

موارد موجه عدم تمکین زوجه در حقوق ایران^۱

حمید ابهری *

محمد صالح صفایی **

چکیده:

تمکین، یکی از آثار غیر مالی مترتب بر عقد نکاح است. حسن معاشرت، معاضدت و برقراری رابطه زناشویی در حد متعارف از مصادیق تمکین می‌باشد. طبق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی، چنانچه زوجه بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت (تمکین)، امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود. با وجود این، در برخی موارد زوجه می‌تواند از تمکین در برابر زوج امتناع کند و این امتناع، موجه بوده و او را ناشزه نخواهد کرد. بسیاری از این موارد مبتنی بر قاعده لاضرر است یعنی زوجه برای دفع ضرر از خود، می‌تواند از تمکین در مقابل زوج خودداری کند. در این تحقیق، موارد موجه بودن عدم تمکین زوجه از زوج در حقوق ایران (حقوق موضوعه و فقه امامیه) مورد بررسی قرار می‌گیرد.

کلید واژه‌ها: زوجه، ضرر، تمکین، نکاح

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۱- تاریخ وصول: ۹۰/۸/۳ تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۲/۲

* دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران abhari@umz.ac.ir

** کارشناس ارشد حقوق خصوصی مؤسسه آموزش عالی غیرانتفاعی علامه محدث نوری

۱- مقدمه

طبق ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، همین که عقد نکاح بطور صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین، موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار می‌گردد. عقد نکاح، دارای آثار مالی و غیر مالی است. مهریه و نفقه از آثار مالی نکاح می‌باشد و حسن معاشرت، معاضدت و برقراری رابطه زناشویی (نزدیکی) از آثار غیرمالی نکاح است. ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود». گاهی اوقات، خودداری زوجه از تمکین مستند به وجود معاذیر مشروع و قانون است. در این موارد، با اینکه زوجه با وظایف زناشویی خود عمل نمی‌کند، ناشزه محسوب نمی‌شود. موارد موجه بودن امتناع از تمکین را می‌توان به دو دسته موارد غیرمالی و مالی تقسیم کرد که در این تحقیق و به شرح ذیل، تبیین می‌شوند.

۲- موارد غیرمالی موجه بودن عدم تمکین

پاره‌ای از مصادیق موجه بودن عدم تمکین، جنبه غیرمالی دارد که به تفکیک در زیر مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۲- بیماری شوهر

اصولاً بیماری زوج موجب جواز عدم تمکین زن نمی‌شود و زن باید جز در صورت وجود شرایط خاص، از مرد تمکین نماید. یکی از این موارد، صورتی است که شوهر به یکی از امراض خطرناک واگیردار مبتلا باشد، در این صورت زن می‌تواند تا حدودی که از سرایت آن بیماری مصون بماند، از شوهر دوری نماید (امامی، ۱۳۷۷، ۴، ۵۲۳). برخی مبنای حکم مذکور را قاعده لاضرر دانسته و معتقدند که چنانچه امراض مقاربتی و یا علل دیگر موجب خسارت به زوجه شود، قاعده لاضرر عموم و جوب اطاعت زوجه را تخصیص می‌زند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۳۵۹).

در صورتی که بیماری شوهر به گونه‌ای باشد که تنها همبستر شدن با شوهر موجب سرایت مرض باشد، زوجه تنها می‌تواند از همبستری با شوهر خودداری نماید. ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر بعد از عقد مبتلا به یکی از امراض مقاربتی گردد، زن حق خواهد داشت که از نزدیکی با او امتناع نماید». بیماری مقاربتی، به امراضی اطلاق می‌گردد که به واسطه تماس جنسی بین

افراد، منتقل می‌گردد. در صورتی که زوج بیماری مقاربتی داشته باشد، از آن جا که این بیماری از طریق نزدیکی جنسی به زن می‌تواند منتقل گردد، زوجه صرفاً حق امتناع از نزدیکی یا همان تمکین خاص را خواهد داشت. بنابراین در صورتی که زوجه در چنین حالتی از سایر وظایف زناشویی امتناع نماید، ناشزه محسوب می‌گردد.

حکم ماده ۱۱۲۷ قانون مدنی از جهت مرض زوج، به بیماری‌های مقاربتی بعد از عقد و از جهت حدود امتناع زوجه، به امتناع از نزدیکی با شوهر، محدود شده است، اما باید دانست که در صورتی که بیماری شوهر به گونه‌ای باشد که حتی مصاحبت و زندگی مشترک زن با وی نیز موجب ابتلای زوجه بدان مرض می‌گردد، زوجه می‌تواند تا حدودی که مانع از سرایت بیماری است از شوهر دوری نماید، اگر چه این امتناع از حدود تمکین خاص نیز فراتر رود. اگرچه گنجاندن این حالت در ماده‌ی ۱۱۲۷ با توجه به محدودیت‌های ذکر شده، ممکن به نظر نمی‌رسد اما شمول ماده ۱۱۱۵ قانون مذکور که به زوجه اجازه ترک منزل مشترک را در صورت خوف ضرر بدنی، جانی و حیثیتی می‌دهد، به راحتی جواز این امتناع را توجیه می‌کند. البته در این حالت نیز امتناع زوجه نباید از حدود ضروری برای حفظ سلامت فراتر رود، بنابراین به هر حال زوجه نمی‌تواند از حسن معاشرت و سایر وظایف قابل انجام زناشویی امتناع نماید. یکی از امراض شایع در عصر جدید، بیماری ایدز است که از طریق مقاربت نیز می‌تواند انتقال یابد. با توجه به اینکه این بیماری معمولاً درمان ناپذیر بوده و منجر به مرگ مریض می‌گردد، قطعاً در صورتی که شوهر پس از عقد هم به این بیماری مبتلا شده باشد، زوجه این حق را خواهد داشت که برای حفظ جان خود، از تمکین خاص امتناع نماید.^۱ در صورتی که حاضر بودن زوجه در منزل شوهر، احتمال اجبار وی را توسط شوهر به برقراری رابطه‌ی زناشویی به وجود آورد، زوجه با توجه به خوفی که برای سلامت و حیات وی وجود دارد، حتی مجاز به ترک منزل شوهر خواهد بود. البته این مربوط به زمانی است که خود زن مبتلا به این بیماری نباشد و الا دیگر خوف ابتلا معنا نخواهد داشت. در صورتی که زوجه ادعای بیماری زوج را نماید، دادگاه لازم است با انجام بررسی‌های لازم صدق و کذب ادعای زوجه را معلوم گرداند.^۲ لذا با توجه به اینکه برای تشخیص

۱- «إذا كان أحد الزوجين مصاباً بمرض «الایدز» فهل للسليم منهما حق الامتناع من المعاشرة الجنسيه التي هي طريق نقل العدوى؟ وما هو الدليل؟ (التبریزی: نعم يحق له ذلك، دفاعاً عن النفس» (خویی، صراط النجاه (با حواشی شیخ جواد تبریزی)، ۱، ۵۴۷).

۲- در چنین موردی، تا زمانی که به دادگاه مراجعه نشده است با توجه به وحدت ملاک ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی، به لحاظ خوف زوجه از تسری بیماری زوج، وی می‌تواند از تمکین امتناع کند. پس از مراجعه زوجه به دادگاه برای مطالبه نفقه یا مراجعه زوج برای تمکین، دادگاه با بررسی موضوع و استعلام از پزشک در مورد سابقه بیماری زوج و خطر ناشی از آن، در مورد نشوز یا عدم نشوز زوجه، تصمیم خواهد گرفت.

