



Feasibility Study of the lack of the Entitlement to Alimony During the Exercise of the Wife's Right of Retention: A Critical Analysis of Article 1085 of the Civil Code

Muhammad Kazem Tavakkoli Eslami¹ Seyyed Mahmoud Halataee²

DOI:

10.30497/flj.2025.246963.2078



Abstract

Undoubtedly, if the wife's refusal to comply (tamkīn i.e., the fulfillment of marital duties) is not grounded in a legitimate Shar'ī justification, her entitlement to alimony (nafaqah) is extinguished due to the impediment of nushūz (disobedience). A contentious issue arises, however, with respect to non-compliance stemming from the exercise of the wife's right of retention (ḥaqq al-ḥabs). According to Article 1085 of the Iranian Civil Code, as well as the prevalent view among contemporary jurists, such refusal does not nullify the wife's entitlement to alimony. Because, on the one hand, the obligation of alimony is established upon the mere conclusion of the marriage contract (ʿaqd al-nikāḥ), and on the other hand, the wife's initial refusal to render conjugal submission until the receiving of her dowry (mahr) constitutes a well-established legal and Shar'ī right. Therefore, since nushūz, requires unlawful defiance and disobedience, it is not realized in this context, and the obligation of alimony remains intact. Conversely, many classical and later prominent Imāmī jurists reject the independent causal efficacy of the marriage contract in establishing the obligation of alimony. They argue that alimony is conditional upon both the conclusion of the marriage and the wife's actual compliance. From this perspective, not only nushūz, but even a voluntary non-compliance—despite being based on the legitimate exercise of the right of retention—would suffice to extinguish the obligation to pay alimony. The authors of the present study, by using a descriptive-analytical methodology, have critically reviewed the basis documentations of these two jurisprudential opinions. While the reasoning of earlier jurists—based on sources such as the Qur'anic verse "Consort with them in kindness" (Qur'an 4:19), the legal principle of the impossibility of combining identical source and different effects, the impermissibility of obligating a counter-value when its nature is unknown, and various narrations—raises significant doubts and warrants careful scrutiny, the prevailing practice of the religious community (sīrat al-mutasharri'ah) and a cumulative analysis of the evidentiary indicators ultimately lead the researchers to favor the viewpoint of the classical jurists: namely, that the wife's compliance is a condition for the obligation of alimony. Accordingly, it appears that Article 1085 of the Iranian Civil Code, which upholds the wife's right to alimony during her exercise of the right of retention, requires fundamental reconsideration and revision.

Keywords: alimony, Article 1085 of the Civil Code, right of Retention, compliance, disobedience.

1. (Corresponding author) Ph.D student in Jurisprudence and Principles of Law, University of Tehran, Tehran, Ir.an m.k.tavakkoli@ut.ac.ir

2. Assistant Professor in Islamic Jurisprudence and Principles of Law, University of Tehran, Tehran, Iran. smhalataee@ut.ac.ir

امکان سنجی عدم استحقاق نفقه در زمان اعمال حق حبس از سوی زوجه (نقدی بر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی)

محمد کاظم توکلی اسلامی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۶/۱۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۳/۰۳

سید محمود هل اتایی^۲

Doi: 10.30497/flj.2025.246963.2078

چکیده

بی گمان چنانچه عدم تمکین زوجه مستند به مجوز شرعی نباشد، وجوب نفقه وی به دلیل مانعیت نشوز از عهده شوهر ساقط می شود. مسئله چالش برانگیز عدم تمکین ناشی از اعمال حق حبس است که بر پایه ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و نیز دیدگاه مشهور فقیهان معاصر، این امتناع مسقط حق نفقه زوجه نخواهد بود؛ چراکه از سویی، نفقه با مجرد عقد نکاح بر ذمه شوهر استقرار می یابد و ازدیگرسو، امتناع زوجه از تمکین ابتدایی تا زمان دریافت مهریه حق مسلم و شرعی زوجه است. به این ترتیب نشوز که متقوم به عنصر سرپیچی نامشروع است، محقق نمی شود تا وجوب نفقه را زائل گرداند؛ اما در برابر این نگرش، مشهور متأخران و قدامای امامیه با انکار سببیت استقلالی عقد، وجوب نفقه را مشروط به دوگانه عقد و تمکین زوجه دانسته اند؛ به گونه ای که نه فقط نشوز، که فقدان اختیاری تمکین نیز گرچه مستند به حق شرعی حبس باشد، مسقط نفقه خواهد بود. نگارندگان در پژوهش حاضر که با روش توصیفی - تحلیلی به رشته تحریر درآمده است، به بازخوانش انتقادی مستندات این دو دیدگاه فقهی پرداخته اند. دلایل فقیهان متقدم، همچون آیه «عاشروهن بالمعروف»، استحاله وحدت مصدر و تعدد صادر، و استحاله ایجاب عوض مجهول و روایات، محل تأملات جدی است؛ اما سیره متشرعه و تجمیع قرائن موجبات اطمینان، پژوهشگران را در پایان به دیدگاه قداماء، یعنی شرطیت تمکین در وجوب نفقه رهنمون ساخت؛ از این رو، به نظر می رسد ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که حق دریافت نفقه را در زمان اعمال حق حبس برای زوجه همچنان ثابت می پندارد، به تجدیدنظر و بازبینی اساسی نیازمند است.

کلیدواژه ها: حق حبس، تمکین، ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، نشوز، نفقه.

۱. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران. m.k.tavakkoli@ut.ac.ir

۲. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه تهران، تهران، ایران. smhalataee@ut.ac.ir

مقدمه

در همگی عقود نوعی الزام و التزام وجود دارد، به گونه‌ای که هریک از طرفین درمقابل تعهدی که پذیرفته‌اند مسئول‌اند. باین‌حال، ممکن است طرفین یا یکی از آن‌ها از انجام تعهدات خود استنکاف کند که البته آنان می‌توانند برای پیشگیری از چنین مشکلاتی و تضمین اجرای مفاد قرارداد، از ابزار شرط ضمن عقد جهت تمهید تضمیناتی برابر مقررات قانونی بهره گیرند. یکی دیگر از راه‌های تضمین و پشتوانه‌سازی درجهت اجرای مفاد عقد، اعمال حق حبس است. حق حبس از حقوق مدنی است که متعاقدين می‌توانند در صورت عدم انجام تعهد از جانب طرف دیگر از آن استفاده کنند. برابر با ماده ۳۷۷ قانون مدنی هریک از بايع و مشتری حق دارد از تسليم مبيع يا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسليم شود، مگر اینکه مبيع يا ثمن مؤجل باشد که در این صورت هرکدام از مبيع يا ثمن که حال باشد باید تسليم شود. حق حبس در بیشتر نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده، و در معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی انعکاس پیدا کرده است. در قوانین مصوب جمهوری اسلامی ایران تنها ماده ۳۷۱ قانون تجارت است که صریحاً تعبیر به حق حبس کرده است؛ اما در دیگر قوانین، تعبیر دیگری نظیر حق خودداری از تسليم مبيع يا ثمن، امتناع از ایفای وظایف زناشویی استفاده شده است (نک: ماده ۳۳۷، ۱۱۰۲، ۱۱۰۸). یکی از مصادیق حق حبس، حقی است که زوجه در صورت عدم دریافت مهر در امتناع از آمیزش جنسی با زوج دارد. ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی بیان می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهر به او تسليم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد، امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.» ذهنیتی که قانونگذار و فقهای معاصر امامیه را به سمت نظریه عدم سقوط نفقه در زمان حق حبس سوق داده است، مستقل‌انگاری عقد در ایجاب نفقه بوده است. براساس این نگرش، هرگاه عقد زوجیت به شکل صحیح منعقد شود، نفقه بر عهده شوهر استقرار می‌یابد و تنها عنصری که می‌تواند الزام به پرداخت نفقه را از میان بردارد، امتناع نامشروع همسر از تمکین است؛ بنابراین، امتناع زوجه در زمان اعمال حق حبس، از آن‌رو که کاملاً مشروع است، محقق نشوز نیست و مانع از تعلق نفقه نمی‌شود؛ اما جست‌وجو در نوشته‌های فقهی

نگارندگان را در این زمینه دغدغه‌مند کرده است؛ زیرا به نظر می‌رسد مستقل‌انگاری عقد در ایجاب نفقه‌پنداری است که پشت‌گرم به مستند متقنی نیست؛ به‌ویژه اینکه چنین ذهنیتی میان قدمای امامیه و متأخران وجود ندارد. در جستار پیش‌رو، نویسندگان به بررسی انتقادی ادله موجود درباره وضعیت نفقه در زمان اعمال حق حبس همت گمارده‌اند. آنان در گام نخست با واکاوی انتقادی دلایل نظریه «شرطیت تمکین در وجوب نفقه» و در گام دوم با واکاوی انتقادی نظریه «سببیت استقلالی عقد در وجوب نفقه» به قضاوت میان این دو نظریه نشسته‌اند. در پیوند با پیشینه این پژوهش، مقالاتی درباره حق حبس، ارزیابی ادله آن و نقد رویه‌های قضایی به رشته نگارش درآمده است (غیاثی ثانی، ۱۳۹۶، ص ۱۲۷-۱۴۲؛ عظیم‌زاده اردبیلی، ۱۳۹۰، ص ۵-۲۷؛ فتاح‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۲۹-۴۸؛ فروتن، مقدم، داداشی نیاکی، و مقصودی، ۱۳۹۹، ص ۱۸۵-۲۱۱)؛ اما تاکنون پژوهشی به بررسی فقهی وضعیت نفقه در زمان اعمال این حق و تأثیر آن در بازنگری ماده مذکور نپرداخته است. گویی عدم سقوط نفقه در زمان حق حبس همواره پیش‌فرض مسلم تلقی شده است. مقالاتی در زمینه شرطیت تمکین و مانعیت نشوز دیده می‌شود؛ ولی نکته این است که نگارندگان آن‌ها، تنها به جنبه‌های حقوقی، از جمله گستره تمکین، مسئله بار اثبات تمکین و بررسی رویه‌های متعارض قضایی پرداخته‌اند؛ اما متعرض وضعیت فقهی نفقه در زمان اعمال حق حبس زوجه که موضوع این جستار است، نشده‌اند.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

- تمکین

«تمکین» به معنای پذیرش فرمان دیگری، یا توانمندسازی کسی برای دستیابی به هدفی به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۴۲۹ ق، ج ۱، ص ۸۷۵؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۵۳). در اصطلاح حقوقی، «تمکین» به دوگانه خاص و عام تقسیم‌بندی می‌شود. تمکین عام عبارت است از اطاعت کلی زن از همسر خود در زندگی مشترک که شامل همکاری و هماهنگی در امور زندگی و احترام به شوهر است (صفائی، و امامی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۱). در مقابل، تمکین خاص به انجام تکالیف زن در روابط زناشویی برابر شوهر محدود می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۸۹). مفهوم «تمکین» در ماده ۱۰۸۵ محل بحث است. اکثریت حقوق‌دانان براین باورند که

