

گستره نفوذ قاعده الزام در رفع تعارض قوانین و قواعد مرتبط با نفقه^۱

سید محمد رضوی^۲

سیدعلی رضوی^۳

چکیده

نفقه یکی از الزامات شرعی و قانونی است که در نتیجه انعقاد عقد نکاح برای زوج ایجاد می‌شود؛ قانون مدنی ایران در ماده ۹۶۳ روابط شخصی و مالی زوجینی را که تابعیت واحد ندارند، تابع دولت متبوع شوهر دانسته است؛ اما وابستگی مسائل مرتبط با نفقه به دو نفر یعنی زوج و زوجه و فقدان قانون در مورد زمان وجوب پرداخت، کیفیت پرداخت و تأثیر عدم پرداخت در وضعیت نکاح و الزام به رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم جز در موارد مرتبط با انتظامات عمومی و لزوم رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، موجب ایجاد تعارض در احکام مرتبط با آن شده است. بنابراین، تعارض مزبور ممکن است علاوه بر تفاوت در تابعیت زوجین از ناحیه تفاوت مذهب، تفاوت دین و حتی تفاوت مجتهد ایجاد شود. از سوی دیگر، هر چند استناد فقیهان به قاعده الزام در باب طلاق و ارث شیوع دارد، لکن می‌توان در سایر مواردی که داخل در مجاری قاعده است نیز از آن کمک گرفت. در این پژوهش که با شیوه تحلیلی مقارن و مقایسه‌ای انجام شده است، تعارضات موجود در زمینه موجبات نفقه بیان و چگونگی رفع آن با اعمال قاعده الزام، با فرض پذیرش چندسویه بودن آن، تبیین شده و مورد تحقیق قرار گرفته است.

واژگان کلیدی

نفقه، قاعده الزام، تعارض قوانین، اعسار، تمکین، مطلقه

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۶/۶/۲؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۷/۹/۱۵

۲- استادیار گروه حقوق دانشگاه بیرجند، خراسان جنوبی، ایران (نویسنده مسؤول)

razavi1213@birjand.ac.ir

۳- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، خراسان رضوی، ایران

razavi1515@gmail.com

مقدمه

هرگاه شخص یا گروه بر اساس ضوابط و قواعد مربوط به خود، خود را ملتزم به امری بدانند، دیگری که به آن قاعده و ضابطه پایبند نیستند نیز می‌توانند التزام وی را به ضابطه یا قاعده مذکور بخواهند. این مضمون که در برخی تعابیر یک قاعده عقلایی مسلم (موسوی خمینی، ۱۴۲۴هـ.ج، ۲، ص ۱۶۲) و مستند به سیره (مکارم، ۱۴۲۴هـ.ج، ۷، ص ۲۳) دانسته شده و در مواردی چندسویه بودن و قابلیت تعمیم آن به غیر مذاهب اسلامی نیز پذیرفته شده است (جعفری، ۱۴۱۹هـ.ج، ۱۱، خونی، ۱۴۱۸هـ.ج، ۲۳، ص ۲۵۴؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ج، ۱۳، ص ۴۳۹۲؛ مکارم، ۱۴۲۴هـ.ج، ۷، ص ۲۶؛ محقق داماد، بی‌تا، ص ۱۵۵) همان قاعده الزام است که ضرورت همزیستی فقه آن را ایجاب می‌کند؛ زیرا از لحاظ قانون مدنی ایران نکاح زن غیرمسلمان ایرانی با مرد غیرمسلمان خارجی و یا نکاح زن مسلمان ایرانی با مرد مسلمان خارجی با رعایت ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی مجاز و بلامانع است (الماسی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۴) و زن و مرد مسلمان با مذاهب متفاوت نیز می‌توانند با یکدیگر ازدواج کنند و با توجه به قوانین متفاوت تعارض در آن امری حتمی خواهد بود. به عنوان مثال در فقه اهل تسنن زن یائسه عده دارد و در نتیجه زوج باید در ایام عده نفقه وی را بپردازد؛ لکن در فقه امامیه زن یائسه عده ندارد و لذا پرداخت نفقه نیز بر زوج واجب نخواهد بود. حال اگر زن امامی با مرد اهل تسنن ازدواج کند و در ایام یائسگی طلاق بگیرد، هرچند بر طبق مذهب امامیه نفقه ندارد، لکن به استناد قاعده الزام می‌تواند شوهر را ملزم به پرداخت نفقه در ایام عده نماید؛ زیرا شوهر، بر اساس قواعد مذهب خود، خود را ملتزم به پرداخت نفقه می‌دانسته است (موسوی خمینی، ۱۴۲۴هـ.ج، ۲، ص ۱۶۳).

برخی فقیهان نیز در قاعده الزام تردید کرده، لکن حکم مسائل مشابه را از قواعدی نظیر قاعده مقاصه نوعیه و قاعده اقرار استنباط کرده‌اند (همان، ص ۱۹۵) که بیان منابع، مبانی، گستره عمل و تطبیقات فقه هرکدام و مقایسه آن با قاعده الزام در مجال مناسب قابل بررسی و پژوهش است.

از سوی دیگر در تمسک به قاعده الزام اختلاف دیگری وجود دارد که چون میزان تأثیر آن در نتیجه بحث حاضر نادر یا معدوم است، از ورود به آن خودداری می‌شود و

آن این که در موارد تعارض آیا واقع امر و حقیقت قضیه واحد است یا این که واقع نیز مختلف خواهد بود؟ برخی فقیهان/بجنوردی، ۱۴۲۶هـ.ج، ۳، ص ۱۹۳) نظر اول و برخی (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ.ج، ۱۳، ص ۴۳۹۳) نظر دوم را اختیار کرده‌اند.

بیان مسأله

علاوه بر ادله قرآنی/نساء، ۳۴؛ طلاق، ۷-۶؛ بقره، ۲۳۳) و روایی(حرعاملی، ۱۴۰۹هـ.ج، ۲۱، ص ۵۰۹-۵۲۵) که مثبت نفقه زوجه است، تمامی فرق مسلمین در همه زمان‌ها بر ثبوت آن اجماع کرده‌اند(مرغینانی، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۵). بنابراین در اصل ثبوت نفقه هیچ‌گاه در میان مذاهب اسلامی تعارض قوانینی حادث نخواهد شد؛ هرچند این مسأله در مورد ادیانی که نفقه را ثابت نمی‌دانند و مرد مسلمان هم می‌تواند با زنان ایشان ازدواج کند، ممکن است. اختلافات احتمالی مذاهب، در مورد شروط و جوب نفقه، کیفیت شرطیت تمکن از نفقه، زمان استحقاق نفقه، مقدار و میزان نفقه و نیز مسقطات آن و موارد دیگری که می‌تواند مجرای قاعده الزام باشد، قابل طرح و بررسی است. در این مورد از یک سو قوانین موضوعه حاکم بر کشورهای اسلامی لازم‌الرعایه است و از سوی دیگر قاعده الزام وجود دارد که حکم برخی مصادیق را به هنگام تعارض مشخص می‌کند. در مواردی نیز قوانین موضوعه با احکام مستنبط از قاعده الزام در تعارض قرار می‌گیرد، بر اساس ماده (۲/۱۹) قانون مدنی عراق، ماده (۱/۱۳) قانون مدنی مصر، ماده (۱/۱۴) قانون مدنی سوریه، ماده (۱/۱۳) قانون مدنی لیبی، ماده ۱۲ قانون مدنی الجزایر و ماده ۳۹ قانون شماره ۵ کویت مصوب ۱۹۶۱ برخی آثار مترتب بر ازدواج مثل مهریه، نفقه، عده وفات و ... تابع قانون متبوع زوج است. اطلاق مواد فوق بین مذاهب مختلف اسلامی تفاوتی ننهاده است در حالی که به استناد قاعده الزام برخی از این مسائل ممکن است با تغییر مذهب متفاوت شود. ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه در محاکم مصوب ۱۳۱۲/۵/۱۰ و قانون رسیدگی به دعاوی مطروحه راجع به احوال شخصیه و تعلیمات دینی ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی مصوب ۱۳۷۲/۴/۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام، در مسائل مربوط به نکاح و طلاق، عادات و قواعد مسلمة متداوله در مذهبی را که شوهر پیرو آن

است، لازم الرعایه دانسته است. این مطلب در تبصره ماده ۴ قانون خانواده مصوب ۱۳۹۱ تأکید شده است.