بیماری شوهر، مراجعه به پزشک لازم می‌آید، دادگاه باید در این راستا اقدام نماید. در رای شماره ۱۴۶۴-۸۲/۸/۱۸ صادره از شعبه ۸ دیوان عالی کشور آمده است: «نظر به اینکه احراز صدق و کذب دعوی زن در مورد ادعای ابتلای شوهر به امراض مسریه هیچ‌گونه وسیله‌ای جز مراجعه به پزشک ندارد، لذا در صورتی- که زن درخواست مراجعه به پزشک را بنماید، دادگاه مکلف به قبول درخواست می‌باشد و تخلف از آن، موجب نقض حکم خواهد بود» (زندگی، ۱۳۸۸، ۱۷۰).

۲-۲- بیماری و ناتوانی زن

گفتیم که بیماری شوهر در برخی شرایط می‌تواند مجوزی برای امتناع زوجه از تمکین باشد، وجود پاره‌ای بیماری‌ها در زن نیز می‌تواند مجوزی برای امتناع وی از تمکین خاص و گاهی فراتر از آن گردد. یکی از این موارد زمانی است که به علت وجود برخی عیوب در اندام تناسلی زن، امکان نزدیکی با وی برای شوهر وجود ندارد، مانند حالت رتق^۱ و قرن^۲. وجود رتق و قرن که اکثر فقها به آن به عنوان عذر برای امتناع از تمکین اشاره کرده‌اند، از جمله عیوبی است که در صورتی که زن در هنگام عقد آنها را دارا باشد، برای مرد حق فسخ نکاح بوجود می‌آید، لذا در صورتی شوهر از حق فسخ خود استفاده ننماید، این کار به منزله رضایت شوهر به بقای زوجیت بدون انجام نزدیکی تلقی می‌گردد^۳. برخی فقها در این حالت برای زوجه حق امتناع از تمکین قائل شده و نفقه‌ی زوجه را برقرار می‌دانند و در این باره معتقدند که نزدیکی با

۱- در فقه، صفت زنی است که مدخل آلت تناسلی او مسدود و مانع نزدیکی باشد. گفته شده که علت آن رویدن بیش از اندازه عضلات مدخل است.؛ جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۳۲۸. «الرتق: علی ما ذکره جمله من أهل اللغه بالتحریک- هو أن یکون الفرج ملتحمًا لیس فیہ للذکر مدخل و رتقت المرأه رتقا من باب تعب، فیه رتقاء إذا انسد مدخل الذکر من فرجها، فلا یستطاع جماعها»؛ (بحرانی، الحدائق الناضرة، ۱۹، ۱۱۴).

۲- «عَقْلٌ در فقه زانده گوشتی است در عضو تناسلی زن که مانع از انجام لقاح است و اگر بصورت استخوان باشد آنرا قَرَن (بر وزن عقل) نامند.»؛ (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۴۵۳). «القرن- فی نهاییه ابن الأثیر- بسکون الراء: شیء یکون فی فرج المرأه کالسن یمنع من الوطی و یقال له: العفل و فی کتاب الجمهرة لابن درید بالتحریک قال: و امرأه قرناء و هی التي یظهر قرنه رحمها من فرجها و هو عیب و الاسم القرن و ضبطها ضبطا معتمدا محرکه»؛ بحرانی، منبع پیشین.

۳- سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا شرط عدم نزدیکی ضمن عقد نکاح، مخالف ذات عقد است یا خیر؟ برخی، چنین شرطی را مخالف ذات عقد نکاح نمی‌دانند (شهید ثانی، مسالک، ۱، ۵۴۹). برخی نیز چنین شرطی را مخالف مقتضای عقد نکاح دانسته- اند (علامه حلی، قواعد، ج ۲، ۳۸). به نظر می‌رسد که پاسخ سؤال بستگی به شرایط و احوال عقد نکاح دارد و نمی‌توان پاسخ مطلقی ارائه داد. بعنوان مثال، اگر زن و مردی در سن هفتاد سالگی با هم ازدواج کنند، با توجه به شرایط سنی آنها، شرط عدم نزدیکی مخالف ذات نکاح نیست لیکن اگر پسر و دختری در سن سی سالگی ازدواج کنند با توجه به جوان بودن آنها و نیاز با ارضاء جنسی، شرط عدم نزدیکی، مخالف ذات عقد نکاح خواهد بود.

زن، در صورت وجود مواردی همچون رتق و قرن و ضعف جسمانی زوجه و به طور کلی وجود هرگونه مرضی که موجب ورود ضرر به زوجه در صورت وقوع نزدیکی می‌شود، منافی معاشرت به معروف است و عذر زن در امتناع از تمکین خاص در این وضعیت، مانع سقوط حق نفقه است. علت این امر آن است که مردی که به همسری زنی با این شرایط رضایت داده است، رضایت وی به منزله اسقاط حق استمتاع خاص خود است و در واقع با پذیرش این موضوع، گویی به سایر استمتاعات غیر از نزدیکی، بسنده کرده است (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۷، ۵۶۳).

بر این اساس، در صورتی که زوجه بیمار باشد و رابطه جنسی سبب تشدید بیماری وی شود و یا چنین رابطه‌ای مستلزم ایراد ضرر و مشقتی شود که عادتاً قابل تحمل نیست، زوجه می‌تواند از نزدیکی خودداری نماید.^۱ همچنین است در صورتی که زن از نظر جسمانی ضعیف و نحیف بوده و تاب مقاربت با شوهر را نداشته باشد (نجفی، بی‌تا، ۳۱، ۳۱۲). برخی فقها در توضیح ضعف جسمانی زوجه برای تحمل نزدیکی با زوج، معیار شخصی را ملاک توجه قرار داده و بیان می‌کنند که نحیف و ضعیف بودن زن با توجه به وضعیت جسمانی مرد مد نظر قرار می‌گیرد، هرچند مرد از نظر جسمانی نسبت به سایرین متعادل باشد (همان، ۳۱، ۳۱۲). علاوه بر این موارد در سایر مواردی که به دلیل بیماری زن، پزشک آمیزش را برای وی ممنوع اعلام می‌کند دستور پزشک عذر موجه محسوب می‌گردد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۲۹۴-۲۹۵).

نکته‌ای که باید بدان توجه کرد این است که وجود این موارد صرفاً موجب معاف شدن زن از نزدیکی یا همان تمکین خاص می‌گردد، بنابراین تکلیف زن نسبت به سایر موارد واجب باقی خواهد بود. البته این امکان وجود دارد که بیماری زوجه سبب شود که زوجه از برخی مصادیق تمکین عام نیز معاف گردد، مثلاً «هرگاه پزشک خروج زن را از منزل برای مداوا لازم بداند و شوهر اجازه ندهد زن می‌تواند خارج گردد و این امر از موارد نشوز نمی‌باشد، مانند آنکه زن مبتلا به بیماری گردد که باید برای مداوا به بیمارستان یا خارج از کشور برود» (امامی، ۱۳۷۷، ۴، ۵۲۳).

بنابراین در صورتی که به علت وجود مسائلی که ذکر شد، زوجه از تمکین امتناع نماید، ناشزه محسوب نشده و نفقه‌ی وی برقرار خواهد بود. این مسأله در صورتی است که زوجه تنها در حدود لازم برای جلوگیری از ضرر و مشقت غیر قابل تحمل از تمکین امتناع کند و در مورد سایر استمتاعاتی که برای

۱- «المریضه معذوره إذا كان الوطاء يضرها في الحال بأن يشقّ عليها مشقّه لا تتحمّل عادة أو فيما بعده بأن يوجب مرضاً أو زيادة في المرض أو بطوء برئه فلها أن تمتنع من التخلية بينها وبينه» (فاضل هندی، كشف اللثام، ۷، ۵۸۰).

