

زمینه های فقهی و ظرفیت سنجی حقوق زوجین در پرتو فقه

راحله عبدالکریمی مه آبادی^۱

^۱ کارشناسی ارشد دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دماوند، ایران

چکیده

عرف از دیر باز و قبل از پیدایش قانون و قانون گذاری در بین مردم رواج داشته و مردم براساس آن عمل می کردند و آن قاعده ای بود که به تدریج میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم شده است. در این پژوهش و رساله علمی سعی شده جایگاه عرف در فقه و حقوق مورد بررسی قرار گیرد و پرسش اساسی و مهمی که به ذهن خطور می کند این است که آیا عرف از منابع مستقل فقه و حقوق می باشد یا خیر؟ در این نوشتار با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی و قوانین و نظریات صاحب نظران جایگاه عرف و محدوده مراجعه به آن را معین می نماییم. نظام حقوقی اسلام با امضاء کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها توانسته است سیستم فقهی و حقوقی خود را برای همیشه زنده و پویا نگاه دارد، همچنان که قانونگذار ما نیز به تبعیت از فقه، در قوانین مختلف جزایی، مدنی و حتی رویه قضایی به عرف توجه داشته است. اگرچه عرف در فقه امامیه دلیل مستقلى در عرض سایر ادله نیست ولی در تشخیص و تطبیق مفاهیم بر مصادیق کاربرد و اعتبار دارد. به خصوص در حوزه ی فقه خانواده، در بسیاری موارد مثل مهر المثل و اشتغال زنان، شارع نظر عرف را در اولویت قرار داده است. باورهای عرفی که موافق با اصول و ارزش های دینی است در تدوین قوانین و مقررات عادلانه و حفظ حقوق زنان بسیار موثر است. عرف حکمی، در حقوق مبتنی بر اراده شارع و یا حتی حقوق مبتنی بر اراده قانون گذار دولتی، نمی تواند منبع قاعده آمره یا حقوق و تکالیف غیرقابل اسقاط باشد؛ زیرا معنای منبع قاعده آمره بودن عرف این است که اراده اجتماعی، به عنوان مبنای اعتبار قاعده حقوقی، در نظام حقوقی دینی و در حوزه حقوق خانواده پذیرفته شده است؛ در این صورت، باید، منتظر تعارض اراده شارع و یا اراده قانون گذار دولتی از یکسو و اراده اجتماعی از سوی دیگر، در سطح مبنای اعتبار قواعد حقوقی بود. نکاح را، نباید قراردادی خصوصی تلقی کرد؛ عقدی است معین که مفاد آن و از همه مهم تر، حقوق و تکالیف زوجین، در نظام حقوقی ایران، از سوی شارع مقدس تشریع گردیده است. به این ترتیب، اگر کارکرد موضوعی عرف، در نکاح، قابل پذیرش باشد، کارکرد حکمی آن، در صورتی که این حکم آمره باشد، چالش برانگیز بوده و پذیرش آن دشوار می نماید. در عین حال، توسعه عرف حکمی، به حقوق قابل اسقاط زوجین همچون حق فسخ ناشی از اشتراط یا نفقه قابل اسقاط، قابل توجیه است.

واژه های کلیدی: فقه، عرف قانون گذاری، نکاح، حقوق زوجین، حقوق خانواده

۱. مقدمه

در حقوق اسلامی، عرف یک از منابع حقوقی است و این نظام حقوقی با امضاء کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها و معتبر شناختن آن توانسته است سیستم حقوقی خود را برای همیشه زنده و متحرک نگه دارد. این جایگاه در حالی است که نظام حقوق اسلامی در اعتبار عرف آن قدر افراط نکرده که مخالف شئون انسان و اصل عدالت و حرمت و شرافت ذاتی آدمی باشد. اهمیت و تأثیر عرف در این نظام حقوقی از آنجاست که عرف از کهنه و فرسوده شدن مبانی فقه و حقوق جلوگیری کرده و آن را همواره در تطبیق و انطباق با نیازمندیهای روز مردم، متغیر و متکامل نگاه میدارد. بنابراین، ارزش شناخت عرف تا جایی است که میتوان ادعا داشت بپایداری قبل از ترسیم و تدوین قانون، پایه اصلی هر قانونی بر مبنای عرف شکل گرفته است، تا جایی که تدوین مجموعه های حقوقی و قوانین موضوعه به عنوان یکی از مهمترین پدیده های اجتماعی نمی تواند ناظر بر عرف و عادت نباشد. به هر حال، در نظام حقوقی اسلام، عرف یا همان روش و سلوک مستمر میان مردم، از مباحث متغیر و بحرانباز انگیز در میان فقهای شیعه و اهل سنت بوده است، باتوجه به این نکته که روش مذکور گاهی باعث تحول و دگرگونی در برخی موضوعات و احکام و قوانین جامعه گردیده است، از اینرو، فقیه برای به دست آوردن حکم یک پدیده عرفی، باید مسائل و شرایط مستحدث اجتماع را مورد دقت قرار دهد. با تتبع در جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام به این نتیجه میرسیم که دانشمندان شیعه به اتفاق، عرف را در حوزه تعیین مفاهیم گزارههای فقهی دارای اعتبار و حجت می دانند، و بنا بر نظر برخی از اصولیان و فقهای بزرگ، عرف افزون بر این در حوزه تشخیص مصادیق نیز حجت است (نهایه الافکار/۱۸۹/۴؛ أوثق الوسائل فی شرح المسائل/۵۳۴؛ بحوث فی علم الاصول/۵۲/۳؛ الحاشیه علی الکفایه/۴۱۷/۲؛ نهایه الدرايه فی شرح الکفایه/۱/۶۸).

همچنین از میان مذاهب اهل تسنن، دو مذهب مالکی و حنفی عرف را به عنوان یکی از منابع فقه در کنار سایر منابع و مصادر معتبر پذیرفته اند. اما مذهب شافعی داستان دیگری دارد؛ برخی گفته اند که علی رغم اعتماد علمای شافعی به عرف، اساساً شافعی خود به عرف استناد نکرده است، مذهب حنبلی نیز علیرغم مشهور بودن به تمسک بر ظاهر نصوص شرعی، از لحاظ نظری عرف را به عنوان منبع نپذیرفته، لیکن در مواردی، علمای حنبلی در حوزه عمل به عرف تمسک جستند. با توجه به مطالب بیان شده، میتوان گفت که در نظام فقهی و حقوقی اسلام، عرف از پیشینه های قوی همسو با فقه، برخوردار است، به نوعی که این پیشینه، در کارکرد عرف نسبت به ابواب و ادوار مختلف تاریخی فقه، امری کاملاً مشهود است. با توجه به وجود چنین جایگاهی برای عرف در نظام حقوقی اسلام، در این نوشتار برآنیم تا پس از بیان و تحلیل دیدگاههای فقهای شیعه و هر یک از فرق اهل سنت پیرامون مفهوم عرف، به بحث از میزان اثرگذاری عرف در نظام حقوقی اسلام بپردازیم و بپرسیم که عرف در این سیر مطالعاتی، ناگزیر از اشاره به اعتبار عرف در حقوق داخلی از طریق واکاوی قوانین مدنی، کیفری و رویه قضایی حاکم بر حقوق داخلی جمهوری اسلامی ایران خواهیم بود.

۱- عرف و جایگاه آن

۲- مفهوم شناسی عرف

واژه عرف در لغت دارای معنای متعددی است؛ مانند بخشش و اعتراف (بندریگی، ۱۳۷۱، ص ۳۵۷) و عرفان و علم (ابن منظور، ۱۴۰۸ ه، ج ۹، ص ۱۵۳) معنای مورد نظر در پژوهش کنونی، ضد نکر، و آن هر چیزی است که نفس آن را نیکو شناسد، و به آن اطمینان کند (انیس و دیگران، بی تا، ج ۲، ص ۵۹۵).

عرف در اصطلاح فقه، به معنای معروف و عبارت از خیر و رفق و احسان است (مقری فیومی، بی تا، ج ۱، ص ۴۰۴). در تعریفی هم آمده است: عرف هر چیزی است که به پیروی و گواهی عقل، در نفوس استقرار پیدا کند و طبع مردم آن را بپذیرد (فیض، ۱۳۸۱، ص ۲۳۴). بر این تعریف، و تعریف های مشابه، این اشکال وارد است که در آنها گواهی و پذیرش عقل یا طبع سلیم قید شده است، در حالی که همه عرف ها از این ویژگی برخوردار نیستند؛ زیرا عرف بر دو قسم است: عرف صحیح و عرف ناصحیح. بنابراین تعریف های یاد شده جامع نیستند. بهتر این است که گفته شود عرف هر چیزی است که مردم بدان عادت کرده و با آن آشنایی داشته باشند و بر وفق آن رفتار کنند یا آن را ترک نمایند؛ خواه آن چیز گفتار باشد، خواه کردار (همو، ص ۲۳۴).

عرف بیش از هر چیز به سیره عقلا و بنای عقلا نزدیک است (همو، ص ۲۳۵) گرچه عین آن نیست (علیدوست، ۱۳۸۵، ص ۱۲۱).