تمکین به معنای خاص آن، مدنظر است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۶۶۵). این تفسیر با نظرهای اداره حقوقی نیز تأیید می‌شود؛ به‌ویژه در نظریه شماره ۵۴۵۵ مورخ ۱۳۸۱/۵/۳۰ و نظریه‌های دیگر به شماره‌های ۷/۵۴۵ مورخ ۸۱/۵/۳۰ و ۷/۶۰۷۷ مورخ ۸۰/۷/۱. درمقابل، برخی حقوق‌دانان اعتقاد دارند که زن علاوه برحق امتناع از تمکین خاص، جواز امتناع از تمکین عام را نیز دارد (شایگان، ۱۳۷۵، ص ۲۶۷؛ حائری، علی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۹۴۷). ازمنظر فقهی، دوگانه مذکور، نه در لسان فقهای امامیه وجود دارد و نه در روایات. در کتاب نکاح فقیهان از تمکین یا تمکین تام استفاده کرده‌اند و آن را به معنایی تفسیر می‌کنند که منطبق بر اصطلاح تمکین خاص در حقوق است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۶، ص ۱۱؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۴۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۹۱). شاید در بادی‌نظر گمان شود که تمکین لازم از دیدگاه فقیهان تنها تمکین خاص است؛ ولی در مسئله نشوز، امتناع از تمکین عام را همچون امتناع از تمکین خاص، محقق نشوز معرفی کرده‌اند که سبب سقوط نفقه می‌شود (سبزواری، ۱۴۳۰، ج ۲۵، ص ۲۲۰؛ اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۷۵۵)؛ ازاین‌رو جمع میان کلمات فقیهان نشان می‌دهد که نگرش ایشان با دیدگاه قانونگذار در ماده مذکور (۱۱۰۸) همسو است: وظایف زوجیت یا همان تمکین، مجموع تمکین خاص و عام است؛ به‌گونه‌ای که نفقه زوجه با استنکاف از هریک از تمکین عام یا خاص ساقط می‌شود.

- حق حبس

«حبس» در لغت به معنای بازداشتن و توقیف است. در اصطلاح فقهی و حقوقی، مفهومی است ناظر به عقود معوض، بدین معنا که هریک از طرفین عقد می‌تواند از تسلیم مال موضوع معامله به طرف دیگر خودداری کند تا طرف مقابل نیز به تعهد خویش عمل کند؛ به‌گونه‌ای که اجرای تعهدات متقابل به‌صورت هم‌زمان تحقق یابد. مبنای این نهاد حقوقی در ماده ۳۷۷ قانون مدنی آمده است و از آنجا که عقدنکاح نیز در زمره عقود محسوب می‌شود، مشمول قواعد عمومی حاکم بر معاملات، ازجمله شرط صحت تعهدات و امکان اعمال حق حبس خواهد بود.

- نفقه

نفقه در لغت به معنای صرف مال برای تأمین زندگی، و در فقه اسلامی، به مجموعه نیازهای

متعارف زوجه مانند خوراک، پوشاک، مسکن و دیگر ملزومات معیشتی اطلاق می شود که تأمین آن بر عهده شوهر نهاده شده است. این الزام شرعی، برخاسته از پیوند زوجیت و بر مبنای آیات و روایات و اجماع فقهاست. مطابق ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی، نفقه شامل نیازهایی است که با شأن زن و عرف زمانه تناسب دارد. از منظر فقه اسلامی، نفقه نه صرفاً کمک مالی، بلکه مسئولیتی حقوقی و اخلاقی برای حفظ توازن و آرامش در ساختار خانواده است.

۱. ادله شرطیت تمکین در وجوب نفقه

۱-۱. اجماع

نخستین دلیل بر شرطیت تمکین در واجب شدن پرداخت نفقه، شهرت و اجماعی بودن این شرط میان فقیهان امامیه است (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۶۳۴؛ سبحانی تبریزی، ۱۴۲۹، ج ۴، ص ۴۷۶؛ سیفی، بی تا، ج ۳، ص ۷۹۴). مشهور بودن شرطیت تمکین البته که حاشاپذیر نیست؛ چه، پژوهشگران با اندک جست و جویی در منابع فقهی، به اشتها این نظریه اذعان خواهند داشت (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۴۲؛ عاملی غروی، بی تا، ج ۵، ص ۳۷۰). فقیهانی همچون شیخ طوسی در سه کتاب فقهی خود (۱۴۰۷، ج ۵، ص ۱۴۰؛ ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۱۵؛ ۱۴۰۰، ص ۴۷۵)، سلار دیلمی (۱۴۱۴، ص ۱۵۶)، قاضی ابن براج (۱۴۰۶، ج ۲، ص ۳۴۷)، ابن حمزه (۱۴۰۸، ص ۲۸۵)، بیهقی نیشابوری کیدری (۱۳۷۴، ص ۴۴۵)، ابن سعید (۱۴۰۵، ص ۴۸۷)، محقق حلی (۱۴۰۸، ج ۲، ص ۳۴۷) و علامه حلی در مهم ترین آثار خویش (۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۰۳؛ ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۶؛ ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۱۴۴) به شرطیت تمکین در وجوب نفقه تصریح کرده اند و عقد تنها را سبب نفقه ندانسته اند. همچنین، نگرش چیره میان متأخران نیز شرطیت تمکین است (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۲۹۳؛ صیمری، ۱۹۹۹، ج ۳، ص ۱۸۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱، ج ۲، ص ۱۷۶؛ کاشف الغطاء، حسن، ۱۴۲۲، ج ۱۹، ص ۲۱۶؛ انصاری، ۱۴۲۴، ج ۳، ص ۸۱).

با این حال، در اینکه آیا شرط مزبور افزون بر شهرت، به حد اجماع هم رسیده است یا نه، اختلاف نظر وجود دارد؛ علامه حلی شرطیت تمکین را فقط به مشهور نسبت می دهد (۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۵)؛ ولی پس از او، صاحب ریاض در شرح صغیر پا را فراتر می گذارد و به

اجماعی بودن این دیدگاه میل می‌کند (طباطبائی کربلائی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۴۱۲) و در ریاض المسائل با استدلال ورزی بیشتر کوشش می‌کند تا اجماع را به اثبات برساند. وی در ابتدا نگاشته است: «شرط دانستن این شرط میان اصحاب مشهور است، بلکه چه بسا اجماعی باشد. افزون‌براین که ما، فقیه مخالفی در این مسئله چه صریحاً چه ظاهراً نیافتیم مگر تردید محقق حلی در کتاب شرایع و اشکال فاضل در قواعد که این به‌تنهایی موجب مخالفت [با اجماع] نیست. به‌علاوه اینکه محقق تصریح کرده است که اعتبار این شرط میان اصحاب اظهر می‌باشد» (طباطبائی کربلائی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۲، ص ۱۶۴). ایشان به‌منظور استوارسازی اجماعی که ادعا کرده است، به دو عبارت از فقیهان استدلال می‌کند: در مرحله اول به واژه «الأصحاب» در این عبارت محقق که «والأظهر اعتباره [تمکین] بین الأصحاب» استناد می‌ورزد؛ از آنجایی که «الأصحاب» جمع محلی به لام است و افاده استغراق افراد جنس را می‌کند، می‌توان دریافت که مقصود محقق حلی از اصحاب، تک‌تک فقهای امامیه است. در نتیجه محقق حلی مدعی اجماع بر شرطیت تمکین بوده است نه مجرد شهرت. در مرحله دوم به سراغ عبارت شهید ثانی در کتاب الروضه البهیة می‌رود؛ شهیدثانی دلیل عمده خود بر شرطیت تمکین را عدم وجود مخالف در میان فقها دانسته است که از منظر صاحب ریاض این سخن دلالت بر اجماعی بودن شرطیت تمکین در نفقه دارد؛ چون به عقیده ایشان، دأب و منش شهید ثانی این است که شهرت و عدم‌خلاف را به‌تنهایی مستند فتوا قرار نمی‌دهد؛ از این رو وقتی شهیدثانی پشتوانه دیدگاه خود را «عدم الخلاف» قرار داده است، بانگ آن می‌دهد که اجماع نیرومندی در این مسئله وجود دارد (طباطبائی کربلائی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۲، ص ۱۶۵).

به‌نظر نگارندگان، اجماع در این مسئله از جهاتی محل تأمل است. اجماع یا محصل است یا منقول؛ اعتبار اجماع محصل در گرو کاشفیت اطمینانی از رأی معصوم (ع) است و اجماع منقول، در نهایت با اندراج تحت ادله حجیت خبر واحد معتبر می‌شود. هرچند شهرت نیرومندی در این مسئله وجود دارد؛ ولی اجماع محصل متفی است؛ زیرا اولاً ابن‌ادریس موجب نفقه را برخلاف نگرش رایج میان قدما، عقد نکاح به‌تنهایی می‌داند نه تمکین زوجه. گفتنی است که ایشان صریحاً وجوب نفقه را منوط به عقد نکاح نکرده است و حتی در عبارات نخستین خود،

از شرطیت تمکین سخن می‌گوید که ممکن است در ابتدا فریبنده باشد (۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۶۵۴)؛ ولی با توجه به عبارت او در نفقه زوجه صغیره، متوجه می‌شویم که مقصودش از شرطیت تمکین، تمکین تعلیقی است که عبارت است از همان عدم نشوز؛ زیرا نفقه زوجه صغیره را با اینکه قدرت بر تمکین ندارد، با استناد به عمومیت ادله نفقه زوجات واجب دانسته است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۶۵۵). این نشان می‌دهد که سبب نفقه را عقد به تنهایی می‌داند و نشوز به شرط لا اخذ شده است نه اینکه تمکین به شرط شیء باشد؛ چون اگر تمکین را شرط می‌دانست، نباید در زوجه صغیره قائل به نفقه می‌شد؛ ثانیاً شیخ مفید درباره شرطیت یا عدم شرطیت تمکین، نفیاً یا اثباتاً حرفی به میان نیاورده‌اند (مفید، ۱۴۱۳ ق، ص ۵۱۸) و چه بسا مستفاد از برخی عبارت‌های شیخ مفید، توقف وجوب نفقه بر عقد نکاح باشد نه تمکین (شیری زنجانی، بی‌تا، ج ۲۵، ص ۷۹۸۶)؛ ثالثاً بر فرض وجود اجماع محصل، این اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی تهی از ارزش است (ایروانی، ۲۰۰۷ م، ج ۲، ص ۵۴؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵ ق، ج ۵، ص ۳۵۳)؛ افزون‌براین، به عقیده اصولیان صرف احتمال مدرکی بودن اجماع هم اعتبار آن را از بین می‌برد (طباطبائی قمی، ۱۴۱۳ ق، ج ۱، ص ۱۱؛ حائری، کاظم، ۱۴۳۰ ق، ج ۲، ص ۲۶۲)؛ رابعاً، شاید بتوان گفت اساساً اجماع تبعیدی که در اصطلاح اصولیان، معتبر تلقی می‌شود، وجود خارجی ندارد و آن هم ذاتاً مدرکی است؛ چون اجماع تبعیدی نیز تنها زمانی معتبر است که کاشف از رأی معصوم ۸ باشد و رأی معصوم ۸ هم متوقف بر بیان اوست و این بیان هم عیناً همان مدرک است که گاه توسط راویان مکتوب می‌شود و گاهی نمی‌شود. گاهی به دست ما می‌رسد و گاهی هم نمی‌رسد. اهل اصول می‌گویند اجماع مدرکی به دلیل اینکه مستند اجماع به ما واصل شده است، حجت نیست و باید خود نص را بررسی کرد؛ زیرا ممکن است فهم ما با فهم مُجمَعین از نص واصل متفاوت باشد؛ ولی اجماع تبعیدی را به جهت کشف از وجود نص معتبری که به قدام رسیده، ولی به ما نرسیده است، حجت می‌دانند. درحالی‌که در همین نصی که اجماع تبعیدی کاشف از آن است، ممکن است خوانش‌های متفاوتی وجود داشته باشد؛ ولی احتمال مذکور را در اینجا الغا کرده‌اند.