وی مضر نیست، تمکین داشته و به تکالیف خود عمل نماید (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۷، ۵۶۳). برخی علت عدم سقوط نفقه را در صورت وجود عذر، امکان بهره مندی و استمتاع شوهر در سایر موارد، غیر از نزدیکی می‌دانند (حلی، بی‌تا، ۲، ۲۹۲). مبنای این حکم آن است که نفقه زوجه، عوض بضع نیست تا با عدم نزدیکی، نفقه ساقط شود (ابن قدامه، ۱۳۹۰، ۴، ۵۲۱؛ نجفی، بی‌تا، ۶، ۴۶۷).

۲-۳- احتراز از محرمات

یکی از مواردی که به عنوان مانعی مشروع برای امتناع از تمکین خاص مطرح می‌گردد، آن است که شرعاً، وقوع نزدیکی و حتی گاهی سایر التذاذات جنسی بین زن و شوهر، حرام است. این موارد شامل حیض، نفاس و إحرام می‌گردد. از آنجایی که حیض و نفاس دارای احکام مشابهی هستند، در بند اول به بررسی این دو مورد می‌پردازیم و در بند دوم احرام را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲-۳-۱- حیض و نفاس

حیض یکی از اقسام خون‌هایی است که زنها با آن مواجه هستند. به مدت زمانی که زن در این حالت قرار می‌گیرد، دوران حیض، قاعدگی یا عادت ماهیانه اطلاق می‌شود. کیفیت و احکام این مسأله مفصلاً در رساله‌های عملیه بیان شده است، اما آن چه مربوط به بحث ما می‌شود این است که در چنین حالتی جماع کردن با زن از جلو (در قُبُل) هم برای مرد و هم برای زن شرعاً حرام است (بنی‌هاشمی خمینی، ۱۳۸۳، ۲۶۰، ۱). در این مسأله تفاوتی بین زوجه دائم و غیر آن نیست (زین‌الدین، ۱۴۱۳، ۱، ۱۶۹). در مسأله‌ی حرمت وطی در قُبُل زن حائض قول مخالفی وجود ندارد (شیخ طوسی، بی‌تا، ۱، ۲۲۵) و بداهت آن در حدی است که حتی حلال دانستن آن را بنا بر مشهور موجب کفر دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ۷۹).

نفاس نیز حالتی است که در زمان وضع حمل و تا مدتی پس از آن در زنان ایجاد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۳۲۷). برخی، مدت نفاس را از زمان وضع حمل تا حداکثر ده روز بعد از آن دانسته‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ۲۱۸). در چنین حالتی نزدیکی با زن مانند نزدیکی در حالت حیض، شرعاً حرام است. با توجه به حرمت شرعی مقاربت در دوران حیض و نفاس، چنانچه زن در این دوران از رابطه جنسی از جلو (در قُبُل) امتناع نماید، با توجه به این که این امتناع با عذر شرعی انجام گرفته است، ناشزه محسوب نمی‌شود و حق نفقه‌ی وی باقی خواهد بود (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲، ۳۱۴). این موضوع سبب نمی‌گردد که زوجه از

سایر استمناعات ممانعت به عمل آورد، چرا که در چنین حالتی تنها در حرمت نزدیکی از جلو اتفاق نظر وجود دارد، اما سایر استمناعات و لذت‌های جنسی بین زن و شوهر مجاز است، هرچند برخی در کیفیت سایر استمناعات نیز قیودی ذکر کرده‌اند.^۱

۲-۳-۲- احرام

یکی دیگر از مواردی که به عنوان مانعی مشروع برای امتناع زوجین از تمکین خاص مطرح می‌گردد، زمانی است که زن یا شوهر در حال احرام باشند، چرا که در این حالت ارتباط جنسی و حتی التذاذات جنسی منع شده است. از نظر شرعی در صورتی که مرد احرام ببندد ازدواج با زن و هر گونه استمتاع از او حرام می‌شود و تا طواف نساء به جا آورده نشود هیچ یک از استمناعات بر او حلال نیست (گلپایگانی، ۱۴۱۱، ۱، ۴۷۸). بنابراین «نزدیکی کردن مُحرم با زن گرچه زن خود باشد و در آغوش گرفتن او با شهوت، بوسیدن، دست‌بازی، لمس و نگاه با شهوت حرام است و اگر نگاه، لمس و مانند آن بدون شهوت به زن خود باشد اشکال ندارد و برای زن مُحرم همین حکم نسبت به مرد جاری است گرچه مرد مُحرم زن باشد» (مرتضوی لنگرودی، ۱۴۲۳، ۱۰۷ و ۱۰۸). امتناع زوجه از روابط جنسی در حالت احرام، از آنجایی که به علت وجود مانعی مشروع صورت می‌گیرد، نشوز زوجه را سبب نمی‌شود لذا زوجه از نفقه برخوردار خواهد بود (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲، ۳۱۲).

۲-۳-۳- انجام واجبات

یکی دیگر از مواردی که به عنوان مانعی مشروع برای امتناع از تمکین مطرح می‌گردد، انجام واجبات است که البته در مورد زوجه بیشتر مصداق پیدا می‌کند. این مسأله زمانی مطرح می‌شود که زوجه برای انجام واجبی شرعی مجبور به نافرمانی از شوهر خویش می‌گردد. این حکم مستند به روایاتی است که از پیشوایان دینی ما رسیده است، از آن جمله فرموده‌ی رسول خداست مبنی بر اینکه اطاعت مخلوق در

۱- هفتم از احکام حائض، حرمت وطی او است در قُبُل ... بنا بر احوط و حرمت ثابت است نسبت به هر دو از مرد و زن و جایز است استمتاع به او به غیر وطی، از تقبیل و تفخیز و ضم. ... اما وطی در دُبُر او، پس جواز آن محل اشکال است؛ «(قمی، الغایه القصوی، ۱، ۱۸۸).

۲- کسانی که برای زیارت خانه خدا به مکه می‌روند، اعم از آنکه در حج باشند یا عمره، واجبا یا استحبابا، احرام بر آنها واجب است (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ۱۱۶).

صورتی که موجب نافرمانی خدا باشد جایز نیست (حرّ عاملی، بی‌تا، ۱۶، ۱۵۴).

البته انجام واجب، زمانی برای زوجه به عنوان عذری موجه مطرح می‌گردد که انجام آن در وقتی دیگر ممکن نباشد و به قول برخی فقها، واجب مضیق باشد (حلی، ۱۴۱۳، ۳، ۱۰۸) مثلاً زمانی که زن در روزی واجب رمضان است یا موارد دیگر از این قبیل، اما در صورتی که زن برای انجام واجبی غیر مضیق از تمکین نسبت به شوهر امتناع نماید، عذر وی با توجه به اینکه امکان انجام واجب در وقت دیگر وجود داشته، موجه نخواهد بود (اراکلی، ۱۴۱۹، ۷۴۶).

یکی از مواردی که عذر زن موجه قلمداد می‌گردد، زمانی است که زوجه استطاعت مالی برای انجام حج واجب پیدا نماید، چراکه در این حالت بر او واجب است که حج را به جا آورد و برای زنی که حج بر او واجب شده اجازه شوهر شرط نیست و باید به حج واجب برود گرچه شوهرش راضی نباشد (مرتضوی لنگرودی، ۱۴۲۳، ۴۳)، در نتیجه نفقه‌ی زوجه نیز ساقط نخواهد شد (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲، ۳۱۴).

یکی دیگر از مواردی که در کتب فقهی از آن به عنوان عذر موجه امتناع زوجه از تمکین نام برده شده است، اعتکاف واجب است. اعتکاف در دو صورت برای فرد واجب می‌شود، یکی با نذر و عهد و دیگری اینکه فرد دو روز معتکف باشد، که در این صورت، روز سوم اعتکاف واجب می‌گردد.^۱ در صورتی که زوجه در اعتکاف واجب به سر برد، امتناع وی از تمکین موجه خواهد بود، اما در صورتی که اعتکاف واجب نباشد، زوجه حق امتناع ندارد. در موارد یاد شده در بالا، زوجه برای پرهیز از محرمات از تمکین در برابر زوج معاف است.

۲-۳-۴- خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی

یکی از مواردی که به زوجه اجازه امتناع از تمکین شوهر داده شده این است که سکونت در منزل شوهر، متضمن خوف ضرر بدنی، مالی یا شرافتی برای وی باشد. از منظر فقهی شوهر می‌تواند با رعایت مراتبی و در حد محدودی، برای رفع نشوز زن، وی را تنبیه نماید، اما در صورتی که شوهر خارج از حدود مقرر، بدون دلیل موجه به زوجه تعرض نماید و سبب شود که ماندن زن در خانه، مستلزم حرج و خطر برای وی گردد، زوجه می‌تواند منزل را ترک گوید (تبریزی، ۱۴۲۳، ۵، ۱۹۵). بنابراین در موردی که زن به

۱- «جایز است در دو روز اول اعتکاف مستحبی، این که اعتکاف را قطع کند، اما بعد از آن که دو روز توقف کرد روز سوم بر او واجب است اعتکاف را تمام نماید و در اعتکاف واجب مثل نذر معین و امثال آن، دو روز اول را هم نمی‌تواند قطع نماید» (موسوی خمینی، نجاه العباد، ۱۷۱)

واسطه خوف ضرر نفس، مجبور به رفتن باشد، ناشزه محسوب نمی‌شود (گلپایگانی، ۱۴۱۱، ۲، ۱۸۲). در قانون مدنی ایران نیز به حکم ماده ۱۱۱۵ قانون مدنی، در صورتی که ماندن در خانه‌ی شوهر، جسم، مال و یا آبروی زوجه را در خطر قرار دهد، زوجه می‌تواند مسکن علی‌حده انتخاب نماید و منزل شوهر را ترک نماید. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر بودن زن با شوهر در یک منزل متضمن خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی برای زن باشد، زن می‌تواند مسکن علیحده اختیار کند و در صورت ثبوت مظنه ضرر مزبور، محکمه حکم بازگشت به منزل شوهر نخواهد داد و مادام که زن در بازگشتن به منزل مزبور معذور است، نفقه بر عهده شوهر خواهد بود».

ضرری که خوف توجه آن به بدن، مال یا شرافت زن می‌رود، می‌تواند علل مختلفی داشته باشد. ممکن است خوف ضرر، ناشی از شرایط پیرامونی یا فیزیکی خود مسکن باشد، مثلاً قدیمی بودن ساختمان، احتمال ریزش و در نتیجه صدمه به ساکنین آن از جمله زوجه را سبب گردد، در چنین حالتی نیز زوجه حق ترک مسکن ناامن را عقلاً خواهد داشت.

برخی حقوقدانان خوف ضرر بدنی، مالی و شرافتی برای زن را این‌گونه شرح داده‌اند: «خوف ضرر بدنی عبارت از بیم زن از آزار و اذیت و ضرب و قتل می‌باشد که از طرف شوهر مستقیم یا غیرمستقیم نسبت به او به عمل می‌آید. خوف ضرر مالی عبارت از بیم زن است که در اثر تهدید از طرف شوهر ناچار شود معاملاتی را انجام دهد و الا بیم زن از اینکه شوهر اثاثیه و یا جهیزیه او را می‌دزدد و یا از او می‌گیرد، کافی نخواهد بود، زیرا زن می‌تواند آنها را به دیگری بسپارد و از خانه خارج نماید و خارج شدن از منزل موجب جلوگیری از آن نمی‌گردد. خوف ضرر شرافتی عبارت از بیم زن است از آنکه، در اثر داد و فریاد و فحشهای ناموسی از طرف شوهر، توجه همسایگان و عابریین جلب شود و آبروی زن بریزد و یا آنکه شوهر اشخاص ناشایست را در منزل بیاورد و زن بیم آن داشته باشد که آمد و رفت آنان، موجب هتک احترام زن از نظر محیط اجتماعی گردد» (امامی، ۱۳۷۷، ۴، ۵۱۹). بعنوان نمونه، در پرونده‌ای که با کلاسه ۹۱۰۸۹۶ در شعبه هفتم دادگاه عمومی... مطرح شده است، خواسته زوج الزام زوجه به تمکین بوده و زوجه با این استدلال که زوج نسبت به وی ایراد ضرب و جرح عمدی نموده و در پرونده کیفری مطروحه، زوج به پرداخت دیه و تحمل نود و یک روز حبس به جهت بیم تجری محکوم شده است به خاطر وجود خوف بدنی، رد دعوی تمکین را خواستار شده و دادگاه نیز با ملاحظه پرونده کیفری و حکم صادره در آن علیه زوج، دعوی تمکین را مردود اعلام کرده است.

در صورتی که اختلاف زوجین در این موضوع در دادگاه مطرح شود، «مادام که محاکمه بین زوجین خاتمه نیافته، محل سکنای زن به تراضی طرفین معین می‌شود و در صورت عدم تراضی، محکمه با جلب نظر اقربای نزدیک طرفین، منزل زن را معین خواهد کرد و در صورتی که اقربا نباشند، خود محکمه محل مورد اطمینانی را معین خواهد کرد» (ماده ۱۱۶ ق.م.) تصمیم دادگاه در جهت تعیین محل سکونت موقت زوجه تا زمان صدور رأی دادگاه به صورت دستور موقت صادر می‌شود، زیرا در این گونه امور فوری که به حیثیت و سلامت اشخاص و خانواده ارتباط پیدا می‌کند، نمی‌توان به انتظار پایان دادرسی و صدور حکم نهایی نشست (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۲۱۷).

سکونت زن در منزل دیگر در مدتی که خوف ضرر بدنی یا مالی یا شرافتی دارد، عذری موجه برای امتناع او از تمکین بوده و موجب نشوز زن نمی‌شود، بنابر این در این مدت نفقه بر عهده‌ی شوهر است. اما اگر دادگاه خوفی را که زوجه مدعی آن بوده، متنفی اعلام نماید، زوجه باید به منزل شوهر باز گردد والا ناشزه محسوب می‌گردد. در صورت ثبوت مظنه خطر برای دادگاه نیز، اگر زوجه از سکونت در محل تعیین شده توسط دادگاه خودداری نماید، این رفتار وی، دیگر توجیهی برای عدم تمکین وی نخواهد بود.

۳- موارد مالی موجه بودن عدم تمکین

در مبحث اول، موانع مشروع امتناع از تمکین که جنبه‌ی غیر مالی بود، بررسی شد. برخی دیگر از مواردی که اجازه‌ی امتناع از تمکین را می‌دهند، مسائلی هستند که جنبه‌ی مالی دارند. این موارد در زیر، بررسی می‌شود.

