





پایان نامه دوره کارشناسی ارشد (M.A)

رشته: حقوق خانواده

عنوان:

تأثیر عرف بر قوانین ایران در حوزه حقوق زنان و مبانی فقهی آن

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر نایب علی خلیلی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر محمد هادی دارائی

دانشجو:

حسن یدالله نژاد چاری

زمستان ۱۳۹۸

این اثر را تقدیم می‌کنم به مادر

حضرت صاحب‌الزمان (عج)، بانوی مطهره، حضرت فاطمه زهرا (س).

سپاس خداوند سبحان را که به بنده حقیر توفیق انجام و اتمام این پژوهش را عنایت فرمود.

بر خود واجب می‌دانم که همواره زحمات بانوان زندگی‌ام را به یاد داشته باشم و از مادر عزیز، فداکار و مهربانم بابت زحماتی که در طول زندگی برای پیروزی و شادکامی من به جان خریدند، سپاسگذارم. همچنین از همسر عزیز و فداکارم تشکر می‌کنم که با همراهی صمیمانه خود دشواری‌ها را برایم شیرین گرداند.

از پدر و برادر عزیزم که همواره همراهی استوار بوده‌اند کمال تشکر را دارم.

از خانواده همسر عزیزم بابت مهربانی‌ها و همکاری‌هایشان سپاسگذارم.

از اساتید گرانقدرم که مرا در این راستا یاری نمودند تشکر می‌کنم.

چکیده

زن از ارکان اساسی و مهم نظام خانواده محسوب می‌شود و توجه صحیح به حقوق او در هر جامعه‌ای به سعادت آن جامعه منجر خواهد شد. عرف از عوامل مؤثر در ابعاد مختلف حوزه حقوق زنان محسوب می‌شود، 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 می‌شود. به همین دلیل بی‌توجهی به آثار عرف در خصوص حقوق زنان و قوانین مصوب در این حوزه، موجب ایجاد چالش‌های بنیادین در افکار جمعی و عام جامعه خواهد شد.

با عنایت به کارکردهای وسیع عرف و رعایت نقش ابزاری آن، جایگاه آن در قوانین مصوب در حوزه حقوق زنان که بسیار تحت تأثیر این پدیده بوده‌اند، روشن می‌شود. در این نگاشته نیز ابتدا به شناخت و معرفی جامع عرف و جایگاه آن در حقوق و فقه امامیه می‌پردازیم و سپس آثار آن در حوزه حقوق زنان در سیر تاریخی تصویب قوانین مختلف در قالب دو بخش مالی و غیر مالی بررسی می‌شود و در ذیل مباحث، مبانی فقهی آن حقوق نیز تبیین می‌گردد. بلکه تأثیر عرف در خصوص این قوانین، تغییرات زیادی به همراه داشته فلذا اهمیت نقش عرف را می‌رساند و نیز توجه حداکثری قانونگذار را می‌طلبد.

واژه‌های کلیدی:

عرف، قانون، حقوق زن، مالی، غیرمالی، مبانی فقهی.

فهرست مطالب

| | |
|----|--|
| ۱ | بخش اول: کلیات و مبانی نظری تحقیق |
| ۲ | مقدمه |
| ۴ | فصل اول: کلیات تحقیق |
| ۴ | مبحث اول: بیان مسأله |
| ۵ | مبحث دوم: اهمیت و ضرورت انجام تحقیق |
| ۵ | مبحث سوم: اهداف تحقیق |
| ۵ | مبحث چهارم: سوالات تحقیق |
| ۶ | مبحث پنجم: فرضیه های تحقیق |
| ۷ | مبحث ششم: تعریف مفاهیم بنیادی و اصلی تحقیق |
| ۷ | گفتار اول: واژه شناسی عرف |
| ۹ | گفتار دوم: واژه شناسی قانون |
| ۹ | گفتار سوم: واژه شناسی فقه |
| ۱۰ | مبحث هفتم: پیشینه تحقیق |
| ۱۱ | مبحث هشتم: جنبه نوآوری تحقیق |
| ۱۱ | مبحث نهم: ساختار تحقیق |
| ۱۲ | فصل دوم: شناخت عرف |

- ۱۲مبحث اول: پیشینه تاریخی عرف در جهان.
- ۱۵مبحث دوم: پیشینه تاریخی عرف در فقه شیعه.
- ۱۶مبحث سوم: ارکان عرف.
- ۱۷مبحث چهارم: اقسام عرف.
- ۱۷ -----گفتار اول: عرف لفظی و عملی
- ۱۸ -----گفتار دوم: عرف عام و خاص
- ۱۸ -----گفتار سوم: عرف موضوعی و حکمی
- ۱۹ -----گفتار چهارم: عرف ممضی، مردوع و مرسل
- ۱۹ -----گفتار پنجم: عرف شارح
- ۲۰مبحث پنجم: واژه های همسو با عرف.
- ۲۰ -----گفتار اول: عرف و عادت
- ۲۱ -----گفتار دوم: عرف و اجماع
- ۲۱ -----گفتار سوم: عرف و بنای عقلا
- ۲۱ -----گفتار چهارم: عرف و قانون
- ۲۲ -----گفتار پنجم: عرف و مقتضیات زمان
- ۲۳مبحث ششم: جایگاه عرف در فقه و حقوق.
- ۲۳ -----گفتار اول: ادله حجیت عرف در استنباط احکام
- ۲۳ -----بند اول: کتاب
- ۲۴ -----بند دوم: سنت
- ۲۴ -----بند سوم: اجماع
- ۲۴ -----بند چهارم: لزوم رعایت عرف جامعه عرب
- ۲۵ -----گفتار دوم: حجیت عرف از نظر فقه امامیه
- ۲۵ -----بند اول: تعریف قاعده حقوقی
- ۲۶ -----بند دوم: تعریف مبنا
- ۲۷ -----بند سوم: تعریف منبع
- ۲۸ -----گفتار سوم: تبیین دیدگاه های مختلف مربوط به جایگاه عرف در فقه
- ۲۸ -----بند اول: نظریه عرف به عنوان منبع قواعد حقوقی
- ۲۹ -----بند دوم: نظریه عرف به عنوان مبنا و منبع قواعد حقوقی

بند سوم: نظریه عرف و عدم امکان منبع و مبنا بودن آن ----- ۲۹

بند چهارم: دیدگاه فقه امامیه ----- ۳۰

مبحث هفتم: کاربرد عرف در نظام فقهی و حقوقی شیعه و ایران..... ۳۱

گفتار اول: کاربرد اول؛ تبیین مفاهیم واژه ها و عبارات ----- ۳۱

گفتار دوم: کاربرد دوم؛ تفهیم و تفسیر مجموعه عبارات ادله شرعی و مواد قانونی ----- ۳۲

گفتار سوم: کاربرد سوم؛ تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق موضوعات و احکام ----- ۳۴

گفتار چهارم: کاربرد چهارم؛ قانونگذاری ----- ۳۵

گفتار پنجم: کاربرد پنجم؛ تفسیر قراردادها و معاملات ----- ۳۵

گفتار ششم: کاربرد ششم؛ موضوع سازی و موضوع زدایی عرف برای جریان اسناد و احکام و عدم جریان آن

ها ----- ۳۶

مبحث هشتم: عدم جواز کارایی عرف..... ۳۶

بخش دوم: تأثیر عرف بر حقوق مالی زن ----- ۳۸

فصل اول: نفقه زن ۴۰

مبحث اول: مفهوم نفقه..... ۴۱

مبحث دوم: نفقه در منابع فقهی..... ۴۱

گفتار اول: کتاب ----- ۴۱

گفتار دوم: سنت ----- ۴۲

گفتار سوم: اجماع ----- ۴۳

مبحث سوم: شناخت مصادیق و میزان نفقه..... ۴۳

مبحث چهارم: تحولات نفقه..... ۴۶

فصل دوم: جهیزیه ۴۸

مبحث اول: مفهوم جهیزیه..... ۴۹

مبحث دوم: جهیزیه در منابع فقهی..... ۴۹

مبحث سوم: جهیزیه در حقوق ایران..... ۵۰

مبحث چهارم: نقش عرف در جهیزیه زن..... ۵۱

فصل سوم: ارث ۵۲

مبحث اول: سهم الارث زوجه در منابع فقهی..... ۵۳

گفتار اول: کتاب..... ۵۵

گفتار دوم: سنت..... ۵۶

گفتار سوم: اجماع..... ۵۷

مبحث دوم: سهم الارث زوجه در نظام حقوقی ایران..... ۵۷

گفتار اول: تحولات قوانین تا سال ۱۳۸۷..... ۶۰

گفتار دوم: تحولات قوانین از سال ۱۳۸۷ به بعد..... ۶۱

فصل چهارم: اجرت المثل ایام زناشویی ۶۴

مبحث اول: مفهوم اجرت المثل..... ۶۵

مبحث دوم: اجرت المثل در منابع فقهی..... ۶۶

مبحث سوم: تعلق اجرت المثل به زوجه..... ۶۷

فصل پنجم: مهریه ۷۱

مبحث اول: مفهوم مهریه..... ۷۱

مبحث دوم: فلسفه پرداخت مهریه..... ۷۲

| | |
|-----|--|
| ۷۳ |مبحث سوم: اقسام مهریه |
| ۷۴ |مبحث چهارم: مهرالمسمی |
| ۷۴ | -----گفتار اول: مهرالمسمی در منابع فقهی |
| ۷۹ | -----گفتار دوم: مهرالمسمی در قانون ایران |
| ۸۰ | -----گفتار سوم: سقف مهریه در ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ |
| ۸۴ | -----گفتار چهارم: تأدیه مهریه به نرخ روز |
| ۸۵ |مبحث پنجم: مهرالمثل |
| ۸۷ |مبحث ششم: مهرالمتعہ |
| ۹۰ | -----بخش سوم: تأثیر عرف بر حقوق غیر مالی زن |
| ۹۱ |فصل اول: حسن معاشرت |
| ۹۲ |مبحث اول: حسن معاشرت زوج با زوجه در منابع فقهی |
| ۹۴ |مبحث دوم: حسن معاشرت در قوانین ایران |
| ۹۷ |فصل دوم: اشتغال |
| ۹۹ |مبحث اول: مفهوم اشتغال |
| ۱۰۰ |مبحث دوم: اشتغال زوجه در منابع فقهی |
| ۱۰۱ |مبحث سوم: اشتغال زوجه در قوانین ایران |
| ۱۰۱ | -----گفتار اول: اشتغال زنان در قانون اساسی |
| ۱۰۲ | -----گفتار دوم: اشتغال زنان در قوانین عادی |
| ۱۰۴ |مبحث چهارم: تأثیر عرف بر قوانین مربوط به اشتغال زنان |

فصل سوم: حق طلاق

۱۰۸

۱۱۰.....مبحث اول: مفهوم عسر و حرج.....

۱۱۱.....مبحث دوم: قاعده لاجرح در منابع فقهی.....

۱۱۱-----گفتار اول: کتاب-----

۱۱۲-----گفتار دوم: سنت-----

۱۱۲-----گفتار سوم: عقل-----

۱۱۳.....مبحث سوم: قاعده نفی عسر و حرج در طلاق زوجه.....

۱۱۶.....مبحث چهارم: محدوده عرف در طلاق عسر و حرج.....

فصل چهارم: حق حضانت

۱۱۹

۱۲۰.....مبحث اول: مفهوم حضانت.....

۱۲۱.....مبحث دوم: ماهیت حضانت.....

۱۲۲.....مبحث سوم: شرایط تعلق حق حضانت.....

۱۲۳-----گفتار اول: عقل-----

۱۲۴-----گفتار دوم: بلوغ و توانایی جسمی-----

۱۲۶-----گفتار سوم: توانایی اخلاقی-----

۱۲۷-----بند اول: اشتهار به فساد اخلاق و فحشاء-----

۱۲۷-----بند دوم: سوءاستفاده از طفل-----

۱۲۸-----بند سوم: خشونت-----

۱۲۹-----گفتار چهارم: عدم ازدواج مجدد-----

۱۲۹-----گفتار پنجم: اسلام-----

۱۳۰.....مبحث چهارم: مدت حضانت.....

۱۳۲.....مبحث پنجم: مسئولیت مدنی ناشی از حضانت کودک.....

نتیجه گیری-----۱۳۴

پیشنهادها-----۱۳۹

فهرست منابع-----۱۴۰

فهرست علائم اختصاری

| | |
|------------|-----------------------------------|
| ق.م. | قانون مدنی |
| ق.ا. | قانون اساسی |
| ق.ا.ح. | قانون امور حسبی |
| ق.ث. | قانون ثبت اسناد و املاک |
| ق.ح.خ. | قانون حمایت خانواده |
| ق.م.ا. | قانون مجازات اسلامی |
| ق.ن.ا.م.م. | قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی |
| ه.ش. | هجری شمسی |
| ه.ق. | هجری قمری |
| م. | میلادی |
| ش. | شماره |
| ص. | صفحه |
| ر.ک. | رجوع کنید |

بخش اول: کلیات و مبانی نظری تحقیق

مقدمه

«وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ... مَا هِيَ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ... ما هیچ پیامبری را، جز به زبان قومش نفرستادیم تا (حقایق را) برای آن‌ها آشکار سازد...»^۱.

«شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ... آن‌چه از دین به نوح توصیه کرده بود، برای شما مقرر کرد و آن‌چه را به تو وحی کردیم و به ابراهیم و موسی و عیسی توصیه نمودیم، این بود که دین را بپا دارید و در آن اختلاف نکنید...»^۲.

عرف از عوامل ایجاد و پویایی حقوق در هر جامعه و از عوامل بنیادین نظام‌های حقوقی جهان است. در واقع می‌توان گفت عرف نسبت به سایر منابع حقوق تقدم تاریخی دارد؛ زیرا در ابتدای زندگی انسان‌ها و قبل از شکل‌گیری نظام‌های حقوقی مدون، زندگی اجتماعی و حقوقی انسان‌ها حسب عرف محل زندگی آن‌ها سامان می‌یافت. بنابراین واضح است که نظام‌های حقوقی جدید از جمله اسلام به اهمیت تاریخی این عرف‌ها واقف بوده و در احکام و قوانین خود به آن‌ها توجه داشتند.

اما اصولیین شیعه از عرف به عنوان منابع احکام یاد نمی‌کنند و فقط اعتبار آن را در حدود برخی موضوعات و مصادیق احکام محدود می‌دانند از جمله که شیخ مغنیه بیان می‌دارد: «اگر عرف یا عادت در زمان قانونگذار و به وسیله او تنفیذ یافته است، نباید تصور شود که عرف و عادت، منبع صدور قانون بوده است و چون عرف و عادت مذکور با قول و فعل یا تقریر شارع، تنفیذ و امضا شده است؛

۱. آیه شریفه ۴ سوره مبارکه ابراهیم.

۲. آیه شریفه ۱۳ سوره مبارکه شوری.

از این رو به اعتبار ابتننا به سنت، مورد اعتبار قرار گرفته است. کاربرد عرف در موضوعات احکام است و نه در خود احکام»^۱.

علی رغم تغییرات و تحولات فراوان در زندگی اجتماعی و فرهنگی انسان‌ها، عرف‌ها نیز به تبع آن تغییراتی به خود می‌بیند و نیز نیازهای جدید را به دنبال خواهد داشت و از آن جایی که قوانین موضوعه باید کلیت قوانین را به طوری بیان کنند که همگام با این تغییرات باشد؛ لذا نباید تمام جزئیات قوانینی را تصویب کنند که مانع پویایی آن شوند. از سویی دیگر اما قاضی مکلف است براساس قوانین موجود هر نوع مخاصمه‌ای را فیصل دهد و این بدون قوانین ممکن نیست. با این حال ابزاری برای قاضی پیش‌بینی شده است که همان عرف جامعه نام دارد که با کمک این ابزار در کنار قوانین می‌تواند به بسیاری از مخاصمات پایان دهد.

در نظام حقوقی ایران، حقوق خانواده بیش از سایر حوزه‌ها تحت تأثیر تحولات اجتماعی و عرف قرار داشته است. از میان اعضای خانواده، قشر زنان و همسران بیش از سایرین متأثر بوده‌اند؛ بلکه زنان به عنوان مرکز و کانون تربیتی و مدیریتی خانواده در طول تاریخ بیشترین ظلم حقوقی را به خود دیده و نسبت به حقوق او کمترین توجه را داشتند اما بیداری اسلامی که به دنبال انقلاب اسلامی وارد ایران شد، توانست تا حدودی این حقوق را به پا دارد و در قانون اساسی خود و نیز در برخی اصول مربوط به زنان، مسائل مهمی را ابراز داشت. به هر حال این قوانین از زمان تصویب در قوانین عادی و اساسی تحت تأثیر تحولات اجتماعی، تغییرات فراوانی به خود دیدند که حاکی از تأثیر فراوان عرف بر این مقوله است. در این خصوص می‌توان با مراجعه به قانون مدنی در مواد مربوط به مهریه، نفقه، حسن معاشرت و غیره به اهمیت مسأله پی برد.

^۱ مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۶، چاپ سوم، موسسه انصاریان، قم، ۱۳۸۱، ص ۱۱۷.

فصل اول: کلیات تحقیق

مبحث اول: بیان مسأله

بدون تردید در تطوّر تاریخ بشریت با بررسی حقوق زنان، این نتیجه حاصل می‌شود که در تمدن-ها و جوامع مختلف حسب مقتضیات جامعه آن زمان و یا پیشینه فرهنگی و اجتماعی اعصار مختلف، حقوق زنان فراز و نشیب‌های فراوانی به خود دید. اما با رشد آگاهی‌های بشری به خصوص با ورود مکتب حیات بخش اسلام، جایگاه و حقوق زنان در بسیاری از نظام‌های حقوقی تغییرات اساسی و مبنایی نمود.

در مقررات ایرانیان نیز فراز و نشیب‌های فراوانی تحت تأثیر شرایط و اوضاع و احوال فرهنگی و اجتماعی مختلف در طول تاریخ در حوزه حقوق زنان مشهود بود و زمانی که اسلام وارد ایران شد، تأثیر بسزایی بر تمام جوانب جامعه ایران از جمله حقوق خانواده بر جای گذاشت، که اکثر این تغییرات راجع به روابط حقوقی و اخلاقی زوجین بوده که عزت خانواده‌ها و مخصوصاً زنان را به دنبال داشت. پس از این‌که نظام حقوقی ایران به شکل مدون در آمد و در حدود یک قرن اخیر قوانین اساساً طبق تعالیم اسلامی و فقهای امامیه مقرر شدند، حقوق زنان نیز که نیمی از جمعیت جامعه را تشکیل می‌دهند، در این قوانین لحاظ شد. اما با گذشت زمان و تحولات اجتماعی موجب شد نیازهای مردم نیز تغییر کند و همچنین قوانین جدید لازمه اداره بهتر کشور بود. در این میان حقوق زنان نیز بیش از پیش دستخوش تحولات قرار گرفت.

با تمام این تفاسیر بسیاری معتقدند که باید از عرف به عنوان منبعی مستقل استفاده شود ولی اعتقاد فقهای امامیه ک قوانین کشور نیز براساس آن پایه‌ریزی شده چیز دیگری است. به هر حال در این تحقیق مسأله این است که اساساً عرف در حقوق مربوط به زنان چه تأثیری دارد و آیا عرف می‌تواند قوانین ایران را در برخی مسائل مانند حقوق زنان متأثر کند یا خیر.

مبحث دوم: اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

حقوق زنان از مهم‌ترین و تأثیرگذارترین عناصر نظام حقوقی خانواده است و طبق طبیعت خود مانند سایر پدیده‌های اجتماعی تحت تأثیر تحولات اجتماعی تغییر خواهد کرد و مهم‌ترین موضوعی که بیش‌ترین تأثیر در خصوص تغییرات را به جا می‌گذارد، عرف است. لذا تبیین جایگاه عرف و تفسیر قوانین این حوزه نیاز است تا به محدوده دخالت این پدیده بر قوانین و حقوق مختلف پی ببریم. در غیر این صورت به دلیل برداشت‌های نادرست ممکن است عرف را هم‌عرض سایر منابع تقنینی در نظر گرفته و در ادامه تحولات جامعه دچار افراط و تفریط در استفاده از عرف شده و دوباره حقوق این اقشار ضایع شود. لذا پیروی از منبعی صحیح است که بتواند قوانین حکیمانه و عادلانه‌ای را در جامعه حاکم کند و لذا هیچ پدیده‌ای نمی‌تواند جایگزین شرع مقدس اسلام شود.

مبحث سوم: اهداف تحقیق

۱. شناخت مبانی فقهی اعتبار عرف و قابلیت‌ها و کاربردهای آن در فقه امامیه.
۲. شناخت تأثیر و کارکردهای آن در حوزه حقوق مالی و غیر مالی زنان در سیر تاریخی قوانین ایران.

مبحث چهارم: سوالات تحقیق

۱. عرف در فقه شیعی و حقوق ایران تا چه اندازه اعتبار دارد و چه کاربردهایی دارد؟
۲. عرف در تغییرات و تحولات قوانین ایران در حوزه حقوق زنان چه تأثیری داشته است؟

مبحث پنجم: فرضیه‌های تحقیق

۱. با توجه به این که احکام قانونی، صادره از سوی شارع مقدس بوده و عاری از هرگونه خطا صادر شده، لذا احکام از لحاظ صحت و سقم جامع و مانع هستند؛ فلذا خدشه‌ای بر آن‌ها وارد نیست و روشن است که خداوند برای تمام بندگان خود حسب ویژگی‌های آن‌ها قوانین مخصوص به خود را مقرر کرده است. بنابراین حسب این معیار تمام قوانین از جانب شارع قابل جستجو می‌باشد.
۲. قوانین در حوزه انسان‌ها به دو دسته ثابت و متغیر تقسیم می‌شوند به طوری برخی از آن‌ها برای تمام زمان‌ها و به شکلی ثابت مقرر شده‌اند؛ مانند نحوه نماز گزاردن و نحوه صحیح پوشش و حجاب زنان که برای تمام زمان‌ها می‌باشد و تغییرات اجتماعی تأثیری بر آن‌ها ندارد. برخی قوانین دیگر که به شکلی مقرر شده‌اند تا حسب مقتضیات هر زمان و مکانی قابلیت هماهنگی داشته باشند، مثل مصادیق پرداخت نفقه و قاعده لاجرح که با بیان کلی توسط شارع این قابلیت را دارند که پاسخگوی هر قومی، در هر زمانی باشند.
۳. توجه به عرف و معیار قرارداد هر نوعی از آن در کنار قوانین و حقوق، چیزی جز گمراهی و سردرگمی به دنبال نخواهد داشت؛ بلکه معیار اصلی احکام قانونی، شرع می‌باشد که اگر هر عرفی سازگار با این ضابطه باشد، می‌تواند به عنوان ابزار در دست قانون و حقوقدان استفاده شود. در ضمن استفاده ابزاری و نه استفاده به عنوان منبعی مستقل.
۴. عرف اساساً توانایی رویارویی با احکام و موضوعات شرعی را ندارد ولی در مواردی که شارع پاسخ قاطعی نداده و میان علما نیز نظر قاطعی وجود ندارد و اختلاف نظری است، در تبیین مصادیق این احکام و موضوعات می‌توان از داوری عرف استفاده کرد و به آن رجوع نمود.

مبحث ششم: تعریف مفاهیم بنیادی و اصلی تحقیق

برای شناخت دقیق موضوع تحقیق، نیاز است ابتدا نسبت به اصطلاحات و مفاهیم آن آشنایی کامل حاصل شود؛ زیرا پی بردن به هر موضوعی نیازمند تفهیم دقیق عبارات و واژگان اصلی آن بحث است بلکه در غیر این صورت به دلیل برداشت‌های متفاوت ممکن است از نظرات نگارنده دور شده و در نهایت به دلیل تبیین متفاوت نسبت به مفاهیم، به سر منزل مقصود نرسد؛ لذا در ابتدا به تعریف دقیق مفاهیم و اصطلاحات می‌پردازیم.

گفتار اول: واژه شناسی عرف

عرف در لغت واژه‌ای عربی است که با واژه‌های متعارف، عرفان، عارف، معرفت، و معروف، از یک ریشه و در معنا به هم نزدیک هستند^۱. عرف در لغت، این‌گونه تعریف شده است: «امر پسندیده و نیکو، شناخته، معروف و مشهور، آنچه در میان مردم معمول و متداول است^۲. در عرب به پی در پی بودن چیزی که اجزای آن متصل به یکدیگر باشد، گویند که برگرفته از خطبه معروف امام علی(ع) با عنوان «شِقْشِقِيَّه» است. این روایت در وصف تراکم جمعیت مردم که برای بیعت با ایشان آمده بودند، می‌باشد؛ «فَمَا رَاعَنِي إِلَّا وَالنَّاسَ كَعُرْفِ الصُّنْعِ»^۳. واژه «عرف» در قرآن مجید، دو مرتبه و «معروف» سی و دو مرتبه به کار رفته است. بسیاری از مفسران نیز، مانند زبان‌شناسان، این دو واژه را به طور کامل یکی می‌دانند و بین این دو واژه رابطه تنگاتنگی برقرار می‌کنند. عرب به هر مکان مرتفعی عرف می‌گوید، که در آیه شریفه ۶۴ سوره اعراف این‌گونه آمده است: «وَبَيْنَمَا حِجَابٌ وَعَلَىٰ أَعْرَافٍ رِجَالٌ يَعْرِفُونَ بِسِيمَاهُمْ». در جایی دیگر در مقابل نکر و به معنی امری پسندیده آمده که در آیه شریفه ۱۹۹ سوره اعراف نیز به همین معنی است؛ «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ» و به طور کلی

۱. جبارگلباغی ماسوله، علی، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۸، ص ۲۱.

۲. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، ج ۱۶، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۷ ه.ش، ص ۱۷۶؛ عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج ۲، چاپ نهم، موسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۴۳۲؛ معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۲، چاپ دوم، امیر کبیر، تهران، ۱۳۵۳، ص ۲۲۹۱.

۳. شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه، به ترجمه دشتی محمد، چاپ اول، مشهور، قم، ۱۳۷۹، خطبه سوم.

با بررسی آیات مربوط، می‌توان دریافت که مفهوم قرآنی عرف و معروف بیشتر جنبه ارزشی، اخلاقی و اصلاحی پیدا می‌کند.^۱

وهبه زحیلی در خصوص عرف می‌گوید: «عرف آن است که متعارف بین مردم باشد و مردم، هر عمل رایج همگانی یا گفتاری را انجام دهند که در مورد مفهوم خاصی به کار می‌رود و در لغت یافت نمی‌شود و در هنگام شنیدن، غیر آن به ذهن سبقت نمی‌گیرد، و این شامل عرف عملی و قولی است»^۲.

در اصطلاح فقها بر اساس نظریات مختلف نتیجه شد که مظاهر عرف متعدد (فهم، بنا و روش بر فعل یا ترک و داوری) است، از این‌رو می‌توان عرف مصطلح در دانش فقه، حقوق و اصول را به فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد، تفسیر نمود.^۳

در اصطلاح حقوقی، دانشمندی معتقد است؛ قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروه ویژه‌ای از آنان به عنوان قاعده‌ای الزام آور مرسوم شده است^۴، و دیگری معتقد است: «مراد از عرف، عقلا و مقصود از بنای عقلا همان فهم عرفی آن‌ها است. روشن است که مراد از فهم عرفی این است که فقیه یا حقوقدان در برخورد با مجهولات فقهی و حقوقی به دنبال قطع و یقینی که فلاسفه خواستار آن هستند، نرود؛ بلکه به دنبال طرز تفکر و اندیشه‌ای باشد که متعارف مردم به دنبال آن می‌روند»^۵.

۱. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، چاپ سوم، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۶، ص ۴۷.

۲. زحیلی، وهبه، الوجیز فی اصول الفقه، چاپ نخست، نشر احسان، تهران، ۱۳۸۸، ص ۹۷.

۳. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۶۱.

۴. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، ج ۲، چاپ نخست، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ص ۴۷۴.

۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۴، چاپ دوم، امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۶، ص ۷۸۳.

گفتار دوم: واژه شناسی قانون

واژه قانون، لغتی است سریانی به معنای خط‌کش که قوانین وضع شده توسط کلیسا مبتنی بر همین لغت بود. به معنای قاعده، اصل، رسم و آیین نیز به کار می‌رود و در فقه، آن را شرع گویند.^۱

در اصطلاح آمده است که مجموعه‌ای از اوامر و نواهی موضوعه است که همراه با ضمانت اجرا بر اشخاص تحمیل می‌شود.^۲ در قانون اساسی نیز آمده که، قواعدی است با تشریفات مقرر در قانون اساسی که از طرف قوه مقننه وضع شده باشد.^۳

نکته: لازم به ذکر است که قوانین مدّ نظر ما در این تحقیق قوانینی هستند که اساساً در خصوص حقوق زنان مطالب بیشتر و مهمتری را ذکر کرده‌اند که عبارتند از؛ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، مقررات راجع به ازدواج مصوب ۱۳۱۰، قانون مدنی مصوب ۱۳۱۳ و اصلاحات بعدی آن، قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۴۶ و ۱۳۵۳، لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸، قانون اصلاح مقررات راجع به طلاق مصوب ۱۳۷۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام و سایر قوانین مربوط به حضانت و سرپرستی کودک و قوانین مربوط به مهریه.

گفتار سوم: واژه شناسی فقه

در ادبیات عرب واژه فقه را به معنای «فهم، علم و ادراک» آورده‌اند؛ که البته برای مفهوم آن محدودیت‌هایی قائل شدند.^۴ در قرآن واژه فقه مورد استعمال قرار نگرفته اما مشتقات دیگر این ماده مکرر به کار رفته است و در تمام این کاربردها به معنای لغوی آن مطلق فهم یا فهم با دقت و تأمل می‌باشد.^۵

۱. همان، ج ۳، ص ۶۴۲.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۲، ص ۲۰۱.

۳. اصول ۶۲ تا ۹۹ ق.ا که در خصوص تشریفات تصویب قوانین هستند.

۴. ابن منظور، محمدبن مکرّم، لسان‌العرب، ج ۱۳، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت، لبنان، ۱۳۶۹ ه.ق، ص ۵۲۲.

۵. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۴۱.

در اصطلاح، فقه علمی است بر مجموعه مسائلی اطلاق می‌گردد که کاشف از حلال و حرام و اعتبارات الهی است؛ مسائلی که با تلاش و اجتهاد فقیه از منابع و مستندات شرعی استخراج می‌گردد.^۱ گفتنی است که واژه فقه مانند همه یا بسیاری از واژه‌های علوم از قبیل «اصول»، «کلام»، «فلسفه»، «نحو»، «فیزیک»، «شیمی» و ... گاه بر مجموعه‌ای از مسائل همگون و مرتبط، و گاه بر دانش و فهم این مجموعه اطلاق می‌گردد؛ می‌توان تعبیری از قبیل علم فقه یا دانش اصول یا فن نحو (که لفظ علم، دانش و فن اضافه به این عناوین شده) را یادآور اطلاق اول دانست، چنان‌که در کاربرد دوم، تنها از خود این عناوین استفاده می‌گردد.^۲

علاوه بر این موارد برخی اصطلاحات مهم دیگر نیز در این تحقیق مدّ نظر نگارنده بوده‌اند که حسب عنوان مورد بحث به تعریف آن‌ها در جایگاه مناسب خود خواهیم پرداخت؛ مانند واژه‌های مبنا، منبع و غیره.

مبحث هفتم: پیشینه تحقیق

در زمینه عرف و تأثیر آن بر قوانین، تحقیقاتی در قالب کتاب و مقالات صورت گرفته است؛ اما هیچ کدام به شکلی خاص بر روی حقوق زنان متمرکز نشده و بیشتر به طور کلی به حقوق خانواده پرداخته‌اند و یا این‌که به تأثیرات عرف تنها از لحاظ تفسیر قوانین تمرکز کرده‌اند و به طور اجمالی از کنار سایر کاربردهای عرف گذشته‌اند. در این زمینه به برخی از پژوهش‌های مرتبط با این موضوع اشاره می‌کنیم:

۱. اکرم محمدی ارانی (۱۳۹۳)، در کتاب «نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده» به نقش تفسیری عرف در قوانین حوزه خانواده به طور کلی می‌پردازد و در قسمتی کوتاه به برخی مصادیق آن

۱. همان، ص ۴۳.

۲. همان، ص ۴۴.

اشاره می‌کند ولی ما در این تحقیق از کاربردهای بیشتر عرف سخن گفته و مصادیق مربوط به حقوق مالی و غیرمالی زنان را با نگاهی موشکافانه و تخصصی بررسی می‌کنیم.

۲. مریم ابن تراب (۱۳۸۹)، در مقاله‌ای با عنوان «تأثیر عرف بر حقوق همسران» به بررسی تأثیر عرف در موضوع حقوق زوجین پرداخته و تنها به برخی از مصادیق اشاره کرده و بسیار خلاصه بیان شده، اما در این تحقیق به صورت کلی و جزئی به تمام مصادیق مالی و غیرمالی مربوط به زنان در سیر تاریخی قوانین ایران پرداخته شده است.

مبحث هشتم: جنبه نوآوری تحقیق

با جستجو در منابع مختلف فقهی و حقوقی، با کتب و مقالاتی روبرو شدیم و دریافتیم که هیچ‌کدام از آن‌ها با نگاهی فقهی و حقوقی و با توجه به تاریخ قانونگذاری به طور کلی به تحولات حقوق زنان تحت تأثیر عرف نپرداختند و صرفاً به بیان برخی مصادیق با توضیحی مختصر بسنده کردند؛ به همین دلیل درصدد آمدیم که به دلیل وجود شبهات پیچیده در خصوص نقش عرف و نیز تحولات جامعه امروزی به خصوص در مورد زنان و نیز تحولات جامعه جهانی و حقوق بشری که نظام حقوق اسلامی را زیر سؤال می‌برند، مبانی تأثیر عرف و تحولات حقوق زنان را با نگاهی تاریخی و فقهی تبیین کنیم تا باورهای غلط در خصوص عرف، از ذهنیت‌ها زدوده شود.

مبحث نهم: ساختار تحقیق

این پایان نامه شامل سه بخش می‌باشد:

بخش اول، مربوط به تبیین کلیات و تعریف مفاهیم و مبانی نظری می‌باشد و به تفهیم عرف و کاربردهای آن و نیز مبانی فقهی آن می‌پردازیم.

بخش دوم به تبیین مصادیق حقوق مالی زن در قوانین ایران و سیر تاریخی تصویب و تغییرات آن می‌پردازیم و در ذیل مباحث به تأثیر عرف و کاربردهای آن در این مصادیق اشاره می‌شود.

بخش سوم نیز در خصوص حقوق غیر مالی زنان بحث می‌شود و پس از تفهیم این حقوق به تأثیر و نقش عرف در سیر تاریخی قوانین مربوط به این حقوق پرداخته می‌شود و در نهایت نتیجه‌گیری و پیشنهادات ارائه می‌شود.

فصل دوم: شناخت عرف

مبحث اول: پیشینه تاریخی عرف در جهان

کهن‌ترین پدیده حقوقی که ریشه بسیاری از نظام‌های حقوقی و قوانین را باید در آن جست، بدون تردید، عرف است؛ بلکه بسیاری از قوانین در گذشته قبل از این‌که به حالت مدون کنونی تبدیل شوند، در قالب عرف و عادات، تعیین‌کننده حدود و اختیارات اشخاص بودند. بنابراین دشوار است که بگوییم امروزه عرف در هیچ یک از مجموعه‌های حقوقی تأثیری نداشته و آن را نادیده بگیریم. اما به هر حال تاریخ نشان می‌دهد که قانونگذاران در بسیاری از موارد در کاربرد عرف، دچار جهل و جمود گشتند، که ناشی از افراط و تفریط در به کارگیری از این پدیده بوده است؛ زیرا تغییرات و تحولات جامعه مستلزم ایجاد قوانین جدید بوده و این طبیعت هر جامعه‌ای است که تحت تأثیر مقتضیات زمان و نیازهای مردم، تحولاتی به خود ببیند و اغلب نیز عرف، نقش اصلی را در این موضوع ایفا می‌کرده، لذا قانونگذار نیز ناچار بوده همیشه به این پدیده حقوقی و اجتماعی توجه داشته باشد؛ لیکن به دلیل فقدان معیار و ملاک مناسب برای تعیین حدود کاربرد این پدیده، دچار افراط و تفریط شدند.^۱ بنابراین اهمیت عرف و قواعد عرفی در نظام‌های حقوقی بر کسی پوشیده نیست، بلکه اغلب نظام‌های حقوقی در محیطی اجتماعی و تحت تأثیر عرف جامعه شکل گرفتند؛ به

^۱. قنوتی، جلیل، مقاله «سیر تاریخی حقوق زن در قوانین موضوعه ایران»، مجله کتاب نقد ۱۳۷۹، پرتال جامع علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۱۷، ص ۴.

عنوان مثال در این مورد، به نظر برخی که معتقدند نظام حقوقی کامن‌لا، شامل حقوق کشورهای مثل انگلیس و آمریکا می‌شود، ناشی از همه تصمیماتی است که در روزگار گذشته توسط قضات اتخاذ می‌شده است. مبنای این آراء، مسلماً افکاری بوده که در زمان صدور رأی، در محیطی که قضات آن‌ها می‌زیسته‌اند، به حالت عرفی متداول بوده است و اکنون از آن‌ها به عنوان عرف‌های بسیار قدیمی یاد می‌شود. بنابراین نظام حقوقی کامن‌لا از نظر تاریخی، عرفی و از نظر سازمانی، قضایی می‌باشد.^۱

اما در ادامه با تدوین قوانین و تغییر سیستم تصویب مقررات، در حال حاضر به موجب قاعده‌ای که مقرر کرده؛ عرف برای این‌که الزامی شود، باید جنبه باستانی داشته باشد، لذا هرگونه نقش مهمی از عرف محلی سلب شده است.^۲

از قدیمی‌ترین مجموعه‌های حقوقی نیز که کاربرد عرف در آن‌ها مشهود است، «مجموعه قانون حمورابی» و «مجموعه حقوقی تلمود» می‌باشند، که هر کدام مربوط به چند هزار سال قبل از میلاد مسیح و بی‌شک برآمده از متن زندگی افراد آن جامعه بودند و تحت تأثیر افکار عمومی تدوین گردیدند.^۳

با نگاهی به تاریخ ادیان در می‌یابیم، که همه انبیای الهی با پیام‌های مهم اعتقادی از سوی خدای متعال آمدند و مردم را به توحید و پرهیز از شرک دعوت کرده، موازین اخلاقی و صراط رستگاری را به مردم نشان می‌دادند.^۴ با بررسی شیوه تعامل این انبیا با مردم روزگار خود در می‌یابیم که اساساً ادیان در ستیز با فرهنگ جغرافیایی خاستگاه خود و دگرگونی ساختار معمول زندگی مردم نبودند، بلکه ادیان الهی ضمن صحه نهادن بر فطرت و عقلانیت انسان و اعمال مبتنی بر این دو که چراغ راه

۱. تنک، آندره، حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه حسین صفایی، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۴، ص ۸۸.

۲. واحدی، قدرت‌الله، مقدمه علم حقوق، چاپ چهاردهم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۱، ص ۵۹.

۳. قنوتی، جلیل، مقاله سیر تاریخی حقوق زن در قوانین موضوعه ایران، شماره ۱۷، ص ۲.

۴. برگرفته از آیه شریفه ۶ سوره مبارکه حمد.

۵. برگرفته از آیه شریفه ۱۳ سوره مبارکه سجده.

او در تشکیل زندگی، اکتشاف و اختراع علوم و فنون است، او را به سمت معنویت و ایمان به خدا و آخرت فرا می خواندند.

اعراب در جهان قبل از اسلام معاملات و بسیاری از مسائل حقوقی خود را بر پایه عرف و عادت زمان خود که متأثر از تجارب پیشینیان و تمدن‌های همسایه بوده، سامان می دادند و برخی از همین موارد بعدها با حکم امضایی و یا اصلاحی اسلام، وارد نظام حقوقی جهان اسلام شد. استقرار هر نوع نظام نوین در جامعه، باعث به وجود آمدن برخورد و اصطکاک با عرف و عادات موجود در جامعه می شود و گاهی ممکن است برخورد و مقابله غیرمنطقی و حساب نشده با عرف موجود، به ویژه عاداتی که مبتنی بر نیاز حقیقی است، باعث نابودی و فروپاشی نظام شود؛ از این رو، لازم است با عرف و عادات موجود، به صورت منطقی برخورد کرد تا موجب استحکام و تقویت آن نظام نوبنیاد شود.^۱ در واقع اسلام نیز این شیوه را در پی گرفت؛ یعنی با تمامیت فرهنگ مردم خاستگاه خود درگیر نشد و داعیه‌ای بر این امر نداشت. پیامبر اسلام (ص) از میان مردم عرب برخاست و خود متعلق به آن فرهنگ بود، مانند مردم روزگار خود می زیست و زندگی خود را تا جایی که مخالف ضوابط و احکام اسلام نبود، مانند آن‌ها پیش می برد که بسیاری از این موارد در قالب سنت در اختیار آیندگان قرار گرفت^۲؛ تا جایی که نظام حقوقی اسلام به عنوان یکی از شاخه های نظام دینی و اسلامی بر پایه اصول زندگی پیامبر (ص) و امامان معصوم (ع) و روایاتی که از آن‌ها در خصوص نحوه زندگی آن‌ها به دست آیندگان رسید، بنا نهاده شد و بعدها وارد زندگی مردم سایر سرزمین‌های اسلامی از جمله ایران شد. طبیعتاً این موارد بر قوانین مختلف در این سرزمین‌ها نیز موثر بوده و چه بسا مبنا و منبع قانونگذاری آن‌ها شد. در مقابل آن دسته از مقرراتی که خلاف احکام اسلامی بوده، مورد نهی قرار گرفت^۳ و پیامبر (ص) نیز با لطایف‌الحیلی عرف‌های نادرست آن زمان را اندک‌اندک از چهره آن

۱. محمصانی، صبحی رجب، فلسفه قانونگذاری در اسلام، چاپ اول، نشر آثار اندیشه، قم، ۱۳۸۶، ص ۲۲۷.

۲. برگرفته از آیه شریفه ۱۳ سوره سجده.

۳. سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، تهران، ۱۳۴۷، ص ۳۱.

جامعه زدود؛ مانند معاملات ربوی و شرب خمر که در آن زمان رونق فراوانی داشت ولی پیامبر(ص) با تلاش فراوان با آن‌ها مبارزه کرد.^۱

مبحث دوم: پیشینه تاریخی عرف در فقه شیعه

با توجه به فراخور موضوع تحقیق که بر محور قوانین ایران نهاده شده و قوانین ایران نیز برگرفته از فقه امامیه و شیعه است، لازم دانستیم که در این جا به نظر فقه شیعه در مورد عرف در طول تاریخ اشاره شود.

