

رابطه تمکین و نشوز و ضمانت اجرایی عدم تمکین



دکتر عبدالرسول دیانی
(استادیار دانشگاه آزاد، واحدهای تهران شمال و تهران مرکز)

مالک گردانیدن و ثابت نمودن می‌باشد. در قرآن کریم^(۱) آمده است: «... و مکنهم فی الارض.»؛ یعنی آنها را در زمین استقرار بخشیدیم و مالک زمین گردانیدیم.^(۲)

اما "نشوز" در لغت به معنای بالابردن و بپا خواستن است. در قرآن کریم آمده است: «و اذا قیل لهم انشزوا فانشزوا»؛ یعنی وقتی به آنها گفته می‌شود (برای انجام اوامر الهی) بپاخیزید، بپا می‌خیزند. اما در اصطلاح حقوقی و فقهی، نشوز عبارت از "خروج زوجین از انجام تکالیف واجبی است که قانونگذار بر عهده هر کدام از آنها در رابطه با دیگری گذاشته است". بنابراین تعریف، نشوز اختصاص به زن ندارد، بلکه مرد نیز ممکن است در برابر زوجه خویش نسبت به انجام تکالیف واجب خود اقدامی ننماید و از این نظر ناشز محسوب گردد. قرآن کریم

کوتاهی نداشته باشد. ما در این مقاله مختصر به دو سؤال مهم پاسخ می‌دهیم:

- اول: اینکه رابطه تمکین با نشوز چیست؟ و اینکه آیا تمکین "شرط" پرداخت نفقه است یا نشوز "مانع" انفاق است.

- ثانیاً: به ضمانت‌های اجرایی عدم تمکین می‌پردازیم و تأکید ما در این امر بر این است که آیا اجرای حکم تمکین ممکن است و در صورت عدم اجرا، آیا قاضی می‌تواند زوجه را محکوم به مجازات‌های تعزیری از باب عدم انجام امر واجب نماید یا خیر؟

بخش اول: رابطه تمکین و نشوز
برای ورود در مسئله مقدمتاً یک بحث واژه‌شناسانه از معنای تمکین و نشوز لازم می‌باشد.

"تمکین" در لغت به معنای

یکی از حقوق مسلم مالی که در روابط خانوادگی، زوجه مستحق آن است حق بهره‌مندی از نفقه است. این حق در جانب زوج، عنوان تکلیف به خود می‌گیرد؛ یعنی مرد مکلف است نفقه متناسب با شأن زوجه را در اختیار وی قرار دهد. نفقه در این معنا اعم از پوشاک و خوراک و مسکن و وسایل زندگی که در قانون مدنی از آن تعبیر به اثاث‌البیت شده، و حتی خادم (در برخی وضعیت‌های مربوط به زن) می‌شود. اما این حق در جانب زوجه به طور مطلق ثابت نیست و با یک شرط عمده ثابت است. شرط اساسی برای بهره‌مندی زوجه از نفقه و یا امکان الزام زوج به پرداخت نفقه، "تمکین" زوجه است؛ یعنی زوجه باید در اطاعت کامل از شوهر، بخصوص، امکان همه‌گونه استمتاع‌های وی از خود را فراهم آورد و در این امر هیچ‌گونه قصور و