درباره اجماع منقول صاحب ریاض نیز ملاحظاتی به نظر می‌رسد: اولاً اجماع منقولی پشت گرم

به ادله حجیت خبر واحد است که اخبار حسی باشد، حال آنکه صاحب ریاض با استظهار حدسی از سخنان فقیهان نقل اجماع کرده است؛ ثانیاً استظهار ایشان گویا کمی دور از ذهن است؛ زیرا ازسویی، محقق حلی در سخن خود از واژه «الأظهر» استفاده می‌کند که نشان می‌دهد «ظاهر» از سخنان برخی از اصحاب، عدم شرطیت تمکین است؛ گرچه اظهر همان شرطیت است. ازدگرسو، «الأصحاب» نیز دلالتی بر استغراق تک تک افراد ندارد؛ چه، عرف در بسیاری از موارد با ملاحظه اکثریت نه همه، از الفاظ عام استغراقی بهره می‌برد؛ ثالثاً دلالت عدم الخلاف در تعبیر شهید بر وجود اجماع نیز محل درنگ است؛ چراکه شهید در جایی که اتفاق نظر در کار باشد، صریحاً از «اجماع» استفاده می‌کند. گذشته از این، شهید در مسئله تمکین صریحاً از تعبیر «المشهور» استفاده می‌کند که نشان می‌دهد دیدگاه رقیبی هم در این مسئله وجود دارد چه در قامت «اشهر»، چه «شاذ».

۲-۱. آیه «عاشروهنّ بالمعروف»

همسو با آیه ۱۹ نساء، شوهران موظف‌اند در معاشرت با همسران از جمله در مسئله نفقه (طریحی، بی تا، ص ۴۰۰؛ طبرسی، ۱۴۰۸ ق، ج ۳، ص ۴۰)، «معروف» را مراعات کنند. معروف به هر مقوله‌ای اطلاق می‌شود که مردمان یک جامعه آن را بشناسند و انکار نکنند (طباطبائی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۴۰۵؛ رضا، ۱۹۹۰ م، ج ۴، ص ۳۷۴). چون دستور به معاشرت با زنان در آیه شریفه مقید به قید «معروف» شده است، قهراً معنای امر به معاشرت با همسران، معاشرتی خواهد بود که در میان مسلمانان شناخته شده و عرفی باشد و آنچه در پرداخت نفقه بین مردم معروف و مرسوم است این است که شوهران تا پیش از تمکین زوجه (به عبارت دیگر در زمان نامزدی) نفقه را پرداخت نمی‌کنند (اهتمام، ۱۳۹۲، ج ۳، ص ۱۶۹)؛ بنابراین، آیه شریفه، مطلقات ادله وجوب پرداخت نفقه را (که در آنها موضوع نفقه، زوجیت معرفی شده است و نسبت تمکین و عدم تمکین لا بشرط است) تقیید می‌زند و وجوب آن را مخصوص عقد نکاحی قرار می‌دهد که در آن تمکین رخ داده باشد (طباطبائی کربلایی، ۱۴۱۸ ق، ج ۱۳، ص ۱۶۵).

در نقد این استدلال، پاره‌ای از نویسندگان بیان داشته‌اند که چنانچه جز این آیه مدرک دیگری بر وجوب نفقه در بین نبود، می‌توانستیم بگوییم وجوب نفقه زنی را که از تمکین امتناع بورزد،

دربر نمی گیرد؛ ولی آیات (طلاق ۶، ۷) و روایات متواتره ای وجود دارد که اطلاق دارند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۷، ص ۱۴)؛ البته به نظر می رسد که نقد ایشان وارد نیست؛ زیرا هسته استدلال مزبور، تقیید مطلقات به واسطه آیه است و در مقوله تقیید، در صورتی که مقید از نظر سند و دلالت صلاحیت قید زدن را داشته باشد، نه کوتاهی یا بلندی مقید مانع است، و نه واحد یا متواتر بودن دلیل مطلق می تواند در برابر تقیید ایستادگی کند. برای نمونه، اگر اخبار متواتره ای وجود داشته باشند که بگویند «مکلف با افطار عمدی موظف به آزادسازی یک برده است» و سپس خبر واحدی مبنی بر لزوم عتق برده مسلمان صادر بشود، خبر واحد تمام آن مطلقات را از شمولیت ساقط می کند؛ چون اطلاق و تقیید از عوارض دلالت است نه سند؛ اما باین حال، به نظر نویسندگان، چندان نمی توان با استدلال مذکور همدل بود؛ زیرا آیه قرآن، به عنوان مقید شأنی، در مقایسه با مطلقات ادله نفقه، یا به نحو پسینی لحاظ می شود یا به نحو پیشینی، که گویا در هر دو صورت، تقیید قابل اثبات به نظر نمی رسد. در فرض نخست، چه بسا شارع مقدس با «معروف» در آیه، منحصرأ اشاره به حکم مجعول شرعی داشته باشد و خواهان رواج دستورات و احکام شرعی باشد نه سیره رایج میان مردمان؛ همان گونه که برخی از مفسران «معروف» در آیات قرآنی را به طور کلی به معنای تفسیر کرده اند که شارع برای ما توصیف کرده است و ما را بدان فرامی خواند (شوکانی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۳۴؛ سمعانی، ۲۰۱۰م، ج ۱، ص ۲۳۱؛ آلوسی، ۱۴۱۵ق، ج ۹، ص ۸۱). بدین سان، دستور به معاشرت با زنان به شکل معروف، به معنای مراعات و پاسداشت معروف شرعی است نه عرفی، و معروف شرعی هم براساس مطلقات (البته در صورتی که ادله نفقه واقعاً اطلاقی داشته باشند، که در آینده به ابعاد این مسئله خواهیم پرداخت)، وجوب پرداخت نفقه به زوجه به شکل مطلق است؛ چه تمکین ابتدایی حاصل شود، و چه حاصل نشود؛ از این رو تقیید محل تأمل است.

در فرض دوم نیز، که مطلقات را در رتبه متأخر از آیه لحاظ کنیم، تقیید قابل اثبات نیست. فرض کنیم ما دو دلیل داریم که یکی از آنها شامل «الف» و «ب»، و دلیل دیگر، فقط شامل «ب» است. در صورتی دومی می تواند دلیل نخست را تقیید بزند و مدلولش را به «ب» فروبکاهد

که ازپیش بدانیم دلیل مطلق ما حاکم بر دلیل مقید نیست؛ چراکه اگر دلیل مطلق، لسان حکومت و نظارت بر مقید داشته باشد، با قطع نظر از نسبت عموم و خصوص مطلق میان دو دلیل، دلیل مطلق مقدم داشته می شود. در این مثال نتیجه این می شود که به جای آنکه مقید، «الف» را از مطلق خارج کند، این مطلق است که با حکومت تفسیریه مدلول مقید را گسترش، و هم طراز خود قرار می دهد. در مسئله نفقه هم ممکن است مطلقاتی که نفقه را لایشرط از تمکین و عدم تمکین واجب می کنند، حاکم بر آیه شریفه باشند؛ به ویژه اینکه این مطلقات از جهت زمانی بعد از آیه مذکور صادر شده اند که امکان حکومت تفسیریه آن ها بر آیه را قوت می بخشد. باری، اگر بتوانیم ثابت کنیم که «المعروف» در آیه همان معروف عرفی است که میان مردمان رایج شده است و نه معروف شرعی، دیگر تقیید دور از ذهن نیست؛ ولی نکته این است که اثبات انصراف «معروف» در آیات قرآن به معروف عرفی شاید کار آسانی نباشد و در نهایت ممکن است به یک انصراف ظنی برسیم و ظن نیز به خودی خود اعتباری ندارد.

۳-۱. استحالة وحدت مصدر و تعدد صادر

واجب شدن نفقه به مجرد عقد مستلزم این است که از عقد واحد دو عوض مختلف (مهریه و نفقه) پدید آید و از آنجایی که لازم باطل است، ملزوم (واجب شدن نفقه به مجرد عقد) نیز باطل خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۶۱؛ فرطوسی حویزی، ۱۴۱۶ق، ص ۲۴۵). به نظر می رسد دو بیان برای این تالی فاسد می توان تصور کرد: یکی اینکه معوض (بضع و امکان استمتاع جنسی) همواره یک عوض را در پی دارد که در عقد نکاح، این عوض همان مهریه است؛ اگر بنا باشد نفقه هم در برابر این معوض قرار بگیرد، لازم می آید که معوض واحد دارای دو عوض باشد؛ دیگر اینکه عقد با اغماض از مسئله عوض و معوض سبب مهریه است و چنانچه قائل شویم نفقه نیز متوقف بر اصل عقد است و تمکین در وجوب آن دخیل نیست، موجب می شود که از سبب واحد دو مسبب صادر شود. گویا مقصود از این استدلال این است که وابستگی نفقه به عقد مخالف با قاعده الواحد در فلسفه است؛ به همین دلیل عقلاً ممتنع است. این قاعده بیان می دارد که از سبب واحد عقلاً جز یکی صادر نمی شود؛ بدین معنا که منشأ واحد را در واحد و

منشأ کثیر را در کثیر باید جست‌وجو کرد (ابراهیمی دینانی، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۴۵۱). یکی از دلایل فلاسفه بر این قاعده آن است که اگر بنا باشد واحدی به‌عنوان علت، منشأ صدور دو معلول متفاوت همچون «الف» و «ب» باشد، لازم می‌آید که علت واحد منشأ صدور «الف» و «آنچه الف نیست» واقع شده باشد؛ زیرا صدور «ب» چیزی جز «ما لیس الف» نیست و این امر اجتماع نقیضین را در پی دارد (فخر رازی، ۱۴۱۱ ق، ج ۱، ص ۴۶۱؛ سهروردی، ۱۳۷۵، ج ۳، ص ۱۴۷)؛ بنابراین، برای رهایی از این محذور لازم است سبب وجوب نفقه را تمکین بدانیم نه خود عقد. در نقد این دلیل باید گفت: اولاً در اصل این قاعده میان ارباب اندیشه دیدگاه یکسانی وجود ندارد و گویا بسیاری از متفکران چه از اهالی فلسفه و چه از دانشیان اصول، قاعده الواحد را نپذیرفته‌اند (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۵، ص ۱۷۱؛ خمینی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۲۸۲)؛ ثانیاً بر فرض صحت قاعده مزبور، این قاعده مختص به تکوینات و موجودات تأصلیه است نه اعتباریات (بروجردی، ۱۴۱۹ ق، ص ۲۱۰؛ خمینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۴۷۷؛ مکارم شیرازی، ۱۳۹۰ ب، ج ۱، ص ۲۸۸). در دانش فقه که ساحت اعتبار و موجودات مفهومی است، می‌توانیم بدون پیروی از قواعد فلسفی و با اعتباراتی متفاوت از جهان تکوین پیش برویم؛ چراکه مقولات اعتباری تابع مُعتبر هستند نه قوانین فلسفی. فلسفه می‌تواند به جذابیت فقه و اصول بیفزاید؛ اما باید دقت داشت که بیش‌فربهی قواعد عقلی در این مجال ممکن است فقه را به اسارت بگیرد و به بن‌بست‌های سختی بکشانند؛ بنابراین، مُعتبر شرعی می‌تواند عقد نکاح را بدون فرادیدداشت احکام فلسفی، یک‌بار سبب مهریه و بار دیگر سبب نفقه قرار دهد؛ ثالثاً می‌توان گفت نفقه اساساً عوض عقد نکاح نیست و به عبارت دیگر، نفقه از متفرعات عقد نکاح است، نه به‌عنوان عوض آن. عقد فقط سبب ایجاد رابطه زوجیت است و شارع نفقه را به شکل مطلق برای زوجه قرار داده است. به دیگر سخن، نکاح تنها موضوع حکم شارع به وجوب نفقه همسر را درست می‌کند نه اینکه علت وجوب نفقه باشد تا با استناد به قاعده الواحد گفته شود یک چیز (نکاح) نمی‌تواند صادر کننده دو چیز (مهریه و نفقه) باشد.