بر اساس ماده ۶ قانون مدنی، قوانین مربوط به احوال شخصیه در مورد کلیه اتباع ایران حتی اگر مقیم خارج باشند، مجری است؛ لکن قانون ایران در مورد دو بیگانه صلاحیت ندارد (الماسی، ۱۳۹۰، ص ۸-۹). بر این اساس در یک پرونده زنی ایرانی علیه شوهر ایرانی خود در دادگاه کربلا اقامه دعوی نفقه می‌نماید و دادگاه بدوی به استناد مخالفت با نص ماده ۳۲ قانون مدنی عراق^۱، قانون ایران را در این مورد مجری نمی‌داند؛ لکن دادگاه تمیز این قرار را رد نموده و بیان کرده است آنچه در ماده ۳۲ آمده است، زمانی به آن عمل می‌شود که قانون خارجی مخالف با نظم عمومی یا آداب عراق باشد و از آنجا که دادگاه احوال شخصیه کربلا قانون ایران و اینکه آیا با نظم عمومی و آداب عراق مخالف است را نمی‌دانسته و... رای صادره مخالف با قانون محسوب می‌شود (محمد، ۲۰۰۹، ص ۱۰۹). بر اساس این ماده در قانون مدنی عراق عدم تعلق نفقه به زوجه مصداق مخالفت با نظم عمومی به شمار می‌آید. بر همین اساس دادگاه‌های ایران نیز می‌توانند به دعوی اشخاص بیگانه رسیدگی نمایند.

مستند به اصل ۱۲ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مذاهب اسلامی در احوال شخصیه، با حفظ حقوق سایر مذاهب، تابع مذهب خود خواهند بود و با توجه به جواز انعقاد نکاح بین مذاهب مختلف اسلامی و اختلاط مذاهب مختلف در برخی از مناطق کشور و نیز ازدواج مسلمانان با تابعیت متفاوت، این سؤال وجود دارد که در مصادیق متعدد و متفاوتی که قانون موضوعه نسبت به آن ساکت است یا قوانین متعارض وجود دارد، تکلیف دادگاه رسیدگی کننده به دعوی چیست و چه راه‌هایی پیش رو دارد؟ همچنین با توجه به این که در مسائلی که متن قانونی وجود ندارد، بر اساس اصل ۱۵۷ قانون اساسی باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مراجعه کرد^۲ و آن گونه که برخی فقیهان بیان

۱- ماده ۳۲ قانون مدنی عراق: تطبیق احکام قانون خارجی که در نصوص قبلی بیان شد جایز نیست؛ مگر آن که این حکام مخالف نظم عمومی و آداب عراق باشد.

۲- در قوانین دیگر کشورهای اسلامی نیز نظیر این اصل وجود دارد، در ماده ۱ قانون احوال شخصیه عراق آمده است: زمانی که در مورد قضیه‌ای نص قانونی وجود نداشته باشد، باید بر اساس مبادی شریعت اسلام که با

کرده‌اند، تکلیف مقلد آن است که در مسائل مربوط به حکومت از نظر ولیّ فقیه، و در مسائل دیگر از نظر مرجع تقلید پیروی کند/مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ هـ ج ۲، ص ۱۹. کدام قانون حاکم شناخته شده و بر چه اساس رای صادر خواهد شد؟ سوالاتی که پاسخگویی به آن از طریق اعمال قاعده الزام نیازمند بررسی و تحقیق است.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

۱- نفقه

نفقه اسم و از ریشه انفاق است، «انفق القوم» به معنای رونق داشتن بازار ایشان و «انفق الرجل» به معنای از بین رفتن مال وی در لغت آمده است (جوهری، ۱۴۱۰ هـ ج ۴، ص ۱۵۶۰؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ هـ ج ۵، ص ۴۵۵). انفق المال یعنی مال را صرف کرد و از بین برد (ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ ج ۱۰، ص ۳۵۸). فعل انفق زمانی که با علی متعدی شود به معنای برآوردن مخارج و عهده‌دار شدن هزینه‌های زندگی وی آمده است. نفقه نیز چیزی را گویند که انفاق می‌شود (همانجا). در بیشتر کتاب‌های فقه آنچه محل بحث و نظر است، مصادیق نفقه است و لذا در موارد بسیاری فقیهان بدون ارائه تعریفی از نفقه به ذکر مصادیق آن بسنده می‌کنند.

۲- فقر

علمای فقه اللغه فقر را به معنای حاجت و ضد غنا/ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ ج ۵، ص ۶۰ و به حالتی تعبیر می‌کنند که در آن ستون فقرات شخص شکسته (جوهری، ۱۴۱۰ هـ ج ۲، ص ۷۸۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ هـ ج ۵، ص ۶۱) و امکان عمل ندارد، به چنین شخصی فقیر می‌گویند (همانجا)؛ لکن در تفسیر معنای فقیر و نیز تفاوت آن با مسکین در لغت (ابن اثیر، بی تا، ج ۳، ص ۴۶۲) و ذیل آیه زکات (توبه، ۶۰) بحث‌های متعدد و نظرات گوناگونی وجود دارد (سبزواری، ۱۳۴۷، ج ۲، ص ۴۵۱) که برای جلوگیری از تطویل مطلب از ذکر آن خودداری می‌شود.

قاعده الزام در حقوق ایران

الف- کیفیت حدوث تعارض

تعارض قوانین به صورت عام و در خصوص مسائل خانواده و نفقه به صورت خاص از دیرباز جوامع بشری را به خود مشغول کرده است. تعارض مزبور که در نتیجه همزیستی طوایف و پیروان ادیان و مذاهب گوناگون در جامعه به وجود می‌آید، گاه ناشی از تعارض قوانین دولت‌های متبوع اشخاص و گاه ناشی از تفاوت در دین و مذهب یا حتی تفاوت دیدگاه مجتهدان می‌باشد. از دیرباز جامعه اسلامی نیز به دلیل تعدد فرق و مذاهب اسلامی با تفاوت‌هایی در قوانین و مقررات مرتبط با حوزه‌های مختلف از جمله نفقه مواجهه بوده است. بر این اساس در صورتی که دعوی در محکمه مطرح شده و طرفین دعوا هر یک تابعیت متفاوتی داشته یا پیرو مذهب متفاوتی باشند، قاضی باید ابتدا قانون حاکم بر دعوا را معین نماید. قواعدی که تعیین‌کننده قانون حاکم بر دعوا به شمار می‌روند و به اصل دعوا نمی‌پردازند، قواعد حل تعارض نام دارند (الماسی، ۱۳۹۰، ص ۱۶). علت حدوث تعارض این است که در فقه اسلامی به صلاحیت دیگر قوانین تصریح شده و حتی صدور حکم بر اساس آن جایز دانسته شده است. در صحیحه محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام آمده است: از امام درباره احکام سؤال کردم؛ فرمود: «تَجُوزُ عَلَيَّ أَهْلُ كُلِّ دِينٍ بِمَا يَسْتَحِلُّونَ» (جرعالمی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲۶، ص ۳۱۹).

یکی از قواعدی که در فقه شیعه به عنوان قاعده حل تعارض از روایات منقول از معصومان اصطیاد و مفاد آن در برخی از قضاوت‌های حضرت علی علیه السلام در مقام رفع تعارض قوانین، در دعاوی پیروان مذاهب مختلف به کار گرفته شده (صدوق، ۱۴۱۳ هـ، ج ۳، ص ۳۹؛ طوسی، ۱۳۹۰ هـ، ج ۴، ص ۴۰).