هم نشوز را به هر دو معنا به کار برده است؛ آنجا که می‌فرماید: «والآتی تخافون نشوزهن»، منظور خروج از اطاعت زوج توسط زوجه است و آنجا که می‌فرماید: «و ان أمراه خافت من بعلها نشوزاً او اعراضاً»، منظور نشوز مرد از انجام تکالیف واجب در قبال زوجه خود می‌باشد. البته گاهی هر دو از انجام حقوق و تکالیف یکدیگر در قبال هم خودداری می‌ورزند که قرآن کریم از این وضعیت تعبیر به «شقاق» نموده است و این معنا در آیه ۲۵ سوره مبارکه نساء آمده است که می‌فرماید: «وان خفتم شقاق بینهما» مرحوم صاحب جواهر نیز نشوز به معنای فقهی را در هر دو صورت، یعنی نشوز از طرف زن و همچنین نشوز از طرف مرد اطلاق نموده است.^(۳) البته در مورد نشوز مرد عبارت عدم تمکین را به کار نمی‌برند و آن را عرفاً مستهجن می‌دانند؛ در حالی که اگر نشوز و عدم تمکین را به یک معنا بدانیم (چنانچه در ۹۰ درصد موارد چنین است) و دعوای الزام به تمکین را نیز مسموع بدانیم، دلیلی از نظر شرعی وجود ندارد که دعوای الزام به تمکین زوج، مطرح شده از طرف زوجه را وارد تشخیص ندهیم. بنابراین، زن نیز می‌تواند چنانچه شوهر به اقامه تکالیف واجب عمدتاً غیر مالی مثل حق قسم، حق مضاجعت و حق نزدیکی حداقل هر چهار ماه یک بار که بر عهده زوج گذاشته شده اقدام ننماید، او را از طریق مراجعه به محکمه ملزم نماید. البته زنان به دلیل مأخوذ به حیا بودن، مطالبات خود را از بابت این حقوق در قالب الزام شوهر به پرداخت نفقه مطرح می‌نمایند. ولی به هر حال، چه بسا الزام به تمکین نیز خالی از وجاهت قانونی نباشد؛ بنابراین، رأی

مرحوم صاحب جواهر نیز نشوز به معنای فقهی را در هر دو صورت، یعنی نشوز از طرف زن و همچنین نشوز از طرف مرد اطلاق نموده است البته در مورد نشوز مرد عبارت عدم تمکین را به کار نمی‌برند و آن را عرفاً مستهجن می‌دانند

نموده، پس از بیان معنای نشوز و تمکین، به رابطه تمکین و نشوز می‌پردازیم.

فقه‌های شیعه با تأثیرپذیری از فلسفه، برای علت تامه تحقق هر عمل حقوقی، سه جزء علت در قالب‌های مقتضی، شرط و عدم مانع ذکر نموده‌اند. ایشان هر چند «مقتضی» پرداخت نفقه را خود «عقد نکاح» دانسته‌اند، ولی در خصوص شرطیت و یا مانعیت تمکین و نشوز اختلاف نموده‌اند. عده‌ای تمکین را در قالب فلسفی «شرط» نفقه دانسته و عده‌ای «نشوز» را تحت عنوان فلسفی «مانع» انفاق دانسته‌اند. به نظر ما، قول دوم بیشتر مقرون به واقع است. این نظر مبتنی بر آن است که بگوییم هر «عدم تمکینی»، «نشوز» نیست، ولی هر نشوزی عدم تمکین است؛ زیرا ممکن است مرد، زن را طلب نکرده باشد و او هم تمکین نکرده، پس در اینجا نشوز حاصل نیست

شعبه هفتم دیوان عالی کشور که دادخواست زن مبنی بر الزام به تمکین شوهر را فاقد وجاهت قانونی دانسته^(۴) منطقی به نظر نمی‌رسد. بنابراین، اگر زوج نیز در ادای تکالیف شرعی خود مرتکب قصور شود و مثلاً تکلیف به حسن معاشرت خود را نادیده بگیرد و یا مرتکب ضرب و شتم زوجه شود، دعوای الزام به تمکین از ناحیه زوجه نیز ممکن است مسموع باشد. البته شکی نیست که چنانچه قاضی تشخیص دهد که مراد واقعی زوجه الزام شوهر به ادای تکالیف واجب مالی مثل نفقه است، دعوای الزام به تمکین مبنای درستی نخواهد داشت؛ زیرا تمکین بیشتر به ادای تکالیف غیر مالی و بخصوص حسن معاشرت مربوط می‌شود و دعوای مربوط به تکالیف مالی، واجد عنوان خاص قضایی خود می‌باشند. بنابراین، ما نیز در این مقاله، تحقیق خود را به عدم تمکین زوجه از زوج منحصر