۳-۱- ضرورت تأمین معاش

می‌دانیم یکی از مصادیق تمکین شوهر نسبت به زن خود، تأمین مخارج روزمره زندگی اوست و در صورتی که از این مسأله بدون عذر امتناع نماید، این کار نشوز محسوب می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۵، ۴۲۹؛ حلی، ۱۴۱۵، ۲۱۰). از نظر فقهی در صورتی که زن نسبت به شوهر تمکین داشته باشد، ولی شوهر به وظیفه‌ی خود در مورد انفاق عمل ننماید، برای زوجه چند راه کار وجود دارد، یکی اینکه زوجه می‌تواند به حاکم رجوع و اجبار شوهر را به ادای حقوق خویش بخواهد. حاکم نیز می‌تواند شوهر را مجبور به انفاق نماید و حتی می‌تواند اموال شوهر را برای تأمین نفقه زوجه بفروشد. دیگر اینکه زوجه می‌تواند خود، به قدر

مخارج خویش، از اموال شوهر بردارد. البته برخی این کار را مشروط به استیذان زوجه از حاکم دانسته- اند (فتوای آیات عظام اراکی، گلپایگانی و مکارم؛ به نقل از: بنی هاشمی خمینی، ۱۳۸۳، ۲، ۴۷۹) و برخی دیگر این روش را در صورتی اجازه داده‌اند که اجبار شوهر توسط حاکم ممکن نباشد و می‌گویند: «زنی که از شوهر اطاعت می‌کند اگر مطالبه خرجی کند و شوهر ندهد می‌تواند جهت الزام شوهر بر پرداخت نفقه به حاکم شرع و اگر ممکن نباشد به عدول مؤمنین و اگر آن هم ممکن نباشد به فسّاق مؤمنین مراجعه نماید و چنانچه الزام شوهر بر دادن نفقه ممکن نباشد می‌تواند در هر روز به اندازه خرجی آن روز، بدون اجازه از مال او بردارد» (همان، ۲، ۴۸۸).

یکی دیگر از راه‌هایی که برای زوجه وجود دارد این است که وی شخصاً برای امرار معاش خود تلاش نموده و به کسب روزی مشغول شود و با انجام اموری که در توان دارد، برای تأمین مخارج خویش اقدام نماید. به اعتقاد فقها در صورتی که زوجه به علت استنکاف شوهر از پرداخت نفقه، مجبور به تهیه معاش خود شود، در زمان تلاش برای تأمین معاش، اطاعت نمودن از شوهر برایش واجب نمی‌باشد. این مسأله که با تفاوت‌هایی جزئی توسط اکثر مراجع تقلید (همان، ۲، ۴۸۸) بیان شده است، یکی از موارد جواز امتناع زوجه از تمکین را بیان می‌کند.

۳-۲- حق حبس

یکی از مواردی که امتناع زوجه از تمکین را توجیه نموده، حق امتناع زوجه از تمکین تا وصول مهریه می‌باشد. در مورد ماهیت عقد نکاح و اینکه این عقد تا چه حد مشمول احکام معاوضات است، به تبع اختلاف نظری که در فقه وجود دارد، آراء متفاوتی در میان حقوقدانان دیده می‌شود؛ برخی متأثر از منابع فقهی، بر این باورند که نکاح اگرچه از جمله معاوضات حقیقی به شمار نمی‌آید، اما ملحق بدانها محسوب می‌شود، مخصوصاً اگر در آن مهر ذکر شود (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۲۴۲). برخی نیز آن را دارای دو جنبه خصوصی و عبادی می‌دانند و جنبه‌ی خصوصی نکاح (مهر) را هرگاه قانون در موردی به حکم خصوصی تصریح نکند، تا آنجایی که به حقوق عمومی و جنبه‌ی مذهبی آن لطمه وارد نکند، تابع اصول و قواعد معاوضات می‌دانند (امامی، ۱۳۷۷، ۴، ۴۴۲). بعضی نیز نه تنها آن را عقدی معاوضی نمی‌دانند، شبه معاوضی بودن آن را هم مورد انتقاد قرار داده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ۱۵۸).

علت طرح این مقدمه این است که در عقود معوض هر یک از طرفین بعد از انعقاد عقد، حق دارد تا زمانی که طرف مقابل، حاضر به تسلیم موضوع تعهد خود نشده است، مالی را که به طرف منتقل کرده است، به او تسلیم نکند، به طوری که در آن واحد تسلیم و تسلیم به عمل آید. قانون مدنی در بیان قواعد مربوط به بیع، در مورد این موضوع که به حق حبس در عقود معاوضی مشهور است، در ماده ۳۷۷ بیان می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن موجد باشد. در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد باید تسلیم شود». قانونگذار این موضوع را در مورد نکاح نیز جاری دانسته و در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم 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». این حق که از آن در کتب حقوقی، به عنوان «حق امتناع زوجه» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۲۴۲) یا «حق حبس» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۱۵۴؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۵، ۱۵۶) یاد شده است، پشتوانه‌ی شرعی داشته و مورد تأیید و تصریح اکثر فقهای امامیه قرار گرفته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳۶۹؛ نجفی، بی‌تا، ۳۱، ۴۱؛ شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۵۱۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۳؛ محقق سبزواری، بی‌تا، ۲۱۸؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۴۰۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ۷۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۴۶۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ۲۹۹؛ اراکی، ۱۴۱۹، ۵۳۳).

نکته‌ای که باید توجه داشت این است که همان گونه که از عنوان این نهاد معلوم است، امتناع زوجه از تمکین، حق است نه حکم، لذا زوجه می‌تواند نسبت به اسقاط این حق اقدام نماید. استفاده‌ی زوجه از حق حبس خود برای وصول مهریه در صورتی ممکن است که برخی شرایط مهیا باشد. این شرایط عبارتند از عدم پرداخت مهر، حال بودن مهر و عدم تمکین زوجه که این شرایط در ذیل بررسی می‌شوند.

۳-۲-۱- عدم پرداخت مهر

اقتضای وجود حق حبس در عقود معاوضی این است که طرفین قرارداد تنها زمانی حق امتناع از تسلیم عوض را دارند که معوض را دریافت ننموده باشند، لذا در صورتی که یکی از متبایعین نسبت به تسلیم مورد تعهد به اختیار خود اقدام نماید، حقی برای امتناع طرف دیگر از تسلیم باقی نخواهد ماند. ماده ۳۷۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت مگر بموجب فسخ در مورد خیار» خودداری کند. در عقد نکاح هم وضع به

همین منوال است و در صورتی که شوهر مهریه‌ی زوجه را پرداخت نماید، دیگر وجهی برای استفاده زوجه از حق حبس باقی نخواهد بود، از این رو، اگر زوجه به رغم دریافت مهر از تمکین امتناع ورزد، ناشزه محسوب می‌گردد (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ۵۱۰). همچنین، اگر زوجه قبل از دریافت مهریه نسبت به تمکین از زوج اقدام کند، حق حبس او ساقط می‌شود.

ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد: «اگر زن قبل از اخذ مهر با اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده‌ی قبل [حق حبس] استفاده کند...». آنچه گفته شد مربوط به زمانی است که کل مهریه به زوجه تسلیم شده باشد. اما پرسشی که مطرح می‌گردد این است که در صورتی شوهر بخشی از مهریه را به زوجه پرداخت نموده باشد، آیا به سبب این تأدیه جزئی مهریه، زوجه ملزم به تمکین نسبت به شوهر خواهد بود یا اینکه تا زمان دریافت تمام مهر، همچنان حق امتناع از تمکین را خواهد داشت؟ این مسأله به ویژه در جایی مطرح می‌گردد که با وجود حال بودن مهر، به علت عدم تمکن مالی شوهر، پرداخت مهریه توسط وی با حکم دادگاه تقسیط شده باشد.