به عنوان استثنایی بر اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و همسو با اصول ۱۲ و ۱۳ آن مطرح است، قاعده الزام است (بجنوردی، ۱۴۲۶ هـ، ج ۳، ص ۱۸۳). به بیان دیگر در دعاوی که یک طرف پیرو مذهب شیعه باشد و حقی را از خواننده مخالف مطالبه نماید که در مذهب وی به رسمیت شناخته شده باشد، یا در صورتی که از خواننده شیعه حقی مطالبه شود که در مذهب خواهان مخالف به رسمیت شناخته نشده باشد، قاضی با اجرای

قاعده الزام، مخالف را به آنچه در مذهب وی مقرر شده است، ملتزم خواهد کرد. قاعده مزبور مستند به آیات، روایات، اجماع فقیهان، سیره متشرعه، سیره عقلا و حکم عقل می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۲۶ هـ.ج، ۳، ص ۱۷۹).

این قاعده مبنای تصویب قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه در محاکم مصوب ۳۱ تیر ماه ۱۳۱۲ شمسی است. به همین جهت سیستم حل تعارض در نظام حقوقی ایران با قاعده الزام اختلاف پیدا نمی‌کند. به موجب این ماده نسبت به احوال شخصیه و حقوق ارثیه و وصیت ایرانیان غیر شیعه که مذهب آنان به رسمیت شناخته شده است، محاکم باید قواعد و عادات مسلمه متداوله در مذهب آنان را جز در مواردی که مقررات قانون راجع به انتظامات عمومی باشد، رعایت نمایند. در مواردی که این عادات مسلمه و متداوله نباشد نیز سیستم حقوقی مجری و مستند به قانون مدنی در مورد ایشان اجرا خواهد شد.

به علاوه دو اصل ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی نیز می‌تواند از قواعد و قوانین تحت تأثیر قاعده الزام به شمار آید. در اصل دوازدهم در خصوص سایر مذاهب اسلامی مقرر شده است: «... مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی دارای احترام کامل می‌باشند... و احوال شخصیه (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت) و دعاوی مربوط به آن در دادگاه‌ها رسمیت دارند». در اصل سیزدهم نیز سه اقلیت زرتشتی، کلیمی و مسیحی به رسمیت شناخته شده و احوال شخصیه ایشان تابع قواعد دین خودشان دانسته شده است. بر این اساس در صورتی که بین دو تبعه ایران که یکی شیعه و دیگری پیرو یکی از مذاهب دیگر اسلامی یا سایر ادیان به رسمیت شناخته شده باشد و در خصوص نفقه اختلافی به وجود آید، دادگاه باید به استناد قاعده الزام طرف مقابل را به مقررات مذهب وی ملتزم نماید و در صورتی که مرد شیعه با زنی از پیروان سایر ادیان الهی ازدواج نماید، بازهم امکان تمسک به قاعده الزام در صورت حدوث اختلاف در خصوص مسائل مربوط به نفقه و ... وجود خواهد داشت.

اما در فرض مزبور در صورتی که شخص تابع کشور دیگری باشد، باید بر اساس مقررات ماده ۷ ق. م احوال شخصیه وی تابع مقررات دولت متبوع وی باشد. در این

صورت، قاضی باید با مراجعه به قاعده حل تعارض کشور فوق، قانون حاکم را بیابد/عکاشه، ۲۰۰۴م، ص ۲۶۳. در صورتی که قانون دولت متبوع به عنوان قانون حاکم معین شده باشد، قاضی می‌تواند در صورت همسویی با منافع طرف مقابل و عدم مخالفت با نظم عمومی، وی را ملزم به اجرای آن قانون نماید؛ اما در صورتی که قانون حاکم بر این قضیه، قانون اقامتگاه تعیین شده باشد، در صورتی که اقامتگاه ایشان در ایران باشد، قاضی می‌تواند به حکم قاعده الزام وی را به مقررات و قواعد متداول در مذهب وی ملتزم نماید.

این مسأله نیز واضح است که هرگاه بین زن و شوهر ایرانی مقیم خارج در مورد مسائل مالی و شخصی اختلاف پیدا شود و در کشور محل اقامت قانون دولت متبوع اشخاص را در مورد احوال شخصیه اجرا کنند، دادگاه‌های آنجا باید مطابق مقررات قانون مدنی ایران بین زن و شوهر ایرانی حکم نمایند(الماسی، ۱۳۹۰، ص ۱۷۱). لکن از آنجا که در ماده واحده سابق الذکر و در اصل ۱۲ و ۱۳ قانون اساسی قواعد اختصاصی ادیان و مذاهب به رسمیت شناخته شده، لازم الاجرا اعلام شده است تعارض قوانین همچنان وجود خواهد داشت. به عنوان مثال قانون مدنی فرانسه در ماده ۲۱۳ در آثار عقد ازدواج، قانون متبوع زوج را مجری می‌داند؛ اما در اصلاحات ۷ جولای ۱۹۷۰ از آن عدول کرده، قانون محل اقامت زوجین را لازم الاتباع دانست و قانون احوال شخصیه تونس در فصل ۴۸ در فرض اختلاف در تابعیت، قانون اولین اقامتگاه مشترک را و در فرض عدم وجود اقامتگاه مشترک، قانون محل انعقاد عقد را مجری می‌داند.

ب- مجرای قاعده الزام

به طور کلی قاعده الزام در فرضی اجرا می‌شود که شخصی در حالی خود را مستحق بدانند که به استناد قوانین حاکم بر احوال خود، وی چنین استحقاقی نداشته باشد؛ لکن قوانین مرتبط با طرف دعوی، در مورد وی لازم الاجرا شده، بتوان بر اساس آن اصدار رای نمود. به این دلیل گفته شده است(دانش پژوه، ۱۳۹۴، ۳۴/۱۰۳) در دعوای بین اتباع دولت اسلامی و بیگانگان اگر قانون خارجی حقی را برای اتباع دولت اسلامی به رسمیت شناخته

باشد که قوانین دولت اسلامی یعنی قانون مقر دادگاه آن را به رسمیت شناخته باشد، قاضی موظف است به موجب «قاعده الزام» و با استناد به قانون خارجی آن حق را برای اتباع دولت اسلامی به رسمیت شناخته و خوانده را به پرداخت آن حق یا انجام آن تعهد ملزم سازد. محدث عاملی در کتاب *وسائل الشیعه* بابتی را به نام «بَابُ أَنْ مَنِ اعْتَقَدَ شَيْئاً لَزِمَهُ حُكْمُهُ وَ جَاَزَ الْحُكْمُ عَلَيْهِ بِهِ» اختصاص داده است (حرعاملی، ۱۴۰۹هـ، ج ۲۶، ص ۳۱۹). یکی از مصادیق بحث مذکور مسائل مرتبط با نفقه می‌باشد؛ لذا در ادامه مسأله را، به تفکیک، در مورد مثبتات نفقه پی می‌گیریم و با توجه به گستره بحث، اختلاف در مسقطات آن را به فرصت‌های بعد موکول می‌کنیم.

تمکن از نفقه

الف- تأثیر شرط تمکن از نفقه بر وضعیت عقد

در این که تمکن از نفقه و فقیر نبودن، شرط صحت نکاح است یا شرط لزوم آن، یا اصلاً شرط نیست، بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. آن گونه که طوسی از ابوحنیفه و اصحابش نقل کرده است، فقیر کفو غنی محسوب نمی‌شود (طوسی، ۱۴۰۷هـ، ج ۴، ص ۲۷۴). همچنین شافعی در یکی از دو نظری که ابراز کرده، همین قول را برگزیده است (شربینی، ۱۹۹۴م، ج ۴، ص ۲۷۰). برخی فقیهان حنبلی نیز در این مورد دو گروه روایت متفاوت را ارائه کرده‌اند (مقدسی، ۱۹۶۸م، ج ۷، ص ۳۷). برخی فقیهان از منطوق روایت «الْكُفُوُّ أَنْ يَكُونَ عَفِيفًا وَ عِنْدَهُ يَسَارٌ» (کلینی، ۱۴۰۷هـ، ج ۵، ص ۳۴۷) از امام صادق علیه السلام، استفاده کرده و شرط تمکن از نفقه را نتیجه گرفته‌اند (طی، ۱۴۰۷هـ، ج ۳، ص ۳۰۱). کسانی که تمکن از پرداخت نفقه را شرط نمی‌دانند در صورت حدوث عجز از پرداخت نفقه (بلخی، ۱۳۱۰هـ، ج ۱، ص ۵۵۰) نیز برای زن خیاری قائل نیستند (طی، ۱۴۱۸هـ، ج ۱، ص ۱۸۰). برخی نیز راه حل سومی ارائه کرده‌اند و آن این که در شرایطی که زوج ملأنت برای پرداخت نفقه ندارد، زن می‌تواند به حاکم مراجعه کرده و حاکم مرد را اجبار به طلاق یا پرداخت نفقه نماید.