در اصطلاح حقوق موضوعه گفته شده است: عرف، قاعده ای است که به تدریج و خود به خود، میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور مرسوم می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۷۸؛ همو، ۱۳۷۹، ص ۴۱۲). همچنین گفته شده است: غالباً چیزی به صورت عرف در می آید که اکثریت قوم یا ملت آن را نیکو بدانند. به همین جهت، کلمه معروف در مورد عرف و عادت به کار می رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵). عرف را می توان به اقسامی بخش نمود، مانند عرف عام، عرف خاص، عرف عملی، عرف قولی و ... آنچه در این پژوهش مورد نظر قرار دارد عرف صحیح در مقابل عرف فاسد است. عرف صحیح چیزی است که در پرتو عقل در میان مردم اندیشمند متداول گردد، با دلیل و قانون شرعی مخالفتی نداشته باشد، در آن مصلحتی از میان نرود و مفسده ای به بار بیاید (فیض، ۱۳۸۱، ص ۲۳۶).

۲- جایگاه عرف در فقه

عرف، دلیل مستقل در استنباط احکام فقهی شمرده نمی شود، اما نقش تعیین کننده آن در علم اصول فقه و فقه قابل انکار نیست؛ به عنوان مثال، در بحث تعارض ادله، اگر تعارض میان دو دلیل، قرینه ای بر تفسیر مراد شارع به نظر آید، جمع میان دو دلیل، واجب است (صدر، ۱۴۲۱ ه، ج ۱، ص ۴۵۶).

نقش تعیین کننده عرف، در احکام فقهی نیز از وجود احکام متعدد امضایی روشن می گردد. در عرصه مسائل اجتماعی مانند فقه خانواده یا مسائل دادوستد، تعبد راه ندارد (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۷۸). بنابراین، برای دریافت مراد شارع و تعیین ظهور ادله لفظی، در مواردی از اصول عملی به عرف مراجعه می شود، همچون تعیین حدود موضوع حکم شرعی، اثبات تحقق موضوع، و تغییر موضوع حکم (واسعی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۳ - ۱۳۸).

یکی از مواردی که عرف به کمک فقیه می آید، احکامی است که موضوع عرفی دارند (نجفی، ۱۴۱۶ ه، ج ۱۶، ص ۵۹). افزودن بر آن در موارد بسیاری، فقیهان بزرگوار، عرف را ملاک حکم معرفی کرده اند، به عنوان مثال در وجوب حضانت از شخص گم شده (مکی، ۱۴۲۶ ه، ج ۳، ص ۹۵) و جواز استفاده از آنچه بر سر عروس نثار می شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ ه، ج ۷، ص ۳۱). بنابراین، بسیاری از عرف ها مورد تقریر و تایید شارع مقدس قرار گرفته و بعدها به نام حکم امضایی خوانده شده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵)؛ حتی گاه براساس آن عرف ها، از مقتضای اصول اولیه عدول می شود (اصغری، ۱۳۸۶، ص ۳۲۴).

۳- جایگاه عرف در قانون

منبع اصلی حقوق در کشور ما قانون است، اما عرف نیز در ساختمان قواعد حقوقی اثر بسزا دارد. از دیدگاه حقوق دانان در حقوق جزا، منابع الزامی مواردی چون قانون اساسی و قوانین جزایی است، اما عرف هم از منابع ارشادی به شمار می رود (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۹).

رفتارهای خلاف عادات قومی در بسیاری از موارد ایجاد تشنج اجتماعی می کند و در مواردی چندان عمیق است که هر قدرتی را به زانو در می آرد. از آن جا که وضع قوانین برای برقراری نظم اجتماعی و بهبود وضع جامعه است، نباید موجب اضطراب و تشنج گردد (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۸۵).

البته استناد به عرف و عادت وقتی جایز است که از طرف شارع مقدس، نص یا قاعده و دلیل روشنی برخلاف آن وجود نداشته باشد (ناصری، ۱۳۸۴، ص ۵۴).

وابستگی عرف با حقوق موضوعه چنان است که معنی درست قواعد حقوقی را جز با ملاحظه ی آداب و رسوم اجتماعی نمی توان فهمید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۸۴). برای مثال، چگونگی ریاست مرد بر خانواده تنها با مطالعه ی مواد قانونی به دست نمی آید. (همو، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۵۲۳).

افزون بر آن، عرف در حقوق، گاهی به طور صریح مورد ارجاع قرار می گیرد است (مواد ۱۳۲، ۲۲۰ ق.م) و گاه به طور ضمنی پذیرفته می شود (ماده ۹۷۵ ق.م).

۴- عرف در ساختار فقهی و حقوقی آن

گام نخست در تبیین مفهوم عرف در ساختار فقهی و حقوقی و یا به تعبیر دیگر، در نظام حقوقی اسلام، بررسی مفهوم لغوی عرف خواهد بود تا از پی این مطالعه به جایگاه این واژه در فرق مختلف فقهی در جهت ترسیم صحیح جایگاه عرف در نظام حقوقی اسلام دست یافت. برای واژه عرف در فرهنگ های معتبر، کاربردها و معانی متفاوتی ذکر شده است. ضد ریشه نکر (به معنای شناختن) و در نهایت به معنای اسم مفعولی (شناخته شده) (التحقیق فی کلمات القرآن / ۹۷/۸)، معروف و هرگونه کار نیک (لسان العرب / ۲۳۶/۹؛ العین / ۱۲۲/۲؛ تاج العروس / ۳۷۴/۱۲). اما معنای اصطلاحی عرف که عبارت است از سخن و یا کردار و ترک امری که در ذهن انسانها شناخته شده و در دلها رسوخ کرده و سیر عملی آنان در عمل بر آن استقرار و استمرار یافته است، جزو معانی لغوی عرف نیست و آن چه در کتاب «المعجم الوسیط» از کتاب های لغت عربی معاصر، تحت عنوان «ما تعارف علیه الناس فی عاداتهم ومعاملاتهم» (المعجم الوسیط / ۵۹۵/۲) ذکر شده، در واقع تعریف اصطلاحی عرف است. نباید از نظر دور داشت که در برخی از کتب لغوی که «المعجم الوسیط» نیز جزو آن دسته است، افزون بر معنای لغوی، معنای اصطلاحی در ضمن معنای لغوی ذکر گردیده است و از اینجا میتوان به اشتباهی که برخی از مؤلفان دچار شده و این تعریف را جزو معانی لغوی واژه عرف یاد کرده اند، پی برد.

۱-۴ موضوع شناسی عرف در فقه اهل سنت

تعاریف متعددی از عرف در کتاب های اهل تسنن و به ویژه در کتاب های اصولی آنان ذکر شده است، که در ذیل به مهمترین آنها اشاره های خواهیم داشت، البته نباید از نظر دور داشت که عناصر و مؤلفه هایی که در این تعاریف برای عرف ذکر شده، متفاوت است و مسلماً بدون توجه به این تفاوت، برداشت محقق از آنها ناقص خواهد بود:

۱. «العاده والعرف: ما استقر فی النفوس من جهة العقل، و تلقته الطبائع السلیمة بالقبول» (حاشیه رد المحتار علی الدر المختار / ۴۴/۱).

۲. «العرف: ما استقر فی النفوس من جهة شهادات العقول، و تلقته الطبائع السلیمة بالقبول» (مدارک التنزیل وحقائق التأویل / ۵۹۳/۲).

۳. «العرف ما استقرت النفوس علیه بشهادة العقول، و تلقته الطبائع بالقبول» (التعریفات / ۶۴).

۴. «ما یستحسن فی العقل فعله، و لاتنكره العقول الصالحة» مشابه این تعریف، تعریف زیر است: «العرف ما عرفه العقل بانه حسن و أقرهم الشارع الیه» (المفردات فی غریب القرآن / ۳۳۱) با این تفاوت که در آن موافقت با شرع ذکر شده است.

۵. «و العرف ما استقر فی النفوس من جهة العقول لا الطُروس □ ثم ارتضاه الناس بالقبول (شرح المعتمد / ۶۱/۱).

۶. «... و أما فی الاصطلاح فالعرف یراد به: ما اطمأنت الیه النفوس و تابعت علیه» (شرح منظومه القواعد الفقهیه / ۹۲/۱).

۷. «اما العرف عند الفقهاء فهو ما استقر فی النفوس و استحسنته العقول و تلقته الطبائع السلیمة بالقبول و استمر الناس علیه مما لاتردّه الشریعه و أقرتهم علیه» (همان / ۵۲).

۸. «العرف هو السلوك الذی تعرف العقول صوابه، و تطمئن الیه النفوس و یوافق شرع الله، لأنّ الكلّ یتعارف علیه، و لا أحد یستحیی منه» (تفسیر الشعراوی / ۳۱۷/۱).

اما عناصر متفاوتی که میتوان از تعاریف مذکور استقصاء کرد عبارتند از: ۱- استقرار در نفوس انسانها؛ ۲- شیوع در بین انسانها؛ ۳- منشأ عقلانی داشتن؛ ۴- پذیرش طبع سلیم آدمی؛ ۴- صورت قانونی به خود نگرفتن؛ ۵- استمرار عملی؛ ۶- عدم مخالفت با شرع، بلکه لزوم موافقت با آن. به هر حال، باید گفت که تعریفهای یاد شده همانند بسیاری از تعاریف در علوم اعتباری، به هیچ وجه تعاریف حقیقی نیستند، بلکه تنها تعاریف شرح الاسمی (که در آن برخلاف حد و رسم، سعی بر تحدید و تعریف شیء از راه شناخت امور ذاتی و عرضی شیء است) می باشند که با الفاظ آشناتر برای مخاطب، پرده از معرف برمی دارند. از اینرو، تلاش در جهت وقوف بر جنس و فصل در این گونه تعاریف بی مورد خواهد بود و این در حالی است که حتی در علوم برهانی،

فیلسوفان بنام نه تنها از درک حقیقت اشیاء بلکه از ادراک ذوات و ماهیات آنها اظهار عجز کرده اند. از جمله ابوعلی سینا در «التعلیقات» چنین می گوید:

«الوقوف علی حقائق الاشياء ليس في قدره البشر، و نحن لانعرف من الاشياء الا الخواص و اللوازم و الأعراض، و لانعرف الفصول المقومه لكل واحد منها الدالة علی حقیقته، بل نعرف أنها اشياء لها خواص و أعراض...» (التعلیقات/۳۴) در نهایت، اگر بخواهیم این تعریف ها را تکمیل کنیم، باید جهت تبیین ابهام موجود در موصول بگوئیم: عرف، قول یا فعل و یا ترک است که از ناحیه عقل در جان ها جای گرفته و طبع سلیم آن را می پذیرد (تأثیر العرف فی تحديد معنی [الكفاءة] فی الزواج/۳۱).