۴-۱. استحالة ایجاب عوض مجهول

از آنجایی که نفقه همسران فراخور با عوامل گوناگون از جمله نیازهای شخصی و زمان و مکان متفاوت است و دارای اندازه ثابتی نیست، لازمه واجب شدن نفقه به وسیله عقد نکاح آن است که برای معوض، امر مجهول عوض قرار بگیرد که پذیرفتنی نیست؛ زیرا جهالت در عوض، سبب بطلان عقد خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ق، ج ۸، ص ۴۴۱؛ آل عصفور، بی تا، ج ۱۰، ص ۶۶)؛ اما به نظر می رسد بر فرض اینکه مجرد مجهول بودن عوض، باطل کننده معامله باشد، این استدلال تنها در صورتی کارایی دارد که نفقه را عوض استمتاع جنسی در نظر بگیریم؛ اما نفقه ممکن است صرفاً یک حکم شرعی باشد که با عقد نکاح موضوع وجوب نفقه، یعنی زوجیت، شکل می گیرد و سپس با ترتب حکم، شوهر موظف به پرداخت نفقه می شود. از این گذشته باید پرسید که فلسفه حکم شارع به بطلان معاملات غری از جمله معاملاتی که در آنها عوض مجهول است، چیست؟ تبعذگرای در قلمرو معاملات چندان پذیرفتنی نیست؛ معاملات اسبابی هستند برای درآمدزایی و گذران مطلوب زندگی که انجام آنها نیازمند قصد تقرب هم نیست؛ بنابراین به نظر می رسد نهی شارع از بیع غری، حکمی ارشادی است به جهت دفع ضرر از مردمان و فرو بستن راه نزاع و درگیری در جامعه (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۱۴)؛ بنابراین مجهولیت به شکل فراگیر موجب بطلان نیست. تنها در مواردی بطلان معامله را سبب می شود که یکی از طرفین معامله به واسطه مجهولیت عوض یا معوض متضرر شود و کار به نزاع و جدال کشیده شود؛ اما درباره عقد نکاح، مجهول بودن نفقه عرفاً ضرر تلقی نمی شود. بهترین دلیل بر این مطلب آن است که عقلای جهان به رغم مجهولیت نفقه، اقدام به ازدواج می کنند. این سیره جهان شمول نمایانگر این است که خردمندان در همه تمدن های بشری مجهولیت نفقه را برابر با تضرر و غری شدن عقد نمی دانند. همچنین باید توجه داشت که نفقه مثل مهریه تفصیلاً معلوم نیست؛ ولی تقریباً معلوم است. مردی که می خواهد ازدواج کند پیش از هر چیز حدس کاملی از هزینه ها و مخارج دارد؛ مثلاً مردی که با زنی از طبقه متوسط ازدواج می کند، به خوبی مقدار اجمالی نفقه روزانه آن زن را می داند یا کسی که با زنی از طبقه

بالا ازدواج می‌کند، واقف است که نفقه روزانه او طبیعتاً بالاتر خواهد بود. پس نفقه مصداق غرر نیست تا مشمول نهی از معاملات غرری قرار بگیرد. ضمن آنکه این حکم در عقود معاوضی جریان دارد و در عقد نکاح، حتی اگر شبه معاوضی دانسته شود، مجالی برای جریان و اجرا ندارد. نکته مهم دیگر آنکه حتی بر فرض که جهالت عوض را به شکل مطلق باعث فساد معامله بدانیم، باز گویا در عقد نکاح، دلیلی بر فساد وجود ندارد؛ زیرا به نظر فقیهان نکاح در ظاهر نوعی معامله است؛ ولی ملحق به عبادیات است (میرزای قمی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۹۳۴)؛ با وجود این، دیگر معلوم نیست دلیل نهی از غرر عقد نکاح را هم شامل شود.

۵-۱. روایات

الف - در منابع عامی نقل شده است که «پیامبر ۲ با عایشه ازدواج کرد و پس از دو سال با وی زفاف فرمود و [در این مدت] پیامبر نفقه‌ای پرداخت نکرد مگر بعد از دخول»^۱ (شیرازی، بی تا، ج ۳، ص ۱۴۸؛ ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۸، ص ۲۲۸).

این روایت عامی السند، هم در میان اهل تسنن (سابق، ۱۹۷۷م، ج ۲، ص ۱۷۱؛ ابن قدامه، ۱۹۸۳م، ج ۹، ص ۲۵۵) و هم در میان برخی از فقیهان شیعه دلیل بر شرطیت تمکین در وجوب نفقه قلمداد شده است؛ چراکه اگر نفقه با همان عقد واجب می‌شد، شرعاً لازم بود پیامبر ۲ آن را به زوجه‌اش پرداخت کند در حالی که براساس روایت، پیامبر ۲ فقط بعد از تحقق زفاف به همسرش نفقه پرداخت (فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۲۶۷).

برخی از نویسندگان بر این باورند که وجه فعل و کیفیت عملکرد پیامبر ۲ برای ما معلوم نیست و به همین دلیل نمی‌توان طبق روایت فتوا داد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۳۰۵؛ روحانی، ۱۴۳۵ق، ج ۲۲، ص ۳۲۳). بعضی دیگر هم گفته‌اند که فعل پیامبر ۲ براساس هیچ یک از دلالات سه گانه (تضمنی، مطابق و التزامی) دلالت بر این ندارد که نفقه با تمکین واجب می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۴۴۲)؛ زیرا اینکه پیامبر (ص) تا پیش از نزدیکی نفقه‌ای پرداخت نکرد، اعم از شرطیت تمکین است و با سببیت عقد در وجوب نفقه هم سازگار

۱. «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ تَزَوَّجَ عَائِشَةَ وَدَخَلَ عَلَيْهَا بَعْدَ سَنَتَيْنِ وَلَمْ يُنْفِقْ إِلَّا بَعْدَ دُخُولِهِ».

است؛ چون وجوب نفقه پیش از وقوعه، از جنس وجوب تکلیفی نیست، بلکه وجوب وضعی و به نحو سَلَف است؛ بنابراین عدم پرداخت نفقه از سوی آن حضرت ممکن است به همین جهت بوده باشد نه به سبب اینکه شرط وجوب نفقه تمکین زوجه است (شبیری زنجان، بی تا، ج ۲۵، ص ۷۹۹۱). پاره‌ای دیگر از نویسندگان نیز دلالت حدیث بر شرطیت تمکین را بی شائبه می‌دانند؛ ولی به جهت عامی بودن و ضعف سندی، به مضمون این حدیث فتوا نمی‌دهند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۰ الف، ج ۳، ص ۴۳۹).

به نظر می‌رسد یگانه مشکل همین ضعف سندی است (هرچند این ادعا خود نیازمند اثبات است و صرف عامی بودن سند سالب اعتبار نیست؛ به‌ویژه در مسائلی که داعی بر کذب در آن‌ها وجود ندارد) و گرنه از جهت دلالتی، شرطیت تمکین در نفقه استفاده می‌شود؛ زیرا نفقه عبارت است از مخارج و خورد و خوراک که زن در یک روز دارد و اگر با عقد واجب شده باشد، معنا ندارد که پیامبر ۲ آن را تا زمان تمکین به تعویق اندازد؛ مگر آنکه همسر پیامبر ۲ خودش بشخصه حق نفقه را در طول مدت پیش از نزدیکی ساقط کرده باشد که البته چنین چیزی از متن روایت به دست نمی‌آید.

ب - «از خدا درباره زنان پروا کنید؛ زیرا آنان نزد شما همچون امانتی‌اند. آنان را با امانت خدا به همسری گرفته‌اید و بهره‌گیری از آنان را با کلام خدا بر خود حلال کرده‌اید و بر شماست که روزی و پوشاکشان را به‌طور شایسته فراهم کنید.» (ابن خزیمه، بی تا، ج ۴، ص ۲۵۱؛ ابوعوانه، ۱۹۹۸ م، ص ۳۶۸).

وجه استدلال به این روایت چنین است که از سویی، پیامبر ۲ زنان را به عنوان عاریه‌هایی در نزد مردان معرفی کرده است و عاریه هم زمانی صادق است که زن به خانه شوهر رفته باشد و رفتن به خانه شوهر نیز کنایه از تحقق تمکین است (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۹ ق، ج ۲، ص ۷۷)؛ از سوی دیگر، حکم به وجوب نفقه هم متوقف بر عاریه بودن زنان شده است؛ بنابراین، وجوب نفقه تنها زمانی ثابت می‌شود که تمکین محقق شده باشد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ق، ج ۲، ص ۱۰۷).

گفته می‌شود که این روایت از جهت سندی وضعیت مطلوبی ندارد. از لحاظ متنی هم دچار اضطراب است؛ در برخی منابع، به جای «عوار»، «عوان» آمده است (بیهقی، ۲۰۰۳م، ج ۷، ص ۲۰۴؛ زیلعی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۲۹۷) و در برخی منابع هم اصلاً فقره اخیر، که اشاره به وجوب نفقه دارد، در روایت نیامده است؛ بنابراین اعتماد به این روایت برای استنباط حکم شرعی شاید دشوار به نظر برسد. گذشته از مشکل صدور، گویا این روایت از جهت دلالتی نیز یارای اثبات شرطیت تمکین را ندارد؛ زیرا به دلیل فقدان تفریع، از ظاهر روایت به دست نمی‌آید که وجوب نفقه منوط به عاریه‌ای بودن زنان شده باشد تا بتوان شرطیت تمکین را به دست آورد، بلکه برعکس، شاید بتوان گفت ظاهر روایت این است که تحقق عنوان زوجیت، سبب وجوب نفقه است؛ چون ضمیر «هن» در «لهن علیکم» به همان «نساء» در صدر روایت بازمی‌گردد که نسبت به تمکین و عدم تمکین لا بشرط است.

پ - از پیامبر ۲ که در خطبه وداع فرمود: «همانا برای زنان شما بر شما حقی است و برای شما بر آنان حقی است. حق شما بر آنان این است که به بستر شما کسی را راه ندهند و به خانه‌های شما کسی را وارد نکنند که شما او را نمی‌پسندید، مگر با اجازه شما، و مرتکب فحشا نشوند. اگر چنین کردند، خداوند به شما اجازه داده است که... پس اگر از این کارها دست کشیدند و از شما اطاعت کردند، بر شما واجب است که روزی و پوشاک آنان را به نیکی فراهم کنید»^۱ (حر عاملی، ۱۴۱۶ ق، ج ۲۱، ص ۵۱۷).

برخی از پژوهشگران بر این باورند که در این روایت به‌خوبی روشن می‌شود که نفقه در جایی است که زن به خانه شوهر رفته باشد و اساساً فرض اینکه هنوز به خانه شوهر نرفته باشد، از موضوع مسئله خارج است و در نتیجه هیچ ظهوری بر وجوب نفقه از آغاز عقد ندارد (شیری زنجانی، بی تا، ج ۲۵، ص ۷۹۹۸). این سخن درست است و این روایت به احتمال بسیار، سببیت

۱. عن النبی (ص) أنه قال فی خطبة الوداع: «إنّ لנسانکم علیکم حقاً ولکم علیهنّ حقاً، حقکم علیهنّ أن لا یوطئن فرشکم ولا یدخلن بیوتکم أحدّاً تکرهونه إلاّ باذنکم وأن لا یأتین بفاحشة فإن فعلن فإنّ الله قد اذن لکم أن... فإذا انتهین وأطعنکم فعلیکم رزقهنّ وکسوتهنّ بالمعروف».

عقد را به تنهایی در وجوب نفقه نفی می‌کند؛ ولی باز دلالت واضحی بر شرطیت تمکین ندارد؛ چراکه ممکن است مجموع عقد و حضور پیدا کردن زن در منزل شوهر باهم سبب نفقه باشد بدون شرطیت تمکین. به دیگر سخن، موضوع وجوب نفقه طبق این روایت حضور زن در منزل شوهر است و این هم اعم از تمکین است؛ مگر آنکه گفته شود این حضور عرفاً مستلزم نزدیکی و کنایه از تحقق تمکین از سوی زوجه است. باین حال، به نظر می‌رسد که شاید بتوان از واپسین بخش روایت شرطیت تمکین را استنباط کرد: «اگر از این کارها دست کشیدند و از شما اطاعت کردند، بر شما نفقه واجب است». در صورتی که عطف اطاعت بر دست کشیدن از گناه که عبارت از نشوز است، عطف تفسیری نباشد، می‌توان از جمله شرطیه مذکور دریافت که نفقه با دو شرط عدم نشوز و اطاعت واجب می‌شود و اطاعت هم مطلق است و شامل پیروی در همه امور از جمله تمکین است. طبق این خوانش، نفقه تا زمانی که تمکین صورت نگیرد، واجب نخواهد شد؛ اما اگر عطف مذکور از نوع تفسیری باشد، بدین معنا خواهد بود که نفقه صرفاً مشروط به همان عدم نشوز است و دیگر در مقابل شرطیت یا عدم شرطیت تمکین ساکت است.

۶-۱. سیره

یکی از استدلال‌هایی که موافقان شرطیت تمکین اقامه کرده‌اند، سیره متشرعه است؛ بدین معنی که سیره و ارتکاز متشرعان بر آن است که تا پیش از زفاف و تحقق نزدیکی، نفقه را پرداخت نمی‌کنند. این سیره نشان می‌دهد که عقد به تنهایی سبب وجوب نفقه نیست؛ بلکه تمکین از سوی زوجه نیز شرط است (ترحینی عاملی، ۱۳۸۵، ج ۶، ص ۶۱۷؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۴، ص ۴۷۹).

از دو زاویه بر این سیره اشکال وارد شده است: یکی اینکه اصل وجود چنین سیره‌ای مشکوک است (جمعی از نویسندگان، ۱۴۲۹، ق، ج ۲، ص ۷۷؛ طباطبائی قمی، ۱۳۸۱، ج ۵، ص ۳۷۰) و دیگر اینکه بر فرض وجود، اتصالش به زمان معصومین علیهم السلام محل تردید است (طباطبائی قمی، ۱۴۲۶، ق، ج ۱۰، ص ۲۹۷)؛ اما به نظر نگارندگان دو اشکال وارد نیست؛ تشکیک در وجود چنین سیره‌ای به انکار صریح حس و درک وجدانی بازمی‌گردد. با

کوچک‌ترین جست‌وجویی درمی‌یابیم که پرداخت نفقه میان متشرعان و حتی غیرمتشرعان تا پیش از نزدیکی الزامی تلقی نمی‌شود؛ مثلاً وقتی دختری ازدواج می‌کند، نه دختر و نه خانواده او در زمان نامزدی و پیش از تحقق نزدیکی طلبکار نفقه نمی‌شوند و از عدم پرداخت نفقه از سوی شوهر نه برآشفته می‌شوند و نه لب به شکایت می‌گشایند. این مسئله به اندازه‌ای شفاف است که حتی در تشریفات پیش از ازدواج مثل مراسم خواستگاری هم از رویه نفقه پرسش نمی‌کنند؛ چون در ذهنشان الزامی نبودن پرداخت نفقه تا پیش از تمکین کاملاً نقش بسته است.

اشکال دوم نیز پذیرفتنی نیست؛ زیرا پژوهشگر از راهایی می‌تواند به اتصال سیره مذکور به عصر معصومین β اطمینان حاصل کند؛ مثلاً فقهای متقدم و نزدیک به عصر معصومین β که به شرطیت تمکین اشاره کرده‌اند، هرگز از وجود سیره متفاوتی در این زمینه سخن نگفته‌اند؛ چنانچه فتوا، که آن را حکم ظاهری شرعی می‌دانند و برای آن ارجح والایی قائل هستند، با سیره متشرعان سازگار نباشد، بدون شک فقیهان به تخطئه سیره می‌پردازند و از وجود چنین سیره‌ای ابراز نگرانی می‌کنند. همچنین آنچه ثابت است، این است که تا بوده، شوهران قبل از نزدیکی خود را ملزم به پرداخت نفقه نمی‌دانند. حالا اگر این واقعاً سیره مستحدث و نادرستی باشد، باید برای آن در تاریخ نقطه عطفی یاد می‌شد. فرض کنیم در زمان حاضر عقد نکاح به صورت معاطاتی شکل می‌گیرد. اگر این سیره نادرست باشد، بدون شک در تاریخ ذکر می‌شد که عقد نکاح در زمان اهل بیت β با ایجاب و قبول لفظی جاری می‌شد؛ اما بعد از آن، سنت مذکور به انحراف کشیده شد و مسلمانان به عقد معاطاتی بسنده کردند. یکی دیگر از راهایی که به کمک آن اتصال سیره به زمان اهل بیت β احراز می‌شود، عدم کثرت سؤال است. برخی نویسندگان نگاشته‌اند:

مسئله‌ای که در آن اثبات وجود سیره قصد شده است، اگر از مسائلی باشد که محل ابتلای گسترده مردم باشد و باین حال، کثرت سؤالی در آن نیافتیم کشف می‌شود که آن سلوک در زمان معصوم ۸ ثابت بوده است و گرنه لازم می‌آمد که سؤال کردن پیرامون آن از سوی مومنان زیاد شود و یا خلاف آن از واضحات در نزد مردم باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۷، ص ۶۶).

از این امر که نفقه مسئله فراگیری است، ولی باین حال هرگز از کیفیت پرداخت آن سؤال نشده است، درمی‌یابیم سیره رایج در آن زمان عدم لزوم پرداخت نفقه تا پیش از نزدیکی بوده است؛ افزون‌براین، از روایات واردشده در مسئله «نظر» هم می‌توان فهمید که ارتکاز ذهنی متشرعان آن زمان، این بوده است که مهریه و نفقه در برابر تمکین و استمتاع جنسی هستند؛ چون در برخی روایات از امام باقر ۸ پرسش شده است که آیا مرد پیش از ازدواج می‌تواند به زنی که قصد ازدواج با او را دارد، نگاه کند؟ امام ۸ فرموده است: «بله می‌تواند چون او [مرد] زن را به بهای بالایی خریداری می‌کند»^۱ (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۳۶۵). بها همان‌طور که مهریه را دربرمی‌گیرد، شامل نفقه نیز می‌شود و نشان می‌دهد که ذهنیت و سیره مردمان آن زمان از جمله خود امام معصوم ۸ شرطیت تمکین در پرداخت نفقه بوده است نه اینکه نشوز زن صرفاً مانع باشد. اکنون که اشکالات صغروی منافع شدند، این سیره متشرعه به دو نحوه، حکم شرعی را ثابت می‌کند:

۱. کشف این از حکم شرعی: وقتی سیره متشرعانی که در معرض احکام و محضر شارع زندگانی می‌کردند بر امری قائم شود، مشخص می‌سازد که آن را از شارع مقدس تلقی کرده‌اند؛ چون احتمال اینکه سلوک عملی آن‌ها مستند به تشریع شخصی یا غفلت حسی یا تأثیرپذیری از سیره‌های فاسد میان دیگر مذاهب و سایر فرهنگ‌ها باشد، منتفی است. تشریع، که با فرض مسئله سازگاری ندارد، چون بحث در سیره متشرعه بود که تقوایشان آن‌ها را از تحریف بازمی‌دارد. غفلت حسی و تأثیرپذیری از دیگر فرهنگ‌ها هم معقول نیست؛ چون براساس حساب احتمالات، ممکن است یک متشرع به‌تنهایی از حکم شرعی غفلت کرده باشد؛ اما سهل‌انگاری همگی متشرعان معاصر با معصوم ۸ از حکم شرعی بسیار دور از ذهن است، به‌ویژه اینکه چگونه ممکن است نتیجه این غفلت‌ها یکسان باشد!

۲. عدم ردع شارع: روش دیگری که به‌واسطه آن می‌توان به حجیت سیره متشرعه رسید، این

۱. «سألت أبا جعفر ۸ عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال: نعم إنما يشترها بأغلا الثمن».

است که اگر سیره‌ای میان متشرعان باب شود، مثل همین پرداخت نفقه به شرط تمکین، چنانچه این سیره مخالف با حکم الهی باشد، بر امام معصوم 8 واجب است تا جهت نهی از منکر، سیره را مورد انتقاد قرار دهد؛ بنابراین وقتی می‌بینیم که به‌رغم رواج سیره‌ای در زمان معصوم، وی از آن ردع نفرموده، می‌فهمیم که آن سیره مورد امضای شارع است.