برای پاسخ به این سؤال ابتدا لازم است به بررسی این موضوع در حق حبس در عقود معاوضی بپردازیم؛ برخی با توجه به اینکه فقها (شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۱۸؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۴۰۹) (در بحث از شرایط خیار تأخیر)، قبض بعض مورد معامله را در حکم عدم قبض آن می‌دانند، معتقدند عدم تجزیه حق حبس با مبانی حقوق تعهدات در نظام حقوق اسلامی سازگارتر است (باقری و طباطبایی، ۱۴۱۸، ۹۱). گروهی نیز با توجه به وجود برخی آرای فقهی^۱ در مورد احتمال تجزیه‌ی حق حبس، در صورت وجود شرایطی خاص، حق حبس را قابل تجزیه می‌دانند (عیسایی تفرشی و همکاران، تأثیر اجرای جزئی یا ناقص تعهد بر حق حبس...، ۱۰۹).

اما در مورد حق حبس زوجه باید دانست که گذشته از اینکه اجرای نظر اخیر در عقد نکاح با توجه به ماهیت روابط فی‌مابین متصور نیست، فقها متعرض این نکته شده‌اند که زوجه تا زمانی که مهریه را تماماً دریافت نموده باشد، حق امتناع از تمکین را خواهد داشت (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۹۴؛ حلبی، ۱۴۰۳، ۲۹۴). از این رو پرداخت جزئی مهریه، اثری بر سقوط حق حبس زوجه نخواهد داشت.

قانون مدنی ایران به این موضوع تصریح ننموده است اما اطلاق ماده ۱۰۸۵ آن، موافق با نظر اخیر

۱- «الظاهر أن حق الحبس ثابت بالامتناع من بعض العوض بل الظاهر عدم وجوب التقابض علی النسبه لأنه خلاف مقتضى العقد، مع احتمالهما فیما یتحقق منه» (نجفی، جواهر الکلام، ۲۳، ۱۴۸).

است. با این حال از آنجا که عدم وجود حکم صریح قانون در این موضوع که تقسیط مهریه مسقط حق حبس است یا خیر، موجب صدور آرای متعارض توسط محاکم کشورمان شد، دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۰۸ مورخ ۸۷/۵/۲۲ و حکم به بقای حق حبس زوجه تا دریافت کامل مهریه در صورت تقسیط آن توسط محکمه، به این اختلاف پایان داد. در این رأی آمده است: «بموجب ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند مشروط بر اینکه مهر او حال باشد. ضمناً در صورت احراز عسرت زوج، وی می‌تواند که مهر را به نحو اقساط پرداخت کند. با توجه به حکم قانونی ماده مذکور که مطلق مهر مورد نظر بوده و با عنایت به میزان مهر که با توافق طرفین تعیین گردیده، صدور حکم تقسیط که صرفاً ناشی از عسر و حرج زوج در پرداخت یک جای مهر بوده، مسقط حق حبس زوجه نیست و حق او را مخدوش و حاکمیت اراده او را متزلزل نمی‌سازد مگر به رضای مشارالیها، زیرا اولاً حق حبس و حرج دو مقوله جداگانه است که یکی در دیگری مؤثر نیست، ثانیاً موضوع مهر در ماده مزبور دلالت صریح به دریافت کل مهر داشته و اخذ قسط یا اقساطی از آن دلیل بر دریافت مهر به معنای آنچه مورد نظر زوجه در هنگام عقد نکاح بوده، نیست».

۳-۲-۲- حال بودن مهر

مهریه زوجه می‌تواند کلاً یا جزئاً حال باشد یا موجّل (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲۹۹).^۱ اقتضای اطلاق عقد، حال بودن مهر است، لذا هم در صورت اطلاق عقد و هم در صورت شرط نمودن تعجیل مهر، با مطالبه‌ی زوجه، تأدیه آن بر شوهر واجب می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۳) و فایده‌ی توافق در مورد حال بودن و تعجیل مهر، تنها تأکید نمودن بر این مسأله است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۳).

یکی از شروطی که برای استفاده زوجه از حق حبس مطرح شده است، این است که مهریه وی بدون مهلت و حال باشد، یعنی زمان و اجلی برای آن تعیین نشده باشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ۲۹۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۹۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ۴۷۵).

ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی نیز در این باره مقرر می‌دارد: «زن می‌تواند از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد». این شرط در مورد اعمال حق حبس در عقد بیع در ماده ۳۷۷ قانون مدنی نیز بیان شده است.

۱- ماده ۱۰۸۳ ق.م: «برای تأدیه تمام یا اقساطی از مهر می‌توان مدت یا اقساطی قرار داد»

۳-۲-۳- عدم تمکین زوجه از زمان عقد

در عقود معاوضی در صورتی که یکی از طرفین بدون قبض معوض، نسبت به تسلیم عوض اقدام نماید، حق حبس او ساقط می‌گردد و دیگر نمی‌تواند آنچه را داده بازپس گیرد و در این صورت، تنها می‌تواند الزام طرف را نسبت به تحویل عوض از محکمه بخواهد. در این مورد ماده ۳۷۸ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر بایع قبل از اخذ ثمن، مبیع را به میل خود تسلیم مشتری نماید حق استرداد آن را نخواهد داشت...».

بنابر نظر مشهور در فقه امامیه، در مورد حق حبس زوجه نیز وضعیت مشابهی وجود دارد، بدین توضیح که یکی از شرایطی که برای وجود و بقای حق حبس ذکر کرده‌اند این است که زوجه قبل از گرفتن مهریه نسبت به شوهر خویش تمکین نکرده باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۷۱؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ۲۶۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۱۸۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ۷۲). بنابراین، چنانچه زوجه قبل از گرفتن مهریه از زوج تمکین نماید، حق حبس وی ساقط گردیده و دیگر مجاز به امتناع از «وظایف زناشویی» نیست. ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «اگر زن قبل از اخذ مهر با اختیار خود به ایفاء وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام نمود، دیگر نمی‌تواند از حکم ماده‌ی قبل استفاده کند، معذالک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد». در توضیح این موضوع گفته شده است: «اگر تمکین به اختیار زن انجام گیرد، حادثه‌ای مانند آنچه در سایر معاملات، قبض نامیده می‌شود، رخ داده است و پس از آن، دیگر اختیاری برای حبس باقی نمی‌ماند» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۱، ۱۶۰).

همان‌گونه که از قید عبارت «با اختیار خود» در متن ماده ۱۰۸۶ نیز بر می‌آید، در صورتی که استمتاع شوهر بدون رضای زوجه و به جبر یا اکراه و یا در حالت بیهوشی صورت گیرد، اگرچه آثاری از قبیل استقرار کامل مهریه را به دنبال خواهد داشت اما حق حبس زوجه ساقط نمی‌گردد، چرا که این حالت در حکم قبض فاسد است و آثار قبض صحیح را نخواهد داشت (اراکلی، ۱۴۱۹، ۵۳۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۱۹۳)، از طرف دیگر اصل بقای این حق تا زمان تحقق عاملی برای زوال آن می‌باشد. البته زوال حق حبس نیز در حالت نزدیکی به اکراه محتمل دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۳۷۲).

