



جایگاه تمکین و نشوز در استحقاق زوجه نسبت به نفقه

رضا علی پور*

چکیده

نفقه یکی از مهم‌ترین آثار عقد نکاح محسوب می‌شود. با وقوع عقد نکاح حقوق و تکالیف زوجین ایجاد می‌گردد که یکی از حقوق زوجه و به تبع آن یکی از تکالیف زوج بحث پرداخت نفقه است. مبنای این تکلیف را نیز باید حکم قانون در نظر گرفت و نه توافق و تراضی طرفین. در نتیجه نفقه در نکاح دائم جزء قواعد آمره تلقی می‌گردد. اما تردیدی که همواره در فقه و حقوق مطرح گشته بحث جایگاه تمکین و نشوز زوجه در استحقاق وی نسبت به نفقه بوده است. وجود این تردیدها سبب ارائه دو نظریه عمده در باب نقش تمکین و نشوز در موضوع نفقه گردیده است که به نظریه شرطیت و مانعیت مشهور شده‌اند. پذیرش هر یک از دو نظریه مذکور آثار مهمی در ارتباط با پرداخت نفقه خواهد داشت. در نتیجه مقاله حاضر به بررسی مبانی نظری و آثار عملی این دو نظریه پرداخته و سعی بر آن بوده تا ابهامات موجود در باب نقش تمکین و نشوز در موضوع نفقه اندکی رفع گردد.

واژگان کلیدی

تمکین، نشوز، شرط، مانع، رویه قضایی.

* - کارآموز وکالت، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق اقتصادی دانشگاه شهید بهشتی.



مقدمه

یکی از آثار مهم عقد نکاح بحث حقوق و تکالیف طرفین عقد نسبت به یکدیگر است. از جمله تکالیف زوج نسبت به زوجه که یکی از ارکان سرنوشت ساز پژوهش حاضر است بحث نفقه است. واجب بودن پرداخت نفقه زوجه توسط زوج میان همه فقهای مذاهب اسلامی امری بدیهی است (محقق حلی، ۱۳۶۱، ۳۴۷؛ شهید ثانی، ۱۳۸۵، ۴۶۵)

و تنها در میان شرایط این وجوب بعضاً میان مذاهب اسلامی و فقها اختلاف نظرهایی وجود دارد. مستقل از بحث فلسفه تکلیف مرد نسبت به پرداخت نفقه^۱، اتفاق نظر دیگری که در مورد نفقه وجود دارد مبتنی بودن پرداخت نفقه در نکاح دائم بر پایه حکم قانون و عدم وجود ریشه قراردادی در الزام مرد به این تکلیف است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱۷۰) (ماده ۱۱۰۶ ق.م.ا. به همین سبب امکان توافق طرفین عقد در ضمن نکاح یا پس از آن مبنی بر سقوط تکلیف مرد سلب شده است و به بیان دیگر قانونگذار وظیفه زوج به پرداخت نفقه را یک حکم آمره تلقی می کند (و طرفین حق تراضی بر خلاف آن و اسقاط آن را ندارند)^۲. البته در نکاح منقطع (که از بحث مقاله حاضر خارج است) تکلیف مرد به دادن نفقه مبتنی بر تراضی طرفین است، یعنی شوهر در صورتی نفقه زن را می پردازد که یا به صراحت شرط شده یا عقد مبتنی بر آن جاری شده باشد (همان، ۱۷۰) (ماده ۱۱۱۳ ق.م.ا). اما یک چالش عمده بررسی جایگاه و نقش تمکین و نشوز در بحث پرداخت نفقه می باشد. در این خصوص دو نظریه در فقه مطرح شده که مطابق نظریه اول تمکین شرط استحقاق زن نسبت به نفقه است، اما بر طبق نظریه دوم نشوز مانع استحقاق زوجه نسبت به دریافت نفقه است. پذیرش هر یک از دو نظریه مذکور آثار کاملاً متفاوتی در بر خواهد داشت که یکی از مهم ترین آثار، بحث بار اثبات تمکین خواهد بود، بدین معنا که در صورت پذیرش نظریه اول زوجه در دعوی که برای مطالبه نفقه طرح می کند علاوه بر رابطه زوجیت باید تمکین خود را نیز ثابت کند اما در صورت پذیرش نظریه دوم در دعوی نفقه کافی است که زن وجود رابطه زوجیت بین خود و خوانده را اثبات کند و در اینجا زوج است که برای رفع مسئولیت از پرداخت نفقه باید نشوز زن را ثابت کند. وجود این نظریه های متفاوت و دیدگاه های گوناگون محدود به فقه و دکترین حقوقی نشده بلکه رویه قضایی نیز در مواجهه با این موضوع دچار تعارض شدید آراء گردیده و سبب ایجاد رویه های کاملاً متعارض در موضوع واحد گشته است. وجود این آثار عملی بر اهمیت نگارنده را بر آن داشته تا با تفکیک هر یک از دو نظریه مذکور، به صورت مستقل به بررسی آن ها پرداخته و دلایل توجیهی نظریه های فوق را مورد

