

## وضعیت حقوقی شرط عدم نفقه در نکاح دائم\*

- علی اکبر ایزدی فرد<sup>۱</sup>
- محمد محسنی دهکلانی<sup>۲</sup>
- رزاق ادبی فیروزجایی<sup>۳</sup>

### چکیده

به موجب ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی، نفقهٔ زوجه در نکاح دائم بر عهدهٔ شوهر است. مشهور فقها و حقوق دانان، مستندات چنین الزامی را «مقتضای عقد نکاح»، «امر شارع به تکلیف زوج»، «غیر ترخیصی بودن حکم نفقه» و «امری بودن قانون نفقه» برشمرده‌اند. در نتیجه، اشتراط اسقاط نفقه در نکاح دائم را شرط مخالف مقتضای عقد، شرط مخالف شرع و نیز مصداق اسقاط ما لم یجب دانسته‌اند که با حکم بودن ماهیت نفقه و امری بودن قانون آن ناسازگار خواهد بود. هرچند طرف‌داران بطلان چنین شرطی در سرانجام عقد مشروط به عدم نفقه، اختلاف نظر دیگری دارند و برخی قائل به بطلان عقد (شرط مبطل) و بیشتر آن‌ها

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۶/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۱۱/۱۰.

۱. استاد دانشگاه مازندران.

۲. استادیار دانشگاه مازندران (mmdehkalany@yahoo.com).

۳. کارشناس ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی (نویسندهٔ مسئول) (radabi66@yahoo.com).

طرف دار عدم بطلان عقدند (شرط باطل غیر مبطل).  
 این مقاله بارز دلایل فساد این شرط، ضمن ارائه مؤیداتی بر درستی نظریه  
 خود، با تکیه بر اصل حاکمیت اراده به عنوان یک قاعده عقلایی شرعی، صحت  
 چنین شرطی را نتیجه می‌گیرد.  
**واژگان کلیدی:** شرط اسقاط نفقه، عدم نفقه، حق و حکم، قانون امری.

#### مقدمه

فقها معتقدند که نفقه زوجه فقط در نکاح دائم بر عهده زوج است و در نکاح منقطع  
 پرداخت نفقه واجب نیست (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۵۷/۷). همچنین ایشان بر این نظرند که  
 در صورت نشوز زوجه یعنی امتناع از انجام وظایف زناشویی بدون عذر شرعی، نفقه به  
 صورت قهری ساقط می‌شود (عمیدی، ۱۴۱۶: ۵۳۲/۲). اما فرض مسئله ما جایی است که  
 زوجه از تمکین خودداری نکرده، ولی بر عدم دریافت نفقه از شوهر دائمی خود توافق  
 می‌نماید. به طور اجمال، باید گفت که فقها و حقوق دانان اسلامی در این مسئله  
 دیدگاه‌های متفاوتی ارائه داده‌اند؛ گروهی به صحت شرط عدم نفقه در نکاح دائم رأی  
 داده‌اند. دسته‌ای چنین شرطی را باطل دانسته و برخی هم علاوه بر باطل بودن شرط، به  
 مبطل عقد بودن آن نیز قائل شده‌اند. برخی دیگر بدون اظهار نظر صریح، در صحت  
 چنین شرطی تردید کرده‌اند. در این مقاله به طرح دیدگاه‌های مذکور و بررسی دلایل  
 طرف داران آن‌ها می‌پردازیم.

#### نظریه بطلان شرط عدم نفقه

مشهور فقهای امامیه، درج شرط عدم نفقه در ضمن عقد نکاح را صحیح نمی‌دانند  
 (طوسی، ۱۴۰۰: ۴۷۴؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۱۳/۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۵۸۹/۲؛ حلی، ۱۴۲۰:  
 ۵۵۸/۳؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۴۲۸؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۴۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۵۸). علامه حلی شرط  
 عدم نفقه در ضمن عقد نکاح را از زمره شروط مخالف مقتضای عقد نکاح دانسته و  
 به بطلان شرط در عین صحت خود عقد، رأی داده است (حلی، ۱۴۲۰: ۵۵۸/۳). ابن براج  
 از فقهای متقدم امامیه معتقد است که اگر مرد در ضمن عقد نکاح دائم، شرط نماید  
 که زوجه حق مطالبه نفقه نداشته باشد، چنین شرطی باطل اما خود عقد صحیح است

(۱۴۰۶: ۲/۲۱۳).

بیشتر فقهای عامه اعم از مالکی (ر.ک: قرافی، ۱۴۱۸: ۱/۲۰۰؛ عبدری، ۱۳۹۸: ۳/۴۴۴)، حنبلی (ر.ک: بهوتی، ۱۹۹۶: ۲/۶۶۹)، حنفی (ر.ک: ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۳/۴۵۳؛ کاسانی، ۱۴۰۶: ۷/۴۵۲) و شافعی (ر.ک: شربینی، بی تا: ۳/۲۲۶؛ رملی، ۱۴۰۴: ۶/۳۴۴)، شرط عدم نفقه را فاسد و باطل می دانند. بهوتی از فقهای حنبلی می گوید:

نوع سوم از شروط فاسد شرطهایی هستند که به خود عقد نکاح، آسیبی نزده و قرارداد نکاح با وجود آنها صحیح است، از جمله شرط عدم مهریه یا شرط عدم نفقه (۱۹۹۶: ۲/۶۶۹).

در مقابل، عبدری فقیه مالکی، شرط عدم نفقه را جزء شروط مفسد عقد نکاح آورده است (۱۳۹۸: ۳/۴۴۴).

## دلایل طرف داران بطلان شرط عدم نفقه

### ۱. ماهیت حکمی نفقه

ماهیت الزام زوج به پرداخت نفقه چیست؟ آیا نفقه حق است یا حکم؟ در پاسخ به این سؤال نظرات متفاوتی از طرف فقها و حقوق دانان ارائه شده است و برخی از نویسندگان حقوق مدنی بر این باورند که در اثر زیاد شدن قوانین امری و دخالت روزافزون دولت در امور اقتصادی و خانواده، در بسیاری از موارد، حق و تکلیف با هم مخلوط شده و همراه حق، تکالیف گوناگونی نیز آمده است و اتفاق به زوجه و اقارب در عین حال که حق آنان است، در زمره تکالیف شوهر و خویشان است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۵۲؛ بروجردی، ۱۳۸۱: ۱۰). بر این اساس برخی گفته اند که اگر شارع فرموده است نفقه زن بر عهده شوهر می باشد و انسان هنگام عمل متحیر است که آیا مفاد گفته شارع حکم است یا حق، در چنین وضعیتی عقل سلیم و منطبق طبیعی حیات اجتماعی ما را به این حقیقت ارشاد می کند که آنچه شارع گفته، به مصلحت جمعی افراد و اجتماع بوده و نباید از آن سرپیچی شود و در اینجا، اصل تکلیف افراد و عدم امکان تخلف از آن است و لذا با این تعبیر، نفقه حکم است (احمدی و استانی، ۱۳۴۱: ۲۴۶). اما در مقابل، برخی از فقها بر آن اند که نفقه زوجه به طور قطع از حقوق می باشد؛ چون در برخی

نصوص اطلاق حق بر آن شده است، لذا اگر زوجه تمکین کند و زوج نفقه را به وی پرداخت نکند، جزء دیون زوج قرار می‌گیرد و باید آن را ادا کند. ایشان دلیل آن را اجماع به هر دو قسم آن و روایات که فوق مستفیضه می‌باشند، دانسته و در نتیجه معتقد است که با اسقاط زوجه، قابل اسقاط بوده و مانند سایر دیون به ارث منتقل می‌شود (بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۳۱۵/۱). آیه‌الله موسوی خویی نیز به همین نظر قائل بوده و جواز اسقاط را در همه زمان‌ها اظهر می‌داند (۱۴۱۰: ۳۱۵/۲).

