

نقدی بر تئوری

ماهیت معاوضی نفقهٔ زوجه*

- مرتضی حاجی پور^۱
- اصغر زیرک باروقی^۲

چکیده

با اینکه یکی از حقوق مسلم و قانونی زوجه، نفقه است، ولی در صورتی که زوجه در وضعیت نشوز قرار گیرد، استحقاقی بر دریافت آن نخواهد داشت. عدم استحقاق زوجه بر دریافت نفقه باعث شده است که نظر مشهور فقهی بر عوض بودن نفقه در ازای تمکین ظهور پیدا کند.

این پژوهش در نظر دارد به روش مطالعه توصیفی و تحلیلی و با نگاه به دیدگاه‌های فقهی و حقوقی و همچنین آراء قضایی و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه، قوت نظریه مشهور فقهی را مورد ارزیابی قرار دهد. تحقیق بر این فرض استوار است که نکاح، عقد غیر مالی محسوب می‌شود؛ بنابراین می‌توان گفت با لحاظ فقدان شرایط و احکام معاوضی در نفقه به خصوص نبود حق حبس برای زوجه نسبت به نفقه، نبود حق فسخ در صورت اعسار زوج و...

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۴/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۲۹.

۱. دانشیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان (نویسندهٔ مسئول) (ac.hajipour@azaruniv.ac.ir).

۲. استادیار دانشگاه شهید مدنی آذربایجان (zirak161@gmail.com).

نفقه عوض تمکین زوجه نمی‌باشد و محرومیت زوجه در حالت نشوز از دریافت نفقه، ضمانت اجرای عدم رعایت تکالیف خود در برابر شوهر است.
واژگان کلیدی: نفقه، نشوز، تمکین، حق حبس و فقه.

مقدمه

نکاح یکی از مهم‌ترین عقود است که نتیجه آن مشروعیت رابطه زناشویی مابین زن و شوهر است. به لحاظ اهمیت فوق‌العاده نکاح در تنظیم روابط اشخاص، قانون‌گذاران کشورهای مختلف مقررات خاصی را در ورود به آن، تداوم و نهایتاً خاتمه دادن به آن پیش‌بینی کرده‌اند؛ به نحوی که اصل حاکمیت اراده که یکی از اصول حاکم بر قراردادهای خصوصی است با شدت کمتری در این نوع عقد جاری می‌شود. یکی از موضوعاتی که در خصوص نکاح مطرح می‌شود این است که به لحاظ ماهیتی، نفقه چه جایگاهی در نکاح دارد؟ آیا نفقه ما بازاء تمکین زوجه است به این دلیل که زن ناشزه به حکم شرع و قانون از برخورداری از آن محروم می‌شود یا اینکه نفقه صرفاً حکمی از احکام قانونی است که شرط برخورداری از آن تمکین زوجه از شوهر است به نحوی که چنانچه زوجه از اطاعت از تکالیف خود در برابر زوج سر باز زند استحقاقی به برخورداری از نفقه نخواهد داشت؟ این موضوع یکی از موضوعات اختلافی است؛ به نحوی که آثار مهمی بر نحوه پاسخ به سؤال در مقام عمل بر آن بار می‌شود. از این رو ضرورت دارد با نگاهی به فقه به عنوان منبع اصلی قانون‌گذاری در حقوق خصوصی ایران خصوصاً در حوزه خانواده و همچنین آراء دادگاه‌ها و نظریات مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه، وضعیت نفقه در نکاح را تعیین نماییم.

این تحقیق در نظر دارد این مسئله را با رویکرد توصیفی و تحلیلی ارزیابی نماید و در این راستا، تحقیق در چند قسمت تنظیم شده است: در بند اول، نفقه و ادله وجوب آن ارائه می‌شود. در بند دوم، رویکردهای مختلف مربوط به نقش تمکین در نفقه مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بند سوم، نظر مشهور فقهی مبنی بر عوض بودن نفقه در چهار قسمت مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و در نهایت نتیجه تحقیق ارائه می‌شود.

۱. نفقه و ادله آن

در لغت، نفقه از ریشه نفق به معنای مصرف و بخشش است و نفق به معنای سپری شدن و نیست شدن است (سیاح، ۱۳۷۳: ۱۷۰۷/۲-۱۷۰۸). «نَفَقَ» یعنی چیزی کم شد و از بین رفت. «نَفَقَ الشَّيْءُ» به معنای نَفَقَ یعنی مصرف شد و فانی گشت (عبدالرحمان، بی تا: ۴۳۲/۳؛ مشکینی، بی تا: ۵۴۳؛ قرشی، ۱۴۱۲: ۹۷). در اصطلاح، نفقه عبارت است از آنچه که در میان مردم به عنوان هزینه زندگی معمول است.^۱ در حدیثی منتسب به امام جعفر صادق (ع) درباره حق زن بر شوهر چنین بیان شده است:

«گرسنگی او را برطرف نماید؛ عورت او را بپوشاند و با او بدخلقی نکند. پس چون چنین کند، به خدا سوگند که زوج حق زن را به او داده است» (صدوق، ۱۴۱۳: ۴۴۰/۳).

روشن است که نفقه حقیقت شرعیه ندارد و تعیین مصادیق آن به عرف و اگذار می شود (مغنیه، ۱۴۲۱: ۳۱۳/۵). ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی بیان می دارد:

«نفقه عبارت است از: مسکن، غذا و اثاث الیه که به طور متعارف با وضعیت زن متناسب باشد و خادم در صورت احتیاج او به واسطه مرض یا نقصان عضو».

حقوق دانان نیز نفقه را شامل کلیه هزینه های فوق دانسته اند (امامی، ۱۳۷۶: ۴۳۴/۴).
ادله وجوب نفقه در فقه، کتاب، سنت و اجماع است (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۶۶/۳؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۶).

- «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُرْضِعَهُنَّ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (بقره/۲۳۳)؛ مادران دو سال کامل فرزندان خود را شیر دهند، برای کسی که خواهد شیر دادن را به پایان رساند و خوراک و پوشاک مادران به طور متعارف به عهده صاحب فرزند است.

- «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْقَرُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» (نساء/۳۴)؛ مردان قیّم بر زنان اند، به خاطر فضیلتی که برخی از آنها بر بعضی دیگر دارند و نیز به دلیل اینکه از اموال خویش به زنان نفقه می دهند.

۱. «بِمَا أَنْقَرُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ» (نساء/۴).

در تفسیر واژه «قیم» گفته شده است مقصود کسی است که عهده‌دار مخارج دیگری شده و به وی نفقه می‌دهد و بر پدر فرزند، پرداخت شایسته خوراک و پوشاک به زنان لازم است (بهره‌مند و عسکری بدویی، ۱۳۹۴: ۱۲۵). وقتی گفته می‌شود شخصی قیّم این زن است، مراد کسی است که به کار او می‌پردازد و به نگهداری او اهتمام می‌ورزد (فخرالدین رازی، ۱۳۷۱: ۸۸/۱۰) و بر این اساس است که برخی «قوّام» را به معنای متکفل انفاق دانسته‌اند (ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۲۵/۲)؛ چرا که انفاق نوعی اقدام به محافظت و نگهداری است و شاید «به همین علت است که در ازدواج موقت، که نفقه مطرح نیست، مدیریت مرد بر زن هم مطرح نمی‌باشد» (مطهری، ۱۳۹۰: ۸۳۲/۱۵).

در روایتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است که فرمودند:
 «ملعون ملعون من صَيَّعَ مَنْ يَعُول» (کلینی، ۱۴۲۹: ۲۳۳/۷؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۵۵۵/۳؛
 مورد لعن و نفرین و ملعون است کسی که خانواده و عائله خویش را ضایع کند.

یعنی حقوق آنان را تضییع نموده و هزینه‌های زندگی آن‌ها را تأمین ننماید. نیز روایت شده است حق زن بر مرد آن است که او را سیر نگه دارد و به قدر لازم و شئوئ او برایش لباس تهیه کند و از لغزش‌های او بگذرد و با روی ترش با وی مواجه نشود (حائری شاهیباغ، ۱۳۸۷: ۲/۹۶۵). همچنین بسیاری از فقهای شیعه بر اثبات وجوب نفقه ادعای اجماع کرده‌اند (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۳/۲۶۶؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۱۷: ۹۱/۶). در بیان دلیل عقلی وجوب نفقه گفته می‌شود از آنجا که شوهر به جهت استمتاعی که از زوجه دارد، باعث می‌شود زوجه از برخی منافعش محروم و محبوس گردد، باید مئونه و هزینه‌های زندگی زوجه‌اش را در عوض این احتباس یا به جزای این احتباس تأمین نماید (شعبانی و همکاران، ۱۳۹۴: ۶۸).

فقهای امامیه بر اختصاص حکم نفقه به نکاح دائم اتفاق نظر دارند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۹۶-۹۷؛ فیاض کابلی، بی‌تا: ۷۱/۳). ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی می‌گوید: «در عقد دائم، نفقه زن به عهده شوهر است». بنابراین نکاح موقت فی نفسه مثبت حق نفقه برای زوجه نیست؛ لیکن با توجه به اینکه عدم تعلق نفقه بر چنین نکاحی مقتضای اطلاق عقد است، امکان توافق طرفین صراحتاً یا ضمناً بر چنین تعهدی ممکن است و این شرط مغایر با شرع و قانون نیست. ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

«در عقد انقطاع، زن حق نفقه ندارد؛ مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد».

نظریه ۱۳۸۳/۹/۲۳-۷/۷۰۷۳ اداره حقوقی قوه قضاییه در این خصوص مقرر می‌دارد:

«حسب ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی، در عقد منقطع زن حق نفقه ندارد؛ مگر اینکه شرط شود یا عقد مبنی بر آن جاری شده باشد. شرایط ضمن عقد نیز که به تراضی طرفین احراز می‌شوند، تابع نحوه انشاء و مفاد آن شروط هستند. بنابراین تعهد به پرداخت نفقه در عقد منقطع از جانب شوهر متعهد را در حدی که تعهد کرده است، ملزم به ایفاء می‌نماید و این ربطی به مقررات مربوط به نفقه زوجه دائم ندارد» (مجموعه قوانین و مقررات خانواده، ۱۳۸۴: ۱۳۴).

مقصود از قسمت اخیر نظریه «... این ربطی به مقررات مربوط به نفقه زوجه دائم ندارد» این است که با توجه به اینکه در عقد موقت، اراده طرفین معمار اصلی شرط نفقه در نکاح است، لذا مصادیق آن نیز به تبع اصل، تابع توافق طرفین بوده و تابع مقررات مربوط به احکام عقد دائم که در ضمن ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی بیان شده، نیست.

۲. رویکردهای مربوط به نقش تمکین در نفقه

استحقاق زوجه دائم بر نفقه، یکی از مسلمات فقهی و حقوقی است. لیکن این حق مطلق و بدون قید و شرط نیست. زوجه در صورتی مستحق نفقه می‌شود که به تعهدات خود در برابر زوج اقدام نماید. بنابراین در صورتی که زوجه اقدام به نافرمانی نماید، حق وی بر دریافت نفقه متوقف می‌شود. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع شرعی از ادای وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود».

ضرورت پایبندی زوجه بر تمکین در رأی از شعبه دیوان عالی کشور با این بیان تأیید شده است: «مطالبه نفقه فرع بر تمکین است» (بازگیر، ۱۳۷۹: ۱۰۷).

تمکین در لغت به معنای قبول کردن و پذیرفتن فرمان کسی و نیرو و قدرت دادن

است (عمید، ۱۳۵۹: ۴۱۵) و در اصطلاح، متضمن دو معنای عام و خاص است. در معنای عام، تمکین یعنی اطاعت زن از مرد در امور زندگی زناشویی مانند قبول سکونت در خانه شوهر، عدم خروج بدون اذن، حسن معاشرت زن با شوهر، رعایت نظافت و آرایش برای شوهر و در معنای خاص عبارت است از خلوت کردن بین زن و شوهر به نحوی که شوهر بتواند بدون هیچ گونه مانعی با زن رابطه جنسی برقرار نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۳/۳۱). به بیان دیگر، تمکین یعنی تسلیم کامل زن در مقابل شوهر در تمتع بردن، به حدی که مخصوص به زمان و مکانی نباشد (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۲۹۶/۲؛ امامی، ۱۳۷۶: ۴۴۸/۴). با لحاظ اطلاق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۱۳۹۰/۰۲/۱۳-۷۱۸ دیوان عالی کشور می‌توان گفت زنی که از انجام وظایف خود اعم از عام و خاص در برابر شوهر امتناع می‌ورزد، ناشزه محسوب شده و استحقاقی بر دریافت نفقه نخواهد داشت. در بخشی از رأی دیوان آمده است:

«... مستفاد از ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی این است که زن در صورت حال بودن مهر می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء مطلق^۱ وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد، امتناع نماید».

در مقابل، نشوز در لغت به معنای ارتفاع و بلند شدن است و شرعاً به معنای خروج از طاعت است (جابری عربلو، ۱۳۶۲: ۱۷۳). راغب در مفردات ذیل آیه «وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ» (نساء/ ۳۴) می‌گوید:

«نشوز المرأة بعضها بزوجه و رفع نفسها عن طاعته و عینها عنه إلی غیره»؛ (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۸۰۶)؛ نشوز به معنای خشم گرفتن او بر شوهر و سرپیچی از اطاعت او و روی گرداندن از او به سوی دیگری است.

و در اصطلاح عبارت است از: خروج هر یک از زوجین از رعایت و اداء حقوق واجب طرف مقابل (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۰/۳۱؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۴۲۵/۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹: ۳۹۶/۲). مفهوم مقابل نشوز صرفاً تمکین خاص نیست، بلکه مفهومی اعم از آن را در بر می‌گیرد؛ زن موظف است علاوه بر تمکین خاص، مطیع تام و تمام زوج بوده و

۱. عبارت مطلق در رأی، مؤید تلقی تمکین در مفهوم عام و خاص کلمه می‌باشد.

حتی بدون اجازه او برای عیادت والدین خویش هم از خانه خارج نگردد (موسوی خمینی، بی تا: ۳۰۳/۲). بنابراین اگر زن بدون عذر موجه، حاضر به زندگی در محل سکونت زوج نباشد یا در استحکام مبانی خانواده همکاری‌های لازم را با شوهر به عمل نیاورد یا به خواسته‌های متعارف و مشروع زوج در معاشرت با غیر اعتنایی ننماید، حقی برای گرفتن نفقه نخواهد داشت (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۱۴۱). این موضع در حدیثی بدین بیان منعکس شده است:

«أیما امرأة خرجت من بیتها بغیر إذن زوجها فلا نفقة لها حتی ترجع» (حزّ عاملی، ۱۴۱۲: ۳۴۷/۷): از موقعی که زن از منزل بدون اذن شوهر خارج می‌شود تا موقعی که برگردد نفقه به او تعلق نمی‌گیرد.

بدیهی است تکلیف زوجه بر تمکین، منوط بر این است که مقدمات تمکین از سوی زوج فراهم شده باشد. بنابراین همچنان که در دادنامه شماره ۱۵۱۶ مورخ ۱۳۸۲/۰۹/۱۷ شعبه ۱۱۲ محاکم عمومی تهران رأی داده شده است:

«خواستۀ زوج دایر بر الزام به تمکین، فرع بر فراهم کردن امکانات لازم در زندگی جهت زوجه است» (بازگیر، ۱۳۸۲: ۳۲۹).

به علاوه در صورتی که زوجه معذور باشد، می‌تواند تمکین ننماید. مانع مشروع به آن قبیل عذرهای شرعی اطلاق می‌شود که زن با وجود آن‌ها از انجام وظایف شرعاً معذور است (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۲۹۷). مواردی چون نامناسب بودن محل سکونت زن، بیماری زن، عادت ماهیانه، نفاس، درمان در خارج از کشور به تجویز پزشک، بیماری واگیردار زوج، خوف از ضرر جسمی، شرافتی، جانی و مالی می‌تواند مصادیقی از موانع مشروع باشد (خزائی، ۱۳۹۵: ۴۶؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۲۰۲/۲؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۹۴/۱).

محرومیت زن ناشزه از دریافت نفقه، این سؤال را مطرح می‌کند که مبنای تحقق نفقه، عقد نکاح است و نشوز صرفاً مانع آن، یا اینکه عقد و تمکین به همراه یکدیگر موجب نفقه هستند؟ بدیهی است در اینکه نفقه با وقوع عقد محقق می‌شود و به واقع نفقه فرع بر صحت عقد است (برای ملاحظه رأی در این باره ر.ک: بازگیر، ۱۳۸۲: ۳۵)، اختلافی نیست؛ بحث بر سر این است که عقد به تنهایی موجب اثر است یا به همراه تمکین؟ تعیین سبب نفقه از چند جهت مهم است: تعیین سبب در تشخیص مدعی مؤثر

است. اگر نکاح منشأ استحقاق زوجه نسبت به نفقه تلقی شود و نشوز مانع آن، در این صورت، نفقه به محض نکاح بر عهده زوج مستقر می‌شود و به تبع، زوج مکلف به پرداخت آن است؛ مگر آنکه وی مانع یعنی نشوز را اثبات نماید. در تأیید این رویکرد می‌توان گفت ادله بر وجوب نفقه برای زوجه بدون تقیید دلالت می‌کند و نهایت اینکه نشوز مانع وجوب نفقه است و تا زمانی که وجود مانع اثبات نشده است، وجوب نفقه که معلق به زوجیت است، استمرار پیدا می‌کند. پس عقد مثبت نفقه، و نشوز مسقط آن است و کسی که ادعای سقوط آن را می‌کند، باید دلیل بیاورد. به علاوه، اصل بر عدم نشوز است و کسی که خلاف آن اظهار کند مدعی بوده و باید از عهده اثبات آن برآید. در مقابل، اگر وجوب نفقه منوط به تمکین باشد، بدین معنا که نفقه واجب نمی‌شود مگر با تمکین، در این صورت زوجه است که باید رکن تحقق نفقه یعنی تمکین را اثبات کند؛ خصوصاً که اصل بر عدم است و اثبات آن محتاج دلیل است.

تعیین سبب در بحث ضمانت از نفقه نیز حائز اهمیت است. همچنان که می‌دانیم ضمانت عقد تبعی بوده و تحقق آن مستلزم وجود دین است بنابراین مطابق ماده ۶۹۱ قانون مدنی، ضمانت از دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است. بنابراین اگر قائل به این باشیم که نفقه به نفس وجود عقد واجب می‌شود، در آن صورت ضمانت از نفقه آینده صحیح است؛ ولی اگر اظهار شود که نفقه با تمکین عملی واجب می‌شود، نفقه آینده قابل ضمانت نخواهد بود (طبرسی، ۱۴۱۰: ۵۸۵/۱؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۴۸/۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۳۱۳). در همین راستا بیان شده است: ضمانت از نفقه گذشته و حال زوجه ممکن است، ولی ضمانت از نفقه آینده ممکن نیست؛ چرا که شرط ثبوت نفقه، تمکین است و نفقه، عوض تمکین است؛ بنابراین امکان ضمانت از نفقه آینده نیست (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۹۴/۴؛ آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۸/۲۱؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۳۲۰/۵).

نظر مشهور فقهی بر نقش عقد و تمکین در وجوب نفقه است (ترجینی عاملی، ۱۴۲۷: ۶۱۶/۶). محقق حلی می‌فرماید:

«در واجب شدن نفقه به عقد یا تمکین، تردید است. اظهر میان اصحاب، موقوف بودن وجوب است بر تمکین» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۹۱/۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۵/۲).

به بیان دیگر، سبب وجوب نفقه عقد دائم به شرط تمکین تام است (عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰۸/۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۲۵/۴؛ همو، ۱۴۱۰: ۳۶/۲؛ سبحانی تبریزی، بی تا: ۳۴۲/۲؛ ابن طمی فقحانی، ۱۴۱۸: ۲۰۴). در تأیید این رویکرد چنین استدلال می شود که چون اصل، برائت ذمه از نفقه است، ولی اجماع قائم شده بر اینکه در صورت تمکین زوجه، این اصل تخصیص خورده و نفقه واجب می شود، از این رو مجرد عقد، تحت عموم اصل برائت ذمه است و مجرد عقد نمی تواند سبب وجوب نفقه باشد (تجلیل تبریزی، ۱۴۱۲: ۶۶۲؛ عاملی، ۱۴۱۴: ۲۰۹/۳؛ زهدری حلی، ۱۴۲۸: ۲۷/۲).

در توجیه این رویکرد، به سیره متشرعه و روایات نیز استناد می شود که قبل از زفاف، نفقه ای به زوجه تعلق نمی گیرد. در خصوص زنی که ازدواج کرده و دو سال با وی دخول انجام نشده است، پیامبر صلی الله علیه و آله فرموده اند نفقه تعلق نمی گیرد مگر بعد از دخول (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۶/۶۱۷). این رویکرد در آراء قضایی نیز تبلور یافته است. برای نمونه در رأی شماره ۱۰۸ مورخ ۷۵/۵/۳۱ شعبه دوم دادگاه عمومی شهر خمین، نفقه گذشته به شرط اثبات تمکین قابل مطالبه دانسته شده است:

«... حسب مواد ۱۱۰۸ و ۱۱۱۴ قانون مدنی، شرط استحقاق زوجه به دریافت نفقه، انجام وظایف زناشویی و سکونت در منزلی است که زوج انتخاب می کند و نفقه مورد مطالبه، نفقه معوقه و مربوط به گذشته است (ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی) که در صورت اثبات تمکین زوجه قابل مطالبه است...» (بازگیر، ۱۳۸۲: ۳۲۷).

اثر پذیرش نقش شرطی تمکین در وجوب نفقه این است که رویکرد غالب فقها بر تلقی معاوضی از رابطه نفقه و تمکین مستقر شده است. شهید ثانی می فرماید: «واجب است بر مرد پرداخت نفقه زوجه؛ چرا که نفقه حق مالی است که در مقابل استمتاع به او داده می شود؛ بنابراین مانند عوض و معوض در عقود معاوضه ای است» (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۲۱۴/۴؛ همو، ۱۴۱۰: ۴۷۶/۵؛ تجلیل تبریزی، ۱۴۱۲: ۶۶۰-۶۶۲).

این رویکرد در مواضع مختلف مورد توجه قرار گرفته است. یکی از این مواضع بحث تقدم نفقه زوجه بر نفقه اقارب می باشد. همچنان که می دانیم در صورتی که شخص قادر به پرداخت همزمان نفقه زوجه و اقارب نباشد، به حکم شرع و قانون، نفقه زوجه بر نفقه اقارب مقدم است. برخی از فقها علت تقدم نفقه زوجه بر نفقه اقارب را

معاوضی بودن آن دانسته‌اند؛ به نحوی که لزوم پرداخت آن وابسته به گشایش زوج نیست (کیدری، ۱۴۱۶: ۴۴۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲/۲۹۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۴/۵۹؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵: ۱/۵۹۰؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷: ۶/۶۳۳؛ حسینی روحانی قمی، ۱۴۱۲: ۲۲/۳۴۲؛ موسوی عاملی، ۱۴۱۱: ۱/۴۸۳) و بر همین اساس نیز نفقه از نیاز زوجه تبعیت نمی‌کند و موسر و معسر نسبت به نفقه در وضعیت برابر قرار دارند؛ همچون ثمن بیع و مهر (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹: ۱/۴۰۸). این رویکرد در مباحث مربوط به مجامعت صغیر/ صغیره نیز مورد عنایت قرار گرفته است. گفته شده است: امکان مجامعت شرط نفقه است، بنابراین اگر زوج کبیر باشد و زوجه صغیری که با مثل وی مجامعت نمی‌شود، نفقه به وی تعلق نمی‌گیرد. شیخ طوسی معتقد است دلیل ما عبارت است از: اصل برائت ذمه. همچنین است اگر زوجه کبیر باشد و زوج صغیر؛ نفقه برای زوجه نیست حتی اگر تمکین کند. در شافعی دو قول است که اصح آن این است که نفقه برای وی هست و آن قول ابوحنیفه نیز هست. در فقه امامیه برای وی نفقه نیست؛ به علت اصل برائت ذمه و اینکه اشتغال ذمه، محتاج دلیل است (طوسی، ۱۴۰۷: ۵/۱۱۲).

برخی نیز بر تقابل نفقه با اوقات تمکین اظهار نظر کرده‌اند. مطابق این قول اگر زن قسمتی از روز را نشوز کرد، نفقه همان قسمت ساقط می‌شود و نه جمیع آن روز (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۸/۴۶۲). همچنین گفته شده است نفقه زوجه، حقی است که در طول زمان توزیع می‌شود و مبتنی بر عدم نشوز است؛ لذا اسقاط آن، اسقاط ما لم یجب است. از نظر کیدری، وقت وجوب نفقه حالت تمکین زوجه و استمتاع از اوست و نه صرف عقد و اگر در تمکین تعلل ورزد، وجوب نفقه ساقط می‌شود. نفقه با وجود تمکین واجب می‌شود و نه به صرف امکان آن (کیدری، ۱۴۱۶: ۴۴۶؛ طبرسی، ۱۴۱۰: ۱/۳۰۲). برخی نیز در بیان دیگری اظهار می‌دارند نفقه همچون مهر با عقد واجب می‌شود، ولی تسلیم آن روزه‌روز در مقابل تمکین ممکن می‌شود (طوسی، ۱۴۰۷: ۵/۱۴۰). برخی مذاهب اهل سنت نیز بر این نظرند که نفقه واجب نیست، مگر در موارد استمتاع؛ بنابراین زوجه مریض از آنجایی که صلاحیت استمتاع ندارد، لذا نفقه نیز به نفع او واجب نمی‌شود. ولی در این زمینه، حنفیه بر این نظر است که نفقه در نظیر حبس زوجه در منزل شوهرش واجب می‌شود، ولو آنکه صلاحیت استمتاع را نداشته باشد

(جزیری، ۱۴۱۹: ۶۶۲/۴). از دید برخی فقها، نتیجه تلقی رابطه معاوضی بین تمکین و نفقه این است که اگر زوج قبل از دخول معسر شود، وی می‌تواند عقد را فسخ کند؛ چرا که اعسار عیب است (قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۵۱۳).

در مقابل، اقلیت بر این نظرند که صرف وقوع عقد برای ثبوت نفقه کفایت می‌کند. مبنای استدلال این طیف آن است که عقد نکاح، مقتضای وجوب نفقه را فراهم می‌آورد و به صرف آن، این مقتضی ایجاد شده و زوجه مستحق نفقه می‌شود؛ ولی نشوز از تأثیرگذاری چنین مقتضایی ممانعت می‌کند. بر این اساس، تمکین و اطاعت از شوهر شرط وجوب نفقه تلقی نمی‌شود؛ چرا که اصل بر عدم وجود شرط اضافی در تحقق حق نفقه است و در صورت شک در خصوص اینکه امری در تحقق نفقه شرط است یا خیر، به مقتضای اصل، حکم به عدم آن داده می‌شود. صاحب‌جوهر می‌فرماید:

«در ادله‌ای که بر تمکین ذکر شده، چیزی که تمکین را به عنوان شرط معتبر بدانند، موجود نیست. بنابراین هیچ آیه و روایتی که دلالت بر این شرط داشته باشد، وجود ندارد» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۷/۳۱).

این موضع در رأی شماره ۲۶۱۴ مورخ ۱۳۱۶/۱۱/۲۸ شعبه ۴ دیوان عالی کشور نیز مورد تأیید قرار گرفته است:

«چون برحسب مواد ۱۱۰۶ و ۱۲۰۶ قانون مدنی در عقد دائم، نفقه زن به عهده شوهر است و زن می‌تواند نفقه گذشته خود را مطالبه کند و مطابق مواد مزبور اثبات زوجیت برای اثبات استحقاق نفقه گذشته کافی است، مگر اینکه مورد با ماده ۱۱۰۸ قانون مزبور منطبق بوده و یا جهات دیگری موجب عدم استحقاق زوجه باشد، بنابراین استدلال دادگاه استان به اینکه قبالة نکاحیه دلیل اشتغال شوهر نمی‌باشد، صحیح نیست» (نیک‌فر، ۱۳۷۴: ۲۲۵).

همچنین در رأی شماره ۱۹۵-۱۵/۲/۷۰ شعبه ۲۰ دیوان عالی کشور بیان شده است:

«زوجه به مجرد عقد مستحق نفقه است، مطلق عدم تمکین مانع مطالبه نفقه نیست» (حسینی، ۱۳۸۳: ۲۸۵).

نظریه شماره ۹۲۰۸-۷/۱۱/۸۱ اداره حقوقی نیز می‌گوید:

«در دعوی مطالبه نفقه، اصل بر عدم پرداخت نفقه از ناحیه زوج است و لذا زوج باید

دلایل پرداخت نفقه به زوجه را ارائه نماید و رسیدگی به این موضوع نیازی به تحلیف ندارد و در صورتی که زوج نتواند پرداخت نفقه را ثابت کند، دادگاه باید به نفع زوجه حکم صادر نماید» (ایرانی ارباطی، ۱۳۹۰: ۳۰/۱).

۳. ارزیابی نظریه مشهور

همچنان که ملاحظه شد، نظر مشهور بر وجود رابطه عوضی بین تمکین و نفقه است. در این قسمت، میزان انطباق نظریه مشهور با احکام ناظر بر نفقه مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۳-۱. عدم امکان فسخ نکاح در صورت اعسار زوج

مطابق قاعده، متعهد (زوج) باید به تعهد خود عمل کند و در صورتی که از عمل به تعهد (پرداخت نفقه) خودداری ورزد، ضمانت اجرای اولیه، الزام به اجرای اصل تعهد خواهد بود. لیکن ممکن است زوج به علت اعسار از پرداخت نفقه ناتوان گردد. در این صورت آیا زوجه می‌تواند نکاح را به دلیل اعسار زوج فسخ کند؟ اهمیت پاسخ به این سؤال در این است که اگر نفقه نقش عوض را داشته باشد، به تبعیت از احکام عقود معاوضی در صورتی که شوهر از پرداخت نفقه معسر می‌گردد، زوجه می‌بایست بتواند بر مبنای عدم توانایی شوهر بر دادن عوض مورد قرارداد، نکاح را فسخ نماید. با نگاهی به منابع فقهی ملاحظه می‌گردد که در خصوص سؤال، سه رویکرد ارائه شده است:

الف) زوجه نمی‌تواند بر مبنای ناتوانی زوج در پرداخت نفقه درخواست جدایی کند و لازم است بر وضعیت موجود صبر نماید (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۱۷/۳). در تأیید این قول می‌توان به روایت و حتی آیاتی از قرآن کریم استناد کرد. در حدیثی منتسب به حضرت علی علیه السلام و در پاسخ به شکایت زن از ناتوانی شوهر بیان شده است:

«به راستی همراه مشکلات، آسانی است؛ از این روی اجازه جدایی ندارد»^۱ (قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۵۱۳؛ حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۵۴۴/۲).

در همین راستا، قرآن کریم می‌فرماید: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْطِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ» (نور/۳۲)؛ مردان و زنان بی همسر

۱. «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا». همچنین است آیه «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ».

خود را همسر دهید، همچنین غلامان و کنیزان صالح و درستکاران را. اگر فقیر و تنگدست باشند، خداوند از فضل خود آنان را بی‌نیاز می‌سازد.

همچنان که ملاحظه می‌گردد، قرآن کریم تفصیلی مابین فقر و ثروت در بحث استحباب ازدواج قائل نشده است. بنابراین در صورتی که فقر، مبنایی برای تملک حق فسخ نکاح از طرف زوجه باشد، حکم با روح حاکم بر آیه ۳۲ سوره نور که تشویق به ازدواج فقرا هم فرموده، در تضاد خواهد بود. همچنین می‌توان گفت که نکاح، عقد لازم است و در موارد شک، وجود آن استصحاب می‌شود. این قول، قول مشهور است و حتی بر آن ادعای اجماع شده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۵۸۸/۷).

ب) زوجه از حق فسخ برخوردار است و می‌تواند به حاکم مراجعه کند تا حاکم نکاح آنان را فسخ کند و در صورتی که حاکم وجود نداشته باشد، خود نکاح را فسخ کند؛ چرا که اعسار عیب در ذمه است (طوسی، ۱۴۰۷: ۱۱۸/۵). این دسته در توجیه این راه‌حل به آیه «زنان را یا به نیکی نگهداری کنید و یا آنان را به احسان رها کنید» (بقره/ ۲۲۹) استناد می‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۳۶۷). همچنین به دلیل شمول ضرر بر چنین وضعیتی و اینکه در این وضعیت انفاق به دلیل عسر ممکن نیست و اگر قائل به خیار نشویم مستلزم حرج بر زوجه است که اجماعاً نفی شده است (اسکافی، ۱۴۱۶: ۲۶۵). ابن جنید از جمله فقهای است که قائل به حق فسخ برای زوجه است و برای تأیید قول خویش به روایتی منتسب به امام صادق علیه السلام استناد می‌کند، ولی روایت را ذکر نکرده است (حسینی عمیدی، ۱۴۱۶: ۵۴۵/۲). همچنین برخی خیار زوجه را در صورت اعسار زوج از پرداخت نفقه، داخل در دسته‌های ترقی کرده‌اند که فوریت در اعمال آن شرط نیست (عاملی، بی‌تا: ۲۴۹/۲؛ سیوری حلی، ۱۴۰۳: ۳۶۶). برخی نیز با توجه به مرحله تحقق اعسار اظهار نظر می‌کنند. ابن ادریس بر این نظر است که زوجه از حق فسخ برخوردار است، اگر اعسار قبل از وقوع عقد باشد و زوجه نسبت به آن آگاهی نداشته باشد (مجلسی، ۱۴۰۴: ۳۲۷/۲۰).

ج) زوجه بدون اینکه حق فسخ داشته باشد، می‌تواند به حاکم جهت الزام وی به طلاق مراجعه کند و در صورتی که زوج از عمل به دستور دادگاه امتناع ورزد، دادگاه بر اساس قاعده فقهی «الحاکم ولی الممتنع»، خود اقدام به طلاق خواهد نمود (صدر، ۱۴۲۰: ۳۰۳).

از بین سه نظر مذکور، حقوق ایران به نظریه سوم پیوسته است. ماده ۱۱۱۱ قانون مدنی در این خصوص می‌گوید:

«زن می‌تواند در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه، به محکمه رجوع کند. در این صورت محکمه میزان نفقه را معین و شوهر را به دادن آن محکوم خواهد کرد».

و اگر اجرای حکم مذکور ممکن نشد، مطابق ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی رفتار خواهد شد که اشعار می‌دارد:

«در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و شوهر را اجبار به طلاق نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

در تأیید این نظر می‌توان گفت با لحاظ اینکه نکاح عقد لازم محسوب می‌شود و فسخ آن محصور به مواردی می‌شود که به طور مشخص در قانون پیش‌بینی شده است و با در نظر گرفتن اینکه اعسار شوهر در پرداخت نفقه به عنوان مبنای حق فسخ پیش‌بینی نشده است، خصوصاً که در حالت عادی پیش‌بینی حق فسخ برای زوجه در صورت اعسار شوهر در تضاد با روح معاضدت و همکاری مورد انتظار از زوجین در حیات مشترک است، لذا عدم حق فسخ برای زوجه مورد تأیید است؛ مگر اینکه اعسار زوجه چنان تداوم پیدا کند که ادامه زندگی زناشویی را برای زنانی در موقعیت زن مورد نظر با عسر و حرج مواجه سازد که در این صورت زوجه می‌تواند بر مبنای عسر و حرج موضوع ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی درخواست طلاق نماید.

۲-۳. نبود حق حبس از باب نفقه

یکی از حقوق طرفین رابطه معاوضی، حق حبس است که به موجب آن هر یک از طرفین می‌تواند تا اجرای تعهد توسط طرف دیگر، از اجرای تعهدات خود امتناع نماید (ماده ۳۷۷ ق.م.ا). در نکاح حق حبس صرفاً برای زوجه و آن هم نسبت به مهریه (ماده ۱۰۸۵ ق.م.ا) پیش‌بینی شده است و حتی بسیاری آن را از مستندات معاوضی یا شبه معاوضی بودن نکاح دانسته‌اند (حاجی‌پور، ۱۳۹۴: ۱۹۷-۱۶۹). در حالی که در شرع و قانون حق حبس زوجه جهت دسترسی به نفقه و برعکس حق حبس زوج پیش‌بینی نشده است و