۱. در تئوری معروفی که در مورد مبانی الزام مرد به دادن نفقه بیان شده، آمده است: «الزام به انفاق از توابع حکم سرپرستی شوهر از خانواده و تکلیف حمایت او از زن و فرزندان است» (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱۷۱).

۲. «شرط عدم نفقه در نکاح باطل است اما عقد نکاح را باطل نمی کند»؛ (ابن براج، ۱۳۸۵، ۲۱۳؛ امیر محمدی، ۱۳۸۸، ۱۰۵).



ارزیابی قرار داده و برای این سؤال اساسی که «آیا می‌توان به صورت قطعی مبنای پرداخت نفقه را یکی از دو نظریه مزبور قرار داد؟» به پاسخی روشن دست یابد. موضوع تحقیق حاضر در دکترین حقوقی محل بحث و نزاع قرار گرفته است و اکثر حقوقدانانی که در زمینه حقوق خانواده نظریات خود را انتشار داده‌اند به نوعی خود را درگیر این موضوع ساخته‌اند اما نکته مشترک در اکثریت قریب به اتفاق آن‌ها (به جز معدودی از حقوقدانان متأخر) عدم بررسی تمام جوانب و ابعاد موضوع حاضر است. نکته مشترک دیگر میان اکثریت این حقوقدانان پذیرش نظریه ای واحد در بررسی این موضوع است و به نوعی میان حقوقدانان نظر مشهوری در مواجهه با چالش مذکور ایجاد شده است. اما برعکس حقوقدانان، فقهای امامیه با وسواسی به غایت عجیب به بررسی موضوع مزبور پرداخته و تمام جوانب آشکار و پنهان آن را مورد مذاقه خویش قرار داده و حجم عظیمی از ایده‌ها و تئوری‌ها که بعضاً کلاً یا جزئاً مورد استناد حقوقدانان هم قرار گرفته را ارائه داده و باز عکس حقوقدانان در میان فقها اختلاف نظر شدیدی در مورد چالش حاضر به وجود آمده، بطوری که در حال حاضر استناد به نظریه مشهوری در فقه در این باب بسیار صعب و دشوار است (فرشتیان، ۱۳۸۱، ۸۴). روش تحقیق در مقاله حاضر کتابخانه‌ای است یعنی با مراجعه به کتب فقهی و حقوقی متعدد نظریاتی که در این باب مطرح گردیده مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته است. همچنین دامنه مطالعه محدود به نظریه‌های موجود در فقه و دکترین حقوقی نشده بلکه بازخورد عملی این نظریه‌ها در رویه قضایی نیز مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است. در تحقیق حاضر در دو مبحث به موضوع پرداخته شده است. در مبحث اول به بررسی مفاهیم و اصطلاحات مبنایی مطرح در مقاله پرداخته‌ایم و سپس آثار نظری و عملی تفکیک سهم تمکین و نشوز در بحث نفقه برشمرده شده است. آنگاه در مبحث دوم به ترتیب هر یک از نظریات شرطیت و مانعیت مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته و در نهایت برخورد رویه قضائی با موضوع حاضر مورد توجه قرار گرفته است.