و مرد باید نفقه زنی را که عقد کرده ولی هنوز او را به منزلش نیاورده، بدهد. یعنی تنها "عدم تمکینی که ناشی از معارضه و عصیان باشد"، نشوز محسوب است.^(۵) بنابراین، حتی در صورت عدم تحقق تمکین واقعی، عدم استحقاق زوجه نسبت به نفقه فقط در صورتی ممکن است که زوجه درخواست نفقه نکرده باشد یا به دلالت قراین بتوان گفت که از این حق خود چشم‌پوشی نموده است.^(۶)

اما سؤال اصلی این مقاله این است که اگر زوجه نسبت به این تکلیف قانونی خود ممانعت و کوتاهی نمود، چه ضمانت اجرایی برای این تخلف متصور است.

بخش دوم: ضمانت‌های اجرایی تخلف از وظیفه تمکین

ضمانت‌های اجرایی تخلف از وظیفه تمکین زوجه در قبال مرد متعدد می‌باشند و برخی از آنها در قانون مدنی و رویه عملی دادگاه‌ها معمول می‌باشد و به تعدادی از آنها در فقه اشاره شده و به‌صراحت در قانون نیامده است.

قسمت اول - ضمانت‌های اجرایی حقوقی

ضمانت اجرایی حقوقی در ناحیه زوجه در دو عنوان عدم استحقاق نفقه و امکان طرح دعوی الزام به تمکین خلاصه می‌شود.

الف - عدم استحقاق نفقه

وفق ماده (۱۱۰۸) قانون مدنی، تنها ضمانت اجرایی مؤثر برای تخلف از وظیفه تمکین زوجه در قبال زوج، عدم استحقاق وی نسبت به نفقه عنوان شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «چنانچه زن از وظایف زوجیت امتناع کند، مستحق نفقه نخواهد بود.» البته باید دانست در مواردی که زوجه در عدم تمکین عذر موجه دارد، استحقاق نفقه

را از دست نمی‌دهد. این موارد، مورد استفاده از حق حبس (موضوع ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی)، بیماری واگیردار شوهر (موضوع ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی) یا بیماری زوجه و خصوصاً در ایام وضع حمل (مستنبط از ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی)، اختیار مسکن جداگانه بنا به حکم دادگاه در صورت اثبات خوف ضرر مالی و یا جانی و یا آبرویی برای زوجه (موضوع ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی) و در نهایت، سفر زوجه می‌باشند. سؤال لازم این است که آیا شوهر می‌تواند بنا به تشخیص خود، امر پرداخت نفقه را به دلیل عدم تمکین زوجه متوقف سازد یا عدم استحقاق زوجه باید به دنبال حکم دادگاه مبنی بر احراز نشوز باشد؟

در این مسئله، قانونگذار تکلیف را مشخص نکرده است؛ ولی به نظر می‌رسد با توجه به اینکه تمکین و پرداخت نفقه امری مستمر می‌باشند، هر روز که تمکین صورت نگیرد، زوجه استحقاق نفقه همان روز را از دست می‌دهد، ولی تمکین دوباره زوجه او را مستحق نفقه روز بعد خواهد نمود. همچنین است اگر نشوز زوجه قبلاً در دادگاه به اثبات رسیده باشد و به همین دلیل زوجه استحقاق نفقه را از دست داده باشد، با تمکین بعدی مستحق نفقه خواهد شد. در حقیقت، حکم دادگاه مبنی بر عدم استحقاق نفقه، دایر مدار یک واقعیت خارجی تحت عنوان عدم تمکین می‌باشد؛ یعنی دادگاه با احراز نشوز زوجه، جعل حق نمی‌کند، بلکه کشف از عدم استحقاق زوجه در مدتی که ناشزه بوده، می‌نماید. پس با برطرف شدن نشوز، استحقاق زوجه نسبت به نفقه عود می‌نماید.