فقهای شیعی از دوران عصر حضور با پدیده حقوقی عرف آشنایی داشتند و در علوم مختلف از آن بهره می‌جستند. در ادبیات فقه شیعه از عرف به عناوین مختلفی یاد می‌کردند، به طوری که با عنایت به قدیمی‌ترین متون فقهی و اصولی موجود از گذشته، کاربرد واژه عرف و عادت مربوط به «مکتب بغداد» می‌شد.^۲ از زمان پیشرفت مجتهدان اصولی در ادبیات فقه شیعه، دو واژه عرف و عادت بیش از گذشته استعمال شد. این سیر تا زمان تشکیل سومین دوره «مکتب نجف» و ظهور فقهای چون صاحب جواهر و شیخ انصاری و تا اندکی پس از آن ادامه دارد. از قرن اخیر، ادبیات فقه شیعی از واژگان جدیدی چون بنای عقلا استفاده می‌کند. این واژگان جدید اندک‌اندک جایگزین کاربرد عرف و عادت می‌شود و اقبال دانشمندان شیعه به کاربرد این واژگان نوظهور در نوشته‌های فقهی و اصولی، بیشتر از کاربرد دو واژه عرف و عادت بوده است و این روندی است که امروزه ادبیات فقه شیعه آن را برگزیده است.^۳ با این وجود، هنوز هم در متون فقهی و اصولی، بخش مستقلی به بحث درباره عرف اختصاص داده نمی‌شد. این مهم نیز با پدید آمدن برخی نوشته‌های اصولی و فقهی به همت دانشمندانی همچون مرحوم مظفر در کتاب اصول‌الفقه، شهید محمد باقر صدر در کتاب‌های المعالم‌الجديدة و دروس فی علم الاصول، سید محمد تقی حکیم در کتاب الاصول‌العامه للفقہ المقارن

۱. برگرفته از آیه شریفه ۲۷۹ سوره مبارکه بقره.

۲. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۳، چاپ اول، ص ۴۰.

۳. جبارگلباغی ماسوله، علی، درآمدی بر عرف، ص ۱۳۴.

و استاد مغنیه در فقه الامام الصادق(ع)، جامه عمل به خود پوشید و بحث درباره عرف عملی، در متن مباحث فقهی و اصولی قرار گرفت. امام خمینی(ره) نیز همانند دیگر فقیهان این دوره، نوعاً از عرف با واژگانی همچون بنای عقلا و سیره عقلائیه نام برده و به صورت گذرا، ضمن دیگر مباحث، به بحث درباره آن پرداخته است.^۱ در نتیجه با توجه به نکات مذکور و این که مقتضای شریعت اسلام ایجاب می کند که قانونگذار راه میانه را برگزیند و عرف را در موارد لزوم ملاک بداند؛ فقهای شیعه در اجتهاد و استنباطهای خود از عرف استفاده کرده اند. لذا فقهای شیعه در طول تاریخ به اصل اعتبار عرف معتقد بوده اند ولی در خصوص کاربرد آن بحثی دیگر است که در ادامه خواهد آمد.

مبحث سوم: ارکان عرف

با عنایت به تعاریف ارائه شده از عرف، مفهوم کلی این پدیده روشن شد. اما لازم است برای تشخیص این پدیده و تفکیک آن از سایر مفاهیم مشابه عناصری را برای آن تعیین کنیم. حقوقدانان برای این پدیده عناصر و ارکانی را شناسایی کردند که عبارت است از؛ «الف. عمل معین (گفتار، کردار)؛ ب. تکرار آن عمل معین توسط گروه معین، خواه در سطح کشور باشد (در این صورت آن را عرف کشوری گویند)، خواه در بخشی از کشور (در صورت اخیر آن را عرف محلی گفته اند)؛ ج. فروانی تکرار عمل، به گونه ای که به صورت غالب یا عام درآید، یعنی همه یا اغلب موارد را فراگیرد؛ د. ارادی بودن عمل، یعنی عمل مذکور غریزی نباشد؛ ه. عملی که جامع چهار عنصر بالاست به صورت قانون نوشته در نیامده باشد؛ زیرا اگر به صورت قانون درآید، عنوان قانون را دارد؛ و. عرف باید ریشه در اندیشه نیک داشته باشد تا بتواند منبع حقوق شود. به همین جهت درباره عرف گفته اند، آنچه در نظر جامعه اسلامی نیک باشد، نزد خداوند نیک است.^۲ این حدیث را جمهور روایت کرده و سند آن را ضعیف دانسته اند؛ ولی در محتوای آن عنصر ششم عرف به عنوان منبع حقوق، دیده می - شود؛ ز. از طرف شخص صلاحیت دار، تصریحی بر خلاف اقتضای عرف نشده باشد. اگر چنین

۱. جبار گلبلغی ماسوله، علی، مقاله «عرف از دیدگاه امام خمینی»، فصلنامه فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، پاییز و زمستان ۱۳۷۹، ش ۲۵ و ۲۶، ص ۲۱۶.

۲. «ما رأه المسلمون حسنا فهو عندالله حسن».

تصریحی شود، آن عرف منبع حقوق نیست^۱». بنابراین عرف برای ایجاد خود باید دارای این ارکان باشد تا موجودیت خود را اثبات کند و در غیر این صورت نمی‌تواند در قالب عرف مورد قبول باشد.

مبحث چهارم: اقسام عرف

عرف پدیده‌ای اجتماعی، برآمده از نیازمندی‌های اجتماعی است که مردم همواره آن را به طور مکرر و از روی اراده و بدون احساس نفرت و کراهت انجام می‌دهند. این پدیده که به مرور زمان، به اشکال مختلف تأثیر خود را بر قواعد حقوقی و قوانین گذاشته و متأثر از آن دارای نیروی الزام‌آور نیز می‌باشد؛ بر اساس ملاک‌های مختلف انواعی دارد که در ادامه به کاربردی‌ترین آن موارد خواهیم پرداخت.

گفتار اول: عرف لفظی و عملی

عرف، به اعتبار ماهیت به دو گونه لفظی و عملی تقسیم می‌شود؛ الف. عرف لفظی که عبارت است از؛ همان عرف محاوره که به بیان دیگر؛ شیوه اهل یک زبان در استعمال واژه یا عبارتی در غیر معنای اصلی آن می‌باشد، به گونه‌ای که آن واژه از معنای لغوی خود دور افتد که به آن معنای مجازی نیز می‌گویند. مانند واژه «ولد» برای معنای فرزند ذکور. قانون مدنی نیز به این قسم اعتبار بخشیده و در ماده ۲۲۴ ق.م نیز مقرر داشته: «الفاظ عقود، حمل می‌شود بر معنای عرفیه»؛ ب. عرف عملی: عرفی که جامعه در عمل، رفتار خود را بر آن منطبق می‌کند و در بخشی از اعمال مردم و مبادلات آنان خودنمایی می‌کند؛ مثل عقود معاطاتی^۲ و همچنین مصادیق نفقه و مهریه زنان.

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ هفتم، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، ص ۵۰-۵۱؛ همو، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۵۹.

۲. ملک‌زاده، فهیمه، احمدلو، مونا، مقاله «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی(ره)»، پژوهشنامه متین، سال چهاردهم، ۱۳۹۱، شماره پنجاه و شش، ص ۷.

گفتار دوم: عرف عام و خاص

عرف به اعتبار دایره شمول به دو گونه عام و خاص تقسیم می‌شود؛ الف. عرف عام: با توجه به عمومیت آن خود از لحاظ شمول زمان و مکان به دو دسته تقسیم می‌شود؛ که عبارت است از، «عرف عام زمانی» که در همه ازمه از زمان شارع تاکنون جاری بوده است و زمان مخصوص به خود را دارد. «عرف عام مکانی» که در همه جای قلمرو اسلامی جاری بوده است و مکان مخصوص به خود را دارد. در این نوع عرف‌ها عموم یا اغلب مردم علی‌رغم اختلاف در سطوح مختلف زندگی، فرهنگ‌ها، محیط‌ها، زبان‌ها، نهادها و گرایش‌های مذهبی شرکت دارند.^۱ ب. عرف خاص که از لحاظ زمان، مکان و یا گروهی که آن را در بین خود پذیرفته و مرسوم داشته‌اند، به سه دسته تقسیم می‌شوند؛ «عرف خاص زمانی» که در زمانی رایج و در زمانی دیگر منسوخ شود. «عرف خاص مکانی» که در ناحیه و قلمرو جغرافیایی خاصی رایج است و محدوده بسیار کوچکتر از عرف عام دارد، به عرف بلد یا عرف محل یا عرف بومی نیز معروف است. «عرف خاص صنفی» که مخصوص رابطه حقوقی افراد خاصی می‌باشد که حرفه معینی را برگزیده و یا شرایط خاصی آن‌ها را در یک گروه به یکدیگر پیوند داده است. مانند عرف علمای اصول، عرف تجار و غیره. در این نوع عرف‌ها، بسیاری از رفتارها که به آداب، سنن، اخلاق و معاشرت بستگی دارد، شکل می‌گیرد.^۲

گفتار سوم: عرف موضوعی و حکمی

به اعتبار نقش عرف در تفسیر یک حکم یا موضوع حقوقی یا فقهی، عرف به دو دسته موضوعی و حکمی تقسیم می‌شود؛ الف. عرف موضوعی، کمک می‌کند تا حدود و کفایت بیان و مصادیق یک موضوع را که در نصوص روشن نشده، معین کند؛ ب. عرف حکمی نیز از انواع ابزار عرفی است که حکم یک قضیه را بیان می‌کند؛ همانند کشیدن چک که عرفاً دلیل مدیون بودن است. گفتنی است که امارات عرفی همگی نشانه‌ی عرف حکمی هستند. عرف حکمی از آن جا که بیان‌گر حکمی است

^۱. همان، ص ۸.

^۲. همان، ص ۸.

کلی، برای عموم مردم حتی برای کسی که به آن اعتقادی ندارد، الزام‌آور است؛ برخلاف عرف موضوعی که هیچ‌گونه الزامی را برای کسی که به آن معتقد نیست، دارا نمی‌باشد!

گفتار چهارم: عرف ممضی، مردوع و مرسل

عرف از جهت پذیرش یا عدم پذیرش آن از سوی شارع به گونه‌های ذیل تقسیم می‌شود؛ الف) عرف ممضی یا شرعی یا صحیح که از سوی شارع مورد پذیرش باشد و شرع به درستی آن گواهی دهد؛ ب) عرف مردوع یا فاسد که از سوی شارع پذیرفته نیست و نیز شرع به درستی آن گواهی ندهد؛ ج) عرف مرسل که شارع در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش آن سکوت کرده و به صحت یا فساد آن گواهی نداده باشد.^۲

گفتار پنجم: عرف شارع

عرف زمان تشریح را گویند، در واقع معمول و متعارف زمان پیامبر(ص) می‌باشد.^۳ البته می‌توان آن را در قالب عرف لفظی یا عرف خاص صنفی نیز آورد، اما به دلیل اهمیت آن جداگانه ذکر گردید.

نکته: لازم به ذکر است که علما اقسام فراوانی برای عرف گرفته‌اند، اما با توجه به کاربرد عرف در این تحقیق و عدم اطاله کلام، تصمیم بر آن شد که بر همین موارد به طور خلاصه اکتفا شود، ضمن این‌که اقسام مذکور با یکدیگر هم‌پوشانی داشته و بدیهی است که حضور در یک قسم، مانع حضور در اقسام دیگر نخواهد بود.

۱. گروه وکلای یاسا، مقاله «عرف و بررسی نقش آن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران»، ۱۳۹۷، مراجعه در ۹۸/۶/۳، www.yasa.com.

۲. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، ص ۴۵.

۳. گروه وکلای یاسا، مقاله «عرف و بررسی نقش آن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران»، ص ۲۵.

مبحث پنجم: واژه‌های همسو با عرف

با توجه به هدف مقال که بررسی روابط عرف و قانون است، لذا لازم دانستیم که جهت روشن شدن بیشتر مفهوم عرف و رشد توانایی شناخت و تفکیک آن از سایر مفاهیم و عناوینی که با این لفظ ارتباط دارند ذکر شود و در ذیل همین عنوان ارتباط کلی عرف و قانون نیز ذکر خواهد شد؛ بلکه قالب موضوع در خصوص روابط و تأثیر عرف و قانون و به طور خاص قوانین حوزه زنان می‌باشد.

گفتار اول: عرف و عادت

لفظ عادت همانند عرف از قرآن و حدیث گرفته نشده و از ابتدا برای آن حدودی مشخص نبود. به تدریج در متون مختلف از این دو لفظ در کنار هم استفاده شد ولی تفکیک نشدند. اما در واقع عادت اعم از عرف است، زیرا علاوه بر ویژگی‌های عرف برخی ویژگی‌های دیگر نیز دارد که آن را از عرف تا حدودی متمایز می‌کند؛ یعنی عادت علاوه بر این که می‌تواند عام باشد، اساساً در هر شخص به طور جداگانه نیز می‌تواند وجود داشته باشد. رابطه عرف و عادت رابطه اخص و اعم است از این رو هر عرفی، عادت است؛ اما هر عادت، عرف نیست؛^۱ مثل این که شخصی عادت دارد روزانه شش ساعت یا کمتر بخوابد. دیگر این که عادت همانند عرف قدرت الزامی ندارد. در مقام ثبوت و اثبات نیز، نیازی به اثبات عرف در نزد محاکم نمی‌باشد، چون محکمه خود باید در جستجوی عرف مورد نظر برود، زیرا اجرای آن مانند قانون برای همه الزامی است و محکمه باید آن را بشناسد ولی در خصوص عادت، مدعی باید وجود آن را اثبات کند زیرا رعایت آن برای همگان الزامی نیست.^۲ اما به هر حال در اکثر موارد این دو به نمایندگی از یکدیگر ذکر می‌شوند و معمولاً در مواردی که در کنار یکدیگر می‌آیند، مترادف هستند.

۱. جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی، جلد ۴، ص ۲۵۵۲.

۲. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، ص ۳۰.

گفتار دوم: عرف و اجماع

اجماع عبارت است از؛ اتفاق نظر مجتهدان جهان اسلام از صدر اسلام تا زمان حال، در تمام نقاط جهان، در یک مسأله فقهی و یا حقوقی که کاشف از نظر امام معصوم (ع) باشد^۱. ولی عرف، همان-طور که آمد، با اکثریت عام مردم محقق می‌گردد. عرف ممکن است گاهی پسند و گاهی ناپسند باشد، ولی اجماع حسب تعریف آن اساساً این‌گونه نیست. عرف با توجه به تقسیم‌بندی آن، گاه به صورت خاص یا عام و یا انواع مختلف می‌تواند بروز کند ولی اجماع چنین ویژگی ندارد و به صورت اتفاق نظر مجتهدین است.

گفتار سوم: عرف و بنای عقلا

بنای عقلا سلوک و نهادی است از عقلا، بدون این‌که منحصر به صنفی خاص یا محدود به حوزه-ای معین یا حاکی از پای‌بندی پدیدآورندگان آن به شریعتی خاص باشد؛ لیکن در تعریف عرف آمد که فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مجعول و مشروع نزد آن‌ها به خود نگرفته باشد. با این حال در برخی موارد به جای عرف از بنای عقلا نیز استفاده می‌شود، اما در مقام بیان تمایز تفاوت‌های ظریفی با هم دارند^۲.

گفتار چهارم: عرف و قانون

برای ایجاد یک عرف در هر حوزه‌ای استمرار یک روش طی سالیان متمادی ضروری است و از طرفی نسخ آن نیز نیازمند صرف مدتی طولانی است. ولی قانون با طی تشریفات مقرر، در مدت زمان کوتاهی محقق شده و نسخ آن نیز با تصویب قانون جدید، به سرعت انجام خواهد شد. عرف، از نحوه گفتار یا طرز رفتار مردم عادی منبعث می‌گردد، بنابراین مستقیماً از ارتکازات فطری و اراده

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، کتابخانه گنج دانش، ایران، تهران، ۱۳۷۲، صص ۱۱ تا ۱۳.

۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۱۲۱.

مردم ناشی می‌شود، در حالی که قانون مع‌الواسطه توسط نمایندگان مردم یا توسط خداوند متعال مقرر شده است.^۱ قواعد عرفی اکثراً دارای ابهام زیادی هستند و مشکلات فراوانی در عمل و احقاق حق به وجود می‌آورند و اما از طرف دیگر می‌تواند در کنار قانون به عنوان ابزاری جهت استفاده بهتر از قانون نقش ایفا کند.

گفتار پنجم: عرف و مقتضیات زمان

مقتضیات زمان به پیشامدها و نیازهای رایج هر زمانی گفته می‌شود. به عبارت دیگر به عقیده برخی اگر چیزی در یک زمان به وجود آمد، چون مخصوص این زمان است و این زمان نسبت به زمان گذشته زمان جدیدی است، باید آن را پذیرفت، بنابراین پدیده‌های هر زمان جدیدی را باید پذیرفت و این تجدّد و ترقّی است. این حرف، حرف غلطی است. پدیده‌های هر زمان دو قسم است؛ ممکن است ناشی از پیشرفت باشد یا ناشی از انحراف باشد. بنابراین نو بودن و قدیمی بودن ملاک خوبی و بدی نیست. تفسیر دیگر، سلیقه و پسند مردم زمان است. مثلاً مردم فلان زمان، فلان چیز را می‌پسندند و فلان چیز را نمی‌پسندند، که البته این هم درست نیست، هر چند نیاز به بیان آن داشتیم. اما تفسیر بهتری که می‌شود در این ترکیب ارائه کرد، بحث اقتضائات زمان یا حاجت‌های زمان است. در واقع انسان در هر دوره‌ای برای رسیدن به نیاز خود از ابزارهای مختلفی استفاده می‌کند، ابزارهایی که ممکن است در هر دوره متفاوت باشد. ما از این ابزارها می‌توانیم، به احتیاجات دوم بشر که ابزار احتیاجات اولی یا همان اهداف اصلی محسوب می‌شود، تعبیر کنیم. در واقع انسان یک سری احتیاجات ثابت و اصلی دارد که از این احتیاجات، حاجت‌هایی دیگر برمی‌خیزد و این احتیاجات دومی همان ابزارهای متغیر در هر دوره زمانی و مکانی مختلف می‌باشند که حسب مورد ممکن است تغییر کند و رو به تکامل حرکت کند. منظور ما از مقتضیات زمان، همین ابزارها و احتیاجات دومی است.^۲ با توجه به این تفسیر، عرف را برآمده از مقتضیات زمان می‌دانیم.

^۱. همان، ص ۱۲۷.

^۲. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار شهید مطهری، ابواب فقهی، ج ۲۱، چاپ دهم، انتشارات صدرا، قم، ۱۳۶۸، ص ۱۴۰.

مبحث ششم: جایگاه عرف در فقه و حقوق

به لحاظ شکلی ماهیت عرف بررسی شد و در ذیل مباحثی به آن پرداختیم، اکنون نوبت بررسی فقهی آن است، تا در ابتدا بفهمیم که آیا عرف در فقه نقشی دارد و یا با آن ارتباطی دارد یا خیر؟ و این که کاربرد دقیق آن در منابع فقهی و قانونی چیست؟

گفتار اول: ادله حجیت عرف در استنباط احکام

برخی علمای سنی عرف را به عنوان منبعی مستقل در کنار ادله اربعه، در استنباط احکام شرع پذیرفته‌اند، از جمله آن‌ها اندیشمندان حنفی هستند^۱، ولی نظر فقهای امامیه غیر این است. به همین دلیل ابتدا ضمن بیان نظرات علمای سنی، به نقد آن‌ها می‌پردازیم، تا در آخر به جایگاه عرف در فقه اسلام پی ببریم.

بند اول: کتاب

برخی علما به آیات مختلفی در این خصوص استناد کرده‌اند؛ به عنوان مثال یک مورد ذکر می‌شود^۲. از جمله، آیه شریفه ۱۹۹ سوره مبارکه اعراف: «خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ...» که یعنی: «ای پیامبر طریق عفو و بخشش پیش گیر و به خوبی و نیکی امر کن...»^۳. ابن عابدین گوید: برخی از علما بر اعتبار عرف بر این آیه تمسک کرده‌اند^۳. اما استدلال به این آیه به روشنی قابل خدشه است، زیرا عرف در این آیه، در معنای لغوی خود، یعنی کار نیک، به کار رفته است که شریعت اساساً به انجام

۱. علوی، سید محمد تقی، مقاله «تأملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران»، نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، تبریز، ۱۳۸۸، ص ۶.

۲. بلکه اکثر موارد از همین شیوه و آیات به حجیت عرف به عنوان منبع استناد کرده‌اند.

۳. ابن عابدین، محمدامین بن عمر، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲، نشر العرف فی بنا بعض الاحکام علی العرف، ص ۱۱۳.

آن امر کرده است، بنابراین امری اخلاقی است. پس از این طریق نمی‌توان عرف را در کنار اراده الهی یا ادله اربعه، مستقلاً پذیرفت!

بند دوم: سنت

روایت «ما رَأَى الْمُسْلِمُونَ حُسْنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»، که یعنی: «آنچه را که مسلمانان نیکو می‌دانند، نزد خداوند نیکوست»^۲. اول این که روایت از عبدالله بن مسعود است، نه پیامبر و دوم این که به نظر برخی این روایت اصلاً به حجیت اجماع نظر دارد، نه عرف^۳. سوم این که بین اندیشه مسلمین و عرف، نسبت عام و خاص من وجه برقرار است و از بدیهیات است که نمی‌توان مدعایی را با دلیلی که رابطه آن‌ها با یکدیگر عموم و خصوص من وجه است، اثبات کرد^۴.

بند سوم: اجماع

احتجاج فقها به عرف و اعتبار آن در اجتهاد در زمان‌های مختلف را دلیل حجیت عرف دانسته‌اند، زیرا عمل فقها به عرف به منزله اجماع سکوتی است، علاوه بر این برخی نسبت به آن تصریح هم نموده‌اند. اما این استدلال نیز نزد شیعه پذیرفته نیست، زیرا صرف اجماع بدون کاشفیت از قول معصوم(ع) و مدرکی بودن اجماع، دلیل اعتبار عرف نخواهد بود^۵.

بند چهارم: لزوم رعایت عرف جامعه عرب

شیعه معتقد است که شارع، عرف را فی‌نفسه اعتبار نکرده، بلکه از آن‌جایی که این موارد همگام با احکام اسلامی هستند، تقریر فرموده؛ یعنی شارع احکام را به طرق اقراری ابراز کرده است. بنابراین

۱. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۱۸۷.

۲. ابن عابدین، محمدامین، مجموعه رسائل ابن عابدین، ص ۱۱۸.

۳. حکیم، محمدتقی طباطبایی، اصول‌العامه للفقّه المقارن، چاپ نخست، نشر العالمی لاهل‌البیت، قم، ۱۴۱۸ ه.ق، ص ۳۶۰.

۴. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۱۰۹.

۵. علوی، سید محمد تقی، مقاله تأملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران، ص ۶.

تقریر شارع، سنت محسوب می‌شود و نه چیز دیگر^۱. لازم به ذکر است که بسیاری از عرف‌های نادرست نیز به دلیل مخالفت با احکام اسلامی مورد نهی قرار گرفتند مثل نکاح شغار.

نکته: لازم به ذکر است که موارد مزبور به عنوان مثال ذکر شده و مابقی استدلال‌ها نیز از این دست هستند، که به همین مقدار بسنده شد. بنابراین عرف منبع و مبنای مستقل برای احکام شرعی و کشف شریعت اسلامی نیست.

گفتار دوم: حجیت عرف از نظر فقه امامیه

در مقابل برخی از مذاهب اهل سنت که حجیت عرف را بدون قید و شرط پذیرفته‌اند^۲، بیشتر فقهای امامیه حجیت آن را به مواردی خاص، نظیر تفسیر موضوع و بیان اراده طرفین معامله محدود کرده‌اند و در اثبات احکام برای عرف حجیتی قائل نیستند^۳. به همین دلیل برای ورود به بحث و اثبات این مدعی این پرسش مطرح می‌گردد که آیا عرف از جمله «منابع استنباطی» است که می‌توان قواعد حقوقی و قوانین را از آن به دست آورد، یا این‌که عرف تنها نیروی الزام آور و «مبنا» برای این قواعد حقوقی و قوانین به شمار می‌رود؟

به دلیل این‌که پرداختن به این مبحث مستلزم شناخت واژه‌هایی مانند «قاعده حقوقی»، «مبنا» و «منبع» می‌باشد، لذا در آغاز سخن در این قسمت، تعریف و توضیح هر یک ضروری به نظر می‌رسد.

بند اول: تعریف قاعده حقوقی

اگرچه نمی‌توان برای قاعده‌ی حقوقی همچون بسیاری از پدیده‌ها به جهت عدم اتفاق در اساسی بودن هریک از اوصاف گوناگون آن تعریف حقیقی‌ای که مورد اتفاق همگان باشد، ارائه داد لیکن در

۱. حکیم، محمدتقی، اصول‌العامة للفقہ المقارن، ص ۴۱۱.

۲. بر اساس استدلال‌های مذکور در مبحث اول.

۳. علوی، سید محمد تقی، مقاله «تأملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران»، ص ۸.

یک تعریف تعلیمی و به طور کلی، «قاعده حقوقی» قاعده الزام‌آوری است که به منظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی مردم جامعه حاکم می‌شود و اجرای آن نیز از طرف دولت تضمین می‌گردد^۱، براساس این تعریف در ردیف قانون قرار می‌گیرد، هرچند تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند.

بند دوم: تعریف مبنا

واژه «مبنا» نیروی الزام‌آور حقوق است که ارزش قواعد حقوق را تأمین می‌کند و اساس همه‌ی قواعد آن به شمار می‌آید. بدین گونه که نظام حقوقی مبتنی بر آن بوده و قوانین و مقررات حقوقی مبتنی بر آن وضع می‌گردد. بنابراین مقامی که پشتیبان قانون است و مردم را به اجرای آن وا می‌دارد، «مبنای حقوق» نامند^۲. واژه مبنا، اصطلاح خاص حقوقی است که در فقه اسلام و در میان فقهای مسلمان استعمال نشده است. بلکه بنابر نظر برخی از نویسندگان آنچه توسط فقهای مسلمان در معنای واژه «مبنا» به کار برده می‌شود، اصطلاح «ملاک» است. در دانش فقه اسلامی «ملاکات احکام»، اصولی است که احکام براساس آن وضع گردیده است، بنابراین منظور از «مبنای فقهی» همان «ملاک-های فقهی» می‌باشد^۳.

نکته: در نظام حقوقی اسلام که یک نظام دینی و توحیدی است؛ با توجه به علم بی‌پایان خداوند همه‌ی نیازها در اصول کلی و جزئی قوانین آن پیش‌بینی شده و خلأهای حقوقی آن‌گونه که در «نظام‌های حقوقی بشری غیردینی» دیده می‌شود، وجود ندارد. چه این‌که در این نظام حقوقی (حقوق اسلام)، حق حکومت و قانونگذاری مختص ذات خداوند است و هیچ‌کس حق حکومت بر دیگری را ندارد، لذا «وحی» مبنای اصلی همه‌ی قواعد و مقررات حقوقی این نظام حقوقی به شمار می‌آید. یعنی آنچه مقررات و احکام فقه و حقوق اسلام را الزام‌آور می‌کند و به آن مشروعیت می‌بخشد، اتصال به وحی و صدور از منبع وحیانی است. ولی از آن‌جا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار

۱. غلامعلی زاده، محمد، رستمی، غلامرضا، مقاله «نقش عرف در حقوق مدنی ایران»، سومین کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی، ۱۳۹۴، ص ۵.

۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۸۸.

۳. همان‌جا.

انسان در مورد اعمال و سرنوشت خویش قرار گرفته است و با توجه به انقطاع وحی و این که در نظام حقوقی اسلام جایگاه اصل «اجتهاد» همانند جایگاه اصل قانونگذاری است و فقیهان و مجتهدین واجد شرایط، موظف به استنباط احکام و قوانین الهی که کاشف از اراده‌ی تشریحی خداوند است، می‌باشند؛^۱ لذا از دیدگاه نظام حقوقی اسلام، تنها قواعد و قوانینی در جامعه قابل اجرا است که مطابق با عدالت الهی و یا حداقل منافی با آن نباشد؛ زیرا عاری از هر نوع خطایی است و بدون منفعت شخصی به دنبال سعادت تمام جامعه است. بنابراین می‌توان اصل تطابق با عدالت یا عدم تنافی با عدالت را به عنوان مبنای عرضی و ثانوی قواعد و مقررات نظام حقوقی اسلام و ایران دانست.

بند سوم: تعریف منبع

واژه «منبع» که از اصطلاحات خاص دانش حقوق است، در لغت به معنای سرچشمه به کار می‌رود و در اصطلاح حقوقی، اگر چه مصادیقی که از آن به ذهن حقوقدان متبادر می‌شود، تا حدودی روشن و خالی از ابهام است، ولی مانند بسیاری از اصطلاحات، دارای مفهومی ناآشکار است. با وجود اختلاف‌ها و ابهام‌های موجود پیرامون واژه‌ی «منبع» در یک تعریف علمی و اجمالی می‌توان گفت که منبع حقوق، امر یا اموری است که قواعد حقوقی از آن نشأت می‌گیرند و مقررات حقوقی را باید از آن‌ها استخراج نمود. به دیگر سخن مواردی که حقوق و تکالیف جامعه و مردم از آن‌ها سرچشمه می‌گیرد، «منابع حقوق» نامیده می‌شود.^۲ بنابراین مقصود از منابع حقوق، سرچشمه‌های ظهور قواعد حقوقی است.

واژه «منبع» مانند واژه «مبنا» اصطلاحی است حقوقی، که برای آن در فقه و در میان نوشته‌های فقهای مسلمان کاربردی دیده نشده و تنها در چند دهه‌ی اخیر است که برخی از فقها و نویسندگانی که به زبان فارسی درباره‌ی فقه و حقوق اسلام قلم فرسایی کرده‌اند، آن را به کار برده‌اند. اصطلاحی که از دیرباز تاکنون در فقه اسلام و در میان فقهای مسلمان به جای واژه‌ی «منبع» به کار می‌رفته و

^۱. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عقل، چاپ اول، موسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، تهران، ۱۳۸۱، صص ۱۳۲-۱۴۰.

^۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۹۰.

رایج و شایع بوده، واژه‌ی «مدرک» و «دلیل» است، که دانش «اصول فقه» عهده‌دار تبیین و توضیح آن می‌باشد. در فقه اسلام نیز «مدارک یا ادله‌ی احکام» عبارت است از منابعی که از مسیر آن‌ها احکام و وظایف اجتماعی در اختیار بشر قرار می‌گیرد. بر این بنیان مبانی احکام، اهداف و سرچشمه‌های پنهان و واقعی احکام و منابع احکام، سرچشمه ظاهری و پیدایش آن است.^۱

گفتار سوم: تبیین دیدگاه‌های مختلف مربوط به جایگاه عرف در فقه

در خصوص جایگاه عرف سه دیدگاه وجود دارد، که اکنون به هر یک مستقلاً می‌پردازیم:

بند اول: نظریه عرف به عنوان منبع قواعد حقوقی^۲

دانستیم که عرف پیش از پیدایش قانون و قانونگذاری و استقرار قواعد حقوقی، بر جامعه حاکم بوده و حتی خود حقوق نیز، در ابتدا ناشی از عرف مردم بوده است. بدین‌گونه که آدمیان به جهت نیازهای زندگی گروهی و اجتماعی خود، حدود و مقرراتی را که تأمین‌کننده‌ی این نیازها است، به وجود می‌آوردند. رعایت و احترام به این قواعد و مقررات برای تک‌تک افراد جامعه ضروری و لازم بوده و سرپیچی از آن‌ها را نمی‌پذیرفتند. این مقررات در گذر زمان به تدریج ضمانت اجراهای قوی-تری پیدا کرده و به صورت قواعد عرفی الزام‌آور پدیدار شدند. همین قواعد عرفی بودند که بعدها پایه قواعد حقوقی بسیاری از نظام‌های حقوقی کنونی را تشکیل دادند.^۳ به هر حال در اکثر نظام‌های حقوقی جهان، عرف کمابیش به عنوان یک منبع مستقل حقوق از ارزش و اهمیت برخوردار است.

۱. همان، ص ۹۱.

۲. غلامعلی زاده، محمد، رستمی، غلامرضا، مقاله «نقش عرف در حقوق مدنی ایران»، ص ۶.

۳. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، چاپ پنجاه و هفتم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۶، ص ۱۵۳.

بند دوم: نظریه عرف به عنوان مبنا و منبع قواعد حقوقی^۱

برخی معتقدند که عرف، گذشته از این که منبع حقوق است، از مبانی آن نیز به شمار می آید. در واقع که انسان‌ها در زندگی اجتماعی خود خواسته‌ها و ضروریاتی دارند، لذا همواره برای رفع این نیازها و حفظ منافع خود می‌کوشند و لازمه آن مقررات ثابتی است که بین خود مرسوم می‌کنند و به حکم فطرت خود پای‌بند این آداب و رسوم اند و از تجاوز به این سنت‌ها می‌پرهیزند، بلکه عرف و عادت در نزد آن‌ها به جهت موافق بودن با نیازها و نیز از طریق قدرت ذاتی خود ضامن حفظ منافع عمومی است. این مقررات به وسیله عرف ثبات و دوام بیشتری می‌یابند و به جایی می‌رسد که همه مردم خود را پای‌بند آن می‌دانند. بنابراین همین وجدان عمومی جامعه که در عرف تجلی یافته، آن را ضمانت اجرای مقررات و یکی از مبانی حقوق قرار داده است. از آنجایی که حقوق از امور اعتباری و قراردادی است، ممکن است، منبع و مبنا در آن یکی بوده و تنها تعدد اعتباری داشته باشد. لذا عرف که از نظر حقوقدانان به عنوان منبع حقوق معرفی شده به لحاظ دیگری می‌تواند، مبنای حقوق نیز دانسته شود. چنان‌که در پاره‌ای از مکاتب حقوقی شرقی، عرف که همان وجدان عمومی جامعه است، مبنای حقوق نیز شناخته شده است. در این نظام‌های حقوقی مردم جامعه به عرف نیرویی الزام‌آور می‌دهند.^۲

بند سوم: نظریه عرف و عدم امکان منبع و مبنا بودن آن

بنابر باور برخی اگرچه عرف، میراثی است که از نسلی به نسلی به صورت متوالی منتقل می‌شود و عنصر برجسته‌ای است که در تشکیل حقوق، نقش سازنده‌ای دارد و در نگهداری آن نیز نظارت می‌نماید، لیکن اساساً توانایی منبع و مبنا بودن را ندارد. پیروان این اندیشه سخن گفتن از مبنا یا منبع بودن عرف را بیهوده و بی‌ثمر دانسته‌اند، به همین دلیل عرف ناگزیر است که اعتبار خود را از اصولی که مبنای ایجاد آن شده‌اند، کسب کند. در این اندیشه عرف اصلاً از منابع یا مبنای حقوق محسوب

^۱. غلامعلی زاده، محمد، رستمی، غلامرضا، مقاله «نقش عرف در حقوق مدنی ایران»، ص ۷.

^۲. همان، ص ۷.

نمی‌شود، بلکه تنها طرز تفکر و طریقه ادراک قاعده حقوقی است که از قواعد ساختاری حقوق به شمار می‌آید، یعنی فقط وسایلی فنی جهت فعلیت بخشیدن به اصول حقوقی است.^۱

بند چهارم: دیدگاه فقه امامیه

اگرچه در بسیاری از نظام‌های حقوقی جهان، عرف به عنوان منبع قواعد حقوقی و در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی به دلیل تجلی اراده عمومی جامعه در آن، به عنوان مبنای قواعد حقوقی و نیروی الزام‌آور آن شناخته می‌شود. اما در نظام حقوقی اسلام حق قانونگذاری و حکومت مخصوص ذات باری تعالی است؛ لذا در این نظام، وحی مبنای اصلی همه قواعد و مقررات حقوقی است.^۲ بنابراین قانونگذاری مخصوص خداوند است و هیچ فردی حق مداخله در سرنوشت دیگران را ندارد و نمی‌تواند قوانین مورد نظر خود یا دیگران را در جامعه اجرا نماید و تنها باید قوانین الهی اجرا گردد، ولی از آن‌جا که مشیت خداوند بر آزادی و اختیار انسان در مورد اعمال و سرنوشت خویش بنا نهاده شده است^۳ و این‌که انسان را خلیفه و جانشین خود در زمین قرار داده است^۴، عرف عملاً در نظام فقهی و حقوقی اسلام به عنوان یکی از ابزارهای محرک و متغیر فقه و حقوق اسلام پذیرفته شده است و نه به عنوان منبع یا مبنایی مستقل، بلکه با ویژگی‌های خاصی که دارد، در کنار قوانین منعطف الهی قرار گرفته و متخصصین فقه و حقوق با استفاده از منابع شرعی و با کمک ابزارهایی مثل عرف، به حرکت رو به جلوی انسان‌ها و نیازهای جدید آن‌ها پاسخی که در خور عدالت باشد، خواهند داد.^۵

۱. همان، ص ۸.

۲. خداوند نیز در آیه شریفه ۵۴ سوره مبارکه اعراف می‌فرماید: «أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ».

۳. آزادی اراده انسان برگرفته از آیه شریفه ۳ سوره مبارکه انسان.

۴. برگرفته از آیه شریفه ۳۰ سوره مبارکه بقره.

۵. غلامعلی زاده، محمد، رستمی، غلامرضا، مقاله «نقش عرف در حقوق مدنی ایران»، ص ۷.

مبحث هفتم: کاربرد عرف در نظام فقهی و حقوقی شیعه و ایران

در مبحث قبل با برشمردن نظرات مختلف در مورد مبنا یا منبع بودن عرف در استنباط قواعد حقوقی، بیان شد که در فقه شیعه و نظام حقوقی ایران، عرف مبنا و منبع استنباط احکام و قواعد محسوب نمی‌شود، بلکه نقشی متفاوت و تکمیلی و تفسیری دارد و ابزاری برای کشف، تحرک و کمال احکام و مقررات است. به عبارت دیگر دیدگاه‌های مذکور که عرف را منبع و مبنا استنباط احکام و شریعت می‌دانند، به آن نگاه استقلالی دارند در حالی که براساس دیدگاه فقه شیعه، عرف نقش ابزاری دارد و در خدمت سایر ادله شرعی جهت تفسیر بهتر و کامل‌تر احکام می‌باشد. بنابراین با توجه به مطالب مزبور، لازم است که در این جا به دقت کاربردهای عرف را تفکیک کنیم تا بتوانیم در ادامه به نحوه اثرگذاری آن در قوانین و حقوق زنان پی ببریم.

گفتار اول: کاربرد اول؛ تبیین مفاهیم واژه‌ها و عبارات

قضات یا متصدیان استنباط احکام هنگامی که به منابع شرعی و قانونی رجوع می‌کنند تا پاسخ-گوی مسائلی فقهی و حقوقی باشند، در صورتی که در خصوص تفسیر واژه یا عبارتی به مشکلی برخورد کنند و آن مفهوم واضح نباشد باید به سایر منابع فقهی و شرعی رجوع کنند و در صورتی که به تعبدی در تطبیق یا اصطلاح خاص شرعی یا قانونی رسیدند، آن را مبنا و ملاک عمل قرار دهند.^۱ لیکن در صورتی که با این منابع نیز به هدف نائل نشوند، برای تفسیر آن واژه یا هر عبارتی می‌توانند از عرف لفظی هر زمان یا مکان یا گوینده استفاده کنند و به آن رجوع کنند. در واقع بدیهی است که قانونگذار برای قانونگذاری باید به قواعد محاوره و مفاهیم مخاطبین خود توجه داشته باشد، شارع مقدس نیز از این امر مستثنی نبوده بنابراین در مواردی که شارع یا قانونگذار مفهوم خاصی برای واژه یا هر ترکیبی قائل نشده، ناچار باید عرف لفظی آن جامعه را ملاک مفهوم قرار داد.^۲ برخی از لحاظ

۱. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۱۳.

۲. ر.ک: اصل ۱۶۷ ق.ا.

۳. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۱۵.

دلالت نقلی به آیاتی مانند (وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا يَلْسَنُ قَوْمِهِ لِئِيْنَّ لَهُمْ) تمسک جسته‌اند.^۱ لذا قاضی یا متصدی استنباط باید در متون شرعی و قوانین تحقیق و بررسی کاملی انجام دهد، در صورتی که به مفهوم شرعی و قانونی مورد نظر رسید، همان را ملاک قرار دهد؛ در غیر این صورت عرف عام ملاک خواهد بود و لازم است جز در صورت دلیل بر خلاف با مصطلحات و تطبیقات و حالت‌های موجود در زمان شارع، برخورد عرف‌مدار داشت.^۲

گفتار دوم: کاربرد دوم؛ تفهیم و تفسیر مجموعه عبارات ادله شرعی و مواد قانونی

یکی از شایع‌ترین و ظریف‌ترین کاربردهای آلی عرف در استنباط احکام، کاربرد آن در تفسیر و تبیین ادله و اسناد معتبر شرعی است. این سخن بدان معناست که متصدی استنباط سندی چون قرآن و روایات را باید به آشنایان به زبان عرب و فنون محاوره و مفاهمه القا نماید، فهم و داوری آن‌ها را (که از آن به عرف تعبیر می‌نماییم) در مورد آن سند لحاظ کرده، با منظور نمودن سایر جهات لازم در اجتهاد، به افتا پردازد و در این کاربرد، فهم و داوری مردم از مجموعه ادله و قواعد حقوق مورد توجه است، به همین دلیل عرف در این کاربرد از سنخ داوری و فهم مردم است، فهمی که منشأ آن الفاظ است، ولی عناصر دیگری نیز در آن مدخل است. لیکن در کاربرد قبلی که از نوع لفظی بوده، تنها تأکید بر لفظ می‌شده است.^۳ این کاربرد برای عرف از آن‌جا نشأت می‌گیرد که مردم در محاوره خویش گاه از مجموعه‌ای از ترکیبات و ادله به مطلبی مشخص پی می‌برند، در حالی که همین ترکیب-ها به تنهایی مفاهیم مبهمی دارند.^۴ مانند نظر برخی در خصوص آیه شریفه «وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»^۵ که عرفاً دال بر لزوم قطع و درهم شکستن ماده فساد است، بدون این‌که «تعاون» یا «اعانت»

۱. آیه شریفه ۴ سوره مبارکه ابراهیم؛ همچنین ر.ک: آیه شریفه ۱۹۵ سوره مبارکه شعرا.

۲. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۳۱۵.

۳. همان، ص ۲۳۱.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۲، ص ۳۷۶.

۵. آیه شریفه ۲ سوره مبارکه مائده.

خصوصیت داشته باشد^۱. روشن است که در این کاربرد سخن از واژه «لا تَعَاوَنُوا»، «الْإِثْم» و «الْعُدْوَان» نیست، بلکه از تفاهم و داوری مردم در مورد مجموع این آیه گفت‌وگو می‌شود^۲.