مبحث اول: بررسی مفاهیم و آثار تمییز سهم تمکین یا نشوز در استحقاق زن

نسبت به نفقه

گفتار اول: تعریف مفاهیم مبنایی

بر اساس منطق و اصول مبتنی بر عقل سلیم پیش زمینه ورود به هر مبحث علمی در ابتدای کار تعریف دقیق مفاهیم و اصطلاحات طرح شده در آن مبحث علمی است تا بر اساس تعاریف مزبور پایه‌های استدلال خویش را بنا کرده و همچنان به پیش روی در تحلیل موضوع ادامه داده، تا در نهایت حداقل، موضوع را از هرگونه ابهام عاری ساخته و حداکثر، امکان ارائه یک تحلیل جامع و مانع از موضوع که پیش شرط‌های اصولی و منطقی در آن رعایت شده باشد را فراهم آوریم. پس در بادی امر به تعریف مفاهیم پایه ای بکار رفته در



مسئله حاضر می‌پردازیم تا پایه های تحلیل خویش را از مسأله کنونی از هرگونه ابهام و اجمالی به دور سازیم.

۱. **شوط:** شرط در اصطلاح اصولیین عبارت از قیدی که از عدم آن عدم مشروط لازم آید، بدون اینکه وجودش مستلزم وجود مشروط باشد مانند قدرت بر تسلیم مبیع که شرط بیع است (محمدی، ۱۳۸۵، ۸۲).

۲. **مانع:** عبارت از چیزی است که از حدوث شی جلوگیری می‌کند و مزاحم تأثیر مقتضی در به وجود آمدن مقتضی می‌گردد، مثلاً اثر عقد بیع، انتقال مبیع به خریدار و انتقال ثمن به فروشنده است، اما موقوفه بودن مبیع مانع تحقق این اثر است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۱۷، ۱۶).

۳. **تمکین:** این واژه در لغت به معنای به کسی توانایی دادن که به چیزی یا امری دست یابد و فرمان کسی را پذیرفتن آمده است (عمید، ۱۳۸۹، ۴۲۱). اما تمکین در زبان فقها و حقوقدانان در دو معنای عام و خاص بکار رفته که هر یک تعریف مختص به خود را دارد؛ در تعریف تمکین عام عده ای از حقوقدانان آن را عبارت دانسته‌اند از حسن معاشرت زن با شوهر خود و اطاعت از او در امور مربوط به زناشویی (امامی، ۱۳۷۲، ۴۴۷)، که البته حسن معاشرت زن با شوهر مصادیق خاصی دارد (همان، ۴۴۷). دسته ای دیگر از حقوقدانان تمکین عام را به معنای قبول ریاست شوهر بر خانواده و محترم شمردن اراده او در تربیت فرزندان و اداره مالی و اخلاقی خانواده دانسته‌اند (کاتوزیان، همان، ۲۲۸). در تعریف تمکین خاص که فقها از آن به تمکین کامل یا تام تعبیر کرده‌اند میان فقها و حقوقدانان تقریباً اتفاق نظر وجود دارد. در فقه تمکین خاص را عبارت دانسته‌اند از اینکه زن به شوهر اجازه دهد تا از او بهره جنسی، در هر زمان و مکانی که مانع شرعی و عقلی برای آن‌ها نباشد ببرد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۴۳۹). حقوقدانان نیز همان معنا را این‌گونه بیان داشته‌اند: تمکین خاص ناظر به رابطه جنسی زن و شوهر و پاسخ دادن به خواسته های مشروع اوست (کاتوزیان، همان، ۲۲۷)؛ یا عده ای دیگر از حقوقدانان آن را عبارت دانسته‌اند از نزدیکی جنسی با شوهر که زن باید همیشه برای آن آماده باشد مگر آنکه بیمار بوده و نزدیکی موجب زیان او گردد و یا مانع شرعی داشته باشد (امامی، همان، ۴۴۷).

۴. **نشوز:** نشوز که در لغت به معنای عصیان در روابط زن و شوهر یا خارج شدن زن از اطاعت مرد آمده (دهخدا، ۱۳۸۴، ۲۲۵۰۹، ۲۲۵۰۸)، در فقه امامیه مختص به زن نیست بلکه به مرد نیز نسبت داده می‌شود (صادقی، ۱۳۹۰، ۴۵). همچنین در فقه و حقوق در دو معنای عام و خاص خویش مورد بحث قرار گرفته. نشوز خاص نقطه مقابل تمکین خاص است یعنی نشوز به معنای خاص دریغ ورزیدن زن از تکالیفی است که در اثر تمکین خاص بر دوش او گذاشته شده است. در مقابل نشوز به معنای عام آن است که زن یکی از وظایف مشترک و یا اختصاصی خود را انجام ندهد، به بیان دیگر تخلف از وظایف و تکالیف الزامی و واجب