۲-۴ عرف در تعبیر فقهی امامیه

اما از نظر فقهی، گرچه فقها در بسیاری از مسائل، عرف را مورد توجه قرار داده و بسیاری موضوعات را به عرف منوط کرده اند اما معمولاً درصدد بیان تعریف ویژه ای برای عرف نبوده اند، بلکه آن را یک امر مسلّم یا مسأله معلومی تصور کرده و کمتر به مباحث دقیق آن پرداخته اند و هر موضوعی که در بیان شارع، تعریف مشخص نداشته است شناخت آن را به عرف واگذار کرده اند. البته از لابلای سخنان فقیهان می توان به اهمیت و جایگاه عرف در سراسر فقه پی برد. برای نمونه به سخن برخی فقها در مورد عرف اشاره میکنیم:

الف- شیخ انصاری، در بحث «جواز اجتماع الامر و النهی فی شیء واحد» در رد کسانی که درصدد تفصیل بین حکم عرف و عقل در مسأله شده اند، سخنی دارد که می تواند روشنگر بحث ما باشد (مطرح الانظار/۱۵۱/۲-۱۵۰) ایشان عرف را مرتبه های از مراتب و طوری از اطوار عقل برمی شمارد و هیچ گاه تضاد و مخالفتی بین این دو و حکم آنها نمی بیند، اما این که: ۱- مقصود از عقل و عرف در اینجا چیست؟ و ۲- چگونه عرف، گونه ای از عقل و مرتبه و مرحله ای خاص از عقل می باشد؟ از ابهاماتی است که ذهن مخاطب را به خود مشغول میسازد. در پاسخ پرسش نخست باید گفتکه منظور از عقل در این گونه موارد که در مقابل عرف قرار می گیرد، به تصریح اصولیان، عقل دقیّ و مراد از عرف، عرف مسامحی است؛ وگرنه همانگونه که در آینده روشن خواهد شد، هر دو از مصادیق عقل عملی در برابر عقل نظری هستند، که رویکردهای متفاوت به موضوع دارند؛ عقل دقیّ با دقت و موشکافانه به مسأله نگاه می کند و عقل مسامحی که در برابر عقل دقیّ، عرف نامیده میشود و شاید وجه تسمیه آن به عرف در همین نکته نهفته باشد که همان گونه که عرف به موضوعات با دید مسامحی می نگرد، اینگونه نگرش که در واقع دید عقل است، عرف نامیده شده است.

اما این که چگونه عرف، مرتبه ای از مراتب عقل است، با نکته ای که در تفاوت عرف و عقل در پاسخ پرسش نخست گفته شد روشن می گردد؛ زیرا همانگونه که گفته شد، عرف در اینجا همان عقل با دید مسامحی عرفی است و مراد ما از «در اینجا» خصوصاً «مقام استفاده و استنباط معانی از الفاظ» است که به تصریح در کلام شیخ آمده است؛ آنجا که فرمود: «حيث إنّ جهة الارتباط باستخدام المعانی...» و اتفاقاً ایشان در جای دیگر از کلام خود نیز با همین نگرش، به سرّ تفاوت عقل و عرف، یعنی پاسخ پرسش نخست، و جایگاه تفاوت آن دو که پاسخ پرسش دوم است، تصریح نموده است (فرائد الأصول/۱۵۱/۱-۱۵۰).

اما مقصود از عقل در اینجا (خواه در موارد حکم عقل و یا در مورد عرف که در واقع عقل مسامحی است)، عقل دارای جهت ارزشی و به عبارت دیگر، عقل عقلاء بما هم عقلاء نیست، بلکه همان عقل و برداشت عام مردم است که خود به دو بخش تقسیم می گردد: عقل دقیّ؛ و عقل مسامحی و عرفی.

بنابراین، از اینگونه تعبیر نمیتوان این برداشت را کرد که مراد از این عقل، عقل ارزشی و حکم عقلاء بما هم عقلاء است و آنگاه از اینجا بر شخصیتی مثل شیخ انصاری خرده گرفت که چرا ویژگی عقلانی بودن را منشأ عرف دانسته و عرف را که پایه عقلانی ندارد، مردود دانسته است (درآمدی بر عرف/۳۹-۳۶).

در هر حال، از مجموع دو کلام شیخ انصاری میتوان اینگونه برداشت نمود که یکی از کاربردهای عرف، کاربرد آن در ادراک و کشف معانی الفاظ میباشد و این در واقع، یک گونه خاص از عرف، در برابر عرف عام است که تمامی حوزه هایی را که مردم با آن سر و کار دارند شامل می گردد.

ب- فقیه مبرز مرحوم میرزا موسی تبریزی در کتاب «أوثق الوسائل» در ضمن شرح یکی از استدلالهای شیخ انصاری در کتاب «فرائد الاصول» (مطرح الأ نظار/ ۵۸۲/۲) بر حجیت استصحاب که به بنای عقلاء احتجاج فرموده‌اند، کلامی دارد که حقیقتاً در موضوع بحث راه گشا و کارساز است، (أوثق الوسائل فی شرح الرسائل/ ۴۶۷) و از آن برمی‌آید که اتفاق به سه صورت تصویر میشود که اگرچه اتفاق کنندگان یکسان باشند، در ملاک اتفاق با یکدیگر تفاوت دارند. این سه تصویر در اتفاق که خاستگاه‌هایشان متفاوت است عبارتند از:

۱. اتفاقی که خاستگاه آن فهم مشترک عرف مردم است بدون آن که عقل و دین در آن دخالت داشته باشد که «بنای عرف» نامیده می‌شود، مانند: بنا بر حجیت ظواهر. مشخصه این گونه اتفاقها و بناها آن است که عاقل و مجنون و کودک و مرد وزن در آن مشترک هستند.

۲. اتفاقی که خاستگاه آن تدین اتفاق کنندگان به دین خاصی است بی آنکه فهم عرفی و یا عقل آنان در آن دخالت داشته باشد، که «سیره» نامیده می‌شود، مانند: سیره بر بیع معاطاتی.

۳. اتفاقی که خاستگاه آن عقل اتفاق کنندگان است بی آن که فهم عرفی و یا تدین آنان در آن دخالت داشته باشد، که «بنای عقلاء» نامیده می‌شود، مانند بنا بر «ما کان» که نتیجه آن حجیت استصحاب و یا بنا بر حجیت خبر واحدی که صدور آن موثوق به باشد.

عمده اشکالاتی که بر این دیدگاه مطرح است، عبارتند از:

۱- در این متن بین اموری که خاستگاه‌ها آنها فهم (که یک امر ذهنی است) و بین بناء (که یک امر کاربردی و عملی می‌باشد)، خلط، و هر دو در ضمن یک نام ذکر شده است، در حالی که شایسته بود این تصویر به دو دسته تقسیم می‌شد؛ به این صورت که گاه خاستگاه اتفاق آنان، فهم و به تعبیر رایج در میان اصولیان متأخر، ارتکاز است؛ و گاه سیره عملی آنان بر امری مستقر است، که □ اولی، فهم و ارتکاز عرفی و دومی، بنای عرف نامیده می‌شود و دلیل ما بر این تفکیک، استعمال‌های فراوان اصولیان متأخر می‌باشد.

۲- محقق نائینی در آغاز استدلال بر حجیت خبر واحد به بنای عقلاء، به تبیین عرف پرداخته که مسلماً در بحث ما کارگشا می‌باشد (منیه الطالب/ ۱۹۲/۳). این نوشتار اگرچه در ابتدا میان بنای عقلاء و بنای عرف این همانی برقرار کرده است، لیکن از قرائن موجود در ادامه کلام از جمله عبارت «و لیس بناء العرف شیئاً یقابل الطریقه العقلایه» برمی‌آید که مقصود تطابق آن در مصداق است و نه در مفهوم؛ زیرا روشن است که مقصود از بنای عقلاء، بنای عقلاً بما هم عقلاء است و مراد از بنای عرف، بنای مردم از آن جهت که عرف آنان است می‌باشد، و این دو اگرچه در مواردی از نظر مصداق تطابق دارند، یعنی مردم بر چیزی توافق دارند هم از آن نظر که عقلاء هستند و هم از آن نظر که عرف آنان چنین ایجاب می‌کند، ولی این هرگز به معنای تطابق مفهومی بنای عرف و بنای عقلاء نخواهد بود.