ب - دعوی الزام به تمکین

یکی از ضمانت‌های اجرایی عدم

تمکین، امکان طرح دعوی الزام به تمکین است. با اینکه تنها ضمانت اجرایی صریح قانون مدنی همان عدم استحقاق نفقه است، باوجود این، رویه عملی دادگاه‌ها چنین است که دعوی الزام به تمکین را می‌پذیرند و زوجه را محکوم به تمکین می‌نمایند. استدلال محاکم در پذیرش این دعوا این است که خود را مرجع عام همه اقسام تظلمات تلقی نموده و در جایی که زوجه تکالیف قانونی‌اش در قبال شوهر را انجام نمی‌دهد، این دعوا را نیز به نوعی دادخواهی شوهر تلقی کرده، رسیدگی به این مورد را نیز در چهارچوب وظایف خود می‌دانند.

عده‌ای در مخالفت با امکان طرح این دعوا معتقد شده‌اند، دعوی الزام زوجه غیرمتمکنه از ادای وظایف زوجیت، قابل طرح در دادگاه نیست؛ زیرا طبق اصول کلی حقوقی فقط به دعاوی رسیدگی می‌شود که دادگاه‌ها بتوانند نسبت به آنها اجرائیه صادر نمایند و مدعی‌علیه را ملزم به اجرای عمل مورد تعهد نمایند و چنانچه خواسته مالی باشد، در صورت تخلف و امتناع محکوم‌علیه از انجام محکوم به بنا به درخواست محکوم‌له، تقاضای اجرای اجرائیه و چنانچه محکوم به مالی باشد، آن را مطابق مقررات اجرایی از اموال محکوم‌علیه استیفا و تعهدات او را به خرج او به وسیله دیگری در صورت امکان انجام دهند. این در حالی است که اصدار حکم به الزام به تمکین، فاقد چنین جنبه‌ای است و بنابراین، الزام زوجه به تمکین قابل طرح در دادگستری نمی‌باشد.

به هر حال، اگر تعهد زوجه به تمکین را یک نوع تعهد به فعل بدانیم، نمی‌توان در صورت عدم تمکین ضمانت اجرایی

تعهدات به فعل را قابل اعمال نمود؛ زیرا همان طور که گفتیم، الزام زوجه به تمکین غیر ممکن است. انجام فعل تمکین توسط زن دیگری به هزینه زوجه متعهد به تمکین نیز منع اخلاقی دارد و حتی متعهده به آخرین تیر ترکش خود در تعهدات به فعل نیز نمی تواند بهره جوید؛ زیرا امکان فسخ عقد نکاح نیز وجود ندارد.

در مورد عدم امکان الزام زوجه به تمکین، عده ای اجرای این حکم را خلاف شأن و منزلت انسانی دانسته و موجب جریحه دار نمودن احساسات عمومی تلقی نموده اند.

ما فارغ از بیان اینکه شأن و منزلت انسان چیست و آیا الزام به تمکین و یا اجرای چنین حکمی با منزلت انسانی در تعارض هست یا خیر، اجمالاً می گوئیم که اگر قرار باشد عدم تمکین مرد در آنچه که به پاسخگویی وی نسبت به الزامات قانونی مربوط به پرداخت نفقه می باشد، ضمانت های مؤثر اجرایی کیفری و یا مدنی داشته باشد، چرا در باب تخلف زن از این وظایف چنین ضمانت اجرایی موجود نباشد؟ اگر قرار باشد الزام زوجه به تمکین خلاف شأن انسانی باشد، چرا حبس زوج از بابت عدم پرداخت حقوق مالی واجب زوجه - که یک حق مالی است. خلاف حیثیت انسانی تلقی نشود؟

ج- اجازه ازدواج دوم

رویه عملی برخی از دادگاه ها در مواردی که امکان الزام زوجه غیر متمکنه از وظایف زوجیت موجود نمی باشد، اجازه ازدواج دوم به مرد است. این ضمانت اجرا بر این فرض نهاده شده است که اساساً ازدواج دوم مرد نیاز به اذن دادگاه داشته باشد و الاً چنانچه معتقد شویم تحصیل اجازه قبلی از دادگاه لازم نیست، این

