

اشتغال زوجه و تأثیر آن بر نفقه

علی اکبر ایزدی فرد* / محمد محسنی دهکلانی** / رزاق ادبی فیروزجایی***

چکیده

شارع مقدس و به تبع آن قانونگذار قانون مدنی ایران در ماده ۱۱۰۶ زوج را ملزم به تامین هزینه های زندگی (نفقه) زوجه خویش نموده است. به تصریح قانونگذار (در ماده ۱۱۰۸) این الزام در برابر تعهد زوجه به ادای وظایف زوجیت و به طور مشخص «تمکین تام» در قبال زوج می باشد. از سوی دیگر «اشتغال زوجه» امروزه تبدیل به پدیده شایع در جوامع مختلف گردیده است. تا آنجا که درصد قابل توجهی از زنان، یا ازدواجشان مسبوق به اشتغالشان بوده و یا این که «حق اشتغال» را به صورت شرط در ضمن عقد و یا با توافق با زوج پس از عقد، برای خود محفوظ می دانند.

مقاله پیش رو، ضمن نقل اقوال و ادله فقها با استناد به تحلیل عرفی تمکین تام و استقلال نفقه از تمکین و نیز حق بودن نفقه، به این نتیجه رسیده است که اشتغال

* استاد فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مازندران، نویسنده مسئول ali85akbar@yahoo.com

** استادیار فقه و حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

*** دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

تاریخ وصول: ۹۲/۴/۳۱ - پذیرش نهایی: ۹۲/۱۱/۱۲

زوجه موجب سقوط قهری نفقه او نمی‌شود اما امکان اندراج شرط اسقاط نفقه در ضمن عقد وجود دارد.

کلید واژه: نفقه، زوجه، اشتغال، تمکین، سقوط نفقه

۱- طرح مسأله

با ایجاد علقه زوجیت، حقوق و تکالیفی متوجه طرفین عقد نکاح می‌شود. از جمله تکالیفی که برعهده زوج قرار گرفته و او متعهد به انجام آن می‌گردد پرداخت نفقه زوجه خویش است. لزوم پرداخت نفقه امری اجماعی میان همه امت اسلامی است (جواهرالکلام/۳۱/۳۰۱) و در شرع مقدس اسلام برای امتناع از انجام آن ضمانت‌های اجرایی نیز در نظر گرفته شده است. در مقابل، علقه زوجیت، زن را متعهد به تمکین در برابر زوج خود نموده و او را ملزم می‌سازد تا در برابر تمایلات و خواسته‌های جنسی زوج منقاد باشد. از دیگر سو پیشرفت جوامع، زنان را وارد عرصه‌های اجتماعی نموده و موجب شده است تا ایشان اقدام به فعالیت در محیط‌های خارج از خانه نمایند تا آنجا که امروزه درصد قابل توجهی از جمعیت شاغل یک کشور را زنان تشکیل می‌دهند. این پدیده در برخی از کشورها همچون انگلیس از چنان شیوع و گستردگی برخوردار است که به مرور باعث تغییر قوانین خانواده شد و قوانینی با این فرض که زنان شاغل نیز مکلف‌اند در مخارج زندگی به یاری همسر خویش آمده و درصدی از مخارج را متقبل شوند به تصویب رسید (عابدی نیستانک، «بررسی رابطه حقوقی انفاق و تمکین»/۲۳۳). این تغییر نگرش بیش از هر چیز ناشی از تغییر جایگاه زن در جوامع غربی است.

این پژوهش پیرامون این پرسش سامان یافته است که آیا اشتغال زوجه - با رضایت زوج - موجب سقوط قهری تمام یا بخشی از نفقه او می‌شود؟ آیا شرط اسقاط کل یا بعض نفقه در مقابل اشتغال زوجه، قابلیت درج در ضمن عقد را دارد؟ برای پاسخ به سؤالات فوق و پرسش‌های مشابه، برآن شدیم تا زوایای مختلف تأثیر اشتغال زوجه بر نفقه را مورد بررسی قرار دهیم. نفقه زوجه اگرچه موضوع مقالات

و پژوهش‌های چندی است، لکن بررسی دو جانبه آن با اشتغال زوجه مطلبی است که نگارندگان پیشنهادی برای آن سراغ ندارند.

۲- مفهوم‌شناسی تحقیق

۲-۱- تعریف نفقه

دانشمندان علم لغت معنی لغوی واژه نفقه را دو چیز بیان می‌کنند: یکی رفتن و هلاک شدن و دیگری شیوع و رواج پیدا کردن (المنجد/۲/۸۲۷).
از نظر اصطلاحی، نفقه عبارت است از تامین هزینه زندگی کسی، آن‌گونه که عادتاً بدان نیازمند است؛ اعم از خوراک و پوشاک و مسکن و سایر نیازمندی‌های زندگی (مبادی فقه و اصول/۳۹۰). در تعریف دیگری آمده است «صرف هزینه خوراک، پوشاک، مسکن، اثاث خانه و خادم در حدود مناسبت عرفی با وضع زوجه (ترمینولوژی حقوق/۷۱۸) بنابراین می‌توان نفقه را به معنای هر چیزی دانست که زن بدان نیازمند بوده و شأن چنین زنی درخور آن است و عرف نیز آن را با توجه به شرایط ویژه زوجه لازم می‌داند.

۲-۲- تمکین تام

فهم درست آراء فقها در زمینه تأثیر نقصان تمکین بر میزان نفقه بسته به این است که قبل از آن تصویر درستی از مفهوم تمکین تام از نظر آنان بدست آوریم.
شیخ طوسی در کتاب المبسوط پس از آن که سبب وجوب نفقه را تمکین کامل زوجه دانسته، گفته است: «تمکین کامل آن است که زن خودش را علی‌الاطلاق به مرد خویش واگذارد» و برای علی‌الاطلاق، مکان و زمان را مثال می‌زند (المبسوط/۶/۱۱۱). ابن براج نیز عبارتی شبیه آن چه گفته شد بیان می‌دارد (المهذب/۲/۳۴۷). محقق حلی می‌نویسد: «تمکین تام عبارت است از خالی نمودن بین زوجه و زوج به طوری که به زمان یا مکانی اختصاص نداشته باشد، بنابراین اگر زن در زمانی غیر از زمان دیگر و مکانی غیر

از مکان دیگر که بهره جویی در آن جایز است خود را در اختیار شوهر قرار دهد تمکین حاصل نشده است» (شرائع الإسلام/۲/۲۹۱). شهید ثانی در مسالک الأفهام در شرح این کلام محقق حلی در ابتدا می فرماید: مراد از «مکان» در کلام مصنف، مکان فعل است یعنی در هر مکانی که استمتاع جایز است باید تمکین کند سپس در ادامه می نویسد: ممکن است مراد از مکان معنای جامعی باشد که تمامی مواضع بدن زن از جمله قبل و غیره را نیز شامل شود (مسالک الأفهام/۸/۴۴۰). البته این تعمیم، خلاف ظاهر کلام محقق است و معلوم نیست مراد مرحوم محقق از مکان، مفهومی با این توسعه باشد؛ لیکن اصل مطلب درست است و زوجه باید به هر شکلی که استمتاع از آن متعارف است، آماده بوده و به طور کامل تمکین نماید. به همین خاطر برخی از فقها زوجه‌ای را که از بعضی از وجوه استمتاع امتناع ورزد بخاطر عدم تمکین تام مستحق دریافت هیچ نفقه‌ای نمی دانند (ایضاح الفوائد/۳/۲۵۷).

خلاصه این که از نظر فقها برای حصول تمکین تام، رعایت دو امر لازم و معتبر است: اول این که زوجه باید در هر زمانی که شرعاً مجاز است آماده تمکین باشد، و دوم آن که زوجه باید در هر محل و مکان و نسبت به هر موضعی از بدن برای استمتاع، خود را به شوهرش واگذارد و در صورت نقصان در هر یک از آنها، تمکین تام حاصل نشده است.

۲-۳- ملاک وضع نفقه

طبق ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی که مستظهر به موافقت اجماعی فقهاست (ایضاح الفوائد/۳/۲۶۶) مرد مکلف به تأمین نفقه زن می باشد. اما پرسشی که ذهن را به خود مشغول می سازد این است که در لوای این تکلیف چه ملاکی موجود است؟ اگر مناط قاعده مذکور، در فرض اشتغال زنان نیز برقرار باشد از تداوم تکلیف مرد به پرداخت نفقه گریزی نیست و چنان چه غیر این باشد جای تجدید نظر باقی است.