گونه‌های این کاربرد عبارتند از؛ الف. تفسیر موسع قانون یا مدلول دلیل از طریق تنقیح مناط، الغای خصوصیت و اولویت عرفی^۳؛ ب. تفسیر مضیق قانون یا مدلول دلیل از طریق تخصیص، تقیید و عدم انعقاد اطلاق در دلیل به عرف و عادت؛ باید توجه داشت که مقرر شرعی از سوی پروردگار در ابتدا مطلق نبوده که بخواهد توسط عرف مقید شود، زیرا در این صورت عرف نقش منبع مستقل و در عرض اراده الهی خواهد داشت که این برخلاف واقع خواهد بود، بنابراین امکان ندارد عرف بتواند مقررهای که از سوی خداوند به صورت مطلق صادر شده را مقید کند^۴؛ ج. تغییر و عدم اعمال قانون و نص شرعی به دلیل تغییر عرف و عادت؛ لازم به ذکر است که بگوییم اساساً مقرر و نص شرعی و الهی قابل چشم پوشی نیست و باید مطابق آن اقدام کرد و هرگز با تغییر عرف، که ذات آن نیز با دگرگونی همراه است تغییر نمی‌کند و آنچه که از نص قابل تغییر بوده و همگام با عرف متحول می‌شود، «مصادیق» احکام می‌باشد. مصادیق، همان عینیت‌های بیرونی و متغیر هستند و متفاوت از حکم و موضوع اند که همیشه ثابت هستند، زیرا این حکم و موضوع در قالب علت و معلول با یکدیگر ارتباط دارند و نمی‌توان آن‌ها را تحت تأثیر عرف، از قالب خود خارج کرد. بنابراین محل بحث مصادیق است که تحت تأثیر عرف منتفی یا دگرگون می‌شود^۵. د. فهم مناسبات بین موضوع و حکم مذکور در اسناد شرعی^۶.

۱. رک: موسوی خمینی، روح الله، المکاسب المحرمه، ج ۱، چاپ نخست، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، قم، ۱۴۱۵ ه.ق، صص ۱۳۰، ۱۳۷ و ۱۴۳.

۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۳۲.

۳. همان، ص ۲۳۴.

۴. همان، ص ۲۳۶.

۵. همان، ص ۲۳۷.

۶. همان، ص ۲۳۸.

لازم به ذکر است که در دو کاربرد مذکور باید نکته‌ای در عمل مورد نظر باشد، این که نتیجه‌گیری در خصوص این موارد اساساً بر سه پیش‌فرض غیر قابل انکار، استوار است؛ الف. اراده قانونگذار برای ما قابل فهم است. ب. این فهم حجت و سند است. ج. شرع مقدس ابزار خاصی در تفهیم مقاصد خویش برنگزیده است.^۱

گفتار سوم: کاربرد سوم؛ تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق موضوعات و احکام

با شناخت کارایی اول و دوم عرف، نهادی باید تطابق این مفاهیم عرفی و مصادیق را بر عهده بگیرد، در واقع نهادی اجرایی برای کاربرد اول و دوم است؛ یعنی به داوری عرفی، مفاهیم بر مصادیق منطبق می‌شوند. این مرجع باید نهادی باشد که دقیق عمل کند تا تسامح در این امر مهم راه نیابد و پر واضح است که داوری توده مردم در بسیاری از موارد که ساده و محل رجوع به عرف می‌باشد، به عنوان ساده‌ترین، در دسترس‌ترین و مطمئن‌ترین راه ممکن خواهد بود و تسامح در آن راه ندارد، مگر در مواردی که سهل‌انگاری در برداشت از دلیل وجود دارد، نه تطبیق و این که اساساً این عملکرد عرف، طریقت دارد.^۲ تأکید می‌شود این کاربرد در مواردی است که قانونگذار بیان خاصی نداشته باشد. در نصوص و متون دینی به هزاران قضیه برمی‌خوریم که نهاد آن عرفی و گزاره‌اش شرعی است؛ برای مثال وقتی می‌گوییم معامله مجنون باطل است، گزاره شرعی دارد ولی نهاد آن عرفی است و جدای از تفسیر این مفاهیم، کارکرد دیگری نیاز است تا این مفاهیم بر مصادیق خارجی انطباق یابد و این همان کاربرد داوری مردم است.^۳ به طور کلی در این انطباق از انواع عرف خاص و عام استفاده می‌شود. در واقع از سنخ داوری مردم در انطباق مفهوم بر مصداق خارجی. برخی^۴ از عالمان فقه و اصول با این نظریه موافق‌اند و برهان‌هایی بر این موضوع آورده‌اند.

^۱. همان، ص ۲۱۴.

^۲. نجفی، محمد بن حسن، جواهرالکلام، مصحح شیخ محمود آخوندی، ج ۲۶، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۶ ه.ق، ص ۷۴.

^۳. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۵۳.

^۴. از قبیل شیخ محمد حسن نجفی در جواهرالکلام، ج ۲۶، ص ۷۴.

گفتار چهارم: کاربرد چهارم؛ قانونگذاری

گفتیم که عرف را از آن جهت که عرف است، با توجه به ذات متغیر آن و غیره نتوانستیم وارد عرصه جعل حکم کنیم ولی تأثیر آن در هنجارهای مقبول نزد مردم، کیفیت بیان قوانین، حدود بیان و نحوه آن غیر قابل انکار است و این عقیده مشترک تمام قانونگذاران در طول تاریخ است، مگر این که خود قانونگذار اصول ویژه‌ای را در این خصوص ارائه کرده باشد. بنابراین از آنجایی که شارع مقدس اسلام رویه و اصول خاصی در این امور ارائه نکرده، لذا روشن است که شارع نیز از حدود فهم مخاطبان خود فراتر نرفته است.^۱ بنابراین استدلال می‌توان نتیجه گرفت که حدود بیان و نحوه بیان شارع در امور تقنینی براساس عرف مخاطبانش است لذا قوانین نیز بر همین اساس سامان یافته‌اند و برای تفسیر و تعبیر بهتر قوانین و احکام شرعی می‌توان به عرف زمان صدور مراجعه کرد.

گفتار پنجم: کاربرد پنجم؛ تفسیر قراردادها و معاملات

در موارد مذکور نقش عرف بیشتر در جهت تفسیر اراده قانونگذار در خدمت متخصصین فقه و حقوق بوده است. اما در این مورد عرف به دنبال تفسیر اراده دو طرف قرارداد است، تا از ابهام و اجمال برآمده ناشی از اراده‌ها پرده بگشاید و بدیهی است که اقسام عرف عام و خاص افراد و گروه‌ها قابل استفاده در این مورد هستند.^۲ همان‌طور که این کاربرد در مواد ۲۲۰ ق.م.ا، ۲۲۱ ق.م.ا، ۲۲۴ ق.م.ا و ۲۲۵ ق.م.ا^۳ نیز مورد تأیید قانونگذار بوده است. به عنوان مثال شیخ انصاری نیز در این مورد می‌فرماید: «به دلیل این که متعارف در معاملات، تقدیم ایجاب بر قبول است، فتوا به جواز تقدیم قبول بر

۱. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۸۳.

۲. همان، ص ۲۹۹.

۳. «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».

۴. «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

۵. «الفاظ عقود محمول است بر معنای عرفیه».

۶. «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است».

ایجاب مشکل است»^۱. حتی به دلیل اهمیت کارایی عرف در این مورد دکتر کاتوزیان بیان داشته تخلف دادگاه از ظاهر عرفی اسناد مسأله قانونی است و دیوان کشور می‌تواند به این استناد حکم را نقض کند.^۲

گفتار ششم: کاربرد ششم؛ موضوع سازی و موضوع زدایی عرف برای جریان اسناد و احکام و عدم جریان آنها

عرف در این کارایی می‌تواند از انواع عرف لفظی و عملی باشد. در واقع موضوع سازی و موضوع زدایی از طریق تغییراتی است که در مصداق موضوع صورت می‌گیرد، در این صورت وقتی مصادیق عرفی آن حکم مورد نظر متروک شود، قوانین مربوط به آن نیز متروک شده و اجرای آنها بی‌مورد می‌گردد و یا برعکس وقتی نیازهای جامعه اقتضا کند، این قوانین رخ می‌نمایند.^۳

مبحث هشتم: عدم جواز کارایی عرف

علی‌رغم کاربردهای فراوان عرف، مواردی نیز هستند که از محدوده اختیارات عرف خارج است و اساساً عرف حق دخالت و ورود ندارد و به هیچ وجه نمی‌توان به آن مراجعه کرد و لازم دانستیم که به این موارد در این جا اشاره کنیم. به طور اجمالی عبارت‌اند از: الف. تبیین مفاهیم و مفرداتی که از سوی خود شارع مقدس صادر شده و از ابداعات خود اوست، مانند الفاظ «صوم»، «صلاه» و غیره، توسط غیر او صحیح نیست و متخصص باید با کاوش در نظر شارع به آن دست یابد؛^۴ ب. برخی از موضوعات و متعلقات احکام ابداع شرع نیست، بلکه ناشی از عرف ساده و روشن جامعه است، اما وقتی موضوع یا متعلق قانون یا حکم شرعی قرار می‌گیرد، همان جامعه را دچار ابهام می‌کند. در این صورت پاسخ به این ابهام جز از طریق مراجعه به منشأ همان قانون یا حکم شرعی که همان ادله

۱. انصاری، مرتضی، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، ج ۱، چاپ نخست، منشورات دارالذخائر، قم، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۳۶۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ۴۳، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۴، ص ۲۱۳.

۳. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۳۰۳.

۴. همان، ص ۳۷۴.

شرعی هستند، ممکن نیست. بنابراین در پاسخ باید از عملیات استنباط و کارشناسان فقهی و حقوقی بهره برد و مراجعه به عرف در این جا مورد قبول نخواهد بود. در همین مجال باید به مفاهیمی که دارای پایه اجتهادی هستند ولی ناشی از عرف بوده‌اند، نیز اشاره کرد که اساساً از عهده این‌ها نیز فقط کارشناس و مجتهد بر می‌آید و مدخل عرف نیست؛ ج. درخصوص احکام قضایی، حکومتی و نظامی در رابطه با زندگی مردم، تنها مرجع صالح جهت تشخیص حدود موضوع، حکم و مصادیق، خود شخص صادرکننده است، لذا عرف در این جا نیز جایگاهی ندارد.^۲

۱. همان، ص ۳۸۰.

۲. همان، ص ۳۷۲.

بخش دوم: تأثیر عرف بر حقوق مالی زن

بدون تردید در طول تاریخ بشریت، همیشه اقشار ضعیف مانند کودکان و زنان، قربانی بسیاری از تصمیمات بی‌رحمانه و سودجویانه قشر قوی‌تر یعنی مردان می‌شده‌اند. طبیعتاً به حقوق این افراد توجه کمتری می‌شد و همیشه در حاشیه قوانین و مقررات بودند. به عنوان مثال زنان در اغلب ادوار تاریخی، موجودی وابسته از لحاظ مادی به مرد محسوب می‌شدند و از کمترین حقوق مادی و معنوی برخوردار بودند و این نکته آن‌ها را بیش از پیش شکننده‌تر و در معرض آسیب قرار می‌داده است و این اهرم فشاری برای مردان بود تا منافع خود را نسبت به زنان تأمین کنند. لکن با گذشت زمان و به برکت ظهور و بروز حکومت جمهوری اسلامی و ورود افکار اسلامی و ملی در صحنه‌ی قانونگذاری در مقدمه قانون اساسی مقرر شد: «زنان ایران به دلیل ستم بیشتری که تاکنون در نظام شاهنشاهی متحمل شده‌اند، از حقوق بیشتر برخوردار خواهند شد». اصول بیستم و بیست‌ویکم این قانون ضمن تأکید بر احقاق تمام حقوق زنان مقرر می‌دارد: «همه افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان و از همه حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی و فرهنگی برخوردارند». وظیفه تکلیفی دولت است که حقوق زنان را در تمام جهات تضمین کند.^۱ به همین دلیل با پیشرفت فکر و فرهنگ بشر، کم‌کم اقشار ضعیف مانند زنان به مطالبه حقوق خود برخاستند و تقاضای این قشر حکم می‌کرده که در این خصوص ضوابطی مشخص شود و در نتیجه روزبه‌روز سیر قوانین، مطابق مطالبه جامعه به خصوص در مورد اقشار خاص زنان متحول شد. از آنجایی که طبیعت هر جامعه‌ای تغییرپذیر است و ناچار است که مطابق مقتضیات زمان و مکان به نیازهای افراد جامعه پاسخ گوید، پس لازم است که ابزار حمایت و ساماندهی این تغییرات که قوانین هستند، نیز تغییر کنند و در نتیجه قوانین حوزه حقوق زنان نیز در این تغییرات متأثر می‌شوند. لذا در هر دوره‌ای حسب مقتضیات جامعه شاهد تحولاتی در زمینه حقوق زنان مانند حقوق سایر افراد هستیم. نمونه آشکار این تحولات را با مطالعه صد سال اخیر تاریخ قانونگذاری ایران خواهیم دید.

^۱. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، چاپ دوم، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۲، ص ۶۸.

در این نوشتار نیز با توجه به تذکرات قانون اساسی، مواد قانون مدنی و سایر قوانین که در خصوص حقوق زنان مقرراتی را تعیین کرده‌اند، سعی شده به بیان مصادیق این حقوق به طور مفصل پرداخته شود و تأثیر عرف‌های مختلف بر این حقوق که در قالب قوانین جمهوری اسلامی به تصویب رسیده، بررسی شود و با توجه به این نکته که ازدواج پیمانی ویژه است که آثار مالی و غیرمالی دارد و این آثار از ابعاد گوناگونی برخوردار است و در زندگی آینده طرفین موثر است و این که به همین دلیل اکثر حقوق خاصه مالی و غیرمالی زنان پس از ازدواج و طلاق نمایان و مطالبه می‌شود (البته حسب عرف جامعه امروزی). لذا برای درک بهتر و طبقه بندی مناسب‌تر مطالب در ابتدا به بررسی تأثیر عرف بر قوانین ایران در حوزه حقوق مالی زنان که ناشی از این پیمان ویژه هستند و عبارتند از: نفقه، جهیزیه، اجرت‌المثل، مهریه و ارث می‌پردازیم و سپس در بخش بعدی، محل بحث، مصادیق حقوق غیرمالی زنان که شامل حق طلاق، حضانت، اشتغال و حسن معاشرت می‌باشد، خواهد بود.

فصل اول: نفقه زن

تکلیف مرد به دادن نفقه از توابع ریاست او بر خانواده است و در واقع در نکاح دائم، این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد.^۱ این حق و تکلیف به منظور تأمین مایحتاج زوجه براساس معیارهای مختلف تعیین می‌شود ولی معیار مشخصی برای تعیین مصادیق و میزان آن‌ها مقرر نشده است.

^۱. هدایت نیا، فرج الله، مقاله «ارزیابی قوانین خانواده»، حقوق مالی زوجه (مجموعه مقالات)، چاپ نخست، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۸۶، ص ۵۶.

مبحث اول: مفهوم نفقه

نفقه در لغت به معنای آنچه صرف هزینه عیال و اولاد کنند، هزینه زندگی زن و فرزندان، روزی و مایحتاج معاش آمده است.^۱

تعریف نفقه در فقه اغلب همراه با ذکر مصادیق بوده است و اکثر اختلافات نیز به همین مصادیق برمی‌گردد. در کتاب «جواهرالکلام» بیان شده: «مایحتاج زن مانند؛ غذا، البسه، مسکن، خادم و وسایل آشپزی که به‌طور متعارف با وضعیت زن در آن شهر متناسب باشد»^۲. دکتر کاتوزیان در تعریف دیگری آورده است: «نفقه، تمام وسایلی است که زن با توجه به درجه تمدن و محیط زندگی و وضع جسمی و روحی خود، بدان نیازمند است»^۳. به نظر می‌رسد، اگر مدخلیت عرف جامعه و تأثیر آن را به این تعاریف بیافزاییم، تعریف کامل‌تری خواهیم داشت. در ادامه اهمیت این نکته روشن می‌شود.

مبحث دوم: نفقه در منابع فقهی

فقه‌های امامیه بر وجوب نفقه زوجه اتفاق نظر دارند، خواه زوجه مسلمان باشد، خواه کافر و از میان ادله به کتاب، سنت و اجماع استناد کرده‌اند^۴ و در این‌جا به برخی از این ادله استنادی اشاره خواهیم کرد.

گفتار اول: کتاب

مهم‌ترین آیاتی که برای وجوب نفقه زوجه به آن‌ها استناد شده عبارتند از:

^۱. دهخدا، علی‌اکبر، لغتنامه دهخدا، ص ۲۰۱۹.

^۲. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۰.

^۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، چاپ هفتم، بهمن برنا با همکاری شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵، ص ۱۸۷.

^۴. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، مصحح شیخ محمود آخوندی، ج ۳۱، ص ۳۰۱.

«عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ؛ یعنی، بر صاحب فرزند است که خوراک و پوشاک آن‌ها را (مادران) به‌طور متعارف و شایسته بدهد»^۱. خداوند متعال پس از این‌که احکام طلاق را در آیات قبلی بیان نموده، در این آیه پدران را به تأمین خوراک و پوشاک مادران به نحو متعارف مکلف نموده است و بسیاری از فقها برای وجوب پرداخت نفقه زوجه به این آیه استدلال کرده‌اند^۲.

«لَيَنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهُ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا؛ یعنی، مرد توانگر باید از وسعت خود انفاق کند و کسی که تنگدست باشد، باید از آنچه خدا به او داده انفاق کند. خداوند هیچکس را جز به اندازه آنچه که به او داده تکلیف نمی‌کند»^۳. این آیه نیز در حوزه موضوعی طلاق بوده و در آن، امر به انفاق و معیار و میزان آن شده به طوری که هرکس بسته به دارایی خود موظف است انفاق کند و بسیاری از فقها به آن استناد کرده‌اند^۴.

گفتار دوم: سنت

روایات زیادی بر وجوب نفقه زوجه دلالت می‌کنند. در این جا به توضیح برخی از آن‌ها اکتفا می‌کنیم؛

امام صادق (ع) فرمودند: «زنی خدمت پیامبر رسید و از حق زوج بر زوجه پرسید و پاسخش را شنید، سپس از حق زوج بر زوجه پرسید، پیامبر (ص) فرمودند: مرد باید بدن زن را ببوشاند، شکم او را سیر کند و اگر زن متوجه جهالتی شده، وی او را ببخشاید»^۵.

۱. ر.ک: آیه شریفه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره.

۲. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، مصحح شیخ محمود آخوندی، ج ۳۱، ص ۳۰۱.

۳. آیه شریفه ۷ سوره مبارکه طلاق.

۴. جبلی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، چاپ نخست، مؤسسه پاسدار اسلام، قم، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۴۳۸.

۵. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ترجمه و شرح حاج سید جواد مصطفوی، ج ۵، چاپ پنجم، انتشارات علمیه اسلامی، تهران، ص ۵۱۱.

امام صادق (ع) از پیامبر (ص) نقل می‌کنند که آن حضرت فرمودند: «مورد لعن است کسی که خانواده و عائله خویش را ضایع کند»^۱. صراحت احادیث بیانگر وجوب نفقه زوجه است.

گفتار سوم: اجماع

اصل وجوب نفقه مسأله‌ای اجماعی است و همه فقهای مذاهب خمسسه بر آن اتفاق نظر دارند. ابوزهره در کتاب «المحاضرات فی عقد الزواج» می‌گوید: «مسلمانان از صدر اسلام تاکنون بر وجوب نفقه اجماع کرده‌اند و احدی با آن مخالفت نکرده است»^۲.

مبحث سوم: شناخت مصادیق و میزان نفقه

در شرع برای نفقه، مقدار معینی مشخص نگردیده است^۳. اما برای شناخت میزان و مقدار نفقه نیاز به معیار و ملاک‌های مشخصی داریم که در این جا به آن می‌پردازیم؛ در مورد برخی از مصادیق نفقه میان فقها اختلاف نظری وجود ندارد، مثلاً کسی در نفقه بودن خوراک، پوشاک و مسکن شک ندارد، اما در برخی دیگر اختلاف نظرهای عمیقی دیده می‌شود^۴. در این میان صاحب جواهر با اشاره به اقوال به‌ظاهر متعارض در زمینه‌های اختلافی نفقه، بعد از اشاره به اموری که به عنوان مصادیق نفقه واجب در کتب فقهی آمده است، تعیین این مصادیق را خالی از اشکال نمی‌داند و رجوع به عرف را در تعیین مصادیق نفقه ترجیح می‌دهد. به نظر وی موارد استثناء در کلام فقها پذیرفته نیست و معتقد است، اگر ملاک و دلیل در مقدار نفقه، معاشرت به نحو پسندیده و اطلاق دلیل انفاق باشد، صحیح این است که تمام مصادیق اختلافی نیز واجب شود، لذا باید همه مصادیق نفقه را به شأن همسری و انفاق شوهران به همسرانشان مربوط دانست که به‌طور عرفی و معمول جامعه صورت می‌گیرد. این

۱. الحر العاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ نخست، موسسه آل‌البیت (ع)، قم، ۱۴۰۹ ه.ق، ص ۵۴۳.

۲. ابو زهره، محمد، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، چاپ نخست، دارالفکر العربی، ۱۹۷۱م، ص ۲۹۶.

۳. جبلی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی بن احمد، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، ص ۴۳۹.

۴. کاظم‌پور فرد، فاطمه، جمشیدی شهیمیری، مهسا، مقاله «واکاوی فقهی در ملاک تعیین مقدار نفقه و مصادیق آن با نگاه تطبیقی بر آرای فقهای اسلامی»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۰، ص ۱۰.

امر با مراعات شأن زن و مقتضیات زمان و مکان صورت می‌پذیرد.^۱ لذا نمی‌توان برای نفقه مصادیقی را به طور حصری بیان کرد؛ بلکه باتوجه به زمان و مکان و شأن زن، مصادیق نفقه متفاوت خواهد بود. در ضمن امام خمینی (ره) نیز هنگامی که در مورد مقدار و مصادیق نفقه فتوا می‌دهد، در پایان حکم با قید «غیر ذلک»، این مفهوم را می‌رساند که اموری که در مورد نفقه ذکر شد، از باب تمثیل است، نه این که نفقه در همین موارد محصور باشد؛ «از نظر شرعی نفقه مقدار خاصی ندارد، بلکه ملاک برآورده کردن کلیه مایحتاج زن است، از قبیل خوراک، پوشاک، فرش و پتو، مسکن، خادم و وسایلی که برای نوشیدن و خوردن و نظافت و غیر آن است».^۲

اما در مورد ملاک تعیین میزان نفقه، در میان فقها سه نظریه کلی وجود دارد؛ الف. نظریه توان اقتصادی زوج: برخی از فقهای امامیه از جمله شیخ طوسی معتقد است، ملاک در تعیین میزان نفقه حال زوج از لحاظ توانگری و فقر می‌باشد^۳، بنابر این نظریه زوج باید متناسب با وضعیت اقتصادی خود به همسرش نفقه بدهد، که مهم‌ترین دلایل قائلان این نظریه عبارت است از؛ آیه شریفه ۷ سوره مبارکه طلاق^۴ که مقرر کرده هرکس به اندازه توانایی و دارایی خود و آنچه که خدا به او عطا کرده، انفاق کند. دیگر آیه شریفه ۶ سوره مبارکه طلاق^۵ که در آن نیز به مردان امر شده در حد توان مالی خود به زنان نفقه بپردازند.^۶ لذا از آنجایی که زوجه از وضعیت مالی مرد آگاهی داشته و با این وجود به ازدواج با او رضایت داده است، بنابراین رضایت او بر ازدواج دلیل بر رضایت او بر میزان نفقه خواهد بود و نمی‌توان حق اعتراضی برای او قائل شد؛ ب. نظریه وضعیت زوجه: برخی دیگر از فقهای امامیه که البته نظر مشهور فقهای امامیه است به آیه ۲۳۳ سوره بقره^۷ استناد کرده‌اند؛ که در این- جا کلمات «رزق» و «کسوه» به ضمیر «هن» اضافه شده‌اند، که به «والدات» در صدر آیه بازمی‌گردد.^۸

۱. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۳۳۷.

۲. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، چاپ نخست، موسسه دارالعلم، قم، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۳۱۶.

۳. طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۶، چاپ نخست، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، تهران، ۱۳۸۷ ه.ق، ص ۷.

۴. «لینفق ذو سعه من سعته و من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله لایكلف الله لایکلف الله نفسا الا ما آتاه سيجعل الله بعد عسر يسرا».

۵. «اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم».

۶. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۵، ص ۳۰۷.

۷. «علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف».

۸. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۳۰.

بنابراین 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 نیازمندی‌ها 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 اگر زوجین از نظر مالی هر دو ثروتمند باشند، نفقه افراد ثروتمند در جامعه برای زوجه در نظر گرفته می‌شود و چنانچه زوجین هر دو فقیر باشند، نفقه افراد فقیر در جامعه برای زوجه در نظر گرفته می‌شود. ولی اگر یکی از زوجین ثروتمند و دیگری فقیر باشد، نفقه باید براساس حال هر دو تعیین شود، تا به نوعی تعادل 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 می‌دهند 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.^۱ در ضمن این نظریه به دلیل جمع بین ادله بر دو نظریه پیشین ترجیح دارد، بلکه آیه ۷ سوره طلاق^۲ دلالت بر مراعات حال زوج در تعیین میزان نفقه دارد و آیه ۲۳۳ سوره بقره^۳ نیز دلالت بر مراعات کفایت زوجه به طور متعارف دارد؛ لذا به نظر می‌رسد بهترین معیار، توجه به عرف جامعه در کنار وضعیت مشترک زوجین در تعیین نفقه زوجه می‌تواند باشد.

لازم به ذکر است که قانون مدنی ملاک تعیین میزان و مقدار نفقه را احوالات زوجه دانسته است که مطابق با رأی مشهور فقهاست^۴ و برخی از حقوقدانان نیز با این نظر موافق‌اند و عرف زوجه را

^۱ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، ص ۱۷۴.

^۲ «لینفق ذو سعه من سعته و من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله لایکلف الله نفسا الا ما آتاه سیجعل الله بعد عسر یسرا».

^۳ «علی المولود له رزقهن و کسوتهن بالمعروف».

^۴ مکی عاملی (شهید اول)، محمد، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، چاپ نخست، دار التراث و الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۲۰ ه.ق، ص ۱۹۰.

ملاک عمل می‌دانند، هر چند ممکن است با عرف کلی و عدالت و انصاف در مواردی ناسازگار باشد.^۱

مبحث چهارم: تحولات نفقه

در نتیجه با توجه به اختلافاتی که در خصوص مصادیق و مقدار نفقه در برهه‌های زمانی مختلف وجود داشت بهتر است که تعیین مصداق و انواع نفقه را به عهده عرف زمان و مکان محول کرد، همان‌طور که با تأمل در فلسفه وجوب نفقه زوجه این چنین به نظر می‌رسد که تأمین نیازهای زن بر مرد واجب است، ولی مصادیق آن در زمان و مکان مختلف، متفاوت خواهد بود؛ زیرا نیازهای زن تغییر می‌کند و از طرفی توانایی‌های مرد نیز برای تأمین نیازهای همسر خود متغیر است و آنچه فقها در بیان مصادیق ایراد نموده‌اند، براساس وضعیت متعارف زمان و مکان خودشان بوده، لذا مصادیق مذکور جنبه انحصاری ندارند؛ بلکه معیار شرعی و فقهی در شناخت مصادیق و میزان نفقه، در خصوص نیازهای ضروری، مثل خوراک و پوشاک و نیازهای غیر ضروری مثل لوازم آرایشی برحسب اقتضای عرف جامعه خواهد بود.

نفقه زوجه در قوانین ایران طی صد سال اخیر تحت تأثیر عرف و تحولات اجتماعی، تغییراتی به خود دیده است، که در ادامه بررسی می‌کنیم. در تبصره ماده ۹ قانون ازدواج مصوب سال ۱۳۱۰ ه.ش مقرر شده بود: «نفقه زن بر عهده شوهر است. نفقه عبارت است از مسکن، غذا، لباس و اثاث‌البت متناسب»^۲. همان‌طور که از نص صریح تبصره برمی‌آید، قانونگذار در این ماده موارد شمول نفقه را احصا کرده بود و تنها به برخی از اساسی‌ترین نیازهای زنان برای زندگی توجه داشته، غافل از این‌که هر جامعه‌ای به مرور زمان به سمت نیازها و تغییرات جدید در حال حرکت است و بدیهی است که سعادت هر جامعه نیز در گرو رفع این نیازها براساس قوانین جدید و صحیح است. از همین رو

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، ج ۱، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۷۲.

۲. هدایت نیا، فرج‌الله، مجموعه مقالات «حقوق مالی زوجه»، چاپ نخست، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۸۶، ص ۶۰.

۳. زاهدی، عاطفه، مجموعه قوانین و مقررات ازدواج و طلاق و امور حسبی، چاپ دوم، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۲، ص ۴۲.

قانونگذار بعد از چهار سال^۱ در قانون مدنی با تصویب ماده ۱۱۰۷، تعریف مناسب‌تری از نفقه ارائه داد؛ «نفقه عبارت است از مسکن، البسه، غذا و اثاث‌البیت که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم، در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان عضو»^۲. در واقع قانونگذار در این ماده به اهمیت عرف در تعیین مصادیق نفقه پی برده و از محدودیت در مصادیق نفقه کاسته است، اما با این حال باز هم توجه قانونگذار فقط به مصادیق سابق بوده و باز هم نوعی بیان احصایی داشته و فقط میزان آن مصادیق تحت تأثیر عرف متغیر دانسته شد، و آنچه مغفول ماند، نفس ثابت نفقه و مصادیق متغیر آن بود که تحت تأثیر عرف جامعه، همیشه دستخوش تغییرات و ورود مسائل و مشکلات جدید بوده است. لذا بالاخره در تاریخ نوزدهم آبان ۱۳۸۱، قانونگذار در قانون مدنی و در همان ماده مقرر داشت: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض»^۳. واضح است که قانونگذار به میزان و مصادیق نفقه در قالب تمثیلی توجه داشته و آن را در ماده منظور کرده؛ زیرا طبیعتاً با گذر زمان، نیازهای زنان تغییر خواهد کرد، بنابراین قانونگذار با بیان کلی و حکیمانه خود در این خصوص نفقه را متناسب با عرف جامعه در نظر گرفته و مسائلی مانند بهداشت و درمان را نیز وارد ماده کرده است. البته ظاهر ماده نشان می‌دهد که بسیاری از مستحدثات مثل لوازم آرایشی را نیز می‌توان داخل در مصادیق نفقه دانست^۴. جمع این مواد و سیر تاریخی آن‌ها، بیانگر آن است که از دیدگاه شارع، عرف از دو جهت کلی بر مسأله نفقه تأثیرگذار است. یک مورد، تأثیر آن بر کلیت مصادیق نفقه است، به طوری که در یک برهه تاریخی، لوازم آرایش از مصادیق نفقه نبوده ولی در زمانی دیگر این مورد نیز از مصادیق نفقه زن محسوب شود، لذا بیان این ماده طوری است که در این خصوص به مشکلی برخورد نمی‌کنیم. مورد دیگر بحث میزان هزینه برای هر مصداق است، برای مثال میزان هزینه برای یک دختر جوان در مقابل یک زن مسن متفاوت خواهد بود، همین‌طور ممکن است میزان هزینه برای زوجه در

۱. ۱۳۱۴/۱/۱۷

۲. هدایت نیا، فرج‌الله، ارزیابی قوانین خانواده: مجموعه مقالات حقوق مالی زوجه، ص ۵۶.

۳. مجموعه قوانین اساسی و مدنی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ص ۴۱۵.

۴. فتواتی، جلیل، مقاله «سیر تاریخی حقوق زن در قوانین موضوعه ایران»، ص ۳۲.

دهه نود با دهه پنجاه متفاوت باشد. لذا هم مصادیق نفقه، متأثر از عرف، در قوانین متغیر است و هم میزان هزینه متفاوت خواهد بود. در هر صورت می‌توان براساس نفقه زنان دیگر که شرایط مورد نظر را دارند، نفقه زن را تعیین کرد. هم‌اکنون مطابق قانون از میان محاکم قضایی، صلاحیت رسیدگی به این موضوع بر عهده دادگاه‌های خانواده است^۱ که موظف‌اند براساس عرف حاکم بر جامعه، مقدار نفقه را برعهده زوج تعیین کنند.

در رأی شماره ۲۹۲ - ۱۳۲۲/۴/۱۵ شعبه ۴ دیوان عالی کشور آمده است: «چون در ماده ۱۱۰۷ ق.م. کیفیت نفقه را که بر عهده شوهر است، به طریق متعارف و متناسب با وضعیت زن، مقرر داشته و در صورت عادت زن به داشتن خادم یا احتیاج او، نیاز به هزینه بیشتری برای مسکن و غذا و اثاث- البیت و خادم باشد؛ در این صورت حق مطالبه هزینه آن را از شوهر خواهد داشت و دادگاه بایستی در این خصوص رسیدگی نماید»^۲.

نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری ۲۶، ۵۴۹، ۶۴۵، ۷/۱۹۸۴ - ۱۳۶۱/۴/۲۳: «تعدادی از فقها عرف را ضابطه تشخیص نفقه دانسته‌اند. تردید نیست که مخارج زایمان از نظر عرف، جزء نفقه به شمار می‌رود. به علاوه از وجوب نفقه برای مطلقه حامل تا وضع حمل، حتی در طلاق بائن که در غیر حمل نفقه به آن تعلق نمی‌گیرد، مسلم است که این وجوب با ب حامل بودن زن است و مخارج وضع حمل بی‌هیچ تردید، از تبعات حمل و بر عهده زوج است»^۳.

فصل دوم: جهیزیه

ازدواج قراردادی اجتماعی است که دارای آثار مالی مختلفی برای طرفین عقد و حتی خانواده‌های آنها می‌باشد. جهیزیه نیز با توجه به ماهیت آن از آثار مالی ازدواج محسوب می‌شود که اساساً

^۱ بند ۷ ماده ۴ ق.ح.خ.

^۲ ابادزی فومشی، منصور، مجموعه محشی از قوانین و مقررات ازدواج و طلاق، چاپ نخست، خرسندی، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۳۹.

^۳ بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آرای دیوانعالی کشور (حقوق خانواده)، ج ۱، چاپ چهارم، فردوسی، تهران، ص ۲۶۷.

پشتوانه‌ای عرفی دارد و برخاسته از آداب و رسوم قدما است. البته شرع و قانون نیز آن را تأیید کرده است. از طرفی بخش مهمی از دعاوی مطروحه در دادگاه‌های خانواده، بحث استرداد جهیزیه به همراه طلاق می‌باشد.^۱ لذا به دلیل اهمیت آن تا آنجا که به این بحث مربوط شود، به آن می‌پردازیم.

مبحث اول: مفهوم جهیزیه

جهیزیه یا جهاز، مصدر از ریشه «جَهَزَ» به معنای رخت مرده و رخت عروس می‌باشد و معنای دیگر آن کشتی و آنچه بر پشت می‌بندند نیز می‌باشد.^۲ در واقع به اموالی گفته می‌شود که عروس به پشتوانه خانواده خود براساس فرهنگ و آداب و رسوم محل زندگی، پس از ازدواج به خانه مشترک می‌برد. در حالت کلی شامل اثاث البیت و ابزار عادی زندگی دو نفره می‌باشد. جهیزیه در ایران نیز اکثراً شامل سرویس کامل اثاثیه مورد نیاز برای یک زندگی دو یا سه نفره است.^۳

مبحث دوم: جهیزیه در منابع فقهی

رسم تهیه جهاز قدمت طولانی دارد. در فرهنگ عامه، جهاز مفصل موجب احترام بیشتر عروس می‌باشد. اساساً فلسفه تهیه جهیزیه، برگرفته از عرف و سنت جامعه است. در روایات آمده است که رسول خدا (ص) به حضرت علی (ع) فرمودند: «آن زره‌ای را که به عنوان مهریه قرار داده بودی را بفروش و پولش را بیاور». پیامبر آن پول را به سلمان داد تا جهیزیه بخرد و سلمان هر آنچه ضروری یک زندگی بود را خرید و آورد. پیامبر اقسام خریداری شده را دید و فرمودند: «خداوند مبارک گرداند».^۴

۱. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، ص ۹۶.

۲. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۲، ص ۱۳۵۷.

۳. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، ص ۹۶.

۴. الحر العاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ص ۶۴.

نکته: جهیزیه حضرت زهرا (س) هفده قلم بود که به شصت و سه درهم خریداری شد و شامل ضروریات زندگی بود. وقتی پیامبر جهیزیه ساده را دیدند از شوق گریستند.^۱

مبحث سوم: جهیزیه در حقوق ایران

برخی از حقوقدانان معتقدند، اهدای جهیزیه به دختر از سوی پدر و خانواده‌ی وی تعدیل مناسبی برای بحث ارث دختران است و از سویی جهیزیه به رسم امانت در خانه زوج قرار می‌گیرد و زوج فقط می‌تواند از منافع آن استفاده کند؛ بنابراین زوجه در هر صورت مالک جهیزیه خود است و زوج از لحاظ حقوقی حق ندارد خود را شریک در مالکیت جهاز زن بداند؛ بلکه فقط می‌تواند در حد متعارف از منافع آن استفاده کند و این در واقع نوعی اباحه در تصرف نیز می‌تواند باشد لذا در نتیجه زن اختیار هر نوع دخل و تصرف در جهاز خود را دارد.^۲

در فضای قضایی ایران در صورت حدوث اختلاف در مورد جهیزیه، به طوری که اگر زن بخواهد در جهیزیه خود دخل و تصرفی کند که با ممانعت مرد مواجه شود، ابتدا می‌تواند موضوع را در قالب اظهارنامه به شوهر خود اعلام کند، در صورت ممانعت مجدد زوج، زوجه می‌تواند با مراجعه به دادگاه و تسلیم دادخواست استرداد جهیزیه، به حقوق خود دست یابد.^۳ براساس ماده ۲۹ ق.ح.خ و بند ۵ ماده ۴ ق.ح.خ، دادگاه خانواده مکلف است ضمن رأی طلاق، تکلیف مسائل مالی زوجه را معین کند. در ارتباط با این مبحث و این که تکلیف قاضی در خصوص اموالی که مالک آن‌ها مشخص نیست چگونه است، باید به ماده ۷۲ آیین نامه اجرایی مفاد اسناد رسمی نیز توجه کرد که مقرر داشت: «... از اثاث‌البیت آنچه که عادتاً مورد استعمال زنان است، ملک زن و آنچه عادتاً مورد استعمال

۱. همان، ص ۶۵.

۲. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، ص ۹۷.

۳. همان، ۹۸.

مردان است، ملک شوهر و مابقی مشترک بین زوجین محسوب خواهد شد، مگر این که خلاف ترتیب فوق ثابت شود»^۱.

از سوی دیوان عالی کشور نیز در خصوص بحث جهیزیه و تعیین مصادیق جهاز در موارد اختلاف معتقد است وسایل و اثاثیه‌هایی که عرفاً اختصاص به هر یک از زن و مرد دارد باید متعلق به او محسوب شود؛ یعنی در حالت کلی در مواردی که دلیل کافی در خصوص مالکیت مال مورد نظر در جهیزیه وجود ندارد، گاهی به طبیعت مال و گاهی نیز به چگونگی استعمال عرفی آن باید مراجعه کرد^۲. به هر حال جهیزیه در حقوق ایران پذیرفته شده ولی در قوانین به آن به شکل مفصلی نپرداختند.

مبحث چهارم: نقش عرف در جهیزیه زن

در نهایت براساس این مقدمات، نتیجه می‌گیریم که فرهنگ و عرف جامعه ایران با قدمت تاریخی طولی که دارد و با تأثیر بسزایی که سنت اسلامی بر آن داشته است، موجب شده تا رسمی که براساس آن، زن در آغاز ازدواج با توجه به دارایی خود و خانواده‌اش برخی از وسایل زندگی مشترک را به همراه ورود خود به منزل شوهر در قالب جهیزیه تأمین کند، در حقوق ایران نهادینه شود. البته بر اساس قانون مدنی و موازین شرعی اسلام، وظیفه شوهر است تا کلیه لوازم مورد نیاز برای زندگی را تهیه کند^۳، لیکن خانواده زن به نشانه صمیمیت و بر اساس عرف جامعه و عرف خاص محل زندگی خود و اقوام خویش لوازمی را تحت عنوان جهاز تهیه می‌کنند. علاوه بر این براساس سابقه و ریشه‌ی عرفی جهیزیه، نشان می‌دهد که مصادیق و مقادیر آن براساس عرف زمانی و مکانی عام جامعه و خاص زن تعیین می‌شود و در هر مکان و زمانی حسب اوضاع و احوال آن جامعه و زنان هم‌گون با عروس مورد نظر مقدار و میزان وسایل متعارفی را برای دختر تهیه می‌کنند. قانون نیز

۱. مجموعه قوانین و مقررات ثبت اسناد و املاک کشور، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۷، ص ۳۴۹.

۲. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، ص ۱۰۰.

۳. ر.ک: ماده ۱۱۰۶ ق.م.

به ناچار حسب ابتلای جامعه و اختلافاتی که در طول تاریخ در این مقوله به وجود آمده، مختصراً به موضوع جهیزیه اشاره کرده است.^۱ بنابراین عرف با تأثیرپذیری و اصلاحات از سوی منابع شرعی، نقش موضوع سازی در قوانین ایران را ایفا کرده، به عبارت دیگر عرف تا حدودی توانسته است موضوع جهیزیه را وارد زندگی تمام مردم و حقوق موضوعه ایران کند. در واقع این پدیده عرفی به دلیل شیوع فراوانی که در ابعاد مختلف زندگی اجتماعی مردم دارد، موجبات توجه قانونگذار به خود را جلب کرده است.

فصل سوم: ارث

ارث از جمله تأسیسات ناشی از اجتماع بشر در ادوار تاریخی مختلف است، که در ملل گوناگون براساس عادات اجتماعی، قومی و مذهبی آنان متداول گردیده و در ادامه تحت تأثیر انواع عرف و عادات مختلف دگرگون شده است. اما همین احکام متداول آنچنان که باید موافق با عقل، مصلحت و فطرت نبوده‌اند.^۲

قانون مدنی ایران در مباحث مربوط به «ارث» کاملاً منطبق بر فقه امامیه عمل کرده و آثار فرهنگ و حقوق بیگانه مطلقاً در آن وارد نشده، تا آنجا که در این مورد حتی اندیشمندان غربی به نظام حقوقی ارث در اسلام و ایران با نگاهی ضد حقوق بشری و ضد حقوق زنان انتقاد می‌کنند. در مبانی حقوق اسلامی، موضوع ارث از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است، بلکه چندین آیه از کتاب مقدس قرآن^۳ و ده‌ها حکم و قاعده فقهی به آن اختصاص یافته، لذا می‌توان ارث را از پیچیده‌ترین و مهم‌ترین موضوعاتی دانست که در کتب فقهی و حقوقی تحت عناوینی چون؛ موجبات، موانع و شرایط ارث، تفصیلاً مورد بحث و بررسی قرار گرفته است.

۱. رک: بند ۵ ماده ۴ و ماده ۲۹ ق.ح.خ.

۲. وزیرى فرد، محمدجواد، فرقانی، زینب، مقاله «سهم‌الارث زن از اموال شوهر»، فصلنامه بانوان شیعه، سال پنجم، پائیز ۱۳۸۷، شماره ۱۷، ص ۲.

۳. از جمله این آیات می‌توان به سوره مبارکه نساء و آیات شریفه ۱۰، ۱۱، ۱۲، ۱۷۵ و ۱۷۶ آن اشاره کرد.