ایشان در ادامه کلام، به منشأ طریقه عقلائی اعم از بنای عقلاء بما هم عقلاء و یا بنای عرف از آن جهت که عرف آنان ایجاب میکنند، پرداخته است و دلیل این مسأله، ذکر «جبر سلطان جائز» به عنوان یکی از منشأهای این طریقه در کنار دو منشأ دیگر یعنی وحی و فطرت (که مقصود از آن همان عقل کاربردی است) ۱ می‌باشد و تأکید بر اینکه هر سه این منشأها اگر تا زمان معصوم استمرار داشته و معصوم از آن ردع نکرده باشد، لازم الاتباع خواهند بود؛ زیرا اولاً: معنا ندارد که مردم بما هم عقلاء، امری را به دلیل اجبار و جبر سلطان جائزی پذیرفته باشند، و ثانیاً: معصوم آن را تأیید بفرماید. بر این اساس، مقصود از طریقه عقلائی در ادامه کلام محقق نائینی اعم از بنای عقلاء بما هم عقلاء و یا غیر آن می‌باشد، اگرچه انعقاد کلام و صدر آن جهت تبیین بنای عقلاء بما هم عقلاء می‌باشد.

با توجه به توجیه گذشته، پاره‌ای از اشکال‌ها (مانند: عدم پایداری عرف‌هایی که به قهر و جبر بناگذاری شده است و عدم ذکر نمونه برای این گونه عرف‌ها) که بر ذکر سخن محقق نائینی وارد شده است، ۲ به کلی مرتفع می‌گردد؛ زیرا:

۱- شاهد بر این که گاه در کلام اصولیان و فقها، بنای عقلاء و حکم فطری یکسان و یا حکم فطری، ریشه بنای عقلاً تلقی شده است، میتوان به کتاب نه‌ایه الافکار مرحوم آیت ... بروجردی، تقریر آیت ... عراقی، ج ۳، ص ۳۸ مراجعه نمود.

۲- نویسنده ای در نقد این کلام چنین مینگارد: «راه و رسم حاکم یا سلطان جابر و خودکامه که بنای غلطی را به زور و جبر در جامعه بالا میبرد و روش ناپسندی را اغلب با فشار و اکراه پیاده میکند، فکر نمیکند ماندنی باشد و به نسلهای پس از او، خود به خود منتقل گردد، بلکه آن راه و رسم که جبراً برقرار شده، دیری نخواهد پایید و با رفتن شاه ستمگر آن رسم غلط نیز از میان خواهد رفت، که گفتهاند: «الْقَسْرُ لَا يَدُومُ» حرکت غیر طبیعی در زیر فشار و جبر دوامی نخواهد داشت.» (جهت اطلاع بیشتر رجوع شود به فصل نامه حضور، شماره ۵ و ۶، ص ۲۳، مقاله نقش زمان و مکان در فقه و اجتهاد)

۱. تمثیل راه اندازی عرف به دلیل جبر و قهر سلطان جائز، فقط مثالی در برابر دوراه عقل و فطرت و راه وحی است. بنابراین، مثال سلطان جائز نه تنها نامتناسب نیست، بلکه به دلیل مقابله با راه عقل و فطرت و وحی، بسیار متناسب خواهد بود. بنابراین، مراد این نیست که سلطان جائز، بنای غلطی را راهاندازی کرده باشد، بلکه مراد بنائی همانند تعیین مکیل و موزون خاص و یا عرف هایی از این دست است که منشأ عقلانی و وجدانی و یا وحیانی ندارد.

۲. عدم ذکر نمونه برای این موضوع به لحاظ روشنی مسأله و یا احاله به خواننده است که در لابلاي کتب فقهی فریقین، مشحون از مثال هایی است که نه منشأ عقلانی دارند و نه وحیانی، بلکه عرفی است که مردم در عمل بر آن عادت کرده و به سیره آنان تبدیل شده است و در نهایت، در اذهان آنان رسوخ کرده و جزو مرتکز ایشان گردیده است.

۳. مصب و مجرای قاعده «القسر لا یدوم»، امور تکوینی و خارجی است و نه امور اعتباری و قراردادی (الحکمه المتعالیه/۳۴۷/۹؛ الشواهد الربوبیه/۳۱۳؛ العرشیه/۲۸۰) و اگر نویسنده به این موضوع اشراف داشته و با این وجود، بخواهد مانند بسیاری از قواعدی که در امور تکوینی جاری می گردد، حکم آن را در امور اعتباری و قراردادی اجرا نماید، پاسخ آن از نکات گذشته روشن میگردد، زیرا مقصود از عرفی که سلطان جائز منشئ و منشأ آن است، لزوماً امر غیر ارزشی و ناپسند نیست و گرنه بعداً مورد ردع معصوم قرار می گرفت (فقه و عرف/۶۷).

با توجه به مطالب بیان شده در خصوص دیدگاههای فقهای شیعه و فرق اهل سنت پیرامون مفهوم عرف، میتوان پارهای از موارد کاربرد عرف را در تقسیمبندی زیر بیان نمود:

• عرف اهل زبان به اعتبار دارا بودن زبان خاص؛

• عرف شرع و سیره خاص شارع در ارائه احکام و حقائق؛

• تفکیک عرف متدینان به دو بخش عرف عموم متدینان بدون تقید به دینخاص، و عرف متدینان به دین اسلام.

افزون بر این تقسیم، عبارت مرحوم آشتیانی در شرح «فرائد الاصول» شیخانصاری که بر تفکیک عرف اهل لسان از عرف عمومی آنان بر امور دیگر تأکید می ورزد، شایان توجه است (فرائد الاصول/۱/۱۶۴).

مفهوم «عرف» در جامعه شناسی یکی از مفاهیم بنیادینی است که می تواند به صورت قواعد هنجاری عمل نموده و منجر به تنظیم رفتار اجتماعی افراد گردد. در صورت تخلف از آن، فرد به نوعی هنجارشکن و در قالب «منحرف اجتماعی» از جامعه طرد می شود. همچنین یکی از منابع اصلی که حقوق دانان آن را به عنوان منابع حقوقی نام برده اند، «قاعده عرف» است. منابع حقوقی دیگری همانند «قانون» و «رویه قضایی» در کنار قواعد عرفی وجود دارد. در محاکم قضایی گاهی به قاعده عرف استناد می شود و فرد یا افرادی را به جرم و یا کج روی منسوب می کنند، در حالی که جرم، نوعی قانون شکنی محسوب شده ولی کج روی، تخلف از هنجارهای اجتماعی به حساب می آید.

ممکن است سؤال شود، قواعد عرفی در چه صورتی مصداق جرم و در چه صورتی مصداق کج روی به خود می گیرند؟ آیا تخلف از قواعد عرفی، فرد را به نوعی هنجارشکن خواهد کرد و یا مجرم؟ به عبارت دیگر، عرف در حقوق به چه معناست، آیا با معانی که در جامعه شناسی مطرح می شود متفاوت است؟ آیا می شود عرف حقوقی را همان آداب و رسومی که در جامعه شناسی وجود دارد، دانست؟

این ها سؤالاتی است که برای پاسخ به آن ضرورت دارد این مفهوم را از دامنظر جامعه شناسی و حقوق مورد بررسی قرار دهیم تا یگانگی و یا دوئیت معناساختی آن آشکار گردد.

۵- حقوق غیر مالی خانواده و نقش عرف در آن ها

حقوق غیر مالی همسران شامل رفتار شایسته همسران با یکدیگر و حقوق جنسی می شود. رابطه های غیر مالی را می توان رابطه های شخصیت دانست (سلجوقی، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۲۵۲)

الف- حسن معاشرت و نقش عرف در تبیین آن: نخستین حق هر یک از همسران آن است که رفتار نیکوی طرف مقابل برخوردار باشد؛ زیرا به سبب پیوند ازدواج زن و مرد، کانونی همیشگی تشکیل می شود، و چنین نیست که مانند دیگر قراردادهای طرفین پس از انعقاد قرارداد، از یکدیگر جدا شوند و تنها از آثار آن برخوردار گردند. اگر همسران در محیط خانواده از سلامت روان، آرامش و امنیت بهره مند نشوند، هرگز نمی توانند به درستی به وظایف خویش در پیشگاه خداوند، در مقابل یکدیگر و در جامعه عمل کنند.

قرآن کریم در ۱۹ مورد مردان را مکلف به حسن معاشرت نیکو در برابر زنان می کند. رفتار نیکو در تمام ابعاد حقوق همسران جریان دارد، زیرا آیه شریف قرآن کریم در این مورد، خطابی عام و فراگیر است، و می فرماید: «عاشروهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء ۱۹) گرچه مخاطب این آیه، مردان هستند، اما «معاشرت» به دلیل ساختار واژگانی (باب مفاعله) از مفاهیم اجتماعی و دوسویه است که چنانچه موضوع آن با پسوند خانواده مورد نظر و محل گفت و گو باشد، مانند آیه شریف مورد بحث، تنها ملاک رفتاری برای مردان نیست، و مقصود از آن هم زمان تعیین ملاک و مبنای رفتار شوی با زن و نیز زن با شوی خویش است. پس مردان و زنان در رفتار متقابل خانوادگی و زناشویی از این زاویه که هر دو باید طبق معروف رفتار کنند، همسان و برابرند (عظیم زاده اردبیلی، ۱۳۸۷، ص ۹).

معروف در تمام موارد خیر و صلاح و فلاح و کار نیک و واجب و زیبا به کار می رود؛ زیرا موجب اطمینان و آرامش می شود. بنابراین، معروف دارای یک مفهوم کلی است که بر همه موارد مذکور در آموزه های دینی منطبق می شود و ویژگی آن به تناسب موارد مختلف، متفاوت می گردد (مصطفوی، ۱۳۷۱، ج ۸، ص ۹۶).