توضیح این نکته لازم است که همه صاحب‌نظرانی که درباره حق و حکم به بحث پرداخته‌اند در این نکته متفق‌القول‌اند که هر چیز قابل اسقاط و نقل را باید حق نامید و حکم بودن آن منتفی است. برخی از آن‌ها پا را فراتر نهاده و معتقدند که باید هر حقی را قابل اسقاط بدانیم و اصولاً قوام حق به قابلیت اسقاط آن است و تمامی حقوق را باید قابل اسقاط فرض کرد، به گونه‌ای که عدم امکان اسقاط چیزی، کاشف از حق نبودن آن است و آن را مصداق حکم قرار می‌دهد (نائینی، ۱۴۱۳: ۱۹۲). برخی دیگر معتقدند که هرچند اصل در حقوق، قابل اسقاط بودن آن‌هاست، دایره حق تنها محدود به موضوعاتی که قابل اسقاط هستند نشده و برخی از مواردی را که قابل اسقاط نیستند (مثل حق ولایت پدر بر فرزند) نیز باید حق دانست (سبزواری، ۱۴۱۳: ۲۰۵/۱۶). به نظر می‌رسد اگر همه حقوق را قابل اسقاط بدانیم، موجه‌تر است؛ زیرا حق، از مفاهیم دارای حقیقت شرعیه نیست و حقوق شرعیه معمولاً امضای حقوق عرفیه است که شارع مقدس در این مورد نظر خاصی ندارد، بلکه حکم عرف را همان طور که هست، تأیید می‌کند و حق شرعی تأسیسی به فرض وجود، بسیار نادر است (گرجی، ۱۳۶۷: ۳۳). از این رو، شارع شناخت مفهوم حق را به عرف واگذار کرده است و عرف جامعه نیز چیزی را حق می‌داند که قابل اسقاط باشد.

بدیهی است چنانچه نفقه را حق بدانیم، زوجه می‌تواند آن را ضمن عقد نکاح یا عقد دیگری اسقاط کند یا از طریق صلح، بر عدم دریافت آن توافق کند. اما اگر آن را حکم بدانیم، اراده زوجین در برابر آن بی‌ارزش بوده و زوجه نمی‌تواند آن را اسقاط کند.

از بین نظرانی که ارائه شد، در مقام داوری باید گفت نظریه‌ای که نفقه را حق

می‌داند، صحیح‌تر است. شواهد و مؤیدات این احتمال بدین قرار است:

۱. به اتفاق همه فقها، هر گاه مدتی بگذرد و زوج نفقه زوجه را نپردازد، نفقه ایام گذشته به صورت دین بر ذمه زوج قرار می‌گیرد و زن می‌تواند آن را از عهده زوج به وسیله ابراء ساقط کند یا به دیگری واگذار نماید (محقق داماد، بی‌تا: ۲۹۳) و این قابلیت، همان طور که پیشتر اشاره شد، از ممیزات حق است. بر خلاف نفقه اقارب که به ذمه قریب نمی‌آید، بدین خاطر که دلیلی بر ثبوت جنبه وجوب وضعی آن وجود ندارد، بلکه آنچه در نفقه اقارب ثابت می‌شود وجوب تکلیفی صرف است، لذا تنها راه سقوط آن، یا امثال است یا عصیان (طباطبایی قمی، ۱۴۲۶: ۳۲۳/۱۰).

۲. در صورت امتناع زوج از پرداخت نفقه گذشته یا حاضر، زوجه می‌تواند با مراجعه به محکمه و اجبار زوج به پرداخت نفقه، حق خود را دریافت نماید. این اجبار و اقدام زوجه دلیل بر حق بودن نفقه است؛ چرا که اگر پرداخت نفقه حکم تکلیفی صرف بود کسی غیر از زوجه نیز می‌توانست از باب امر به معروف، زوج را وادار به پرداخت نفقه نماید، در حالی که این طور نیست.

۳. فقها در بحث ضمان، ضمانت شخص ثالث نسبت به نفقه گذشته زوجه را پذیرفته‌اند و درباره صحت ضمان نفقه آینده او نیز اختلاف کرده‌اند که مشهور فقها به این دلیل که سبب وجوب نفقه، تمکین فعلی است و چون نسبت به آینده هنوز تمکینی حاصل نشده، هیچ دینی بر ذمه زوج نیامده است تا بتوان در مقابل آن ضمانت کرد، حکم به بطلان آن نموده‌اند (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۳۹/۲۶). برخی دیگر بی‌آنکه صریحاً اظهار نظر کنند، صحت ضمان از نفقه آینده زن را خالی از اشکال نمی‌دانند (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۱۳۹/۲). در این میان برخی حقوق دانان چنین ضمانتی را صحیح دانسته و معتقدند که چون سبب نفقه عقد نکاح است و هنگام عقد ضمان نیز عقد نکاح وجود داشته است، بنابراین ضمانت از نفقه آینده زن مصداق ضمان ما لم یجب نبوده و موصوف به وصف صحت است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۴۵۴). فارغ از اینکه فقها و حقوق دانان ضمانت نفقه آینده زوجه از طرف شخص ثالث را صحیح بدانند یا نه، آنچه مسلم است این است که بحث از ضمان نسبت به چیزی فرع بر حق بودن آن است و بی‌تردید بحث درباره یک حکم تکلیفی صرف مانند نفقه اقارب که به ذمه هم نمی‌آید، مطلقاً (چه

نسبت به زمان گذشته و چه نسبت به زمان آینده) موجه نیست (موسوی خویی، ۱۴۱۸: ۴۶۰/۳۱).

۴. برای حق بودن نفقه می‌توان به تناسبات حکم و موضوع استناد کرد و حق بودن آن را از ادله کشف نمود؛ زیرا عرف از ادله چنین می‌فهمد که وضع احکامی مانند وجوب نفقه، لباس، خادم و امثال آن، برای ارفاق به زن و از باب حقوق است، نه احکام و به طور کلی عرف، امتیازاتی را که برای رعایت حال زنان وضع شده نه به خاطر مصالحی دیگر، حق آنان تلقی می‌کند. با این توضیحات باید گفت که ادعای حق بودن نفقه ادعایی خالی از قوت نیست.

## ۲. امری بودن قوانین مربوط به لزوم پرداخت نفقه

قوانین موضوعه به اعتباری به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱. قوانین امری ۲. قوانین تکمیلی. قوانین امری مقرراتی هستند که مطلقاً الزام‌آورند و اراده افراد در صورتی که بر خلاف آن باشد، بی‌اثر است و قوانین تکمیلی به قوانینی گفته می‌شود که در مورد سکوت در قرارداد و عدم توافق طرفین قرارداد بر خلاف آن، الزام‌آور می‌باشد و افراد می‌توانند با تراضی خود مفاد قانون تکمیلی را کنار گذاشته یا جرح و تعدیل کنند (امامی، ۱۳۵۳: ۴۸/۴). قانون‌گذار ایران در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در عقد دائم نفقه زن به عهده شوهر است». اکنون باید دید که آیا این ماده قانونی، جزء قوانین امری است تا التزام زوجین به اسقاط نفقه باطل قلمداد شود یا از قوانین تکمیلی است تا التزام به اسقاط آن صحیح باشد؟ علاوه بر این، آیا شرط اسقاط نفقه با نظم عمومی یا اخلاق حسنه مخالف است یا خیر؟ لازم به یادآوری است که با توجه به مواد ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی و نیز ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی، سه عامل خارج از قرارداد: قانون، نظم عمومی و اخلاق حسنه، آزادی اراده را محدود می‌کنند. منظور از قانون در اینجا همان قانون امری است که توافق بر خلاف آن امکان‌پذیر نیست (همان) و در مواردی هم که قانون حکم صریحی ندارد، هر قرارداد خصوصی که مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد نافذ نخواهد بود (ماده ۹۷۵ ق.م.).

به عقیده برخی حقوق‌دانان هر گاه شوهر شرط کند که زن حق نفقه در نکاح دائم

نداشته باشد، این شرط باطل است (همان: ۳۶۸/۴)؛ زیرا چنان که از ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی استنباط می‌شود اتفاق به زوجه از قواعد آمره به شمار می‌رود. دکتر کاتوزیان معتقد است:

در نکاح دائم، این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد به همین دلیل طرفین نمی‌توانند ضمن عقد نکاح یا پس از آن، تکلیف مرد را در این باب ساقط کنند (حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۱۸۳/۴).

ایشان همچنین می‌نویسد:

دادن نفقه نیز مانند مهر است و نمی‌توان ادعا کرد اگر در عقد نکاح شرط شود که مرد به زن نفقه ندهد، از جمع بین شرط و عقد چنین برمی‌آید که آنچه طرفین خواسته‌اند در نظر عرف یا قانون، نکاح نیست. عقد به درستی واقع می‌شود، ولی چون شرط با قانون امری مخالفت دارد، باطل است (همان).