درباره سقوط حق حبس به علت تمکین زوجه، در میان فقها دیدگاه دیگری هم وجود دارد، بر این

۱- ایراد این نظر آن است که عقد نکاح را نوعی عقد معاوضی قلمداد می‌کند و حال آنکه در عقد نکاح، اگرچه حق حبس برای زوجه وجود دارد لیکن نمی‌توان آن را عقد معاوضی دانست. از این رو، نباید حکم مذکور در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی را حکمی مشابه مقبوض به قبض فاسد دانست.

مبنا که منفعت ناشی از آمیزش با زن در طول زمان تجدید می‌شود و نمی‌توان ادعا کرد که تمام منفعت با یک بار تمکین به مرد تسلیم شده است. بنابراین دیدگاه، یک بار تمکین مسقط حق حبس نخواهد بود، چرا که مهر در ازای جمیع استمتاع از زوجه است و با یک بار نزدیکی، قبض حاصل نمی‌گردد (به نقل از نجفی، بی‌تا، ۳۱، ۴۴). این نظر نیز معاوضی بودن عقد نکاح را تأیید می‌کند و حال آنکه ماهیت نکاح، عقدی غیرمعاوضی است. شیخ طوسی پس از نقل هر دو نظر فوق، قول به عدم سقوط حق حبس را در این حالت تقویت می‌نماید (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۳۱۳).

قانون مدنی، بر اساس نظر مشهور، تمکین زوجه را سبب سقوط حق حبس معرفی نموده است و تکلیف موضوع را روشن نموده است. پرسشی که مطرح می‌گردد این است که دقیقاً چه چیز سبب سقوط حق حبس زوجه است؟ آنچه در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی موجب سقوط حق حبس دانسته شده است، قیام زوجه به ایفاء وظایفی است که در مقابل شوهر دارد، اما آیا منظور قانونگذار از این وظایف، کلیه وظایف زناشویی است یا صرفاً وظایف خاص زناشویی است؟

برای پاسخ به این سؤال باید ابتدا به منابع فقهی مراجعه نمود. نگاهی به کتب فقه‌های امامیه، نشانگر این موضوع است که آن چه که سبب سقوط حق حبس است، تمکین خاص است چراکه در صورتی که دخول انجام شده باشد، چنین حقی را برای زوجه معتبر نمی‌دانند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۴۰۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ۷۲؛ محقق حلی، بی‌تا، ۲۶۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ۲۱۷). بنابراین تنها تمکین خاص به نحو دخول مسقط حق حبس است و سایر التذاذات جنسی تأثیری در این مسأله ندارند.

برخی فقها در پاسخ به سوالی در مورد سقوط حق حبس به واسطه‌ی تمکینی غیر از نزدیکی، مسأله را این‌گونه شرح می‌دهند: «تمکین مسقط حق مطالبه مهر حال، تمکین به نحو دخول و آمیزش است و در نکاح اگر معاوضه‌ای باشد، مهر در مقابل همان است و گویی استمتاع دیگر جنبه‌ی تبعی دارد و در معاوضه و متقاضیه و تسلیم طرفین بی‌اثر است» (صانعی، ۱۳۸۶، ۳۷۰).

با توجه به سابقه‌ی فقهی که از ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی ذکر شد معلوم می‌گردد آن چه موجب سقوط حق حبس زوجه می‌گردد و قانون‌گذار از آن به «ایفاء وظایف که زن در مقابل شوهر دارد» نام برده است، همان تمکین خاص به نحو وقوع دخول است. محاکم ایران نیز «وظایف» یاد شده در ماده‌ی مذکور را حمل بر تمکین خاص نموده‌اند. به عنوان نمونه در دادنامه شماره ۱۴۰۳ مورخ ۸۳/۵/۱۹، صادره از شعبه ششم دادگاه تجدید نظر استان تهران آمده است: «...تجدید نظر خواهی نامبرده نسبت به رد درخواست الزام

به تمکین زوجه نیز، با توجه به دوشیزه بودن زوجه و اعمال حق حبس، وارد نیست» (زندى، ۱۳۸۸، ۳). همان گونه که مشاهده می‌گردد در این رأی، تنها ملاک برای اعمال حق حبس، دوشیزه بودن زوجه (عدم وقوع تمکین خاص) قرار داده شده است و به انجام سایر وظایف از سوی زوجه (تمکین عام)، توجهی نشده است. رأی زیر نیز بر این مبنا صادر شده است: «در خصوص تجدید نظرخواهی خانم... به دادنامه شماره ۳۷۴۶ به تاریخ ۸۳/۱۲/۲۵ شعبه ۲۵۷ دادگاه عمومی خانواده تهران، نظر به وصف قضایی خواسته و اقداماتی که در مقام بررسی دلایل و کشف ماوقع و دریافت نتیجه‌ی نهایی به کار گرفته شده است و با عنایت به نظریه شماره ۱۳۸-۸۴/۳/۹ پزشکی قانونی شرق تهران که صراحت در بکارت تجدیدنظرخواه دارد، بنابراین تمکین به زوجه موجه نیست و مخالف مدلول ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی دایر به وجود حق حبس برای نامبرده تلقی می‌گردد، بنابر این با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی با نقض دادنامه معترض عنه حکم به رد دعوی صادر و اعلام می‌گردد».

با توجه به این رأی معلوم می‌گردد، آنچه به عنوان شرط وجود حق حبس مورد توجه قرار گرفته است، بکارت زوجه است، یعنی دادگاه ازاله‌ی بکارت زوجه را به عنوان نشانه‌ی ای بر وقوع نزدیکی و موجب سقوط حق حبس می‌داند، لذا همان گونه که قبلاً اشاره شد، با توجه به سابقه فقهی موضوع، آنچه موجب سقوط حق حبس است، تمکین خاص زوجه است، به گونه‌ای که دخول انجام شده باشد و ایفای سایر وظایف زناشویی، مسقط حق حبس نمی‌باشد.

لازم به ذکر است که رأی فوق در صورتی موجه است که زوجه در زمان ازدواج، باکره باشد و الا در صورت ازدواج قبلی زوجه و ازاله بکارت از او و نیز در موردی که بکارت زوجه بعلت ورزش یا عمل جراحی یا هر علتی غیر از نزدیکی زایل شده باشد، صرف باکره نبودن، کافی برای سقوط حق حبس نیست و برای اسقاط حق حبس، باید ایفای وظایف زناشویی و بویژه وقوع نزدیکی بین زوجین، ثابت شود.

۴- نتیجه

طبق مقررات قانون مدنی و منابع معتبر فقهی، همین که عقد نکاح واقع شد رابطه زوجیت ایجاد و حقوق و تکالیف زوجین در برابر یکدیگر برقرار می‌شود.

یکی از آثار عقد نکاح، تمکین زوجه از زوج می‌باشد به نحوی که اگر زوجه بدون مانع مشروع، از ایفای وظایف خود در مقابل زوج امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود. لذا حکم اولیه مربوط به عقد نکاح، لزوم تمکین زوجه از زوج می‌باشد.

با وجود این، در مواردی زوجه از تمکین در برابر زوج معاف است و حکم اولیه لزوم تمکین ساقط شده و حکم ثانویه عدم تمکین جایگزین حکم اولیه می‌شود. این موارد را می‌توان موارد موجه امتناع از تمکین نامید. برخی از این موارد، جنبه مالی و برخی دیگر جنبه غیرمالی دارند. بیماری شوهر یا زوجه، احتراز از محرمات و انجام واجبات از جمله موارد غیرمالی توجیه کننده عدم تمکین است.