می توان گفت: اصول روابط مختلف همسران از دو آیه شریف «عاشروهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء ۱۹) و «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره ۲۸۸) به دست می آید، که ملاک تمامی حقوق و چگونگی آن است. چرا که از آیه نخست، کیفیت زندگی مشترک در تمامی مسائل و از آیه دوم، ملاک آن ها که عدالت است، فهمیده می شود که مبین طرز رفتار همسران در عرصه های گوناگون زندگی خانوادگی است.

معاشرت نیکو در اشخاص مختلف، متفاوت است. بین دوستان و افراد عمومی جامعه، حسن تفاهم و حسن اخلاف کافی است؛ ولی در زندگی زناشویی این امر کافی نخواهد بود (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۴۹۸). البته لوازم حسن معاشرت را به دقت نمی توان معین کرد؛ زیرا عادت و رسوم اجتماعی و میزان تمدن و اخلاق مذهبی در میان هر قوم، مفهوم خاصی از «حسن معاشرت» به وجود می آورد؛ ولی به اجمال می توان گفت، تمام اموری که از نظر اجتماعی توهین محسوب می شوند، مانند ناسزاگویی یا اموری که با عشق به کانون خانواده و اقتضای محبت بین دو همسر منافات دارد، مانند ترک خانواده و بی اعتنائی به همسر و خواسته های او، از مصداق های سوء معاشرت در خانواده هستند. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۲۱۹ - ۲۲۰).

طرز معاشرت متعارف، معاشرت در یک زندگی اجتماعی است، اجتماعی که هر فرد، یکی از خشت های بنای آن است و با سایر افراد جامعه به طور یکسان در سازمان جامعه انسانی بر مبنای تعاون و همبستگی سهیم می باشد (طباطبائی، بی تا، ج ۸، ص ۷۸). خداوند متعال در قرآن مجید بیان داشته که زن و مرد شاخه های یک ریشه هستند (نساء ۲۵). اما این موضوع منافاتی با آن ندارد که هر یک از زن و مرد ویژگی هایی داشته باشند که دیگری ندارد. زن و مرد با تمام اختلافات طبیعی که دارند، در میزان تاثیر در اصل تکوینی اجتماع یکسانند.

این همان حکمی است که از ذوق جامعه - جامعه ای که بر طریقه فطرت بدون انحراف مشی می کند - سرچشمه می گیرد. به ویژه که اسلام کزی ها و سستی های آن را برانداخته است، و از آن جهت است که اجرای حکم برابری در معاشرت، یعنی آزادی اجتماعی، لازم می باشد، و در واقع هر انسانی از آن جهت که انسان با فکر و اراده محسوب می شود، اختیار کسب منفعت و دفع ضرر را با استقلال کامل دارد.

این مختصات ویژه شریعت اسلام نیست، بلکه در همه قوانین مدنی و در همه آداب و سنن انسانی، کم و بیش وجود دارد. سخن جامع برای تمامی این معنای «عاشروهنّ بالمعروف» می باشد (طباطبائی، بی تا، ص ۷۸ - ۷۹).

بنابراین، برای دریافت مصادیق معاشرت نیکو در میان همسران، تاثیر زمان و مکان روشن است، و معروف را البته مخاطب باید شناسایی کند؛ زیرا معروف در هر زمان متفاوت با زمان دیگری است (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۹).

ب- حقوق جنسی و تاثیر عرف در آن: پاسخ به نیازهای جنسی، یکی از انگیزه های ازدواج است. باید توجه داشت که عدم پاسخگویی مناسب به این نیاز سبب بیماری های جسمی و روحی افراد می گردد. درباره لزوم توجه به این حق از حضرت رسول اکرم (ص) روایت شده است که: لباس ای خود را تمیز کنی و مسواک بزنی و آراسته باشی که بنی اسرائیل چنین نکردند و زنانشان به اعمال زشت متمایلش شدند (پاینده، ۱۳۶۹، ص ۷۲).

داشتن روابط جنسی از مصادیق حسن معاشرت شمرده می شود و باید موقعیت، محیط و وضعیت طبیعی زوجین در آن رعایت شود. زن نمی تواند از آن شانه خالی کند، هم چنان که شوهر نمی تواند از آن خودداری نماید (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۴۹۸). از دیدگاه فقهی و حقوقی، حق جنسی مرد تمکین نامیده می شود و اصطلاحاً عبارت است از آن که زن در هر زمان و مکان مناسب آمادگی همبستری با شوهر را داشته باشد (فیض، ۱۳۸۱، ص ۳۰۸). تحقق عناوین طاعت و انقیاد از سوی زن، بستگی به نظر عرف دارد (مغنیه، ۱۳۷۷، ص ۳۸۶) و در صورت وجود مانع عقلی یا شرعی، این تکلیف ساقط می گردد. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۵۹۹).

مساله تمکین از مسائل مورد بحث در جامعه فقهی و حقوقی است. اقدام مرد به آمیزش در مواردی که زن تمایلی به آن نداشته باشد، در حقوق غرب از مصادیق تجاوز به عنف شمرده می شود. یکی از اندیشمندان در توضیح موضوع تمکین می گوید: تمکین امری است که نیاز به آمادگی دارد و شرایطی لازم است که برای زن و مرد، هر دو مهیا باشد. ممکن است زن، ناراحتی داشته باشد، درس بخواند، مهمان داشته باشد و .. اگر قرار باشد این کار به اجبار و اذیت و آزار صورت گیرد، در اسلام از معاصی کبیره به شمار می آید. اذیت و آزار به هر صورتی حرام است و از همین رو ممکن نیست که در آموزه های شرعی از سویی آزار و اذیت، حرام و گناه کبیره باشد و از سوی دیگر به مرد اجازه آزار و اذیت داده شود. بنابراین تمکین در شرایطی است که زن آمادگی داشته باشد. از سوی دیگر در صورتی که زن آمادگی ارتباط جنسی را داشته باشد و از آن خودداری کند، نشوز صورت می گیرد؛ زیرا غریزه جنسی باید اشباع شود هم از طرف زن و هم از طرف مرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۳۲۵).

خارج نشدن زن از خانه مگر با رضایت شوهر نیز از فروع و لوازم تمکین شمرده می شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۵۵۹)، که حقوق دانان به آن تمکین عام می گویند (امامی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۵۱۶). می توان گفت خروج از منزل، بدون توافق همسر موضوعیت ندارد، بلکه پاسخگویی به نیازهای جنسی شوهر، هدف قانون گذار بوده است، و رسیدن به این هدف، مجوز رفتارهای نامعقول و نادرست بعضی از مردان نخواهد بود.

بنابراین، اگر زن به عنوان مثال شغلی دارد که منافاتی هم با شخصیت خانوادگی اش ندارد، و زمانی که سرکار می رود، اگر شوهرش در خانه نباشد، اجازه لازم نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۳۲۴). زیرا با آیه شریف قرآن که به رفتار و معاشرت نیکو امر می کند (نساء ۱۹) منافاتی ندارد. امروزه اگر مردی به زن خود اجازه ندهد که از خانه بیرون رود، کاری خلاف عرف انجام داده است. اما در قدیم این عمل با عرف مخالف نبود (مهریزی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۸۹).

بدیهی است در کانون خانواده، امور باید با همفکری و مشورت و رضایت طرفین انجام گیرد و هر یک از همسران وظیفه دارد دیگری را از عمل ناپسند، که ممکن است حضور در مکانی نامناسب باشد، باز دارد. هم چنان که همه افراد اجتماع این تکلیف واجب را بر عهده دارند: زیرا امر به معروف و نهی از منکر یک خطاب همگانی است.

بنابراین، از آنجا که حق جنسی از مصادیق آیه شریف «عاشروهنّ بالمعروف» (نساء ۱۹) شمرده می شود، انجام نیکو و متعارف توأم با عدل و انصاف آن مورد نظر شارع مقدس بوده است، و روابط جنسی به طور متعارف از لوازم حسن معاشرت است (صفایی و امامی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۷). در قرآن کریم که نخستین دلیل فقهی است، آمده است: «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره

۲۸۸). این آیه شگفت انگیز دارای فواید بسیاری است، و منظور آن رجوع به حسن معاشرت و ترک اضرار به زن، و رعایت مساوات در حقوق جنسی و نفقه است (طبرسی، ۱۴۰۳ ه، ج ۱، ص ۳۲۷).

صاحب المیزان نیز در ذیل این آیه شریف می فرماید: عملی معروف است که هم طبق هدایت عقل صورت گرفته باشد، هم با حکم شرع یا قانون جاری در جامعه مطابق باشد؛ هم با فضایل اخلاقی منافاتی نداشته باشد، و هم سنت های ادبی آن را خلاف ادب نداند. چون شریعت اسلام براساس فطرت و خلقت بنا شده است، معروف از نظر اسلام همان چیزی است که مردم آن را معروف بدانند، البته مردمی که از راه فطرت منحرف نشده اند. یکی از احکام چنین اجتماعی آن است که تمامی افراد و اجزای اجتماع در هر حکمی مساوی و برابر باشند و در نتیجه احکامی که علیه آنان است با احکامی که به نفع آنهاست برابر باشد (طباطبائی، بی تا، ج ۴، ص ۲۴).