شاید بتوان وجوب نفقه زوجه را به این علت دانست که شارع از باب رحمت، بار تأمین مخارج را از دوش زوجه برداشته و او را از فشار و مشقت کسب و کار معاف نموده است و از اینرو، تا رابطه زوجیت میان زن و مرد باقی است، نفقه زن بر مرد واجب است.

شهید مطهری از کسانی است که در این باب ملاحظاتی دارند. مختار ایشان مبتنی بر چند اصل می‌باشد:

۱- در روابط خانواده، مرد مظهر نیاز و زن، مظهر بی‌نیازی است.
 ۲- زن، کار خطیر و پر مشقت تولید نسل را از جهت باروری و شیردهی بر عهده دارد.

۳- نیروی بدنی زن و مرد یکسان نیست.

۴- نیاز زن به ثروت و آسایش بیش از مرد است. ثروت برای آن که خرج زینت کند و آسایش برای آن که شاداب بماند. آنگاه می‌فرمایند: «لذا نه تنها مصلحت زن، بلکه مصلحت مرد و کانون خانوادگی نیز در این است که زن از تلاش‌های اجباری خردکننده معاش معاف باشد.» (نظام حقوق زن در اسلام/ ۲۶۴-۲۶۶) و بنابراین است که نفقه و تأمین مایحتاج زوجه بر عهده زوج می‌باشد.

یکی از فقیهان معاصر در راستای بیان فوق اظهار می‌دارد: در صورتی که تعبد محض را در مبنای وجوب پرداخت نفقه بپذیریم آن چه و آن مقدار که شارع مقدس به عنوان نفقه بیان نموده است را باید پرداخت و نمی‌توان موجبات تغییر در میزان و نوع آن را فراهم آورد. اما اگر لزوم پرداخت نفقه یک تعهد عقلایی باشد؛ میزان و نوع نفقه، چنان مشخص می‌گردد که عقلا بیان می‌دارند و در این صورت میزان و نوع نفقه (همان طور که فقها نیز بیان داشته‌اند) با توجه به شرایط مختلف محیطی و نیز با توجه به شأن زوجه و یا وضعیت مالی زوج متفاوت خواهد شد (المعالم المأثوره/ ۵/ ۱۸۰). ایشان با ترجیح مبنای عقلایی وجوب نفقه، مفهوم قرارعقلا مبنی بر پرداخت نفقه را در سه

وجه محتمل می‌دانند؛ اول این که قرار عقلا بر انفاق، به منزله تعهد بر انفاق است از باب اضطرار زنده ماندن زوجه و از باب تأمین قوت او. دوم این که مبنای قرار ایشان تعهد به نحو معاملی است؛ به این صورت که نفقه در مقابل آن چه زن انجام می‌دهد واجب بوده و در قبال افعال او باید نفقه را پرداخت نمود. و سوم این که قرار عقلا، قرار بر اطلاق استمتاع است که مرد از زن مستمتع می‌شود و سپس در زمان زاید استمتاع موظف به پرداخت نفقه او و هزینه‌های اوست و حق سرباز زدن از این کار را ندارد. ایشان در ادامه وجه اخیر را ترجیح داده و معنای قرار عقلا را فرض سوم می‌دانند (همان). هرچند هضم مبانی ذکر شده برای بیان مفهوم قرار عقلا در پرداخت نفقه دشوار است لیکن عقلایی بودن نفقه صحیح به نظر می‌رسد و بهتر است مبنا و دلیل وجوب نفقه را قرار عقلا بدانیم به این نحو که هر عاقلی در مواجهه با یک زندگی مشترک و مقایسه توان و خصوصیات هر یک از طرفین عقد نکاح، حکم به ملزم بودن مرد به کارکردن و پرداخت هزینه‌های زن نموده و در مقابل زن را موظف به کارهایی متناسب با شخصیت او از جمله خانه‌داری، تربیت فرزندان و... می‌نماید و این اختصاص به متشرعین ندارد. لذا آیات و روایات دال بر لزوم پرداخت نفقه، به آن چه که عقلا آن را لازمه معاشرت به نیکی و حفظ نظام خانواده می‌دانند ارشاد می‌کنند و حکم الزام به پرداخت نفقه از جمله احکام تعبدی محض نیست که بدون آگاهی از حکمت تشریح آن بدان ملتزم شده باشیم. لذا اگر حکم شارع در خصوص پرداخت نفقه نیز نبود باز هم عقلا این گونه مقرر می‌داشتند. بنابراین حکمت وجوب پرداخت نفقه را باید نیاز زن و برطرف نمودن آن احتیاجات دانست نه این که از روی تعبد محض و یا به دلیل استمتاع مرد از او حکم به وجوب پرداخت نفقه کنیم.

۲-۴- حکم یا حق بودن نفقه

حکم عبارت است از جعل تکلیف از سوی شارع نسبت به افعال انسان از حیث منع و رخصت، و فرد مکلف، موظف به رعایت کامل آن تکلیف بوده و نمی‌تواند آن

را دستخوش تغییر نماید (بلغه الفقیه/۱۱/۱). از حق تعابیر گوناگونی شده است؛ برخی از فقها (العروه الوثقی/۵۵/۱) حق را نوعی از سلطنت بر عین، عقد و یا شخص و برخی (کتاب النکاح/۱۴۰/۶) آن را سلطنت بر فعل و برخی دیگر (حاشیه کتاب المکاسب/۴۵۱) نیز حق را مرتبه ضعیفی از ملک فرض می‌کنند. تمامی صاحب‌نظرانی که در خصوص حق و حکم به بحث پرداخته‌اند در این نکته متفق‌القول‌اند که هر چیزی که قابلیت اسقاط و نقل دارد را باید حق نامید و حکم بودن آن منتفی است. برخی از ایشان پا را فراتر نهاده و قائل‌اند به این‌که 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 (المکاسب والبیع/۹۲/۱). این در حالی است که برخی دیگر معتقدند هر چند اصل در حقوق این است که قابل اسقاط باشند، لیکن دایره حق تنها محدود به موضوعاتی که قابل اسقاط باشند نبوده، و برخی از مواردی را که قابلیت اسقاط ندارند (مثل حق ولایت پدر بر فرزند) نیز باید حق دانست (مذهب الاحکام/۲۰۵/۱۶).

به نظر می‌رسد اگر تمامی حقوق را قابل اسقاط بدانیم موجه‌تر است؛ چرا که حق، از مفاهیم دارای حقیقت شرعی نیست و شارع، شناخت مفهوم آن را به عرف واگذار کرده است و عرف جامعه نیز چیزی را حق می‌داند که قابل اسقاط باشد.

در خصوص نفقه اختلاف است که آیا حق زوجه است، و یا این که حکم شارع است بر زوج؟ به نظر، حقیقت آن است که نفقه، حق زوجه و از جمله حقوق قابل اسقاط - در صورت پذیرش تقسیم حق به قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط - به حساب می‌آید. شواهد و مؤیدات این احتمال بدین قرار است: ۱- به اتفاق تامه 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 و یا به دیگری واگذار نماید، (بررسی فقهی حقوق خانواده/۲۹۳) و این قابلیت اسقاط و یا انتقال از

ممیزات «حق» است. ۲- در صورت امتناع زوج از پرداخت نفقه گذشته و 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 در مورد صحت ضمان نفقه آینده زوجه 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 است هیچ دینی به ذمه مرد نیامده است تا بتوان در مقابل آن ضمانت کرد؛ حکم به بطلان آن نموده‌اند (جواهرالکلام/۱۳۹/۲۶) و برخی نیز بدون آن که صریحاً اظهار نظر کنند صحت آن را خالی از اشکال نمی‌دانند (منهاج الصالحین/۱۸۵/۲). فارغ از این که فقها، ضمان نفقه آینده زوجه را صحیح بدانند یا نه؛ آن چه مسلم است این که بحث از ضمان نسبت به چیزی فرع بر حق بودن آن است و تردیدی نیست که بحث درباره ضمانت از یک حکم تکلیفی صرف همانند نفقه اقارب که به ذمه هم نمی‌آید، مطلقاً (چه نسبت به زمان گذشته و چه نسبت به زمان آینده) محلی ندارد (موسوعه الامام الخوئی/۴۶۰/۳۱)؛ بنابراین ادعای حق بودن نفقه، ادعایی خالی از قوت نیست.