را نشوز عام گویند (همان، ۱۵۲؛ امامی، همان، ۴۵۳، ۴۴۷). نکته بسیار پر اهمیت و صحیحی که در این زمینه بیان شده این است که هرچند تعابیری که فقها در معنای تمکین بکار می‌برند ناظر بر معنای خاص آن است، اما با توجه به مفهوم نشوز که نقطه مقابل تمکین است، به نظر می‌رسد تمکین و نشوز، در بحث نفقه، به مفهوم عام کلمه است (همان، ۱۵۲؛ همان، ۴۵۳، ۴۴۷).

گفتار دوم: آثار عملی و نظری تمییز سهم تمکین یا نشوز در استحقاق زن نسبت به

نفقه

موضوع مزبور نه تنها از لحاظ نظری آثار مهمی به دنبال دارد بلکه از جنبه عملی نیز آثار چندی بر آن متبادر است. در اینجا فقط به ذکر اهم این آثار که به خصوص دارای آثار حقوقی نیز هستند، اکتفا می‌گردد اما نباید فراموش گردد که در کتب فقها آثار بی شمار دیگری نیز از این مسئله ناشی می‌شود که به دلایل محدودیت نوشتار حاضر و جلوگیری از تفصیل بیش از اندازه بحث و همچنین تبعات حقوقی ناچیزی که بر آثار بار می‌شود از ذکر تمام آن‌ها خودداری می‌شود و خواننده علاقه‌مند را برای تفصیل بحث به کتب فقهی در بحث نکاح مبحث نفقه ارجاع می‌دهیم.^۱

۱. اگر تمکین شرط استحقاق نفقه باشد، در دعوایی که زن بر مطالبه آن می‌کند باید گذشته از رابطه زوجیت، تمکین خود را نیز ثابت کند (کاتوزیان، همان، ۱۷۲). زیرا گفته زوج مقدم است و زن باید برای اثبات تمکین خود بینه بیاورد زیرا اصل عدم تمکین است و ادعای زن مخالف اصل است و مخالف اصل، مدعی محسوب شده و لازم است برای اثبات ادعای خود بینه بیاورد (صادقی، همان، ۱۲۱). ولی اگر نشوز مانع از نفقه محسوب شود، در دعوی نفقه کافی است که زن وجود رابطه زن و شوهری بین خود و خواننده را مدلل دارد، و این شوهر است که اگر مدعی نشوز زن است، باید به عنوان دفاع آن را مطرح و اثبات کند (کاتوزیان، همان، ۱۷۲). زیرا در این صورت عقد تنها سبب وجوب نفقه است و بنا بر اصل بقاء، استحقاق نفقه زوجه که به واسطه عقد ثابت شده، همچنان باقی است و مرد که ادعای عدم استحقاق زن را به واسطه نشوز دارد، ادعایش خلاف اصل تلقی شده و مکلف به ارائه بینه است (صادقی، همان، ۱۲۱). این اثر شاید مهم‌ترین اثر تمییز سهم تمکین و نشوز در استحقاق زن به دریافت نفقه است، زیرا آن‌ها که با کار دادرسی در محاکم آشنایی دارند به خوبی می‌دانند که تشخیص مدعی و منکر و تحمیل بار اثبات دعوا به یکی از دو طرف تا چه اندازه اهمیت دارد (کاتوزیان، همان، ۱۷۲).

۲. در صورتی که زوجیت به تنهایی سبب استحقاق نفقه باشد، برای نفقه آینده نیز می‌توان از مرد در برابر زن ضمانت کرد (همان، ۱۷۲). یعنی ضمانت از دین مرد به نفقه، قبل از

۱. برای نمونه بنگرید به: النجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۳۱، بحث نفقات؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۸، بحث نفقات؛ شهید ثانی، شرح لمعه، بحث نفقات؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۲، بحث نفقات.