از جمله موجبات و شرایطی که باید جمع گردد تا ترکه از مورث به بازماندگان او برسد، داشتن رابطه سببیت است و از روابط سببیت پیوند زناشویی به وسیله عقد نکاح معقود میان زن و مرد است، که موجب ایجاد رابطه‌ای می‌شود که سبب ارث‌بری آن‌ها از یکدیگر نیز می‌گردد.^۱ در این جا از موارد ارث، به ارث زوجه از اموال زوج، بالاختصاص اموال غیرمنقول زوج می‌پردازیم و هدف اصلی نیز تبیین تأثیر عرف بر این موضوع و تغییرات آن است، اما به هر حال پیش‌فرض ما این است که اساساً عرف توانایی رویارویی با احکام و موضوعات شرعی را ندارد. اما در خصوص بحث ارث در این مورد با توجه به این که در تعیین مصادیق میان علما اختلافات زیادی وجود داشته و شرع نیز پاسخ قاطعی نداده؛ لذا عرف در بیان مصادیق این احکام و موضوعات شرعی مجوز اقدام را دارد^۲، بنابراین می‌توانیم از تأثیر عرف در تحولات مربوط به ارث بحث کنیم و آثار آن را در قانون مدنی ایران نیز بیابیم.

مبحث اول: سهم الارث زوجه در منابع فقهی

قرآن کریم که مهم‌ترین منبع حقوق اسلامی و معیار صحت سایر منابع و احکام است، در آیه شریفه ۱۲ سوره مبارکه نساء^۳ به این مطلب تصریح دارد که زوجه از تمام ترکه شوهر ارث می‌برد و هیچ قید و بندی بر آن قائل نیست. برخی از فقها و مفسران نیز در توضیح و بیان این مطلب هیچ استثنایی وارد نکرده‌اند. قدر متیقن از فرموده حق تعالی و نظرات برخی فقها در مورد این آیه، این است که متفقاً در خصوص ارث‌بری زوجه از اموال زوج مخالفتی وجود ندارد^۴.

۱. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چاپ چهل و هشتم، نشر میزان، تهران، زمستان ۱۳۹۵، ص ۲۹۹.

۲. ر.ک: علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۱۵.

۳. «وَلَكُمْ يَصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِنَّ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّتِهَا مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ».

۴. مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، نشر دارالجواد، بیروت، ۱۴۲۱ ه.ق، ص ۴۹۸.

برخی روایات منقول از سوی امامان معصوم (ع) نیز دلالت بر برابری زن و شوهر، از حیث قلمرو ارث‌بری از یکدیگر دارند. چنانچه در صحیح ابن ابی یعفور^۱ از امام صادق (ع) درباره سهم الارث زوجه از زمین زوج روایت است که؛ «از امام صادق (ع) پرسیدم: آیا مرد از خاک خانه یا زمین همسرش چیزی ارث می‌برد یا مرد نیز همچون زن از خانه و زمین ارث نمی‌برد؟ امام (ع) فرمودند: مرد از ماترک زن و زن از هم ما ترک مرد ارث می‌برد»^۲. ابن جنید اسکافی نیز بر پایه همین خبر، نظر می‌دهد که زوجه از تمام ترکه زوج ارث می‌برد^۳. علاوه بر این روایات و نظرات مخالفی نیز وجود دارد، مبنی بر این که زوجه از عین و قیمت اراضی مسکونی، هیچ ارثی نمی‌برد، اما از عین دیگر زمین‌ها و از قیمت ابزار و مصالح ساختمانی ارث می‌برد^۴. سید مرتضی نیز در کتاب «الانتصار»، برای جمع بین اخبار، زن را از تملک عین زمین محروم و از قیمت آن بهره‌مند می‌داند. البته در میان فقها نظرات دیگری نیز وجود دارد که یکسان نیستند و اختلاف بین علما مشهود است^۵.

شاید فلسفه نظریه محرومیت زوجه از ارث بردن زمین زوج و عدم شراکت او با سایر ورثه به - خاطر این باشد که امکان دارد زن، پس از فوت شوهر خود، ازدواج مجدد کند و همسر دوم را در زندگی خانواده شوهر سابق، وارد نماید و اختلافات خانوادگی را به دنبال داشته باشد، که این اختلاف و دشمنی با افراز یا فروش مال غیرمنقول هم برطرف نشود، از این رو بهتر است حقوق آن‌ها از قبل تفکیک شود. به عقیده برخی فقها و حقوقدانان ممکن است این مسأله منشأ تاریخی عمیقی بدین صورت داشته که در دوران گذشته، چون هنوز مرکزیت خانواده متزلزل نشده بود، زن پس از فوت شوهر از خانواده خارج می‌شده و به خانواده اصلی خود، باز می‌گردیده و از اعضای آن به شمار می‌رفته است و از سوی دیگر، اموال غیرمنقول به‌خصوص اراضی، مانند افراد، بقای خانواده را تضمین می‌کرده و متعلق به رئیس یا خانواده بوده است، به همین خاطر سهمی به آن زن داده نمی‌-

۱. عاملی، حرّ، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۶، ص ۲۱۳.

۲. «سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ هَلْ يَرِثُ مِنْ دَارِ إِمْرَأَتِهِ أَوْ أَرْضِهَا مِنْ الثَّرْبَةِ شَيْئًا، أَوْ يَكُونُ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمَرْأَةِ فَلَا يَرِثُ مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا؟ فَقَالَ: يَرِثُهَا وَ تَرِثُهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ تَرَكَ وَ تَرَكَتْ».

۳. وزیري فرد، محمدجواد، فرقانی، زینب، مقاله سهم‌الارث زن از اموال شوهر، ص ۱۰.

۴. مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۲۳۷.

۵. وزیري فرد، محمدجواد، فرقانی، زینب، مقاله سهم‌الارث زن از اموال شوهر، ص ۱۲.

شود^۱. البته مسلم است، این امور با موقعیت فعلی زن در جامعه، منسوخ شده است. با این حال به کنکاش بیشتری در منابع فقهی می‌پردازیم تا بحث را از زاویه دید فقها بنگریم.

گفتار اول: کتاب

با بررسی آیات قرآن ناظر بر سهم الارث زوجه، از طریق ظاهر ادله لفظی (اطلاق وعمومات)، به استحقاق زوجه از اموال غیرمنقول و ارث‌بری او از یک چهارم یا یک هشتم تمام ترکه زوج، پی می‌بریم؛

آیه ۷ سوره نساء: «لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا»^۲ و آیه ۱۲ سوره نساء: «... وَ لَهِنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ...»^۳.

اکثر فقها در تبیین و تفسیر آیات فوق معتقدند که این آیات بر ارث‌بری زوجین از یکدیگر مطابق نصیب تعیین شده توسط خداوند متعال دلالت دارد و از طرفی متعلق ارث در این‌جا نیز هیچگونه تحدیدی ندارد، مگر مواردی که از طریق ادله خاص، از این اطلاقات مستثنی شده باشد^۴.

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۳، چاپ شانزدهم، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۷، ص ۳۲۱.

۲. «برای مردان سهمی از ترکه ابووین و خویشان است و برای زنان نیز سهمی از ترکه ابوین و خویشان است، چه مال اندک باشد یا بسیار، نصیب هرکس از آن معین گردیده است».

۳. «سهم ارث زنان ربع ترکه شما مردان است در صورتی که فرزندی نداشته باشید و چنانچه فرزند داشته باشید، از ترکه شما یک هشتم خواهد بود».

۴. ر.ک: سبحانی تبریزی، جعفر، الإنصاف فی مسائل دام فیها الخلاف، ج ۲، چاپ اول، مؤسسه امام صادق(ع)، قم، ایران، ۱۴۲۳ هـ.ق، ص ۲۲۱.

گفتار دوم: سنت

علی رغم عبارات و ظاهر آیات، مجموعه‌ای از روایات دلالت بر محرومیت زوجه از ارث‌بری از اموال غیرمنقول زوج دارد، که البته تنها برخی از این روایات صحیح و قابل استناد می‌باشند؛

روایاتی که ظاهرشان دلالت بر محرومیت زوجه از ارث‌بری از اموال غیرمنقول و مطلق عرصه زوج دارد، بدون این که متعرض کیفیت ارث او از عین ساختمان شده باشد؛ شیخ کلینی از علی‌بن ابراهیم از پدرش، از محمدبن عیسی، از یونس، از محمدبن حرمان، از زراره، از محمدبن مسلم، از امام محمد باقر(ع) نقل کرده است؛ «النِّسَاءُ لَا يَرِثْنَ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا مِنَ الْعِقَارِ شَيْئاً: زنان از زمین و از اموال غیرمنقول هیچ ارثی نمی‌برند»^۱.

روایاتی که ظاهر آنها دلالت بر محرومیت زوجه از ارث بری از اموال غیرمنقول زوج دارد ولی زوجه از عین بنا ارث می‌برد. شیخ طوسی در «النهایه» از حسن بن محمدبن سماعه، از محمدبن زیاد، از محمدبن حرمان، از محمدبن مسلم، از زراره، از امام محمد باقر(ع) نقل می‌کند: «أَنَّ النَّسَاءَ لَا يَرِثْنَ مِنَ الدُّورِ وَلَا مِنَ الضِّيَاعِ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدٌ بِنَاءً فَيَرِثَنَّ ذَلِكَ الْبِنَاءَ: زنان از خانه‌ها و اراضی کشاورزی هیچ ارثی نمی‌برند، مگر آن که ساختمانی احداث شده باشد، که در این صورت از ساختمان ارث می‌برند»^۲. در این جا ظاهر عبارت «فَيَرِثَنَّ ذَلِكَ الْبِنَاءَ»، بیانگر این است که زوجه از عین ساختمان هم ارث می‌برد، نه فقط از قیمت آن.

روایاتی که دلالت بر تفصیل و تجمیع در اخبار و نظرات مربوط به حق ارث زوجه نسبت به اموال غیرمنقول زوج دارند. براساس این روایات، زوجه از خانه‌ها، عقار و زمین‌های زوج ارث نمی‌برد ولیکن از قیمت ساختمان، آلات و ادوات ساختمانی ارث می‌برد. در ضمن اکثر روایات نیز در این

^۱. کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، ص ۱۱۲.

^۲. طوسی، ابو جعفر محمدبن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، دار الکتب العربی، بیروت، لبنان، ۱۴۰۰ هـ.ق، ص ۶۴۲.

دایره جای می‌گیرند؛^۱ شیخ طوسی از احمد بن محمد، از حسن بن محبوب، از علی بن رئاب، از زراره و خطاب ابن ابی محمد همدانی، از طربال بن رجا، از امام محمد صادق (ع) روایت کرده است: «أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَرِثُ مِمَّا تَرَكَ زَوْجُهَا مِنَ الْقُرَى وَالدُّورِ وَالسَّلَاحِ وَالدَّوَابِّ شَيْئاً وَتَرِثُ مِنَ الْمَالِ وَالْفُرُشِ وَالثِّيَابِ وَمَتَاعِ الْبَيْتِ مِمَّا تَرَكَ وَ يَقَوْمُ النَّقْضِ وَ الْأَبْوَابِ وَ الْجَدْوَعِ وَ الْقَصَبِ فَتُعْطَى حَقَّهَا مِنْهُ: زن از قریه‌ها و خانه‌ها و سلاح‌ها و چهار پایان شوهرش هیچ ارثی نمی‌برد، و از مال و فرش‌ها و لباس‌ها و اثاث خانه ارث می‌برد. مصالح ساختمانی و درب‌ها و چوب‌ها و حصیرها تقویم شده و حق او از آن‌ها داده می‌شود».^۲

گفتار سوم: اجماع

همان‌طور که می‌دانیم اجماع عبارت است از؛ اتفاق نظر مجتهدان جهان اسلام از صدر اسلام تا زمان حال، در تمام نقاط جهان، در یک مسأله فقهی و یا حقوقی که کاشف از نظر امام معصوم (ع) باشد.^۳ لازم به ذکر است که با توجه به مطالبی که تا بدین جا ذکر شد، تنوع و تفاوت محتوایی و حکمی دیدگاه‌های فقها و روایات منقول از ائمه (ع) در باب ارث زوجه از اموال غیر منقول زوج، به حدی است که نمی‌توان قائل به وجود اجماع در این مورد شد، بنابراین این مورد منتفی است.

مبحث دوم: سهم الارث زوجه در نظام حقوقی ایران

با درک مطالب مزبور به بررسی کیفیت و کمیت سهم الارث زوجه از اموال زوج در قوانین ایران می‌پردازیم، که در ذیل آن به تأثیرپذیری این موضوع از تحولات مختلف جامعه، تحت تأثیر عرف و

۱. رک: ایمان نژاد، محمد، بررسی فقهی و حقوقی میراث زوجه از عقار و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی، اولین همایش ملی آینده پژوهی، علوم انسانی و امنیت اجتماعی، لرستان، دفتر تحقیقات کاربردی فرماندهی انتظامی استان لرستان، موسسه عدالت گستر بارکه افلاک، ۱۳۹۵، مراجعه در تاریخ ۱۳۹۸/۶/۹، www.civilica.com.

۲. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، محقق/ مصحح: سید محمد تقی کشفی، ج ۴، چاپ چهارم، المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة، ایران، تهران، ۱۳۸۷ هـ.ق، ص ۱۲۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، صص ۱۱ تا ۱۳.

عادات اجتماعی اشاره خواهد شد. لذا ناچاراً لازم است به دیدگاه‌های حقوقدانان و تاریخچه قوانین ایران در این زمینه نیز توجه داشته باشیم.

اکثر حقوقدانان، متفقاً فقه امامیه را تاریخ و منبع نظام حقوقی ایران قلمداد می‌کنند و بسیاری از قواعد و قوانین را نشأت گرفته از فقه پویای شیعه می‌دانند، که با تغییراتی متناسب با شرایط مکانی و زمانی جامعه، با تصویب مجلس شورای اسلامی و سایر ساز و کارهای قانونگذاری، در قالب قوانین موضوعه متبلور شده‌اند. از سویی در حالت کلی میان حقوقدانان دو دیدگاه تأییدی و انتقادی نسبت به حق ارث زن از اموال غیرمنقول زوج وجود دارد. از سوی دیگر عدم استحقاق زوج از اموال غیرمنقول زوج، مطابق قانون مدنی، ناعادلانه به نظر می‌رسید. به همین دلیل اکثر حقوقدانان همواره از آن مقررہ نقد می‌کردند؛ زیرا با توجه به تحولات اقتصادی و فرهنگی جامعه و تغییر شرایط و مقتضیات زندگی در جوامع امروزی، این محرومیت را متناسب با روح عدالت ندانسته و همواره خواهان اصلاح این قبیل احکام و قوانین بودند. برخی از این دسته از حقوقدانان معتقدند؛ این محرومیت زن ریشه در فرهنگ قدما دارد و مبتنی بر آداب و رسوم قومی و قبیله‌ای عرب بوده است. در واقع زنی که از قبیله‌ای به قبیله دیگر به عنوان عروس برده می‌شد، پس از مرگ شوهر باید به قوم و قبیله خود باز می‌گشت و این بازگشت با ارث بردن زن از اموال غیرمنقول شوهر منافات داشت و از طرفی چه بسا این تملک موجب تسلط قوم و قبیله زن بر قوم و قبیله شوهر می‌گشت. همچنین اگر زن ازدواج مجدد نماید و مرد بیگانه را به خانه شوهر متوفی وارد کند، مسلماً بر خانواده شوهر متوفی دشوار خواهد بود. از طرفی در گذشته زمین بدون اعیانی، آب و درخت ارزش چندانی نداشت و با توجه به قلت جمعیت و وسعت زمین، به تنهایی ارزش اقتصادی بر آن مترتب نبود. اما امروزه با توجه به رشد جمعیت و کمبود زمین، معادلات عوض شده‌اند و زمین به تنهایی ارزش فراوانی یافته است و این عادلانه نیست که زوج از این میراث گرانبها بی‌نصیب باشد.^۱

۱. ر.ک: ایمان نژاد، محمد، بررسی فقهی و حقوقی میراث زوج از عمار و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی، ص ۵.

اندیشه و استنباط فقها در طول تاریخ تشیع و اجتهاد مورد تکریم بوده است و در واقع سرمایه فرهنگی و مذهبی شیعیان و مسلمانان محسوب می‌شود، لذا امت شیعه خود را پایبند این تفکرات می‌داند. اما این وفاداری و اعتقاد مانع اجتهاد نو و فتاوی جدید نمی‌باشد. همان‌طور که حضرت امام خمینی (ره) می‌فرماید: «اینجانب معتقد به فقه سنتی و اجتهاد جواهری هستم و تخلف از آن را جایز نمی‌دانم، اجتهاد به همان سبک صحیح است ولی این بدان معنا نیست که فقه اسلام پویا نیست. زمان و مکان دو عنصر تعیین کننده در اجتهادند»^۱. دکتر کاتوزیان نیز در این خصوص معتقد است: «در مسأله ارث زن، قدرت و اعتبار سنت‌ها و ارزش والایی که موازین اسلامی دارد را نباید از یاد برد. احکام ارث قانون مدنی از یادگارهای فقه امامیه است و در پرتو قواعد اسلامی، ریشه آن احترام فراوان دارد و همین اعتبار و احترام مرز نوگرایی و عدالت خواهی را فشرده می‌کند. بنابراین حقوقدان در جستجوی عدالت آزاد نیست و آرمان‌های او باید در درون نظام حقوقی اسلام صورت پذیرد. قواعد مربوط به ارث زن چنان صریح است که رویه قضایی و اندیشه‌های حقوقی توان ایجاد تحول در این زمینه را ندارد. پس ناچاراً باید از قانونگذار خواست که به ضرورت‌ها پاسخ گوید، در این صورت قانونگذار نیز نمی‌تواند از حدود تجاوز کند. لذا هر پیشنهاد اصلاحی نیز باید در مرحله نخست راهی نشان دهد که مقصود را در درون نظام حقوقی اسلام قابل تحقق سازد»^۲.

لذا با توجه به تفکرات بزرگان در این زمینه، امکان اصلاح و تحول احکام در خصوص سهم الارث زوجه از اموال غیرمنقول زوج در حقوق کنونی را با عنایت به سیر تاریخی قوانین مربوط به آن بررسی می‌کنیم.

^۱. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ص ۲۵۱.

^۲. کاتوزیان ناصر، فلسفه حقوق، ص ۳۰۲.

گفتار اول: تحولات قوانین تا سال ۱۳۸۷

براساس نظر فقهی پذیرفته شده تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷، تا سال ۱۳۸۷ احکام ناظر بر ارث زوجه از اموال زوج در مواد ۹۴۶ تا ۹۴۹ قانون مدنی به شرح ذیل گنجانده شده بود؛

«ماده ۹۴۶ مصوب ۱۳۰۷: زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد لیکن زوجه از اموال ذیل: ۱. از اموال منقوله از هر قبیل که باشد. ۲. از ابنیه و اشجار.

ماده ۹۴۷ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: زوجه از قیمت ابنیه و اشجار ارث می‌برد و نه از عین آن‌ها و طریقه تقویم آن است که ابنیه و اشجار با فرض استحقاق بقا در زمین بدون اجرت تقویم می‌گردد.

ماده ۹۴۸ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: هرگاه در مورد ماده قبل ورثه از ادا قیمت ابنیه و اشجار امتناع کند، زن می‌تواند حق خود را از عین آن‌ها استیفا نماید.

ماده ۹۴۹ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷: در صورت نبود هیچ وارث دیگری به غیر از زوج یا زوجه، شوهر تمام ترکه زن متوفی خود را ارث می‌برد. لیکن زن فقط نصیب خود را و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث و تابع ماده ۸۶۶ خواهد بود»^۲.

در نتیجه براساس مفاد این مواد، زوجه از ارث‌بری زمین و عرصه زوج اعم از زمین زراعی و مسکونی محروم ماند.

^۱. ر.ک: ایمان نژاد، محمد، بررسی فقهی و حقوقی میراث زوجه از عمار و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی، ص ۷.

^۲. مجموعه قوانین اساسی و مدنی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، صص ۳۴۳ تا ۳۴۸.

گفتار دوم: تحولات قوانین از سال ۱۳۸۷ به بعد

حسب اقتضائات جامعه و انتقادات حقوقدانان نسبت به محرومیت زوجه از ارث‌بری عرصه و از سویی تأکید قانون اساسی بر مسأله دفاع و احیای حقوق زنان بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ایران، سرانجام فراکسیون زنان مجلس شورای اسلامی در دوره ششم، اجلاس چهارم ۱۳۸۳، طرح اصلاح مواد ۹۴۶ تا ۹۴۹ ق.م.را در قالب ماده واحده تدوین و به شرح ذیل در جریان مراحل تصویب قرار داد؛

«ماده واحده: مواد ۹۴۶ تا ۹۴۹ ق.م.مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ به شرح زیر اصلاح و مواد ۹۴۷ و ۹۴۸ آن حذف می‌گردد:

ماده ۹۴۶: زوجین از تمام اموال یکدیگر ارث می‌برند.

ماده ۹۴۷: حذف می‌شود.

ماده ۹۴۸: حذف می‌شود.

ماده ۹۴۹: در صورت نبودن هیچ وارث دیگری به غیر از زوج یا زوجه، هر کدام تمام ماترک همسر متوفی خود را ارث می‌برد».

طرح پیشنهادی فوق در جلسه علنی روز دوشنبه بیست و یکم اردیبهشت ماه سال ۱۳۸۳ مطرح و نمایندگان موافق و مخالف به بیان دیدگاه‌های خود پرداختند. این طرح با مخالفت و اصلاحیه تعدادی از نمایندگان همراه شد لیکن در آخر با موافقت اکثریت اعضا تصویب گردید. اما در ادامه مراحل شورای نگهبان با این طرح مخالفت کرد و ادامه پیگیری به دوره‌های بعدی مجلس شورای اسلامی

۱. ر.ک: ایمان نژاد، محمد، بررسی فقهی و حقوقی میراث زوجه از عتار و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی، ص ۸.

مؤکول شد. مجلس هفتم در بیست و هفتم آذر ماه سال ۱۳۸۶، طرح اصلاح مواد ۹۴۶، ۹۴۷ و ۹۴۸ ق.م.مصوب ۱۳۰۷ را با قید دو فوریت اعلام وصول نمود، که در این جلسه پس از صحبت نمایندگان موافق و مخالف و اشاره به فتوای مقام معظم رهبری مبنی بر جواز ارث زوجه از قیمت عرصه و زمین^۱ و همچنین تأکید بر وجود نظریات چندگانه فقهی و لزوم بحث و بررسی تخصصی و کارشناسی در کمیسیون، نمایندگان مجلس با دو فوریت طرح مخالفت نموده سرانجام یک فوریت آن به تصویب رسید. طرح مزبور پس از رسیدگی در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس سرانجام در مجلس هشتم به تصویب رسید. لیکن شورای نگهبان برای رفع برخی اشکالات حقوقی و قانونی آن را به مجلس شورای اسلامی ارجاع داد و متعاقب آن مجلس شورای اسلامی در جلسه شصتم، مورخ ششم بهمن ماه سال ۱۳۸۷ ه.ش موضوع تصویب اصلاحات کمیسیون حقوقی و قضایی را برای تأمین نظر شورای نگهبان، در دستور کار خود قرار داد و پس از یک دوره فراز و نشیب پنج ساله، طرح مذکور به شرح زیر توسط مجلس شورای اسلامی تصویب شد و با توجه به عدم اظهار نظر شورای نگهبان در موعد مقرر قانونی، لازم‌الاجرا گردید.^۲

قانون اصلاح موادی از قانون مدنی ۱۳۸۷/۱۲/۱۱ شماره ۷/۷۰۷۲۶؛

۱. ر.ک: فتوای جدید رهبر انقلاب در باب سهم الارث زنان: «احتراماً پیرو بیانات حضرتعالی در دیدار با جمع کثیری از بانوان نخبه در روز ولادت زهرا (س) درخصوص «ارث زوجه» مستدعی است به سوالات ذیل پاسخ فرمایند تا زمینه اصلاح مقررات مرتبط فراهم آید؛ ۱. نظر مبارک را نسبت به میراث زوجه از اموال غیرمنقول زوج مرقوم بفرمایند. پاسخ: بسمه‌تعالی؛ زن در صورت فرزنددار بودن شوهر، یک‌هشتم از عین اموال منقول و یک‌هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد و در صورت نداشتن فرزند حتی از همسر دیگر سهم او یک‌چهارم می‌باشد. ۲. اگر ورثه از ادای قیمت اموال غیرمنقول به زن امتناع نمایند، در اینجا حکم مورد مذکور چیست؟ پاسخ: بسمه‌تعالی؛ امتناع آن‌ها تاثیری در حکم مسأله ندارد. ۳. در صورتی که غیر از زوجه وارثی برای زوج نباشد، نظر معظم له نسبت به احتساب سهم الارث زوجه چیست؟ در فرض بالا در صورت ضیق معیشت زوجه، سهم الارث وی چه حکمی دارد؟ پاسخ: بسمه‌تعالی؛ در فرض مرقوم، یک‌چهارم از اموال براساس پاسخ اول، ارث زوجه بوده و بقیه آن در صورت فقدان وارثی از طبقات سه‌گانه ارث، متعلق به حاکم شرع است. ۴. در باب ارث زوجه از قیمت زمین دو فتوا بین فقهای عظام وجود دارد و شنیده‌ایم که نظر مبارک حضرتعالی این است که زوجه از قیمت زمین ارث می‌برد. خواهشمند است بفرمایید آیا در این مسأله بین این که زوجه از میت صاحب فرزند باشد یا خیر تفاوتی وجود دارد؟ پاسخ: بسمه‌تعالی؛ زوجه خواه دارای فرزند از شوهرش باشد یا نباشد از قیمت زمین خواه زمین خانه یا مغازه یا زمین باغ یا مزرعه باشد ارث می‌برد. ۵. اگر از میت منزلی به جا مانده باشد و ورثه‌ای جز زوجه و فرزند نداشته باشد، آیا زوجه از زمین و ساختمان، هر دو ارث می‌برد؟ پاسخ: بسمه‌تعالی؛ در فرض سوال، زوجه فقط از قیمت زمین و قیمت ساختمان روی آن حق ارث دارد و از عین زمین ارث نمی‌برد». ر.ک: www.fardanews.com.

۲. ر.ک: ایمان نژاد، محمد، بررسی فقهی و حقوقی میراث زوجه از عقار و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی، ص ۱۱.

«ماده واحده: مواد ۹۴۶ و ۹۴۸ ق.م.مصوب ۱۳۰۷/۲/۱۸ به شرح زیر اصلاح و ماده ۹۴۷ آن نیز حذف می‌گردد؛

ماده ۹۴۶: زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج، یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد.

ماده ۹۴۸: هرگاه ورثه از ادای قیمت امتناع کنند زن می‌تواند حق خود را از عین اموال استیفاء کند».

این اصلاحات و اجرای آن گامی جدید و رو به جلو برای نظام حقوقی زنان در ایران محسوب می‌شود و در نتیجه این که براساس عمومات و اطلاعات احکام راجع به میراث زوجه در قرآن کریم، تفاوتی در کمیت و کیفیت میراث زن و شوهر از یکدیگر وجود ندارد، به جز موارد مصرح، اما با توجه به کثرت و تنوع محتوایی اخبار و روایات در مورد سهم الارث زوجه از عقار و نقش اجتهاد در فقه تفاوت دیدگاه‌ها میان علما مشهود است که این اختلافات ناشی از استنباط احکام شرعی از روایات منقوله از ائمه معصومین (ع) می‌باشد. در واقع تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران در آن زمان، یکی از اقوال فقهای امامیه در زمینه ارث زوجه از عقار را با توجه به مقتضیات زمان خود و عرف حاکم بر جامعه و توجیهاات مقتضی مبنای عمل قرار دادند. لذا براساس همان تفکر، زوجه در حالی که از کلیه اموال منقول و قیمت ابنیه و اشجار براساس نصیب خود ارث می‌برده، از اصل زمین و عرصه اعم از زمین‌باغ، زمین کشاورزی، زمین خانه، مغازه و مستحدثات محروم گردیده بود؛ درحالی که این موضوع با توجه به جامعه امروزی بسیاری از زنان را دچار مشکل می‌کرده، بالاخره در سال ۱۳۸۷ با استفاده از فتوای رهبر انقلاب و با توجه به اقتضانات جامعه، مجلس شورای اسلامی نسبت

۱. همان، ص ۱۳.

به اصلاح احکام ناظر بر ارث زوجه از عقار اقدام نمود و در شرایط فعلی زوجه در صورت فرزنددار بودن زوج، یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد و در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد، سهم زوجه نیز یک چهارم از اموال زوج به ترتیب فوق خواهد بود.^۱

فصل چهارم: اجرت‌المثل ایام زناشویی

در طول تاریخ حقوق موضوعه ایران، سه ماده قانونی درخصوص اجرت‌المثل زوجه مقرر شدند، که عبارتند از: تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق^۲، تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ ق.م. و ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده^۳ که در ادامه در مورد آن‌ها بیشتر خواهیم گفت.

با تصویب ماده ۲۹ قانون جدید حمایت خانواده و مطابق بند ۸ ماده ۵۸ آن^۴، بند الف تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق که در مورد اجرت‌المثل زن بود، نسخ گردید. در ضمن ماده ۲۹ ق.ح.خ، موضوع اجرت‌المثل زوجه را به تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ ق.م. ارجاع داده که عبارت است از: «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج، تکلیف جهیزیه، مهریه و نفقه زوجه، اطفال و حمل را معین و همچنین اجرت‌المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی تعیین و در مورد چگونگی حضانت و نگهداری اطفال و نحوه پرداخت هزینه‌های حضانت و نگهداری تصمیم مقتضی اتخاذ می‌کند. همچنین دادگاه باید با توجه به وابستگی عاطفی و مصلحت طفل، ترتیب، زمان و مکان ملاقات وی با پدر و مادر و سایر وابستگان را تعیین کند. ثبت طلاق موکول به تأدیه حقوق مالی زوجه است. طلاق در صورت رضایت زوجه یا صدور حکم قطعی دایر بر اعسار زوج یا تقسیط محکوم‌به نیز ثبت می‌شود. در هر حال،

۱. ماده ۹۴۶ ق.م.

۲. ر.ک: زاهدی، عاطفه، مجموعه قوانین و مقررات ازدواج و طلاق و امور حسبی، ص ۸۸.

۳. ر.ک: مجموعه قوانین اساسی و مدنی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ص ۲۰۱.

۴. ر.ک: منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مربوط به خانواده، چاپ سی‌وسوم، نشر دوران، تهران، ۱۳۹۶، ص ۱۶۱.

۵. ر.ک: منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۱۷۲.

هرگاه زن بدون دریافت حقوق مذکور به ثبت طلاق رضایت دهد می‌تواند پس از ثبت طلاق برای دریافت این حقوق از طریق اجرای احکام دادگستری مطابق مقررات مربوط اقدام کند^۱. لذا اساساً بحث اصلی ما بر محور آن تبصره می‌چرخد و در قالب آن مصوبه، تأثیر عرف و کارکرد آن را در مورد اجرت‌المثل در قانون تبیین خواهیم کرد.

مبحث اول: مفهوم اجرت‌المثل

در فقه و حقوق تعاریف مختلفی از این مفهوم ارائه شده است، برخلاف قانون که تعریفی از آن نکرده است. به هر حال تمام تعاریف یک منظور را می‌رسانند و تنها بیانی متفاوت دارند. برای مثال شیخ انصاری معتقد است: «اجرت مشخص و مضبوط در نزد خبره را اجرت‌المثل نامند»^۲. در میان حقوقدانان نیز دکتر امامی بیان می‌کند: «عوض منافع در مقابل استیفای منافع بدون آن که مورد عقد قرار گیرد را اجرت‌المثل گویند»^۳.

در یک تعریف کلی این‌گونه می‌توان بیان کرد؛ اگر کسی از مال یا عمل دیگری منتفع گردد، ولی برای آن انتفاع مال الاجاره‌ای معین نگردد، برای این مدت انتفاع باید براساس وضعیت عامل، نوع کار و شرایط زمان و مکان اجرتی تعیین شود که آن را اجرت‌المثل می‌نامیم، که در واقع تعیین میزان آن نیز مطابق نظر عرف و اهل خبره خواهد بود. لذا اجرت‌المثل زوجه نیز از مصادیق همین تعریف است و به دلیل اشتراکات میان آن‌ها به بیان کلی مبانی فقهی و حقوقی اجرت‌المثل بسنده می‌شود.

۱. همان، ص ۱۶۱.

۲. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، ج ۲، ص ۲۳۴.

۳. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۷۳.

مبحث دوم: اجرت‌المثل در منابع فقهی

برخی از فقها براساس قاعده احترام به عمل انسان، بنای عقلا و روایات ائمه معصومین(ع)، حجیت شرعی اجرت‌المثل را اثبات می‌کنند. از مهم‌ترین دلایلی که در این موضوع به آن استناد می‌کنند، روایتی است منقول از پیامبر اکرم(ص) که عبارت است از: «حُرْمَةُ مَالِهِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ»؛ طبق این روایت در حق مسلمان و مال او نمی‌توان تصرف مجانی کرد، در واقع احترام به مال و عمل مسلمان ایجاب می‌کند که شخص منتفع اجرت آن را بپردازد^۱ و البته که فعالیت زوجه و اجرت‌المثل آن فعالیت در مواردی معین از همین مقوله است.

از نظر برخی از علما این یک قاعده امضایی در اسلام می‌باشد و احترام به مال غیر را یک قاعده کلی و عقلایی می‌دانند که شامل مسلمان و غیر مسلمان می‌شود و این احترام از تسلط بر اموال و منافع آن ناشی می‌شود، به طوری که کسی بدون اجازه مالک حق مزاحمت و دخالت در اموال دیگری را ندارد و در غیر این صورت اگر دخالت یا مزاحمت یا هر نوع انتفاعی حاصل شود باید خسارت یا مزد مورد نظر پرداخت شود. از آنجایی که عمل انسان نیز دارای ارزش اقتصادی است، مانند سایر اموال مالیت دارد و باید ارزش مورد نظر آن نیز براساس معیارهای مشخص پرداخت شود^۲. فقها در ازمنه مختلف در کتب فقهی مبنای شرعی اجرت‌المثل را بحث «قاعده لاضرر»^۳، «تلف»^۴، «احترام به عمل مسلمان»^۵ و غیره می‌دانند.

۱. ر.ک: کلینی، محمدبن یعقوب، الاصول من الکافی، ج ۲، ص ۳۶۰.

۲. ر.ک: مرادی، خدیجه، قاسم‌زاده، عاتکه، مقاله «اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران با نظر به قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱»،

فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل‌هفتم، شماره دوم، ۱۳۹۴.ش، ص ۳۰۴.

۳. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۴، ص ۵۱۴.

۴. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن، المبسوط، ج ۸، ص ۲۶۳.

۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، ص ۳۳۵.

در هر حال قانون مدنی در ماده ۳۳۶ مقرر داشت: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهبیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر این که معلوم شود که قصد تبرع داشته است»^۱.

مبحث سوم: تعلق اجرت‌المثل به زوجه

با عنایت به هدف کلی این مقاله که بررسی تأثیر عرف بر قوانین حوزه اجرت‌المثل ایام زوجیت زوجه است، لازم است از مسائل بی‌ربط در این خصوص بگذریم و به بحث اصلی که مربوط به حوزه عرف و قانون است بپردازیم. لذا برای تشخیص شرایط تعلق اجرت‌المثل به زوجه، دو ماده قانونی شامل ماده ۲۹ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱^۲ و تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ ق.م.ا.ج. را بررسی می‌کنیم. تبصره ۶ ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق نیز نسخ شده است و متن این تبصره که در تاریخ ۱۳۷۱/۸/۲۸ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید، عبارت است از: «پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق‌الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق تصالح نسبت به خواسته زوجه اقدام می‌نماید و در صورت عدم امکان تصالح، چنانچه ضمن عقد خارج لازم، در خصوص امور مالی شرط شده باشد، طبق آن عمل می‌شود، در غیر این صورت، هرگاه طلاق به درخواست زوجه نباشد و نیز تقاضای طلاق، ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوءاخلاق و رفتار وی نباشد؛ به ترتیب زیر عمل می‌شود: الف. چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید. ب. در غیر مورد بند الف، با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که

۱. مجموعه قوانین اساسی و مدنی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، صص ۲۰۰ و ۲۰۱.

۲. «دادگاه ضمن رأی خود با توجه به شروط ضمن عقد و مندرجات سند ازدواج ... و همچنین اجرت‌المثل ایام زوجیت طرفین مطابق تبصره ماده ۳۳۶ قانون مدنی تعیین و ...».

۳. «چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید».

زن در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش یا نحله برای زوج تعیین می‌کند»^۱.

لازم به ذکر است که قانون حمایت خانواده، تعیین اجرت‌المثل زوج را به تبصره الحاقی ماده ۳۳۶ قانون مدنی ارجاع داده؛ بنابراین بهتر است به آن بیشتر توجه کنیم. تبصره الحاقی مقرر می‌دارد: «چنانچه زوج کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده و عرفاً برای آن کار اجرت‌المثل باشد، به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید». طبق این تبصره شرایط تعلق را شامل موارد ذیل می‌دانیم؛

الف) الزام زوج

مطابق مواد ۳۳۶ ق.م.ا و ۳۳۷ ق.م.ا، زوج هنگامی مستحق اجرت‌المثل فعالیت‌های خود در منزل زوج است که طبق دستور زوج ملزم به انجام آن شده باشد و این الزام نیز ممکن است صراحتاً یا این‌که به صورت ضمنی از زوج درخواست شده باشد.^۴

ب) عدم قصد تبرع

دومین شرط، عدم وجود قصد تبرع در هنگام انجام عمل است. در حالت کلی اصل بر عدم تبرع می‌باشد. بنابراین ادعای انجام عمل مجانی برخلاف اصل می‌باشد و براساس قاعده «الْبَيْتَةُ عَلَى

۱. مرکز مشارکت امور زنان ریاست جمهوری، مجموعه قوانین و مقررات ویژه زنان، چاپ دوم، برگ زیتون، تهران، ۱۳۷۹، ص ۷۹.
۲. ماده ۳۳۶: «هرگاه کسی بر حسب امر دیگری اقدام به عملی نماید که عرفاً برای آن عمل اجرتی بوده و یا آن شخص عادتاً مهیای آن عمل باشد عامل مستحق اجرت عمل خود خواهد بود مگر این‌که معلوم شود که قصد تبرع داشته است».
۳. ماده ۳۳۷: «هرگاه کسی برحسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء منفعت کند صاحب مال مستحق اجرت‌المثل خواهد بود مگر این‌که معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است».
۴. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، صص ۲۸۸ و ۲۸۹.

المُدَّعِي وَ الِیْمینُ عَلٰی مَنْ اَنْکَرَ^۱؛ کسی که مدعی مجانی بودن عمل انجام گرفته است باید ادعای خود را اثبات کند.^۲ اما باید توجه داشت که اساس زندگی خانواده‌های ایرانی بر محبت و بردباری بنا نهاده شده است و قریب به اتفاق تمام مادران و همسران این سرزمین جهت خوشبختی خانواده خود و رضای خدا بسیاری از اعمال را در محیط خانواده انجام می‌دهند، پس ظاهر حکم می‌کند که آن‌ها تبرعاً اکثر فعالیت‌ها را انجام می‌دهند و نه با اهداف مالی و داوری عرف نیز این مورد را تأیید می‌کند.^۳ به عقیده علمای اصول، در تعارض اصل و ظاهر، ظاهر مقدم می‌شود؛ از این جهت که ظاهر را یک اماره ظن‌آور دانسته و آن را در ردیف دلایل ذکر می‌کنند، در صورتی که اصل، دلیل نیست و توان اثبات متعلق خود را حتی به صورت ظنی هم ندارد و کاربرد اصل در جایی است که دلیلی وجود ندارد و با وجود دلیل نوبت به اصل عملی نمی‌رسد.^۴ به نظر می‌آید که تقدم ظاهر بر اصل، کلیت ندارد.^۵ برخی در مورد اشکال فوق، پاسخ می‌دهند که ظواهر دو دسته‌اند: یک دسته ظهوراتی هستند که دلیل خاص بر حجیت آن‌ها وجود دارد، مانند: شهادت دو شاهد عادل بر ثبوت حق که به دلیل شرعی معتبر است. این ظاهر بر اصل براءت ذمه مقدم می‌شود؛ اما در دسته دیگر، دلیل خاصی بر اعتبار ظاهر وارد نشده است، مانند ظهور عرفی تبرعی بودن خدمات زوجه. در ترجیح و تقدیم این قبیل ظهورات بر اصل عملی، تردید وجود دارد. برخی از فقیهان به صراحت این تقدم را نفی کرده، معتقدند که در تقدیم ظاهر بر اصل بر مورد نص اکتفا می‌شود.^۶

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲۷، ص ۸۱.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ شانزدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۹۰، ص ۴۹۴.

۳. ر.ک: محمدی، مرتضی، مقاله «طلاق و سهم زن از زندگی مشترک»، نشریه مفید، ۱۳۸۳، شماره ۴۳.

۴. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، ج ۵، چاپ نخست، انتشارات صبح پیروزی، تهران، ۱۳۸۲ ه.ش، صص ۱۱۲ و ۱۱۳.

۵. ر.ک: نظریه اداره حقوقی دادگستری به شماره ۷/۷۰۸ به تاریخ ۱۳۹۱/۴/۱۳.

۶. جبلی العاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، ج ۵، چاپ هشتم، نشر معارف، قم، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۱۲۹.

ج) عمل مورد نظر شرعاً تکلیف زوجه نباشد

در خصوص این که چه اعمالی شرعاً وظیفه زوجه است با توجه به نظرات فقها به سه نظریه کلی اشاره می‌کنیم که عبارتند از؛ نظریه اول این که زوجه از زوج تنها در موارد استمتاعاتی که در حدود عرفی باشد باید اطاعت کند. نظریه دوم این که زوجه در هر صورت حتی برای خروج از منزل باید از زوج اذن بگیرد و نظریه سوم این که زوجه برای تصرفات در اموال زوج باید از او اذن بگیرد و از او اطاعت کند.^۱

د) عرفاً به عمل زوجه، اجرت تعلق بگیرد

اعمالی که عرفاً و عادتاً به قصد احسان یا رعایت احترام انجام می‌شود اجرتی ندارد؛ زیرا صرف نظر از عرف، ظاهر نیز نشان می‌دهد که قصد تبرع وجود داشته است. بنابراین واضح و مبرهن است که در چنین شرایطی، عرف باید داوری کند تا قصد کلی تبرع یا عدم تبرع معین شود و آن مشخص کننده مصادیق مورد نظر در خصوص قابلیت اجرت داشتن اعمال زوجه است و در این صورت مرجع، مقتضای زمان و مکان آن جامعه خواهد بود. بنابراین نظر به این که مطابق مواد ۱۱۰۲ ق.م.ا و ۱۱۰۴ ق.م.ا^۲ زوجین دارای وظایفی در قبال یکدیگر می‌باشند، مانند رعایت حسن معاشرت، معاضدت و همکاری در تربیت اولاد و وفاداری. تمکین زوجه از زوج نیز از وظایف اختصاصی زوجه است که حقوقی بر این وظیفه حاکم است و با توجه به مفاهیم عرفی واژه‌های یاد شده، وظایف مذکور حسب مکان و زمان معانی متفاوتی خواهند داشت و البته که برای این وظایف مطالبه‌ی اجرت توجیه قانونی و شرعی نخواهد داشت. ولی اعمالی که قانوناً و شرعاً بر عهده زوجه نمی‌باشد و به طور عرفی برای آن‌ها اجرت‌المثل تعیین می‌گردد؛ از جمله آشپزی، خیاطی، شیردادن به فرزند و غیره، زوجه می‌تواند

۱. جبلی العاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، ص ۳۰۸.

۲. «همین که نکاح به طور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌شود».

۳. «زوجین باید در تشدید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند».

در صورت ارسال دستور یا درخواست یا اذن زوج، در انجام امور مورد نظر، اجرت‌المثل مطالبه نماید.^۱

بنابراین در حالت کلی تشخیص این‌که چه اعمالی حسب معیارهای قانون، مشمول تعلق اجرت-المثل به فعالیت‌های زوجه می‌شود، بر عهده عرف زمان و مکان جامعه و شرایط زندگی شخص مورد نظر می‌باشد که قاضی به این مقوله در قالب حکم قضایی جامعه عمل حقوقی می‌پوشاند.

فصل پنجم: مهریه

مهریه از جمله حقوق مالی و مهم زنان است که با توجه به ویژگی‌های خاص خود نسبت به سایر حقوق زنان محل توجه بیشتری دارد زیرا دارای حساسیت‌های حقوقی و قضایی مهمی است. از طرفی بسیار تحت تأثیر عرف بوده است، بلکه در تعیین، نوع، وصف، مقدار و حدود مهریه دخالت دارد و لذا در طول تاریخ نیز تحت تأثیر تحولات فرهنگی و اجتماعی جامعه اسلامی و ایران تغییرات زیادی به خود دیده است. لازم به ذکر است که نهاد حقوقی مهر، در حقوق ایران مبتنی بر سنت و مذهب است و نظیر آن را در حقوق غربی نمی‌توان یافت.^۲

مبحث اول: مفهوم مهریه

مهریه در لغت، کابین است و آن نقد و جنسی باشد که در وقت نکاح بر ذمه مرد مقرر کنند، مالی که به واسطه وطی غیر زنايي، به عقد، مهر داده شود.^۳ در اصطلاح فقه و قانون مدنی عبارت است از

۱. ر.ک: مرادی، خدیجه، قاسم‌زاده، عاتکه، مقاله «اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران با نظر به قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱»، ص ۳۱۱.

۲. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ یازدهم، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۶۶.

۳. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، ج ۳، ص ۱۹۳۳۵.

مال (یا چیزی که قائم به مال باشد) معینی که از راه‌های متعارف زوج به زوجه به هنگام عقد نکاح می‌دهد، یا به نفع زوجه به ذمه می‌گیرد.^۱

مبحث دوم: فلسفه پرداخت مهریه

با توجه به شبهاتی که در خصوص تعلق این حق به زنان علی‌رغم افزایش بی‌رویه آن وجود دارد، ایجاب می‌کند که در مورد فلسفه آن مختصراً بحث شود. علت وجودی مهریه را از سویی پشتوانه مالی برای زن و از سوی دیگر نشانه صداقت و محبت مرد می‌دانیم، زیرا زن با توجه به ویژگی‌ها و نقش‌های خود در خانواده از لحاظ اقتصادی پشتوانه خاصی ندارد و باید عنایت داشت که در صورت طلاق زندگی او دچار مشکلات اقتصادی فراوانی خواهد شد. برخلاف مرد که دارای پشتوانه اقتصادی است و این ناشی از نقش او در خانواده و جامعه است. بنابراین مهریه می‌تواند آرامش بخش مشکلات مالی زوجه پس از طلاق باشد. از طرف دیگر آن را بخشش و هدیه نیز می‌دانیم، همان‌طور که در آیه شریفه ۴ سوره مبارکه نساء آمده است؛ «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلًا»^۲. در واقع قرآن مهریه را نشانه صداقت مرد می‌داند و این از ظاهر لفظ بر می‌آید.^۳ به عقیده ما پدید آمدن مهر نتیجه تدبیر ماهرانه‌ای است که در متن خلقت و آفرینش برای تعدیل روابط زن و مرد و پیوند آن‌ها به یکدیگر به کار رفته است.^۴ در نتیجه اسلام مهریه را اجرت بضع یا ارزش زن در قالب خرید و فروش نمی‌داند، اگرچه این حکم دارای آثار اقتصادی و اجتماعی بوده است. چه بسا در طول تاریخ به دلیل ادراک نادرست از فلسفه این حکم موجبات زحمت بسیاری از زوج‌ها نیز شده است.

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۴۲.

۲. «و مهر زنان را به عنوان هدیه‌ای از روی طیب خاطر به ایشان بدهید».

۳. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ اول، آل طه، قم، ۱۳۸۹، ص ۲۷۵.

۴. همان، ص ۲۷۱.

مبحث سوم: اقسام مهریه

مهریه بر اساس این که در زمان وقوع عقد تعیین گردد یا تعیین آن به زمانی بعد از انعقاد عقد نکاح موکول گردد، به سه نوع تقسیم می‌شود و هر کدام نیز دارای احکام و شرایط خاص خود هستند^۱ که عبارتند از:

الف) مهرالمسمی:

اگر در حین انعقاد عقد نکاح، مهریه با توافق طرفین یا نظر شخص ثالث تعیین شود در اصطلاح فقها به آن مهرالمسمی گویند. مهرالمسمی، مالی است که طبق شرایط ذیل می‌تواند عین معین، عین کلی، منفعت، حق مالی یا انجام عملی باشد. شرایط و ویژگی‌های آن عبارت است از؛ مالیت داشته باشد، قابل تملک برای شخص باشد، مالی معلوم باشد، دارای منفعت عقلایی و مشروع باشد، زوج توانایی تسلیم آن به زوجه را داشته باشد و لذا در غیر این موارد مهریه باطل است^۲.

ب) مهرالمثل:

مهریه‌ای که براساس عرف و عادت و با توجه به اوضاع و احوال زوجه از لحاظ سن، زیبایی، تحصیلات، موقعیت خانوادگی و اجتماعی و مقتضیات زمان و مکان در موارد ذیل تعیین می‌گردد، که عبارت است از؛ مهرالمسمی تعیین نشده و نزدیکی واقع شده باشد، یا شرط عدم مهر شده و نزدیکی واقع شده باشد، یا در مواردی که مهرالمسمی به نحوی از انحا باطل باشد و نزدیکی واقع شده باشد، بنابراین در این موارد پس از نزدیکی، زن مستحق مهرالمثل می‌باشد و آخر در مواردی که مهر تعیین

۱. صفیایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ص ۱۵۷.

۲. ر.ک: همان، ص ۱۵۸.

نشده و زوج پس از نزدیکی زوجه را طلاق می‌دهد.^۱ در ادامه به صورت مفصل توضیح داده می‌شود.^۲

ج) مهرالتمعه:

هرگاه در عقد نکاح مهر ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهریه، زوجه خود را طلاق دهد، زوجه مستحق مهرالتمعه است^۳ که مقدار آن حسب عرف و عادت و وضعیت اقتصادی و استطاعت مالی مرد تعیین می‌شود.^۴

مبحث چهارم: مهرالمسمی

همان‌طور که ذکر شد و قانون مدنی نیز به صراحت بیان کرده، در مواردی که حین انعقاد عقد نکاح، مهریه با توافق طرفین یا نظر شخص ثالث تعیین شود، در اصطلاح به آن مهرالمسمی گویند. در این قسمت به شناخت بیشتر این موضوع و شناسایی تأثیر عرف بر آن می‌پردازیم.

گفتار اول: مهرالمسمی در منابع فقهی

در اقوال فقها آمده است: در اسلام گرچه برای مهریه مقدار معین و مشخصی قرا داده نشده بلکه مقدار آن به توافق طرفین واگذار شده است و می‌توان هر چیز حلالی را که دارای ارزش است، کم باشد یا زیاد، جنس و کالا باشد یا پول یا منفعت یا کار و خدمت، مهریه قرار داد؛ ولی قدر مسلم آن است که زن نمی‌تواند بدون مهریه تن به ازدواج دهد و ازدواج زن بدون مهریه تنها از اختصاصات پیامبر اکرم (ص) شمرده شده است.^۵ چنانکه خداوند در قرآن کریم خطاب به ایشان می‌فرماید: «...»

۱. ر.ک: ماده ۱۱۰۰ ق.م.

۲. ر.ک: صفحه ۹۱ همین تحقیق.

۳. ر.ک: ماده ۱۰۹۳ ق.م.

۴. ر.ک: ماده ۱۰۹۴ ق.م.

۵. حر عاملی، محمدین حسن، وسائل الشیعه، باب ۲۷ از ابواب عقد النکاح، ج ۲۰، صص ۲۶۴ تا ۲۶۷.

هرگاه زن با ایمانی خود را به پیامبر ببخشد (و مهریه‌ای برای خود قائل نشود) چنانچه پیامبر بخواهد، می‌تواند با او ازدواج کند؛ ولی چنین ازدواجی تنها برای تو جایز است نه سایر مؤمنان»^۱.

از برخی روایات نیز استفاده می‌شود که مکروه است مقدار مهریه خیلی ناچیز و کمتر از ده درهم باشد که تقریباً معادل یک مثقال طلای شرعی است؛ به گونه‌ای که شباهت به اجرتی پیدا نماید که زنان بدکاره بابت زنا دریافت می‌کنند^۲.

در خصوص مقدار مهر در فقه امامیه در حالت کلی دو نظر وجود دارد؛ برخی معتقدند مقدار مهر نباید از پانصد درهم، معادل پنجاه دینار، تجاوز نماید^۳. این مقدار را اصطلاحاً مهرالسّنه نامیده‌اند به آن جهت که پیامبر اکرم (ص) تمامی همسران خویش را به همین مقدار کابین بست^۴ و نظرات مختلفی در این مورد از سوی فقها نقل شده و دسته بندی‌های مختلفی برای مقدار مهریه قائل هستند^۵ اما در اینجا به طور خلاصه در خصوص مقدار مهرالمسمّی به دو دسته کلی اشاره می‌کنیم؛ الف) گروهی که مهرالمسمّی را محدود به میزان مهرالسّنه می‌دانند. ب) گروهی که اعتقاد به جواز زیادت بر مهرالسّنه دارند و آن را محدود به مقدار خاصی نمی‌دانند^۶.

به اختصار نظرات و ادله این دو گروه را بررسی می‌کنیم:

نظریه گروه اول؛ تعیین میزان مشخص برای مهرالمسمّی: سید مرتضی علم‌الهدی معتقد به این نظر می‌باشد. از نظر او در این خصوص در میان فقهای امامیه اجماع وجود دارد^۷. در دلیل دیگری می‌آورد که «مهرالسّنه، مهری است دارای احکام شرعی و این درحالی است که بر این اجماع داریم که مهر،

۱. آیه شریفه ۳۳ سوره مبارکه احزاب.

۲. حرّ عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، باب ۱۶ از ابواب المهور، ج ۲۱، ح ۱، ص ۲۵۳.

۳. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، ص ۲۹۷.

۴. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱، ص ۴۷.

۵. سلطانی، عباسعلی، مقاله «سقف مهریه در فقه امامیه»، فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره ۱۰۶.

۶. همان، ص ۹۱.

۷. علم‌الهدی، علی‌بن حسین، الانتصار، چاپ اول، المؤتمر العالمی للامام رضا(ع)، ۱۴۱۶ ه.ق، ص ۲۸۹.

احکام خاص خود را خواهد داشت منوط به این که عقد بر آن واقع شود، اما درباره مقدار زائد بر مهرالسنة، نه اجماعی در کار است که مهر باشد و نه دلیل شرعی (نقلی) بر آن وجود دارد، پس باید مازاد را نفی کرد»^۱.

نظریه گروه دوم؛ میزان مشخصی برای مهر نمی‌شناسند و اعتقاد به اطلاق مقدار مهرالمسمی دارند: از فقهای معتقد به این نظریه می‌توان به علامه حلی اشاره کرد که در تأیید این نظریه به آیات ۴ و ۲۴ سوره نساء^۲ و آیه ۲۳۷ سوره بقره^۳ و صحیحه و شاء^۴ استناد کرده است. علامه ادعای اجماع از سوی سید مرتضی (علم الهدی) را رد کرده و بیان می‌دارد: «بر فرض اجماع را هم بپذیریم، لکن از نفی اجماع نفی سایر ادله لازم نمی‌آید و معتقد است که مهریه نوعی معاوضه است که مقدار آن تابع اختیار متعاضین است، همان طوری که در بقیه معاوضات نیز این گونه می‌باشد»^۵. علامه در ادامه بیان می‌کند: «اگر سید مرتضی به روایت مفضل بن عمر^۶ احتجاج کند، جواب این است که روایت مزبور ضعیف است؛ زیرا در میان راویان آن، محمد بن سنان وجود دارد و شیخ طوسی آن را مورد طعن قرار داده است»^۷. صاحب جواهر نیز به این نظریه معتقد است که «مشهور بین اصحاب این است که مقدار معینی برای مهریه وجود ندارد و این شهرت عظیم است، به گونه‌ای که می‌توان گفت به دلیل اطلاق ادله و عمومیت کتاب^۸ و سنت، اجماعی است. از نظر او مهریه نوعی معاوضه است و میزان آن مانند سایر معاوضات تابع نظر متعاضین می‌باشد. به عبارت دیگر ایشان معتقد است لفظ «قنطار» در این

۱. همان، ص ۲۹۱.

۲. آیه ۴: «وَاتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نَحْلَهُ» و آیه ۲۴: «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِنْ تَبَتَّغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا».

۳. «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَيَنْصِفْ مَا قَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ وَإِنْ تَعَفَّوْا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ».

۴. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدِ مَعْلَى بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنِ أَحْمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ الرَّشَاءِ عَنِ الرَّضَاءِ (ع)، قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَوْ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ وَجَعَلَ مَهْرَهَا عَشْرِينَ أَلْفًا وَجَعَلَ لِأَيِّبِهَا عَشْرَةَ أَلْفٍ كَانَ الْمَهْرُ جَانِزًا وَ الَّذِي جَعَلَهُ لِأَيِّبِهَا فَاسِدًا».

۵. حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، ج ۱، چاپ نخست، موسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۹۷.

۶. علم‌الهدی، علی بن حسین، الانتصار، ص ۳۶۵.

۷. حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، ص ۹۸.

۸. آیات ۲۰ (وَ إِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا) و ۲۴ سوره نساء و آیه ۲۳۷ سوره بقره.

آیه (در آیه ۲۰ سوره نساء) به معنای مال فراوان می‌باشد و به صحیحه و شاء^۱ و صحیحه فضیل^۲ نیز استناد می‌کند^۳. در ضمن بیان می‌دارد که «در کتاب «مبسوط» شیخ طوسی حکایت شده که عمر، ام کلثوم، دختر حضرت علی(ع) را با ۴۰ هزار درهم به ازدواج خویش در آورد و همچنین حسن بن علی(ع) همسرش را به یکصد کنیز که همراه هر کنیزی هزار درهم بود، به ازدواج خویش در آورد^۴. از این دست موارد در آن زمان مصادیق زیادی وجود داشته و معصومین(ع) به آن‌ها ایرادی نگرفتند^۵. در ادامه بیان می‌کند: «شأن سید مرتضی به دور از این است که آنچه در کتاب و سنت متواتر است و معمول عمل صحابه و تابعین و پیروان آن‌ها و آنچه که شیعه قائل به آن می‌باشد از ایشان مخفی بماند»^۶.

از جمله ادله شرعی که این گروه بدان استناد کرده‌اند عبارت است از:

الف) کتاب:

آیه شریفه ۲۰ سوره مبارکه نساء: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ إِسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا»^۷.

آیه شریفه ۲۴ سوره مبارکه نساء: «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَ أَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِنْ تَبَتَّعُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا»^۱.

۱. طوسی، محمدبن حسن، التهذیب الاحکام فی شرح المقنعه للشیخ المفید، محقق: محمود آخوندی، ج ۱، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵ ه.ق، ص ۳۶۱.

۲. همان، ص ۱۰۶.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۷.

۴. طوسی، محمدبن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۱، ص ۱۴۲.

۵. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلّام، ج ۳۱، ص ۲۰۷.

۶. همان، ص ۲۱۰.

۷. یعنی؛ «اگر خواستید همسری دیگر به جای همسر پیشین جایگزین کنید و به همسر پیشین مال فراوانی (به عنوان مهریه) پرداخته‌اید، چیزی از آن را پس نگیرید. آیا آن را با تکیه به تهمت و گناهی آشکار پس می‌گیرید؟».

آیه شریفه ۲۳۷ سوره مبارکه بقره: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفَ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُ النِّكَاحِ وَإِنْ تَعَفُّوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ»^۲.

(ب) سنت:

فقه‌های معتقد به نظریه مطروحه به روایات متعددی در این خصوص استناد کرده‌اند^۳ و در اینجا به دو مورد مهم آن اشاره می‌شود؛

روایت محمد بن مسلم: «عَدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ عَنْ أَحْمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَبِي نَصْرِ وَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي نَجْرَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حَمِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ كَمْ الْمَهْرِ فِي الْمُتَعَةِ؟ قَالَ: مَا تَرَاضِيَا عَلَيْهِ إِلَىٰ مَا شَاءَ مِنَ الْأَجْلِ»^۴. روایت بیانگر پرسشی از امام صادق (ع) است که «مقدار مهریه به چه میزان است؟ ایشان فرمودند: آن چیزی که طرفین بر آن تراضی کنند، از هر چیزی که باشد».

روایت صحیح و شاء: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ مُحَمَّدٍ مُعَلًى بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَىٰ عَنِ أَحْمَدِ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ الْوَشَائِ عَنِ الرَّضَا (ع)، قَالَ: سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَوْ أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ الْمَرْأَةَ

^۱. به این معنی که «و (ازدواج) زنان شوهردار (بر شما حرام شده) مگر زنانی که (به سبب جنگ با شوهران کافرشان از راه اسارت) مالک شده‌اند؛ این قانون مقرر شده خداست بر شما و زنان دیگر غیر از این (زنان که حرمت ازدواج با آنها بیان شد) برای شما حلال است که آنها را با (هزینه کردن) اموالتان (به عنوان ازدواج) بخواهید در حالی که (قصد دارید با آن ازدواج) پاکدامن و مصون از زنا باشید، و از هر کدام از زنان به عقد متعه و نکاح موقت برخوردار شوید مهریه او را به عنوان یک واجب مالی بپردازید و در آن چه پس از تعیین مهریه (نسبت به مدت عقد یا کم یا زیاد کردن مهریه) با یکدیگر توافق کردید بر شما گناهی نیست. یقیناً خدا همواره حکیم و دانا است».

^۲. که اذعان می‌دارد «اگر آنان را پیش از آمیزش جنسی طلاق دهید در حالی که برای آنها مهریه تعیین کرده‌اید، پس (بر شما واجب است) نصف آنچه تعیین کرده‌اید (به آنان بپردازید) مگر آنکه خود آنان یا کسی که پیوند ازدواج به دست او است (مانند ولی یا وکیل) آن را بیخشد و گذشت شما (که تمام مهریه را به زن بپردازید) به پرهیزکاری نزدیک‌تر است و فزون بخشی و نیکوکاری را در میان خودتان فراموش نکنید که خدا به آنچه انجام می‌دهید، بیناست».

^۳. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱، ص ۲۸۳؛ طوسی، محمد بن حسن، التهذیب الاحکام فی شرح المقنعه للشیخ المفید، ج ۷، ص ۲۶۳.

^۴. همان، ج ۷، ص ۲۶۰.

وَجَعَلَ مَهْرَهَا عَشْرِينَ أَلْفًا وَجَعَلَ لِأَبِيهَا عَشْرَةَ أَلْفٍ كَانَ الْمَهْرُ جَائِزًا وَالَّذِي جَعَلَهُ لِأَبِيهَا فَاسِدًا؛^۱ یعنی، «از امام رضا(ع) شنیدم که فرمودند: اگر مردی با زنی ازدواج کند و برایش ۲۰ هزار درهم قرار دهد و برای پدر زن دهها هزار درهم، مهر جایز است و آنچه برای پدر زن قرار داده است، فاسد است».

با بررسی‌های انجام شده نتیجه می‌گیریم که آیات و روایات ما دلالت بر آن دارند که شارع میزان مشخصی را برای مهرالمسمی در نظر نداشته و میزان آن براساس توافق طرفین تعیین خواهد شد. فلذا طبیعی است که مهرالمسمی تحت تأثیر اراده افراد و شرایط فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی هر زمانی متفاوت خواهد بود. اما در هر صورت مهرالسنة را به عنوان یک توصیه اخلاقی در تعیین مهریه و قداست آن می‌پذیریم.^۲

گفتار دوم: مهرالمسمی در قانون ایران

اکنون سوال این است که در نظام حقوقی ایران تعیین میزان مهرالمسمی بر اساس چه معیاری است؟ و آیا قانونگذار سقفی برای آن تعیین کرده است؟ در ماده ۱۰۷۹ ق.م.آمه است؛ «مهر باید بین طرفین تا حدی که رفع جهالت آنها شود، معلوم باشد». همچنین در ماده ۱۰۸۰ ق.م.مقرر شده است؛ «تعیین مقدار مهر منوط به تراضی طرفین است». و آنچه از نظر فقها نیز استنباط شد، حاکی از این است که شارع مقدس در خصوص میزان مهر نظر خاصی ندارد. بنابراین نظر طرفین ملاک عمل خواهد بود که نظر آنان نیز بدیهی است که برخاسته از اوضاع و احوال اجتماعی و عرف جامعه و اشخاص و اقارب مورد نظر باشد. در نتیجه ارزش‌های فرهنگی و اجتماعی طرفین تعیین‌کننده دیدگاه آنها در مورد میزان مهر است. در ماده ۱۰۸۹ ق.م.مقرر شده است؛ «ممکن است اختیار تعیین مهر به شوهر یا شخص ثالثی داده شود. در این صورت شوهر یا شخص ثالث می‌تواند مهر را

^۱. همان، ج ۱، ص ۳۶۱.

^۲. برای مطالعه بیشتر در مورد نظرات فقه به تفکیک و تفصیل، رجوع کنید به: سلطانی، عباسعلی، مقاله «سقف مهریه در فقه امامیه»، فقه و اصول.

هر قدر که بخواهد معین کند». ثالث نیز اصولاً مطابق با اوضاع و احوال اجتماعی و عرف حاکم بر خانواده یا آن جامعه مهر را تعیین خواهد کرد و اصل انصاف و عدالت نیز این توصیف را تأیید می‌کند. بنابراین عرف عام و خاص جامعه تا حد زیادی در خصوص میزان مهرالمسمی تعیین کننده است. اما در ماده ۱۰۹۰ ق.م.آ.مه که: «اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود، زن نمی‌تواند بیشتر از مهرالمثل معین نماید». در مواد قبلی عرف عام جامعه در تعیین مهرالمسمی معیار تعیین کننده بوده است، زیرا اساساً مبنای تعیین مهرالمسمی نیز ملاک دآوری عرف می‌باشد؛ اما درخصوص این ماده باید مطابق با عرف خاص خود (بر اساس معیارهای مهرالمثل) و مطابق ماده ۱۰۹۱ ق.م.آ.مه^۱ مهریه خود را معین کند.

گفتار سوم: سقف مهریه در ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱

افزایش بی‌رویه و غیر منطقی میزان مهریه، پدیده‌ای حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و نسبتاً جدیدی است که چند سال اخیر در ایران معضلاتی را از لحاظ حقوقی و کیفری در جامعه ایجاد کرده است. آمارها^۲ نشان می‌دهد، این میزان افزایش از سال‌های ۱۳۳۰ به بعد شروع شده است. لذا با توجه به سوابق آن، علل آن را باید با بررسی اوضاع اجتماعی و اقتصادی جامعه آن زمان تاکنون کنکاش کرد. آنچه که مشهود است، این که از لحاظ شرعی محدودیتی در این زمینه وجود ندارد و کاملاً باب عرفی دارد و از طرفی قانون نیز نظارتی در این خصوص نداشته است. ولی در حالت کلی عوامل زیر را به عنوان عوامل اصلی افزایش میزان مهریه بر می‌شماریم؛ افزایش روحیه مادی گرایی در جامعه، عدم توجه به ارزش‌های اخلاقی و مذهبی از سوی رسانه‌ها و مردم، تضعیف جایگاه خانواده تحت تأثیر دیدگاه‌های جوامع غربی، شاکله جدید مهریه و نسبه بودن آن (از این جهت که عرف جامعه حکم می‌کند که نیازی نیست زوج در ابتدای زندگی مهریه را به زوجه بپردازد که البته این نوع تفکر خلاف هدف تأسیس مهریه بوده است که تحت تأثیر عرف جامعه دگرگون شده) و افزایش آمار

۱. «برای تعیین مهرالمثل باید حال زن از حیث شرافت خانوادگی و سایر صفات و وضعیت او نسبت به امثال و اقارب و همچنین معمول محل و غیره در نظر گرفته شود».

۲. رک: «سمینار بین المللی مطالعات خانواده در مورد سنگینی مهریه».

طلاق موجب شد تا خانواده‌ها جهت ایجاد پشتوانه‌ای محکم برای دختر خود و ایجاد سدی مانع برای طلاق توسط مرد، میزان مهریه درخواستی را افزایش دهند.^۱ از دیگر آفات اجتماعی در این زمینه باید به ویژگی چشم و هم‌چشمی مردم اشاره کرد که مهریه سنگین از نگاه آن‌ها نوعی ارتقای طبقه فرهنگی و اجتماعی شناخته می‌شود و با قیاس نادرست در سطح کلان اجتماعی باعث افزایش نرخ مهریه شده‌اند. از طرف دیگر به موجب قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷، پرداخت نشدن مهریه توسط زوج موجب بازداشت وی می‌شده^۲ که به دلیل افزایش تعداد زندانی‌ها و از سویی آثار مخرب این پدیده بر روی قشر عظیمی از جوانان جامعه از بدترین نتایج افزایش نرخ مهریه در طول این سال‌ها محسوب می‌شود. می‌توان گفت قانونگذار برای جلوگیری از افزایش بی‌رویه میزان مهریه و کاهش زندانی‌های مهریه و دیگر معضلات آن مسیر پرفراز و نشیبی را طی کرد. ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده کش و قوس‌های فراوانی به خود دید تا به شکل امروزی تصویب گردید.^۳

قانونگذار ابتدا در ماده ۲۵ لایحه حمایت خانواده آورد؛ «وزارت امور اقتصاد و دارایی موظف است از مهریه‌های بالاتر از حد متعارف و غیر منطقی با توجه به وضعیت زوجین و مسائل اقتصادی کشور متناسب با افزایش میزان مهریه به صورت تصاعدی در هنگام ثبت ازدواج مالیات وصول کند. میزان مهریه متعارف و میزان مالیات با توجه به وضعیت عمومی اقتصادی کشور به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که به وسیله وزارت امور اقتصادی و دارایی پیشنهاد و به تصویب هیئت وزیران می‌رسد». این ماده به دلیل ابهاماتی که در خصوص میزان مهریه و مالیات بر آن داشته و نیز این که مخالف با شأن نکاح بوده است، رد شد.

۱. ر.ک: سعیدی، محمدعلی، مقاله «بررسی اعتبار حقوق مهریه‌های سنگین»، فصلنامه حقوقی و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره چهل، ۱۳۸۹، شماره ۱۰۱.

۲. ماده ۳ ق.ن.ا.م.م.

۳. ر.ک: پژوهشکده شورای نگهبان، ثبت در ۱۳۹۳، مراجعه در ۱۳۹۸/۵/۴، www.shora-rc.ir.

اما با تصحیح لایحه و رد متن ماده ۲۵، ماده ۲۴ را مطرح کردند که عبارت است از: «دولت باید از طریق دستگاه‌های فرهنگی و رسانه‌های عمومی در جهت ترویج فرهنگ ازدواج و رعایت برقراری مهریه‌های متعارف اقدامات لازم را به عمل آورد».

تبصره ۱: میزان مهریه متعارف با توجه به وضع عمومی اقتصادی کشور هر سه سال یک بار از طرف رئیس قوه قضاییه اعلام می‌شود.

تبصره ۲: هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد به میزان متعارف باشد و زوجه در صورت حال شدن مهریه از پرداخت آن امتناع کند، مشمول مقررات ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۷۷ می‌باشد.

تبصره ۳: چنانچه مهریه مقرر از میزان مهریه متعارف در سال وقوع عقد بیشتر باشد در خصوص مازاد صرفاً ملائت زوج ملاک پرداخت است.

تبصره ۴: مقررات مربوط به محاسبه مهریه به نرخ روز لازم‌الرعايه است»^۱.

بر این ماده نیز ایراداتی وارد بود مبنی بر این‌که در تبصره یک، بحث مهریه متعارف برای تمام جامعه مطرح شده در حالی که در خصوص عرفی بودن مهریه باید به ویژگی‌های خود شخص نیز توجه شود و دختران جامعه نیز تماماً دارای شرایطی یکسان نیستند. فلذا تعیین میزانی مشخص کار بسیار دشواری و به تعبیری محال خواهد بود. بنابراین نظر رئیس قوه قضاییه در این زمینه نمی‌تواند معیار جامع و مانعی باشد. این طرح نیز با توجه به ابهامات موجود و عدم کارایی آن وارد قانون موضوعه نشد.

^۱. گزارش شور دوم کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس ۱۳۸۹/۲/۲۲، مراجعه در ۱۳۹۸/۴/۲۹، www.rc.majlis.ir.

در سال ۱۳۸۹ ماده ۲۵ لایحه دولت به شرح ذیل احیاء شد که مقرر گردید؛ «در صورتی که مهریه توسط زوجه مطالبه گردد و دادگاه تشخیص دهد که میزان مهریه بالاتر از حد متعارف است، ابتدا سعی در تصالح داشته و در غیر این صورت حکم به پرداخت مهرالمثل خواهد داد.

تبصره: حد متعارف مهریه توسط کارشناس واجد شرایط از طرف زوج، از طرف زوجه و از طرف دادگاه تعیین خواهد شد».

در این ماده نیز حدود مهریه مشخص نشد و همانند مواد سابق مشکل ابهام و اجمال را داشت و تعیین کارشناس نیز به دلیل طوالی رسیدگی راه حل مناسبی به نظر نمی‌رسید.

نهایتاً در تاریخ ۱۳۸۹/۱۰/۱۲ ماده‌ای در خصوص موضوع مهریه تحت عنوان ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده مطرح و سپس مورد تأیید قانونگذار قرار گرفت که عبارت است از: «هرگاه مهریه در زمان وقوع عقد تا ۱۱۰ سکه تمام بهار آزادی یا معادل آن باشد، وصول آن مشمول مقررات ماده ۲ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی است. چنانچه مهریه بیشتر از این میزان باشد در خصوص مازاد فقط ملائت زوج ملاک پرداخت است. رعایت مقررات مربوط به محاسبه مهریه به نرخ روز کماکان الزامی است»^۱.

بنابراین قانونگذار با توجه به گسترش عرف نادرست تعیین مهریه‌های سنگین و مصلحت جامعه با تصویب این ماده به دنبال ایجاد محدودیت در تعیین میزان مهریه بوده است. نقش عرف نیز در این جا واضح است که در این خصوص نقش موضوع سازی^۲ را برای تعیین سقفی مشخص مهریه ایفا کرده است. به عبارت دیگر موجب شده تا قانونگذار جهت کنترل این افزایش بی رویه به امر قانونگذاری بپردازد و مانع گسترش عرف نادرست (از لحاظ اخلاقی) و در نتیجه حبس و مشکلات اقتصادی ناشی از عدم توانایی پرداخت مهریه در جامعه شود. البته لازم به ذکر است که کاربرد لفظ

^۱. منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مربوط به خانواده، ص ۱۵۸.

^۲. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۳۰۳.

سکه در ماده نیز به دلیل کاربرد غالب آن در تعیین مهریه در نزد عرف جامعه که از دیگر نمودهای نقش عرف در این زمینه می‌باشد.

گفتار چهارم: تأدیه مهریه به نرخ روز

تأمل در نظریات فقها و قوانین ایران نشان می‌دهد، حقوق ایران اساساً عرف را در خصوص تعیین میزان مهریه ملاک عمل قرار داده است، بلکه اولاً تعیین میزان مهریه بر اساس تراضی طرفین بوده^۱ و ثانیاً این تراضی برگرفته از عرف زمانی و مکانی خاص هر یک از زوجین در هر دوره‌ای خواهد بود. لیکن آزادی اراده در این زمینه موجب تعیین مهریه‌های سنگین شد و در نتیجه عدم توانایی پرداخت آن از سوی زوج، بازداشت وی را به دنبال داشت^۲؛ لذا در سال ۱۳۹۱ با وجود فراز و نشیب‌های فراوان ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده جهت تعدیل این مسأله تصویب شد. سوالی در این جا مطرح می‌شود که زنان این سرزمین چه گناهی کرده‌اند که حقشان ضایع شود و نتوانند مهریه‌های بیشتری مطالبه کنند؟ پاسخ این است که اولاً این ماده مانع تعیین مهریه‌های سنگین نیست، بلکه تنها ضمانت اجرای آن تغییر کرده است. ثانیاً دولت به دلیل گسترش عرف نامعقول و نادرست تعیین مهریه‌های سنگین و برای حفظ مصالح جامعه، این قانون را تصویب کرد^۳. البته ذیل ماده به حقوق زنان نیز توجه داشته که سابقاً در قالب تبصره ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی تصویب شد که در مقابل این مصوبه جدید نوعی تعادل برقرار شد. در خصوص ماده اخیرالذکر به طوری که مهریه در قالب وجه رایج تعیین می‌شود همگام با گذر زمان و تحولات اقتصادی ارزش اقتصادی خود را از دست می‌دهد؛ بنابراین نهادی نیاز بود تا از حقوق از دست رفته زنان مطلقه‌ای که سال‌ها پیش براساس عرف جامعه آن زمان مهریه‌ای در قالب وجه رایج تعیین کرده‌اند، دفاع کند^۴ که توضیحش خواهد آمد. به هر حال این مصوبه جدید تعارضی با حقوق زنان نداشته بلکه تا حدودی تعادلی معقول ایجاد کرده است.

۱. ماده ۱۰۸۰ ق.م.

۲. ماده ۳ ق.ن.ا.م.م.

۳. ماده ۲۲ ق.ح.خ مصوب ۱۳۹۱.

۴. ر.ک: حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، ص ۲۱۰.

همان‌طور که میزان مهریه باید با عرف اجتماعی و فرهنگی هر جامعه سازگار باشد و هماهنگ با آن قدم بردارد، برای حفظ ارزش مالی و اهداف تأسیسی خود نیز باید با عرف مالی و ساختار اقتصادی آن جامعه نیز هماهنگ باشد. مهریه‌هایی که در قالب وجه رایج تعیین می‌شوند، تحت تأثیر تحولات اقتصادی جامعه، ارزش مالی خود را از دست می‌دهند و قدرت خرید آن‌ها کاهش می‌یابد.^۱ در چنین شرایطی قانونگذار برای حفظ ارزش این نوع مهریه‌ها و حمایت از حقوق این زنان^۲ تبصره ماده ۱۰۸۲ را به شرح ذیل در تاریخ ۱۳۷۶/۴/۲۹ تصویب کرد؛ «چنانچه مهریه وجه رایج باشد متناسب با تغییر شاخص قیمت سالانه زمان تأدیه نسبت به سال اجرای عقد که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد، محاسبه و پرداخت خواهد شد مگر اینکه زوجین در حین اجرای عقد به گونه دیگری تراضی کرده باشند...».

قانونگذار در اینجا نیز در جهت کنترل قدرت عرف نسبت به تغییراتی که ایجاد کرده بود، به قانونگذاری پرداخت. در واقع عرف در قالب عرف عام و خاص تأثیرات بسزایی در مورد مهریه و آثار آن بر جای گذاشت که به دلیل افزایش بی‌رویه این تأثیرات، قانونگذار مجبور به واکنش شد تا در مواردی آن را کنترل کند؛ لذا هرچند در زمانی طولانی ولی بالاخره در دو بازه تاریخی مختلف، ابتدا تبصره ماده ۱۰۸۲ ق.م.ق.م^۳ و سپس ماده ۲۲ قانون حمایت خانواده^۴ را در این جهت مقرر کرد.

مبحث پنجم: مهرالمثل

اصطلاح مهرالمثل را این‌گونه شرح می‌دهند؛ «ما یرغب به فی مثلها نسباً و سناً و عقلاً و یساراً و بکاره و اصدادها و غیرها ممّا تختلف به الاغراض»^۵. مفهوم «مثل» در این‌جا عبارت است از صفاتی

۱. صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ص ۱۶۵.

۲. در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور شماره ۲۷، ۶۴۷ - ۱۳۸۷/۱۰/۲۸ آمده است: «... منظور مقنن از تصویب ماده واحده الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ ق.م.م.م^۳ با توجه به عبارات صدر تبصره و فلسفه وضع آن، حفظ ارزش ریالی مهریه زوجه است که معمولاً بر حسب وجه رایج تعیین می‌شود...».

۳. مصوب سال ۱۳۷۶.

۴. مصوب سال ۱۳۹۱.

۵. امینی، علیرضا، آیتی، محمدرضا، تحریرالروضه فی شرح اللمعه، ج ۲، چاپ هفدهم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶.

که میان اشخاص به شکلی قوی مشترکاً وجود داشته باشد و مهرالمثل که از اقسام مهریه در فقه و حقوق اسلام به شمار می‌رود بر مبنای این صفات مشترک و نظر عرف جامعه تعیین می‌شود و به بیان دقیق‌تر موارد کاربرد آن در جایی است که مهریه در زمان وقوع عقد توافق نشده، یا توافق شده ولی آن مهر باطل بوده، یا فاقد مالیت باشد، یا عدم مهر در عقد شرط شده باشد، یا 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 می‌باشد که عقد منعقد شده و رابطه زناشویی برقرار شود، یعنی نزدیکی، شرط استقرار مهرالمثل است.^۱ در خصوص مهرالمثل مهم‌ترین دلیلی که فقها در قالب ادله فقهی به آن استناد کردند، روایت «... لها صداق نساءها»^۲ می‌باشد.

مطابق ماده ۱۰۹۱ ق.م: «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». لذا از تلفیق منابع فقهی و صراحت مواد قانونی به دست می‌آید 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 نوع از انواع عرف دخالت دارند، در واقع قاضی برای تعیین مهرالمثل زن، ابتدا وضعیت کلی جامعه ایران از لحاظ زمانی و مکانی را در نظر می‌گیرد که باید به انواع تحولات اجتماعی مختلف در جامعه ایران که موجب تفاوت در تعیین میزان و معیار 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 آن‌ها به دنیا آمده و زیسته بنگرد؛ مانند این که شخصی در میان اقوام آذری به دنیا آمده و زیسته یا در میان اقوام کرد متولد شده و زیسته است. این‌ها از عوامل تاثیرگذار بر تعیین میزان مهرالمثل است به دلیل این که آداب و رسوم مختلفی بر آن جوامع حاکم می‌باشد و این آداب و رسوم تشکیل دهنده باورها و اعتقادات آن‌ها است و مطمئناً بر امور زنان و حقوق آن‌ها نیز موثر است؛ زیرا این حقوق برگرفته از

^۱. مواد ۱۰۸۷، ۱۰۹۳، ۱۰۹۹، ۱۱۰۰ ق.م.

^۲. حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، صص ۲۶۹ و ۲۷۰.

همان اعتقادات و باورها است. در ادامه باید به خانواده و اقارب مونث توجه کند، همان‌طور که در قانون مدنی نیز صراحتاً به این مسأله اشاره شده است^۱، که همان عرف خاص محسوب می‌شود. در نهایت با تلفیقی از عرف عام و خاص مزبور در کنار ویژگی‌های شخصی زوج 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 می‌شود، می‌تواند 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 می‌گیرد^۲.

مبحث ششم: مهرالمتعه

در اصطلاح و از لحاظ فقهی^۳ و حقوقی هرگاه طرفین در ازدواج دائم مهریه تعیین نکرده باشند یا شرط عدم تعیین مهر شده باشد، درحالی که مرد از همسر خود به وسیله طلاق جدا شود و رابطه زناشویی با وی برقرار نکرده باشد، در این صورت زن مستحق مهریه نیست و فقط مهرالمتعه به او تعلق می‌گیرد^۴. به عبارتی مهریه محسوب نمی‌شود بلکه هدیه ای از طرف زوج به زوج است.

در این مورد خداوند در آیه ۲۳۶ سوره بقره فرموده است: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَ عَلَى الْمَقْتَدِرِ قَدَرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ»؛ یعنی: «اگر زنان را مادامی که با آنان نزدیکی نکرده و برایشان مهری نیز معین نکرده‌اید، طلاق گویند، بر شما گناهی نیست و آنان را به طور پسندیده، به نوعی بهره‌مند کنید. توانگر

۱. ماده ۱۰۹۱ ق.م.

۲. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، ص ۱۱۴.

۳. محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۱۵۰.

۴. رک: ماده ۱۰۹۳.

به اندازه توان خود و تنگدست به اندازه (وسع) خود، (این کاریست) شایسته نیکوکاران». همچنین برخی الزام زوج به پرداخت مهرالتمعه را از روایات استنادی وسائل الشیعه^۱ استنباط کردند.

قانون مدنی نیز صراحتاً در ماده ۱۰۹۳ بیان می‌دارد: «هرگاه مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از نزدیکی و تعیین مهر زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهرالتمعه است و اگر بعد از آن طلاق دهد مستحق مهرالمثل است».

مطابق ماده ۱۰۹۴ ق.م: «برای تعیین مهرالتمعه حال مرد از حیث غنا و فقر ملاحظه می‌شود». در واقع این ماده برگرفته از آیه ۲۳۶ سوره بقره می‌باشد، که در آنجا نیز معیار تعیین مهرالتمعه، وضعیت زوج از لحاظ استطاعت مالی مقرر شده است. همچنین در روایتی از ابی الصباح اکنانی آمده است که امام صادق(ع) فرمودند: «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 می‌پسندد و وضعیت مالی او اجازه می‌دهد، زن را بهره‌مند سازد»^۲. نظر مشهور نیز که براساس در خصوص میزان مهرالتمعه توجه به وضعیت اقتصادی مرد را ملاک می‌داند که بر اساس آن هدیه‌ای درخور به او اهدا کند^۳.

بنابراین مهرالتمعه یا متاع مطلقه هدیه‌ای است که مرد برای رضایت زن و با لحاظ عرف عام جامعه و عرف خاص خود و به اندازه توان مالی خود به او می‌دهد. این هدیه می‌تواند شامل ابزار و وسایلی مثل جواهرات، لباس و غیره باشد. به عبارت دیگر اگر مرد از لحاظ عرفی شخصی ثروتمند و دارا محسوب شود باید وسایل ارزشمندی را در قالب مهرالتمعه به زن بدهد، ولی اگر شخصی فقیر محسوب شود چیزی باید بدهد که عرفاً در حد توان و شأن او باشد. بنابراین ملاک در تعیین میزان مهرالتمعه برخلاف مهرالمثل، عرف خاص مرد در کنار مقبولیت عرف عام جامعه است^۴.

۱. ر.ک: حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۱، باب ۴۸ و ۴۹ از ابواب مهر.

۲. جبلی العاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، ص ۴۱۲.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۱، ص ۱۱۶.

۴. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، ص ۱۱۵.

نکته: در انتهای بحث مهریه و عرف لازم دانستیم تا متذکر این نکته شویم که در مواردی که مرد در آغاز زندگی زناشویی هدیه‌ای ارزنده به زن تقدیم می‌کند، در حالی که مهری در عقد ذکر نشده است، باید توجه داشت که اگر در آن جامعه قبل از نزدیکی و در ابتدای زندگی مهر را می‌پردازند^۱ آن هدیه مهر محسوب می‌شود؛ ولیکن اگر در عرف آن جامعه مهر را قبل از نزدیکی و در ابتدای زندگی نمی‌دهند^۲؛ بنابراین آن هدیه را نمی‌توانیم مهریه در نظر بگیریم زیرا نظر عرف جامعه در این جا ملاک عمل می‌باشد^۳.