۳- منع یا رضایت زوج و تأثیر آن بر اشتغال زوجه

از آنجا که موضوع مقاله بررسی رابطه میان اشتغال و نفقه زوجه است ناگزیر از طرح بحثی ذیل اشتغال زوجه ایم:

در گذشته، موضوع اشتغال زنان به شکل امروزی مطرح نبوده و احکام اشتغال زنان فقط در آثار فقهای معاصر مشاهده می‌شود. با این حال همه فقها اصل کار و فعالیت زن را در در داخل و یا بیرون از منزل پذیرفته‌اند (الفقه علی المذاهب الخمسه/ ۲۶۴/۴) و

موضوعی که توسط فقها در ارتباط با این مسئله مورد بحث قرار می‌گیرد، خروج زوجه از منزل، بدون اذن شوهر می‌باشد که در این خصوص بین فقها دو دیدگاه وجود دارد:

۱- عدم خروج زن از منزل، به عنوان حق مستقلی برای زوج می‌باشد و زوجه برای خروج از منزل، مطلقاً - در تنافی با حق استمتاع زوج باشد یا نباشد- نیاز به اذن زوج دارد. مشهور فقها (شراعی الاسلام/۲/۲۸۰؛ قواعد الاحکام/۳/۱۰۸؛ مسالک الأفهام/ ۳۰۸/۸؛ مصباح الهدی/۱۲/۵۶-۵۵) معتقدند که مطلقاً خروج زن از منزل، نیاز به اذن زوج دارد و به تکلیف زن به عدم خروج از منزل، بدون تقیید آن به منافات داشتن آن با استمتاع حکم نموده- اند. در این دیدگاه، خروج زن از منزل بدون اذن، حتی در صورت عدم تنافی با حق استمتاع زوج، موجب نشوز وی شده و باعث سقوط نفقه او می‌گردد. بدیهی است که اشتغال زن در بیرون از منزل، یکی از مصادیق خروج از منزل بوده و در صورتی که این اشتغال بدون اذن زوج باشد مشمول حکم کلی قول مشهور فقها قرار می‌گیرد.

۲- برخی از فقها (موسوعه الامام الخوئی/۲۰/۱۰۰ و ۱۷۶/۳۳) لزوم اذن زوجه از زوج برای خروج از منزل را به تنافی با حق استمتاع زوج مقید نموده‌اند. این گروه معتقدند که لزوم اذن زوجه برای خروج از منزل، از باب منافات آن با حق استمتاع زوج می‌باشد. لذا در زمانی که استمتاع زوج ممکن نباشد همانند زمان مسافرت او، خروج زن از خانه نیاز به اذن زوج ندارد.

آن چه که از آراء مذکور در بحث اشتغال زوجه قابل ذکر می‌باشد آن است که بر اساس دیدگاه دوم، در صورتی که زوجه بدون اذن زوج، قرارداد اشتغال منعقد کرده و اشتغال وی هیچ منافاتی با حق استمتاع زوج نداشته باشد، زوج نمی‌تواند او را از بیرون رفتن برای کار منع کند. اما در همین فرض، طبق نظریه مشهور فقها، اذن زوج لازم بوده و وی حق ممانعت از اشتغال زوجه را دارد. نقطه اشتراک این دو نظریه آن است که در صورتی که خروج زوجه برای اشتغال، با حق استمتاع زوج منافات داشته باشد، اذن و رضایت زوج برای اشتغال لازم بوده و وی حق منع زوجه از خروج از منزل

و پرداختن به اشتغال را دارد و در صورت امتناع زوجه و خروج وی از منزل، عنوان ناشزه بر او صدق نموده و نفقه وی نیز ساقط می‌گردد. همچنین اگر کار در داخل منزل باشد و با حق استمتاع زوج منافاتی نداشته باشد طبق هر یک از دو نظریه مذکور، نیازی به اذن زوج نبوده و وی حق امتناع زن از اشتغال را ندارد. در هر حال تردیدی نیست که زوج می‌تواند از حق خود صرف نظر نموده و اذن و رضایت خود را نسبت به خروج زوجه از خانه و اشتغال او اعلام دارد. لیکن بحث در این است که آیا زوج بعد از اعلام رضایت خود نسبت به اشتغال زوجه، حق منع زوجه از اشتغال را دارد؟ در صورتی که پاسخ به این سؤال مثبت باشد و زوج نیز زوجه را منع نماید، با امتناع زوجه و ادامه اشتغال، نفقه وی ساقط می‌شود. اعلام رضایت و اذن زوج نسبت به اشتغال زوجه، به سه نحو قابل تصور است اول این که زوجه قبل از ازدواج، شاغل بوده و مرد نیز از این مسأله آگاه است و بدون این که شرط ترک اشتغال کند با او ازدواج نماید. دوم؛ در ضمن عقد نکاح، زن با شوهر شرط کند که بعد از ازدواج، اشتغال به کار داشته باشد. سوم؛ حالتی است که زوجه پس از ازدواج با اذن زوج، اقدام به اختیار شغلی نماید. در این سه صورت مفروض، به نظر قریب به اتفاق فقهای معاصر که بدین مسأله پرداخته‌اند، مرد بعد از رضایت، حق امتناع از اشتغال همسر خویش را ندارد (گنجینه آرای فقهی - قضایی/۱۳۷۹، سوال ۹۰۷۷ و ۹۰۷۸). در خصوص چرایی «عدم جواز امتناع» می‌توان گفت که در عین این که برای زوج قابل پیش بینی بوده که ممکن است اشتغال زن با حقوق او منافات پیدا کند، با تن دادن به ازدواج (در فرض اول) و یا پذیرش شرط (در فرض دوم) و یا اذن به اشتغال (در فرض سوم) علیه خویش اقدام به کاری نموده و موجب محدود شدن دایره حقوق خود گردیده است که این عمل وی از باب قاعده اقدام قابل توجیه بوده (الفقه علی المذاهب الخمسه/۳۹۵/۲) و حق ممانعت از او سلب می‌گردد. علاوه بر این از باب قاعده ملازمه که می‌گوید: «اذن در شیء، اذن در لوازم آن است» رضایت و اذن به اشتغال از طرف زوج، اذن به لازمه عقلی آن یعنی اسقاط حق

استمتاع در زمان اشتغال نیز می‌باشد بنابراین زوج نمی‌تواند با استناد به حق شخصی خود، زوجه را از اشتغال منع کند. لذا می‌توان گفت: اشتغال زوجه که اذن و رضایت زوج را به همراه دارد، در صورت منع زوج و عدم امتناع زن از اشتغال، عنوان نشوز بر زن صدق نکرده و نفقه او نیز از این نظر ساقط نمی‌شود.

۴- اشتغال زن و تلازم آن با سقوط قهری نفقه

سؤالی که مطرح می‌گردد و پاسخ بدان را باید اساسی‌ترین هدف این مقاله انگاشت این است که آیا اشتغال زوجه به کاری خاص در فرضی که هیچ مانعی در پرداخت نفقه وجود نداشته باشد (کار در خانه بوده و با حقوق مرد تعارض نداشته باشد یا این که شوهر به اشتغال زن رضایت داده باشد)، موجب خواهد شد که زوج تکلیفی نسبت به پرداخت نفقه او نداشته باشد و در این صورت خود زن مسئول تأمین مایحتاج زندگی خویش است؟ یا این که اشتغال زوجه مانع از حق مطالبه نفقه از زوج نشده و این دو بی‌ارتباط از یکدیگرند؟

برای این سؤال می‌توان دو مبنا متصور شد:

مبنای اول: با توجه به آن چه ذکر شد نفقه به منظور تأمین مایحتاج زندگی زن بر مرد فرض شده است، حال که خود زن توانایی تأمین مخارج خویش را دارد لزومی به ایجاب مذکور نیست.

مبنای دوم: نفقه عوض تمکین است و وجوب نفقه مشروط به تمکین تام می‌باشد و از آن جا که اشتغال زن مانع از تحقق تمکین کامل است به این سبب که زمانی خاص از شب یا روز را به شغل خویش اختصاص می‌دهد، لذا اشتغال زن موجب تمکین ناقص و در نتیجه سقوط کامل و یا بعض نفقه خواهد شد. سقوط بعض نفقه مبتنی بر این است که با عدم تمکین و نقصان آن در بخشی از شبانه روز، نفقه زمان عدم تمکین ساقط می‌شود ولی نفقه زمان تمکین بخاطر زمان عدم تمکین ساقط نمی‌شود.

اما سقوط کامل نفقه، از این مبنا پیروی می‌کند که شرعاً سبب وجوب کل نفقه من حیث المجموع، مجموع تمکین تام (به نحو تام مجموعی) می‌باشد که مقصور به زمانی از شبانه روز غیر از زمان دیگر نمی‌شود و همین تمکین تام، سبب وجوب هر یک از اجزاء نفقه نیز می‌باشد. از اینرو با عدم حصول مجموع تمکین و عدم وجوب کل نفقه، جزء نفقه نیز واجب نخواهد بود. بدین نحو، وجوب کل نفقه و وجوب جزء آن و یا سقوط آن دو با هم متلازم خواهند بود (ایضاح الفوائد/۳/۱۷۱-۱۷۰).

درخصوص مبنای اول، یعنی عدم وجوب نفقه زوجه بخاطر تمکن مالی، باید گفت، درست است که زن از تمکن مالی برخوردار است اما ادله تکلیف پرداخت نفقه مطلق است (مذهب الاحکام/۳۱۴/۲۵) بدون این که به زمان عدم تمکن مالی زوجه مقید شده باشد همچنان که برخی فقها نیز به وجوب پرداخت نفقه حتی در صورت تمکن مالی زوجه تصریح نموده‌اند (التنقیح الرائع/۳/۲۸۲). لذا در زمانی که زوجه از تمکن مالی برخوردار است و مشغول به انجام کاری درآمدزا است، همچنان باید به اطلاق دلیل تمسک نمود و حکم به وجوب پرداخت نفقه از سوی زوج کرد. اما درباره مبنای دوم ابتدا لازم است آراء فقها را در خصوص محدود شدن تمکین و تأثیر آن بر نفقه، مرور کرده و در ادامه به تحلیل بحث پردازیم.

۴-۱- محدود شدن تمکین و تأثیر آن بر نفقه

گرچه فقها درباره محدود شدن تمکین بخاطر اشتغال زوجه و تأثیر آن بر نفقه او بحثی به میان نیاورده‌اند اما با مرور کلمات و عبارات ایشان در قضیه نفقه زوجه‌ای که کنیز دیگری است و فقط نیمی از شبانه‌روز موظف به تمکین است و در نیمی دیگر باید در خدمت مولای خود باشد و همچنین نفقه زوجه‌ای که بدون همراهی زوج و با اذن او به مسافرت می‌رود می‌توان گفت در خصوص تأثیر و یا عدم تأثیر نقصان تمکین (به سببی غیر از نشوز) بر وجوب پرداخت نفقه سه نظریه در بین فقها مطرح است:

نظریه اول: سقوط کامل نفقه؛ با توجه به واقع نشدن تمکین کامل، هیچ چیز بر زوج واجب نبوده و اصل را باید بر برائت ذمه او گذاشت. فخر المحققین در کتاب ایضاح الفوائد در شرح کلام علامه حلی در باره نفقه زوجه‌ای که کنیز دیگری است و فقط شب می‌تواند تمکین کند و روز باید به خدمت به صاحب خود بپردازد وی را مستحق هیچ نفقه‌ای نمی‌داند و با ذکر این نکته که بین زوجه کنیز و زوجه آزاد، بعد از وقوع عقد نکاح تفاوتی در حکم تمکین و نفقه وجود ندارد درباره نفقه زوجه آزادی که اجیر دیگری است، می‌نویسد: «لو استحق علی الحره خدمه النهار بسبب کاجاره قبل العقد علیها لم یکن عذرا و سقطت النفقه به» (ایضاح الفوائد/۳/۱۷۰). آن چه ایشان در این عبارت بدان اشاره دارد این است که خروج زوجه از خانه و عدم تمکین او به جهت پرداختن به کاری که به سبب عقد اجاره ملزم به انجام آن است در ردیف چیزهایی مانند حیض و مرض زوجه که مجوز شرعی عدم تمکین او بوده و مسقط نفقه نیستند قرار نمی‌گیرد. محقق کرکی در خصوص وجوب یا عدم وجوب نفقه زوجه‌ای که کنیز دیگری است، می‌فرماید: «و الأظهر فی الفتوی عدم وجوب شیء منها، لأن مناط الوجوب التسلیم التام، و هو منتف فینتفی الوجوب» و در تکمیل ادله‌ی خود در ادامه آورده است: «یزیده بیانا أن الأصل عدم استحقاق النفقه بدون التسلیم بجمیع الزمان، و لم یثبت کون التسلیم ببعض الزمان سببا فی وجوب النفقه أو شیء منها، فینتفی الوجوب بانتفاء مقتضیه» (جامع المقاصد/۱۳/۲۰۱-۲۰۲). می‌بینیم که هر چند چنین زوجه‌ای در روز، شرعاً مجاز است تمکین نکند چون صاحب او حق دارد در روز او را برای کارهای خود به خدمت درآورد (کشف اللثام/۸/۱۶۲) و عنوان ناشزه بر او صدق نمی‌کند اما محقق ثانی به این دلیل که تمکین تام، سبب وجوب نفقه است و با عدم تمامیت تمکین و از بین رفتن سبب، دلیلی بر وجوب نفقه وجود ندارد با تمسک به اصل برائت، حکم به سقوط تمام نفقه داده است.

نظریه دوم: لزوم تأدیه کلّ نفقه؛ فاضل هندی در مورد نفقه زنی که با اذن شوهرش و بدون همراهی او به سفری غیر واجب همانند تجارت و نحو آن می‌رود و جوب تمام نفقه را اقرب می‌داند و در وجه اقربیت می‌نویسد: «لأنه بالإذن أسقط حقه من التمکین، و لعدم النشوز» (کشف اللثام/۵۷۷/۷)؛ عبارت ایشان اشاره به همان قاعده معروف فقهی است که «اذن در شیء، اذن در لوازم آن می‌باشد» بدین معنا که اذن زوج به مسافرت زوجه، اذن در لازمه عقلی آن یعنی اسقاط حق تمکین نیز می‌باشد طبیعتاً با اسقاط حق تمکین از طرف زوج، زوجه نیز وظیفه‌ای به تمکین در قبال زوج ندارد تا امتناع از آن در زمان مسافرت، موجب نشوز وی شود. ایشان در ادامه سقوط تمام نفقه را نیز محتمل دانسته و آورده است: «یحتمل العدم (عدم وجوب نفقه) لانتفاء التمکین و إسقاط حقه منه لا یوجب سلامه العوض لها» (همان). این نگاه و احتمال ایشان برخاسته از نظر مشهور فقها است که سبب وجوب نفقه را تمکینی می‌دانند که زوجه موظف به آن می‌باشد و معتقدند نفقه عوض تمکین به حساب می‌آید بر اساس همین مبنا ایشان احتمال داده است با از بین رفتن حق تمکین که معوض نفقه به حساب می‌آید در مقابل، عوض یعنی نفقه نیز سالم نمی‌ماند و باید حکم به اسقاط آن نمود.

محقق حلی در خصوص نفقه زوجه مسافر چنین می‌نویسد: «لو سافرت الزوجه یأذن الزوج لم تسقط نفقتها سواء کان فی واجب أو مندوب أو مباح» (شرائع الاسلام/۲/۲۹۲). صاحب جواهر در بیان دلیل این قول محقق حلی می‌نویسد «ذلک بأن الإذن منه إسقاط لحقه، فبقی حیثئذ مقتضی حقه بحاله» (جواهرالکلام/۳۱۳/۳۱) سپس در مقام اشکال به این استدلال، آورده است: «و فیہ أن المتّجه - بناء علی ما ذکره من شرطیه التمکین - السقوط أيضاً لصدق انتفائه، و الاذن إنما تفید عدم نشوزها، لا تخلف أثر الحكم الوضعی الذی لا مدخلیه للإذن فیہ» (همان). از کلام ایشان دو نکته فهمیده می‌شود: اول - اذن زوج به سفر زوجه، موجب سقوط حق تمکین زوج و انتفاء حکم تکلیفی نشوز می‌شود؛ در نتیجه زمانی که زوجه با اذن زوج به مسافرت می‌رود گناهی مرتکب نشده

و عنوان ناشزه بر او صدق نمی‌کند و از این نظر نیز نفقه او ساقط نمی‌شود. دوم- بنا بر نظر مشهور فقها که تمکین را شرط وجوب نفقه دانسته و به دنبال آن نفقه را عوض تمکین می‌دانند با اسقاط حق تمکین، لاجرم باید به اسقاط نفقه نیز حکم نماییم؛ چرا که اذن زوج تأثیری بر انتفای حکم وضعی شرطیت تمکین ندارد لذا با از بین رفتن شرط (تمکین)، مشروط (الزام زوج به نفقه) هم باید از بین برود.

نظریه سوم: توزیع و تنصیف نفقه؛ این که نفقه بر زمان‌های تمکین و عدم تمکین و یا بر انواع استمتاع توزیع شود و به میزان تمکین، پرداخت نفقه از سوی زوج واجب گردد. علامه حلی درباره نفقه کنیزی که شوهر دارد آورده است «إِنَّمَا يَجِبُ النِّفْقَةَ بِالتَّسْلِيمِ لَيْلًا وَ نَهَارًا، فَلَوْ سَلَّمَهَا لَيْلًا، فَالْأَقْرَبُ عَدَمُ وَجُوبِ نِصْفِ النِّفْقَةِ» (قواعد الأحكام/۶۳/۳). قسمت اول عبارت ایشان اقتضا دارد که در صورت عدم امکان تسلیم و تمکین در روز، هیچ نفقه‌ایی واجب نباشد اما قسمت اخیر عبارت، بیانگر وجوب نصف نفقه بر زوج است. مرحوم کاشف الغطاء نیز درباره چنین مسأله‌ای آورده است: «يجب على الزوج نصف النفقة لتمكّنه منها نصف الزمان و يحتمل أنّه لا يجب عليها شيء ما لم يدفعها المولى إليه ليلًا و نهارًا و الأوّل أقرب» (أنوار الفقاهه/ کتاب النکاح/۱۸۱). صاحب کتاب ایضاح الفوائد قول به توزیع و تقسیط نفقه بر زمان تمکین و زمان عدم تمکین را به مشهور فقها نسبت داده است (ایضاح الفوائد/۱۷۱/۳).

با روشن شدن آراء فقها در مسأله و در مقام ارزیابی آنها برای رسیدن به نظر مختار، ذکر دو نکته ضروری است.

نکته اول: آیا تمکین تام موضوعی شرعی است و حقیقت شرعی‌ای در باره آن وجود دارد یا این که این عنوان داخل در عناوین عرفیه و از موضوعات متّخذ از عرف است که شارع تأسیسی در این باره ندارد؟ اگر تمکین تام، موضوعی شرعی باشد و شارع خود با تعیین محدوده تمکین، به طور مطلق آن را بر زوجه واجب کرده باشد در این صورت می‌توان گفت زنی که حتی با اذن شوهرش در بخشی از زمان در بیرون

از خانه به اشتغال می‌پردازد تمکین کننده به حساب نمی‌آید، اما اگر تمکین تام از موضوعات متخذ از عرف باشد می‌توان گفت که عرف، زنی را که در روز با اذن زوج در بیرون از خانه به اشتغال به کار خویش می‌پردازد ولی در شب در کنار شوهرش است تمکین کننده به حساب آورده و تمکین واجب را در حق او حاصل می‌داند. به نظر، حقیقت آن است که احتمال دوم موجه تر باشد. مؤید این احتمال آن است که تعریفی از تمکین تام در روایات ائمه (ع) دیده نشده است همچنان که یکی از فقها در این باره می‌نویسد: «بعد عدم تعرض النصوص لمعنی التمکین، فلا بد من حمله علی المعنی العرفی» (الزبدہ الفقہیہ/۶/۶۱۷). با مرور در کتب فقها نیز به راحتی می‌توان فهمید که آنان در تعریف تمکین تام به آیه یا روایتی استناد ننموده‌اند. با این بیان باید گفت که شارع مقدس نیز همان مفهوم عرفی تمکین را واجب کرده و احکام خود را بر همان معنا بار نموده است. بنابراین همین که زوجه خود را در زمانی غیر ساعات کاری در اختیار شوهر قرار می‌دهد و از او اطاعت پذیری همراه با محبت و مودت دارد عرفاً تمکین کننده به حساب آمده و می‌تواند این بنیاد را که از آن به تمکین تعبیر می‌شود در شب داشته باشد.

نکته دوم: آیا بین نفقه و تمکین رابطه معاوضی وجود دارد؟ با دیدن تقابل بین تمکین و نفقه در قالب معاوضه، نتیجه آن خواهد شد که با نقصان و محدودیت در یکی از آنها، یعنی تمکین به عنوان معوض، عوض یعنی نفقه نیز به همان نسبت و یا بطور کامل ساقط گردد؛ اما اگر چنین رابطه‌ای معاوضی بین نفقه و تمکین برقرار نباشد بلکه این دو مستقل از هم باشند محدودیت در یکی تا زمانی که عنوان نشوز تحقق نیابد، موجب تغییر دیگری نخواهد شد. منشأ قول به وجود یا عدم وجود رابطه معاوضی بین نفقه و تمکین به این نکته بر می‌گردد که آیا سبب وجوب نفقه، عقد است یا تمکین؟ به عبارت دیگر سبب وجوب نفقه، امری وجودی به نام تمکین است یا این که سبب وجوب نفقه، عقد است و عدم نشوز بعنوان امری عدمی، شرط بقای وجوب نفقه

است؟ اگر تمکین بعنوان امری وجودی سبب وجوب نفقه باشد نتیجه آن خواهد شد که با آمدن تمکین، الزام به پرداخت نفقه نیز خواهد آمد و با رفتن تمکین و یا اختلال در آن (به سبب نشوز باشد و یا غیر نشوز همانند فرض اشتغال و یا مسافرت زوجه با اذن زوج) الزام به پرداخت نفقه نیز خواهد رفت. اما اگر تمکین را سبب وجوب نفقه ندانیم در نتیجه، دلیلی بر سقوط نفقه بخاطر محدود شدن تمکین به سببی غیر از نشوز، همانند زمان اشتغال زوجه که با اذن زوج همراه است وجود نخواهد داشت. صاحب کتاب الأنوار اللوامع در تحلیل وجوب یا سقوط نفقه زنی که با اذن زوج به سفر می‌رود به همین مطلب اشاره کرده و می‌فرماید: «و ربّما بنی الحکم علی أنّ النفقه تجب بالعقد بشرط عدم النشوز أو بالتمکین، فعلى الأول تجب لأنها ليست بناشزه قطعاً، و على الثانى يسقط لعدم التمکین» (ج ۱۰، قسم ۱/۷۲).

مشهور فقها (المبسوط، ۱۱/۶؛ المهذب، ۳۴۷/۲؛ الوسيله، ۲۸۵؛ اصباح الشيعه، ۴۴۴؛ الجامع للشرائع، ۴۸۷؛ تحرير الاحکام، ۴۵/۲؛ اللمعه الدمشقيه، ۱۸۹؛ رياض المسائل، ۱۶۴/۱۲) تمکین را سبب و یا شرط وجوب نفقه می‌دانند. اما نظر غیر مشهور (کفایه الاحکام، ۲۹۷/۲؛ الحدائق الناضره، ۱۰۱/۲۵) بر این است که سبب تامه وجوب نفقه، عقد نکاح است و به مجرد وقوع عقد نکاح، پرداخت نفقه بر زوج واجب می‌شود. اکنون تلاش بر این است تا از رهگذر ارائه مهمترین ادله مشهور فقها بر شرطیت تمکین و نقد و بررسی آنها، پاسخ مناسبی به سؤال مطرح شده داده شود.

۴-۲- ادله مشهور فقها در شرطیت تمکین

۱- نفقه نمی‌تواند به وسیله عقد واجب گردد، چون در این صورت برای یک معوض یعنی بضع، دو عوض یعنی مهر و نفقه قرار می‌گیرد و این ممکن نیست چون یک معوض نمی‌تواند دو عوض داشته باشد. بنابراین آن چه که در برابر بضع قرار گرفته و با عقد لازم می‌شود همان مهر است و نفقه ربطی به عقد نداشته و با تمکین لازم می‌گردد (کشف اللثام، ۵۵۸/۷).

اما به نظر می‌رسد این استدلال قابل خدشه است؛ چرا که هرچند به معاوضه بودن نکاح نیز قائل شویم باید تنها مهر را به عنوان عوض در نظر بگیریم و مانعی ندارد غیر از مهر امور دیگری نیز بر عهده یکی از طرفین عقد قرار گیرد؛ زیرا الزامات و وظایفی که شارع مقدس - علاوه بر آن چه که در معاوضه اخذ شده - برای یک طرف یا طرفین مقرر می‌کند، هیچ منافاتی با واحد بودن عوض در برابر معوض واحد ندارد. لذا در صورت قائل شدن به معاوضی بودن نکاح نیز باید بگوئیم که مهر به عنوان عوض بضع بوده و در کنار این عوض، شارع مقدس الزام به پرداخت نفقه را نیز مستقل از بضع منظور کرده است و این امر به معنای وجود دو عوض در برابر یک معوض نیست.

۲- روایتی که می‌گوید پیامبر (ص) در ازدواجی که انجام داده است بین عقد تا زمان تمکین که دو سال فاصله افتاد نفقه‌ای پرداخت نکرده اند (سنن النسائی/۱۳۱/۶)، بنابراین وجوب نفقه، مشروط به تمکین است (ایضاح الفوائد/۲۶۷/۳).

لیکن باید گفت که سند روایت به واسطه آن که از طریق عامه نقل شده، ضعیف است و به فرض پذیرش سند، دلالتی بر عدم وجوب نفقه ندارد (مبانی منهاج الصالحین/۲۹۶/۱۰) چه بسا عدم پرداخت نفقه در حد فاصل عقد و حصول تمکین از طرف پیامبر، بخاطر وجود ارتکاز عرفی بر اسقاط نفقه در این زمان باشد چنان که برخی از فقها، ارتکاز عرفی را قرینه‌ای بر اسقاط نفقه و عدم وجوب آن بین زمان عقد و عروسی می‌دانند (منهاج الصالحین/۲۸۷/۲).

۳- عمده ترین دلیلی که قائلین به نظریه شرطیت تمکین برای اثبات مدعای خویش بیان می‌دارند شهرت و اجماع فقها است؛ صاحب جواهر در این مورد می‌نویسد: «و کیف كان، فغايه ما ذكره دليلاً لذلك، أن اشتراط هذا الشرط معروف بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، مع أننا لم نقف على مخالف فيه صريحاً ولا ظاهراً» (جواهر الكلام/۳۰۴/۳۱).

نمی‌توان این ادعا را پذیرفت؛ چرا که برخی از فقها خلاف نظریه شرطیت تمکین را پذیرفته‌اند و مجرد عقد و زوجیت را سبب وجوب نفقه دانسته‌اند

(السراثر/۲/۶۵۵؛ کفایه الاحکام/۲۹۷؛ الحدائق الناضره/۱۰۲/۲۵). علاوه بر این اگر بپذیریم که اجماعی در مسأله وجود داشته باشد اجماع مدرکی و یا محتمل المدرکی است؛ چرا که کسانی که قائل به شرطیت تمکین شده‌اند احتمال دارد به ادله مذکور اعتماد کرده باشند؛ بنابراین به فرض وجود اجماع، از نوع اجماع تبعیدی و کاشف از قول معصوم نخواهد بود.

از جمله دلایلی که می‌توان بر سببیت عقد برای نفقه ارائه داد عبارتند از: ۱- در صورتی که به واسطه بیماری یا در اثر رتق، مباشرت با زن ممکن نباشد- با این که اظهر افراد تمکین، وقاع در قبل 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 به وسیله عقد محقق می‌گردد و تنها مسقط آن نشوز است. ۲- بر اساس توضیحاتی که قبلاً گذشت الزام زوج به پرداخت نفقه، بخاطر خصوصیات خاص زن و نیازمندی‌های اوست، و عرف و بنای عقلا بر این قرار است که وقتی زن و مرد با هم ازدواج می‌کنند بخاطر ویژگی‌های خاص زن، زوج تأمین مخارج زوجه را بر عهده گیرد و سبب این الزام را تمکین زوجه نمی‌دانند.

از آن چه گفته شد استنباط می‌گردد که عقد به تنهایی برای ثبوت نفقه کافی است و تمکین، تأثیری در وجوب آن ندارد. نفقه و تمکین باید کاملاً مستقل از هم انگاشته شوند و تنها، نشوز را مسقط نفقه دانست. سقوط نفقه در صورت نشوز نیز همچنان که برخی از فقها ذکر کرده‌اند بخاطر وجود دلیل خارجی است (کفایه الاحکام/۲/۲۹۷) که به عنوان کیفری برای زن ناشزه در نظر گرفته شده است (کاتوزیان، حقوق مدنی: خانواده/۱۸۳).

با تحلیلی که از دو نکته‌ی مطرح شده در این مقاله ارائه شد می‌توان گفت زوجه‌ای که بخاطر اشتغال به کار با اذن زوج، امکان تمکین او در بخشی از زمان وجود ندارد مستحق دریافت تمام نفقه است بدین خاطر که اولاً- با توجه مفهوم عرفی تمکین تام، چنین زنی، تمکین کننده به حساب می‌آید و عرفاً نمی‌توان گفت تمکین او ناقص

شده است. ثانیاً- با توجه به این که تمکین و نفقه کاملاً مستقل از همدیگر می‌باشند و رابطه معاوضی بین آن دو برقرار نیست باید گفت که به فرض محدود شدن تمکین زن بخاطر اشتغال به کار، تا زمانی که اشتغال او با اذن زوج باشد با محدود شدن زمان تمکین و حتی فرض عدم صدق تمکین تام، مقدار نفقه او تغییری نخواهد کرد. بنابراین سقوط قهری نفقه در فرض اشتغال زوجه منتفی است.

۵- اشتغال زوجه و اشتراط اسقاط نفقه

بعد از این که مشخص گردید اشتغال زوجه را نمی‌توان دلیل مستقلاً برای زوال حق مطالبه نفقه دانست و شغل او به خودی خود موجب از بین رفتن یا کاهش نفقه او نمی‌گردد نوبت به بررسی حالتی دیگر از اشتغال زوجه می‌رسد، و آن حالتی است که زوج از طریق شرط ضمن عقد نکاح، موجبات اسقاط بعض یا کل نفقه زوجه را فراهم سازد. به عبارت دیگر باید دید که آیا برای زوج این امکان وجود دارد که از طریق شرط ضمن عقد، نفقه زوجه خویش را به واسطه اشتغالش بعضاً یا کلاً اسقاط نماید؟ درخصوص این که آیا شرط ضمن عقد اسقاط تمام یا بعض نفقه صحیح است یا خیر؟ بحثی درخور و شایسته صورت نگرفته است. اکثر کسانی که در خصوص این عقد سخن به میان آورده‌اند قائل به عدم جواز و بطلان چنین شرطی می‌باشند. (المهذب/۲/۲۱۳؛ السرائر/۲/۵۸۹؛ تحریر الأحكام/۳/۵۵۸؛ إصباح الشیعه/۴۲۸؛ الجامع للشرائع/۴۴۳).

یکی از دلایل قائلین بر فساد و بطلان شرط اسقاط نفقه، مخالفت آن با کتاب و سنت و به اصطلاح، نامشروع بودن آن است (السرائر/۲/۵۸۹؛ نکت النهایه/۲/۳۲۸؛ مغنی المحتاج، ۲/۲۲۶؛ صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، حقوق خانواده/۳۷۰). در فقه، شرط نامشروع همان چیزی است که فقها آن را شرط مخالف کتاب و سنت می‌نامند (المکاسب/۳/۱۰؛ حاشیه المکاسب/۲/۱۰۹). ملاک و معیار مخالفت با کتاب و سنت این است که شرط، آن چه را که شارع اثبات نموده است نفی کرده، یا آن چه را که شارع نفی کرده، اثبات نماید. بنابراین اگر شرط کند که حرامی را مرتکب شود و یا واجبی را ترک کند و

یا چیزی را که حلال یا مباح است حرام کند و یا برعکس آن، مسلماً چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است. اما شرط کردن 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 مشروط از امور وضعی است که شارع آن را تحت سلطنت و اختیار شارح قرار داده است همانند حقوق و اموال، شرط خلاف در آن - به معنی اسقاط موضوع حکم یا اعراض از آن که با رفتن موضوع، حکم نیز برود - نامشروع نمی‌باشد؛ جز در موردی که دلیل خاص باشد همانند منع از فروش مصحف به کافر. اما شرط خلاف در سایر امور وضعی که شارع آنها را تحت سلطه اشخاص قرار نداده است همانند طهارت و نجاست، نامشروع است جز در مواردی که دلیل خاص وارد شده باشد از قبیل شرط ارث زوجه در نکاح منقطع (ر.ک: منیه الطالب/۲/۱۰۴).

با این توضیح، در پاسخ به شبهه نامشروع بودن شرط اسقاط نفقه بخاطر مخالفت آن با کتاب و سنت باید گفت که شرط عدم نفقه به دو نحو می‌تواند باشد: گاهی طرفین عقد نکاح تعهد می‌کنند که زوجه حق نفقه نداشته باشد؛ چنین شرطی خلاف شرع و مخالف کتاب و سنت است که حق نفقه را برای زوجه جعل نموده است. اما گاهی سخن از عدم استحقاق نیست، بلکه زوجه ملتزم به اسقاط حقی که بوجود 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 نمایم.

گفتنی است که در حقوق موضوعه، شرط نامشروع به شرط مخالف قانون اطلاق می‌شود (قواعد عمومی قراردادها/۲/۱۹۸). از نظر حقوقی در بررسی مشروع یا نامشروع بودن شرطی که مخالف قانون است باید دید که مخالف کدام دسته از

قوانین موضوعه نمی‌توان شرط نمود و شرط خلاف آن نامشروع و خلاف قانون تلقی می‌شود و شرط خلاف کدام دسته از قوانین موضوعه، نامشروع به حساب نمی‌آید. قوانین موضوعه به اعتباری به دو دسته تقسیم می‌شوند: ۱- قوانین امری ۲- قوانین تکمیلی. قوانین امری، مقرراتی هستند که مطلقاً الزام آور بوده و اراده افراد در صورتی که بر خلاف آن باشد بی‌اثر است و قوانین تکمیلی به قوانینی اطلاق می‌گردد که در مورد سکوت در قرارداد و عدم توافق طرفین قرارداد بر خلاف آن، الزام آور می‌باشد و افراد می‌توانند با تراضی خود، مفاد قانون تکمیلی را کنار گذاشته و یا جرح و تعدیل کنند (امامی، حقوق مدنی/ ۴۸/۴).

قراردادی که مخالف قوانین امری باشد نامشروع به حساب آمده، اما قرارداد مخالف با قوانین تکمیلی، نامشروع تلقی نمی‌شود. قبل‌تر بیان شد که نفقه از جمله حقوق زوجه می‌باشد؛ لذا باید گفت درست است که قانون‌گذار در عقد دائم نفقه زن را به عهده شوهر می‌داند (ماده ۱۱۰۶ ق.م)، اما این امر ناظر به موقعی است که در ضمن عقد نکاح طرفین بر خلاف آن توافق نکرده و زوجه حق خویش را اسقاط نکرده باشد. از این رو قانون مذکور از قواعد تکمیلی محسوب می‌شود و الزام آن تا زمانی است که زوجه حق نفقه خود را اسقاط نکرده باشد، اما بعد از تراضی زوجین مبنی بر اسقاط نفقه، الزامی از طرف قانون بر پرداخت نفقه زوجه وجود نخواهد داشت. با این توضیح، ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی را باید از جمله قواعد تکمیلی به شمار آورد، در نتیجه شرط اسقاط نفقه مخالفتی با قوانین امری ندارد تا از نظر حقوقی نامشروع تلقی گردد.

علامه حلی شرط اسقاط نفقه در ضمن عقد نکاح را از زمره‌ی شروط مخالف مقتضای عقد نکاح دانسته و به بطلان شرط در عین صحت خود عقد، رأی داده‌اند (تحریر الأحكام/ ۵۵۸/۳). برخی از فقهای اهل سنت نیز چنین شرطی را در تخالف با مقصود اصلی از نکاح و مقتضای آن دانسته و در نتیجه، افزون بر رأی به بطلان شرط، آن را

مبطل عقد نکاح نیز می‌دانند (التاج والإکلیل لمختصر خلیل/۴۴۴). لازم به توضیح است که آن‌چه مقتضای ذات عقد است را نمی‌توان تغییر داد و برای انعقاد عقدی با مشخصات معلوم (مثلاً بیع)، وجود آن مقتضی، لازم و اجتناب ناپذیر است و بدون آن عقد محقق نمی‌گردد (مثلاً مالکیت که بیع را نمی‌توان بی آن تصور نمود). اما آن‌چه مقتضای اطلاق عقد است را می‌توان اسقاط کرد و آن‌چه را که مورد توافق طرفین است جایگزین نمود. مقتضای ذات و مقتضای اطلاق عقد، هر دو توسط قانون‌گذار پیش بینی شده است و اوست که مقتضای اطلاق را قابل اسقاط فرض نموده است، لذا اگر مقتضای اطلاق هر عقدی شناسایی شده و اسقاط گردد امری خلاف شرع نبوده و کاملاً مطابق با نظر شارع است. اما نکته مهم، شناسایی مقتضای ذات عقد نکاح است که در این خصوص باید گفت، نکاح نیز همانند غالب عقود معین و معاملات، امری عرفی و عقلانی بوده و دارای واقعیت و حقیقت در نزد اهل عرف می‌باشد (کتاب النکاح/۳۹۰) که در این صورت، عرف به عنوان مهمترین ضابطه تشخیص مقتضای عقود 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 (کتاب النکاح/۳۹۰) نیز بیان نموده‌اند، 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 (ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و کاویار، حسین، «شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق»، مجله مطالعات اجتماعی-روانشناختی زنان، ۱۶۷) نه پرداخت نفقه به زوجه. لذا شرط عدم حلیت استمتاع یا عدم محرمیت بین زن و مرد در ضمن عقد، با ذات عقد نکاح مابینت داشته و موجبات بطلان عقد و شرط را مطابق بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی فراهم می‌آورد. اما پرداخت نفقه، هر چند از مهمترین آثار عقد نکاح می‌باشد اما به گونه‌ای نیست که نبودن 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 و یا تبدیل و تغییر در آن مطابق آنچه مورد توافق طرفین است از طریق درج شرط در ضمن عقد وجود دارد و آن را نمی‌توان امری برخلاف ماهیت اصلی و مقتضای ذات نکاح دانست.

اشکال دیگری که مطرح می‌شود این است که اسقاط حق نفقه ضمن عقد نکاح به منزله «اسقاط ما لم یجب» می‌باشد. اکثر فقها معتقدند زوجه نمی‌تواند شوهر را نسبت به نفقه آینده بریء کند؛ زیرا با وجود این که سبب وجوب نفقه، تمکین - که تدریجی الحصول است - می‌باشد؛ بنابراین نسبت به نفقه آینده، دینی - ولو به صورت متزلزل - به عهده زوج قرار نگرفته است تا قابل اسقاط باشد و چنین اسقاطی به منزله اسقاط شیء معدوم و از مصادیق «اسقاط ما لم یجب» است (قواعد فقه/۲/۲۵۹). اما با توجه به مطالب پیشین که سبب و مقتضی وجوب نفقه زوجه را عقد نکاح دانستیم با وجود عقد، نفقه آینده به طور متزلزل به ذمه زوج قرار می‌گیرد، بنابراین اسقاط نفقه در ضمن عقد نکاح، «اسقاط بعد ما وجب» است و اشکال مذکور وارد نیست.

در تقویت نظر مختار یعنی صحت درج شرط اسقاط نفقه، می‌توان به حق بودن نفقه نیز استناد جست. سابقاً اثبات گردید که نفقه، حق است و هر حقی قابلیت اسقاط دارد، لذا حق نفقه هم می‌تواند ساقط شده و این قابلیت، از بدیهیات حق بودن نفقه است. زوجه نیز با اسقاط حق مطالبه نفقه، دایره حقوق خود را محدود نموده است که این امر از باب قاعده اقدام قابل توجیه می‌باشد. علاوه بر این، با توجه به حکمت انفاق مرد به همسر خویش که عبارت است از: تأمین مایحتاج زندگی زوجه به این دلیل که اکثر زنان اموال و درآمد کافی برای تأمین مخارج خود و شرکت در هزینه‌های خانواده را ندارند، می‌توان گفت در صورتی که خود زوجه توان تأمین مایحتاج خویش را داشته باشد می‌تواند به منظور ارفاق به همسر خود از حق نفقه صرف نظر کرده و یا آن را محدود کند. لذا همان‌گونه که برخی از فقهای معاصر نیز قائل به جواز این امر شده‌اند (منهاج الصالحین/۲/۳۱۵؛ مبانی منهاج الصالحین/۱۰/۳۲۲) باید شرط اسقاط نفقه را جزء

شروط صحیح فرض نموده، و طرفین عقد نکاح را ملتزم به رعایت شرط مذکور دانست.

نتیجه

از آن‌چه بیان گردید موارد ذیل را می‌توان به عنوان نتیجه ذکر کرد:

۱. از آن‌رو که زن می‌تواند در صورت امتناع شوهر از پرداخت نفقه به محکمه صالحه مراجعه و حق خود را دریافت و یا به دیگری واگذار کند، از آنجایی که این مصداق، قابلیت انتقال و اسقاط را دارد و از خصایص حق بودن، همان انتقال و اسقاط است پس به چنین نفقه‌ای، حق اطلاق می‌گردد. بنابراین نفقه حق است و باید برای آن قابلیت اسقاط و نقل در نظر گرفت.

۲. ادله‌ی الزام زوج به پرداخت نفقه مطلق می‌باشد و منظور از آن وجوب پرداخت نفقه زن در هر شرایط و هر زمانی است و حتی تمکن مالی زوجه نیز مانع وجوب پرداخت نفقه نبوده و زوج با وجود تمکن مالی زوجه، ملزم به تأدیه نفقه خواهد بود.