تمکین صحیح است، زیرا سبب دین که عقد است به وجود آمده است و مستفاد از مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ ق م ضمان از دینی که سبب آن ایجاد شده است صحیح است، ثانیاً اثبات نشوز بر عهده مرد است و زن نیازی به ارائه دلیل مبنی بر تمکین ندارد. زیرا اصل عدم مانع است و کسی که مدعی وجود مانع است باید آن را اثبات کند (امیر محمدی، ۱۳۸۸، ۱۰۷).

ولی اگر تمکین نیز یکی از اسباب ایجاد دین مرد به شمار آید، ضمان از او درست نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ۱۷۲). زیرا اولاً ضمان از دین مرد به نفقه قبل از تمکین پذیرفته نیست، زیرا سبب دین به وجود نیامده است و طبق ماده ۶۹۱ ق م «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» ثانیاً اثبات تمکین بر عهده زن خواهد بود زیرا اصل عدم وقوع شرط است و کسی که مدعی وقوع شرط است باید آن را اثبات کند (امیر محمدی، همان، ۱۰۷).

۳. چنانچه زوج و زوجه نسبت به تمکین در گذشته اختلاف نظر پیدا کنند و زن خواستار پرداخت نفقه زمان گذشته شود اما شوهر با پذیرش عدم پرداخت نفقه مدعی عدم تمکین زن در گذشته گردد بنا به نظریه شرط دانستن تمکین، که جمع عقد و شرط به عنوان سبب ایجاد حق نفقه است، بنابراین باید زن را مدعی شرط تلقی کرد و بار اثبات ادعای تمکین را بر عهده او گذاشت (الیه علی المدعی) و مادامی که زن تمکین خویش را به اثبات نرسانده حقی بر نفقه نخواهد داشت. اما چنانچه نظریه مانع دانستن نشوز را بپذیریم باید بگوییم با اقرار مرد به عدم پرداخت نفقه و وجود سبب تام الزام به پرداخت نفقه که همان عقد نکاح باشد مرد مکلف به ادای نفقه به زن خواهد بود مگر آنکه وی به عنوان مدعی نشوز بتواند این امر را اثبات و از تکلیف پرداخت نفقه به زن رهایی یابد (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ۱۹۲؛ صادقی، همان، ۱۲۴).

۴. اگر شوهر غایب باشد، در صورتی که غیبت او بعد از تمکین زن باشد، شوهر مکلف است نفقه زن را پرداخت کند و این الزام تا پایان زمان غیبت او باقی می ماند و اگر غیبت شوهر قبل از تمکین زن باشد بنا به نظریه کسانی که عقد نکاح را سبب تام استحقاق به نفقه می دانند و نشوز را مانع آن، حکم قضیه مانند فرض قبل خواهد بود و مرد مکلف به ادای نفقه همسرش خواهد بود، زیرا اصل انتفای مانع است. اما اگر تمکین را شرط استحقاق نفقه بدانیم زن حقی به دریافت نفقه نخواهد داشت مگر آنکه زن نزد مقام قضایی رفته و تسلیم بودن (تمکین) خود را به همسرش اعلام کند. حال اگر مرد از این اعلام آگاه گردید و نزد همسرش بازگشت بایستی نفقه وی را بپردازد. اما در صورتی که مرد پس آگاهی و امکان بازگشت، نزد زن نرود، قاضی میزان نفقه زن را تعیین خواهد کرد و دستور پرداخت آن را از اموال بجا مانده شوهر خواهد داد، زیرا امتناع از ناحیه مرد بوده است (العاملی، ۱۳۸۵، ۴۷۵-۴۷۶؛ به نقل از: صادقی، همان، ۱۲۳).



هر یک از دو نظریه فوق‌الذکر موافقان و مخالفانی دارد و هر گروه نیز دلایل متعددی در تائید دیدگاه خویش و رد دلایل نظریه مقابل ارائه نموده‌اند. در کتب فقهای سلف جذبه خاصی به سوی نظریه شرط دانستن تمکین وجود دارد و دلیل عمده‌شان هم مبتنی بودن این نظریه بر نظر مشهور فقهای امامیه است^۱. اما همانطور که قبلاً بیان شد امروزه نمی‌توان با قطعیت به نظر مشهور فقهای امامیه استناد کرد زیرا در حال حاضر یکدستی و اتحاد نظر سابق در مورد مسئله مزبور میان فقهای امامیه شکسته شده و طرفداران نظریه مانعیت از هر سو به دلایل واضعین نظریه شرطیت تاخته‌اند و بدیهی بودن آن را زیر سؤال برده‌اند و به نوعی برای خود در کنار نظرات به خصوص فقهای متقدم که گرایش عمومی به سمت نظریه شرطیت داشتند، جای خاصی باز کرده‌اند^۲. اما پیروی سخن پیشین حقوقدانان ما در این زمینه از همان ابتدا با فقهای معاصر هم داستان شده و تحت تأثیر شرایط دگرگون شده اجتماع و تغییر برداشت‌های جامعه نسبت به حقوق زنان گرایش عام به سمت نظریه مانع دانستن نشوز پیدا نموده‌اند و به نوعی نظر مشهوری در این زمینه در بین حقوقدانان ایجاد شده است.