شاید این اشکال به ذهن خطور کند: آیا نمی‌توان گفت که مطلقاً ادله نفقه به منزله ردع شارع از سیره هستند؟ به نظر نگارندگان، پاسخ منفی به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً همان‌طور که در آینده خواهد آمد، اساساً چیزی به عنوان اطلاق در ادله نفقه وجود ندارد؛ ثانیاً اطلاق به تنهایی رادعیت کافی از سیره‌ای که در ذهن متشرعان به شدت رسوخ کرده است، ندارد و اگر واقعاً چنین سیره‌ای نهی شده است، حکمت شارع اقتضا می‌کند که با بیان صریحی ردع خود را ابراز کند. فرض کنیم در عقد اجاره، دستمزد اجیر شرعاً باید پیش از عمل و بعد از اجرای عقد پرداخت شود؛ ولی سیره متشرعیه بر این است که مردم اجرت را تنها پس از اتمام عمل پرداخت می‌کنند. حالا آیا منطقی است که شارع خردمند برای اینکه مردمان متشرع را بر نامشروع بودن چنین سیره‌ای دلالت کند، با اکتفا به اطلاق فقط بگوید «اجرت اجیر را پرداخت کنید؟! از این رو، این سیره متشرعیه است که اطلاق ادله نفقه را تقیید می‌زند نه اطلاق ادله که از چنین سیره‌ای بازدارد. حتی به نظر می‌رسد که اساساً نوبت به تقیید هم نمی‌رسد و این سیره از همان ابتدا مانع انعقاد اطلاق در ادله نفقه می‌شود؛ زیرا یکی از مقدمات حکمت در اطلاق این است که قدر متیقن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد؛ چون با وجود آن، حکمی که در ظاهر بر روی طبیعت کلی رفته است، فقط حصه‌ای را که در ذهن دو مخاطب وجود دارد، دربرمی‌گیرد و دیگر نمی‌توان فراگیری حکم را به دیگر افراد طبیعت استنباط کرد. در مسئله نفقه نیز وجود چنین سیره‌ای سبب می‌شود که مطلقاً ادله وجوب نفقه، فرض تمکین زوجه و تحقق زفاف را شامل شوند و درباره حالات دیگر یقینی نباشند. ممکن است کسی بگوید قدر متیقن تنها در فرض داخلی بودن و در مقام تخاطب بودن محل به اطلاق است، در حالی که سیره ادعاشده قدر متیقن خارجی است؛ ولی نکته این است که دلیلی نداریم که فقط قدر متیقن داخلی می‌تواند مانع از تمسک

به اطلاق شود. فلسفه قدر متیقن این است که مطلقاتی که به عرف القاء می‌شود، در اثر قراین گفتاری یا مقامی یا تناسبات حکم و موضوع و احکام دیگر نسبت به شمول حکم برای برخی افراد یقینی می‌شوند؛ اما نسبت به توسعه حکم به برخی افراد تردید می‌شود. بنابراین آنچه مهم است، این است که عرف در مراد گوینده تردید نکند؛ زیرا اطلاق یک ظهور است و با حصول تردید، این ظهور از بین می‌رود و دیگر نمی‌توان به اطلاق تمسک ورزید؛ چه به جهت قدر متیقن داخلی و چه به جهت وجود قدر متیقن خارجی. از میان فقیهان معاصر، آیت الله شبیری زنجانی همین دیدگاه را برگزیده است. ایشان ذیل یک روایت صحیح، بحث اطلاق را پیش کشیده، و گفته است:

به نظر ما قدر متیقن در مقام مخاطب که هیچ، قدر متیقن خارجی هم مانع از اطلاق است. در صحیح صنفان آمده است که از امام رضا ۸ درباره مردی پرسیدم که زن جوانی دارد که با او یک سال مباشرت نکرده است. امام فرمود: اگر زن را به مدت چهار ماه رها کرده، گناهکار است مگر آنکه با اجازه زن بوده باشد. سؤال این است که آیا این روایت شامل نکاح منقطع هم می‌شود یا خیر. آیت الله شبیری زنجانی پاسخ می‌دهد که با توجه به اینکه در زمان ائمه ازدواج موقت نزد عامه حرام شمرده می‌شد و کم اتفاق می‌افتاد، قدر متیقن همان ازدواج دائم است (بی‌تا، ج ۵، ص ۱۴۴۲).

۷-۱. تجميع قراین

چنان‌که گذشت، در میان ادله پیشین، شاید بهترین دلیلی که می‌تواند مشروط بودن نفقه را به تمکین اثبات کند، سیره متشرعه است. با قطع نظر از سیره، به نظر نگارندگان مطمئن‌ترین راه، تجميع قراین یا همان روش ضمائی است؛ بدین معنا که با کنار هم گذاشتن ادله‌ای که به خودی خود حجیتی ندارند، می‌توان به اطمینان رسید و به واسطه کبرای کلی حجیت قطع، مطلوب را به اثبات رساند. این روش را بسیاری از فقها در استنباط احکام به کار گرفته‌اند؛ مثلاً حجیت شهرت و اجماع منقول و قول لغوی را فی‌نفسه نمی‌پذیرند؛ ولی معتقدند ممکن است با انضمام همین قراین نامعتبر به یکدیگر، در مسئله فقهی به اطمینان رسید (حسینی سیستانی، بی‌تا،

ص ۹۹؛ انصاری، مرتضی، ۱۴۲۸ ق، ج ۱، ص ۱۹۲-۲۰۲؛ کاشف الغطاء، جعفر، بی تا، ج ۱، ص ۱۸۸؛ طباطبایی، ۱۲۹۲ ق، ص ۴۸۰). در مسئله نفقه نیز ممکن است اجماع و روایات و سیره هر کدام به خودی خود معتبر نباشند و امتیاز کافی را جهت اثبات حکم حائز نباشند؛ ولی شاید بتوان گفت ضمیمه این عناصر به یکدیگر ما را درباره شرطیت تمکین مطمئن می سازد. نکته مهم این است که روش تجميع قرائن مختص فقه و اصول نیست، بلکه رویکردی کاملاً عقلایی است که حتی در فلسفه غرب نیز مورد اهتمام فیلسوفان بوده است. برتراند راسل می نویسد:

مجموعه و هیئت از عقاید که فرداً فرداً ظنی و احتمالی است، اگر متقابلاً متوافق و متلائم باشند، درجه احتمالشان بیش از آن خواهد بود که به طور انفراد واجد هستند و به همین طریق است که بسیاری از فرضیات علمی کسب احتمال می کنند؛ یعنی در نظام و هیئت تألیفی معین از عقاید ظنی مندرج می گردند و بالتیجه درجه احتمالشان از آنچه بالانفراد واجد بودند، افزایش می یابد. درباره فرضیات کلی فلسفی نیز همین حکم صادق است. غالباً در یک مورد واحد این گونه فرضیات به نظر مشکوک می رسد؛ اما هرگاه نظم و تلائمی را که به توده نامنظم عقاید ظنی می بخشد، در نظر آوریم، یقین و قطعیت آنها تقریباً مسلم می شود (۱۳۵۲، ص ۱۷۳).

۲. ادله سببیت عقد در وجوب نفقه

دلیل فقیهانی که قائل هستند یگانه موجب نفقه، عقد است و تمکین یا عدم تمکین مدخلیتی ندارد، اطلاق ادله است که در آنها نفقه به عنوان حق زن بر گردن شوهر معرفی شده است. برای نمونه محدث بحرانی در اعتراض به سید صدرالدین محمد دشتکی که قائل به شرطیت تمکین بوده، و ادعا کرده است که روایتی بر وجوب نفقه پیش از تمکین نداریم، می نویسد: «اخباری که به آن اشاره کردیم، به وضوح نشان می دهد که نفقه تنها با عقد ازدواج مترتب می شود... و اینکه ایشان گفته است در این پیوند خبری به ما واصل نشده، بسیار عجیب است» (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۵، ص ۱۰۰)؛ بنابراین لازم است به بررسی روایاتی که ادعای اطلاق در آنها شده است، همت گماریم تا ببینیم آیا چنین ادعایی قابل پشتیبانی هست یا نه:

۱. روایت دعائم: «هفت چیز از اعمال بسیار شایسته است، پس شما را باد به آن‌ها... و نفقه بر عیال»^۱ (نوری، بی تا، ج ۱۵، ص ۲۱۷). «عیال» در متن روایت اعم از زوجه است و شامل همه افرادی می‌شود که تحت عیلوله مرد قرار می‌گیرند و مرد چه وجوباً و چه استحباباً نفقه آن‌ها را می‌پردازد؛ بنابراین، این روایت در این باره که آیا نفقه زوجه با صرف عقد نکاح واجب می‌شود یا مشروط به تمکین است، کاملاً ساکت است و در این زمینه هیچ نوع اطلاقی ندارد. این روایت حتی به اصل وجوب هم اشاره‌ای ندارد؛ چون امام ۸ نفقه را از «سوابق الأعمال» به معنای کارهای شایسته معرفی کرده است و مفهوم وجوب از آن استفاده نمی‌شود؛ بنابراین به طریق اولی فاقد اطلاقی ناظر به زمان واجب شدن نفقه است.

۲. «مرد مجبور است که به همسرش نفقه بدهد و اگر این کار را نکند، زندانی می‌شود. همچنین، زن مجبور است که فرزندش را شیر دهد و برای او نان بپزد و در خانه به او خدمت کند»^۲ (بروجردی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۵۷۵). نخستین اشکال این روایت ضعف شدید سندی است. از لحاظ دلالتی هم به هیچ وجه قابل تکیه نیست؛ زیرا طبق این روایت، لازم می‌آید زن شرعاً موظف باشد در خانه شوهر کار کند؛ در حالی که هیچ یک از امور خانه‌داری بر زن وجوب شرعی ندارد و زن می‌تواند در قبال آن‌ها از شوهر خود اجرت بگیرد. به همین جهت فقهای امامیه به مضمون این روایت فتوا نداده‌اند.

۳. امام صادق (ع) به شخصی که کنیز پسرش، اسماعیل را به عقد او درآورده بود، فرمود: «با او نیکی کن؛ شکمش را سیر کن، بدنش را بپوشان و گنااهش را ببخش»^۳ (حر عاملی، ۱۴۱۶ ق، ج ۲۱، ص ۵۱۱). نقدی که بر این روایت وارد است، این است که روایت مذکور تنها اصل احسان را ثابت می‌کند و درباره زمان واجب شدن نفقه هیچ گونه بیانی ندارد.

۱. «عن جعفر بن محمد (ص) أنه قال: سبع من سوابق الأعمال فعليكم بهنّ فذكرهنّ وقال فيهنّ: و النفقة على العیال».

۲. «عن علی (ص) قال: يجبر الرجل على النفقة على امرأته فان لم يفعل حبس وتجبر المرأة على أن ترضع ولدها وتجبر على أن تخبز له وتخدمه داخل بيتها».

۳. «قال: زوجنی ابو عبد الله ۸ جاریه کانت لاسماعيل ابنه فقال: احسن اليها. قلت: وما الاحسان اليها؟ قال: اشبع بطنها و اكس جنتها و اغفر ذنبها...»