ضمانت اجرا نیز در حقیقت ضمانت اجرای واقعی نخواهد بود. حال ببینیم آیا اجازه ازدواج دوم در وضعیتی که زوجه نه با بذل مهریه تقاضای طلاق خلع می نماید و نه عسر و حرج وی در ادامه زندگی با شوهر به اثبات رسیده، ولی با این حال بدون عذر موجه نسبت به حضور در زندگی مشترک استنکاف می ورزد، راه حل مناسب محسوب می شود یا خیر؟ خلاصه اینکه آیا می توان اجازه ازدواج مجدد را تنها راه خروج از بحران دانست؟ بر فرض که این امر یک راه حل حقوقی تلقی گردد، ولی تجربه نشان داده است که اگر مرد مبادرت به ازدواج مجدد نماید، زوجه غیر متمکنه از ادای وظایف زوجیت سربا به زندگی مشترک برمی گردد و مشکل مرد دو چندان می شود. مردی که حتماً توان اداره زندگی یک زن را نداشته که موجب شده زن وی ناشزه

د- عدم استحقاق اجرت المثل و

نحله در ناحیه زوجه

یکی از ضمانت اجرای های مؤثر برای الزام زوجه به تمکین، عدم استحقاق دریافت اجرت المثل است؛ زیرا شرط دریافت اجرت المثل و نحله، عدم خطای زوجه تلقی شده و به نظر ما، عدم تمکین مصداق بارزی از خطای در انجام وظایف زوجیت می باشد. در این رابطه، تبصره

در حقیقت، حکم دادگاه مبنی بر عدم

استحقاق نفقه، دایر مدار یک واقعیت

خارجی تحت عنوان عدم تمکین می باشد؛

یعنی دادگاه با احراز نشوز زوجه، جعل

حق نمی کند، بلکه کشف از عدم استحقاق

زوجه در مدتی که ناشزه بوده، می نماید.

پس با برطرف شدن نشوز، استحقاق

زوجه نسبت به نفقه عود می نماید

الزام به پرداخت مهر به مجرد عقد و دخول بر ذمه مرد ثابت می‌گردد.

همچنین چنانچه مرد به وظایف زوجیت خود در قبال زوجه -بخصوص در آنچه به وظیفه زناشویی بر می‌گردد- توجهی ننماید، زوجه می‌تواند تقاضای طلاق به واسطه عسر و حرج را مطرح سازد. اصولاً در حقوق اسلام، امکان برقراری رابطه زناشویی در بدو امر و همچنین تداوم آن در خلال رابطه زناشویی یک حق مسلم برای زوجین دانسته شده است. بنابراین، چنانچه زوج توان جنسی خود را در عین نیاز جنسی زوجه، از دست بدهد، موجبی از موجبات تقاضای طلاق به واسطه عسر و حرج برای زوجه خواهد بود.

در حقوق فرانسه نیز هر چند که روابط جنسی نه جزء شرایط ماهوی عقد ازدواج است و نه جزء شرایط شکلی آن، ولی به هر حال "اثر طبیعی" آن تلقی گردیده^(۷) و از نظر طبیعت اولیه، یک رابطه جنسی دانسته شده است. حقوق مذهبی کلیسایی نیز در تعریف ازدواج، "رابطه جنسی" را آورده است. اساساً عبارت "Couple" -که به معنای زوجین می‌باشد- از ایجاد رابطه جنسی گرفته شده است. پس هر چند در حقوق فرانسه عدم توان جنسی مرد در صورتی که زوجه از وضعیت ناتوانی وی آگاهی داشته، نمی‌تواند منجر به تقاضای فسخ ازدواج شود، ولی چنانچه از ابتدا امکان رابطه جنسی را نداشته باشد و این امر بر زوجه مکتوم مانده و یا ابتدائاً امکان رابطه وجود داشته ولی متعاقباً توان جنسی خود را از دست بدهد، موجبی از موجبات طلاق یا تفریق جسمانی به خاطر خطا، موضوع ماده (۲۴۲) کد سیویل تلقی خواهد شد.