برخی فقیهان (طی، ۱۴۱۵هـ، ص ۱۸۷) با استظهار از آیات قرآن قاعده‌ای کلی را استنباط کرده‌اند که بر اساس آن هر شخص در رابطه زوجیت باید یکی از دو طریق ذیل را

بیماید: یا حقوق زوجه را به صورت کامل و بر وجه شرعی ادا نماید که آیه «فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ» (بقره، ۲۲۹) بر همین مورد دلالت دارد و امساک با ترک انفاق، امساک به معروف نیست/مقدسی، ۱۹۶۸، ج ۱، ص ۲۰۴، یا رابطه زوجیت را فک نموده و به صورت نیکو زوجین از یکدیگر جدا شوند. ادامه همان آیه که می‌فرماید «وَتَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» بر این مطلب دلالت دارد/حلی، ۱۴۱۵هـ ص ۱۸۷).

ب- اجرای قاعده الزام در فرض عجز از پرداخت نفقه

با توجه به این که ثبوت حق فسخ برای زوجه، یک حق محسوب می‌شود، نتیجه پیوند این نظر با قاعده الزام این خواهد شد که در مواردی که طبق مذهب زوجه برای وی حق فسخی وجود نداشته باشد، لکن زوج غیرامامی در مذهب یا قانون متبوع خود آن را پذیرفته باشد، زوجه می‌تواند از این حق به نفع خود استفاده نماید و عقد را فسخ کند. قانونگذار ایران نیز در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی بیان کرده است در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه؛ لکن ماده ۱۱۰ قانون احوال شخصیه سوریه در فرض عجز شوهر از دادن نفقه، دادگاه را مکلف کرده است مهلت مناسبی که از سه ماه تجاوز نکند به زوج بدهد و اگر در این مدت اقدام به انفاق ننماید، قاضی باید حکم به جدایی بدهد. آنچه در هر دو قانون مشهود است، این که بین زوجه‌ای که خود توانایی انفاق خود را دارد و زوجه‌ای که این توانایی را ندارد، هیچ تفاوتی گذاشته نشده است؛ در حالی که فقیهان برخی مذاهب فقه مثل حنفیه بین این دو تفکیک قائل شده‌اند (براه و الحموی، ۲۰۱۲، ص ۶۶۱). این درحالی است که در قوانین برخی کشورهای اسلامی مثل مراکش نه تنها زوج معسر مکلف به انفاق نیست، بلکه در ماده ۱۹۹ قانون خانواده زوجه موسر، به انفاق به زوج و نیز فرزندان مکلف شده است. دلیل عدم تکلیف زوج آیه «لَا يَكُلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا» (بقره، ۲۸۶) است که با تعابیر متفاوت بارها در قرآن تکرار شده است (بقره، ۲۳۳؛ انعام، ۱۵۲؛ اعراف، ۴۲؛ مؤمنون، ۶۲). حتی در این کشور در سال ۲۰۱۱م، به تبعیت از قوانین

تونس، صندوقی به نام صندوق تکافل اجتماعی تاسیس شده است که مسؤولیت پرداخت نفقه را، در موارد عجز از آن، بر عهده دارد.

زمان استحقاق نفقه

الف- انعقاد عقد نکاح

اولین و اساسی‌ترین شرط برای استحقاق نفقه انعقاد عقد نکاح صحیح شرعی است. واضح است که در تشریفات یا قصدی بودن نکاح و نیز شرایط لازم برای انعقاد عقد بین مذاهب اسلامی اختلاف نظر وجود دارد (جزیری، ۱۴۱۹ هـ ج ۴، ص ۲۵-۲۸). به عنوان مثال در فقه امامیه نکاح بدون حضور دو شاهد نیز منعقد می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۵، ص ۱۱۲) و مرد متعهد به پرداخت نفقه می‌گردد؛ لکن در فقه اهل تسنن بدون شاهد نکاح منعقد نمی‌شود. حنفیه، حنبلیه و شافعیه حضور شاهد را در زمان عقد شرط می‌دانند و مالکیه تا زمان زناشویی توسعه داده‌اند (روحیه، ۱۴۲۸ هـ ص ۶۰۷). بنابراین مسأله یکی از مجاری تعارض بوده و می‌توان قاعده الزام را در آن جاری کرد.

ب- شرطیت تمکین یا مانعیت نشوز

در شرطیت تمکین یا مانعیت نشوز برای استحقاق نفقه اختلاف نظر وجود دارد (جزیری، ۱۴۱۹ هـ ج ۴، ص ۶۸۰). مشهور فقیهان تمکین را شرط لزوم پرداخت نفقه می‌دانند (طوسی، ۱۳۸۷ هـ ج ۲، ص ۳۲۶؛ حلی، ۱۴۰۸ هـ ج ۲، ص ۲۹۴).^۱ حتی برخی در این مورد ادعای عدم تحقق خلاف کرده‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۵، ص ۴۶۸). اما حنفی‌ها عقد صحیح و احتباس را سبب وجوب آن دانسته‌اند (فخری غانم، ۲۰۰۹ م، ص ۲۲۷). در این مورد در حقوق ایران متن قانونی وجود ندارد. نظریه رایج بین حقوقدانان که نشوز را مانع استحقاق نفقه می‌داند و نیز رویه جاری دادگاه‌ها، انعقاد عقد را زمان استحقاق نفقه می‌دانند.

۱- جهت اطلاع بیشتر بنگرید به: مکی، ۱۴۱۰ هـ ۱۸۹؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۴ هـ ج ۳، ص ۲۰۹؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۱۰، قسم ۱،

ص ۶۴؛ سرخسی، ۱۹۹۳ م، ج ۵، ص ۱۸۱

بر اساس ماده ۲۳ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ و اصلاحات بعدی اولاً- از زمان انعقاد عقد صحیح نفقه زوجه، حتی اگر در منزل پدر یا بستگان خود ساکن باشد، بر زوج واجب است؛ مگر زمانی که زوج انتقال وی به منزلش را درخواست نماید و زوجه بدون حق امتناع نماید؛ ثانیاً- زوجه زمانی حق امتناع دارد که زوج مهر حال وی را به وی نپردازد و یا نفقه وی را پرداخت نکند. در حقوق مصر نیز بر اساس ماده ۱ قانون احوال شخصیه اصلاحی ۱۹۸۵م، نفقه زوجه از تاریخ عقد صحیح بر عهده زوج قرار می‌گیرد؛ مشروط به این که زن خود را در اختیار مرد قرار دهد، ولو به صورت حکمی. و از این جهت تفاوتی بین دارا و ندار بودن زن وجود ندارد.

دو تفاوت عمده با آنچه در قوانین و رویه قضایی ایران حاکم است، دیده می‌شود: اول این که نشوز را مانع نفقه دانسته است. دوم این که عدم پرداخت نفقه را نیز از موجبات حق حبس معرفی کرده است. نتیجه‌ای که از این تفاوت حاصل می‌شود، این است که اگر زوجه ایرانی علیه زوج عراقی خود در دادگاه ایران طرح دعوی نماید، با توجه به قاعده الزام می‌توان قانون عراق را بر وی تحمیل کرده، اولاً نشوز را مانع نفقه دانست و او را به محض انعقاد عقد به نفقه محکوم نمود. ثانیاً با عدم پرداخت نفقه برای زن حق فسخ قائل شد. ماده ۷۴ قانون خانواده الجزایر وجوب نفقه زوجه را مشروط به انجام عمل زناشویی و یا دعوت زوج از زوجه نموده است.

با توجه به فقدان قانون در زمینه شرطیت تمکین یا مانعیت نشوز در حقوق ایران و لزوم مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در فرضی که یکی از طرفین، مقلد مرجعی باشد که تمکین را شرط وجوب نفقه می‌داند و طرف دیگر از کسی تقلید کند که نشوز را مانع می‌داند، در این صورت اگر نفر اول زوجه باشد، هرچند زوج بر اساس مبانی خود باید نفقه را به محض انعقاد عقد پرداخت نماید، لکن می‌تواند به استناد قاعده الزام از پرداخت آن امتناع نموده، آن را منوط به تمکین کند. به نظر برخی فقیهان قاعده الزام در اختلاف دو مجتهد از امامیه جاری نیست؛ هرچند در صورت اختلاف فتوی ممکن است یکی از آنها مخطیء و دیگری مصیب باشد/بجنوری، ۱۴۲۶هـ ج ۳، ص ۱۸۷؛ لکن در فرض اختلاف دو مذهب از مذاهب اهل تسنن در اجرای آن تردید شده است(همانجا).

با توجه به آنچه گفته شد، چون اصل ثبوت نفقه بر ذمه زوج در میان مذاهب اسلامی اتفاقی است، قاعده الزام نیز به دلیل فقدان تعارض اجرا نخواهد شد. تنها نکته‌ای که باقی می‌ماند، اختلافی است که قانونگذار تونس در فصل ۴/۲۳ از مجله احوال شخصیه این کشور بر آن اساس قانونگذاری کرده و زوجه را نیز، در فرض داشتن مال، ملزم به پرداخت نفقه دانسته است.

همچنین اختلاف نظر در مصادیق نشوز ممکن است منتهی به اختلاف در برخورداری از نفقه و تعارض قوانین در مورد آن شود؛ به عنوان مثال در ضمن عقد نکاح زن شرط می‌کند که مرد حق منع وی از اشتغال را ندارد. از نظر فقیهان امامی شرط مزبور نافذ است (موسوی خمینی، ۱۴۰۹ هـ ج ۳، ص ۱۲۲). لکن در فقه برخی از مذاهب اسلامی چون شافعیه و حنفیه چنین شرطی باطل و فاقد اثر است (ابن نجیم، ج ۶، ص ۱۹۷؛ شافعی، ۱۴۲۹ هـ ج ۵، ص ۷۹). بر این اساس اگر مردی با زنی که پیرو یکی از مذاهب فوق است، ازدواج نماید و زن را با وجود شرط ضمن عقد از اشتغال منع کند، می‌تواند برای اثبات ناشزه بودن و عدم استحقاق نفقه زن به قاعده الزام و دیدگاه مورد قبول در فقه مذهب متبوع وی استناد نماید. عکس این امر نیز ممکن است؛ یعنی زنی که در مذهب شوهرش شرط مزبور صحیح تلقی شده است، می‌تواند به استناد شرط مزبور به کار خود ادامه دهد و منع بعدی شوهر اثری در استحقاق نفقه وی نخواهد داشت.

به علاوه از نظر شافعیه و برخی از حنفی‌ها، بیرون رفتن زن برای اشتغال چه با اجازه و چه بدون اجازه شوهر مسقط حق نفقه وی خواهد بود (انصاری، ۱۴۲۲ هـ ج ۳، ص ۴۳۶؛ حصکفی، ۱۳۸۶ هـ ج ۲، ص ۵۷۷). بر این اساس زوج شیعه می‌تواند به استناد قاعده الزام و بر اساس نظریه پذیرفته شده در فقه مذهب متبوع وی، از تادیبه نفقه به وی خودداری نماید.

در مورد لزوم انفاق توسط زوجه‌ای که اشتغال به کار دارد نیز اتفاق نظر وجود ندارد. به نظر فقیهان متقدم اهل تسنن نمی‌توان زن را اجبار کرد. مجمع فقه اسلامی نیز در دوره ۱۶ در سال ۱۴۲۶ در دبی این نظر را تأیید کرده است؛ لکن در مقابل، برخی انفاق زوجه کارمند را واجب (ابن حزم، بی‌تا، ج ۹، ص ۲۵۴) و برخی از فقیهان معاصر اهل

تسنن آن را از باب مکارم اخلاق دانسته‌اند^۱ در میزان آن نیز اختلاف نظر کرده‌اند؛ در این صورت بر طبق نظر کسانی که انفاق توسط زوجه را لازم می‌دانند، زوج می‌تواند زوجه‌ای را که تابع قاعده فوق است، به تسهیم در نفقه اجبار نماید.

زمانی که دو مذهب از مذاهب اهل تسنن که با یکدیگر اختلاف نظر دارند، نظیر اختلاف حنفی‌ها با دیگر مذاهب در مورد شرطیت تمکین یا مانعیت نشوز، در دادگاه‌های ایران طرح دعوی نمایند، قاعده الزام جاری نمی‌شود؛ زیرا قاعده، مربوط به رابطه شیعه با غیر شیعه است (فاضل لنگرانی، ۱۴۱۶هـ، ص ۱۷۲). نیز قوانین مذهبی که به مذهب شیعه نزدیکتر است، به دلیل این که صرف استحسان (دانش پژوه، ۱۳۹۴، ۴۷/۱۰۳) است، جاری نمی‌شود؛ بنابراین باید به قوانین جاری مملکت که بر اساس مذهب امامیه است، مراجعه کرد؛ هرچند ممکن است این قوانین با یکی از فرق فوق الذکر همسو باشد.

مقدار نفقه و مصادیق آن

نکته دیگر این است که چه مقدار از نفقه می‌تواند جلوی تحقق اعسار را بگیرد و مانع درخواست طلاق توسط زن شود؟ در برخی کشورهای اسلامی که قوانین آنها از مذهب مالکی گرفته شده است، نظیر سوریه (براهه و الحموی، ۲۰۱۲م، ص ۶۵) و سودان، به حداقل لازم برای استمرار حیات اکتفا شده است. در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی ایران نیز پرداخت نفقه مطلق آمده است؛ لکن ماده ۱۱۰۷ بر آن حکومت دارد و نیازهای متعارف زوجه را شامل می‌شود.

با توجه به اختلاف نظری که در مورد مسأله محل بحث میان اندیشمندان اهل تسنن وجود دارد، و با توجه به قاعده الزام که می‌گوید مخالفان را به آنچه بدان ملتزم هستند، التزام نمایید، در فرضی که هر کدام از فرق مختلف ایشان دارای شرایط و قوانین خاصی باشند، در مواجهه با هر کدام از ایشان باید طبق عقیده خودشان با آنها برخورد کرد؛ هرچند برخی فقیهان معاصر در این مورد نظر مخالف ابراز کرده و بیان داشته‌اند ملاک

۱- القرضاوی و الکیلانی، به نقل از: منیه، بی‌تا، ص ۲۱.

در الزام، نظر جمهور اهل تسنن می‌باشد/شبییری، ۱۴۱۹هـ، ج ۱۳، ص ۴۳۹۴). بنابراین نظر فوق، قاعده الزام تنها در مواردی جاری می‌شود که مسأله محل اختلاف منتسب به جمهور اهل تسنن باشد و الا قاعده الزام امکان اجرا ندارد.

الف- نفقه زوجه

بر اساس ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی، نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن، از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم در صورت عادت یا احتیاج به واسطه نقصان یا مرض.

نکته اول این که به استناد قاعده الزام، زوجه غیرایرانی در صورتی که غیرمسلمان باشد و در دین خود از نفقه برخوردار نباشد، به استناد قاعده الزام و با فرض پذیرش چندسویه بودن آن و تعمیم به سایر ادیان/خوئی، ۱۴۱۸هـ، ج ۳۳، ص ۲۵۴؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ، ج ۱۳، ص ۴۳۹۲؛ محقق داماد، بی‌تا، ص ۱۵۵) از حق نفقه برخوردار نخواهد بود. در موارد مشابه، نظیر این استدلال از برخی فقیهان معاصر مشاهده شده است. به عنوان مثال در یک مورد از حکم ازدواج با دختران مسیحی بدون علم ولی شرعی ایشان سؤال شده و در پاسخ آمده است اگر در دین ایشان علم ولی شرط نیست، چنین ازدواجی جایز است/حسینی شیرازی، ۱۴۲۸هـ، ص ۷۸).