۴. «از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: هر کس که نزدش زنی باشد و او را با لباسی که عورتش را بپوشاند، بپوشاند و غذایی که او را سرپا نگه دارد، به او ندهد، بر امام واجب است که بین آن‌ها جدایی بیندازد»^۱. به نظر می‌رسد که این روایت تنها به این نکته شرعی اشاره می‌کند که اگر شوهر از پرداخت نفقه ابا ورزید، امام (ع) بین او و همسرش جدایی می‌اندازد؛ اما اینکه در چه زمانی پرداخت نفقه بر شوهر واجب می‌شود، از زمان عقد یا پس از تمکین، از این روایت استفاده نمی‌شود. اگر هم بنا به استفاده زمان وجوب نفقه باشد، با شرطیت تمکین بیشتر سازگاری دارد؛ زیرا در متن روایت «من کانت عنده إمراً» وجود دارد؛ یعنی فرض در جایی است که زن نزد مرد است و «نزد مرد» هم یعنی در خانه شوهر که عرفاً ملازم با تمکین و تحقق زفاف است.

۵. اسحاق بن عمار نقل می‌کند که به امام صادق (ع) عرض کردم: حق زن بر شوهرش چیست؛ همان حقی که اگر آن را ادا کند نیکوکار خواهد بود؟ فرمود: «شکمش را سیر کند و او را بپوشاند، و اگر نادانی کرد، از او درگذرد»^۲ (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۵۱۰). صاحب حدائق چنین استدلال کرده است که وجوب نفقه براساس این روایت معلق بر وصف «إمراً» به معنای زن شده است. از طرفی تعلیق حکم بر وصف مشیر به علیت وصف است؛ و از طرف دیگر، با اجرای عقد نکاح عنوان زوجه صدق می‌کند؛ بنابراین پرداخت نفقه با تحقق عقد نکاح واجب می‌شود؛ زیرا روایت مطلق است و زن موضوع حکم است؛ چه تمکین حاصل شود، چه نشود. مهم آن است که نشوز رخ ندهد نه اینکه تمکین شرط باشد (بحرانی، ۱۳۶۳، ج ۲۵، ص ۱۰۰)؛ اما به نظر می‌رسد تعلیق حکم بر وصف اشاره به علیت ندارد بلکه صرفاً اشعار به علیت می‌تواند داشته باشد؛ از این رو، نمی‌توان چنین برداشت کرد که با مجرد تحقق عقد و صدق عنوان زوجیت، نفقه بر شوهر واجب می‌شود. همچنین عنوان زن و زوجه در

۱. «قال: سمعت ابا جعفر ۸ يقول: من کانت عنده امرأة فلم یکسها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم صلبها کان حقاً علی الامام أن یفرق بینهما.»

۲. «عن إسماعیل بن عمار قال: قلت لأبي عبد الله ۸ ما حق المرأة علی زوجها الذی إذا فعله کان مُحسناً قال یُسبِعُهَا وَ یُکْسُوها وَ إنْ جَهِلَتْ غَفَرَ لَهَا.»

روایات منصرف به زنی است که در خانه شوهر به سر می‌برد و نزدیکی میان آن‌ها واقع شده است. در نهایت، حتی با چشم‌پوشی از این اشکالات، ادله سببیت تمکین و ادله سببیت عقد به حالت تکافو خواهند رسید. در این حالت، اصل براءت، سرنوشت فقهی مسئله را به نفع شرطیت تمکین به فرجام می‌رساند. تقریر براءت در این مسئله با دو رویکرد ممکن است: براءت از تکلیف و براءت از شرطیت.

الف - براءت از تکلیف: قدر متیقن از مواردی که پرداخت نفقه بر شوهر واجب می‌شود، حالتی است که پس از وقوع عقد، زوجه تمکین خاص کرده، و نزدیکی میان زوجین واقع شده باشد؛ اما در وضعیتی که تنها عقد صورت گرفته، و هنوز تمکین خاصی از سوی زوجه رخ نداده است، تردید وجود دارد که آیا وجوب نفقه نیز در چنین حالتی جریان دارد یا خیر، که در این صورت، به دلیل شک در اصل ثبوت تکلیف، اصل عملی براءت جاری می‌شود و نتیجه آن است که تا پیش از تحقق نزدیکی، شوهر شرعاً مکلف به پرداخت نفقه نخواهد بود.

ب - براءت از شرطیت: می‌دانیم که بدون شک، با تحقق نزدیکی، نفقه زوجه بر گردن شوهر واجب می‌شود و هیچ‌یک از فقها در این مسئله به مخالفت نپرداخته است. شک داریم که آیا پیش از نزدیکی، صرف عقد نکاح سببیتی در استحقاق نفقه دارد یا خیر. اصل براءت سببیت عقد نکاح را نفی می‌کند.

۳. بررسی وضعیت زنان آسیب‌پذیر

ممکن است ایراد شود که مقید بودن استحقاق نفقه به تمکین، کارآمدی حق حبس زن را در مطالبه مهریه تضعیف می‌سازد؛ چراکه در صورت سقوط نفقه، یک ابزار فشار برای الزام زوج به پرداخت مهریه از میان می‌رود. تحلیل تفصیلی این مسئله از حوصله این مجال خارج است؛ با این حال نکاتی در مقام پاسخ مطرح می‌شود: نخست آنکه همواره امکان سوءاستفاده از قواعد حقوقی، حتی در محکم‌ترین آن‌ها وجود دارد و نمی‌توان از قانونگذار انتظار داشت پیشاپیش تمامی وجوه احتمالی سوءاستفاده را پیش‌بینی کند؛ چراکه این امر روند قانونگذاری را از غایت اصلی خود بازمی‌دارد؛ با این حال، در مواجهه با دغدغه پیش‌گفته، می‌توان تدابیری اندیشید؛

از جمله آنکه زوج می‌تواند با شرط وکالت در طلاق یا با پیش‌بینی حق مطالبه نفقه بدون قید تمکین، وابستگی خود به حق حبس را کاهش دهد؛ افزون‌براین، قانونگذار می‌تواند با بهره‌گیری از قواعد مسلم فقهی همچون «لاضرر» و «نفی عسر و حرج»، که از اصول پذیرفته‌شده در فقه امامیه‌اند، تمهیداتی حمایتی برای زنان آسیب‌پذیر مقرر کند. این حمایت می‌تواند نه در قالب الزام زوج به پرداخت نفقه در فرض عدم تمکین، بلکه از طریق نهادهای حمایتی، صندوق‌های معیشتی یا سازوکارهای قضایی تحقق یابد.

بدین ترتیب، ضمن حفظ انسجام نظام حقوقی و پایبندی به قواعد عمومی، می‌توان از زنان فاقد پشتوانه اقتصادی حمایت کرد، بی‌آنکه شوهر در فرض امتناع زوج از تمکین، مکلف به پرداخت نفقه شود. تمایز میان «سقوط تکلیف زوج» و «ضرورت حمایت اجتماعی از زوج» ضرورتی بنیادین در سیاست‌گذاری حقوقی است؛ بر همین مبنا، پیشنهاد نگارندگان آن است که این تمهیدات در قالب آیین‌نامه‌های اجرایی یا مقررات حمایتی تنظیم شوند تا ملاک‌های شناسایی و شیوه‌های حمایت از زنان آسیب‌پذیر، در اختیار مراجع ذی‌ربط قرار گیرد.

۴. معیار تمکین

نتایج این پژوهش نشان داد که استحقاق نفقه مشروط به تمکین زوج است؛ اما پرسش اساسی که اکنون مطرح می‌شود، آن است که آیا تمکین باید به صورت بالفعل محقق شود تا زوج مستحق نفقه باشد، یا آنکه صرف آمادگی کفایت می‌کند؟ به نظر می‌رسد پذیرش تمکین بالفعل به عنوان شرط وجوب نفقه، در بسیاری از موارد به نتایجی غیرعادلانه منتهی می‌شود که نه با فقه سازگار است و نه با عقلانیت حقوقی. در مواردی مانند دوران عادت ماهیانه که امکان تمکین کامل شرعاً یا عرفاً وجود ندارد، یا هنگام بیماری که تمکین مضر است، یا هنگامی که زوج خود به دلایلی از جمله سفر، دوری از همسر را رقم زده، و امکان تمکین را منتفی ساخته است، یا حتی در فرضی که زوج به دلیل حفظ جان خویش و پرهیز از خشونت یا تهدید، ناگزیر از ترک منزل مشترک شده است، اگر مبنای ما صرف تحقق فیزیکی تمکین باشد، در همه این موارد زوج به ناحق از نفقه محروم خواهد شد؛ درحالی‌که هیچ‌یک از این موارد را

نمی‌توان به معنای نشوز یا امتناع غیرموجه از وظایف زناشویی دانست. تمکین، درواقع ناظر به اراده و آمادگی زوجه برای ایفای وظایف مشترک زندگی است و صرف فقدان زمینه عملی برای تمکین، آن هم به دلایلی خارج از اراده زوجه، نمی‌تواند دلیلی برای اسقاط حق مالی او باشد. اصول کلی فقهی همچون قاعده لاضرر، نفی حرج، اصل عدالت و منع اکراه، همگی مؤید این معنا هستند که تکلیف مالی زوج، نباید معلق بر اموری خارج از اراده زوجه شود. ازاین‌رو، فقهای امامیه امتناع غیرموجه را معیار تحقق نشوز دانسته‌اند و در صورت موجه بودن امتناع، زوجه را همچنان مستحق نفقه می‌دانند؛ بنابراین، معیار صحیح و منطبق با عدالت و روح شریعت، آن است که تمکین بالقوه و آمادگی برای ایفای وظایف زناشویی، ملاک استحقاق نفقه باشد، نه تحقق آن به‌طور فیزیکی و بالفعل.

یافته‌های پژوهش

براساس یافته‌های این جستار می‌نماید که برخلاف دیدگاه قانونگذار محترم در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی و فقیهان گران‌قدر معاصر، نظریه درست‌تر آن است که وجوب پرداخت نفقه در مدت زمان اعمال حق حبس از سوی زوجه ساقط می‌شود؛ زیرا به نظر می‌رسد عقد نکاح به‌رغم نگرشی که امروزه در میان فقه‌پژوهان رایج شده است، سبب مستقل برای واجب شدن نفقه نیست؛ بلکه موجب نفقه عقد مقرون به تحقق تمکین است. بنابراین، این فقط عدم تمکین ناشی از نشوز نیست که پرداخت نفقه را ساقط می‌کند؛ بلکه حتی اگر عدم تمکین مستند به حق شرعی حبس نیز باشد، وجوب نفقه از شوهر ساقط خواهد شد؛ ازاین‌رو نگرشی که تمکین را در وجوب انفاق موثر نمی‌بیند، ناصواب است و در نتیجه ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی که حق دریافت نفقه را در زمان اعمال حق حبس برای زوجه همچنان ثابت می‌بیند، نیاز به تجدیدنظر و بازبینی دارد. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی نیز که کلیه حقوق زوجین را با تحقق عقد نکاح ثابت می‌داند، لاجرم براساس نتایج پژوهش حاضر نیازمند تخصیص و اخراج مقوله نفقه از حکم ماده خواهد شد.

منابع

آل‌عصفور، حسین بن محمد (بی‌تا). *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (محسن آل‌عصفور، به کوشش). قم: انتشارات میرزا محسن آل‌عصفور.