۱. همانند زمان‌های قدیم از جمله صدر اسلام که شیوه درست پرداخت مهریه حاکم بوده، یعنی در همان ابتدای ازدواج آن را می‌پرداختند.

۲. مانند جامعه امروزی.

۳. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، ص ۱۱۲.

بخش سوم: تأثیر عرف بر حقوق غیر مالی زن

خانواده به عنوان کوچک‌ترین و بنیادی‌ترین نهاد جامعه، در طول تاریخ تمام ابعاد مختلف جامعه را چه از لحاظ معنوی و چه از لحاظ مادی تحت تأثیر قرار داده است. نحوه تشکیل این نهاد بر اساس ساختار حقوقی و سیاسی هر جامعه متفاوت می‌باشد ولی آنچه که اهمیت دارد مدیریت این نهاد حقوقی و تقویت و استحکام آن است و در همین راستا علاوه بر نهادهای حقوقی نیاز به نهادهای اخلاقی هم ضروری می‌باشد. بنابراین لازم است در سیاست‌گذاری‌ها و قانونگذاری‌ها به مسائل خانواده با دید جدی‌تر و جزئی‌تری به خصوص در ابعاد اخلاقی آن پرداخته شود. در همین راستا از جمله مسائلی که باید توجه ویژه به آن داشت، بررسی حقوق خاصه اعضای خانواده در پرتو نگاهی اخلاقی و معنوی می‌باشد.

به دلیل ویژگی‌ها و نقش‌های مدیریتی و اخلاقی که زن در خصوص شوهرداری و تربیت فرزندان دارد، روشن است که زن مهم‌ترین عضو مدیریتی درون خانواده است؛ زیرا نحوه تربیت فرزند و شوهرداری، شقاوت یا سعادت آینده یک جامعه را تعیین می‌کند. اما علی‌رغم اهمیت زن در خانواده تاریخ بیانگر ظلم‌های بسیاری است که به این قشر مظلوم وارد شده است، چه از لحاظ مادی و چه از لحاظ معنوی. لذا بررسی دقیق و رسیدگی به حقوق زن و بالخصوص حقوق معنوی آن‌ها در کنار همسر اهمیت فراوانی دارد.

لذا در این‌جا ابتدا به بررسی مهم‌ترین و کلی‌ترین حقوق معنوی و غیرمالی زن که حق حسن معاشرت است، می‌پردازیم.

فصل اول: حسن معاشرت

این موضوع دایره مفهومی و مصداقی وسیعی را شامل می‌شود و از آن جهت اهمیت فراوانی دارد که اساساً به سلامت اخلاقی و روانی زن مربوط می‌شود و این سلامتی، مدیریت بهتر او را در شوهرداری و تربیت فرزندان به دنبال خواهد داشت که در نتیجه آن خانواده بهتری تربیت خواهد شد و در نهایت، جامعه سالم‌تری خواهیم داشت. با توجه به نکاتی که در مقدمه از مباحث اخلاقی در

نظام خانواده گفتیم، قانونگذار نیز از این مهم غافل نبوده و در ماده ۱۱۰۳ ق.م. نخستین تکلیف مشترک زن و شوهر را این گونه مقرر کرده: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند».

مبحث اول: حسن معاشرت زوج با زوجه در منابع فقهی

لفظ «معاشرت» در ترکیب عبارت «حسن معاشرت» از باب «مفاعله» در زبان عربی آمده است و کارایی افعال در این باب بر مشارکت و اعمال متقابل دلالت می‌کند، لذا در ترکیب فوق نیز حسن معاشرت بر حق و تکلیفی دو طرفه و متقابل دلالت می‌کند. لذا حسن معاشرت یکی از تکالیف مشترک زن و شوهر است که این حسن سلوک بر اساس روابط معروف، پایه‌های زندگی را تشکیل می‌دهد و این همان اصلی است که قرآن کریم در آیات متعدد با بیان شیوا بر آن تأکید می‌کند.^۱

خداوند در خصوص معاشرت با زنان در آیه ۱۹ سوره نساء می‌فرماید: «و عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» که در این آیه عبارت «عاشِر» از باب مفاعله و صیغه امر عربی است و آنچه که از این مورد در ابتدا در می‌یابیم، تقابل این حق بین زن و شوهر می‌باشد که قبلاً نیز به آن اشاره شد.^۲ اما مهم‌ترین نکته قابل توجه در این تقابل، ملاک نوع معاشرت آن‌ها با یکدیگر (و مخصوصاً با توجه به موضوع تحقیق معاشرت مرد با زن) است. البته که این آیه معیار نوع معاشرت را نیز با استفاده از لفظ «معروف» بیان کرده است. استفاده از کلمه «معروف» در آیات دیگری مانند آیه ۲۲۸ سوره بقره نیز مشهود است: «... و لَهُنَّ مَثَلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...». در واقع می‌توان گفت، اصول روابط مختلف همسران از همین دو آیه شریفه مذکور به دست می‌آید که ملاک تمامی حقوق و چگونگی آن است؛ زیرا در آیه نخست، کیفیت زندگی مشترک در تمامی مسائل و از آیه دوم، ملاک آن‌ها که عدالت است، فهمیده می‌شود که مبین طرز رفتار همسران در عرصه‌های گوناگون زندگی خانوادگی است.^۳

۱. نورمحمد، صبری، مقاله «حسن معاشرت زوجین»، نشریه دادگستر، تهران، حسن رحیمی (صاحب امتیاز)، سال سوم، ۱۳۸۳، ش ۱۵، ص ۶.

۲. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، مقاله «مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم»، ندای صادق، تهران، ۱۳۸۷، ص ۹.

۳. ابن تراب، مریم، مقاله «نقش عرف بر حقوق همسران»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، پرتال جامع علوم انسانی، ۱۳۸۹، ص ۷.

به طور کلی خداوند در قرآن از عبارت «معروف» ۳۸ مرتبه استفاده کرده که ۱۹ مورد آن مربوط به معاشرت مردان با زنان است و معروف را ضابطه و قانون کلی در معاشرت و روابط خانوادگی قرار داده است^۱، این خود حاکی از اهمیت این مسأله است. در واقع از دیدگاه قرآن، معروف چارچوبی شامل اخلاق و اعمال پسندیده دارد که هر اخلاق و عملی که در قالب این چارچوب جای بگیرد، معاشرت معروف یا حسن معاشرت محسوب می‌شود و یقیناً سعادت خانواده و جامعه را به ارمغان می‌آورد. در مقابل هر آنچه که خارج از این چارچوب باشد، سوءمعاشرت نام می‌گیرد و عاملی تنش‌زا و نابودکننده برای بنیان‌های خانواده و جامعه خود به شمار می‌آید^۲. لذا برای سعادت خانواده و جامعه تنها جاری کردن صیغه عقد نکاح و اطلاع از آثار حقوقی آن کافی نیست، بلکه باید حقوق طرفین از جمله حسن معاشرت در پرتو اخلاق و معنویت نیکو رعایت شود و هر یک از اعضای خانواده به خصوص زوج، وظایف خود را در این زمینه به درستی ایفا کنند و انجام این وظایف نوع خاصی از گفتار و رفتار را می‌طلبد، که قرآن از آن به «عاشروهن بالمعروف» یاد کرده است. بنابراین اصل حسن معاشرت را اصلی ثابت می‌دانیم که به حکم قرآن، همواره بر روابط فی مابین زوجین حاکم خواهد بود. این مختصات ویژه شریعت اسلام نیست، در همه قوانین مدنی و در همه آداب و سنن انسانی کم و بیش وجود دارد. سخن جامع برای تمامی این معانی «عاشروهن بالمعروف می‌باشد»^۳.

علاوه بر ظاهر آیه ۱۹ سوره نساء، در خصوص مفهوم آیه، علامه طباطبایی فرمود: «کلمه معروف به معنای هر امری است که مردم در جامعه خود آن را شناخته و با آن مأنوس باشند و بدان جاهل نباشند. منظور از امر معاشرت به معروف، معاشرتی است که در بین مأمورین به این امر، یعنی مسلمانان، معروف باشد. معاشرتی بین انسان‌ها شناخته شده است و در بین آن‌ها متعارف می‌باشد که یک فرد جامعه که جزء مقوم جامعه باشد، یعنی در تشکیل جامعه دخیل باشد و دخالتش مساوی

۱. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، مقاله «مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم»، ص ۱۰.

۲. لازم به ذکر است که «معروف» در این جا با مفهوم «معروفی» که در مقدمه این تحقیق آوردیم و به معنای عرف جامعه بود تفاوت دارد زیرا معروف در این بحث همان خلق نیکو می‌باشد که توضیحش آمد.

۳. طباطبایی، محمدحسین، ترجمه تفسیر المیزان، ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، ج ۴، چاپ دوم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۴، صص ۷۸ و ۷۹.

باشد با دخالتی که سایر اعضا دارند و در نتیجه تأثیرش در به دست آمدن غرض تعاون و همکاری عمومی به مقدار تأثیر سایر افراد باشد... این، همان معاشرتی است که در نظر افراد جامعه معروف است. در مقابل معاشرت غیرمعروف این است که دیگران به او ستم کنند و استقلال او در جزئیت برای جامعه را سلب نموده و او را تابع و غیرمستقل سازند، یعنی دیگران از نتیجه کار او بهره‌مند شوند ولی او از نتیجه کار دیگران بهره‌ای نبرد^۱. همچنین در مجمع‌البیان آمده است که «معروف این است که مرد همسرش را نزند، سخن بد به او نگوید و با او گشاده رو باشد»^۲.

در مجموع آنچه از منابع فقهی به دست می‌آید، نشانگر این است که اساساً اسلام معیار مشخصی برای حسن معاشرت، معین نکرده بلکه از لفظ «معروف» بر می‌آید که ملاک، عرف جامعه است و چون خود عرف تحت تأثیر هر زمان و مکانی متغیر است و از آنجایی که اقتضای زمان و مکان هر اجتماعی ایجاب می‌کند نوع مناسب و متعارف معاشرت شوهر نسبت به همسرش چگونه باشد، بنابراین در هر جامعه‌ای نوع و مصادیق حسن معاشرت باید به طور خاص مطالعه شود. البته که نوع عرف ممکن است عرف خاص زوج و زوجه باشد و یا عرف عام جامعه. ولی اگر با در نظر گرفتن عرف عام جامعه در کنار وضعیت خاص زوجین، مصادیق حسن معاشرت را بررسی کنیم، به نتایج مطلوب و معقولی خواهیم رسید.

مبحث دوم: حسن معاشرت در قوانین ایران

از جمله مواردی که نظر قانون مدنی عیناً مطابق قرآن کریم است، ماده ۱۱۰۳ ق.م می‌باشد که بر اساس آیه ۱۹ سوره نساء مقرر کرد: «زن و شوهر مکلف به حسن معاشرت با یکدیگرند». در سایر مواد نیز مانند مواد ۱۱۰۴، ۱۱۰۶ و ... مصادیقی از حسن معاشرت را با ضمانت اجرای خاصی مقرر کرده که در واقع مبنای فقهی تمام این مصادیق، همان آیه «عاشروهنّ بالمعروف» است که اصلی ثابت و برگرفته از قرآن است و مصادیق آن، تحت تأثیر عرف جامعه، ویژگی پویایی و تحرک خود را

^۱. همان، ص ۲۵۵.

^۲. طبرسی، فضل، مجمع‌البیان، ج ۲، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۱۵ ه.ق، ص ۷۹.

حفظ کرده و با تحولات جامعه هماهنگ شده است و به نیازهای زمان پاسخ می‌گوید و هر یک از مصادیق در هر زمانی ممکن است به شکلی متفاوت ظاهر شوند.

دکتر کاتوزیان با توجه به تأثیر عرف، اعتقاد دارد لوازم حسن معاشرت دقیقاً معین نیستند بلکه عرف و اقتضائات اجتماع و درجه تمدن و اخلاق در هر قومی متفاوت است ولی اجمالاً می‌توان گفت تمام اموری که از نظر اجتماعی توهین محسوب می‌شود، مانند ناسزاگویی، ضرب، مشاجره یا اموری که با عشق به کانون خانواده و اقتضای محبت بین دو همسر، منافات دارد، مانند ترک خانواده، بی‌اعتنایی به همسر و خواسته‌های او و اعتیادهای مضر، از مصادیق سوء معاشرت در خانواده است.^۱ دکتر امامی نیز معتقد است؛ «حسن معاشرت زوجین در حدود عرف و عادت زمان و مکان، تعیین می‌شود تا بدین وسیله محیط آرام خانوادگی به وجود آید».^۲

بنابراین حسن معاشرت مفهوم و مصادیقی عرفی دارد و عادات و آداب اجتماعی مردم در نوع معاشرت زوجین با یکدیگر موثر است. به همین دلیل قانونگذار نمی‌تواند نوع واحدی از تعامل زوجین را به عنوان حسن معاشرت برای آنان معین کند، لذا از باب تمثیل مصادیقی را در مواد بعدی قانون مدنی مقرر کرده است.^۳

مطابق ماده ۱۱۰۴ ق.م؛ «زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد خود به یکدیگر معاضدت نمایند». براساس این ماده از مواردی که حسن معاشرت در قوانین ایران مصداق پیدا می‌کند، بحث همکاری در تحکیم و پیشرفت مبانی اخلاقی خانواده و کمک به یکدیگر در تربیت فرزندان می‌باشد. این که در جامعه ما مدیریت اصلی اوضاع داخلی خانه و تربیت فرزند به عهده مادر است بر کسی پوشیده نیست، اما این که شوهر تا چه اندازه وظیفه دارد تا به همسر خود در قالب

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ص ۲۱۹.

۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۴۹۷.

۳. مواد ۱۱۰۴ تا ۱۱۱۸ ق.م.

حسن معاشرت کمک کند، مبهم است.^۱ در این جا مطابق اصل قرآنی حسن معاشرت به معروف، نتیجه می‌گیریم که شوهر حسب عرف جامعه و اوضاع زمان و مکان در هر قومی وظیفه دارد در این موارد به همسر خود کمک کند و معیار و ملاک نحوه این رفتارها نیز داوری عرف است.^۲ به عنوان مثال ممکن است گاهی همین که شوهر به همسر خود وفادار باشد و به کسب درآمد و معاش بپردازد و نسبت به تأمین خوراک و پوشاک او ظلم و ستم نکند، در قالب همکاری و همیاری کافی باشد ولی ممکن است گاهی نیاز باشد تا شوهر در ساعاتی از شبانه روز برخی از اعمالی را که زوجه در خانه برای همسر یا کودکان خود انجام می‌دهد، به عهده بگیرد مثل ظرف شستن یا نگهداری از کودک.

خداوند در قرآن در آیات «وَأَلْهَنَّا مَثَلُ الْأَدْيِ عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۳ و «عاشروهنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^۴ با تقدم بخشیدن به ذکر حق زن نسبت به مرد، بر حق زن تأکید کرده و حقوق زن را اولی دانسته است و همان‌طور که ذکر شد، عرف را در تعیین کیفیت روابط آن‌ها ملاک مناسب و مقبول می‌شمارد. قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۰۳ این آیات را وارد حقوق موضوعه کرده و به تبعیت از آن عرف را ملاک تشخیص قرار داد و طبق این معیار برخی قوانین دیگر نیز در زمینه مصادیق حسن معاشرت تصویب گردید. به همین دلیل ماده ۱۱۰۴ ق.م. در خصوص همکاری و همیاری در تشییع مبنای خانواده، ماده ۱۱۰۶ ق.م. و ماده ۱۱۰۷ ق.م. در مورد پرداخت نفقه به زن، ماده ۱۱۱۴ ق.م. در مورد نحوه تعیین منزل مشترک و ماده ۱۱۱۸ ق.م. در مورد استقلال زن در دارایی خود از ماده ۱۱۰۳ ق.م. در بحث حسن معاشرت جدا نیستند و در واقع از مصادیق قانونی آن محسوب می‌شوند و رعایت این حقوق و تکالیف از سوی زوجین، جزء عناصر تشکیل‌دهنده این مفهوم است. بین مفهوم حسن معاشرت مندرج در ماده ۱۱۰۳ و موارد فوق، نسبت عموم و خصوص مطلق برقرار است.^۵ ذکر این موارد در قانون به روشن شدن مفهوم و معیار عرف کمک کرده است و همچنین ممکن است در طول تاریخ،

۱. تأکید می‌شود چون بحث در مورد حقوق زنان است، از دیدگاه حقوق زنان بیان شده است.

۲. «عاشروهنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

۳. آیه شریفه ۱۹ سوره مبارکه نساء.

۴. آیه شریفه ۲۲۸ سوره مبارکه بقره.

۵. زهرا، داور، حسن معاشرت از دیدگاه قانون مدنی و جامعه، چاپ نخست، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۸۰.

این مصادیق تحت تأثیر تحولات اجتماعی و فرهنگی، گسترش پیدا کرده یا محدود شده و تغییراتی داشته باشند. بنابراین تمام مصادیق مذکور در قرآن، روایات و قوانین، تمثیلی بوده و در واقع هر نوع عملی که عقل آن را تأیید کند و عرف جامعه نیز آن را بپذیرد، قابلیت حضور در جرگه مصادیق حسن معاشرت را خواهد داشت.

لازم به ذکر است که با عنایت به تأکید و توجه قانونگذار در قانون اساسی در خصوص قشر زنان جامعه، قوانین عادی نیز در جهت توجه بیشتر به این قشر سوق داده شده و در آینده نیز چه در قوانین موضوعه و نیز عرف جامعه شاهد گسترش مصادیق حسن معاشرت در حق زنان خواهیم بود.

فصل دوم: اشتغال

نیمی از جمعیت جهان را زنان تشکیل می‌دهند و همین واقعیت موجب شده سازمان‌های بین‌المللی از جمله سازمان حقوق بشر، سازمان‌های منطقه‌ای و ملی به حقوق زنان از جمله حق اشتغال زنان توجه بیشتری کنند. اعلامیه جهانی حقوق بشر در سال ۱۹۴۸ ضمن تساوی بر شمردن حقوق زن و مرد، به طور خاص به حمایت از مادران پرداخت و پس از آن مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۶۷ تساوی حقوق زنان در جنبه‌های مختلف اقتصادی و اجتماعی مانند استخدام در مشاغل مختلف ارتقای شغلی تساوی آموزش حرفه‌ای و امثال آن را خواستار شده است و در سال ۱۹۷۹ میلادی کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسید و تا به امروز ۱۸۶ کشور به آن ملحق شده‌اند. کنوانسیون در ماده ۱۱ به امر اشتغال زنان پرداخته است و به طور خلاصه می‌توان اهم مطالب آن را به شرح ذیل عنوان نمود: کنوانسیون ضمن الزام دول عضو در تضمین تساوی میان زن و مرد در امر اشتغال، ایشان را متعهد به فراهم نمودن زمینه‌های مناسب در امور ذیل می‌نماید: شناختن حق اشتغال به عنوان حق ذاتی تمام افراد بشر^۱، استخدام یکسان^۲، تنوع

۱. مقدمه قانون اساسی و اصول ۱۰، ۲۰ و ۲۱ ق.ا.

۲. قسمت «الف» بند ۱ ماده ۱۱ کنوانسیون رفع تبعیض علیه زنان.

۳. همان، قسمت «ب».

شغلی و عدم محرومیت در انتخاب شغل^۱، تضمین سلامتی و ایمنی در کار^۲. از طرفی در جهان امروز توسعه اقتصادی به تنهایی پاسخگوی مفهوم کامل توسعه نیست؛ بلکه سرمایه‌های ملی شامل سه منبع اصلی است که عبارتند از: منابع انسانی، منابع فیزیکی و منابع طبیعی. اما علی‌رغم ضرورت حضور اجتماعی و اقتصادی زنان با تأکید بر اشتغال زنان برخی قوانین، مقررات و یا عرف جوامع همواره محدودیت‌هایی را برای اشتغال زنان به وجود آورده‌اند. بدیهی است که اقتضای جامعه توسعه یافته و یا هر جامعه در حال توسعه نیز چنین است که نمی‌تواند نسبت به شکوفایی استعدادها، خلاقیت‌ها و ایجاد فرصت رشد برای نیمی از جمعیت کشور خود بی‌تفاوت باشد. بدون شک زمانی می‌توان از این ظرفیت عظیم در جهت دستیابی به اهداف توسعه استفاده کرد که محرومیت‌ها، ضعف‌ها و زخم‌هایی را که در طول تاریخ بر پیکره این قشر عظیم سایه انداخته شناسایی کرد و با ارائه راهکارهای اصولی و منطقی و با توجه به منابع موجود دینی، ملی و فرهنگی آن‌ها را برطرف ساخت تا بتوان نقش زنان را در سازندگی جامعه شکوفا و نهادینه کرد.

می‌دانیم که نیمی از جمعیت کشور ما را نیز زنان و نیمی دیگر را، فرزندان آنان تشکیل می‌دهند. این ظرفیت عظیم، دولت و متولیان امور را موظف می‌کند تا روز به روز و بیش از پیش زمینه‌های حضور مؤثر زنان را در عرصه فعالیت‌های مختلف فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی و مدیریتی جامعه فراهم نموده و از آن‌ها حمایت کنند. نگاه ویژه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به زن تصویری روشن از جایگاه زن در نظام اسلامی را ارائه کرده و دولت را موظف نموده که در زمینه‌های مختلف برای رشد شخصیت زن و احیای کلیه حقوق مادی و معنوی او و همچنین در جهت رفع تبعیضاتی که در طول تاریخ در مورد آن وجود داشته قیام و اقدام کند^۳ تا آن‌جا که در مقدمه این قانون آمده است: «زنان به دلیل ستم بیشتری که تاکنون متحمل شده‌اند، از استیفای حقوق بیشتری برخوردار خواهند بود»^۴. با توجه به صراحت اصل دهم قانون اساسی^۱، دایر بر وضع و تدوین

۱. همان، قسمت «ج».

۲. همان قسمت «و».

۳. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، صص ۱۰۱ و ۱۰۲.

۴. مجموعه قوانین اساسی و مدنی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ص ۱۹.

و قوانین زیربنایی در این خصوص، اصل بیست و یکم قانون اساسی^۲ جهات و اصول کلی حمایت از زنان را در تمامی عرصه‌ها وظیفه دانسته و دولت را موظف نمود تا با تصویب قوانین عادی نسبت به اجرای این امر مهم اقدام کند.

در ایران مانند سایر کشورها علاوه بر قوانین و مقررات، افکار اجتماعی و عرف جامعه نیز تعیین‌کننده میزان حضور زنان در عرصه اشتغال در جامعه است که البته با تصویب قوانین عادی در این زمینه از امتیازات ویژه‌ای نیز بهره‌مند گشته‌اند و البته این موضوع تا حدودی نیز نظام‌مند شده است.^۳ در ادامه در قوانین مختلف به این موضوع و تحولات آن می‌پردازیم.

مبحث اول: مفهوم اشتغال

اشتغال به فعالیتی می‌گویند که به منظور تهیه و تولید کالاها و خدمات اقتصادی انجام می‌شود. اشتغال در لغت به معنای به کار پرداختن و مشغول شدن و به عنوان یک واژه خاص به معنای کارهای یدی، فکری، احساسی و عاطفی است که انسان‌ها در زندگی خود انتخاب کرده‌اند^۴ و در ازای انجام آن کار دستمزدی دریافت می‌کنند. مراد از اشتغال در این بحث خروج از خانه و پرداختن به کاری معین در وقتی مشخص و با حقوق و مزایای تعیین شده است؛ البته زن خانه‌دار هم بیکار نیست بلکه کارهای متعدد و گاه نقش‌های مختلفی دارد ولی در واقع لفظ خانه‌داری در عرف عام جامعه در مقابل اشتغال به کار برده می‌شود. در این‌جا نیز به فراخور موضوع، اصطلاح اشتغال به معنای حضور در خارج از منزل است.

۱. «از آن‌جا که خانواده واحد بنیادی جامعه اسلامی است، همه قوانین و مقررات و برنامه‌ریزی‌های مربوط باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی باشد».

۲. «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد: ۱. ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او. ۲. حمایت مادران، بالخصوص در دوران بارداری و حضانت فرزند، و حمایت از کودکان بی‌سرپرست. ۳. ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده. ۴. ایجاد بیمه خاص بیوگان و زنان سالخورده و بی‌سرپرست. ۵. اعطای قیمومت فرزندان به مادران شایسته در جهت غبطه آن‌ها در صورت نبودن ولی شرعی».

۳. رک: ماده ۱۱۱۷ ق.م.

۴. مومنی راد، احمد، بهبودی کلهری، ساناز، مقاله «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، فصلنامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، ۱۳۹۶، شماره سوم، ص ۱۵.

مبحث دوم: اشتغال زوجه در منابع فقهی

دین مبین اسلام بر اشتغال زن تأکید نموده و در این خصوص بر سایر مکاتب فکری و دینی سبقت گرفته است. یکی از دلایلی که بر جواز اشتغال زوجه در اسلام دلالت می‌کند، آیه شریفه ۳۲ سوره مبارکه نساء می‌باشد؛ «لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ...» که یعنی «برای مردان از آنچه به اختیار کسب کرده‌اند، بهره‌ای است و برای زنان نیز از آنچه به اختیار کسب کرده‌اند، بهره‌ای است». استناد به این آیه بر پایه واژه «اِكْتَسَبْنَ» استوار است، این عبارت از ریشه «كَسَبَ» به معنای «طلب رزق» گرفته شده است. لفظ «اِكْتَسَبَ» نیز به همین معنا می‌باشد، با این تفاوت که «كَسَبَ» به دست آوردن چیزی است اعم از این‌که خود انسان از آن استفاده کند یا دیگری؛ ولی «اِكْتَسَبَ» به دست آوردن چیزی است که خود انسان از آن استفاده نماید؛ بنابراین معنای کلمه «كَسَبَ» اعم از معنای «اِكْتَسَبَ» است.^۱

مفسران در مورد مفهوم آیه فوق اختلاف نظر دارند و سه احتمال در مورد این موضوع مطرح می‌باشد؛ الف) مقصود از «نصیب» یا بهره مرد و زن در آیه فوق، پاداش یا عقاب اخروی است؛ یعنی مردان و زنان برای حسنات و طاعات خود پاداش می‌بینند و برای گناهان خود نیز مواخذه می‌شوند. ب) مقصود از «نصیب»، میراث است که پس از فوت مورث دارایی وی به طور قهری به وراثت وی منتقل می‌شود و هر یک از وراثت سهمی از آن دارند. ج) مقصود از «نصیب» بهره‌ای است که هر کس نسبت به درآمدهای خود از کشاورزی، تجارت و مانند آن می‌برد.^۲ به نظر ما نیز احتمال سوم دقیق‌تر می‌باشد؛ بلکه اگر احتمال اول و دوم صحیح باشد، دیگر از آیه فوق نمی‌توان مشروعیت اشتغال زوجه را استنباط نمود. آیه فوق در صورتی بر مشروعیت حق زوجه بر اشتغال دلالت می‌کند که مقصود از «اِكْتَسَبَ» درآمدهای ارادی مانند کشاورزی، تجارت و ... باشد. در ضمن هیچ دلیلی وجود ندارد که آیه را به معنای اول یا دوم محدود نمود؛ به هر حال اگر معنای آیه منحصرأ احتمال سوم

۱. هدایت نیا، فرج‌الله، مقاله «اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی»، نشریه کتاب زنان، شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، سال

نهم، شماره ۳۴، ص ۳.

۲. همان، ص ۴.

نباشد، حداقل اطلاق آیه شامل درآمدهای ارادی زوجه است؛ بنابراین مطمئناً شامل احتمال سوم نیز می‌شود.^۱

البته ادله عامی که دلالت بر جواز اکتساب دارند، شامل کسب زنان نیز می‌شود، مانند آیه شریفه ۱۰ سوره مبارکه جمعه که خداوند فرموده است: «... وَ ابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...»^۲ که لفظ «ابتغا یا جستجوی فضل خدا» مطلقاً زن و مرد را شامل می‌شود. در آیه ۶۱ سوره هود نیز فرموده: «... هُوَ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَ أَسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا...»^۳ که در این جا هم خداوند مطلقاً تمام مردم را به آباد کردن زمین‌ها دعوت کرده است. همچنین قرآن کریم مسأله اشتغال زنان را در قالب داستانی مربوط به چوپانی دختران حضرت شعیب(ع) در سوره قصص، آیه ۲۳ نقل کرده است و می‌تواند از دلایل مشروعیت اشتغال زنان باشد.

مبحث سوم: اشتغال زوجه در قوانین ایران

قوانین ایران نیز مطابق آیات و روایات، با اشتغال زنان مخالفتی نکرده و در آن خصوص حقوقی مشابه حقوق مردان در نظر داشته ولی با این حال براساس خصوصیات و ویژگی‌های خاص زنان و حسب عرف جامعه محدودیت‌هایی را برای نوع شغل زنان مقرر کرده‌اند که در ادامه به آن‌ها می‌پردازیم.

گفتار اول: اشتغال زنان در قانون اساسی

قانونگذار در اصل ۲۸ قانون اساسی مقرر کرده: «هر کس حق دارد شغلی را که به آن مایل است و مخالف اسلام و مصالح عمومی و حقوق دیگران نیست، برگزیند. دولت موظف است با رعایت نیاز جامعه به مشاغل گوناگون برای همه افراد امکان اشتغال به کار و شرایط مساوی را برای احراز

۱. همان‌جا.

۲. «و فضل خدا را جويا شويد...».

۳. «او شما را از زمین پديد آورد و در آن شما را استقرار داد...».

مشاغل ایجاد نماید». این اصل با آوردن تعبیر «هرکس» حکم عامی را بیان نموده و بین زن با هر نقشی در خانواده و مرد فرقی قائل نشده است و دولت را موظف می‌کند، زمینه اشتغال را برای همه افراد با شرایط برابر ایجاد نماید^۱، بنابراین جواز اشتغال زن نیز از آن قابل برداشت است.

در بند دوم و چهارم اصل ۴۳ قانون اساسی نیز مقرر شده؛ «... بند دوم: تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قراردادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند بند چهارم: رعایت آزادی انتخاب شغل و عدم اجبار افراد به کاری معین و جلوگیری از بهره‌کشی از کار دیگری». در این موارد نیز با استفاده از تعبیر «همه» بر حق تمام مردان و زنان در اشتغال تأکید شده است^۲.

در اصل ۲۱ قانون اساسی نیز مقرر شده: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید و امور زیر را انجام دهد؛ ۱. ایجاد زمینه‌های مساعد برای رشد شخصیت زن و احیای حقوق مادی و معنوی او ...». در اینجا نیز تعبیر «حقوق زن در تمام جهات»، تعبیری عام است که از سویی رشد شخصیت و احیای حقوق مادی و معنوی زن مستلزم توجه به استعدادهای اوست که البته ایجاد فرصت شغلی یکی از راه‌های مهم برای نیل به این هدف است.

گفتار دوم: اشتغال زنان در قوانین عادی

در قوانین عادی جمهوری اسلامی ایران نیز با توجه به تأکید قانون اساسی، به مسأله اشتغال زنان اشاره شده است.

۱. هدایت نیا، فرج‌الله، مقاله «اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی»، ص ۴.

۲. همان، ص ۵.

قانونگذار در قانون مدنی مقرر کرده است؛ «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه و صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند»^۱. براساس این ماده زوج حق دارد از اشتغال زوجه در شرایطی جلوگیری کند. همچنین از مفهوم ماده ۱۱۱۷ ق.م معلوم می‌شود که زوجه حق اشتغال دارد و زوج هم فقط در شرایطی حق دارد با نوع شغل زوجه مخالفت کند^۲. در واقع شوهر به عنوان رئیس خانواده و مسئول حفظ مصالح این کانون، می‌تواند زن را از کاری که خلاف مصلحت می‌بیند، باز دارد^۳.

قانون کار در ایران با پشت سر گذاشتن فراز و نشیب‌های فراوان به خصوص پس از پیروزی انقلاب اسلامی و برخلاف برخی از قوانین با تحولات اجتماعی و عرف جامعه، همراه و همگام بوده است. در واقع امروزه با تطابق اصل ثبات در کنار اصل تحول و تکامل براساس موازین اسلامی در زمینه‌های مختلف حقوقی به خصوص حقوق زنان گام برداشته است و در این مورد می‌توان به مبحث چهارم از فصل سوم قانون کار مواد ۷۵ تا ۷۸ راجع به ممنوعیت به‌کارگیری زنان در مشاغل دشوار و نیز مرخصی دوران بارداری و زایمان اشاره کرد^۴.

با توجه به اهمیت این مسأله علاوه بر قوانین مزبور در قوانین دیگر نیز به صراحت به اشتغال زنان اشاره شده است که عبارتند از؛ قانون خدمت نیمه وقت بانوان مصوب ۱۳۶۲، ماده ۳۲ قانون ارتش جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۶، قانون مقررات استخدامی سپاه پاسداران انقلاب اسلامی مصوب ۱۳۷۰، ماده ۲۰ قانون مقررات استخدامی نیروی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۴، تبصره ۵ ماده واحده قانون اصلاح قانون الحاق پنج تبصره به قانون شرایط انتخاب قضات

۱. ماده ۱۱۱۷ ق.م.

۲. هدایت نیا، فرج‌الله، مقاله «اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی»، ص ۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۲۳۳.

۴. هدایت نیا، فرج‌الله، مقاله «اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی»، ص ۱۰.

دادگستری مصوب ۱۳۷۴، سیاست‌های اشتغال زنان در جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۱ شورای عالی انقلاب فرهنگی^۱.

مبحث چهارم: تأثیر عرف بر قوانین مربوط به اشتغال زنان

مطابق ماده ۱۱۰۵ ق.م: «در روابط زوجین ریاست خانواده از خصایص شوهر است». از آثار نقش ریاست این است که زوج مطابق ماده ۱۱۱۷ ق.م می‌تواند با نوع شغل زوجه مخالفت کند؛ بلکه ماده ۱۱۱۷ ق.م مقرر کرده است: «شوهر می‌تواند زن خود را از حرفه یا صنعتی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد، منع کند». به هر حال مطابق مفهوم این ماده زوج نمی‌تواند زوجه را مطلقاً از اشتغال منع کند زیرا فقط در مواردی که شغل مورد نظر منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات آن‌ها باشد، قابلیت منع دارد^۲. قانونگذار در ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ نیز در این خصوص به حق اشتغال زوجه به تفصیل پرداخته بود. به علاوه به موجب ماده ۹۵۹ ق.م، «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی حق تمتع یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند». حق اشتغال نیز جزئی از حقوق مدنی محسوب می‌شود، لذا زنان نیز نمی‌توانند این حق را به طور کلی از خود سلب کنند.

اما علی‌رغم این که ماده ۱۱۱۷ ق.م در خصوص حق زوج برای مخالفت با نوع شغل زن نکاتی را بیان کرده ولی راجع به نحوه تشخیص و ملاک تنافی شغل زن با مصالح خانواده یا حیثیات آن‌ها مطلب خاصی ندارد. اما در هر صورت در ماده ۱۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ که در واقع با تغییراتی همان متن ماده ۱۵ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۴۶ است، مقررات کامل‌تری ذکر شده است. ماده ۱۵ ق.ح.خ مصوب ۱۳۴۶ مقرر داشت: «شوهر می‌تواند با تأیید دادگاه، زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند». در این متن بر لزوم «تأیید دادگاه» تأکید شده است. همچنین ماده ۱۸ مصوب ۱۳۵۳ بیان می‌دارد: «شوهر می‌تواند با

^۱. رک: آرتیدار، طیبه، «قوانین و مقررات ویژه زنان»، چاپ اول، انتشارات سوره مهر، تهران، ۱۳۸۶، صص ۱۵۵-۱۹۹.

^۲. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، ص ۱۳۲.

تأیید دادگاه زن خود را از اشتغال به هر شغلی که منافی مصالح خانوادگی یا حیثیات خود یا زن باشد منع کند. زن نیز می‌تواند از دادگاه چنین تقاضایی را بنماید. دادگاه در صورتی که اختلالی در امر معیشت خانواده ایجاد نشود مرد را از اشتغال به شغل مذکور منع می‌کند».

در تحلیل ماده باید به نکاتی اشاره کرد؛ در واقع با توجه به تحولاتی که در حقوق خانواده و جامعه ایران رخ داده است، در امر قانونگذاری شاهد قوانینی هستیم که به دنبال کاهش قدرت و اختیارات مرد نسبت به زوجه هستند؛ به همین دلیل در این ماده به لزوم تأیید دادگاه اشاره شده و هم این که در مواردی خود زوجه نیز می‌تواند با نوع شغل زوج مخالفت کند^۱. نکته قابل ذکر بعدی در این ماده بحث اختلال در معیشت است که معیاری برای تشخیص آن در ماده تعیین نشده لذا تشخیص آن به عهده دادگاه است که بر اساس داوری عرف باید تکلیف را مشخص کند؛ زیرا تشخیص این که چه شغلی با شرایط خانواده مورد نظر ناسازگار است، امری عرفی می‌باشد و چون عرف جامعه در این خصوص برای افراد و خانواده‌های مختلف داوری یکسانی نمی‌کند؛ بنابراین معیار ثابتی در این مورد نخواهیم داشت و این از بدیهیات است.

طبق ماده ۱۱۱۷ ق.م.ز.ج با توجه به دو شرط تنافی شغل با مصالح خانوادگی و تنافی شغل با حیثیت زوجین می‌تواند با نوع شغل زوجه مخالفت کند. اما با عنایت به ابهامی که در تعیین ضابطه و تشخیص این مغایرت وجود دارد، گویا حق زن در خطر است. البته با توجه به کلیت مفهوم «تشخیص تنافی شغل زن با مصالح و حیثیات زوجین» نمی‌توان معیار ثابتی ارائه کرد و طبیعتاً بر مصادیق فراوانی صدق می‌کند؛ در نتیجه تعیین چهارچوبی مشخص برای تمام خانواده‌ها غیر ممکن است زیرا معیارهایی که با مصالح خانواده منافات داشته باشد در اشخاص و خانواده‌های گوناگون یکسان نیست و اخلاق عمومی و ویژگی‌های فردی در هر خانواده در تعیین مصداق مورد نظر موثر است. لذا مرجع تشخیص مصادیق این ماده فقط دادگاه است که با توجه به عرف جامعه، اخلاق

۱. هدایت نیا، فرج‌الله، مقاله «اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی»، ص ۱۸.

۲. ر.ک: امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۵۲۰.

عمومی، آداب و رسوم جامعه مورد نظر و ویژگی‌های فردی اشخاص مورد نظر تشخیص می‌دهد که آیا شغل زن با مصالح خانواده مخالفت دارد^۱ بنابراین در حالت کلی در این موضوع معیار تعیین مصداق با توجه به عرف عام جامعه و عرف خاص افراد خانواده مورد نظر به دست می‌آید.

در تأیید نتیجه‌گیری فوق به نظریه کمیسیون مشورتی خانواده با موضوع اشتغال زوجه^۲ اشاره می‌کنیم و جهت رعایت مخلص کلام، به بیان نظر اکثریت بسنده می‌کنیم؛ سوال: پیرو پاسخ استعلام شماره ۷/۹۶/۵۶۶ تاریخ ۱۳۹۶/۳/۹ شماره پرونده ۳۴۶-۹۶/۹/۱ ح، با توجه به ماده ۱۱۱۷ ق.م، اولاً منظور از مصالح خانوادگی چیست؟ ثانیاً چه ملاک‌هایی در تشخیص و تنافی یا تعارض حرفه و شغل زوجه با مصالح خانوادگی یا حیثیات زوج وجود دارد؟ ثالثاً چنانچه نفس اشتغال زوجه مغایر مصالح خانوادگی نباشد مانند آن که زن در یکی از نهادهای دولتی یا عمومی غیر دولتی اشتغال داشته باشد، اما با سوءاستفاده از شغل خود در آن نهاد مانند ارتباط غیرمعارف با همکاران مرد در آن مجموعه موجبات نارضایتی همسر خود را فراهم نماید، آیا نام‌برده زوج با توجه به آن که نفس اشتغال مذکور فاقد منع قانونی می‌باشد می‌تواند با استناد به این‌که این اشتغال در آن نهاد منافی با مصالح خانوادگی در اثر سوءاستفاده زوجه از آن می‌باشد، با تقدیم دادخواست از اشتغال زوجه خودداری کند؟ رابعاً آیا تحلیل موصوف در مورد تحصیل زوجه در یکی از مراکز دانشگاهی نیز کاربرد دارد یا آن که ماده ۱۱۱۷ ق.م صرفاً در مورد اشتغال زن به حرفه یا صنعت کاربرد دارد و منصرف از تحصیل وی می‌باشد؟

نظر اکثریت: منظور از مصالح خانواده هر چیزی است که باعث تشدید و استحکام مبانی خانواده می‌گردد و امور منافی با مصالح نیز هر امری است که باعث سستی و از هم گسیختگی زندگی زناشویی می‌شود و تشخیص این‌که چه امری در تنافی با حیثیت زن یا شوهر است با عرف بوده و دادگاه با در نظر گرفتن عرف حاکم بر جامعه و به اعتبار وضعیت فردی و اجتماعی زوجین نسبت به

^۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۲۳۳.

^۲. نظریات کمیسیون مشورتی، کد خبر: ۱۴۲۹۴۵، ۱۳۹۶/۱۲/۲۴، www.dadgostari-es.com

آن تصمیم‌گیری می‌نماید. با توجه به این‌که تحصیل از جمله حقوق مدنی آحاد مردم جامعه است و در منع نمودن افراد از استیفای حقوق خود به لحاظ آن‌که مغایر با حقوق فردی و اجتماعی افراد است، باید به قدر متیقن یا تصریح قانون اکتفا نمود؛ بنابراین موضوع ماده ۱۱۱۷ ق.م. صرفاً مربوط به شغل و حرفه منافی با مصالح خانواده بوده و منع اشتغال به تحصیل از شمول آن خارج است. ضمناً نظریه مشورتی شماره ۹۰۵/۹۴/۷ مورخ ۹۴/۳/۱۰ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در تأیید این نظر می‌باشد.

نکته دیگری که باید در این‌جا ذکر شود و مربوط به کاربردهای عرف در این مقوله می‌باشد، بحث جبران خسارت کارفرما در اثر ترک کار زوجه به دلیل ممانعت زوج و حکم دادگاه می‌باشد. سؤالی مهم در این‌جا مطرح است که آیا با اجرای مفاد ماده ۱۱۱۷ ق.م. زوجه مسئول جبران خسارت وارده به کارفرما است؟ طبق ماده ۲۲۱ ق.م. «اگر کسی تعهد اقدام امری را کند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این‌که جبران خسارت تصریح شده یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد»؛ براساس این ماده جبران خسارت به سه صورت قانونی، قراردادی و یا عرفی خواهد بود. بنابراین اگر در قانون یا قراردادی به مسأله جبران خسارت اشاره نشده باشد، ناچار باید به عرف مراجعه کرد و مطابق ماده ۲۲۹ ق.م. «اگر متعهد به واسطه حادثه‌ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید، محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود» و نیز مطابق ماده ۲۲۷ ق.م. «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود»؛ لذا اگر عدم انجام تعهد منتسب به زوج و حکم دادگاه باشد، خارج از اراده زوجه است و اگر در قرارداد نیز در مورد جبران خسارت مطلبی نیامده باشد، ناچار باید به عرف مراجعه کرد. بنابراین از آن‌جایی که عرف عدم انجام تعهد را با فرض

مخالفت زوج و حکم دادگاه به ترک کار، عذر موجه دانسته پس زن را نیز مسؤول جبران خسارت کارفرما نمی‌داند!