نکته دوم بر اساس قوانین موضوعه برخی کشورهای اسلامی معیار تعیین نفقه، وضعیت زوجین است نه صرفاً وضعیت زن؛ به عنوان مثال در ماده ۱۷ قانون احوال شخصیه عراق این مطلب پذیرفته شده است و در برخی موارد دادگاه‌های عراق میزان نفقه را بر اساس وضعیت زوج تعیین کرده‌اند/حیالی، ۲۰۰۸م، ص ۴۲؛ لکن در قوانین ایران ملاک و معیار وضعیت زوجه می‌باشد. حتی منزلی که شوهر تعیین می‌کند باید متناسب با وضعیت زوجین باشد؛ در حالی که ماده ۱۱۱۴ قانون مدنی ایران بیان داشته است زن باید در منزلی که شوهر تعیین می‌کند، سکنی نماید. در برخی از کشورهای اسلامی نیز ملاک تعیین نفقه زوجه، وضعیت مالی زوج می‌باشد. بر این اساس در صورتی که شوهر دارا باشد، باید با توجه به وضعیت مالی خود، نفقه همسر را پرداخت نماید؛ هرچند زن فقیر باشد/خلیل، ۲۰۰۸م، ص ۲۲۷). بنابراین در صورتی که زنی ایرانی با فردی از اتباع این کشورها ازدواج نماید و در ایران علیه وی طرح

دعوای مطالبه نفقه نماید، مردی که از دارایی و تمکن کافی برخوردار است، به استناد قاعده الزام، ملزم به تأدیه نفقه‌ای متناسب با وضعیت مالی خود خواهد شد؛ هرچند زن فقیر باشد. برخی حقوق‌دانان نیز در فرضی که تعیین محل زندگی به قصد اضرار صورت گیرد، تصمیم دادگاه را، در مورد تعیین محل زندگی، لازم‌الاتباع دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۶۷۰). البته بازگشت این اختلاف نیز به اختلاف در استنباط از ادله در فقه امامیه و اهل تسنن است که نیازمند تحقیق مستقل در ادله می‌باشد.

نکته سوم بر اساس قوانین برخی کشورهای اسلامی (ماده ۲۵ قانون احوال شخصیه عراق) زمانی که زوج غیرعادلانه و مستبدانه و به قصد اضرار زن را به اطاعت از خود وا دارد و زوجه در این شرایط فرمانپذیر وی نباشد ناشزه محسوب نخواهد شد.

نکته چهارم بیان اختلافی است که در مورد اجرت طیب در مذاهب مختلف وجود دارد (صادقی مقدم و امیرحسینی، ۱۳۹۴، ص ۴۰۵)؛ لکن در اکثر موارد در قوانین کشورهای اسلامی قانونگذاری شده (حیالی، ۲۰۰۸، ص ۱۷۷) و اجرت طیب را داخل در نفقه می‌دانند.

نکته پنجم بر اساس قوانین و مقررات برخی از کشورها هرچند نفقه زوجه جزو دیون زوج به شمار می‌رود و بر ذمه وی قرار دارد، اما حداکثر نفقه‌ای که می‌توان مطالبه کرد نفقه یک سال گذشته منتهی به تاریخ اقامه دعواست و زن نمی‌تواند نفقه قبل از آن را مطالبه نماید (خلیل، ۲۰۰۸، ص ۲۲۴). بر این اساس در صورتی که همسر یک ایرانی تابع کشور مزبور باشد، می‌توان بر اساس قاعده الزام وی را فقط مستحق مطالبه نفقه یک سال گذشته دانست. همچنین در روابط حقوقی اهل تسنن با سایر ادیان در صورتی که حکم فقه مسأله به نفع اهل تسنن باشد، برخی به استناد این قاعده و اشرافیت مسلم بر غیرمسلم، قانون اهل تسنن را جاری دانسته‌اند (دانش پژوه، ۱۳۹۴، ۱۰۳/۴۰).

آخرین نکته این که بر اساس دیدگاه فقیهان برخی از مذاهب اهل سنت، در صورتی که مرد به زن اجازه اشتغال بدهد، زن ملزم خواهد بود که بخشی از مخارج و هزینه‌های زندگی را تأمین کند و در این فرض مرد ملزم به تأدیه تمام مخارج منزل و نفقه زن نخواهد بود (ابن حزم، بی تا، ج ۹، ص ۲۵۴). بر این اساس در صورتی که مردی با زنی از پیروان مذهب فوق ازدواج نماید، می‌تواند به استناد قواعد حاکم در مذهب زن، از تأدیه تمام نفقه به وی

خودداری کرده و وی را ملزم به تادیه بخشی از مخارج و هزینه های زندگی نماید.

ب- نفقه مطلقه رجعیه

بر اساس ماده ۱۱۰۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نفقه مطلقه رجعیه در زمان عده بر عهده شوهر است، مگر این که طلاق در حال نشوز واقع شده باشد؛ در حالی که در ماده ۵۰ قانون احوال شخصیه عراق، نشوز استثنا نشده است. بنابراین نسبت به زوجین ایرانی و عراقی در این مورد تعارض قوانین به وجود می آید؛ اگر زوجه عراقی باشد، با توجه به بند ۶ ماده ۹۷۶ قانون مدنی تبعه ایران محسوب می شود و بدین وسیله تعارض مرتفع می گردد و اگر زوج عراقی باشد، زوجه می تواند به استناد ماده ۹۶۳ قانون مدنی ایران و ماده ۵۰ قانون احوال شخصیه عراق حتی در حالت نشوز نیز از زوج مطالبه نفقه نماید؛ زیرا نفقه حتی در حال عده رجعیه داخل در روابط شخصی یا مالی بین طرفین خواهد بود. در ماده ۱۹۶ قانون خانواده مراکش مطلقه رجعیه را، در فرضی که بدون رضایت زوج یا دلیل قانونی دیگر از منزل خارج می شود، غیربرخوردار از حق سکنی و برخوردار از سایر موارد دانسته است. با توجه به وجود ماده ۱۱۰۹ نکته دیگری که ممکن است موجب بروز تعارض قوانین گردد، معیار تعیین میزان نفقه است که باید خانواده پدری وی را ملاک گرفت یا خانواده تشکیل شده از او و زوج را؛ به نظر برخی حقوقدانان ملاک قسم دوم است (کاتوزین، ۱۳۸۱، ص ۶۲۷). موارد مذکور در ماده ۲/۲۴ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹ و اصلاحات بعدی آمده است. اجرت طیب نیز اگر به میزان متعارف باشد، داخل در نفقه شمرده شده است و همین نظر توسط برخی فقیهان ابراز شده است (صافی، ۱۴۱۶ هـ ج ۲، ص ۴۷۵) و برخی فقیهان حنبلی به کلی آن را نفی کرده اند (مقدسی، ۱۹۶۸ م، ج ۱، ص ۱۹۹).

ج- نفقه مطلقه بائن

در طلاق بائن در فقه امامیه، زن از حق نفقه برخوردار نیست (کلینی، ۱۴۰۷ هـ ج ۶، ص ۹۰؛ مفید، ۱۴۱۳ هـ ص ۴۶-۴۷). اختلاف نظری که در مذاهب اهل تسنن در مورد نفقه بائن وجود دارد (خرشی، بی تا، ج ۴، ص ۱۹۲؛ شیرازی، بی تا، ج ۳، ص ۱۵۶). نیز با توجه به ماده واحده قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مصوب ۱۳۱۲ و عدم اجرای قاعده الزام

در مذاهب، در تصمیم‌گیری محاکم مؤثر نیست و دادگاه‌ها می‌توانند با توجه به قواعد متداوله مذهب شوهر رأی صادر نمایند.