اگر قرار باشد عدم تمکین مرد در آنچه که به پاسخگویی وی نسبت به الزامات قانونی مربوط به پرداخت نفقه می‌باشد، ضمانت‌های مؤثر اجرایی کیفری و یا مدنی داشته باشد، چرا در باب تخلف زن از این وظایف چنین ضمانت اجرایی موجود نباشد؟

برای دادگاه نیز ثابت شود، دادگاه اجرت‌المثل کارهای انجام گرفته را محاسبه و به پرداخت آن حکم می‌نماید. ب- در غیر مورد بند "الف" با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه شوهر انجام داده و وسع مالی زوج، دادگاه مبلغی را از باب بخشش (نحله) برای زوجه تعیین می‌نماید. در این تبصره، امکان دریافت اجرت‌المثل (وقف بند "الف") و دریافت نحله (وقف بند "ب") (آن منوط به عدم تخلف زن از وظایف همسری شده است. بنابراین، چنانچه مرد در صورت عدم تمکین مستمر زوجه خود، بخواهد وی را طلاق دهد، زن استحقاقی در دریافت اجرت‌المثل و یا نحله نخواهد داشت. البته، بدیهی است حق دریافت مهر توسط زن در جای خود محفوظ خواهد بود؛ زیرا

شش ماده واحده مربوط به طلاق برای تأمین حقوق زوجه مقرر داشته است: «پس از طلاق، در صورت درخواست زوجه مبنی بر مطالبه حق الزحمه کارهایی که شرعاً به عهده وی نبوده است، دادگاه بدو از طریق مصالح نسبت به تأمین خواسته وی اقدام می‌نماید، و در صورت عدم امکان مصالح، چنانچه ضمن عقد خارج لازم، درخصوص امور مالی شرطی شده باشد، طبق آن عمل می‌شود. در غیر این صورت، هرگاه طلاق بنا به درخواست زوجه نباشد، و نیز تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، به ترتیب زیر عمل می‌شود: الف- چنانچه زوجه کارهایی را که شرعاً به عهده وی نبوده به دستور زوج و با عدم قصد تبرع انجام داده باشد و

هـ. بررسی امکان تعزیر زوجه مستنکف

برخی از فقها، تعزیر زوجه مستنکف از ادای وظایف زوجیت را ممکن دانسته‌اند. مردان می‌پرسند چگونه است که اگر زوج نسبت به پرداخت نفقه زوجه اقدامی به عمل نیاورد، وفق ماده (۶۴۲) قانون مجازات اسلامی مستوجب عقوبت کیفری است، ولی زوجه‌ای که از انجام تکالیف قانونی اش استنکاف می‌ورزد، مستحق هیچ‌گونه مجازاتی نباشد؟ حتی فراتر از آن، ماده (۶۴۲) قانون مدنی نیز دو ضمانت اجرای مدنی برای عدم پرداخت نفقه مطرح کرده که اولی در ماده (۱۱۳۰) آن قانون، حق طلاق را برای زوجه پیش بینی نموده است و در ماده (۱۲۰۵) آن نیز به دادگاه اجازه داده از اموال زوج برای تأمین نفقه زوجه برداشت نماید.

ملاحظه می‌شود که سه ضمانت اجرایی مهم برای تکلیف به عدم پرداخت نفقه وجود دارد؛ ولی از جانب زوجه تکلیف به تمکین با ضمانت اجرایی مناسبی توأم نیست. اگر عدم تمکین زوجه را نوعی فعل حرام تلقی نماییم، ممکن است زن چنانچه علناً از تمکین سرباز زند، مشمول مجازات‌های مندرج در ماده (۶۳۸) قانون مجازات اسلامی نیز بشود.

البته در قرآن کریم نیز مسئله خشونت در رفتار زوج علیه زوجه غیر متمکنه آمده است. در آیه ۱۲۸ سوره مبارکه نساء، در مورد زنی که چهره خود را در مقام طرح تمایلات زوج، در هم می‌کشد و رعایت ادب در مقابل شوهر ننموده، از انجام حوایج شرعی وی سرباز می‌زند، ابتدا با "وعظ" خواسته به طریق مسالمت و هدایت رهنمون شود و در جایی که پند و