۳. از آن‌جا که تحصیل تمکین تام منوط به رعایت دو امر است: اول این‌که زوجه باید در هر زمان و مکانی که شرعاً مجاز است آماده تمکین باشد، و دوم این‌که تمکین باید نسبت به هر موضعی از بدن زن که مرد بدان متمایل است صورت گیرد. اخلال در هر یک از دو امر فوق موجب خدشه به تمکین تام را فراهم می‌آورد. اما با توجه به این‌که شارع در هیچ آیه و روایتی مفهوم تمکین تام را بیان نکرده و تشخیص آن را برعهده عرف نهاده است و با عنایت به این‌که عرف زنی که ساعاتی از روز را به اشتغال می‌پردازد متمکن فرض می‌کند، باید این‌گونه نتیجه گرفت که حتی در فرض شرطیت تمکین برای پرداخت نفقه، زن مستحق دریافت کل نفقه خویش است.

۴. اگر زوج با شرط ضمن عقد یا اذن بعد از عقد رضایت خود را نسبت به اشتغال زوجه اعلام کرده باشد یا با علم به شاغل بودن زن، با او ازدواج کند، از باب

قاعده اقدام، نافذ بوده و حق امتناع از اشتغال زن را ندارد با این توصیف هر چند بر اساس قاعده ملازمه، شوهر زمان تمکین زن را محدود کرده است و از دامنه حقوق خود در این زمان کاسته است با این حال نیز عرفاً بر این زن تمکین کننده صدق می-کند و بخاطر استقلال نفقه از تمکین، با فرض محدودیت در تمکین، وجوب تمام نفقه او به حال خود باقی است.

۵. نفقه از مقتضیات اطلاق عقد نکاح به شمار می‌رود و شرط اسقاط آن با مقتضای ذات عقد نکاح منافاتی ندارد. التزام زوجه بر شرط سقوط نفقه زوجه در ضمن عقد مخصوصاً در صورت اشتغال زوجه به کاری درآمدزا و یا تمکن مالی وی، نه تنها مخالف نظم عمومی و یا نظم خانوادگی نیست بلکه بی اعتبار دانستن چنین تعهدی خود می تواند معیشت خانواده را دچار اختلال کند، بنابراین معقول به نظر می‌رسد التزام زوجه به شرط سقوط نفقه در ضمن عقد و یا بعد از عقد و یا نافذ دانستن تعهد وی برای تأمین مخارج خود و یا خانواده، مقتضای معاشرت به معروف در جهت تشدید و تحکیم مبانی خانواده تلقی گردد.

منابع

- ابن براج، قاضی عبد العزيز براج طرابلسی، **المهذب**، ج ۲، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه طوسی، ابو جعفر محمد بن علی، **الوسيله إلى نیل الفضيله**، ج ۱، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی، ۱۴۰۸ق.
- اراکی، محمد علی، **کتاب النکاح**، ج ۱، قم، نور نگار، ۱۴۱۹ق.
- امامی، سید حسن، **حقوق مدنی**، ج ۴، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۴.
- آملی، میرزا محمد تقی، **مصباح الهدی فی شرح العروه الوثقی**، ج ۱۲، تهران، مؤلف، ۱۳۸۰.
- آملی، میرزا هاشم، **المعالم المأثوره**، ج ۵، قم، نشر مولف الكتاب، ۱۴۰۶ق.
- ایزدی فرد، علی اکبر و کاویار، حسین، «**شرط عدم ازدواج مجدد در فقه و حقوق**»، مجله مطالعات اجتماعی-روانشناختی زنان، زمستان ۱۳۸۹.
- بحر العلوم، سید محمد، **بلغه الفقیه**، ج ۱، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.

- بحراني، يوسف بن احمد، **الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة**، ج ٢٥، ج ١، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤٠٥ق.
- بحراني، حسين بن محمد، **الأنوار اللوامح في شرح مفاتيح الشرائع**، ج ١٠، قم، مجمع البحوث العلمي، بيتا.
- ترحيني عاملي، سيد محمد حسين، **الزبد الفقيه في شرح الروضه البهيه**، ج ٦، ج ٤، قم، دار الفقه للطباعه و النشر، ١٤٢٧ق.
- جبجي عاملي (شهيد ثاني)، زين الدين بن علي، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ٨، ج ١، قم، مؤسسه المعارف الإسلاميه، ١٤١٣ق.
- جعفري لنگرودي، محمد جعفر، **ترميمولوژی حقوق**، ج ٩، تهران، انتشارات گنج دانش، ١٣٧٧.
- حلي (محقق حلي)، جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام**، ج ٢، ج ٢، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٤٠٨ق.
- _____، **نكت النهايه**، ج ٢، ج ١، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٢ق.
- حلي (علامه حلي)، حسن بن يوسف بن مطهر، **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإماميه**، ج ٢، ج ١، مشهد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بي تا.
- _____، **تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإماميه (ط - الحديثه)**، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ١٤٢٠ق.
- _____، **قواعد الأحكام في معرفه الحلال و الحرام**، ج ٣، ج ١، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٣ق.
- حلي (ابن ادریس)، محمد بن منصور بن احمد، **السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی**، ج ٢، ج ٢، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤١٠ق.
- خوئی، سيد ابوالقاسم، **منهاج الصالحين**، ج ٢، قم، نشر مدينه العلم، ١٤١٠ق.
- _____، **موسوعه الإمام الخوئی**، ج ٣١، ج ١، قم، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی، ١٤١٨ق.
- سبزواری، سيد عبد الأعلى، **مهذب الأحكام**، ج ٣ و ١٦ و ٢٥، ج ٤، قم، مؤسسه المنار، ١٤١٣ق.
- سبزواری، محمد باقر بن محمد مؤمن، **كفايه الأحكام**، ج ٢، ج ١، قم، مؤسسه النشر الإسلامي، ١٤٢٣ق.
- شرييني، محمد الخطيب، **مغنی المحتاج إلى معرفه معاني ألفاظ المنهاج**، بيروت، دار الفكر، بي تا.
- صفایي، حسين و اسدالله، امامي، **حقوق خانواده**، ج ٤، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ١٣٧٤.
- طباطبایي، سيد علي، **رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل**، ج ١٢، ج ١، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ١٤١٨ق.
- طباطبایي قمي، تقی، **مبانی منهاج الصالحين**، ج ١٠، ج ١، قم، منشورات قلم الشرق، ١٤٢٦ق.
- طباطبایي يزدي، سيد محمد كاظم، **العروه الوثقی**، ج ١، ج ٢، بيروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ١٤٠٩ق.

- طوسی (شیخ الطائفه)، ابو جعفر محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، ج ۶، ج ۳، تهران، المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
- عابدی نیستانک، ربابه، **بررسی رابطه حقوقی انفاق و تمکین**، ارائه شده به همایش توانمندی زنان، بی تا.
- عبدری، محمد بن یوسف بن أبی القاسم، **التاج والإکلیل لمختصر خلیل**، بیروت، دار الفکر، ۱۳۹۸.
- فاضل هندی، محمد بن حسن، **کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام**، ج ۷، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۶ق.
- فخر المحققین حلی، ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلی، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، ج ۳، ج ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷.
- فیض، علیرضا، **مبادئ فقه و اصول**، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، **حقوق مدنی: خانواده**، ج ۵، تهران، نشر بهمن برنا، ۱۳۷۸.
- _____، **حقوق مدنی: خانواده**، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- کیدری بیهقی، محمد بن حسین، **إصباح الشیعه بمصباح الشریعه**، ج ۱، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ق.
- لوئیس معلوف، **المنجد**، ج ۲، ج ۱، تهران، فرحان، ۱۳۷۹.
- محقق داماد، سید مصطفی، **بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن**، ج ۱، قم.
- _____، **قواعد فقه**، ج ۲، ج ۱۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، **جامع المقاصد**، ج ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق.
- مرکز تحقیقات فقهی قوه ی قضائیه، **گنجینه آرای فقهی - قضایی**، نگارش ۱ [لوح فشره]، قم، ۱۳۷۹.
- مطهری، مرتضی، **نظام حقوق زن در اسلام**، ج ۱۴، تهران، انتشارات صدرا، ۱۳۶۱.
- مغنیه، محمد جواد، **الفقه علی المذاهب الخمسه**، ج ۴، بیروت، دار العلم، ۱۹۶۵م.
- مکارم شیرازی، ناصر، **کتاب النکاح**، تصحیح و تحقیق محمد رضا حامدی و مسعود مکارم، ج ۶، ج ۱، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
- مکی عاملی (شهید اول)، محمد بن جمال الدین، **اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه**، ج ۱، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۰ق.
- نائینی، میرزا محمد حسین، **المکاسب و البیع**، ج ۱، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، ۱۴۱۳ق.
- _____، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، ج ۲، ج ۱، تهران، المكتبه المحمدیه، ۱۳۷۳.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۶ و ۳۱، ج ۲، تهران، المكتبه الاسلامیه، ۱۳۶۶.