د- نفقه معتده در نکاح فاسد

در این مورد نیز نظرات مختلفی توسط فقیهان اتخاذ شده است، امامیه (ابن حمزه، ۱۴۰۸ هـ ص ۲۸۶) و حنفیه (کاسانی، ۱۹۸۶، ج ۴، ص ۱۶ و ۲۱) زن را در این فرض مستحق نفقه نمی‌دانند؛ زیرا لزوم مراعات عده در این فرض ناشی از عقد نیست، بلکه ناشی از یک الزام شرعی است و وقتی در زمان نکاح فاسد زن مستحق نفقه نباشد، به طریق اولی در عده نکاح فاسد هم مستحق آن نخواهد بود (همانجا). لکن سایر مذاهب اسلامی تفصیلاتی را مطرح کرده‌اند؛ برخی نفقه مسکن را رد کرده، لکن نفقه اطعام را، در فرض حامل بودن، پذیرفته‌اند (شیرازی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۵۷). برخی نیز نفقه اطعام را نپذیرفته و نسبت به نفقه مسکن تفصیلاتی داده‌اند (مالک، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۷۱) و برخی به طور مطلق زوجه را به استناد قاعده «الغنم بالغرم» (حیالی، ۲۰۰۸، ص ۴۵) مستحق نفقه می‌دانند. با توجه به وجود این اختلاف در صورتی که زن امامی مذهب با پیروان یکی از مذاهب ازدواج کند و ازدواج وی فاسد باشد، می‌تواند الزام ایشان را به پرداخت نفقه‌ای که مورد قبول آنان است بخواهد.

امکان تقاص

بر اساس آنچه در برخی منابع اهل تسنن آمده (مقدسی، ۱۹۶۸، ج ۱، ص ۱۹۸) و برخی از امامیه نیز آن را نقل کرده‌اند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۱۶۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۱، ص ۴۲۸) زوجه می‌تواند در صورت امتناع زوج موسر، خودش به میزان نفقه از اموال شوهر بدون اجازه او استیفا نماید (موسوی خمینی، ۱۳۸۴، ص ۷۶۱). حتی در صحیح بخاری مولف بایی را به این عنوان اختصاص داده است (بخاری، ۱۴۲۲ هـ، ج ۷، ص ۶۵). دلیل مسأله نیز ماجرای هند همسر ابوسفیان است که به پیامبر مراجعه می‌کند و از خسیس بودن شوهرش شکایت می‌نماید و

۱- در برخی از پژوهش‌ها (حیالی، ۲۰۰۸، ص ۴۵) به غلط استحقاق تام نفقه به ابن حمزه نسبت داده شده است.

پیامبر به او اذن برداشت از اموال شوهر به میزان نفقه را می‌دهند/قشیری نیسابوری، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۳۳۱: احسابی، ۱۴۰۵ هـ، ج ۱، ص ۴۰۲). البته در مورد این ماجرا دو تفسیر متفاوت وجود دارد؛ کسانی که آن را از باب افتاء و تبلیغ می‌دانند، در شرایط فوق برای زوجه حق تقاص قائل شده‌اند؛ اما کسانی که آن را قضاوت پیامبر ﷺ می‌دانند، می‌گویند زوجه فقط با حکم قاضی از چنین حقی برخوردار خواهد شد. برخی نیز می‌گویند از آنجا که غالب سخنان پیامبر در مقام افتاء و تبلیغ بوده است، باید موارد شک را نیز بر همین مورد غالب حمل کرد/مکی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۱۶) و برای زوجه بدون حکم قاضی چنین حقی را قائل شد.

در خصوص امکان تهاتر بین نفقه سابق که بر ذمه شوهر قرار دارد و دیونی که زن نسبت به همسر خود دارد نیز رویکردهای متفاوتی اتخاذ شده است. به عقیده برخی شوهر نمی‌تواند به استناد بدهکار بودن زن به وی از تأدیه موارد ضروری و نیازهای اولیه وی که مصادیق نفقه می‌باشند، خودداری نماید و باید در هر حال موارد مزبور را تأمین نماید؛ اما در خصوص مازاد بر احتیاجات اولیه این امکان وجود دارد که دیون وی را محاسبه کند و از پرداخت آن به وی خودداری نماید/خلیل، ۲۰۰۴ م، ص ۲۲۴). از سوی دیگر توجه به این نکته لازم است که در چگونگی استناد به قاعده الزام، به نظر برخی میزان در الزام مخالفان فتوای اکثر و جمهور آن‌هاست/زنجانی، ۱۴۱۹ هـ، ج ۱۳، ص ۴۳۹؛ لکن به نظر برخی دیگر در برخورد با تک تک مخالفان می‌توان قاعده فوق را جاری کرد.

یافته‌های پژوهش

با توجه به اختلافی که در مورد شرطیت ملائت در نکاح وجود دارد و برخی از مذاهب برای زوجه در برخی فروض حق فسخ قائل هستند، در راستای همسویی با قاعده الزام، زوجه امامی مذهب که در حالت عادی در مذهب خود حق فسخ ندارد، می‌تواند از این حق به نفع خود استفاده نماید. همچنین است اگر این حق در قانون متبوع زوج پیش‌بینی شده باشد.

در دعوای مطالبه نفقه زوجه غیرامامی علیه زوج امامی که عقد بین آن دو شرایط معتبر در مذهب زوجه را نداشته باشد، زوج می‌تواند با تمسک به فقدان شرایط لازم برای صحت عقد، صدور حکم علیه خود را منتفی نماید.

زن می‌تواند به هنگام انعقاد عقد نکاح حق فسخ در صورت حدوث اعسار زوج از پرداخت نفقه را برای خود شرط نماید. همچنین می‌توان شرط وکالت برای زوجه در طلاق را به همین علت در ضمن عقد نکاح قرار داد؛ هرچند امامیه زنی که به عقد فاسد با دیگری ازدواج کرده را مستحق نفقه نمی‌داند؛ لکن با توجه به اختلافی که در مذاهب در این مورد وجود دارد، اگر زن امامی مذهب با پیروان یکی از مذاهب ازدواج کند و ازدواج وی فاسد باشد، می‌تواند الزام زوج را به پرداخت نفقه‌ای که مورد قبول آنان است، بخواهد.

طبق نظر مشهور فقیهان، تمکین شرط وجوب نفقه است و قانون مدنی ایران نیز در این مورد ساکت است؛ لکن با انعقاد نکاح، زن می‌تواند در مواردی که زوج طبق قانون متبوع خود مکلف به انفاق است، الزام او به نفقه را، به محض انعقاد عقد، بخواهد.

قانونگذار می‌تواند با وضع قاعده‌ای عام مسائل مربوط به نفقه را تابع قواعد و احکام ملت، مذهب و مرجعی که زوج تابع آن است، قرار دهد.

قوانین مربوط به احوال شخصیه در کشورهای اسلامی مادامی جاری است که با نظم عمومی مخالفت پیدا نکند و اجرای قاعده الزام در مورد نفقه آن گونه که دیده شد، با نظم عمومی تعارضی ندارد.

بر اساس قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران میزان نفقه بر اساس وضعیت زوجه تعیین می‌گردد؛ لکن در قوانین کشورهای اسلامی و نیز در فقه مذاهب دیگر وضعیت زوج یا زوجین ملاک قرار گرفته است. بنابراین مستند به قاعده الزام برای زوجه امامی مذهب معسر، مطالبه نفقه بر اساس وضعیت زوج وی که اوضاع مالی مناسب دارد، امکان خواهد داشت.

منابع

قرآن کریم

- ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهايه في غريب الحديث و الأثر* (بی تا)، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ اول
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی* (بی تا)، بیروت، دارالفکر
- ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسيله إلى نیل الفضيله* (۱۴۰۸هـ)، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، اول
- ابن فارس، احمد، *معجم مقائیس اللغه* (۱۴۰۴ هـ)، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، اول
- ابن نجیم، زین العابدین بن ابراهیم، *البحر الراتق شرح کنز الدقائق* (بی تا)، بیروت، دارالمعرفه احسائی، ابن ابی جمهور، *عوالی اللئالی العزیزیه* (۱۴۰۵هـ)، قم، دار سیدالشهداء للنشر، چاپ اول
- الماسی، نجادعلی، *تعارض قوانین* (۱۳۹۰)، مرکز نشر دانشگاه، تهران
- انصاری، ذکریا، *اسنی المطالب فی شرح روض الطالب* (۱۴۲۲هـ)، بیروت، دارالکتب العلمیه
- بجنوردی، سیدمحمدحسن، *القواعد الفقهیه* (۱۴۲۶هـ)، قم، انتشارات دلیل ما، چاپ دوم
- بحرانی، حسین بن محمد، *الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (بی تا)، قم، مجمع البحوث العلمیه، چاپ اول
- بخاری محمد بن اسماعیل، *الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور و سننه و آیامه - صحيح البخاری* (۱۴۲۲هـ)، الناشر دار طوق النجاة، الطبعه الأولى
- براهه، علی یوسف و اسامه حموی، *الفسخ القضائی لعدم الانفاق - دراسه مقارنه* (۲۰۱۲م)، *مجله جامعه دمشق للعلوم الاقتصادیه و القانونیه*، المجلد ۲۸، العدد الاول
- بلخی، لجنه علماء برئاسه نظام الدین، *الفتاوی الهندیه* (۱۳۱۰هـ)، دار الفکر، الطبعه الثانيه
- جبعی عاملی، شهید ثانی زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام* (۱۴۱۳هـ)، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول

- _____ **حاشیه الإرشاد** (۱۴۱۴هـ)، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، حوزه علمیه قم، چاپ اول
- _____ **الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه - المحشی کلانتر** (۱۴۱۰هـ)، قم، کتابفروشی داوری، چاپ اول
- جزیری، عبد الرحمن و سیدمحمد غروی و یاسر مازح، **الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت** (۱۴۱۹هـ)، بیروت، دار الثقلین، چاپ اول
- جعفری، محمدتقی (۱۴۱۹هـ)، **رسائل فقهی، تهران، مؤسسه منشورات کرامت، اول**
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰هـ)، **الصاحح - تاج اللغة و صحاح العربیه، بیروت، دارالعلم للملایین، چاپ اول**
- حسینی شیرازی، سیدصادق، **فقه السیاحه و السفر** (۱۴۲۸هـ)، قطیف - عربستان سعودی دارالأولیاء، چاپ اول
- حصکفی، یحیی بن سلامه، **الدر المختار فی شرح تنویر الابصار** (۱۳۸۶هـ)، بیروت، دارالفکر حلّی (محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، **المختصر النافع فی فقه الإمامیه** (۱۴۱۸هـ)، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیّه، چاپ ششم
- _____ **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام** (۱۴۰۸هـ)، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف، **مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه** (۱۴۱۳هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم
- _____ **تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه** (۱۴۲۰هـ)، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ اول
- حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد، **المهذب البارع فی شرح المختصر النافع** (۱۴۰۷هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول
- حلّی، حسین، **بحوث فقهیه** (۱۴۱۵هـ)، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم
- حیالی، قیس عبدالوهاب، **نفقه الزوجه بین النص و التطبيق** (۲۰۰۸م)، **مجله الرافدین للحقوق، المجلد ۱۰، العدد ۳۵**

- خرشی، محمد بن عبد الله (بی تا)، شرح مختصر خلیل، بیروت، الناشر دارالفکر للطباعة
خلیل، احمد محمود (۲۰۰۸م)، الوسیط فی تشریحات محاکم الاسره للمسلمین و غیر المسلمین،
اسکندریه، المکتب الجامعی الحدیث
- خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه الإمام الخوئی (۱۴۱۸هـ)، قم، مؤسسه احیاء آثار الإمام
الخوئی، چاپ اول
- دانش پژوه، مصطفی، «اجرای قاعده «الزام» در دعای بین المللی به مثابه قاعده حل تعارض»
(بهار و تابستان ۱۳۹۴)، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۱۰۳،
- سبزواری، محمد باقر بن محمد، نخیله المعاد فی شرح الإرشاد (۱۲۴۷هـ)، قم، مؤسسه آل
البيت ع، چاپ اول
- سبزواری، عبدالاعلی، مهذب الأحكام (۱۴۱۳هـ)، قم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم
- سرخسی، محمد بن أحمد، المبسوط (۱۴۱۴هـ/۱۹۹۳م)، بیروت، دار المعرفه، بدون طبعه
- شافعی، محمد بن ادريس، الامم (۱۴۲۹هـ)، قاهره، منشورات دار الحدیث
- شربینی، شمس الدین محمد بن أحمد، مغنی المحتاج إلى معرفه معانی ألفاظ المنهاج
(۱۴۱۵هـ/۱۹۹۴م)، دار الکتب العلمیه، الطبعة الأولى
- شبییری زنجانی، سید موسی، کتاب نکاح (۱۴۱۹هـ)، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، چاپ
اول
- صادقی مقدم، محمدحسن و امین امیرحسینی، «نفقه و نیازهای درمانی زوجه» (۱۳۹۴)،
فصلنامه زن در فرهنگ و هنر، سال هفتم، شماره ۳
- صافی گلپایگانی، لطف الله، هدایه العباد (۱۴۱۶هـ)، قم، دارالقرآن الکریم، چاپ اول
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه، من لا یحضره الفقیه (۱۴۱۳هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی
جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم
- طوسی، محمد بن حسن، الخلاف (۱۴۰۷هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول
- _____ المبسوط فی فقه الإمامیه (۱۳۸۷هـ)، تهران، المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار
الجعفریه، چاپ سوم
- _____ تهذیب الأحكام (۱۴۰۷هـ)، تهران، دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم

عکاشه، محمد عبدالعال، *تنازع القوانين دراسه مقارنه* (۲۰۰۴م)، بیروت، منشورات الحلبي الحقوقيه

فاضل لنکرانی، محمد، *القواعد الفقهيه* (۱۴۱۶هـ)، قم، چاپخانه مهر، چاپ اول
فخری غانم، جمیل، *اثر عقدالزواج فی الفقه و القانون* (۲۰۰۹م)، اردن، دارالحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى

قشیری نیسابوری، مسلم بن الحجاج، *المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله* (بی تا)، بیروت، دار إحياء التراث العربی

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ بیست و یکم

الکاسانی الحنفی، علاءالدین، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع* (۱۴۰۶هـ / ۱۹۸۶م)، دار الکتب العلمیه، الطبعة الثانيه

کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی* (۱۴۰۷هـ)، تهران، دارالکتب الإسلامیه، چاپ چهارم
مالک بن انس، *المدونه* (۱۴۱۵هـ / ۱۹۹۴م)، دارالکتب العلمیه، الطبعة الأولى

محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن* (بی تا)، قم، چاپ اول

محمد، خلیل ابراهیم، *تنازع القوانين فی مسأله النفقه* (۲۰۰۹م)، *مجله الرافدین للحقوق*، عراق، المجلد ۱۱، العدد ۴۰

محمد، طه جسام، *حکم التفريق بين الزوجين لاعسار الزوج فی الشريعة الاسلاميه* (۲۰۰۸م)، *مجله دیالی عراق*، العدد الثلاثون

مرغینانی، ابوالحسن علی بن ابی بکر، *الهدایه شرح البدایه* (بی تا)، بیروت، مکتبه الاسلامیه
مفید، محمد بن محمد، *المقنعه* (۱۴۱۳هـ)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول

_____ *أحكام النساء* (۱۴۱۳هـ)، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول
مقدسی، عبدالله بن أحمد، *المغنی* (۱۳۸۸هـ / ۱۹۶۸م)، مکتبه القاهره، بدون طبعه

مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید* (۱۴۲۷هـ)، قم، انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام، چاپ دوم

- _____ کتاب النکاح (۱۴۲۴هـ)، قم، انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام، چاپ اول
مکی عاملی (شهید اول)، محمد، *اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه* (۱۴۱۰هـ)، بیروت، دار التراث
- الدار الإسلامیه، چاپ اول
- _____ *القواعد و الفوائد* (بی تا)، ۲ جلد، کتابفروشی مفید، قم، چاپ اول
موسوی خمینی، سیدروح الله، *توضیح المسائل* (محشی) (۱۴۲۴هـ)، قم، دفتر انتشارات
اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ هشتم
- _____ *استفتائات* (۱۴۲۲هـ)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ پنجم
وحید خراسانی، حسین، *توضیح المسائل* (۱۴۲۸هـ)، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام، چاپ نهم
هنیه، مازن اسماعیل و منال محمد رمضان، *نفقه و انفاق الزوجه العامله* (بی تا)، غزه، کلیه
الشریعه و القانون بالجامعه الاسلامیه