ایشان در جایی دیگر، در بطلان شرط سقوط نفقه به نظم عمومی استناد می‌کند و

می‌نویسد:

خانواده، هسته اصلی هر اجتماع است و نظم در آن بستگی کامل با نظم عمومی دارد. بنابراین، اشخاص نمی‌توانند در قراردادهای خصوصی، قواعد حاکم بر خانواده را بر هم زنند و حقوق و تکالیف دیگری برای خود معین کنند... تکلیف مربوط به اتفاق بین خویشان زن و شوهر نیز از قواعد مربوط به نظم عمومی است و حق خواستن نفقه با قرارداد ساقط نمی‌شود (همان: ۱۷۵-۱۷۷).

برخی دیگر نیز معتقدند در خصوص نفقه‌ای که در حال ظهور است یا مربوط به آینده می‌باشد از آنجا که پای مصالح اجتماعی در میان است و هدف قانون از ایجاد تأسیس مذکور، حمایت از خانواده و تأمین سلامتی افراد اجتماع است، باید مصلحت اجتماع در نظر گرفته شود (شریف، ۱۳۷۶: ۴۶).

اما در مقابل، عده‌ای از اندیشمندان، دیدگاهی غیر از نظرات بیان شده دارند و

معتقدند:

گاه مواردی مطرح می‌شود که وجود یا عدم مغایرت شرط با قوانین آمره مورد تأمل است، از جمله اگر در عقد شرط شود که زن نفقه خود را ساقط کند و مرد را از پرداخت نفقه بری نماید، برخی از حقوق‌دانان معتقدند چون نفقه زن در نکاح دائم

تکلیف شوهر است، اسقاط آن خلاف قوانین آمره و شرط باطل است. اما به نظر می‌رسد قبول چنین شرطی بلااشکال است؛ چون درست است که نفقه تکلیف شوهر می‌باشد، ولی این تکلیف قانونی تا زمانی است که زن از حق دریافت نفقه صرف نظر نکند. بنابراین اگر زن حق خود را از این نظر ساقط نمود، برای شوهر تکلیفی نخواهد ماند، پس چنین شرطی را نمی‌توان نامشروع دانست (محقق داماد، بی‌تا: ۳۲۸).

حال چنانچه «حکم» را به عنوان قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر، معادل «قانون امری» و «حق» را که تراضی بر خلاف آن امکان‌پذیر است، معادل «قانون تکمیلی» به حساب آوریم (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۲۴۰)، با توجه به اثبات حق بودن نفقه در مباحث پیشین، باید گفت که ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی ناظر به موردی است که زوجه حق خود را اسقاط نکرده باشد. لذا الزام این ماده تا زمانی است که زوجه به طیب خاطر از حق خود صرف نظر نکرده باشد، اما در صورت اسقاط نفقه از طرف او، نمی‌توان با استناد به قانون مذکور زوج را ملزم به پرداخت نفقه نمود؛ چرا که زوجه با عمل حقوقی اسقاط نفقه، مفاد آن قانون را کنار گذاشته است که با این توصیف، قانون یادشده از جمله قواعد تکمیلی شمرده خواهد شد. آنچه باقی می‌ماند پاسخ به این سؤال است که آیا اسقاط نفقه زوجه، مخالفتی با نظم عمومی یا اخلاق حسنه دارد تا قرارداد خلاف آن باطل باشد؟ در جواب باید گفت که به نظر می‌رسد اسقاط نفقه زوجه با نظم عمومی مخالف نیست؛ زیرا امروزه تغییر الگوهای اجتماعی و شرکت زنان در فعالیت‌های اجتماعی موجب شده است که آنان نقش فعال و واقعی در جنبه‌های مختلف کار و اشتغال ایفا نمایند تا آنجا که درصد قابل توجهی از جمعیت شاغل یک کشور را زنان تشکیل می‌دهند. از سوی دیگر، عملاً می‌بینیم که به دلایل مختلفی همانند دانشجوی بودن، بیکاری یا بیماری زوج و... در بسیاری از موارد، تمام یا حداقل بخشی از هزینه‌های زندگی از راه کار کردن زن تأمین می‌شود، به طوری که اگر وی دست از کار بکشد معیشت خانواده دچار اختلال جدی می‌گردد. به همین ترتیب به نظر می‌رسد ایرادی نداشته باشد که ضمن عقد نکاح، زن تعهد کند که درصدی مثلاً نیمی از مخارج زندگی را بر عهده بگیرد و نیم دیگر بر عهده شوهر باشد.

علاوه بر این با تأمل در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی درخواهیم یافت که این ماده و مواد



مشابه آن برای حفظ منافع خصوصی زوجین وضع شده است نه برای حفظ منافع عمومی جامعه؛ چرا که اصولاً شیوه قانون‌گذار در معاملات و قواعد مربوط به حقوق مالی بر این است که منافع خصوصی افراد را در این وضع دخالت دهد و برای افراد آزادی بیشتری قائل شود و تنها در موارد استثنایی آن را محدود کند. برای مثال ماده ۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.

قانون‌گذار در این ماده آزادی افراد را در تصمیم‌گیری نسبت به حقوق مالی‌شان به اوج رسانده است و این خود به صراحت می‌رساند که قانون‌گذار در وضع قواعد مربوط به امور مالی، منافع شخصی و خصوصی افراد را لحاظ کرده است نه منافع جامعه را، اما عادت جاری بین غالب مفسران حقوق مدنی این است که بین قواعد مالی و غیر مالی در نکاح تفکیکی قائل نشده و همه را «امری» محسوب نمایند، در حالی که امور مالی بنا به طبع خود معمولاً جزء قواعد مربوط به نظم عمومی نیست. به این ترتیب، روابط مالی بین زن و شوهر از جمله نفقه، با مبحث حقوق و اموال سنخیت پیدا می‌کند و تأکید مجدد قانون‌گذار بر برخی از قواعد عمومی قراردادها در باب نکاح از جمله شروط ضمن عقد، شرایط صحت عقد نکاح، وکالت در نکاح و... به خاطر اعتبار ویژه و موقعیت ممتاز نکاح در میان سایر عقود و نشان‌دهنده اهمیت نکاح از نظر قانون‌گذار است. ولی تجدید بیان قانون‌گذار به معنای خروج نکاح از قواعد کلی، جز در مواردی که صراحتاً حکم دیگری بیان شده است، نیست؛ لذا شرایط عمومی قراردادها در عقد نکاح واجد همان خصوصیتی می‌باشد که در احکام کلی آن مقرر است (محقق داماد، بی‌تا: ۸۵). بنابراین، قانون مربوط به لزوم پرداخت نفقه زوج به دلیل اینکه از امور مالی است و از منافع خصوصی اشخاص حمایت می‌کند، مخالفتی با نظم عمومی ندارد. درباره اخلاق حسنه نیز باید گفت که شرط اسقاط نفقه، مخالف با اخلاق حسنه نیست تا اراده زوجین در این زمینه محدود گردد. از آنجا که مفاهیم اخلاقی، فراشرعی و برون‌دینی‌اند، عرف عقلای غربی، پرداخت نفقه را مشترکاً بر عهده زن و مرد قرار داده است، بی‌آنکه آن را خلاف اخلاق حسنه بدانند. علاوه بر

این، موضوع اخلاق حسنه با موضوع الزام به پرداخت نفقه دو امر جداگانه است، با این توضیح که اخلاق حسنه از اعتقادات، عادات و آداب و رسوم اجتماعی ناشی شده است (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۷: ۱/۱۹۲) و مردم بر اساس فطرت و تعهد اخلاقی، خود را ملزم به پیروی از آن می‌دانند، ولی موضوع الزام به پرداخت نفقه از عوامل ایجادکننده اخلاق حسنه ناشی نمی‌شود تا شرط مخالف آن، مخالف اخلاق حسنه و در نهایت، باطل قلمداد شود، بلکه قانون احکام آن را مشخص کرده است و تعهد بر خلاف آن باید مخالف قانون محسوب شود و باطل اعلام گردد و در جای خود ثابت کردیم که تعهد بر سقوط نفقه مخالف قانون نیست.