- آلوسی، محمود بن عبدالله (۱۴۱۵ ق). *روح المعانی فی تفسیر القرآن العظیم والسبع المثانی* (علی عبدالباری عطیه، به کوشش). بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابراهیمی دینانی، غلامحسین (۱۳۸۰). *قواعد کلی فلسفی در فلسفه اسلامی*. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی.
- ابن‌ادریس، محمد بن احمد (۱۴۱۰ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- ابن‌براج، عبدالعزیز بن نحیر (۱۴۰۶ ق). *المهذب فی الفقه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن‌حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸ ق). *الوسیله إلى نیل الفضیله*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- ابن‌خزیمه، محمد بن اسحاق (بی‌تا). *صحیح ابن‌خزیمه* (محمد مصطفی اعظمی، به کوشش). بیروت: المکتب الإسلامی.
- ابن سعید، یحیی بن احمد (۱۴۰۵ ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد (۱۹۸۳ م). *الشرح الکبیر علی متن المقنع*. بیروت: دار الکتاب للنشر والتوزیع.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد (۱۹۶۸ م). *المغنی*. قاهره: مکتبه القاهره.
- ابوعوانه، یعقوب بن اسحاق (۱۹۹۸ م). *مستخرج ابی‌عوانه* (ایمن بن عارف دمشقی، به کوشش). بیروت دار المعرفه.
- اصفهان‌ی، ابوالحسن (۱۳۸۰). *وسیله النجاه مع تعالیک الإمام الخمینی*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- انصاری، محمدعلی (۱۴۲۴ ق). *الموسوعه الفقهیة المیسره*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۲۸ ق). *فرائد الأصول*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ ق). *کتاب المکاسب*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- اهتمام، احمد (۱۳۹۲). *وسائل العباد فی يوم التناد*. قم: پژوهش‌های تفسیر و علوم قرآن.
- ایروانی، باقر (۲۰۰۷ م). *الحلقه الثالثه فی أسلوبها الثانی*. قم: مجین.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳). *الحدائق الناضره فی أحكام العتره الطاهره* (محمدتقی ایروانی، به کوشش). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- بروجردی، حسین (۱۳۷۳). *جامع احادیث الشیعہ فی أحكام الشریعہ*. قم: معزی ملایری.
- بروجردی، حسین (۱۴۱۹ ق). *الحجه فی الفقه* (مهدی حائری یزدی، به کوشش). اصفهان: مؤسسه الرساله.
- بیهقی، ابوبکر (۲۰۰۳ م). *شعب الایمان* (عبدالعلی حامد، به کوشش). ریاض: مکتبه الرشد للنشر والتوزیع.
- بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین (۱۳۷۴). *إصباح الشیعہ بمصباح الشریعہ* (ابراهیم بهادری، به کوشش). قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ترحینی عاملی، محمد حسن (۱۳۸۵). *الزبدۀ الفقهیة فی شرح الروضه البهیة*. قم: دار الفقه للطباعه والنشر.
- جمعی از نویسندگان (۱۴۲۹ ق). *موسوعه أحكام الأطفال وأدلتها*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.

- جمعی از نویسندگان (۱۳۹۷). *الفائق فی أصول الفقه*. قم: مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه.
- حائری، علی (۱۳۸۲). *شرح قانون مدنی*. تهران: گنج دانش.
- حائری، کاظم (۱۴۳۰ ق). *مباحث الأصول*. قم: دار البشیر.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق). *وسائل الشیعه* (محمدرضا حسینی جلالی، به کوشش). قم: مؤسسه آل البیت لإحياء التراث.
- حسینی سیستانی، علی (بی‌تا). *قاعده لاضرر ولاضرار*. قم: دفتر آیت‌الله سیستانی.
- حلی، شمس‌الدین محمد بن شجاع القطان (۱۳۸۱). *معالم الدین فی فقه آل یاسین دوره فقهیه کامله علی وفق مذهب الإمامیه* (ابراهیم بهادری و جعفر سبحانی، به کوشش). قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- خمینی، روح‌الله (۱۳۸۲). *تهذیب الأصول* (جعفر سبحانی، به کوشش). قم: اسماعیلیان.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۷۶). *جواهر الأصول* (سیدمحمدحسن مرتضوی لنگرودی، به کوشش). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- راسل، برتراند راسل (۱۳۵۲). *مسائل فلسفه* (منوچهر بزرگمهر، مترجم). تهران: خوارزمی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۲۹ ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. قم: طلیعه نور.
- رضا، محمد رشید (۱۹۹۰ م). *تفسیر المنار*. مصر: الهیئه المصریه للكتاب.
- روحانی، محمد صادق (۱۴۳۵ ق). *فقه الصادق*. قم: آیین دانش.
- زیلعی، جمال الدین (۱۴۱۴ ق). *تخریج الأحادیث والآثار الواقعه فی تفسیر الکشاف*. ریاض: دار ابن خزیمه.
- سابق، سید (۱۹۷۷ م). *فقه السنه*. بیروت: دار الكتاب العربی.
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۲۹ ق). *رسائل فقهیه*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ ق). *نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۳۰ ق). *مهذب الأحکام فی بیان الحلال والحرام*. قم: دار التفسیر.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۱۴ ق). *المراسم العلویه والأحکام النبویه*. قم: المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی لأهل البیت.
- سمعانی، منصور بن محمد (۲۰۱۰ م). *تفسیر السمعانی* (مصطفی عبدالقادر، به کوشش). بیروت: دار الکتب العلمیه.
- سهروردی، یحیی بن حبش (۱۳۷۵). *مجموعه مصنفات شیخ اشراق* (هانری کرین، به کوشش). تهران: مؤسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
- سیفی، علی اکبر (بی‌تا). *دلیل تحریر الوسیله* (کتاب النکاح). قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- شایگان، علی (۱۳۷۵). *حقوق مدنی*. قزوین: طه.

- شبییری زنجانی، موسی (بی تا). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
- شوکانی، محمد بن علی (۱۴۱۴ ق). فتح القدير الجامع بين فنى الرواية و الدراية من علم التفسير. بيروت: دار ابن كثير.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامية.
- شیرازی، ابراهیم بن علی (بی تا). المذهب فى فقه الإمام الشافعى. بيروت: دار الكتب العلمية.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر (۱۴۰۴ ق). جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث.
- صفائى، حسین؛ و امامی، اسدالله (۱۳۸۴). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.
- صیمری، مفلح بن حسن (۱۹۹۹ م). غایة المرام فى شرح شرائع الإسلام (جعفر کوثرانی، به کوشش). بيروت: دار الهادی.
- طباطبائی، محمد بن علی (۱۲۹۲ ق). القواعد والفوائد والإجتهاد والتقليد (مفاتيح الأصول). قم: مؤسسه آل البيت.
- طباطبائی، محمد حسین (۱۳۷۴). تفسير الميزان (سید محمد باقر موسوی، مترجم). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبائی قمی، تقی (۱۳۸۱). الدلائل فى شرح منتخب المسائل. قم: محلاتی.
- طباطبائی قمی، تقی (۱۴۱۳ ق). عمدة المطالب فى التعليق على المكاسب. قم: محلاتی.
- طباطبائی قمی، تقی (۱۴۲۶ ق). مبانی منهاج الصالحين. قم: قلم الشرق.
- طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی (۱۴۱۸ ق). رياض المسائل فى تحقيق الأحكام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت β لإحياء التراث.
- طباطبائی کربلائی، علی بن محمد علی (۱۳۶۸). الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع (سید مهدی رجایی، و سید محمود مرعشی، به کوشش). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸ ق). مجمع البيان فى تفسير القرآن (سید رسول هاشم، و فضل الله یزدی طباطبائی، به کوشش). بيروت: دار المعرفة.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (بی تا). تفسیر غریب القرآن (محمد کاظم طریحی، به کوشش). بی جا: زاهدی.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵). مجمع البحرين (سید احمد حسینی، به کوشش). تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق). كتاب الخلاف. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). المبسوط فى فقه الإمامية (محمد باقر بهبودی، به کوشش). تهران: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ ق). النهاية فى مجرد الفقه و الفتاوى. بيروت: دار الكتاب الإسلامی.
- عاملی غروی، جواد بن محمد (بی تا). مفتاح الكرامة فى شرح قواعد العلامة. بيروت: دار إحياء التراث العربی.

- عظیم‌زاده اربیلی، فائزه (۱۳۹۰). حق حبس در نظام حقوقی خانواده در اسلام. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۱۶ (۵۴)، ص ۵-۲۷.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ ق). *إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان* (فارس تبریزیان، به کوشش). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۱ ق). *تبصره المتعلمین فی أحكام الدین* (محمدهادی یوسفی غروی، و حسین درگاهی، به کوشش). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق). *تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (ابراهیم بهادری، به کوشش). قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع).
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ق). *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی. غیائی ثانی، اعظم (۱۳۹۶). بازخوانی ادله فقهی حق امتناع زوجه. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۲ (۶۷)، ص ۱۲۷-۱۴۲.
- فاضل موحدی لنگرانی، محمد (۱۳۸۱). *اصول فقه شیعه*. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ق). *كشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحكام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی. فتاح‌زاده، زهرا (۱۳۹۱). *عسرو حرج ناشی از اعمال حق حبس*. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۱۷ (۵۷)، ص ۲۹-۴۸.
- فخر رازی، محمد بن عمر (۱۴۱۱ ق). *المباحث المشرقیة فی علم الإلهیات والطبیعیات*. قم: بیدار.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). *إيضاح الفوائد فی شرح إشکالات القواعد* (علی پناه اشتهااردی، حسین موسوی، و عبدالکریم بروجرودی، به کوشش). قم: اسماعیلیان.
- فرطوسی حویزی، حسین (۱۴۱۶ ق). *التوضیح النافع فی شرح ترددات صاحب الشرائع*. قم: مؤسسه نشر اسلامی. فروتن، یوسف؛ مقدم، عیسی؛ داداشی نیاکی، محمد رضا؛ و مقصودی، رضا (۱۳۹۹). نقد رویه قضایی در اعمال حق حبس زوجه در پرتو سابقه فقهی. دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، ۲۵ (۷۳)، ص ۱۸۵-۲۱۱.
- فیض کاشانی، محمد بن شاه مرتضی (۱۴۰۱ ق). *مفاتیح الشرائع* (سیدمهدی رجایی، به کوشش). قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). *حقوق خانواده*. تهران: شرکت سهامی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: میزان.
- کاشف الغطاء، جعفر بن خضر (بی تا). *كشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کاشف الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ ق). *أنوار الفقاهة*. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء العامة.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۷). *الفروع من الکافی* (علی اکبر غفاری، به کوشش). تهران: دار الکتب الإسلامية.

- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳ ق). *المقنعة*. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق). *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان* (حسین یزدی، و مجتبی عراقی، به کوشش). قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰ الف). *أنوار الفقاهه فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ ق). *كتاب النکاح* (محمدرضا حامد، و مسعود مکارم، به کوشش). قم: مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۰ ب). *موسوعة الفقه الإسلامی المقارن*. قم: مؤسسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵). *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع* (علی اکبر غفاری، به کوشش). تهران: مکتبه الصدوق.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۸۵). *رسائل المیزان القمی*. قم: بوستان کتاب.
- نوری، حسین بن محمد تقی (بی تا). *مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل*. قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۸۲). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت*. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.