با توجه به آنچه بیان شد، و این که نظام حقوقی اسلام، نظامی است هماهنگ با فطرت و تامین مصالح کلی جامعه و خانواده، که پای بند به آن به نفع همگان خواهد بود، می توان گفت حقوق جنسی از نخستین حقوق در عقد ازدواج است که زن و مرد براساس نیازهای وجودی خویش از آن بهره می برند. در قرآن کریم آمده است: «هُنَّ لِبَاسٌ وَّ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ» (بقره، ۱۸۶) در مورد آیه شریف گفته شده: منظور از لباس همان معنای معروف آن است؛ یعنی همان چیزی که انسان بدن خود را با آن می پوشاند، و چون هر یک از زن و شوهر دیگری را از عمل نامشروع حفظ کرده، مانع شیوع آن بین همگان می شود، گویا پوشاکی است که عورت و زشتی های او را می پوشاند. این تعبیر استعاره ای لطیف است؛ زیرا عورت انسان به وسیله لباس از دیگران پوشیده می شود، ولی از خود لباس مستور نمی گردد، همچنین است هر کدام از زن و شوهر که طرف مقابل را از آمیزش با دیگران نگاه می دارد، ولی مانع از آمیزش با خودش نمی شود (طباطبائی، بی تا، ج ۳، ص ۶۱).

بنابراین یکی از اهداف ازدواج، حفظ طرفین از روابط نادرست و پاسخگویی به نیاز ایشان از طریق درست است. پس هر یک از زن و شوهر باید در راستای این هدف کوشا باشند.

۵- حقوق مالی خانواده و نقش عرف در آن ها

حقوق مالی ناشی از عقد ازدواج به زن اختصاص دارد، که شامل مهر و نفقه می شود. ذیلاً به هر یک از این دو حق و نقش عرف در آن ها می پردازیم:

۱- ۵ مهر و نقش عرف در تعیین میزان آن

مهر یا صداق مالی است که به مناسبات عقد نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۳۸). مهر صداق نامیده شده زیرا دادن آن از طرف مرد به زن، هنگام ازدواج، خبر از صداقت و راستی او و نشانه ای از علاقه و محبت به زن و تشکیل خانواده است (میرشمسی، ۱۳۸۰، ص ۲۶). نهاد مهر در حقوق ایران بر مبنای سنت و مذهب است (ابن تراب، ۱۳۸۱، ص ۱۱۶).

مهر رکن ازدواج دائم نیست، از این رو عقد ازدواج دائم بدون مهر یا با ذکر مهر اما به طور مجمل صحیح است، به گونه ای که تعیین مقدار آن به یکی از زوجین یا هر دو یا شخص دیگر سپرده شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ ه، ج ۸، ص ۲۱۵). از این حکم می توان به دست آورد که شارع مقدس نظر ویژه ای به مهر و مقدار آن ندارد، و بدین سبب مهر اقسامی دارد که هر یک مورد بررسی قرار می گیرد:

-مهر المسمی و رابطه آن با عرف: مهر المسمی مالی است که زن و مرد بدان راضی هستند و در متن عقد آن را ذکر می کنند (مغنیه، ۱۳۷۷، ص ۳۴۰). در این صورت، میزان مهر تابع اختیار طرفین است و حداقل یا حداکثری برای آن ذکر نشده است (کرکی، ۱۴۱۱ ه، ج ۱۳، ص ۳۳۹). حکم مزبور به استناد این آیه شریف قرآن است که می فرماید: «اگر خواستید به جای زنی، زن دیگری بگیرید و به یکی از ایشان مال بسیار بخشیده باشید، از او چیزی باز پس می گیرد» (نساء ۱۹). در مورد این آیه شریف روایت شده است که مردی هر گاه می خواست همسر جدید بگیرد، به همسری که در اختیار داشت بهتان عمل زشت می زد تا آن زن هر چه را که مرد به او عطاء کرده بود پس دهد. سپس مرد آن مال را مهر همسر جدید قرار می داد. نهی که در آیه شریف در زمان تبدیل زنان آمده است، به این سبب است (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۰۳).

به نظر می رسد آیه شریف در مقام بیان حکم مقدار مهر نبوده، بلکه از ظلم به زنان نهی فرموده است. به طور کلی در هر موردی که شرع ساکت باشد، به عرف مراجعه می شود. افزون بر آن، می توان گفت رضایت طرفیت نیز برخاسته از دیدگاه عرف است. در واقع ارزش های فرهنگی و اجتماعی، تعیین کننده دیدگاه طرفین، و در نتیجه نظر ایشان در میزان مهر است. از سوی دیگر، اگر به دلیل مهر المسمی یا عقد فاسد باشد، در صورت همبستری همسران، مهر المثل به زن تعلق می گیرد، که تعیین مقدار آن به عهده عرف است. با بررسی روایات نیز شش حدیث دیده می شود که در آن ها ذکر شده است «ما تراضی علیه الناس» یعنی آنچه مورد رضایت مردم است (حر عاملی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۱ - ۳). این روایت ها نشان می دهند که میزان مهر در حقیقت، به تشخیص عرف محول شده است. در دو حدیث دیگر نیز رضایت طرفین ذکر شده است (حر عاملی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۱ - ۳). در احادیثی نیز به استحباب کمی مهر و مهر السنه، و کراهت زیادی مهر حکم شده است (همو، ص ۵ - ۷، ۹ - ۱۹). برخی فقهای بزرگوار هم در تفویض مهر گفته اند که اگر تعیین مهر به زن سپرده شود، او نمی تواند بیش از مهرالسنه را تعیین نماید (حلی، ۱۴۱۲ ه، ج ۲، ص ۵۴۹).

بنابر آنچه بیان شد، به نظر می رسد مهر در ازدواج دائم که به هدف تشکیل خانواده واقع می شود، موضوعیت ندارد؛ بلکه اسلام آن را امضاء و تایید کرده است؛ چنان که پیش از اسلام نیز در پاره ای از ملل و نحل، مهر و کابین وجود داشته است (حکیم پور، ۱۳۸۲، ص ۲۳۹). قرآن کریم مهر را نخله خوانده است (نساء ۴) و آن عطیه ای است که با رضا و رغبت و بدون طلب به دیگری داده می شود (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۰۲).

بنابراین، استفاده از مهر به عنوان یک ضمانت اجرا برای انجام وظایفی که مرد بر عهده دارد، کاری نادرست، و یک سنت اشتباه است. برای هر مشکلی باید راه حلی مناسب یافت. با توجه به آنچه بیان شد، می توان گفت عرف در هر زمان، اثر کلیدی در تعیین میزان مهر المسمی دارد. این تاثیر را در مقایسه میان مهر در سال های انقلاب اسلامی و دوره کنونی به روشنی می توان مشاهده کرد.

-مهر المفوض و عرف: چنان که بیان شد، تعیین مقدار مهر به تراضی طرفین واگذار شده است و آنان می توانند خود عهده دار تعیین مهر شوند یا به تراضی، شخص ثالثی را برای این منظور معین کنند؛ مانند این که ضمن نکاح شرط شود که تعیین مقدار مهر بر عروس یا داماد است. در این صورت، داوری که برای تعیین مهر انتخاب می شود، در این راه آزاد است و می تواند هر مقدار که صلاح می داند، مهر المسمی تعیین کند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۴۰). ولی اگر اختیار تعیین مهر به زن داده شود، زن نمی تواند بیش از آنچه به طور معمول برای امثال او مهر تعیین می کنند، نظر بدهد، (همو، ص ۱۴۱). البته از دیدگاه فقهای بزرگوار زن نمی تواند بیش از مهر السنه را به عنوان مهر قرار دهد (مکی، ۱۴۱۲ ه، ص ۱۷۰).

پس در این مورد نیز عرف، نقش موثر در میزان مهر دارد؛ زیرا عوامل اجتماعی در دیگاه کسی که میزان مهر را تعیین می کند، نقش به سزایی دارد.

-مهرالمثل و عرف: منظور از مهرالمثل مالی است که مانند آن زن از نظر نسبت، سن، عقل، توانگری و موارد دیگر بدان تمایل دارند (جبعی عاملی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۶). بنابراین، میزان مهر المثل بر حسب حال زن و داوری عرف معین می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۴۹).

فقهای بزرگوار در مورد میزان مهر المثل به صراحت دیدگاه عرف را مورد نظر قرار داده اند. چنان که گفته شد: در میزان مهر المثل، موقعیت زن از نظر ویژگی های شخصی و اجتماعی و عادت زنان همتای او بررسی می شود (طباطبائی، ۱۴۱۲، ج ۷، ص ۱۵۰). بدین معنی که عواملی را باید معیار قرار داد که در تعیین مهر المثل در عرف دخالت دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۲).

بنابراین آنچه موجب توجه و مایه رغبت مردم در عرف است، در تعیین مهر المثل مورد عنایت قرار می گیرد، و اختصاص به عناوین خاصی ندارد (محقق داماد، ۱۳۷۶، ص ۲۵۶). در پاسخ به این پرسش که اگر مهر المسمی در عقد ذکر نشده باشد، و مرد هدیه ای به زن تقدیم کند، آیا آن هدیه مهر خواهد بود یا نه؟ بیان شده است که نخست باید به عادت نگاه کرد، اگر

معمولاً قبل از همبستری مهر را می دهند، مانند زمان سابق، آن هدیه مهر است و اگر قبل از همبستری چنین نمی کنند، مانند زمان کنونی، این هدیه مهر نیست، (همو، ص ۱۶۵). ملاحظه می شود که در این جا هم عرف و عادت، نقش اساسی دارد. -مهر المتعه و عرف: در مواردی که مهر در عقد ذکر نشده باشد و شوهر قبل از همبستری و تعیین مهر، زن خود را طلاق دهد، زن مستحق مهرالمتعه است (همو، ص ۱۵۰). در میزان مهر المتعه، نظر مشهور توجه به موقعیت اقتصادی مرد است که متناسب با آن، هدیه ای نیکو به زن بدهد (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۳، ص ۱۱۶). در این مورد نیز عرف نقش تعیین کننده دارد (جبعی عاملی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۱۶). دلیل این حکم، آیه شریف قرآن کریم است (بقره، ۲۳۶) که در آن واژه «بالمعروف» آمده است، و گفته شده معروف به معنای چیزی است که نزد اهل عقل و مروت شناخته شده است (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۰۵).

۲-۵ نفقه و نقش عرف در تبیین آن

نفقه، دیگر حق مالی زن است که پرداخت آن از وظایف مرد در زندگی خانوادگی است. در این مورد فقر و احتیاج زن شرط نیست، و زن بر شوهر حق نفقه دارد اگر چه از بی نیازترین مردم باشد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۵۶۹). نفقه عبارت است از تامین هزینه ی زندگی کسی، آن گونه که به طور معمول به آن نیازمند است، از قبیل هزینه ی خوراک، پوشاک، مسکن و سایر نیازمندی های زندگی (فیض، ۱۳۸۱، ص ۳۹۰).

در شرع، مقداری برای فقه ذکر نشده است، بعضی از فقهای بزرگوار موقعیت اقتصادی زن و مرد، هر دو را ملاک تعیین مقدار نفقه دانسته اند (مغنیه، ۱۳۷۷، ص ۳۹۱). گروهی دیگر موقعیت مالی مرد را ملاک دانسته اند (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۱۹) و در این مورد به آیه شریف قرآن کریم استناد کرده اند که اتفاق فرد توانگر را به نسبت دارایی او و اتفاق فرد تنگ روزی را به همان نسبت واجب دانسته است (طلاق، ۷). بنابراین او و اتفاق فرد تنگ روزی را به همان نسبت واجب دانسته است (طلاق، ۷). بنابراین ملاک نیاز زن است، از لحاظ کمیت نیز عرف و عادت در شهر محل سکونت زن، و آنچه او به آن عادت دارد و معمول اوست، مورد توجه قرار می گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۵۶۱ - ۵۶۲). با توجه به آنچه بیان شد، در صورتی که شرایط وجوب پرداخت نفقه محقق گردد، میزان و جگونگی پرداختش به نظر عرف بستگی دارد، و فقهای بزرگوار به صراحت این مطلب را بیان کرده اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۶ ه، ج ۸، ص ۴۳۹). البته بعضی از ایشان تبعیت از عادات امثال آن زن در شهرش را ذکر نموده اند (مکی، ۱۴۱۲ ه، ص ۱۷۷). به گونه ای که گفته اند که اگر زن از افرادی است که به طور معمول خادم دارند، یا بیمار است، گرفتن خادم نیز جزء نفقه او و بر عهده مرد است.

صاحب کنز العرفان در این مورد می گوید: براساس نظر شیعه، وسایل مورد نیاز زن باید تابع عادات امثال آن زن از نفقه محسوب شود؛ زیرا در قرآن کریم آمده است که نباید به زن ضرری وارد شود (طلاق، ۶). و اگر حال مرد را در نظر بگیریم شاید سبب ضرر زن شود چرا که ممکن است زن توانا باشد و مرد ناتوان (سیوری، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۲۰). البته باید توجه داشت که معیار نیاز نیز به عرف بستگی دارد. بسا مواردی که از نظر بعضی افراد از اقلام مورد نیاز به شمار آید در حالی که نزد دیگری به آن احساس نشود. بنابراین، داوری عرف درست، مبین نفقه از نظر کمی و کیفی است.

نتیجه گیری

از مباحث فوق مشخص گردید که عرف، مجموعه قواعدی است که در بین جماعتی در اثر تکرار دائمی رعایت آن ایجاد میگردد و در ذهن مردم به درجهای رسوخ پیدا میکند که فکر میکنند رعایت آن اجباری است و عدم رعایت آن مانند عدم رعایت قانون است. عرف باید قدیمی باشد، ثابت و معمول باشد، عمومی باشد، با عدالت و نظم عمومی و اخلاق حسنه مطابق بوده، و مردم در ذهن خود رعایت آن را مانند رعایت قانون، لازمالاتباع بشمارند. نتیجه ای که در راستای ارائه یک تعریف از عرف در اصطلاح میتوان از تحلیل ها و نقدهای گذشته گرفت، این است که هیچ کدام در جهت ذکر تمامی قیود و جامع و مانع بودن، از صراحت لازم برخوردار نیستند، لذا تعریفی که پیشنهاد می شود، این تعریف است: «العرف: ما استقر فی النفوس و تعارفه

الناس و ساروا و استمروا علیه من قول أو فعل أو ترک» این تعریف، با توجه به آن که دارای تمامی قیود است و امور غیر دخیل در عرف در آن ذکر نشده است، جامع و مانع می باشد، لیکن همان گونه که کلام مرحوم تبریزی در اوثق الوسائل در این زمینه رهگشا است، مراد از عرف مورد نزاع فریقین قطعاً مواردی را که واژه عرف در مورد عرف ادیان و یا عرف متشرعه اسلامی و عرف عقلاء و عرف شرع به کار رفته است شامل نمی گردد. بر این اساس، عرف متنازع فیه منحصرأ شامل موارد کاربرد عرف در عرف عام و عرف اهل زبان خواهد بود (اوثق الوسائل/۵۳۴).

همچنین، پس از بررسی مبحث عرف و جایگاه آن به این نتیجه می توان دست یافت که در اعتبار فقهی و حقوقی عرف تردیدی وجود ندارد و فقها و حقوقدانان در موارد بسیاری آن را مورد تمسک و استناد قرار داده اند. اما این که شارع در محیط عرف قانونگذاری کرده و در موارد بسیاری نهادها و قواعد عرفی را امضاء، تعدیل و تکمیل نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است، جای تردید نیست. از اینرو نقش عرف در فقه و حقوق چه در مقاماستنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد چشمگیر است. همچنین بنا بر آن که عرف پدیده ای است اجتماعی و بیانگر اراده اجتماع، این پدیده (عرف)، پدیده ای نوظهور نیست که فقه و حقوق امروزی آن را کشف کرده باشد یا این که بر آنها تحمیل شده باشد بلکه دانش فقه و حقوق از دیرزمان با این پدیده آشنا بوده است و چه بسا بتوان ادعا کرد که عرف، قدیمترین پدیده فقهی و حقوقی است که به عنوان مظهر و جلوه گاه حقوق شناخته شده است. چنان چه بخش عمدهای از مسائل فقهی و حقوقی، مشتمل بر معانی عرفی است که درک درست آنها و فهم صحیح این دسته از مسائل مبتنی بر دریافت عرف و تفاهم عرفی است. در نهایت میتوان گفت که نظام حقوقی اسلام با امضاء کردن عرفهای محلی و ارجاع قاضی به آنها توانسته است سیستم فقهی و حقوقی خود را برای همیشه زنده و پویا نگاه دارد، همچنان که قانونگذار ما نیز به تبعیت از فقه، در قوانین مختلف جزایی، مدنی و حتی رویه قضایی به عرف توجه داشته است.

در پایان از پژوهش صورت گرفته، نتایج زیر به دست می آید:

۱- عرف به صراحت از ادله استنباط احکام شمرده نشده است، اما نقش موثری در طریق استنباط حکم و تحول بسیاری از موضوعات اجتماعی دارد.

۲- منظور از عرف، به عنوان یک عامل اساسی در احکام فقهی، عرف سالم است که منافاتی با اصول شرع نداشته باشد، بنابراین عرف و عادت های نادرست نه تنها نمی توانند در احکام شرعی موثر باشند، بلکه از طرف شرع مقدس مورد نکوهش قرار گرفته اند، و همچنان که عرف درست می تواند راهگشا باشد، عرف نادرست می تواند مشکل آفرین باشد.

۳- در میان مباحث فقهی، مسائل خانواده و احکام مربوط به همسران بیشتری تاثیر را از عرف گرفته اند. زیرا حکم عام قرآنی، معاشرت براساس معروف را بر تمامی حقوق همسران سایه گستر کرده است.

۴- حقوق غیر مالی همسران، که شامل داشتن روابط و رفتارهای متعارف با یکدیگر است، همچنین حقوق جنسی، براساس عرف تعیین می شوند. همچنین تعیین حقوق مالی زن که شامل مهر و نفقه است به عهده ی عرف است. این مطلب در آموزه های شرعی به صراحت بیان شده است. تنها در مورد تعیین مهر المسمی ملاک رضایت همسران است، که آن نیز متأثر از عرف اجتماعی زمان و مکان ایشان است.