### ۳. مصداق «اسقاط ما لم یجب»

یکی از فقیهان حنفی می‌گوید:

اگر زوج در حالت عادی و به غیر از مورد تخلع، نفقه خود را اسقاط نماید، این عمل وی، «اسقاط ما لم یجب» بوده و چنین اسقاطی بی‌اثر است؛ زیرا نفقه در نکاح، به تدریج و در طول زمان واجب می‌گردد (ابن عابدین، ۱۴۱۲: ۳/۴۵۳).

همچنین قرافی می‌گوید:

برخی از مالکیه معتقدند که چون سبب و موجب نفقه، تمکین است، لذا اسقاط نفقه اسقاط ما لم یجب بوده و در نتیجه زوجه می‌تواند شرط و تعهد خود را در عدم دریافت نفقه زیر پا بگذارد (۱۴۱۸: ۱/۲۰۰).

بهوتی نیز یکی از دلایل فاسد بودن شرط عدم نفقه را همین دلیل یادشده می‌داند (بهوتی، ۱۹۹۶: ۲/۶۶۹). وهبه زحیلی حقوق‌دان معاصر سوری، حقوق را بر دو نوع اسقاط‌پذیر و اسقاط‌ناپذیر دسته‌بندی نموده و برای دسته دوم، به حقوق تدریجی الحصول و ما لم یجب، از جمله حق نفقه آینده زوجه اشاره می‌کند (بی‌تا: ۴/۲۸۴۷). بیشتر فقیهان امامی معتقدند که زوجه نمی‌تواند شوهر را نسبت به نفقه آینده بری کند؛ زیرا با توجه به اینکه سبب وجوب نفقه، تمکین می‌باشد و آن نیز امری تدریجی الحصول است، بنابراین نسبت به نفقه آینده، دینی -ولو به صورت متزلزل- بر عهده زوج قرار نگرفته است تا اسقاط‌پذیر باشد و چنین اسقاطی به منزله اسقاط شیء معدوم و از مصادیق «اسقاط ما

لم یجب» است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۲/۲۵۹).

منشأ اشکال مذکور به این نکته برمی گردد که سبب وجوب نفقه چیست؟ در صورتی که سبب وجوب نفقه، عقد نکاح باشد، با وقوع عقد، نفقه آینده نیز بر ذمه زوج قرار می گیرد و در صحت اسقاط چیزی که در ذمه قرار دارد، تردیدی نیست. اما اگر سبب وجوب آن، تمکین باشد و از طرفی تمکین هم امری تدریجی الحصول است و نسبت به آینده که هنوز تمکینی حاصل نشده، نفقه ای بر ذمه زوج نیامده تا بتوان آن را اسقاط نمود و چنین اسقاطی مصداق «إسقاط ما لم یجب» خواهد بود. شهید ثانی درباره منشأ اشکال یادشده و ثبوت نفقه آینده بر ذمه زوج و سبب وجوب آن می گوید: باید دانست که گاهی چیزی در ذمه ثابت می شود اما وجوب تسلیم آن همانند دین مؤجل، متأخر خواهد بود. هیچ اختلافی نیست که وقت وجوب تسلیم نفقه، صبح هر روز است و این وجوب، بعد از حصول تمکین می آید. اما اختلاف در این است که نفقه در چه زمانی در ذمه ثابت می شود. تردیدی نیست که نفقه، هم با عقد و هم با تمکین، علقه و ارتباط دارد؛ چرا که نفقه، قبل از عقد واجب نبوده و با نشوز زوجه نیز وی حق طلب نفقه ندارد. اما اختلاف در این است که سبب وجوب نفقه چیست؟ یک قول این است که همانند مهر، به سبب عقد واجب می شود... و یک قول هم این است که به مجرد عقد واجب نشده بلکه به سبب تمکین واجب می شود (۱۴۱۳: ۱/۴۴۰).

در پاسخ به شبهه ما لم یجب بودن اسقاط نفقه، توجه به دو نکته ضروری است: نکته اول اینکه سبب وجوب نفقه، خود عقد نکاح است نه تمکین. گفتنی است که مشهور فقها معتقدند نفقه زمانی واجب می شود که تمکین کامل از طرف زوجه وجود داشته باشد، یعنی شرط وجوب نفقه، تمکین تام است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۱/۶؛ ابن بزّاج، ۱۴۰۶: ۲/۲۸۵ و ۳۴۷؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۸۷؛ حلی، ۱۴۲۰: ۴۵/۲؛ عاملی، ۱۴۱۰: ۱۸۹). اینان معتقدند که در ابتدای صبح هر روز، زوجه مالک نفقه آن روز می شود. همچنین بر این باورند که در فاصله زمانی بین عقد تا عروسی یا حصول تمکین، پرداخت نفقه واجب نیست. در مقابل مشهور فقها، برخی دیگر معتقدند که تمکین، شرط استحقاق زوجه برای دریافت نفقه نیست، بلکه صرف عقد نکاح، برای وجوب نفقه کافی است (سبزواری، ۱۴۲۳: ۲/۲۹۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۰۱/۲۵). به عبارت دیگر، با وقوع عقد نکاح،

نفقة آینده زوجه به صورت متزلزل در ذمه زوج قرار می‌گیرد ولی نشوز مانع استقرار آن است.

مهم‌ترین دلیل طرف‌داران نظریه سببیت تمکین برای اثبات مدعای خویش، شهرت و اجماع فقهاست. صاحب جواهر در این باره می‌نویسد:

آنچه فقیهان به عنوان دلیل نهایی بر این مسئله مطرح کرده‌اند، آن است که نظریه شرطیت تمکین بین فقها مشهور بوده، بلکه ایشان بر این امر اجماع دارند. افزون بر آن، خود ما نظریه مخالف صریح یا ظاهری در این مسئله نیافتیم (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۰۴/۳۱).

اما نمی‌توان این ادعا را پذیرفت؛ چرا که گروهی از فقها به صراحت، خلاف نظریه شرطیت تمکین را پذیرفته و مجرد عقد و زوجیت را سبب وجوب نفقه دانسته‌اند (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۶۵۵/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۱۰۱/۲۵؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۹۷/۲).

از جمله دلایلی که می‌توان بر سببیت عقد و زوجیت برای نفقه ارائه داد عبارت‌اند از:

۱. روایات صحیح و مطلق که وجوب انفاق را افاده می‌کند، بر وجوب آن بدون شرطیت تمکین دلالت دارد (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۲۲۳/۱۵). بر اساس مفاد این روایات به مجرد حصول زوجیت نفقه بر شوهر واجب خواهد بود و دلیل روشنی که این اطلاقات را تقیید کند وجود ندارد (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۴۴۲).

۲. در صورتی که به واسطه بیماری یا در اثر رتق، مباشرت با زن ممکن نباشد - با اینکه اظهار افراد تمکین، وقاع در قبیل است و وقاع و تمکین از چنین زنی که نشوزی ندارد، متصور نیست - نفقه‌اش واجب است و از این معلوم می‌شود که تمکین شرط نیست بلکه وجوب نفقه با عقد محقق می‌گردد و تنها مسقط آن، نشوز است.

از آنچه گفته شد استنباط می‌گردد که نفقه زوجه به مجرد عقد واجب می‌شود و عقد به تنهایی برای ثبوت نفقه کافی است و تمکین تأثیری در وجوب آن ندارد. لذا با وجود عقد نکاح و ایجاد علقه زوجیت، نفقه زوجه به طور متزلزل در ذمه زوج قرار گرفته و از این رو، اسقاط نفقه در ضمن عقد نکاح، «اسقاط بعد ما وجب» است و بر این مبنا، اشکالی در صحت اسقاط نفقه نیست.

نکته دوم اینکه اساساً معلوم نیست که اسقاط ما لم یجب یعنی اسقاط حقی که

هنوز به وجود نیامده، عملی بلااثر، ناصحیح و بی‌فایده باشد. در اسقاط حق قبل از ایجاد آن، دو فرض زیر قابل تصور است که در بررسی صحت یا بطلان اسقاط مال م یجب لازم است این دو از همدیگر تفکیک گردند:

۱. منظور از اسقاط مال م یجب، اسقاط حق در زمان عدم و نیستی باشد و به عبارت دیگر، حقی که در آینده به وجود خواهد آمد، با انشای اسقاط آن، در زمان حاضر یعنی همان زمان انشا از بین برود.