گفتار اول: دلایل ارائه شده در تائید نظریه شرطیت:

۱. فقهای امامیه به خصوص فقهای متقدم پس از ارائه دلایلی در تائید این نظریه و بعضاً مواجه شدن با ایراداتی که نسبت به دلایلمان توسط اقلیت فقها وارد می‌شد در نهایت امر مستند اصلی خود در تائید نظریه مزبور را نظر مشهور فقها ذکر می‌کردند و آن را خالی از چون و چرا تلقی می‌نمودند^۳.

۲. یکی دیگر از مهم‌ترین دلایل ارائه شده در این زمینه استناد به اصل برائت است. چون اصل بر برائت ذمه زوج از پرداخت نفقه است و از این اصل به دلیل اجماع فقهای امامیه حالت تمکین زن خارج شده است در نتیجه اصل برائت در سایر موارد بالاخص موارد عدم تحقق تمکین جاری خواهد شد (شهید ثانی، همان، ۱۹۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۴۴۱؛ محقق حلی، ۷۱۵، ۱۳۶۱). حتی عده ای از فقها آن را مهم‌ترین دلیل نظریه مشهور دانسته‌اند (قمی، ۱۳۷۵، ۳۵۹).

۴. از شاخص‌ترین فقهای معتقد به نظریه شرطیت می‌توان در میان فقهای متقدم از علامه، محقق حلی، شهید ثانی و از میان فقهای متأخر می‌توان از میرزا ابوالقاسم قمی نام برد.

۵. از میان مهم‌ترین و شاخص‌ترین واضعین نظریه مانعیت که متفقاً جز فقهای متأخر و معاصر محسوب می‌شوند می‌توان از آیت الله اراکی، سید محسن حکیم، آیت الله خوئی و آیت الله وحید خراسانی نام برد.

۶. برای مثال محقق حلی در متن شرایع با قبول مورد تردید بودن پذیرش نظریه شرط دانستن تمکین در نهایت بدلیل مبتنی بودن آن به نظر مشهور فقهای امامیه رأی به تائید آن می‌دهد "و فی وجوب النفقه بالعقد أو التمکین تردد، أظهره بین الأصحاب وقوف الوجوب علی التمکین"، محقق حلی، شرایع الاسلام، کتاب نکاح؛ همچنین شهید ثانی نیز در متن شرح لمعه پس از وارد کردن ایراداتی به دلایل نظریه مشهور در نهایت گرایش به سوی پذیرش نظریه مشهور پیدا می‌کند "هذا هو المشهور بین الأصحاب... فالقول بما علیه الأصحاب متعین". شهید ثانی، شرح لمعه، کتاب نکاح، بحث نفقات



۳. خداوند در آیه «وَاعْشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (نساء/ ۱۹) مردان را به معاشرت با زنان به شیوه مرسوم و معروف امر می‌کند و ادای حقوق واجب زن، از اسباب معاشرت متعارف محسوب می‌شود. عرف و عادت مردم، نفقه را که از حقوق واجب زوجه است پس از تحقق تمکین زن واجب می‌داند (صادقی، همان، ۱۳۷ و ۱۳۸). بر طبق عرف مرسوم، مردان همسرانشان را عقد کرده و معمولاً زوجه مدتی در خانه پدر است و هنگام زفاف به منزل شوهر منتقل می‌شود. عرف مردم در دورانی که زوجه در خانه پدر است به وی نفقه نمی‌پردازند و زوجه نیز مطالبه نمی‌کند (فرشتیان، همان، ