- نقش عرف موضوعی در رابطه با مواردی همچون تعیین مصادیق نفقه، تشخیص موارد تکلیف معاضدت و حسن معاشرت کارکرد دارد.

- عرف حکمی در مقام بیان حکم موضوع مورد نظر است؛ و در نظام حقوق کنونی صرفاً در صورت تبانی طرفین تأثیرگذار است؛ در عین حال، توسعه کارکرد حکمی عرف در حقوق قابل اسقاط زوجین، از طریق شروط ضمنی قابل توجیه است.

- عرف در نظام حقوق خانواده ایران، می‌تواند منبع قواعد تکمیلی باشد؛ اما منبع قواعد آمره نیست.

ه- روش تحقیق و شیوه گردآوری اطلاعات

پژوهش پیش رو، از نوع بنیادی است و به منظور پاسخگویی به سؤالات و اثبات فرضیات، از روش توصیفی - تحلیلی بهره گرفته شده است. شیوه گردآوری اطلاعات، با استفاده از منابع کتابخانه‌ای است که با مراجعه به کتاب‌ها، مقالات، پایان‌نامه‌ها و نرم‌افزارهای تخصصی و فیش برداری از آن‌ها، جمع‌آوری و تدوین شده است.

ی: پیشینه پژوهش (کتاب، پایان‌نامه و مقاله)

الف - کتاب

۱ - علی دوست، ابوالقاسم (۱۳۸۶). فقه و عرف. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی

اسلامی

نویسنده در این کتاب، به پژوهش از عرف و رابطه آن با شریعت و گونه‌ها و کاربردهای ابزاری و استقلالی و آسیب‌ها پرداخته است؛ اما به طور دقیق، هیچ مطلبی در مورد نقش عرف در رابطه‌ی زوجین از منظر فقهی و حقوقی بیان نکرده است.

۲ - جبار گل باغی ماسوله، سید علی (۱۳۷۸). درآمدی برطرف. قم؛ مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی

حوزه‌ی علمیه قم.

نویسنده در این کتاب دیدگاه فقها و حقوق‌دانان را درباره‌ی عرف بیان کرده و جایگاه آن را در دانش فقه و حقوق دینی معین ساخته است در واقع به بررسی عرف و زوایای مختلف آن پرداخته است؛ اما در مورد موضوع

موردپژوهش حاضر که به دنبال بررسی نقش عرف در رابطه زوجین و شناخت گونه‌های عرف؛ هستیم اشاره‌ای نشده است.

۳- واسعی، محمد (۱۳۸۵). جایگاه عرف در فقه. تهران: کانون اندیشه جوانان.

کتاب حاضر، به دنبال پاسخ به سؤالاتی در حوزه عرف و جایگاه و محدوده کاربرد آن در علم فقه به رشته تحریر درآمده است؛ مؤلف، بعد از ماهیت شناسی عرف، گونه‌های عرف را، بازگو کرده است و همچنین، به بیان اعتبار عرف عملی و لفظی پرداخته است. در واقع، تفاوت کار ما با این کتاب، در این است که این کتاب، به شناخت گونه‌های عرفی از منظر فقه پرداخته است؛ در حالی که ما، به دنبال شناخت عرف موضوعی و حکمی در رابطه‌ی بین حقوق زوجین هستیم.

۴- محمدی ارانی، اکرم (۱۳۹۳) نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده. تهران: نشر میزان.

ایشان در این کتاب به تشریح نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده پرداخته و به همین دلیل تا حدودی، با تحقیق حاضر قرابت دارد. با این حال، تحقیق حاضر، به صورت جزئی و خاص‌تری به نقش عرف از منظر فقه می‌پردازد و درصدد توسعه نقش عرف حکمی در حقوق خانواده است.

ب - پایان‌نامه

۱ - فربودی، علی (۱۳۹۸). قلمرو عرف در عقد نکاح. دانشکده حقوق دانشگاه پیام نور، مرکز تهران

جنوب.

نگارنده در این پژوهش، به مفاهیم و مبانی نظری عرف در عقد نکاح پرداخته و به نقش عرف موضوعی در حقوق مالی و غیرمالی زوجین توجه داشته و همچنین، از منظر قضایی، این مورد را بررسی کرده است و توجهی، به نقش فقهی عرف در روابط زوجین نداشته است. با این حال، در این پایان‌نامه بر آنیم تا گونه‌های عرف را، در رابطه زوجین بیان کنیم و در واقع، به عرف حکمی نیز تأکید شده است.

۲ - کربلایی علی گل، (۱۳۹۳). تأثیر عرف در حقوق مالی همسران با رویکردی با مصادیق آن در حقوق.

دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی.

نویسنده در این پایان‌نامه، فقط به حقوق مالی زوجین با توجه به مصادق‌هایی که در حقوق انگلستان است،

توجه کرده است و گذرا به گونه‌های عرف حکمی و موضوعی اشاره کرده است.

۳ - نادمی، حوریه (۱۳۹۸). نقش عرف در تبیین و اجرای احکام فقهی و حقوقی. دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه الزهرا.

پژوهشگر در این رساله، بر آن است تا بیان دارد اگر عرفی نامعتبر باشد و در جامعه‌ای گسترش پیدا کند که مطابق با شرع نباشد چه پیامدهایی را در بردارد. در واقع، می‌خواهد با شناخت عرف از نظر فقهی و حقوقی باورهای مثبت و منفی عرف را در خانواده بشناسد و راه‌کارهایی را بیان کند و در کنار بررسی نقش عرف در حقوق خانواده، تنها به عرف موضوعی توجه شده است. تفاوت کار ما با این پایان‌نامه این است که ما به بررسی عرف حکمی و گونه‌های عرف در روابط زوجین توجه کرده نه به‌طور عام به حوزه‌ی خانواده و آسیب‌شناسی عرف غیر منطبق با احکام شرعی و تأثیرات که می‌توانند ناخواسته بر قوانین بگذارند.

۴ - یدالله نژادچاری، حسن (۱۳۹۸). تأثیر عرف بر قوانین ایران در حوزه‌ی حقوق زنان و مبانی فقهی آن. دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

در این پایان‌نامه به شناخت مبانی فقهی اعتبار عرف و قابلیت و کاربرد آن در فقه امامیه و نقش آن به‌طور عام در حقوق زنان پرداخته شده است. تفاوت عمده‌ی این پایان‌نامه با پژوهش حاضر در این است که نویسنده فقط به تأثیر عرف در حوزه‌ی زنان توجه کرده است.

۵ - ارغند، مریم (۱۳۹۲). نقش عرف در فقه و حقوق با رویکردی بر آراء حضرت امام خمینی. پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.

نویسنده در این پژوهش به بررسی و تحقیق درباره‌ی عرف به‌طور خاص با محوریت دیدگاه و آرای حضرت امام خمینی در زمینه‌های مختلف پرداخته است. در واقع به کارکرد عرف به‌طور کلی و نه در حوزه حقوق خانواده تأکید شده است.

۶ - جهان شاهی، نجمه (۱۳۹۲). بررسی جایگاه عرف و عادت در عقود اسلامی از منظر فقه شیعه و قانون مدنی ایران. دانشکده حقوق و الهیات، دانشگاه شهید باهنر کرمان.

در این رساله به شناخت نقش عرف در حوزه‌ی عقود اسلامی به‌عنوان یکی از معیارهای مهم تفسیری و گاه حکمی با ذکر مصادیقی در این زمینه پرداخته شده است. علاوه بر توجه به کارکرد عرف، نقش قراردادها در آن