۲. منظور از اسقاط مال م یجب، اسقاط حق در محل ثبوت و ایجاد آن باشد و به عبارت دیگر، انشای اسقاط در حال حاضر صورت گیرد و منشأ آن در آینده، یعنی در زمان ایجاد حق ظاهر شود. برخی فقها از آن به سقوط حق در محل ثبوت تعبیر نموده‌اند؛ بدین عبارت که حق ابتدا به وجود آید و سپس بلافاصله پس از وجود، ساقط شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۱۶/۲). اکنون باید مشخص گردد که قائلان به بطلان اسقاط مال م یجب به کدام یک از دو فرض مذکور نظر داشته‌اند. گفتنی است مهم‌ترین دلایلی که برای بطلان اسقاط مال م یجب مطرح شده است، به قرار زیر است:

۱. تعلق اراده به معدوم، غیر ممکن و تصرف در امر غیر موجود، ممتنع است و اسقاط مال م یجب نیز به همین نحو، ناممکن و باطل می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱: ۱۲۶۸/۳).

۲. اسقاط مال م یجب عقلاً محال است و به لحاظ عقلی نمی‌توان از بین بردن چیزی را تصور کرد که معدوم است (نجفی، ۱۳۶۶: ۲۳۰/۳۷).

حال در مقام ارزیابی به این دلایل باید گفت که اگر منظور از اسقاط مال م یجب، اسقاط حقی باشد در زمان عدم و نیستی آن، یعنی زمانی که حق معدوم است اسقاط شود چنین اسقاطی عقلاً قابل تصور نبوده و باطل است. اما اگر منظور از اسقاط مال م یجب، اسقاط حق در محل ثبوت و ایجاد آن باشد چنین اسقاطی عقلاً ممکن و متصور بوده و ایراد غیر عقلی بودن شامل آن نمی‌شود. یکی از فقها می‌گوید:

اسقاط مال م یجب هنگامی به حکم عقل باطل است که اسقاط حقی قبل از به وجود آمدن آن باشد، اما اگر مقصود، اسقاط حقی در زمان ثبوت آن و در محل وجودش باشد مانعی برای آن وجود ندارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۱۶/۲).

با این توضیح روشن می‌شود که مراد از إسقاط ما لم یجب، اسقاطی است که انشای اسقاط، فعلی اما تحقق شرط در ظرف ثبوت خود یعنی زمان ایجاد حق باشد. به عبارت مختصر، انشا، فعلی و منشا، استقبالی است. بدین ترتیب، إسقاط ما لم یجب هنگامی باطل است که به معنای از بین بردن حق معدوم در حالت و زمان عدم آن باشد و از آنجا که چنین اسقاطی عقلاً باطل است، بی‌تردید از منظر فقهی و حقوقی نیز باطل و مردود می‌باشد و به نظر می‌رسد که پیروان بطلان إسقاط ما لم یجب نیز به همین شق از اسقاط نظر داشته‌اند؛ زیرا تنها موردی که مانعی عقلی برای اسقاط وجود دارد، همین مورد است. بنابراین می‌توان مدعی شد که إسقاط ما لم یجب، به معنای «اسقاط حق در محل ثبوت»، صحیح بوده و دلیلی عقلی بر بطلان آن وجود ندارد. از سوی دیگر، چون آیه و روایتی نیز در ممنوعیت چنین اسقاطی وارد نشده است (موسوی خویی، بی‌تا: ۳۴۰/۶) به موجب اصل حاکمیت اراده و ماده ۱۰ قانون مدنی، عقود و شروط را مادامی که مخالف شرع و قانون نباشد، باید نافذ و معتبر شمرد. بنابراین عقد یا شرطی که متضمن إسقاط ما لم یجب باشد، جایز و صحیح است. از این رو، قول کسانی که اسقاط حقی را که هنوز به وجود نیامده باطل می‌دانند، مستند به دلیل معتبری نبوده و پیروی از عقیده‌ای که بدون استدلال حقوقی شکل گرفته، روا نیست (مولودی قلاچی، بی‌تا: ۹۱).

پس در اسقاط نفقه آینده، بر مبنای قول مشهور فقها که سبب وجوب نفقه را تمکین - که امری تدریجی الحصول می‌باشد - می‌دانند، هرچند نسبت به نفقه آینده، با عدم حصول سبب آن، هنوز نفقه‌ای ایجاد نشده، اما با این حال با تحلیلی که از صحت اسقاط و ابراء چنین حقی بیان کردیم باید حکم به صحت اسقاط نفقه نمود. به این نحو که انشای اسقاط، قبل از حصول تمکین و ایجاد حق نفقه انجام می‌شود، اما نفقه در زمان نیستی آن، ساقط نمی‌شود بلکه در آینده و بعد از ثبوت، اسقاط می‌گردد. ولی بر مبنای نظر غیر مشهور و نظر برگزیده ما در این مقاله که سبب وجوب نفقه را عقد نکاح دانستیم، با وجود عقد، نفقه آینده به طور متزلزل ایجاد شده و در ذمه زوج قرار می‌گیرد و استقرار آن در ظرف زمانی خود خواهد بود و بیان شد که در صورت وجود سبب حق، اشکالی در اثبات آن بین فقها وجود ندارد. در این فرض، اسقاط نفقه آینده،

«إسقاط ما لم یجب» نبوده بلکه از مصادیق «إسقاط بعد ما وجب» است که در صحت آن نباید تردیدی نیست.

#### ۴. مخالف کتاب و سنت و نامشروع بودن شرط عدم نفقه

دلیل دیگر بیان شده از جانب گروهی از اندیشمندان بر بطلان شرط عدم نفقه، نامشروع بودن آن است (حلی، ۱۴۱۲: ۳۲۸/۲؛ شربینی، بی تا: ۳). گفتنی است که در حقوق موضوعه، شرط نامشروع به شرط مخالف قانون اطلاق می شود (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۱۹۸/۲). از نظر حقوقی در بررسی مشروع یا نامشروع بودن شرطی که مخالف قانون است، باید دید که مخالف کدام دسته از قوانین موضوعه را نمی توان شرط کرد و شرط خلاف آن نامشروع و خلاف قانون تلقی می شود و شرط خلاف کدام دسته از قوانین موضوعه، نامشروع به حساب نمی آید. قبلاً بیان شد که قوانین موضوعه دو دسته اند: ۱. قوانین امری ۲. قوانین تکمیلی. قراردادی که مخالف قوانین امری باشد، نامشروع به حساب آمده اما قرارداد مخالف با قوانین تکمیلی نامشروع تلقی نمی شود.

بیشتر بیان شد که نفقه از جمله حقوق زوجه است؛ لذا باید گفت درست است که قانون گذار در عقد دائم، نفقه زن را به عهده شوهر می داند (ماده ۱۱۰۶ ق.م.ا)، اما این امر ناظر به زمانی است که در ضمن عقد نکاح، طرفین بر خلاف آن توافق نکرده و زوجه حق خویش را اسقاط نکرده باشد. از این رو، قانون مدنی از قواعد تکمیلی محسوب می شود در نتیجه شرط اسقاط نفقه مخالفتی با قوانین امری ندارد تا از نظر حقوقی نامشروع تلقی گردد.

اما در فقه، شرط نامشروع همان چیزی است که فقها آن را شرط مخالف کتاب و سنت می نامند (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۰/۳). ملاک و معیار مخالفت با کتاب و سنت این است که شرط، آنچه را که شارع اثبات نموده، نفی کرده یا آنچه را که شارع نفی کرده، اثبات نماید. مراد از کتاب و سنت در فقه اهل تسنن نیز همان احکام شرعی است (قرطبی، ۲۰۰۰: ۴۴۴/۵؛ زحیلی، بی تا: ۵۲/۹). بنابراین اگر شرط کند که حرامی را مرتکب شود یا واجبی را ترک کند یا چیزی را که حلال یا مباح است حرام کند و یا برعکس آن، مسلماً چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است. اما شرط ترک فعل غیر واجب یا

انجام فعل غیر حرام، مخالفتی با کتاب و سنت ندارد. در احکام وضعی نیز باید بین احکام وضعی مربوط به حقوق و اموال و سایر احکام، قائل به تفکیک شد؛ بدین نحو که اگر شرط شده از امور وضعی است که شارع آن را تحت سلطنت و اختیار شرط کننده قرار داده است همانند حقوق و اموال، شرط خلاف در آن - به معنای اسقاط موضوع حکم یا اعراض از آن که با رفتن موضوع، حکم نیز برود - نامشروع نمی‌باشد. این دسته از احکام با شرط قابل تغییرند جز در موردی که دلیل خاص باشد، مانند منع از فروش مصحف به کافر. اما شرط خلاف در سایر امور وضعی که شارع آن‌ها را تحت سلطه اشخاص قرار نداده است مانند طهارت و نجاست، نامشروع است جز در مواردی که دلیل خاص وارد شده باشد، از قبیل شرط ارث زوجه در نکاح منقطع (ر.ک: نائینی، ۱۳۷۳: ۱۰۴/۲).