این امر می‌تواند خود مؤید عوض نبودن نفقه باشد. درست است که به نظر برخی محرمیت و مشروعیت رابطه زناشویی مقتضای ذات عقد نکاح است و یا حداقل جزء آثار مرتبط با ماهیت اصلی نکاح یعنی تحقق رابطه زوجیت می‌باشد، به نحوی که شرط خلاف آن باطل و حتی مبطل عقد است (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۱۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۸۴/۳)،^۱ ولی بین تمکین و نفقه، رابطه تقابل در شکل عوضی وجود ندارد تا بر آن اساس، هریک از طرفین از حق حبس برخوردار شوند. در واقع، با اینکه تمکین در نفقه دارای نقش است، ولی به لحاظ حقوقی تکلیف زوج بر پرداخت نفقه و تکلیف زوجه بر تمکین، مستقل از هم هستند؛ به این معنا که اگر زوج به تعهد خود عمل ننماید، زوجه می‌تواند از طرق جبرانی^۲ حقوقی و کیفری استفاده نماید، لیکن استنکاف شوهر از پرداخت نفقه، مبنایی بر عدم تمکین نیست (علامه حلی، بی‌تا: ۴۹/۲). در چنین فرضی، زوجه ملزم به تمکین است؛ ولی به اعتبار استنکاف شوهر از پرداخت نفقه می‌تواند سایر حقوق خود یعنی الزام به پرداخت، درخواست طلاق، مسئولیت کیفری و... را از مرجع صالح مطالبه نماید. در مقابل، اگر زوجه از تمکین امتناع ورزد، زوج از تکلیف نفقه آزاد می‌شود. نظریه شماره ۸۳/۵/۲۶-۷/۴۰۷۰ اداره حقوقی می‌گوید:

«هرچند تشخیص تناسب اثاث‌البیت متعارف با وضعیت زن به عهده دادگاه است، ولی اصولاً عدم پرداخت نفقه اعم از اثاث‌البیت و مسکن و البسه و غیره از ناحیه زوج، بهانه عدم تمکین برای زن نیست و زوجه می‌تواند در صورت عدم پرداخت نفقه از ناحیه زوج مطابق مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۲۹ قانون مدنی عمل نماید. بنابراین به بهانه عدم پرداخت نفقه نمی‌توان دعوی تمکین را رد کرد» (ایرانی ارباطی، ۱۳۹۰: ۴۷/۱).

همچنین است نظریه^۳ ۱۳۸۲/۷/۷-۷/۵۲۷۳ که مطابق آن، عدم پرداخت نفقه اعم از اثاث‌البیت، مسکن، البسه و... از ناحیه زوج، بهانه عدم تمکین نیست و زوجه می‌تواند در صورت عدم پرداخت نفقه از ناحیه زوج، مطابق مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۲۹ قانون مدنی عمل نماید. بنابراین به بهانه عدم پرداخت نفقه نمی‌توان دعوی تمکین را رد کرد (رحیمی)

۱. لازم به ذکر است برخی چنین شرطی را از اقسام تحریم حلال و برخی دیگر به طور کلی چنین شرطی را صحیح می‌دانند (شهیدی، ۱۳۸۷: ۱۱۶).

2. Remedy.

اصفهانی، ۱۳۸۴: ۴۱۶). بدیهی است وقتی در حالت امتناع زوج از پرداخت نفقه، زوجه نمی‌تواند از تمکین امتناع ورزد، به طریق اولی وقتی زوج به دلیل اعسار قادر به تأمین نفقه نیست، زوجه مجاز به امتناع از تمکین به عنوان یک تکلیف مستقل از نفقه نیست.

۳-۳. استقلال نفقه و میزان آن از اراده زوجین

در صورتی که نفقه به مثابه عوض در نکاح باشد، لازم می‌شود که تعیین نفقه و میزان آن بر عهده طرفین باشد، در حالی که طرفین در تعیین یا عدم تعیین نفقه نقشی ندارند. تکلیف نفقه، تکلیفی قانونی است که به موجب آن شوهر ملزم به تأمین آن است که میزان آن را قانون و عرف مشخص می‌کند به نحوی که به نظر برخی الزام ناشی از حکم نفقه امری بوده و توافق طرفین بر عدم تکلیف نفقه زوج فاقد اثر می‌باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۳۱/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۶۷۲؛ روشن، ۱۳۹۳: ۹۳).^۱ به بیان دیگر، نکاح یک سازمان حقوقی است که احکام آن از طرف شرع و قانون مقرر شده است. بنابراین طرفین نکاح در چارچوب مقررات ناظر به نکاح می‌توانند ازدواج نمایند. یکی از احکام مهم این سازمان، نفقه است که با شرایطی بر عهده زوج مستقر می‌شود و فی‌نفسه ارتباطی به اراده‌های طرفین ندارد. به علاوه، در عقود معاوضی لازم است مورد عوض به هنگام قرارداد، معلوم و معین باشد و در صورتی که به هر دلیلی تردیدی در مورد عوض باشد و یا عوض، مجهول باشد، قرارداد به اعتبار قاعده فقهی غرر باطل محسوب می‌شود؛ در حالی که در نکاح نه تنها اراده طرفین به هنگام نکاح به نفقه تعلق نگرفته است، بلکه میزان آن در نظر طرفین مجهول است.

۳-۴. بی‌تأثیری حکم نفقه در اهلیت سفیه

اگر نفقه عوض تمکین تلقی شود، لازم می‌شود که زوجین اهلیت تصرف در امور مالی را داشته باشند. این موضوع به خصوص در خصوص سفیه مطرح می‌شود که حجر وی محدود به امور مالی است. در خصوص اینکه وجود نفقه چه تأثیری در

۱. لازم به ذکر است که به نظر اقلیت، نفقه حق بوده، لذا با شرط قابل اسقاط است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳۰/۱). همچنین برخی هم معتقدند که نفقه آیه قابل اسقاط نیست، ولی نفقه هر روز قابل اسقاط است (حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۵۳۹/۲).

ماهیت مالی یا غیر مالی نکاح می‌گذارد، اختلاف نظر وجود دارد (صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۲۷۱). ولی نظری که با ماهیت نفقه و نکاح انطباق دارد، اهلیت سفیه در انعقاد نکاح و بی‌تأثیری حکم نفقه در این اهلیت است. در واقع، سفیه می‌تواند علی‌رغم اینکه نفقه جنبه مالی دارد، به انعقاد قرارداد مبادرت ورزد؛ چرا که نکاح اصالتاً غیر مالی است و نفقه رکنی از ارکان آن نیست؛ حکمی از احکام قانونی است که به طرفین نکاح تحمیل می‌شود؛ طرفین آزادند که وارد این رابطه نشوند، ولی اگر شخص بخواهد وارد این حوزه قراردادی شود، می‌بایست در چارچوب قواعد این حوزه ایفای نقش کند و قدرت مانور بیشتری فراتر از چهارچوب قانونی نخواهد داشت. نفقه هم یکی از این محدودیت‌هاست که به طرفین تحمیل می‌شود؛ یعنی هر شخص که طرف عقد نکاح دائم باشد، در معرض این حکم خواهد بود. با اینکه زوج سفیه نیز می‌بایست نفقه همسر خود را بپردازد، ولی هر کس مکلف به پرداخت نفقه است و از این جهت فرقی بین رشید و غیر رشید نیست (باریکلو، ۱۳۸۸: ۱۶۵). بنابراین سفیه اهلیت انعقاد نکاح را دارد؛ خصوصاً که میزان نفقه تابع نظر شخص نیست تا به اعتبار اینکه سفیه ممکن است در تعیین مصادیق دچار اشتباه شده و مورد سوءاستفاده قرار گیرد، وی را از انعقاد قرارداد منع کنیم. میزان نفقه تابع معیارهای عرفی است که در قانون نیز مورد توجه قرار گرفته است.

۳-۵. حکم به وجوب انفاق علی‌رغم عدم تمکین زوجه

پذیرش رابطه عوضی بین نفقه و تمکین مستلزم این است که در نبود یکی از عوضین، مبنایی بر بقای عوض مقابل باقی نمی‌ماند؛ در حالی که در نکاح مواضعی وجود دارد که با اینکه امکان تمکین زوجه وجود ندارد، ولی باز تعهد زوج بر پرداخت نفقه برقرار است. در همین راستا بیان شده است 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، به دلیل عمومیت ادله انفاق، نفقه‌اش واجب است (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۱/۳۱۲). از اینجا معلوم می‌شود که تمکین شرط نیست، بلکه وجوب نفقه با عقد محقق می‌گردد و تنها مسقط آن، نشوز است (ایزدی‌فرد و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۴). در همین راستا نظریه ۷۱/۱۰/۲۳-۷/۱۰۱۷۶ بیان می‌دارد:

«زندانی شدن زوجه، فورس ماژور محسوب و مانع تمکین است، اما موجب عدم استحقاق نفقه نیست».

عدم تأثیر حبس زوجه بر استحقاق وی بر نفقه، دلالت ضمنی بر غیر معاوضی بودن نفقه دارد (رحیمی اصفهانی، ۱۳۸۴: ۴۱۵). اگر قائل به شرطیت تمکین در تحقق نفقه باشیم، می‌بایست در فاصله بین عقد نکاح و زفاف، قائل به عدم وجوب نفقه بود؛ لیکن در این مورد، برخی از فقها حکم به وجوب نفقه داده (حسینی سیستانی، ۱۴۱۶: ۱۲۳/۳) و برخی دیگر، دلیل عدم وجوب نفقه را ارتکاز عرفی اعلام کرده‌اند (موسوی خویی، ۱۴۱۰: ۲۷۸/۲؛ طباطبایی قمی، ۱۳۶۸: ۱۰، ۹۷/۲؛ حسینی روحانی قمی، بی‌تا: ۵۳۵/۲). نه عدم تمکین زوجه در این مدت.

علاوه بر موارد مذکور در تأیید عوض نبودن نفقه می‌توان گفت اگر قائل به پذیرش رویکرد فقها بر نقش عوضی مهریه در قبال تمکین باشیم،^۱ در آن صورت لازم می‌شود که تنها یک عوض در عقد موجود باشد و تصور عوض دیگر با عنوان نفقه ممکن نیست؛ همچنان که در نکاح منقطع وضعیت چنین است؛ در نکاح موقت با توجه به اینکه مهریه عوض تمکین است و عدم آن منتهی به بطلان نکاح می‌شود، تکلیف نفقه بر عهده شوهر نیست، مگر اینکه طرفین بر پرداخت نفقه توافق نمایند.

نکته آخر اینکه همچنان که اشاره شد، به استناد آیه ۳۴ سوره شریفه نساء، مردان قیم در معنای اقدام‌کننده به حفاظت از زنان هستند و بر همین اساس هم مردان متکفل امور زنان هستند. نتیجه قوامیت مرد در خانواده این است که ریاست خانواده با شوهر است. از سقوط نفقه با نشوز زوجه می‌توان تلازم بین نفقه و قوامیت را استنباط کرد؛ چرا که زوجه ناشزه با عدم اطاعت از زوج خویش، ریاست او را نادیده می‌انگارد و به جهت زوال سبب انفاق، مستحق نفقه نمی‌گردد. صاحب جامع المدارک می‌نویسد:

«تحقق نشوز و سقوط نفقه به واسطه اخلال زوجه در حقوق واجبه زوج، فاقد اشکال است» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴/۴۷۸).

۱. رویکرد غالب فقها این است که مهریه در نکاح دائم رکن نبوده و عوض محسوب نمی‌شود. ولی برخی فقها قائل به عوض بودن مهریه هستند و معمولاً حق حبس زوجه موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی نیز به عنوان مؤید حقوقی این طیف ارائه می‌شود (ر.ک: حاجی‌پور، ۱۳۹۴: ۱۷۰-۱۹۲).

نتیجه‌گیری

در تفسیر موضوعات حقوقی، اتکای صرف به ظاهر احکام ممکن است نتیجه‌ای به بار آورد که در تضاد با ماهیت رابطه شود. نکاح با اینکه احکام مالی چون نفقه دارد، ولی به لحاظ ماهیت، یک رابطه غیر مالی است که بین دو انسان برقرار می‌شود و تأمین نیازهای مختلفی چون تولید نسل، آرامش، نیازهای مشروع جنسی، تربیت و... را در پی دارد. اهمیت نکاح در حقوق اسلامی تا جایی است که از آن حتی در قالب عبادات و به مثابه حفظ نیمی از ایمان یاد شده است. یکی از حقوق منبث از نکاح، حق زوجه بر دریافت نفقه است که با وقوع نکاح بر عهده زوج مستقر می‌شود. استحقاق زوجه بر نفقه تا جایی است که به تکالیف خود در برابر شوهر عمل می‌کند. بنابراین در صورت نقض تکالیف، جریان نفقه متوقف می‌شود تا مانع برطرف شود. با اینکه در فقه، نظریه مشهور بر سیطره رویکرد معاوضی بر رابطه نفقه و تمکین است، ولی با لحاظ اهمیت خاص نکاح در حقوق اسلامی، ابتدای نفقه بر عقد نکاح و استقلال آن از تمکین، عدم ضرورت معلومیت نفقه در حین عقد، مبتنی نبودن نفقه بر اراده طرفین، نبود حق حبس برای زوجه از بابت نفقه، عدم امکان فسخ نکاح در صورت اعسار زوج و... روشن می‌شود که تلقی رابطه معاوضی بین نکاح و تمکین، از مبنای تحلیلی قوی برخوردار نیست. سقوط نفقه ناشزه از جمله با این دلیل توجیه می‌شود که نکاح به عنوان یک سازمان متشکل از حقوق و تعهدات متقابل است. با لحاظ همبستگی بین حقوق و تعهدات زوجین است که با امتناع زوجه از تمکین، مبنایی برای بقای تعهد زوج به پرداخت نفقه باقی نمی‌ماند. لیکن این وحدت و همبستگی تا حدی نیست که بتوان نفقه را همچون ثمن و مثنی، عوض تمکین تلقی کرد. در واقع، حق زوج بر تمکین زوجه که از آثار ریاست شوهر بر خانواده است، با الزام زوجه ناشزه به تمکین و محرومیت وی از دریافت نفقه تضمین شده است. به بیان دیگر، تمکین زوجه که لازمه رعایت قوامیت زوج است، در صورت نشوز زوجه، موجب سقوط نفقه خواهد شد.