اندرز زوجه کارگر نمی‌افتد، به شوهر حق می‌دهد که به عنوان مجازات وی، در بستر به او پشت نماید و چنانچه این راه حل نیز مؤثر واقع نشود، به عنوان آخرین وسیله الزام‌آور، کلمه "ضرب" را به کار برده که در معنای تحت‌اللفظی به مفهوم "زدن" است. یعنی در موردی که دو ضمانت اجرای سابق مؤثر واقع نشود، به شوهر اجازه داده همسر غیرمتمکنه از ادای وظایف زوجیت را بزند. البته، فقها برای ضرب شرایطی مقرر نموده‌اند؛ مثلاً محقق در شرایع می‌فرماید: «تقتصر علی ما یؤمل معه رجوعها ما لم یکن مدمیاً و لا مبرحاً.»^(۸) یعنی زدن باید در حدی باشد که امید بازاری زوجه از نشوز برود و الاً چنانچه از همان اول معلوم باشد که زدن مؤثر واقع نمی‌شود و دعوای ضرب و شتم نیز به دعوای قبلی اضافه شده و بار مسئولیت مرد را زیادتیر می‌کند، طبعاً زدن موضوعیت پیدا نمی‌کند و باید از آن پرهیز شود. بسیاری از زنان با عدم تمکین، خود را عمداً در معرض ضرب و شتم زوج قرار می‌دهند که متعاقباً بتوانند دعوای طلاق به واسطه عسر و حرج را مطرح نمایند. پس نباید زوج با این کار پنهان به دست زوجه بدهد. به علاوه، شرط مهم‌تر برای زدن این است که نباید محل زدن دردناک و خون‌آلود شود و البته تا زمانی که نشوز تحقق عینی پیدا نکرده، ضرب نیز موضوعیت پیدا نمی‌کند؛ به خلاف دو ضمانت اجرای قبلی که با بروز امارات نشوز، وعظ و هجر در مضجع قابل طرح هستند.

به نظر می‌رسد این مراحل عمدتاً سمبلیک بوده و حکایت از درجات مختلف برای اعلام نوع تنفر و مخالفت نسبت به اعمال زوجه است. قرآن

می‌خواهد بفرماید اگر عدم تمکین زوجه مورد قبول شما نیست، به نحو مقتضی به وی تذکر دهید و این امر مهم را در دل نگه ندارید و نگذارید موجبات تکدر بیشتری فراهم آید. شاید اینکه به زوج اختیار ضرب را بنا به تشخیص خود داده، برای این است که اثبات نشوز جز در مواجهه با زوج قابل تصور نیست. اما به نظر ما باید قانونگذار برای پیشگیری از هرگونه سوء استفاده مردان از جهت خروج از حدود عدالت، اختیار زدن را از مردان به کلی سلب نماید و در عوض، به دادگاه این اختیار را بدهد که چنانچه الزام زوجه به تمکین متعذر شود، با تعزیر مناسب زوجه را مجازات نماید. البته در این ارتباط مجازات در صورتی ممکن خواهد بود که نشوز زوجه در دادگاه به اثبات برسد.

پی‌نوشت‌ها:

۱. قرآن کریم، سوره مجادله، آیه ۱۱ و یا در سوره یوسف، آیه ۵۶ و سوره کهف، آیه ۸۵ نیز به همین معنا آمده است.
۲. مجمع البحرین، ج ۶، ذیل واژه نشز.
۳. قرآن کریم، سوره نساء، آیه ۱۲۸.
۴. نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۰ به بعد.
۵. بازگیر، یدالله، علل نقض آرای محاکم در دیوان عالی کشور، انتشارات ققنوس، چاپ اول.
۶. شیخ مفید الفقیه، کتاب النکاح، جزء ثانی، انتشارات دارالضوء، بیروت، لبنان، چاپ اول، سال ۱۴۱۵ ه. ق.، ص ۲۰۴ و ۲۰۵.
۷. دکتر دیبانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، چاپ انتشارات امید دانش، ص ۱۱۶.

8-Gerard Comu Droit civil
La famille, 2eme Edition,
Montchrestien 1991, Paris, p.44

۹. محقق حلی، شرایع الاسلام به نقل از جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۰۲.