با این توضیح، در پاسخ به شبهه نامشروع بودن شرط اسقاط نفقه به خاطر مخالفت آن با کتاب و سنت، باید گفت که شرط عدم نفقه به دو صورت می‌تواند باشد؛ گاهی طرفین عقد نکاح تعهد می‌کنند که زوجه حق نفقه نداشته باشد. چنین شرطی خلاف شرع و مخالف کتاب و سنتی است که حق نفقه را برای زوجه جعل نموده است. اما گاهی سخن از عدم استحقاق نیست، بلکه زوجه ملتزم به اسقاط حقی که به وجود آمده، می‌شود که چنین تعهدی خلاف شرع نیست؛ چرا که این عمل با پذیرش ثبوت شرعی نفقه و پذیرش این امر که نفقه با جعل شرعی به عنوان حقی برای زوجه ثابت شده که زمامش هم به دست زوجه می‌باشد، انجام گرفته است و اسقاط حق بعد از ثبوت آن خلاف شرع نیست تا حکم به بطلان آن نماییم.

##### ۵. مخالفت با مقتضای ذات عقد

پیشتر در بیان کلی نظر فقیهان در خصوص صحت و فساد شرط عدم نفقه در ضمن عقد نکاح، اشاره شد که علامه حلی شرط عدم نفقه را مخالف مقتضای عقد نکاح و باطل دانسته است. همچنین از فقهای عامه نیز مالکیه، چنین شرطی را با مقصود اصلی از نکاح و مقتضای ذات آن مخالف دانسته و در نتیجه افزون بر رأی به بطلان شرط عدم نفقه، آن را مبطل عقد نکاح نیز می‌دانند (عبدری، ۱۳۹۸: ۴۴۴/۳).



لازم به توضیح است که هر عقدی دو نوع اقتضا دارد؛ گاهی موضوعی که از آن بحث می‌شود، قابلیت انفکاک از عقد را نداشته و نمی‌توان عقد را بدون آن تصور کرد و ماهیت عقد را چیز دیگری غیر از آن دانست (کاتوزیان، حقوق مدنی، ۱۳۸۷: ۱۶۳/۳) و به عبارت دیگر آن موضوع، مقتضای ذات عقد است و گاهی آن موضوع قابلیت انفکاک از عقد را داشته و می‌توان عقد را بدون آن نیز تصور نمود و وجود آن موضوع به خصوص، تنها در صورتی است که عقد به طور اطلاق واقع شده و شرطی خلاف آن صورت نگرفته باشد و به عبارت دیگر آن موضوع، مقتضای اطلاق عقد است. توضیح آنکه مقتضای ذات عقد را نمی‌توان تغییر داد و برای انعقاد عقدی با مشخصات معلوم (مثلاً بیع)، وجود آن مقتضا، لازم و اجتناب‌ناپذیر است و بدون آن، عقد محقق نمی‌گردد، مثل مالکیت که بیع را نمی‌توان بدون آن تصور نمود. اما آنچه را که مقتضای اطلاق عقد است، می‌توان اسقاط کرد و آنچه را که مورد توافق طرفین است، جایگزین نمود. اما نکته مهم، شناسایی مقتضای ذات عقد نکاح است که در این باره باید گفت که نکاح نیز همانند غالب عقود معین و معاملات، امری عرفی و عقلایی بوده و دارای واقعیت و حقیقت نزد اهل عرف است (اراکی، ۱۴۱۹: ۳۹۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۸: ۱۰۳/۲). وجود نهاد ازدواج در سایر ملل غیر اسلامی نیز مؤید همین امر است. بنابراین عرف به عنوان مهم‌ترین ضابطه تشخیص مقتضای عقود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۱۳/۲) می‌تواند در شناخت مقتضای ذات عقد نکاح کمک کند.

سؤالی که مطرح می‌گردد این است که ماهیت و واقعیت زوجیت و نکاح در نزد عرف چیست؟ به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی از فقها نیز بیان نموده‌اند (اراکی، ۱۴۱۹: ۳۹۰)، با رجوع به عرف می‌توان دریافت که حقیقت و ماهیت نکاح عبارت است از ایجاد رابطه زوجیت و حلیت استمتاع. بررسی ماهیت حقوقی عقد نکاح مؤید این است که مقتضای ذات نکاح، ایجاد رابطه زوجیت بین زن و مرد و حلیت استمتاع است (ایزدی فرد و کاویار، ۱۳۸۹: ش ۱۶۷/۳) نه پرداخت نفقه به زوجه. لذا شرط عدم حلیت استمتاع یا عدم محرمیت بین زن و مرد در ضمن عقد، با ذات عقد نکاح مخالف بوده و موجبات بطلان عقد و شرط را مطابق بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی فراهم می‌آورد. اما پرداخت نفقه، هرچند از مهم‌ترین آثار عقد نکاح است، به گونه‌ای نیست که نبود آن،

نکاح را بی‌اثر ساخته و دیگر نتوان توافق موجود را نکاح نامید که با این تعبیر، نفقه از مقتضیات اطلاق عقد نکاح خواهد بود و امکان اسقاط آن یا تبدیل و تغییر در آن مطابق آنچه مورد توافق طرفین است، از طریق درج شرط در ضمن عقد وجود دارد و نمی‌توان آن را امری بر خلاف ماهیت اصلی و مقتضای ذات نکاح دانست.

ناگفته نماند که گروهی از فقهای عامه بر این باورند که هرچند شرط عدم نفقه، مخالف مقتضای عقد نکاح است، به خاطر عدم اخلال به مقصود اصلی از آن یعنی استمتاع و وطی، فقط باطل بوده، اما مبطل عقد نیست (شریبنی، بی‌تا: ۲۲۶/۳؛ بهوتی، ۱۹۹۶: ۶۶۹/۲). شایان ذکر است که فقیهان عامه، شروط مخالف عقد را به دو دسته «مخلّ به مقصود اصلی از عقد» و «غیر مخلّ به مقصود اصلی از عقد» دسته‌بندی می‌کنند (نووی، ۱۴۰۵: ۲۶۵/۷) که در عرف فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایران، از دسته اول به «شروط مخالف مقتضای ذات عقد» و از دسته دوم نیز به «شروط مخالف مقتضای اطلاق عقد» تعبیر می‌شود. نووی از فقهای متقدم شافعیه معتقد است که شرط عدم نفقه، تأثیری در خود عقد نکاح ندارد؛ چرا که شروط مبطل عقد نکاح، شرط‌هایی هستند که همانند شرط طلاق، مخلّ به مقصود مورد نظر از ازدواج باشند (همان). سنیکی نیز مشابه همین تعبیر را آورده است (سنیکی انصاری، ۱۳۹۷: ۴۹۶/۵). بنابراین به نظر نووی و سنیکی، شرط عدم نفقه، مخالف مقتضای ذات عقد نکاح نیست تا مبطل نکاح باشد بلکه فقط خود شرط، فاسد و باطل است.

اشکال این سخن در آن است که مطابق توضیحات پیشین، شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد، باطل نیست و شاید به همین خاطر است که می‌بینیم این دسته از فقهای عامه، به اشکال فوق‌الذکر اکتفا ننموده و به همراه آن، اشکال دیگری همچون «مصادق اسقاط ما لم یجب بودن» شرط عدم نفقه را نیز بیان نموده‌اند تا شاید دلیل قانع‌کننده‌ای بر نظریه بطلان شرط عدم نفقه ارائه نموده باشند (بهوتی، ۱۹۹۶: ۶۶۹/۲).