منابع

قرآن کریم

۱. ابن تراب، مریم، حقوق زن در خانواده، تهران، دانشگاه الزهراء، ۱۳۸۱، چاپ اول
۲. ابن عابدین، محمد امین، حاشیه رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار (حاشیه ابن عابدین)، ج ۱، بیروت، دار الفکر للطباعة و النشر، ۱۴۲۱ق.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج ۹، بیروت، دار صادر، بیتا.
۴. ابن منظور، محمد، لسان العرب، دارالاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۸ هـ، ۱۹۸۸ م، چاپ اول.
۵. اصغری، محمد، عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، تهران، اطلاعات، ۱۳۸۶، چاپ اول
۶. اصفهانی، محمدحسین، ، مطارح الأنظار، قم، مؤسسه آل البيت، بیتا.
۷. اصفهانی، محمدحسین، نهایه الدرايه فی شرح الکفایه، ج ۱، قم، کتابفروشی سید الشهداء،
۸. امامی، حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۶، چاپ نوزدهم
۹. انصاری (شیخ)، مرتضی، فرائد الأصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بیتا.
۱۰. انیس، ابراهیم و دیگران، المعجم الوسیط، تهران، ناصر خسرو، بی تا، چاپ دوم
۱۱. بدوی، عبدالرحمان، التعليقات، قم، مکتبه الاسلامیه، ۱۴۰۴ق.
۱۲. بروجردی، آقاحسین، الحاشیه علی الکفایه، ج ۲، قم، کتابفروشی انصاریان، ۱۴۱۲ق.
۱۳. بروجردی، محمدتقی، نهایه الأفكار، ج ۳ و ۸، بی جا، مؤسسه النشر الاسلامی، بیتا.
۱۴. بندرریگی، محمد، فرهنگ جدید عربی، ترجمه فارسی منجد الطلاب، تهران، اسلامی، ۱۳۷۱، چاپ هشتم
۱۵. پاینده، ابوالقاسم، نهج الفصاحه، تهران، جاویدان، ۱۳۶۹، چاپ بیست و دوم
۱۶. تبریزی، میرزا موسی، أوثق الوسائل فی شرح الرسائل، بی جا، انتشارات کتبی نجفی، ۱۳۶۹.
۱۷. جبعی عاملی، زین الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بی جا، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۳، چاپ هشتم
۱۸. جبعی عاملی، زین الدین، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، بی جا، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶هـ، چاپ اول.
۱۹. جرجانی، علی بن محمد، التعریفات، تحقیق إبراهیم الأبیاری، بیروت، دار الكتاب العربی، ۱۴۰۵ق.
۲۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق خانواده، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۶، چاپ چهارم.
۲۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فن استدلال منطق حقوق اسلام، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲
۲۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴، چاپ دهم
۲۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۴.
۲۴. جوان، موسی، مبانی حقوق، بیجا، بیجا، ۱۳۲۶.
۲۵. حبش، محمد، شرح المعتمد، www.shamela.ws.
۲۶. حر عاملی، محمد، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تهران، کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۶۷، چاپ ششم
۲۷. حکیم پور، محمد، حقوق زن در کشاکش سنت و تجدد، تهران، نغمه نواندیش، ۱۳۸۲، چاپ اول
۲۸. حلی، جعفر، شرایط الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، استقلال، ۱۴۱۲ هـ، ۱۳۷۰، چاپ سوم
۲۹. زبیدی، محمد بن محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقیق جمعی از محققین، بی جا، دار الهدایه، بیتا.
۳۰. سلجوقی، محمود، حقوق بین الملل خصوصی، تهران، میزان، ۱۳۸۶، چاپ چهارم
۳۱. سیوری، مقداد، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران، مرتضوی، ۱۳۶۹

۳۲. شثری، سعد بن ناصر، شرح منظومه القواعد الفقهیه، www.taimiah.org.
۳۳. شعراوی، تفسیر الشعراوی، www.shamela.ws.
۳۴. صدر المتألهین، محمد، الشواهد الربوبیه فی المناهج السلوکی ه، تصحیح و تعلیق سید جلال الدین آشتیانی، مشهد، مرکز الجامعی للنشر، ۱۳۶۰.
۳۵. صدر المتألهین، محمد، العرشیه، تصحیح غلامحسین آهنی، تهران، انتشارات مولی، ۱۳۶۱.
۳۶. صدر المتألهین، محمد، مجموعه رسائل فلسفی صدر المتألهین، تحقیق و تصحیح حامد ناجی اصفهانی، تهران، انتشارات حکمت، ۱۳۷۵.
۳۷. صدر المتألهین، محمد، الحکمه المتعالیه فی الأسفار العقلیه الأربعة، ج ۳، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
۳۸. صدر، سید محمدباقر، بحوث فی علم الأ صول، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۳۹. صدر، محمدباقر، دروس فی علم الصول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ ه، چاپ ششم
۴۰. صفایی، حسین؛ امامی، اسدالله، حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵، چاپ پنجم
۴۱. طباطبائی، علی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، بیروت، دارالهادی، ۱۴۱۲ ه، ۱۹۹۲ م، چاپ اول
۴۲. طباطبائی، محمد حسین، تفسیر المیزان، ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، قم، دارالعلم، بی تا
۴۳. طبرسی، فضل، مجمع البیان، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ه
۴۴. عرفانی، محمود، حقوق تطبیقی و نظام های حقوقی بین المللی معاصر، ج ۴، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۷۳.
۴۵. عظیم زاده اردبیلی، فائزه، «مبانی حسن معاشرت به معروف در نظام حقوقی خانواده از منظر قرآن کریم»، تهران، ندای صادق، بهار و تابستان ۱۳۸۷
۴۶. علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵، چاپ دوم
۴۷. علیدوست، ابو القاسم، فقه و عرف، ج ۳، بی جا، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۶.
۴۸. عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۷.
۴۹. فراهیدی، خلیل بن أحمد، العین، ج ۲، تحقیق مهدی مخزومی و ابراهیم سامرائی، بی جا، دار و مکتبه الهلال، بیتا.
۵۰. فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۸۱، چاپ سیزدهم
۵۱. قمی، میرزا ابوالقاسم، قوانین الاصول، تهران، مکتبه الأعلمیه، بیتا.
۵۲. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، نظریه عمومی، تهران، انتشار، ۱۳۷۹، چاپ اول
۵۳. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، بهنشر، ۱۳۶۵، چاپ دوم
۵۴. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران، انتشار، ۱۳۸۵، چاپ چهل و هفتم
۵۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، تهران، انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۸، چاپ پنجم
۵۶. کرکی، علی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع) للحیاء التراث، ۱۴۱۱ ه، ۱۹۹۱ م، چاپ اول
۵۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات مدرس با همکاری شرکت بهمن برنا، بیتا.
۵۸. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۹،
۵۹. کاظمی، محمدعلی، فوائد الاصول، ج ۱، تقریر درس مرحوم نائینی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی،
۶۰. کی نیا، مهدی، مقدمه حقوق بین الملل عمومی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۰.
۶۱. گلباغی ماسوله، سید علی جبار، درآمدی بر عرف، قم، دفتر تبلیغات اسلامی شعبه خراسان، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۸.
۶۲. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی، تهران، میزان، ۱۳۸۴، چاپ دوازدهم
۶۳. محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۷۶، چاپ ششم

۶۴. مدرس أعظمی، مروان محمد محروس، تأثیر العرف فی تحديد معنى [الكفاءة] فی الزواج، حضرات العلماء الأعلام، بیتا.
۶۵. مدنی، جلال الدین، رویه قضایی، چاپخانه علامه طباطبائی، ۱۳۷۲.
۶۶. مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۱، چاپ اول
۶۷. مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن، تهران، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.
۶۸. مصطفی، إبراهیم و الزیات، أحمد و عبد القادر، حامد و النجار، محمد، المعجم الوسيط، ج ۲، دار الدعوه، تحقیق مجمع اللغة العربیه، بیتا.
۶۹. مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، تهران، موسسه الصادق للطباعه و النشر، ۱۳۷۷، ۱۹۹۸ م، چاپ چهارم
۷۰. مقری فیومی، احمد المصباح المنیر و غریب الشرح الکبیر للرافعی، بی جا، دارالفکر، بی تا
۷۱. مکی، محمد، الدروس الشریعه فی فقه الامیه، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ، ۱۳۸۳
۷۲. مکی، محمد، اللغه الدمشقیه، قم، دارالفکر، چاپ دوم، ۱۴۱۲ هـ
۷۳. موسوی بجنوردی، محمد، مجموعه مقالات فقهی حقوقی فلسفی و اجتماعی، تهران، پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی معاونت پژوهشی، ۱۳۸۴، چاپ اول
۷۴. موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۹، چاپ هجدهم
۷۵. موسوی خمینی، روح الله، انوار الهدایه فی التعلیق علی الکفایه، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۷۲، چاپ اول
۷۶. مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوق مدنی، انتشارات اطلاعات، تهران،
۷۷. مهریزی، مهدی، فقه پژوهشی، تهران، سازمان و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۲
۷۸. میرشمسی، فاطمه، مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۰، چاپ اول
۷۹. ناصری، محمد، مبانی فقهی حقوق مدنی ایران، قم، مجمع ذخائر اسلامی، ۱۳۸۴، چاپ اول
۸۰. نائینی، محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران، المکتبه المحمديه، ۱۳۷۳ق.
۸۱. نجفیف محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع السلام، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۶، چاپ دوم
۸۲. نسفی، عبد الله بن أحمد، مدارک التنزیل و حقائق التأویل (تفسیر النسفی)، ۱۴۱۷ق.
۸۳. واحدی، قدرتالله، مقدمه علم حقوق، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.
۸۴. واسعی، محمد، جایگاه عرف در فقه، تهران، کانون اندیشه جوان، ۱۳۸۵، چاپ اول
۸۵. ولیدی، محمدصالح، حقوق جزای عمومی در هفت سال، بیجا، انتشارات دوراندیشان، ۱۳۸۹