کتاب‌شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۲. ابن بزّاج، قاضی عبدالعزیز، *المهذب*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۶ ق.
۳. ابن طّیّ فقحانی، زین‌الدین علی بن علی بن محمد، *الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات والایقاعات و العقود*، قم، مکتبه امام العصر علیه السلام العلمیه، ۱۴۱۸ ق.
۴. اسکافی، محمد بن احمد بن جنید کاتب بغدادی، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۵. امامی، حسن، *حقوق مدنی*، چاپ چهاردهم، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۶. انصاری شیرازی، قدرت‌الله، *موسوعة احکام الاطفال وادلتها*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹ ق.
۷. ایرانی ارباطی، بابک، *مجموعه نظرهای مشورتی حقوقی*، چاپ چهارم، تهران، مجلد، ۱۳۹۰ ش.
۸. ایزدی فرد، اکبر، محمد محسنی دهکلانی و رزاق ادبی فیروزجایی، «وضعیت حقوقی شرط عدم نفقه در نکاح دائم»، *آموزه‌های فقه مدنی*، شماره ۸، ۱۳۹۲ ش.
۹. باریکلو، علیرضا، *اشخاص و حمایت‌های حقوقی آنان*، چاپ پنجم، تهران، مجلد، ۱۳۸۸ ش.
۱۰. بازگیر، یدالله، *علل نقض آرای محاکم در موضوعات احوال شخصیه و مدنی در دیوان عالی کشور*، چاپ دوم، تهران، دانش‌نگار، ۱۳۷۹ ش.
۱۱. همو، *منتخب آراء حقوقی محاکم در سه دهه ۵۰، ۶۰، ۷۰*، تهران، بازگیر، ۱۳۸۲ ش.
۱۲. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، چاپ چهارم، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ ق.
۱۳. بهره‌مند، مهدی و محبوبه عسکری بدویی، «نفقه از دیدگاه قرآن و روایات»، *فصلنامه مطالعات قرآنی*، سال ششم، شماره ۲۳، ۱۳۹۴ ش.
۱۴. تجلیل تبریزی، ابوطالب، *التعلیقة الاستدلالية علی تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۱۵. ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین، *الزبدة الفقهیة فی شرح الروضة البهیة*، چاپ چهارم، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ ق.
۱۶. جابری عربلو، محسن، *فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی*، تهران، سپهر، ۱۳۶۲ ش.
۱۷. جزیری، عبدالرحمن، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت، دار الثقلین، ۱۴۱۹ ق.
۱۸. جمعی از پژوهشگران، *معجم فقه الجواهر*، زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، بیروت، الغدیر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. حاجی‌پور، مرتضی، «نقش فرعی مهریه در ماهیت نکاح»، *مطالعات راهبردی زنان*، سال هیجدهم، شماره ۷۰، ۱۳۹۴ ش.
۲۰. حائری شاهیباغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۲۱. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *هدایة الامة الی احکام الائمة - منتخب المسائل*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۲۲. حسینی، سیدمحمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، چاپ سوم، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجلد، ۱۳۸۳ ش.
۲۳. حسینی روحانی قمی، سیدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دار الکتب (مدرسه امام صادق علیه السلام)، ۱۴۱۲ ق.

۲۴. همو، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۵. حسینی سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتب آیه الله العظمی سیستانی، ۱۴۱۶ ق.
۲۶. حسینی شیرازی، سیدصادق، *التعلیقات علی شرائع الاسلام*، چاپ ششم، قم، استقلال، ۱۴۲۵ ق.
۲۷. حسینی عمیدی، سیدعمیدالدین بن محمداعرج، *کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۲۸. خزائی، احمدرضا، «بررسی فقهی حقوقی نفقه با نشوز زوجه»، *پژوهش های فقه و حقوق اسلامی*، سال دوازدهم، شماره ۴۵، ۱۳۹۵ ش.
۲۹. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۳۰. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ قرآن*، لبنان، دار العلم - الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.
۳۱. رحیمی اصفهانی، عباسعلی، *مجموعه قانون مدنی*، تهران، معاونت پژوهش تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۴ ش.
۳۲. روشن، محمد، *حقوق خانواده*، تهران، جنگل (جاودانه)، ۱۳۹۳ ش.
۳۳. زهدری حلی، نجم الدین جعفر بن الزهدری، *ایضاح ترددات الشرائع*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۲۸ ق.
۳۴. سبحانی تبریزی، جعفر، *نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة الفراء*، قم، بی نا، بی تا.
۳۵. سیاح، احمد، *فرهنگ بزرگ جامع نوین*، چاپ شانزدهم، تهران، اسلام، ۱۳۷۳ ش.
۳۶. سیوری حلی (فاضل مقداد)، جمال الدین مقداد بن عبدالله، *نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الامامیه*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ق.
۳۷. شعبانی، محمدحسن، حسین خورشیدی و حسن شاهعلی، «بررسی فقهی ماهیت وجودی نفقه زوجه و کمیت و کیفیت آن در مذاهب خمس»، *فصلنامه حیل المتین*، سال چهارم، شماره ۱۳، ۱۳۹۴ ش.
۳۸. شهیدی، مهدی، *شروط ضمن عقد*، چاپ دوم، تهران، مجد، ۱۳۸۷ ش.
۳۹. صدوق، محمد بن علی بن حسین بن موسی بن بابویه قمی، *من لایحضره الفقیه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۴۰. صفایی، حسین و سیدمرتضی قاسم زاده، *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*، چاپ بیست و دوم، تهران، سمت، ۱۳۹۵ ش.
۴۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن سیدمحمد، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
۴۲. طباطبایی قمی، سیدتقی، *مبانی منهاج الصالحین*، تهران، چاپخانه خیام، ۱۳۶۸ ش.
۴۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *العروة الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۴۴. طبرسی، امین الاسلام فضل بن حسن، *المؤتلف من المختلف بین ائمة السلف*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۴۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۴۶. همو، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چاپ سوم، تهران، المکتبه المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ش.
۴۷. عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین مکی، *القواعد و الفوائد*، قم، کتابفروشی مفید، بی تا.
۴۸. همو، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.

۴۹. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، *الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية*، حاشیه سیدمحمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۵۰. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۵۱. عبدالرحمن، محمود، *معجم المصطلحات والالفاظ الفقهيه*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۵۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *ارشاد الازهان الى احکام الايمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۵۳. همو، *تحریر الاحکام الشرعية على مذهب الاماميه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۵۴. همو، *تذکره الفقهاء*، مشهد، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۵۵. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، چاپ نوزدهم، تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۹ ش.
۵۶. فاضل آبی، حسن بن ابی‌طالب یوسفی، *کشف الرموز في شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۵۷. فاضل هندی، محمد بن حسن اصفهانی، *کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۵۸. فخرالدین رازی، محمد بن عمر، *التفسیر الکبیر: مفاتیح الغیب*، تهران، اساطیر، ۱۳۷۱ ش.
۵۹. فخرالمحققین حلی، محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد في شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۶۰. فیاض کابلی، محمداسحاق، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
۶۱. قرشی، سیدعلی‌اکبر، *قاموس قرآن*، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۱۲ ق.
۶۲. قمی سبزواری، علی بن محمد بن محمد، *جامع الخلاف والوفاق بين الاماميه وبين ائمة الحجاز والعراق*، قم، زمینه‌سازان ظهور امام عصر علیه السلام، ۱۴۲۱ ق.
۶۳. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده*، تهران، یلدا، ۱۳۷۵ ش.
۶۴. همو، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ چهل و ششم، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۴ ش.
۶۵. همو، *قواعد عمومی قراردادها*، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶ ش.
۶۶. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البيت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
۶۷. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم، دارالحدیث للطباعة و النشر، ۱۴۲۹ ق.
۶۸. کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین بیهقی نیشابوری، *اصباح الشیعة بمصباح الشریعه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ ق.
۶۹. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *مرآة العقول في شرح اخبار آل الرسول*، چاپ دوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۴ ق.
۷۰. *مجموعه قوانین و مقررات خانواده*، تهران، معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، ۱۳۸۴ ش.
۷۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، *المختصر النافع في فقه الاماميه*، چاپ ششم، قم، مؤسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۸ ق.
۷۲. همو، *شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۷۳. محقق داماد، سیدمصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، چاپ دهم، تهران، علوم اسلامی، ۱۳۸۲ ش.
۷۴. محقق سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.

۷۵. مشکینی، میرزا علی، *مصطلحات فقه*، بی جا، بی نا، بی تا.
۷۶. مطهری، مرتضی، *مجموعه آثار*، تهران، صدرا، ۱۳۹۰ ش.
۷۷. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۷۸. مکارم شیرازی، ناصر، *الشیعة شیهات و ردود*، قم، مدرسة الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۸ ق.
۷۹. موسوی خمینی، سیدروح الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۸۰. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق.
۸۱. موسوی عاملی، سید محمد بن سید علی، *نهایة المرام فی شرح مختصر شرائع الاسلام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۸۲. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۸۳. نیکفر، مهدی، *قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور*، چاپ سوم، تهران، کیهان، ۱۳۷۴ ش.