### نظریه صحت شرط عدم نفقه

پاره‌ای از فقیهان و حقوق‌دانان اسلامی عمل حقوقی گذشت زوجه از حق نفقه خود و شرط دالّ بر چنین عملی را صحیح می‌دانند (ابن جنید، ۱۴۱۶: ۲۶۵؛ علیش، ۱۴۰۹: ۳۲۴/۴).

طاهری، ۱۴۱۸: ۲۰۳/۳). ابن جنید معتقد است که اگر زوجه، بالغ بوده و امکان مواجهه با او وجود داشته باشد، پرداخت نفقه او بر زوج واجب است؛ خواه خود زوج، نابالغ باشد و نتواند نزدیکی نماید و خواه بالغ بوده و به اختیار خود از نزدیکی خودداری کند، مگر اینکه ولی زوج نابالغ، در ضمن عقد نکاح عدم پرداخت نفقه را شرط نموده باشد (ابن جنید، ۱۴۱۶: ۲۶۵). بدین ترتیب مشاهده می‌گردد که ابن جنید، صحت چنین اشتراطی را مفروغ‌عنه گرفته است. افزون بر این، برخی از فقیهان امامی در بحث مستحقان زکات آورده‌اند که زکات گیرنده نباید جزء واجب النفقه‌های زکات‌دهنده باشد، مثل زوجه دائم مگر اینکه در ضمن عقد نکاح، شرط عدم نفقه را پذیرفته باشد که در این صورت می‌تواند زکات بگیرد. نتیجه روشن این سخن فقیهان آن است که آنان شرط اسقاط نفقه در نکاح دائم را صحیح و مؤثر می‌دانند؛ چرا که بی‌تردید اگر این نوع شرط، باطل و بی‌اثر می‌بود، چنین ثمری بر آن بار نمی‌شد (سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۳۱/۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۲: ۶۳۳؛ موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۳۱۵/۱؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲: ۲۸۸). برای نمونه، آیه‌الله فاضل لنکرانی از فقیهان معاصر امامی می‌گوید:

جایز است که مرد، زکات خود را به زوجه خود که به دلیل قبول شرط عدم نفقه، از شوهرش نفقه دریافت نمی‌کند، پردازد. اما اگر دلیل عدم دریافت نفقه، نشوز آن زوجه باشد، در صحت دریافت زکات از شوهر خود، اشکال وجود دارد (۱۴۲۲: ۲۸۸).

شایان ذکر است که برخی از فقهای پیرو نظریه صحت شرط عدم نفقه، بر این باورند که چنین شرطی صحیح بوده و به صحت عقد نکاح، آسیبی وارد نمی‌کند، اما در عین حال، این شرط از جانب زوجه، لازم‌الوفاء نبوده و وی می‌تواند پس از گذشت زمان هرچند کوتاه، از تعهد خود بازگردد و نفقه‌اش را از شوهر مطالبه نماید. مرداوی از فقیهان حنبلی در این باره می‌نویسد:

زوجه می‌تواند شرط عدم نفقه را بپذیرد و از نفقه خود بگذرد، اما چنانچه این تعهد خود را زیر پا بگذارد و نفقه خود را مطالبه نماید، می‌تواند (۱۴۱۹: ۲۷۵/۸).

آیه‌الله فاضل لنکرانی نیز می‌نویسد:

اگر زوجه از حق نفقه خود گذشته و ذمه زوج را نسبت بدان بری نماید، در صورت

پشیمانی نمی‌تواند نفقه گذشته را مطالبه کند اما نسبت به نفقه آینده، این حق را دارد (۱۴۲۵: ۳۹۶).

پر واضح است که با رد استدلالی ادله قائلان به بطلان شرط عدم نفقه در ضمن عقد نکاح و نقد تفصیلی آن‌ها در سطور پیشین، حقانیت نظریه صحت چنین شرطی، خودبه‌خود اثبات می‌گردد. با در نظر گرفتن اصل حاکمیت اراده یا آزادی اراده، طرفین عقد نکاح با توافق و اراده خویش می‌توانند وسعت حقوق و تکالیف ناشی از عقد نکاح را آنچنان که خود بخواهند، تنظیم نموده و خویش را بدان ملتزم نمایند و هر آنچه قانون و شرع مقدس پیش‌بینی نموده، محدود به موردی شود که اراده طرفین بر خلاف آن واقع نشده باشد. مراد از اصل حاکمیت اراده نیز که اطلاق ادله‌ای چون «المسلمون عند شروطهم»، «أوفوا بالعقود»، «الناس مسلطون علی أموالهم» و «إلا أن تكون تجارة عن تراض» و همچنین مشروعیت «عقد صلح» و «اصل صحت شرط»، همگی بر حجیت این اصل حقوقی دلالت دارند، آن است که «اراده آزاد طرفین به عنوان قاعده بر تراضی آن‌ها حکومت داشته و در هر مورد که نسبت به حدود آزادی طرفین و آثار قرارداد، تردیدی به وجود آید، این قاعده حاکم است مگر اینکه خلاف آن اثبات گردد» (حائری، ۱۳۷۰: ۹). نتایج عملی متعددی بر این اصل بار می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها تشخیص صحت یا عدم صحت و نفوذ قراردادهای نامعین است. پیشتر هم اشاره گردید که برخی از فقها نیز در صحت چنین شرطی اظهار تردید و تأمل نموده‌اند (ر.ک: گلپایگانی، ۱۴۲۲: ۱۳۱/۴) که تردید موجود در آن با استدلال‌های پیش‌گفته خودبه‌خود رفع می‌گردد.

### نتیجه‌گیری

۱. قابلیت اسقاط، اثر مشترک همه انواع حق است و هر گاه مدتی بگذرد و زوج نفقه زوجه را نپردازد، نفقه ایام گذشته به صورت دین بر ذمه زوج قرار می‌گیرد که در صورت امتناع شوهر از پرداخت آن، زوجه می‌تواند به محکمه صالح مراجعه و حق خود را دریافت کند که این مصداق، قابلیت اسقاط را دارد پس به چنین نفقه‌ای حق اطلاق می‌گردد. همچنین ضمانت شخص ثالث نسبت به نفقه زوجه از سوی فقها مورد

بحث قرار گرفته که این خود مؤید ثبوت جنبه وضعی نفقه زوجه است؛ چرا که بحث از ضمانت یک حکم تکلیفی صرف، مطلقاً (چه نسبت به زمان گذشته و چه نسبت به زمان آینده) محلی ندارد.

۲. «حکم» به عنوان قاعده‌ای تخلف‌ناپذیر، معادل «قانون امری» و «حق» که تراضی بر خلاف آن امکان‌پذیر است، معادل «قانون تکمیلی» به شمار می‌آید، لذا با توجه به اثبات حق بودن نفقه، باید گفت که ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی که نفقه زوجه را بر عهده شوهر می‌داند، ناظر به زمانی است که زوجه حق خود را اسقاط نکرده باشد. بنابراین الزام ماده مذکور تا زمانی است که زوجه با طیب خاطر از حق خود صرف‌نظر نکرده باشد. اما در صورت اسقاط نفقه از طرف او، نمی‌توان با استناد به قانون مذکور زوج را ملزم به پرداخت نفقه نمود؛ چرا که زوجه با عمل حقوقی اسقاط نفقه، مفاد این ماده را کنار گذاشته که با این توصیف، این قانون از جمله قواعد تکمیلی و نه امری شمرده خواهد شد.

۳. قانون مربوط به لزوم پرداخت نفقه زوجه به دلیل اینکه از امور مالی است و از منافع خصوصی اشخاص حمایت می‌کند و امور مالی نیز بنا به طبع خود معمولاً جزء قواعد مربوط به نظم عمومی نیست، لذا شرط خلاف آن مخالفتی با نظم عمومی ندارد. همچنین شرط اسقاط نفقه مخالف با اخلاق حسنه نیست تا اراده زوجین در این زمینه محدود گردد؛ چون موضوع اخلاق حسنه با موضوع الزام به پرداخت نفقه، دو امر جداگانه است. با این توضیح که اخلاق حسنه از دین، اعتقادات، عادات و آداب و رسوم نشئت می‌گیرد و مردم خود را بر اساس فطرت و تعهد اخلاقی، ملزم به تبعیت از آن می‌دانند، ولی موضوع الزام به پرداخت نفقه از عوامل ایجادکننده اخلاق حسنه ناشی نمی‌شود تا شرط مخالف آن، مخالف اخلاق حسنه و در نهایت، باطل قلمداد شود، بلکه قانون احکام آن را مشخص کرده است و تعهد بر خلاف آن باید مخالف قانون محسوب گردد و بر این مبنا باطل شود و در جای خود ثابت کردیم که تعهد بر سقوط نفقه مخالف قانون نیست.