فصل سوم: حق طلاق

یکی از جلوه‌های تفکر برابری جنسیتی در حوزه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، مطالبه حق برابر طلاق برای زنان می‌باشد. این مسأله از جمله بهانه‌های فشارهای بین‌المللی مدافعان حقوق بشر بر احکام و قوانین اسلام و ایران نیز بوده که در طی سال‌های اخیر تحت تأثیر افکار فمینیستی در حوزه فرهنگ و حقوق داخلی ایران نیز نفوذ کرده و طرفدارانی برای خود جذب کرده است. به هر حال بحث طلاق از احکامی است که اسلام با نگاهی موشکافانه آن را طراحی کرده است و فقط در صورت اجرا و مطالعه درست آن به قدرت علمی و جامعه‌شناسی اسلام در این زمینه پی می‌بریم. به هر حال در زمینه بحث مورد نظر به زوایای مختلف موضوع مربوط می‌پردازیم تا جایی که ببینیم عرف جامعه در خصوص این حق زنان چه نقشی ایفا کرده است.

مطابق آیات و روایات منقول، طلاق در درجه اول حق مرد محسوب می‌شود؛^۱ اما باید به نکته‌ای مهم اشاره کنیم که هر انسانی با هر نوع حقوقی زمانی می‌تواند از حق خود منتفع شود که به دیگران ضرری وارد نکند بنابراین باید به تکالیف خود به درستی عمل کند تا بتواند از حقوق مورد نظر استفاده کند. این نکته برگرفته از قاعده «لا حرج» است که در موارد تعارض میان حقوق افراد از آن بهره می‌برند و قاعده‌ای عقلی و شرعی می‌باشد که به قاعده نفی عسر و حرج نیز مشهور است و از جمله مستندات فقهی و دلیل مشروعیت ماده ۱۱۳۰ ق.م (که محل بحث ماست) می‌باشد.^۲ بنابراین در خصوص حق طلاق مرد باید قائل به تفصیل شویم بلکه عقل و انصاف حکم می‌کند که طلاق، زمانی

۱. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۴۵.

۲. به عنوان مثال در آیه ۲۳۱ می‌خوانیم: «وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ: هر گاه زنان را طلاق دادید و پایان زمان عده فرا رسید یا آنان را به خوبی و سازگاری در خانه نگه دارید و یا آنان را به نیکی رها سازید».

۳. افضل‌ی قادری، فرحناز، مقاله «بررسی قاعده لاضرر و لاجرح در طلاق به درخواست زوجه»، فصلنامه شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۷۹، شماره ۱۰، ص ۵.

حق طبیعی مرد به حساب می‌آید و زمانی می‌تواند از آن استفاده کند که وظایف خود را به درستی انجام داده باشد. منظور از وظایف در این جا شامل دو نکته می‌شود؛ اول این‌که با توجه به انحصاری بودن حق طلاق در دستان مرد، امید است که او روابط خود و همسر خود را به درستی مدیریت کند و میان آن‌ها روابط حسنه حاکم باشد. دوم این‌که اگر زوج توان مدیریت روابط زناشویی را نداشت و از سویی به دلیل ناسازگاری از طرف هر یک از آن‌ها طلاق انتخاب بهتری باشد، زوج باید به بهترین نحو و در آرامش از حق طلاق خود استفاده کرده و زوجه را طلاق دهد و راه سومی وجود ندارد. اما اگر وظایف مذکور به درستی انجام نشود، زن با مشکلات عدیده‌ای روبرو خواهد شد و ناچار باید حق طلاق مرد در مواردی به دلیل مصلحت جامعه و قشر زنان محدود شود. شهید بزرگوار، استاد مرتضی مطهری در کتاب «نظام حقوق زن در اسلام» آورده است که عبارت «إِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» یک اصل و قاعده کلی است که قرآن کریم در چهارچوب آن، حقوق زوجیت را مقرر داشته است. علیهذا اسلام به حکم این اصل و به خصوص به موجب تأکیدی که با جمله‌ی «و لا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا» فرموده است، به هیچ وجه اجازه نمی‌دهد که مرد از خدا بی‌خبری از اختیارات خود سوءاستفاده کند و زنی را نه به خاطر زندگی با او بلکه به خاطر در مضیقه قرار دادن او و جلوگیری او از ازدواج با مرد دیگر در قید ازدواج نگه دارد.^۱

در روایتی از ابوبصیر و منقول از امام صادق (ع) آمده است: «هرکس زن دارد و او را نمی‌پوشاند و نفقه او را نمی‌پردازد، بر پیشوای مسلمین لازم است که آن‌ها را (به وسیله طلاق) از هم جدا کند»^۲. بنابراین لازم است به زن نیز حق دهیم که بتواند خود را تحت شرایطی از زندگی با زوج جدا سازد و اسلام نیز این مورد را با مراجعه به حاکم قابل تحقیق دانسته است.

قانونگذاران قانون مدنی ایران از دیرباز به این مسأله توجه داشتند ولی تحت تأثیر برخی ابهامات و تحولات در این زمینه، به درستی به اهداف مورد نظر نائل نشدند. از مهم‌ترین مواردی که در ارتباط

^۱. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، ص ۴۲۰.

^۲. همان، ص ۴۱۹.

با این حق، برای زنان راهگشا بوده و تا حدودی برای آن‌ها اختیاراتی قائل شده، بحث طلاق عسر و حرجی است که در این جا به آن می‌پردازیم؛ زیرا اساساً ملاک تشخیص عسر و حرج، داوری عرف است و از سویی مصادیق آن تحت تأثیر عرف جامعه دائماً در حال تغییر است و از سوی دیگر از جمله اختیاراتی است که زن برای رسیدن به حق طلاق به صورت غیرمستقیم و به شکل قانونی و شرعی از آن بهره‌مند شده است.

مبحث اول: مفهوم عسر و حرج

در لغت‌نامه دهخدا عسر به معنای صعب، بدخویی، تنگ، دشوار، مشکل و سخت شدن روزگار آمده است.^۱ خداوند در قرآن کریم، ذیل آیه ۷ سوره طلاق فرموده است: «... سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا»^۲ که در این آیه نیز عسر به معنای دشواری و ضد یسر به کار رفته است.

در خصوص «حرج» نیز آورده‌اند که اسم مصدر است و در معانی ضیق، تنگی، گناه و حرام به کار می‌رود.^۳ خداوند در قرآن کریم واژه حرج را در دو معنای متفاوت به کار برده است؛ در آیه شریفه ۱۲۵ سوره انعام آورده است؛ «... وَ مَنْ يُرِدْ أَنْ يُدْلِكَ يُجْعَلْ صَدْرَهُ ضَيِّقًا حَرَجًا...»^۴ به معنای سختی و تنگی و نیز در آیه شریفه ۹۱ سوره توبه آورده است: «لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَ لِرَسُولِهِ...» که «حرج» به معنای گناه است.^۵ بنابراین حرج در دو معنا به کار رفته است ولی از آن‌جایی که گناه و سرکشی نیز به معنای سختی و صعوبت برمی‌گردد، می‌توان گفت در مجموع یک معنای کلی دارد و آن هم سختی و دشواری است. در واقع معنای عام حرج، معنای دشواری است. در نتیجه دو کلمه‌ی عسر و حرج مترادف‌اند و این ترکیب در

۱. دهخدا، علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا، ج ۱۰، ص ۱۵۸۸۰.

۲. ترجمه: «... خداوند به زودی پس از دشواری آسانی فراهم می‌کند».

۳. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج ۱، ص ۱۴۱.

۴. ترجمه: «... و آن کس را که بخاطر اعمال خلافش بخواهد گمراه سازد، سینه‌اش را آن‌چنان تنگ می‌کند که...».

۵. ترجمه: «بر ناتوانان و بر بیماران و بر کسانی که چیزی نمی‌یابند (تا در راه جهاد) خرج کنند، در صورتی که برای خدا و پیامبرش خیر خواهی نمایند، هیچ گناهی نیست...».

اصطلاح عبارت است از حالت تنگنا در عمل کردن به الزامات قانونی که اگر مکلف به آن عمل نکند، به مضیقه و سختی درافتد. در این صورت قاعده‌ی لاجرح به کار بسته می‌شود که منشأ کثیری از احکام ثانوی است.^۱ لذا منظور از تکلیف موجب عسر و حرج، تکلیفی است سخت و دشوار که مکلف، عقلاً شاید قدرت انجام آن را داشته باشد ولی این امر عادتاً برای مکلف قابل تحمل نمی‌باشد، همان‌طور که ممکن است انجام آن عمل برای سایر افراد در حالت عادی صعوبت نداشته باشد؛ ولی او را با توجه به شرایطش دچار مشکل می‌کند.

مبحث دوم: قاعده لاجرح در منابع فقهی

مطابق قاعده لاجرح، هرگاه در اجرای احکام نخستین نوعی مشقت شدید و غیر قابل تحمل حادث شود، آن حکم تعدیل می‌شود. در تأیید این قاعده به ادله‌ای از جمله آیات قرآن، روایات و عقل اشاره شده است.

گفتار اول: کتاب

در آیه شریفه ۷۸ سوره حج آمده است: «وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»؛ که یعنی «و در راه خدا چنانچه حق جهاد (در راه) اوست، جهاد کنید. اوست که شما را (برای خود) برگزیده و در دین برای شما سختی قرار نداده است». مفسران نیز این آیه را این‌گونه تفسیر کرده‌اند که خداوند متعال هر دشواری را از سر راه دینداری مؤمنان برداشته است، چه دشواری در احکام نخستین دین و چه دشواری‌های عارضی بر احکام نخستین و از این به دست می‌آید که شریعت اسلامی، شریعتی سهل و آسان است.^۲

^۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۲۱۷.

^۲. طباطبایی، سید محمدحسین، ترجمه تفسیر المیزان، ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، ج ۱۴، ص ۵۸۲.

خداوند در آیه شریفه ۶ سوره مبارکه مائده نیز فرموده است: «مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ»؛ که یعنی «خداوند نمی‌خواهد بر شما دشواری بگیرد»؛ مراد از نفی حرج در این آیه نیز صرفاً برای تأکید نفی است و به کلام این معنا را می‌دهد که خداوند نمی‌خواهد هیچ سختی را بر شما تحمیل کند، در نتیجه می‌رساند که در بین احکام دینی ابداً حکمی حرجی و تحمیلی وجود ندارد و به همین دلیل «خواستن حرج» را نفی کرده، و نه «خود حرج» را.^۱

گفتار دوم: سنت

به دو مورد از روایاتی که در خصوص این موضوع از ائمه معصومین (ع) نقل شده، اشاره می‌کنیم؛ روایتی از شخصی به نام عبدالاعلی نقل شده که «روزی به امام صادق (ع) می‌گوید: به زمین افتادم و ناختم جدا شد. انگشت خود را با پارچه‌ای بستم، حال چگونه وضو بگیرم؟ امام صادق (ع) فرمودند: حکم این قضیه و نظایر آن از کتاب خدا روشن می‌شود؛ زیرا خداوند متعال فرموده است: «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» پس بر آن مسح کن»^۲.

روایت دیگری نیز از امام باقر (ع) نقل شده که حضرت فرمودند: «به راستی خوارج به واسطه جهلشان خیلی بر خود سخت می‌گرفتند، در حالی که دین اسلام آسان‌تر از آن است که آنان عمل می‌کردند»^۳. این روایات نیز دلالت بر نفی حرج دارند و البته که نه خود حرج.

گفتار سوم: عقل

از منابع دیگر در تأیید قاعده لاجرح، عقل است که برای این مسأله دو دلیل عقلی آورده‌اند که عبارت‌اند از قاعده لطف و بنای عقلا.

۱. همان، ج ۵، ص ۳۷۴.

۲. طوسی، محمد بن حسن، التهذیب الاحکام، ج ۱، ص ۱۰۳.

۳. همان، ج ۲، ص ۳۶۸.

دکتر کاتوزیان معتقد است که به حکم عقل، تکلیف باید درخور توان شخص باشد نه خارج از طاقت او زیرا سختگیری‌های بیهوده واکنش نامطلوب به وجود می‌آورد، انگیزه مخالفت با قانون و مقاومت در برابر آن را تقویت می‌کند و اشخاص را به گناه و عصیان وا می‌دارد. پس وظیفه هدایت قانونگذار ایجاب می‌کند که نه تنها امری بیرون از توان و تحمل را در زمره احکام نیاورد، بلکه به شدت و سخت‌گیری نیز نپردازد.^۱

مبحث سوم: قاعده نفی عسر و حرج در طلاق زوجه

ماده ۱۱۳۰ ق.م. ماده‌ای است که با توجه به فقه و مستندات مذکور به دنبال کاربرد قاعده نفی عسر و حرج در خصوص حق طلاق زنان و رفع حرج از آنان در موارد لزوم، تصویب شد^۲ که در طول زمان تحت تأثیر عوامل مختلف تغییراتی نیز به خود دید. مطابق این مصوبه در سال ۱۳۰۷ شرایط الزام زوج به طلاق زوجه این‌گونه بود که بر اساس بخشی از ماده ۱۱۳۰ سابق، «شوهر حقوق واجبه زن را وفا نکند و اجبار او بر ایفا ممکن نباشد. سوءمعاشرت شوهر به حدی باشد که ادامه زندگی با او را غیرقابل تحمل سازد. به واسطه امراض مسریه صعب‌العلاج دوام زندگی برای زن موجب مخاطره باشد». در این ماده صراحتاً به بحث نفی عسر و حرج اشاره نشده بود ولی مصادیق مزبور نشان می‌دهد که اساساً مبنای این مصادیق قاعده لاحق می‌باشد؛ بلکه ملاک آن با ملاک قاعده لاحق همان‌گونه که ذکر شد هم‌خوانی دارد.

بعد از انقلاب اسلامی، شورای عالی قضایی موارد مذکور در ماده ۱۱۳۰ را ناقص دانست و در استفتائی از حضرت امام خمینی (ره) پرسیدند: «آیا می‌توانیم موارد سه‌گانه مندرج در ماده ۱۱۳۰ را حذف و از عنوان عسر و حرج به طور عام استفاده کنیم؟» امام (ره) در پاسخ به این پرسش فرمودند: «طریق احتیاط این است که زوج را با نصیحت و آلا با الزام وادار به طلاق نمایند و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده شود و اگر جرأت بود، مطلبی دیگر بود که آسان‌تر است». نظر به

^۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۳۸۱.

^۲. دبیر خانه نشست اندیشه‌های راهبردی، کتاب نشست اندیشه‌های راهبردی زن و خانواده، ج ۲، پیام عدالت، تهران، ۱۳۹۱، ص ۷۱۱.

فتوای امام (ره) ماده ۱۱۳۰ ق.م سابق اصلاح گردید و به شکل ذیل مقرر شد: «در مورد زیر زن می- تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق نماید. در صورتی که برای محکمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است، می تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورت میسر نشدن، به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود»^۱.

با توجه به اشکالات شکلی و ادبی که این ماده داشت، در سال ۱۳۷۰ مجدداً این ماده اصلاح شد ولی از لحاظ محتوایی تغییری نکرد بدین شکل؛ «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج باشد وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوج به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود»^۲.

با توجه به بیان کلی ماده و این که مفهوم عسر و حرج نیز به صورت کلی و بدون بیان مصادیق آن آمده، طبیعتاً موجب شد که قضات در خصوص تعیین این مصادیق نظرات متفاوتی داشته باشند و سلیقه‌ای رفتار کنند. لذا اسباب صدور آرای متهافت در این زمینه فراهم گردید. از سویی زنان نیز این توانایی را نداشتند که آگاهانه مصادیق عسر و حرج را ثابت کنند و اکثراً سردرگم بودند^۳. به همین دلیل در راستای اصلاح این ماده، ۲۲ نفر از نمایندگان دوره پنجم مجلس شورای اسلامی در نامه‌ای به ریاست مجلس مکتوب کردند؛ «پرونده‌هایی که به دادخواست طلاق از طرف زوج و به موجب ماده ۱۱۳۰ ق.م مطرح می شود و از مصادیق عسر و حرج محسوب می شوند از طولانی ترین دادرسی- ها در محاکم می باشد و گاه موجب صرف سال‌های جوانی زنان در دادگاه‌ها می شود. همچنین تفاسیر به عمل آمده از ماده فوق‌الذکر بیانگر رویه‌های مختلف قضایی است که ناشی از ابهام و اجمال ماده است. بنابراین ضرورت دارد برخی مصادیق بارز و مبتلابه که شیوع فراوان در محاکم دارد تعیین شود تا موجب سهولت امر قضاوت و ایجاد وحدت رویه قضایی گردد». بنابراین در همین راستا،

۱. حاجی پور، مرتضی، مقاله «اختیار زوج و ابهام در مفهوم عسر و حرج»، پژوهش زنان، دوره ۲، ۱۳۸۳، شماره ۲، ص ۱۷۰.

۲. همان، ص ۱۷۱.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ص ۳۸۴.

نمایندگان مجلس شورای اسلامی طرح الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ ق.م را پیشنهاد کردند. طرح ارائه شده پس از مباحث طولانی و اختلافاتی که میان مجلس و شورای نگهبان وجود داشت، بالاخره در تاریخ ۱۳۸۱/۴/۱۳ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید.^۱ این تبصره عبارت است از:

«عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجین با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد و موارد ذیل در صورت احراز توسط دادگاه صالح از مصادیق عسر و حرج محسوب می‌شود:

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی یا نه ماه متناوب در مدت یکسال بدون عذر موجه.

۲. اعتیاد زوج به یکی از مواد مخدر یا ابتلاء وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد آورد و امتناع یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد وی لازم بوده است. در صورتی که زوج به تعهد خود عمل ننماید و یا پس از ترک، مجدداً به مصرف موارد مذکور روی آورد، بنا به درخواست زوجه، طلاق انجام خواهد شد.

۳. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴. ضرب و شتم یا هرگونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

۵. ابتلاء زوج به بیماری‌های صعب‌العلاج روانی و ساری یا هر عارضه صعب‌العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.

^۱ حاجی پور، مرتضی، مقاله «اختیار زوجه و ابهام در مفهوم عسر و حرج»، پژوهش زنان، صص ۱۷۱ و ۱۷۲.

موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق صادر نماید^۱.

بر اساس مندرجات این ماده و تبصره آن، در آرای صادره از سوی دادگاه‌ها نیز تشخیص مصادیق بر عهده داوری عرف نهاده شد. به عنوان مثال به دو مورد از آرای که بر این اساس صادر شده‌اند، اشاره می‌شود؛

الف) آرای دادگاه‌های ۱۰، ۸۱، ۵۲، ۲۲/۴۸۵/۷۲: «بیرون کردن زوجه از خانه (و عدم انفاق زوج مگر به حکم دادگاه) و در مجموع سوءرفتار و سوءمعاشرت، از موارد عسر و حرج است»^۲.

ب) دادگاه تجدید نظر استان تهران در تاریخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۴، در کلاسه پرونده ۲۰۵۳/۲/۸۵ با شماره دادنامه ۲۱۱۵، بیان کرده است: «مطالب ابرازی تجدیدنظر خوانده، به حدی نیست که در عرف جامعه مبین وجود عسر و حرج ناشی از دوام زوجیت باشد...»^۳.

مبحث چهارم: محدوده عرف در طلاق عسر و حرج

از خصوصیات مهم قاعده لاجرح ارجحیت آن در مقام تعارض با سایر قواعد است زیرا هدف اصلی این قاعده، رفع دشواری و مشقت از مکلف است و با استفاده از همین مبنا برخی از فقهای برجسته از جمله آیت‌الله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی برخلاف نظر مشهور فقها، حکم کلی حق طلاق مرد را تخصیص زدند^۴ و جهت صیانت از حقوق زنان و پویایی احکام بر اساس مقتضیات زمان و مکان، گام مهمی برداشتند. بعدها قانونگذاران قانون مدنی از دیدگاه این دسته از فقها استفاده

۱. مجموعه قوانین اساسی و مدنی، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، صص ۴۳۷ و ۴۳۸.

۲. قاسم زاده، سید مرتضی و جمعی از نویسندگان، تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی، چاپ نخست، سمت، تهران، ۱۳۸۲ ه.ش، ص ۴۰۰.

۳. زندی، محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور خانواده ۱، چاپ چهارم، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۳ ه.ش، ص ۱۱۳.

۴. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، ملحقات عروه الوثقی، ج ۲، ص ۶۸.

کردند و به قاعده عام «نفی عسر و حرج» یا «لا حرج» تکیه کردند و بر اساس این ادله برای زن نیز حق طلاق، هرچند محدودتر از شوهر، قائل شدند و به این موضوع در ماده ۱۱۳۰ ق.م و تبصره آن قالب قانونی بخشیدند. در واقع فلسفه تصویب و اصلاح ماده ۱۱۳۰ ق.م و الحاق یک تبصره به آن، پاسخی به نیازهای زمان جهت جبران فقدان اختیارات قانونی زنان می‌باشد و در تمام این موارد حسب اهداف قانون اساسی رفع حرج از وضعیت زنان مدنظر قانونگذار بوده است. البته برخی از این مصادیق در قالب شروط ضمن عقد نکاح در اسناد رسمی نکاحیه آمده است ولی قانونگذار به این موارد جنبه قانونی داده و این از لحاظ حقوقی و قضایی تحولی در نظام حقوقی محسوب می‌شود و موجب شده دادگاه‌ها از طرفی آزادی عمل بیشتری در خصوص طلاق ناشی از عسر و حرج داشته باشند و از طرف دیگر تعیین مصداق توسط قانونگذار، قضات را با محدوده نظری و عملی مشخصی روبرو کرد تا از دایره مصادیق خارج نشوند و حقوق زنان و مردان بدین وسیله ضایع نشود.

محدوده عملی و نظری قاعده لاحرج در ماده ۱۱۳۰ ق.م و تبصره آن مصادیقی را شامل می‌شود که نیاز به بررسی دارد و بحث مهمی است. به عبارت دیگر برای تشخیص این‌که چه مسأله‌ای برای زوجه مطابق ماده ۱۱۳۰ ق.م و تبصره آن مشقت آور بوده و موجب عسر و حرج وی شده و بر اساس آن درخواست طلاق داده، نیازمند معیار خاصی هستیم. علما در این خصوص به دو بحث حرج شخصی و حرج نوعی اشاره کردند.^۱ ملاک شخصی به وضعیت خاص فیزیکی و روحی زوجه یا هر شخصی مربوط می‌شود که ممکن است آن ویژگی در سایر اشخاص وجود نداشته باشد و حتی می‌تواند بر اساس زمان و مکان نسبت به خود شخص نیز متغیر باشد. اما ملاک نوعی به وضعیت کلی یک انسان عادی و متعارف اطلاق می‌شود که در یک جامعه و در کنار سایر اشخاص زندگی می‌کند و وجه اشتراک تمام افراد جامعه در یک زمان و مکان محسوب می‌شود. به تعبیری دیگر همانند عرف عامی است که به نحوه زندگی عادی و عرفی تمام مردم در شرایط عادی اطلاق می‌شود. بنابراین در نوع حرج شخصی، عمل و رفتار مورد نظر نسبت به شرایط خود شخص، طاقت فرسا می‌باشد ولی

^۱. دبیر خانه نشست اندیشه‌های راهبردی، کتاب نشست اندیشه‌های راهبردی زن و خانواده، ص ۷۱۹.

در نوع حرج نوعی مشقت عموم مردم مطرح است، اعم از این که بر شخص خاصی سخت باشد یا خیر.

در مورد ملاک نوعی بودن نیاز به قرینه داریم که در روایات قرینه‌ای برای آن وارد نشده و به عنوان مثال در زمینه طلاق زوجه، قاضی ملاک را حرج شخصی زوجه قرار می‌دهد، اما برای احراز آن، به داوری عرف مراجعه می‌کند. به عبارت دیگر اگر نوع مردم با داشتن آن حالات روحی و جسمی دچار حرج شوند، حکم طلاق وی را صادر می‌کند.^۱ دکتر حسن امامی معتقد است: «ملاک تشخیص آن که چه امری سوء معاشرت 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»^۲.

در نتیجه به نظر می‌رسد بهتر است از هر دو جنبه نوعی و شخصی استفاده شود. دکتر کاتوزیان معتقد است؛ «شخصی، از این نظر که در هر دعوی وضع خاص زن و شوهر و شرایط زندگی زناشویی آنان مطرح می‌شود و نوعی، از این جهت که انسانی متعارف و طاقت او مورد نظر قرار می‌گیرد و لذا زندگی در صورتی حرجی محسوب می‌شود که در نظر عرف هم ادامه زندگی، طاقت فرسا و مشقت بار باشد و آلا نازک‌دلی که به اندک نامالایماتی کاسه صبرش لبریز می‌شود، نمی‌تواند به بهانه‌های نامتعارف از شوهر درخواست طلاق کند. پس کلا باید عسر و حرج انسانی متعارف در آن شرایط خاص مد نظر قرار گیرد»^۳. به عبارت دیگر برای تشخیص مصادیق عسر و حرج بهتر است در کنار نگاه کلی و داوری عرف، بر ویژگی‌های متفاوت و شخصیتی زوجه نیز نگاه خاصی داشت؛ زیرا اساساً افراد روحیات مختلفی دارند و نمی‌توان تمام انسان‌ها را با یک خط‌کش اندازه‌گیری کرد. قانونگذار قانون مدنی نیز در طی اصلاحات انجام شده به نحوی در جهت همین موضوع حرکت کرده است و با بیان کلی عسر و حرج، داوری اصلی را برعهده عرف گذاشت و در ادامه با بیان

۱. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۱، چاپ سوم، مدرسه امام امیر المومنین، قم، ۱۴۱۱ ه.ق، ص ۱۹۶.

۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۵، ص ۳۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ص ۲۶۲ و ۲۶۱.

مصادیقی وارد جزئیات شده و اختیارات قاضی را تا حدودی مشخص تر کرد. به طوری که با اثبات موارد مذکور در تبصره، قاضی مکلف است رأی صادر کند ولی در مواردی که موضوع مطابق این موارد نیست، قاضی مکلف است تحقیقات بیشتری انجام دهد تا به ملاک واحد با مصادیق مصرحه برسد. اما در مجموع این اصلاحات هم برای قضات راهگشا بوده است و هم زنان را از سردرگمی سابق بیرون آورد و مانع برخوردهای سلیقه‌ای در این زمینه شد.

لازم به ذکر است که مصادیق عسر و حرج در ازمنه و امکانه مختلف، متغیر است و طبیعتاً عرف خاص و عام مهم‌ترین نقش در تعیین و تغییر این مصادیق را ایفا می‌کنند، لذا قابلیت تغییر در این مصادیق در طول زمان، نیاز حیاتی می‌باشد؛ با این اوصاف رفته رفته راه رسیدن زنان به نیازهای مستحدث در این زمینه باز خواهد شد و فقدان اختیارات ناشی از طلاق نیز جبران خواهد شد.

فصل چهارم: حق حضانت

کودک، محصول کوچک جامعه‌ای کوچک به نام خانواده است که بعدها آینده جامعه بزرگ‌تری به نام کشور و ملتی را رقم خواهد زد. شاید به همین دلیل از نظر شارع تحکیم بنیان‌ها و اساس خانواده، اصلی اساسی می‌باشد تا فرزندان سالم برای جامعه‌ای سالم تربیت شوند و لذا حقوق و تکالیف مختلفی از این لحاظ بر دوش زوجین و نهادهای دولتی نهاده شده است.

یکی از این حقوق و تکالیف حضانت و نگهداری از کودک است. اجرای این حق و تکلیف تا زمانی که میان زوجین جدایی به وسیله طلاق صورت نگرفته باشد به صورت اشتراکی بر عهده هر دو تن است. اما پس از طلاق، شارع برای حفظ مصلحت کودک و سلامت جسمی و روانی او، نهاد حضانت را بر اساس معیارهایی بر عهده یکی از آنها قرار داده و هر کدام وظیفه دارند حسب مقررات از کودک مراقبت کنند.

به هر حال در فقه و قانون تعریف مشخصی از این نهاد ذکر نشده است و مصادیق مشخصی برای آن در نظر گرفته نشد؛ بنابراین بر عهده عرف و آداب و رسوم بوده که تا حدودی این محدوده معین شود. به هر حال قانون مدنی تا حدودی مصادیق و مفاهیم حضانت را به شکل تمثیلی بیان کرده است و ما نیز در ادامه به تبیین این مفهوم و روابط آن با عرف جامعه و همچنین تأثیر این عرف بر قوانین این حوزه در قالب حقوق زنان می‌پردازیم.

مبحث اول: مفهوم حضانت

آمده که کلمه حضانت از مصدر «حَضَنَ» گرفته شده است و به معنی زیر بغل تا پهلو می‌باشد زیرا دو حَضَن هر چیزی، دو پهلو آن است و آمده «حَضَنَ الطَّائِرُ بَيْضَهُ» که یعنی: «پرندۀ تخم خود را زیر بال گرفت»^۱ و در اصطلاح، اولین فقیه جعفری که از حضانت تعریفی بیان نموده علامه حلی است؛ «حضانت ولایت و سلطنت بر تربیت کودک است»^۲. همچنین تعریف جامعی که اکثر فقها در بسیاری از کتب مشترکاً از آن استفاده کردند، تعریف شهید ثانی در کتاب «مسالك الافهام» است؛ «حضانت عبارت است از ولایت بر طفل و مجنون برای تربیت او و امور مربوط به تربیتش از مصلحت طفل، نگهداری او، خواباندن و برداشتنش از بستر، سرمه کشیدن، نظافت کردن و شستن جامه و لباسش و امثال این امور»^۳.

برخی معتقدند مفهوم حضانت، مفهومی عرفی است؛ زیرا در شرع و روایات ائمه (ع) تعریفی از این لفظ نیامده و بیشتر به دنبال بیان احکام حضانت بوده‌اند^۴. به هر حال این نکته که حضانت مفهومی عرفی دارد، آثاری به دنبال خواهد داشت و از آثار عرفی بودن مفهوم حضانت این است که در مقابل مفهوم ولایت قرار می‌گیرد که مفهومی شرعی دارد و نمی‌توان آن‌ها را در یک ردیف قرار

۱. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان‌العرب، ج ۳، ص ۱۵۰.

۲. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۱۰۱.

۳. جبلی عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، ص ۴۲۱.

۴. ایزدی فرد، علی اکبر، ادبی فیروزجایی، رزاق، مرتاضی، احمد، زارعی، محمد مهدی، مقاله «درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی»، مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، ۱۳۹۵، شماره ۱، ص ۴۰.

داد. بنابراین تعریفی که برخی از فقها و حقوقدانان از حضانت به ولایت بودن آن تعبیر کرده‌اند، تا حدودی نادرست است.^۱ اثر دیگر این‌که اگر حضانت را مفهومی عرفی بدانیم باید بپذیریم که دائماً تحت تأثیر تحولات جامعه و اقتضائات زمانی و مکانی قابل تغییر است.^۲ بنابراین طبیعی است که امروزه تحولات گسترده فرهنگی و اخلاقی در سطح جامعه، به حوزه حضانت نیز سرایت کرده و طبیعتاً باعث شده که مصادیق حضانت گسترده‌تر شوند. از جمله مصادیق حضانت می‌توان به لزوم آموزش زبان‌های خارجی، تربیت اخلاقی با عضویت در کلاس‌های تربیتی، پرورش قوای جسمانی و استعداد یابی با عضویت در کلاس‌های ورزشی و غیره اشاره کرد. فلذا واضح است که با توجه به این تحولات نمی‌توان مصادیقی ثابت و مشخص برای همه زمان‌ها در مورد نحوه حضانت از فرزند نام برد.

بدین ترتیب در این فصل به دنبال تحقیق و بررسی در خصوص تأثیر عرف بر حضانت هستیم تا اساساً به ریشه این تغییرات پی ببریم.

مبحث دوم: ماهیت حضانت

منظور از ماهیت حضانت آن است که تشخیص دهیم آیا حضانت حق و اختیاری است که به زن یا مرد تفویض می‌شود یا تکلیفی است که هر کس باید حسب مورد آن را انجام دهد. مفاد این مبحث هنگامی آشکار می‌شود که اختلاف زوجین به گونه‌ای باشد که هیچ کدام قبول زحمت حضانت فرزند را نکنند.

قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در ماده ۱۱۶۸ ق.م.مقرر کرده: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابویین است». و در ماده ۱۱۷۲ ق.م.مقرر کرده: «هیچ یک از ابویین حق ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست، از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابویین، حاکم

^۱. همان، ص ۴۱.

^۲. همان‌جا.

باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقربا و یا به تقاضای مدعی‌العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابویین که حضانت به عهده اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند^۱. بر اساس این دو ماده حضانت هم حق و هم تکلیف ابویین است و قابلیت اسقاط و انتقال ندارد و حتی عوض طلاق خلع نباید قرار بگیرد. قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱ نیز این موضوع را به طور ضمنی تأیید کرده؛ زیرا برای خودداری مسؤول حضانت از انجام تکالیف مقرر مجازات کیفری تعیین نموده است^۲.

مبحث سوم: شرایط تعلق حق حضانت

همان‌طور که ذکر شد در حالت عادی میان زن و شوهر اختلافی بر سر حضانت فرزند وجود ندارد؛ بلکه مشترکاً حق و تکلیف حضانت فرزند را بر عهده دارند. اما هنگامی که اختلافی پیش آید و ابر سیاه طلاق بر زندگی خانواده حاکم شود، ناچار در اثر جدایی باید اولویت حق حضانت مشخص شود. در حقوق کنونی ایران با توجه به قوانین حاکم اولویت حق حضانت با مادر است و بعد از او نوبت به پدر و سپس جد پدری و در صورت فقدان او نوبت به وصی منصوب از سوی پدر یا جد پدری می‌رسد ولی بعد از او یا فقدان او حضانت بر اساس قاعده «الاقربُ یمنعُ الابد» به خویشان کودک و اقوام او از لحاظ نزدیکی می‌رسد؛ اما نمی‌توان آن‌ها را همانند پدر، مادر، جد و وصی ملزم به این کار کرد^۳. البته باید توجه کرد که ماده ۱۲۳۵ ق.م مقرر داشته: «مواظبت شخص مولی‌علیه و نمایندگی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او، با قیم است». از عبارت «مواظبت شخص» بر می‌آید که قیم علاوه بر اداره اموال کودک، مسؤول حضانت او نیز می‌باشد،

۱. ماده ۵۴ ق.ج.خ مصوب ۱۳۹۱.

۲. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۸۲.

۳. همان، ص ۳۹۱.

بنابراین بعد از وصی منصوب، باید سراغ قیّم رفت.^۱ لازم به ذکر است که دادگاه مطابق ماده ۴۱ ق.ح.خ^۲ می‌تواند با رعایت مصلحت کودک حضانت را به کسی که شایسته‌تر است، بسپارد.

به هر حال با عنایت به این که زوجه در حق حضانت اولویت دارد و موضوع تحقیق نیز در خصوص حقوق زنان است، به بررسی شرایط استقرار این حق از زاویه دید زنان می‌پردازیم. بنابراین در صورتی که مادر فاقد ویژگی‌های ذیل باشد، این حق از او سلب شده و به دیگری سپرده می‌شود. در ضمن ذیل این موارد به نقش کاربردی عرف در موضوع مورد نظر نیز می‌پردازیم.

گفتار اول: عقل

با توجه به این که جنون زوجه، بهداشت و امنیت روانی کودک را در معرض خطر قرار می‌دهد و حتی خود شخص نیز نیاز به پرستار دارد؛ لذا نمی‌توان مسئولیت حضانت کودک را بر عهده‌ی او قرار داد، هر چند که نسبت به دیگران اولویت داشته باشد. به همین دلیل در ماده ۱۱۷۰ ق.م.آمه است: «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با اوست، مبتلا به جنون شود ... حق حضانت با پدر خواهد بود». البته لازم به ذکر است این مورد شامل زوج نیز می‌شود و اختصاص به زوجه ندارد؛ یعنی زوج مجنون نیز حق حضانت ندارد.^۳ فقها نیز جنون را مانع حضانت دانسته‌اند و بر لزوم عقل برای پدر و مادری که حضانت فرزند را به عهده می‌گیرند، تأکید کرده‌اند.^۴

۱. همان، ص ۳۹۲.

۲. «هر گاه دادگاه تشخیص دهد توافقات راجع به ملاقات، حضانت، نگهداری و سایر امور مربوط به طفل برخلاف مصلحت او است یا در صورتی که مسوول حضانت از انجام تکالیف مقرر خودداری کند و یا مانع ملاقات طفل تحت حضانت با اشخاص ذی حق شود، می‌تواند در خصوص اموری از قبیل واگذاری امر حضانت به دیگری یا تعیین شخص ناظر با پیش‌بینی حدود نظارت وی با رعایت مصلحت طفل تصمیم مقتضی اتخاذ کند».

۳. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۹۳.

۴. حلی، حسن بن یوسف، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، ص ۱۰۱.

نکته دیگر این که مقصود از جنون در این ماده، اعم از جنون ادواری یا دائمی است، مگر این که جنون استمرار نداشته باشد و یا چنان زودگذر باشد که در عرف نتوان شخص را دیوانه نامید و به هر حال مصلحت کودک باید در نظر گرفته شود^۱.

قانونگذار در بند سوم تبصره ماده ۱۱۷۳ ق.م.ا.ت.ا به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی را از عوامل سلب حق حضانت دانسته است؛ بنابراین اگر زوجه ابتدا سالم بوده ولی بعداً به بیماری‌های روانی مبتلا شود که البته با تشخیص پزشکی قانونی باید باشد، موجب سلب حق حضانت زوجه خواهد بود.

گفتار دوم: بلوغ و توانایی جسمی

علاوه بر توانایی عقلی، بلوغ و توانایی جسمی نیز مهم است. بلکه اشخاص ناتوان مانند شخص نابالغ توانایی جسمی لازم برای انجام امور خویش را ندارد، پس نمی‌تواند امور تربیتی و نگهداری جسمی و روحی طفلی دیگر را برعهده بگیرد. در این مورد ماده ۱۱۷۳ ق.م.ا.ت.ا به مواردی اشاره کرده است. در ضمن ناتوانی در نگهداری کودک می‌تواند ناشی از حبس، غیبت، اعتیاد، بیماری و امثال این‌ها نیز باشد.

اعتیاد زوجین به مواد مخدر، قمار، الکل و غیره برای سلامتی جسمی و روحی کودکان بسیار مخرب است. قانونگذار نیز به این مسأله واقف بوده و آن را از عوامل انحطاط اخلاقی و جسمانی زوجین دانسته است. اخلاقی، از این جهت که بر تربیت کودک تأثیر منفی می‌گذارد و آینده کودک در معرض محیطی جرم‌زا و آلوده قرار می‌گیرد و جسمانی، از این جهت که شخص معتاد توانایی مراقبت جسمانی از خود را نیز ندارد، چگونگی به کودکی خردسالی رسیدگی کند. اعتیاد شدید به سیگار نیز در این دسته قرار می‌گیرد؛ زیرا دود و مواد مضر آن به شدت برای کودک خطرناک است، بنابراین باید از شخص معتاد به سیگار نیز دوری گزید و آن را از مصادیق انحطاط توانایی زوجین

^۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ص ۴۰۲.

برشماریم و از این ملاک می‌توان نتیجه گرفت هر نوع اعتیادی قابلیت این را دارد که مانع حق حضانت زوجین شود.^۱ نکته قابل توجه در این مورد این است که قانونگذار در بند ۱ ماده ۱۱۷۳ ق.م. از لفظ «زیان آور» برای اعتیاد استفاده کرده است، پس باید توجه داشت که گاهی اوقات ممکن است زوجین با وجود اعتیادی که دارند از کودک در برابر این معضل به درستی محافظت کنند، در این صورت این اعتیاد، زیان آور نیست و حضانت باقی خواهد ماند.^۲ به هر حال قانون ملاک خاصی برای تشخیص زیان آور بودن تعیین نکرده است؛ بلکه قاضی در این جا نیز براساس معیار کلی عرف جامعه و وضعیت زندگی آن خانواده، مکلف است تصمیم‌گیری نماید و داوری عرف را ملاک عمل قرار دهد.

اگر مادر دچار بیماری مسری و صعب‌العلاجی مانند حصبه، گریپ، سل و غیره گردد که برای سلامت کودک مضر باشد و احتمال ابتلای کودک نیز برود و از طرفی مادر توانایی جسمی حفاظت از کودک در این شرایط را نداشته باشد، حق حضانت از او سلب می‌شود. البته اگر اقدامات پزشکی مناسب برای حفاظت از کودک انجام شود و قاضی با عنایت به این مسئله، قانع شود که سلامت کودک حفظ خواهد شد، حق حضانت باقی خواهد ماند و می‌توان گفت اصل بقای حضانت است و دلیلی بر سقوط حضانت به صرف ابتلای شخص به یک بیماری واگیردار وجود ندارد و به ویژه آن‌که ممکن است بیمار مباشرت در نگهداری طفل نداشته و اقدام لازم برای جلوگیری از سرایت بیماری به عمل آورد، مخصوصاً در مورد بیماری گریپ زیان ناشی از سرایت بیماری عرفاً قابل تحمل است و عرف و ذوق سلیم سقوط حضانت را نمی‌پذیرد؛^۳ لذا در این جا نیز ملاک عمل برای قاضی می‌تواند داوری عرف باشد.

۱. دیبانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، چاپ اول، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۷، صص ۳۳۵ و ۳۳۶.

۲. وفایی، فاطمه، بحرینی، محمدجواد، مقاله «سقوط حضانت کودک»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی پرتال علوم انسانی، سال ۱۳۹۵، ص ۱۲۹.

۳. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، صص ۳۹۴ و ۳۹۵.

در حالت کلی در تأیید این مانع می‌توان به آیه شریفه ۲۳۳ سوره مبارکه بقره اشاره کرد که خداوند متعال فرموده است: «... لا تَضَارُّ وَالِدَهُ بِوَلَدِهَا...» که سلامتی کودک را از خطراتی که ممکن است از طرف اقربا به او وارد شود، ضمانت می‌کند.

گفتار سوم: توانایی اخلاقی

ماده ۱۱۷۳ ق.م مقرر می‌دارد: «هر گاه در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت او است صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد محکمه می‌تواند به تقاضای اقربای طفل یا به تقاضای قیم او یا به تقاضای رئیس حوزه قضایی هر تصمیمی را که برای حضانت طفل مقتضی بداند، اتخاذ کند.

موارد ذیل از مصادیق عدم مواظبت و یا انحطاط اخلاقی هر یک از والدین است:

۱. اعتیاد زیان آور به الکل، مواد مخدر و قمار.
۲. اشتهار به فساد اخلاق و فحشاء.
۳. ابتلاء به بیماری‌های روانی با تشخیص پزشکی قانونی.
۴. سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشاء، تکدی‌گری و قاچاق.
۵. تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف.

۱. اصلاحی ۱۳۷۶/۸/۱۱.