ضرورت تأمین معاش و حق حبس از موارد مالی موجهه عدم تمکین است. برای اعمال حق حبس لازم است که مهریه، حال بوده و زوجه به وظایف خود در مقابل زوج عمل نکرده باشد. چنانچه حکم تقسیط مهریه صادر شده باشد، بموجب رأی وحدت رویه صادره از دیوان عالی کشور، تا زمانی که تمام اقساط پرداخت نشده است زوجه حق حبس و در نتیجه خودداری از تمکین را دارد. در قانون مدنی در مورد حق حبس زوجه تصریح نشده است که آیا امتناع از تمکین، ناظر به تمکین خاص است یا تمکین به معنی عام (تمام تعهدات ناشی از عقد نکاح)، لیکن عملاً محاکم دادگستری، حق حبس را ناظر به امتناع زوجه از تمکین خاص (نزدیکی)، دانسته و در صورت وقوع نزدیکی، حق حبس را ساقط می‌دانند و در صورت عدم وقوع نزدیکی، حق حبس را باقی تلقی می‌کنند اگرچه زوجه به سایر وظایف مانند حسن معاشرت، معاضدت و غیره عمل کرده باشد.

لازم است که قانون مدنی در این زمینه اصلاح شده و صراحتاً اعلام شود که زوجه می‌تواند تا مهریه خود را دریافت نکرده از تمکین خاص (نزدیکی) در مقابل شوهر امتناع کند. استثنایی بودن حق حبس در عقد نکاح، این نظر را تأیید می‌کند.

فهرست منابع

- ۱- ابن قدامه، عبدالله، ۱۳۹۰، المغنی، جلد ۴، چاپ سنگی، قاهره.
- ۲- اراکی، محمد علی، ۱۴۱۹، کتاب النکاح، نور نگار، قم، چاپ اول.
- ۳- امامی، سید حسن، ۱۳۷۷، حقوق مدنی، جلد ۴، کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ شانزدهم.

- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵، المکاسب (تراث الشیخ الأعظم ۱۴)، جلد ۲، قم، چاپ اول.
- ۵- باقری، احمد؛ طباطبایی، سید محمد صادق، ۱۳۸۴، حق حبس، مجله مطالعات اسلامی (الهیات و معارف اسلامی)، شماره ۶۷.
- ۶- بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵، الحدائق الناضره، جلد ۱۹، محقق شیخ محمدتقی ایروانی، سیدعبد الرزاق مقرر، انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۷- بنی هاشمی خمینی، سید محمد حسین، ۱۳۸۳، توضیح المسائل مراجع (مطابق با فتوای سیزده نفر از مراجع معظم تقلید)، جلد ۱، چاپ هشتم.
- ۸- تبریزی، جواد، ۱۴۲۳، صراط النجاه، جلد ۴، ۵ و ۶ دارالصدیقه الشهیده، قم، چاپ اول.
- ۹- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۸۰، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران، چاپ یازدهم.
- ۱۰- حلبی، ابوالصلاح، ۱۴۰۳، الکافی فی الفقه، محقق/مصحح؛ رضا استادی، کتابخانه عمومی امام امیر المؤمنین، اصفهان، چاپ اول.
- ۱۱- حلی، حسین، ۱۴۱۵، بحوث فقهیه، علی بحر العلوم، مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- ۱۲- حلی، علامه، ۱۴۱۳، قواعد الأحکام، جلد ۲ و ۳، محقق/مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول.
- ۱۳- زندی، محمد رضا، ۱۳۸۸، رویه قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران در امور خانواده ۳ (تمکین، ازدواج مجدد)، انتشارات جنگل، تهران، چاپ اول.
- ۱۴- زین الدین، محمد امین، ۱۴۱۳، کلمه التقوی، جلد ۱، ۴ و ۷، مطبعه مهر، تهران، چاپ اول.
- ۱۵- سبزواری، محقق، بی تا، کفایه الأحکام، جلد ۲، مؤسسه نشر اسلامی تابع جامعه مدرسین، قم.
- ۱۶- شهید اول، محمد، ۱۴۱۰، اللمعه دمشقیه، محقق/مصحح: محمدتقی مروارید؛ علی اصغر مروارید، دار التراث- الدار الإسلامیه، بیروت، چاپ اول.
- ۱۷- شهید ثانی، زین الدین، ۱۴۱۰، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، محقق/مصحح: سید محمد کلانتر، جلد ۵، کتابفروشی داوری، قم، چاپ پنجم.
- ۱۸- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، ۱۴۱۳، مسالک الأفهام، جلد ۸، محقق/مصحح: گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۱۹- صانعی، یوسف، ۱۳۸۶، مجمع المسائل، جلد ۲، انتشارات میثم تمار، قم، چاپ نهم.

- ۲۰- صفایی، سید حسین؛ امامی، اسد...، ۱۳۸۵، حقوق خانواده، میزان، تهران، چاپ یازدهم.
- ۲۱- طباطبائی، سید علی، ۱۴۱۸، ریاض المسائل، جلد ۱۲، محقق/مصحح: محمد بهره‌مند، محسن قدیری، کریم انصاری، علی مروارید، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، چاپ اول.
- ۲۲- طوسی، ابو جعفر، ۱۳۸۷، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد ۴، محقق/مصحح: سید محمد تقی کشفی، المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، تهران، چاپ سوم.
- ۲۳- طوسی، ابو جعفر، ۱۴۰۰، النهایه، دار الکتب العربی، بیروت، چاپ دوم.
- ۲۴- عیسانی تفرشی، محمد؛ پارساپور، محمد باقر؛ محقق داماد، سید مصطفی، پاییز ۱۳۸۷، تأثیر اجرای جزئی یا ناقص تعهد بر حق حبس با مطالعه تطبیقی در حقوق برخی کشورهای اروپایی، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۱۲، شماره ۳.
- ۲۵- فاضل هندی، محمدبن حسن بن محمد اصفهانی، ۱۴۱۶، کشف اللثام، جلد ۷، محقق/مصحح: گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چاپ اول.
- ۲۶- قمی، شیخ عباس، ۱۳۸۱، الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی، جلد ۱ و ۲، محقق/مصحح: علی رضا اسدالهی‌فرد، منشورات صبح پیروزی، قم، چاپ اول.
- ۲۷- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، حقوق خانواده، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ هفتم.
- ۲۸- گلپایگانی، محمدرضا، ۱۴۱۱، مجمع المسائل، جلد ۱ محقق/مصحح: علی کریمی جهرمی، علی ثابتی، علی نیری، دارالقرآن الکریم، قم، چاپ سوم.
- ۲۹- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۷، بررسی فقهی حقوق خانواده، مرکز نشر علوم اسلامی، قم، چاپ پانزدهم.
- ۳۰- مرتضوی لنگرودی، سید محمد حسن، ۱۴۲۳، توضیح المناسک، دفتر آیه... مرتضوی لنگرودی، قم، چاپ اول.
- ۳۱- مفید، محمد (شیخ مفید)، ۱۴۱۳، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم، چاپ اول.
- ۳۲- موسوی خمینی، سید روح...، بی‌تا، تحریر الوسیله، جلد ۲، دارالعلم، قم، چاپ دوم.
- ۳۳- موسوی خمینی، روح...، ۱۳۷۸، نجاه العباد، نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، چاپ اول.
- ۳۴- نجفی، محمدحسن، بی‌تا، جواهر الکلام، جلد ۶ و ۲۳ و ۳۱، محقق/مصحح: شیخ عباس قوچانی، دار إحياء التراث العربی، بیروت، لبنان، چاپ هفتم.