۴. در اسقاط نفقه آینده، بر مبنای قول مشهور فقها که سبب وجوب نفقه را تمکین - که امری تدریجی‌الاحصول می‌باشد- می‌دانند و نسبت به نفقه آینده، با عدم حصول به

سبب آن، هنوز نفقه‌ای ایجاد نشده است، با این حال با تحلیلی که از صحت اسقاط و ابراء چنین حقی بیان کردیم، باید حکم به صحت اسقاط نفقه نمود. اما بر مبنای نظر غیر مشهور و نظر مختار ما در این مقاله که سبب وجوب نفقه را عقد نکاح دانستیم، با وجود عقد، نفقه آینده به طور متزلزل ایجاد شده و در ذمه زوج قرار می‌گیرد و استقرار آن در ظرف زمانی خود خواهد بود و بیان شد که در صورت وجود سبب حق، اشکالی در اسقاط آن وجود ندارد. در این فرض، اسقاط نفقه آینده، «اسقاط ما لم یجب» نبوده بلکه از مصادیق «اسقاط بعد ما وجب» است که در صحت آن نباید تردید نمود.

۵. شرط اسقاط نفقه مخالفی با کتاب و سنت ندارد تا شرط نامشروع تلقی گردد. با این توضیح که شرط عدم نفقه به دو صورت می‌تواند باشد؛ گاهی طرفین عقد نکاح تعهد می‌کنند که حق نفقه برای زوجه ثابت نشده و وی حق نفقه نداشته باشد، چنین شرطی خلاف شرع و مخالف کتاب و سنتی است که حق نفقه را برای زوجه ثابت و جعل نموده است. اما گاهی سخن از عدم استحقاق نیست، بلکه زوجه ملتزم به اسقاط حقی که به وجود آمده، می‌شود که چنین تعهدی خلاف شرع نیست؛ چرا که این عمل با پذیرش ثبوت شرعی نفقه و پذیرش این امر که نفقه با جعل شرعی به عنوان حقی برای زوجه ثابت شده که زمامش هم به دست زوجه می‌باشد، انجام گرفته است و اسقاط حق بعد از ثبوت آن خلاف شرع نیست تا حکم به بطلان آن نماییم.

۶. بر مبنای نگاه عرف به مقوله نکاح، می‌توان چنین برداشت نمود که نفقه جزء مقتضیات ذات عقد نکاح نبوده و در نتیجه، شرط اسقاط آن، شرط مخالف مقتضای عقد نبوده و باطل و مبطل نمی‌باشد. از این رو، مطابق اصل عقلایی و شرعی حاکمیت اراده، زوجین می‌توانند بر اسقاط نفقه آینده توافق نمایند و این عمل حقوقی، نه باطل است و نه مبطل عقد نکاح.

## کتاب شناسی

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور، السرائر، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن براج، عبدالعزيز، المهذب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن جنید، محمد بن احمد، مجموعه فتاوی ابن جنید، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۴. ابن عابدین، محمد امین بن عمر بن عبدالعزیز، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دار الفکر، ۱۴۱۲ ق.
۵. احمدی واستانی، عبدالغنی، «نظم عمومی در حقوق خصوصی»، روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۴۱ ش.
۶. اراکی، محمد علی، کتاب النکاح، قم، نورنگار، ۱۴۱۹ ق.
۷. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۵۳ ش.
۸. انصاری، مرتضی، المکاسب، ط - القدیمه، قم، دار الذخائر، ۱۴۱۱ ق.
۹. ایزدی فرد، علی اکبر و حسین کاویار، «شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق»، مجله مطالعات اجتماعی - روان شناسختی زنان، سال هشتم، شماره ۳، زمستان ۱۳۸۹ ش.
۱۰. بحر العلوم، سید محمد تقی، بلغة الفقیه، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق، ۱۳۶۲ ش.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضره، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۲. بروجردی، محمد عبده، کلیات حقوق اسلامی، تهران، رهام، ۱۳۸۱ ش.
۱۳. بهوتی، منصور بن یونس، شرح منتهی الارادات، بیروت، عالم الکتب، ۱۹۹۶ م.
۱۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، تأثیر اراده در قانون مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۱ ش.
۱۵. حائری، مسعود، اصل آزادی قراردادها، تهران، کیهان، ۱۳۷۰ ش.
۱۶. حر عاملی، وسائل الشیعه، قم، آل البيت للإسلام، ۱۴۰۹ ق.
۱۷. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، نکت النهایه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۱۸. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، تحریر الاحکام، ط - الحدیثه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۱۹. حلی، یحیی بن سعید، الجامع للشرائع، قم، سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۲۰. رملی، شمس الدین محمد، نهایه المحتاج الی شرح المنهاج، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۴ ق.
۲۱. زحیلی، وهبة بن مصطفى، الفقه الاسلامی وادلته، دمشق، دار الفکر، بی تا.
۲۲. سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، کفایة الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۳. سنیکي انصاری، اسنی المطالب فی شرح روض المطالب، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۳۹۷ ق.
۲۴. شریینی، محمد الخطیب، مغنی المحتاج الی معرفة معانی الفاظ المنهاج، بیروت، دار الفکر، بی تا.
۲۵. شریف، علی، نفقه و تمکین در حقوق خانواده، تهران، بشارت، ۱۳۷۶ ش.
۲۶. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۲۷. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروة الوثقی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویه، ۱۳۸۷ ق.
۲۹. همو، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چاپ دوم، بیروت، دار الکتب العربی، ۱۴۰۰ ق.
۳۰. عاملی جبعی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. عاملی، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۰ ق.
۳۲. عبدری، محمد بن یوسف، التاج و الاکلیل لمختصر خلیل، بیروت، دار الفکر، ۱۳۹۸ ق.
۳۳. علیش، محمد بن احمد، منح الجلیل شرح علی مختصر سید خلیل، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۹ ق.

۳۴. عمیدی، سید عمیدالدین بن محمد، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۵. فاضل لنکرانی، محمد، *الاحکام الواضحه*، چاپ چهارم، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ ق.
۳۶. همو، *جامع المسائل (عربی)*، قم، امیر قلم، ۱۴۲۵ ق.
۳۷. فاضل هندی، محمد بن حسن، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۳۸. قرافی، احمد بن ادريس، *الفروق او انوار البروق فی انواء الفروق*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۳۹. قرطبی، یوسف بن عبدالله، *الاستذکار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۲۰۰۰ م.
۴۰. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی: خانواده*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۴۱. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۴۲. همو، *مقدمه علم حقوق*، چاپ چهل و چهارم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴ ش.
۴۳. کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۰۶ ق.
۴۴. کاشف الغطاء، حسن بن جعفر، *انوار الفقاهه: کتاب النکاح*، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۵. کیدری، محمد بن حسین، *اصباح الشیعه بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۴۶. گرجی، ابوالقاسم، «مشروعیت حق و حکم آن با تأکید بر حق معنوی»، *خبرنامه انفورماتیک*، ۱۳۶۷ ش.
۴۷. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، قم، بی تا.
۴۸. همو، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۴۹. مرداوی، علی بن سلیمان، *الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۹ ق.
۵۰. موسوی خمینی، سیدروح الله، *العروة الوثقی مع تعالیک الامام الخمینی*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، تهران، ۱۴۲۲ ق.
۵۱. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *الخيارات*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۱۸ ق.
۵۲. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، بی جا، بی تا.
۵۳. همو، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۵۴. همو، *موسوعة الامام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی، ۱۴۱۸ ق.
۵۵. مولودی قلاچی، محمد، «اسقاط حتی که هنوز ایجاد نشده است»، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی*، تهران، دانشگاه تهران، بی تا.
۵۶. نائینی، محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۵۷. همو، *منیة الطالب*، تهران، المكتبة المحمدیه، ۱۳۷۳ ق.
۵۸. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ دوم، تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۶۶ ش.
۵۹. نووی، یحیی بن شرف، *روضه الطالبین و عمدة المفتین*، بیروت، المكتب الاسلامی، ۱۴۰۵ ق.