لازم به ذکر است مطابق قانون اوصاف اخلاقی باید به گونه‌ای باشند که صحت جسمانی و تربیت اخلاقی کودک در معرض خطر نباشد و آلا از مصادیق سلب حضانت می‌باشد. در ادامه به این گونه مصادیق می‌پردازیم؛

بند اول: اشتهار به فساد اخلاق و فحشاء

از عبارت قانونی برمی‌آید که در مواردی که شخص در نهان فساد و فحشاء کند شامل ماده ۱۱۷۳ ق.م.نمی‌شود؛ بلکه اشتهار به این نوع اعمال و تجاهر به آن‌ها باعث سقوط حق حضانت می‌شود. بنابراین اگر زوج یا زوجه از نظر عرف و جامعه شخصی فاسد باشد و به این عمل خود تجاهر کند سلامت اخلاقی او مورد تأیید نیست و چنین شخصی طبیعتاً طفل تحت حضانت را مستقیم یا غیرمستقیم تحت تأثیر قرار می‌دهد. این مانع اخلاقی به دلیل وابستگی آن به عادات و رسوم اجتماعی، بیش از سایر عوامل تاب تفسیرهای گوناگون را دارد. بنابراین اعتیادهای زیان بار، پیشه کردن اعمال منافی عفت، عادت به رشوه خواری، خیانت و کلاهبرداری، از نمودهای بارز انحطاط اخلاقی و فسق است.^۱

بند دوم: سوءاستفاده از طفل

بند چهارم ماده ۱۱۷۳ ق.م. یکی دیگر از موارد انحطاط اخلاقی و عدم مواظبت از طفل را سوءاستفاده از طفل یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فساد و فحشاء، تکدی‌گری و قاچاق می‌داند؛ ولی از آنجایی که در صدر ماده از عبارت «مصادیق» استفاده شده است، این موضوع را به سایر مصادیق نیز توسعه می‌دهیم زیرا ملاک آن‌ها یکسان است؛^۲ یعنی اگر زوجه از فرزند خود جهت فساد جنسی یا توزیع مواد مخدر نیز استفاده کند، مشمول این بند می‌شود.

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، میزان، تهران، ۱۳۸۷، ص ۳۹۷.

۲. ر.ک: دیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، ص ۳۳۷.

بند سوم: خشونت

قانونگذار در ماده ۱۱۷۹ ق.م مقرر کرده است: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب تنبیه نمایند». در جایی دیگر در بند پنجم ماده ۱۱۷۳ ق.م مقرر شده که «تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف»، از مصادیق انحطاط اخلاقی و عدم مواظبت می‌باشد. از جمع مواد نتیجه می‌شود که تنبیه توسط ابوین زمانی عامل سقوط حق حضانت است که خارج از حد متعارف باشد و این عمل تکرار شود. بنابراین از آن جایی که قانون و فقه، معیار مشخصی برای تعیین تکلیف در این مورد ارائه نکرده‌اند؛ باید به عرف جامعه و تفاسیر عرفی مراجعه کنیم^۱ و آن را ملاک حدود تأدیب مذکور در ماده ۱۱۷۹ ق.م بدانیم. البته که خود قانونگذار نیز در ذیل ماده ۱۱۷۳ ق.م و بند ت ماده ۱۵۸ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲^۲ به عرفی بودن تنبیه اشاره کرده است. با این تفاسیر، در هر زمانی متناسب با اقتضائات جامعه و فرهنگ مردم شیوه تنبیهی کودکان نیز تفاوت پیدا می‌کند، به طوری که در گذشته به دلیل برخی اعتقادات و ارزش‌ها، تنبیهات کودکان به اشکال جسمانی آن محدود بود و چه بسا نتایج مخربی هم داشتند، ولی رفته‌رفته با افزایش سطح فرهنگ جامعه و خانواده‌ها و توجه به اشکال آموزش و تربیت، اشکال تنبیه کودکان نیز تغییر کرده است و اکثراً رفتارهای تنبیهی در قالب تنبیهات گفتاری می‌باشد. در واقع عرف جامعه کنونی تنبیه بدنی کودکان را رفتار خشونت‌بار و ناشایست می‌داند و چه بسا رفتاری خارج از حد متعارف دانسته شود و حتی برای مرتکب مجازات تعیین شود از مفهوم مخالف بند ت ماده ۱۵۸ ق.م.ا بر می‌آید که اقداماتی که توسط اولیای قانونی، والدین و سرپرستان صغار به منظور تأدیب کودکان انجام می‌شود؛ در صورتی که خارج از حد متعارف تأدیب باشد قابل مجازات است.^۳ پس در این مورد مادر نیز قابل مجازات است و امری دور از ذهن نمی‌باشد. البته که علاوه بر این تفاسیر موضوع خشونت می‌تواند خارج از بحث تنبیه نیز عینیت پیدا کند و در این مورد خصوصیت ندارد.

۱. علی‌دوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، ص ۲۱۵.

۲. «اقداماتی که والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و مجانبین که به منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام می‌شود، مشروط بر این‌که اقدامات مذکور در حد متعارف و حدود شرعی تأدیب و محافظت باشد».

۳. ر.ک: وفایی، فاطمه، بحرینی، محمدجواد، مقاله «سقوط حضانت کودک»، ص ۱۳۳.

گفتار چهارم: عدم ازدواج مجدد

مطابق ماده ۱۱۷۰ ق.م.ا که برگرفته از نظر فقهای امامیه است، مادر تا زمانی که بعد از طلاق ازدواج مجدد نکند، مستحق حضانت از کودک خود است ولی ازدواج مجدد مانع حق حضانت می-باشد؛ زیرا ممکن است مادر چنانچه باید، از کودک خود محافظت نکند؛ بلکه خودش تحت سرپرستی شخصی دیگر است که باید مطیع امر او باشد^۱ زیرا عرفاً مسئولیت زوجه در این صورت بیشتر شده و ممکن است به مشکل برخورد کند. اما اگر سبب جدایی، فوت شوهر باشد در هر صورت حضانت با مادر است، حتی اگر مادر ازدواج مجدد کرده باشد؛ مگر این که به تشخیص دادگاه مصلحت کودک به گونه‌ای دیگر اقتضا کند^۲ و لازم به ذکر است بنابر ماده ۴۱ ق.ح.خ در صورتی که مصلحت طفل اقتضا نماید، اعطای حق حضانت به مادری که ازدواج هم کرده بلامانع است. تشخیص این موضوع با دادگاه می‌باشد.

گفتار پنجم: اسلام

در فقه و حقوق امامیه، کافر نمی‌تواند حضانت طفل مسلمان را به عهده داشته باشد. در تأیید این نظر، علاوه بر استدلال بر نصوص (آیات و روایات)، می‌گویند: واگذار کردن حضانت طفل مسلمان به کافر از لحاظ ایمان و حمایت اخلاقی برای او زیان‌آور و خطرناک است^۳.

در حقوق ایران، قانونگذار اشاره‌ای به شرط اسلام نکرده است. لیکن با توجه به فقه امامیه و ملاک ماده ۱۱۹۲ ق.م.ا که مربوط به وصی است و اصل ۱۶۷ ق.ا می‌توان گفت، کفر مانع حضانت است^۴.

۱. «اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند حق حضانت با پدر خواهد بود».

۲. ر.ک: کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ص ۳۹۴.

۳. «ماده ۴۳ ق.ح.خ: حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنها است مگر آن که دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد».

۴. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ص ۳۹۴.

۵. «ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مولی‌علیه خود وصی غیرمسلم معین کند».

مبحث چهارم: مدت حضانت

از مباحث دیگری که در قوانین تحت تأثیر عرف جامعه متحول شده، بحث مدت حضانت کودک است. همان‌طور که آمد حق و تکلیف حضانت طفل تا زمانی که زوجین با یکدیگر زندگی می‌کنند، به صورت اشتراکی است و محدودیت و اولویتی در این زمینه برای آن‌ها وجود ندارد؛ در واقع محل بحث زمانی است که والدین از یکدیگر جدا شوند. طبق نظر مشهور فقهای امامیه، مدت زمان حضانت از فرزند دختر و پسر متفاوت است که تا هفت سال مادر به دختر و پدر به پسر احق است. صاحب جواهر معتقد است: «هرگاه طفل را از شیر بگیرند و مدت شیردهی پایان یابد پدر احق است به پسر و مادر احق است به دختر تا ۷ سال از حین ولادت، بنابر نظری که مشهورتر است بلکه مشهور است. بلکه از غنیه نقل اجماع شده است»^۳. در حالت کلی در خصوص اولویت حق حضانت کودک در دو سال اول زندگی‌اش اختلافی نیست بلکه حق حضانت را در هر دو جنسیت مختص مادر می‌دانند. اما در مورد سن ۲ تا ۷ سالگی کودک میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقها با استناد به روایاتی، حق حضانت پسر بعد از دو سالگی را حق پدر می‌دانستند ولی دختر را تا هفت سالگی تحت حضانت مادر می‌دانستند. صاحب جواهر نیز وجه عقلی را به این استنادات افزوده مبنی بر این که مادر برای تربیت دختران، شایستگی بیشتری دارد لذا دختر باید تا ۷ سال در اختیار مادرش باشد؛ اما پدر برای تربیت فرزندان ذکور شایسته‌تر است^۴، لذا باید حق حضانت به او سپرده شود. اما گروهی دیگر عقیده دارند که مادر تا ۷ سالگی اولویت دارد و تفاوتی بین دختر و پسر قائل نیستند. از جمله این فقها شهید ثانی بوده است^۵. اما اشکال کرده‌اند که این نظریه خلاف قول مشهور است. در

۱. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع بورزد».

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۱۷۴.

۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۹۰.

۴. شریفی، علی، مقاله «بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال»، مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، سال اول، ۱۳۹۷، شماره یکم، ص ۱۵.

۵. جبلی عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیه فی شرح لمعه، ج ۲، ص ۵۸۱.

پاسخ گفته‌اند که این نظریه خلاف قول مشهور نیست بلکه فقط نزد فقهای بعد از محقق حلی اشهر است.^۱

قانون مدنی ایران در این مورد از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده بود و در سال ۱۳۰۷ با تصویب قانون مدنی در ماده ۱۱۶۹ مقرر کرد: «برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادر خواهد بود». در مورد این ماده توجیهاات فراوانی آورده شد؛ از جمله این که دلیل حضانت مادر از دختر تا سن هفت سالگی را روحیات خاص دختر و وابستگی او برای آموزش برخی مسائل زنانگی دانستند و در خصوص پسر نیز تا زمانی که رضاع کودک وابسته به مادر باشد حق حضانت را برای مادر قائل می‌شدند و پس از آن نیاز به تربیت پدرانه بیشتر لحاظ می‌شد. لیکن در واقع سن حضانت پسر با توجه به وضعیت اجتماعی و فرهنگی جامعه امروز با مصلحت طفل ناسازگار بود و دغدغه بسیاری از حقوقدانان و افراد جامعه به خصوص مادران مطلقه بود. بنابراین تلاش‌هایی جهت تغییر این وضعیت صورت گرفت تا بالأخره طرحی در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید که مقرر داشت: «برای حضانت و نگاهداری طفل، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن در صورت حدوث اختلاف با رعایت مصلحت کودک به تشخیص و تأیید دادگاه می‌باشد». این طرح به خاطر مغایرت با اصول شرع و قانون اساسی توسط شورای نگهبان مردود اعلام گردید و به مجلس شورای اسلامی مسترد شد. اما مجلس بر مصوبه پیشین تأکید داشت و آن را مجدداً تصویب کرد. به همین دلیل مصوبه مذکور جهت تعیین تکلیف نهایی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع گردید و سرانجام ماده ۱۱۶۹ اصلاحی در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ در مجمع تشخیص مصلحت نظام به شرح ذیل تصویب گردید:

«برای حضانت و نگهداری طفلی که ابوی او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.

^۱. شریفی، علی، مقاله «بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال»، ص ۱۷.

تبصره: بعد از سن ۷ سالگی در صورت حدوث اختلاف حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می باشد^۱!

نکته حائز اهمیت در مورد این ماده آن است که قانونگذار تا حدودی مسأله حضانت و نگهداری کودک را به واقعیات جامعه نزدیکتر کرده و قانون را همگام با عرف و اقتضائات جامعه رو به جلو حرکت داده است؛ زیرا امروزه دشوار است که کودکی در سنین پایین از مادر خود جدا شود و به تربیت او لطمه نخورد؛ بلکه کودکی که در سن دو سالگی از مادر خود جدا می شود از لحاظ روانشناسی، دلبستگی ایمن در او شکل نمی گیرد و بعدها از لحاظ شخصیتی دچار مشکلات عدیده ای خواهد شد. پدر نیز با توجه به ویژگی های طبیعی خود نمی تواند وظیفه مادر را انجام دهد. بنابراین وجود مادر و نقش او در این زمان حیاتی است. در مورد این مسأله تفاوتی میان کودک پسر و دختر وجود ندارد. بنابراین در این مورد تأثیر عرف واضح و مبرهن است.

مبحث پنجم: مسئولیت مدنی ناشی از حضانت کودک

نکته آخری که باید در خصوص رابطه عرف و حضانت ذکر کرد، بحث مسئولیت مدنی ناشی از سرپرستی کودک می باشد. در این مورد ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی مقرر کرده: «کسی که نگاهداری یا مواظبت مجنون یا صغیر قانوناً یا بر حسب قرارداد به عهده او می باشد، در صورت تقصیر در نگاهداری یا مواظبت مسؤول جبران زیان وارده از ناحیه مجنون و یا صغیر می باشد و در صورتی که استطاعت جبران تمام یا قسمتی از زیان وارده را نداشته باشد از مال مجنون یا صغیر زیان جبران خواهد شد و در هر صورت جبران زیان باید به نحوی صورت گیرد که موجب عسرت و تنگدستی جبران کننده نباشد». در خصوص تأثیر عرف در این مورد می توان گفت که در مورد اتلاف، رابطه عرفی میان دخالت کودک با وقوع حادثه چندان ضعیف است که نمی تواند رابطه علیت میان تقصیر سرپرست و ورود ضرر را از بین ببرد؛ برای مثال در جایی که پدری بی مبالا، اسلحه کمری خود را

^۱ بندرچی، محمدرضا، مقاله «حضانت در فقه و قانون، بحثی در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی»، فقه اهل البیت (ع)، سال دهم، شماره ۳۷، ص ۱۳۲.

در اختیار کودک می‌گذارد و او با آن خسارتی به بار می‌آورد، عرف، پدر را مقصر می‌شمارد و کودک را بی‌گناه می‌داند، هرچند که او سبب نزدیک و مباشر اتلاف باشد.^۱

^۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، ص ۱۸۱.

نتیجه‌گیری

با توجه به ذات هر جامعه که تغییر و تحول جزئی از ارکان آن است قوانین و مقررات آن نیز باید قابلیت انعطاف داشته باشند تا بتوانند با این تغییرات هماهنگ باشند و به نیازهای جامعه پاسخ گویند.

حقوق زنان بخشی از مقررات حقوق داخلی ایران محسوب می‌شود که البته سال‌ها نادیده انگاشته شده بود تا این‌که پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران به آن اهمیت ویژه‌ای داده شد که در قالب باورهای اسلامی جایگاه اصلی زنان را ارائه کردند ولی به دلیل نوپا بودن نیاز به تغییر در آن حس می‌شد. حقوق زنان در قوانین ایران همگام با عرف جامعه تا آن‌جا که با احکام شرعی و قانونی مغایرت نداشته، تغییر کرده است و این تغییرات جنبه‌های مختلف این حقوق را شامل شده است.

عرف، فهم بنا و داوری مستمر و ارادی مردم است که صورت قانونی به خود نگرفته باشد یعنی در قالب قوانین موضوعه وارد حقوق داخلی نشده باشد. برای این‌که این عرف معتبر باشد باید شرایطی داشته باشد و هر عرفی قابلیت استناد را ندارد؛ زیرا مبادی عرف همیشه فطرت، عقل سلیم و نیازهای ضروری جامعه نیست، بلکه گاهی سرچشمه‌های دیگری مانند وقت‌گذرانی، شهوت‌رانی، اغراض شخصی، تقلید از گذشتگان، تعصبات و باورهای قومی و مسامحه و راحت‌طلبی منشأ پیدایش عرف هستند و به همین دلیل باید سره از ناسره متمایز گردد و مهم‌ترین ضابطه برای این تشخیص، عدم مخالفت با اهداف و مقاصد شریعت اسلامی است؛ به همین دلیل صرف پسند و دلخواه عمومی مردم بدون آن‌که به عنوان مصلحت اجتماعی آن را ایجاب کند، نمی‌تواند منشأ قانونگذاری بر خلاف احکام الزامی دین باشد؛ بلکه دخالت عرف به این شکل مغایر با فلسفه اساسی حکومت دینی و موجب سکولاریزه شدن آن است؛ زیرا حکومت دینی، نظامی مبتنی بر احکام الهی است و احکام الهی نیز مبتنی بر مصالح واقعی بشر است، نه صرف هوس‌ها و تمایلات. بنابراین اگر قرار باشد که دلخواه عمومی در عرض قانون خدا باشد و بر آن تقدم یابد دیگر تفاوت چندانی با نظام‌های لائیک و غیردینی نخواهد داشت. بنابراین عرف هر جامعه، زمانی که در جهت مقتضیات

زندگی مردم در هر زمان و مکان به وجود می‌آید، در صورتی مجاز به ایجاب است که با الزامات شرعی مغایرت نداشته باشد.

قانون در جامعه بر عرف غیرمدون دلالت می‌کند و در نگاه اسلامی و توحیدی نیز تقنین به الزامات نشأت گرفته از اراده الهی اطلاق می‌گردد و اساساً در این تحقیق نیز به قوانین حوزه زنان متمرکز شدیم.

با وجود اختلاف نظرهای فقهای اسلامی در مورد منبع مستقل بودن عرف، تقریباً همگی بر این مطلب اذعان دارند که عرف نقش ویژه‌ای در استنباط احکام شرعی و پویایی فقه دارد؛ یعنی عرف در کنار قوانین مصوب و منابع فقهی در موارد مشخص می‌تواند کمکی برای تفسیر و تعبیر مناسب و متناسب با شرایط از قوانین مطابق با مقتضیات زمان و مکان باشد؛ به عبارت دیگر کارایی ابزاری عرف در این موارد محل اتفاق فقهای امامیه است. بنابراین از نظر آن‌ها عرف منبع شریعت یا سند کشف آن نیست. عرف ابزاری است که در خدمت اسناد قرار می‌گیرد و البته که منابع شرعی و عقلی بر منبع بودن انحصاری اراده الهی در شریعت دلالت دارند. اما به هر حال برخی از علمای اهل سنت به کارایی سندی عرف اعتقاد دارند.

با کالبد شکافی، مبدأ شناسی و پسینه کاوی عرف‌ها معلوم می‌گردد که بسیاری از آن‌ها منشأ صحیح و عقلانی داشته و از این جهت معتبر هستند ولی برخی نیز به دلیل منشاء نادرست صحیح نیستند.

عرف در این کارایی منبع و مبنای استنباط فقهی و قانونی نیست بلکه ابزاری در خدمت اسناد معتبر است. از سوی دیگر کارایی ابزاری عرف در زمینه حکم و موضوعی که شارع آن را تأیید کرده و برای اشخاص مقرر کرده زمانی تأثیرگذار است که مصداق آن قضیه در جامعه بر اساس مقتضیات زمان و مکان آن جامعه تغییر کرده باشد و نیاز به انعطاف داشته باشد؛ در این صورت داوری عرف

مصادق مورد نظر را جهت اعمال تغییرات دگرگون می‌کند. بنابراین قابلیت رویارویی با حکم و موضوع شرعی و قانونی را ندارد و فقط قابلیت تأثیرگذاری بر روی عینیت‌ها و مصادیق را دارد بلکه اساساً تغییر حکم و موضوع بی‌معناست و تغییر منحصر در عینیت هاست.

قانونگذار در جهت تفسیر، تبیین و تفهیم بهتر مواد قانونی و سایر کاربردها در برخی از حوزه‌های حقوق زنان، رجوع به عرف را مجاز دانسته و در قالب تعیین حدود مفهوم، میزان و مصادیق حقوقی مانند نفقه، مهرالمثل، مهرالتمعه، مهرالمسمی، حسن معاشرت، اشتغال زنان، ارث، جهیزیه، عسر و حرج و حضانت به کار گرفته می‌شود.

به طوری که در حوزه حقوق مالی زنان در زمینه نفقه مصادیق و میزان آن از دید داوری عرف تعیین می‌شود که زوج باید این حق مالی زن را که بر حسب عرف عام جامعه و خاص زوجه تعیین می‌شود، به او بپردازد. در انواع مهریه نیز قانون مقرر کرده در موارد مهرالمثل و مهرالتمعه عرف خاص زوج یا زوجه را ملاک تعیین میزان قرار دهد. عرف عام جامعه در خصوص میزان مهرالمسمی تأثیراتی داشته و موجب افزایش بی‌رویه مقدار آن شد که قانونگذار را مجبور به واکنش کرده است؛ لذا نقش عرف در امور تقنینی در این جا محرز است به طوری که قوانین تعدیل مهریه و تعیین سقف مهریه وضع شد. فعالیت‌های زوجه که با داوری عرف برای آن‌ها اجرت‌المثل تعیین می‌شود، بر اساس عرف عام و خاص شخص مورد نظر می‌باشد؛ یعنی فعالیت و وضعیت شخص مورد نظر لحاظ می‌شود و سپس بر اساس مقایسه با عرف عام میزان مشخصی را تعیین می‌کنند. در زمینه ارث نیز به دلیل دگرگونی وضعیت اقتصادی جامعه و این‌که عرف برای زمین ارزش خاص و بیشتری قایل شده است، باعث شده که برخی از فقها برای حفظ حقوق زنان قوانین جدیدی را وضع کنند که برای زنان در خصوص سهم الارث اموال غیرمنقول زوج حقی قایل شوند؛ لذا تغییرات مهمی نیز واقع شد. جهیزیه نیز از دیگر حقوق مالی زن است که دارای پشتوانه عرفی می‌باشد و شکل‌گیری و تغییرات آن حسب عرف جامعه متغیر بوده؛ به همین دلیل قانونگذار تنها به صورت کلی اشاره‌ای به آن داشته و مابقی مسائل مربوط به آن را به عهده داوری عرف قرار داد.

در حوزه حقوق غیر مالی زنان در زمینه حسن معاشرت تشریح شد که همان‌طور که زن باید رفتار مناسب و شایسته با همسر خود داشته باشد، مرد نیز باید بر اساس معیارهای عرفی و مناسب با زوجه خود برخورد کند و این حق اوست که شامل مصادیق مختلفی می‌شود. برخی از این مصادیق از جمله تشدید مبانی خانواده و تربیت فرزند در قالب مواد قانونی ذکر شده و البته که مصادیق مورد نظر با توجه به تحولات اجتماعی و فرهنگی جامعه تغییراتی به خود می‌بینند.

بر اساس حق اشتغال نیز که از دیگر حقوق غیر مالی زنان، بلکه همه انسان‌ها به حساب می‌آید، مطابق قوانین زوجه حق دارد از انواع شغل‌ها برای خود برگزیند؛ ولی آن شغل نباید مخالف مصالح خانوادگی و حیثیات زوجین باشد که در این صورت زوج حق مخالفت با نوع شغل زوجه را دارد و البته که با حق اشتغال زوجه نمی‌تواند مخالفت کند بلکه اصل حق اشتغال برای تمام اشخاص ثابت است. در این‌جا ملاک تشخیص مصالح خانوادگی و حیثیات زوجین، عرف خاص زوجین با نظر به داوری عرف عام خواهد بود.

در خصوص طلاق که حق مسلم مرد شناخته می‌شد با نظر برخی از فقها بر اساس قاعده لاجرح، حقوقی را برای زن در این زمینه نیز مطرح کردند که بعدها در قالب طلاق عسر و حرجی در قوانین رسمی شدند. اما این‌که ملاک تشخیص این عسر و حرج چیست؛ بر عهده عرف خانواده و عرف شخص مورد نظر خواهد بود و دادگاه با در نظر گرفتن وضعیت زوجه و افراد مانند او در جامعه که تلفیقی از عرف عام و خاص خواهد بود در این مورد تصمیم‌گیری می‌کند.

حق حضانت از فرزند نیز که در زمینه حقوق غیر مالی زن به آن پرداختیم؛ معمولاً مشکلات مربوط به آن پس از طلاق در خانواده‌ها در بین زوجین شایع می‌شود. در قانون سابق، پسر را از دو سالگی به پدرش می‌سپردند و حضانت با پدر بود اما عرف جامعه این مسئله را نمی‌پذیرفت؛ زیرا جدایی کودک در این سن از مادر خود نوعی خشونت روانی به حساب می‌آید بلکه او را از عواطف مادرانه محروم می‌کند. قانون نیز از عرف جامعه تبعیت کرده و تا حدودی تغییراتی در این خصوص

وارد قوانین شده است به طوری که کودکان چه پسر و چه دختر تا سن هفت سالگی تحت حضانت مادر خود قرار خواهند گرفت و پس از آن نیز بر اساس مصلحت کودک با تصمیم دادگاه خواهد بود.

در مجموع عرف را ابزاری در خدمت موازین شرعی و قانونی یافتیم که با گذشت زمان، نقش احکام دینی را در زندگی مردم پر رنگ‌تر کرده و کارایی احکام و قوانین را نیز به‌روز کرده است و با توجه به برخی از احکام بحث برانگیز در حوزه حقوق زنان، نقش عرف بیشتر به چشم می‌آید.

پیشنهاها

۱. افزایش اطلاعات فقهی و حقوقی مردم با تخصیص بودجه در جهت افزایش برنامه‌های فرهنگی حقوقی و ارائه مطالب و شبهات جدید و به‌روز و همچنین پاسخ‌گویی کامل به آن‌ها در جهت روشنگری و افزایش بصیرت مردم در رسانه‌های گروهی مختلف و همچنین ایجاد مراکز مشاوره ویژه زنان و حقوق آنان در مراکز دادگستری.
۲. با وجود نیازهایی که گاه به گاه و گام به گام با مقتضیات زمان به‌روز می‌شوند، برخی قوانین ظرفیت تفاسیر زیادی دارند و هم‌چنان ابهامات و اشکالات تفسیری دارند و امکان ورود عرف‌های نادرست فراهم است که سردرگمی قضات و زنان را به دنبال خواهد داشت؛ لذا لازم است از این ابهامات و کلی‌گویی کاسته شود تا محدوده دخالت عرف به خصوص در حوزه زنان کاسته شود؛ بلکه از طرفی موقعیت سیاسی و فرهنگی ایران در نقطه تنش‌زایی قرار دارد و روشنگری در این موارد کمک شایانی به فعالان این حوزه خواهد کرد و از طرفی امنیت حقوقی و قضایی زنان با وجود پرونده‌های زیادی که در خصوص حقوق آنان در دادگاه‌ها مطرح است، تأمین می‌شود.

فهرست منابع

*قرآن مجید

*شریف رضی، محمد بن حسین، نهج البلاغه، به ترجمه دشتی محمد، چاپ اول، مشهور، قم، ۱۳۷۹ ه.ق.

کتاب‌های فارسی

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۳، چاپ شانزدهم، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۷ ه.ش.
۲. اباذری فومشی، منصور، مجموعه محشی از قوانین و مقررات ازدواج و طلاق، چاپ نخست، خرسندی، تهران، ۱۳۸۷ ه.ش.
۳. ابو زهره، محمد، محاضرات فی عقد الزواج و آثاره، چاپ نخست، دارالفکر العربی، بیروت، ۱۹۷۱ م.
۴. بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آرای دیوانعالی کشور (حقوق خانواده)، ج ۱، چاپ چهارم، فردوسی، تهران، ۱۳۹۱ ه.ش.
۵. تنک، آندره، حقوق ایالات متحده آمریکا، ترجمه حسین صفایی، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۴ ه.ش.
۶. حمیدیان، حسن، مجموعه مقالات حقوق خانواده، چاپ دوم، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۹۲ ه.ش.
۷. جبارگلباغی ماسوله، علی، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۸ ه.ش.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۴، چاپ دوم، امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۶ ه.ش.
۹. _____، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ هفتم، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶ ه.ش.
۱۰. _____، ترمینولوژی حقوق، چاپ ششم، کتابخانه گنج دانش، ایران، تهران، ۱۳۷۲ ه.ش.
۱۱. _____، مبسوط در ترمینولوژی، جلد ۴، چاپ هفتم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۵ ه.ش.
۱۲. _____، حقوق خانواده، چاپ اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۲ ه.ش.
۱۳. دبیر خانه نشست اندیشه‌های راهبردی، کتاب نشست اندیشه‌های راهبردی زن و خانواده، ج ۲، چاپ اول، پیام عدالت، تهران، ۱۳۹۱ ه.ش.
۱۴. دیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده: ازدواج و انحلال آن، چاپ اول، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۷ ه.ش.
۱۵. زندی، محمدرضا، رویه قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران در امور خانواده ۱، چاپ چهارم، تهران، جنگل، جاودانه، ۱۳۹۳ ه.ش.
۱۶. زهرا، داور، حسن معاشرت از دیدگاه قانون مدنی و جامعه، چاپ نخست، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۸۰ ه.ش.
۱۷. زحیلی، وهبه، الوجیز فی اصول الفقه، چاپ نخست، نشر احسان، تهران، ۱۳۸۸ ه.ق.
۱۸. سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، (بی‌نام)، تهران، ۱۳۴۷ ه.ش.
۱۹. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ یازدهم، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۷ ه.ش.
۲۰. _____، مختصر حقوق خانواده، چاپ چهل و هشتم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۵ ه.ش.
۲۱. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، حقوق بین الملل عمومی، چاپ پنجاه و هفتم، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۶ ه.ش.

۲۲. طبابایی، سید محمدحسین، ترجمه تفسیر المیزان، ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، ج ۴، چاپ دوم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۳۷۴ه.ش.
۲۳. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، چاپ سوم، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۶ه.ش.
۲۴. _____، فقه و عقل، چاپ اول، موسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، تهران، ۱۳۸۱ه.ش.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، چاپ هفتم، بهمن برنا با همکاری شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۵ه.ش.
۲۶. _____، فلسفه حقوق، ج ۲، چاپ نخست، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۷ه.ش.
۲۷. _____، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ ۴۳، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۴ه.ش.
۲۸. قاسم زاده، سید مرتضی و جمعی از نویسندگان، تفسیر قانون مدنی: اسناد، آراء و اندیشه‌های حقوقی، چاپ نخست، سمت، تهران، ۱۳۸۲ه.ش.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ شانزدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۹۰ه.ش.
۳۰. محمدی ارانی، اکرم، نقش عرف در تفسیر قوانین خانواده، چاپ اول، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۳ه.ش.
۳۱. محمصانی صبحی، رجب، فلسفه قانونگذاری در اسلام، چاپ اول، نشر آثار اندیشه، قم، ۱۳۸۶ه.ش.
۳۲. مطهری، مرتضی، مجموعه آثار شهید مطهری، ابواب فقهی، ج ۲۱، چاپ دهم، انتشارات صدرا، قم، ۱۳۶۸ه.ش.
۳۳. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ اول، آل طه، قم، ۱۳۸۹ه.ش.
۳۴. واحدی، قدرت‌الله، مقدمه علم حقوق، چاپ چهاردهم، نشر میزان، تهران، ۱۳۹۱ه.ش.

کتاب‌های عربی

۱. ابن عابدین (افندی)، محمدامین بن عمر، مجموعه رسائل ابن عابدین، ج ۲، نشر العرف فی بنا بعض الاحکام علی العرف، ۱۹۶۰ م.
۲. امینی، علیرضا، آیتی، محمدرضا، تحریرالروضه فی شرح اللمعه، ج ۲، چاپ هفدهم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۲ ه.ش.
۳. انصاری، مرتضی، المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، ج ۱، چاپ نخست، منشورات دارالذخائر، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
۴. حر عاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چاپ نخست، مؤسسه آل‌البیت (ع)، قم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۵. حلی، جمال‌الدین حسن بن یوسف، ارشاد الازهان الی احکام الایمان، ج ۱، چاپ نخست، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۶. _____، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، ج ۳، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۷. جبلی‌العاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۲ و ۵، چاپ هشتم، نشر معارف، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
۸. _____، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، ج ۸، چاپ نخست، مؤسسه پاسدار اسلام، قم، ۱۴۱۶ ه.ق.
۹. سبحانی تبریزی، جعفر، الإنصاف فی مسائل دام فیها الخلاف، ج ۲، چاپ اول، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، ایران، ۱۴۲۳ ه.ق.

۱۰. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ترجمه و شرح حاج سید جواد مصطفوی، ج ۴، چاپ پنجم، انتشارات علمیه اسلامی، تهران، ۱۴۱۰ ه.ق.
۱۱. طباطبایی حکیم، محمد تقی، اصول‌العامه للفقہ المقارن، چاپ نخست، نشر العالمی لاهل‌البیت، قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ملحقات عروه الوثقی، ج ۵، چاپ نخست، انتشارات صبح پیروزی، تهران، ۱۳۸۲ ه.ش.
۱۳. طبرسی، فضل، مجمع‌البیان، ج ۲، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
۱۴. طوسی، محمد بن حسن، التهذیب الاحکام فی شرح المقننه للشیخ المفید، محقق: محمود آخوندی، ج ۱، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، قم.
۱۵. _____، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، دارالکتاب العربی، بیروت، لبنان، ۱۴۰۰ ه.ق.
۱۶. _____، المبسوط فی فقه الإمامیه، محقق/ مصحح: سید محمد تقی کشفی، ج ۴، چاپ چهارم، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، تهران، ۱۳۸۷ ه.ق.
۱۷. علم‌الهدی، علی بن حسین، الانتصار، چاپ اول، المؤتمر العالمی للإمام رضا(ع)، مشهد، ۱۴۱۶ ه.ق.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۱، چاپ سوم، مدرسه امام امیرالمومنین(ع)، قم، ۱۴۱۱ ه.ق.
۱۹. مکی عاملی (شهید اول)، محمد، اللعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، چاپ نخست، دار التراث و الدار الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۰. مغنیه، محمد جواد، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، ج ۶، چاپ سوم، مؤسسه انصاریان، قم، ۱۳۸۱ ه.ق.
۲۱. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریر الوسیله، چاپ نخست، مؤسسه دارالعلم، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
۲۲. _____، المکاسب المحرمه، ج ۱، چاپ نخست، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، قم، ۱۴۱۵ ه.ق.
۲۳. نجفی، محمد بن حسن، جواهر الکلام، مصحح شیخ محمود آخوندی، ج ۲۶، چاپ چهارم، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۶ ه.ق.

مقالات فارسی

۱. ابن تراب، مریم، مقاله «نقش عرف بر حقوق همسران»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، پرتال جامع علوم انسانی، ۱۳۸۹ ه.ش.
۲. افضلی قادری، فرحناز، مقاله «بررسی قاعده لاضرر و لاجرح در طلاق به درخواست زوجه»، فصلنامه شورای فرهنگی و اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۷۹ ه.ش، شماره ۱۰.
۳. ایزدی فرد، علی اکبر، ادبی فیروزجایی، رزاق، مرتضی، احمد، زارعی، محمد مهدی، مقاله «درخواست اجرت بر حضانت از نگاه فقه اسلامی»، مطالعات زن و خانواده، دوره ۴، ۱۳۹۵ ه.ش، شماره ۱.
۴. بندرچی، محمدرضا، مقاله «حضانت در فقه و قانون، بحثی در ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی»، فقه اهل‌البیت (ع)، سال دهم، شماره ۳۷.
۵. حاجی پور، مرتضی، مقاله «اختیار زوجه و ابهام در مفهوم عسر و حرج»، پژوهش زنان، دوره ۲، ۱۳۸۳، شماره ۲.
۶. جبار گلباغی ماسوله، علی، مقاله «عرف از دیدگاه امام خمینی»، فصلنامه فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، پاییز و زمستان ۱۳۷۹، ش ۲۵ و ۲۶.

۷. قنوتی، جلیل، مقاله «سیر تاریخی حقوق زن در قوانین موضوعه ایران»، مجله کتاب نقد ۱۳۷۹، پرتال جامع علوم انسانی، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، زمستان ۱۳۷۹، شماره ۱۷.
۸. سعیدی، محمدعلی، مقاله «بررسی اعتبار حقوق مهریه‌های سنگین»، فصلنامه حقوقی و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره چهل، ۱۳۸۹، شماره ۱۰۱.
۹. سلطانی، عباسعلی، مقاله «سقف مهریه در فقه امامیه»، فقه و اصول، سال چهل و هشتم، شماره ۱۰۶.
۱۰. شریفی، علی، مقاله «بررسی فقهی حقوقی حق حضانت اطفال»، مطالعات فقهی حقوقی زن و خانواده، سال اول، ۱۳۹۷، شماره یکم.
۱۱. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، مقاله «مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم»، ندای صادق، تهران، ۱۳۸۷، ه.ش.
۱۲. علوی، سید محمد تقی، مقاله «تأملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ایران»، نشریه دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تبریز، تبریز، ۱۳۸۸.
۱۳. غلامعلی زاده، محمد، رستمی، غلامرضا، مقاله «نقش عرف در حقوق مدنی ایران»، سومین کنگره بین‌المللی فرهنگ و اندیشه دینی، ۱۳۹۴.
۱۴. کاظم‌پور فرد، فاطمه، جمشیدی شه‌میری، مهسا، مقاله «واکاوی فقهی در ملاک تعیین مقدار نفقه و مصادیق آن با نگاه تطبیقی بر آرای فقهای اسلامی»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی، ۱۳۹۰.
۱۵. محمدی، مرتضی، مقاله «طلاق و سهم زن از زندگی مشترک»، نشریه مفید، ۱۳۸۳، شماره ۴۳.
۱۶. مرادی، خدیجه، قاسم‌زاده، عاتکه، مقاله «اجرت‌المثل زوجه در فقه و حقوق ایران با نظر به قانون حمایت از خانواده مصوب ۱۳۹۱»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال چهل‌وهشتم، ۱۳۹۴، شماره دوم.
۱۷. ملک‌زاده، فهیمه، احمدلو، مونا، مقاله «جایگاه عرف در حقوق با رویکردی بر اندیشه‌های امام خمینی (ره)»، پژوهشنامه متین، سال چهاردهم، ۱۳۹۱، شماره پنجاه و شش.
۱۸. مومنی راد، احمد، بهبودی کلهری، ساناز، مقاله «بررسی تأثیر تبعیض مثبت بر اشتغال زنان در حقوق ایران»، فصلنامه جستارهای حقوق عمومی، سال اول، ۱۳۹۶، شماره سوم.
۱۹. نورمحمد، صبری، مقاله «حسن معاشرت زوجین»، نشریه دادگستر، تهران، حسن رحیمی (صاحب امتیاز)، سال سوم، ۱۳۸۳، ش ۱۵.
۲۰. هدایت نیا، فرج‌الله، مقاله «اشتغال زنان و مصلحت خانواده در قانون مدنی»، نشریه کتاب زنان، شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، سال نهم، شماره ۳۴.
۲۱. _____، مجموعه مقالات «حقوق مالی زوجه»، چاپ نخست، روابط عمومی شورای فرهنگی اجتماعی زنان، تهران، ۱۳۸۶.
۲۲. وزیری فرد، محمدجواد، فرقانی، زینب، مقاله «سهم الارث زن از اموال شوهر»، فصلنامه بانوان شیعه، سال پنجم، پاییز ۱۳۸۷، شماره ۱۷.
۲۳. وفایی، فاطمه، بحرینی، محمدجواد، مقاله «سقوط حضانت کودک»، پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی پرتال علوم انسانی، سال ۱۳۹۵.

فرهنگ‌ها و کتاب‌های لغت

۱. ابن منظور، محمدبن مكرم، لسان العرب، ج ۱۳، دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، ۱۳۶۹ ه.ق.
۲. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، ج ۱۶، چاپ اول، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۷ ه.ش.
۳. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج ۲، چاپ نهم، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۷۲ ه.ش.
۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۲، چاپ دوم، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۵۳ ه.ش.

منابع الکترونیکی و اینترنتی

۱. ایمان نژاد، محمد، بررسی فقهی و حقوقی میراث زوجه از عفار و تطبیق آن با سایر نظام‌های حقوقی، اولین همایش ملی آینده پژوهی، علوم انسانی و امنیت اجتماعی، لرستان، دفتر تحقیقات کاربردی فرماندهی انتظامی استان لرستان، مؤسسه عدالت گستر بارکه افلاک، ۱۳۹۵، مراجعه در تاریخ ۱۳۹۸/۶/۹، www.civilica.com.
۲. پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۳، مراجعه در تاریخ ۱۳۹۸/۵/۴، www.shora-rc.ir.
۳. گروه وکلای یاسا، مقاله «عرف و بررسی نقش آن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران»، ۱۳۹۷، مراجعه در ۹۸/۶/۳، www.yasa.com.
۴. گزارش شور دوم کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس ۱۳۸۹/۲/۲۲، مراجعه در ۱۳۹۸/۴/۲۹، www.rc.majlis.ir.
۵. نظریات کمیسیون مشورتی، کد خبر: ۱۴۲۹۴۵، ۱۳۹۶/۱۲/۲۴، www.dadgostari-es.com.

قوانین

۱. آرتیدار، طیبه، «قوانین و مقررات ویژه زنان»، چاپ اول، انتشارات سوره مهر، تهران، ۱۳۸۶.
۲. زاهدی، عاطفه، مجموعه قوانین و مقررات ازدواج و طلاق و امور حسبی، چاپ دوم، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۲.
۳. مجموعه قوانین اساسی و مدنی، چاپ اول، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران، ۱۳۹۵.
۴. مجموعه قوانین و مقررات ثبت اسناد و املاک کشور، چاپ اول، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، تهران، ۱۳۹۷.
۵. منصور، جهانگیر، قوانین و مقررات مربوط به خانواده، چاپ سی‌وسوم، نشر دوران، تهران، ۱۳۹۶.
۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۷. قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب ۱۳۹۴.

Abstract

Woman is one of the most important pillars of the family system and proper attention to her rights in any society will lead to her happiness. Tradition is one of the effective factors in different aspects of women's rights, so that the development of proper custom and adherence to it will result in respect for their real rights, and otherwise the pillars of the family and thus the foundations of society will be shaken. . For this reason, disregard for customary works on women's rights and laws in this area will create fundamental challenges to the public's collective opinion.

Given the wide-ranging functions of custom and its instrumental role, its place in the laws of the field of women's rights, which have been greatly influenced by this phenomenon, becomes clear. In this essay, we first introduce and introduce a comprehensive view of custom and its position in Imamiyyah law and jurisprudence and then its effects in the field of women's rights in the historical course of adopting different laws in the form of financial and non-financial divisions. Below, the legal principles of those rights are also explained. Rather, the effect of custom on these laws has been vastly altered, thus undermining the importance of customary law and requiring maximum legislative attention.

Keywords:

Customs, law, women's rights, financial, non-financial, jurisprudential principles.



قوه قضائیه
دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری

University of judicial sciences and administrative services

Family law brand

Thesis title:

The effect of custom on Iranian laws in the field of women's rights and its jurisprudential foundations

Supervisor:

Dr. Naeb Ali khalili

Advisor:

Dr. Mohammad Hadi Daraei

Writer:

Hassan Yadollah Nejad chari

Winter 2019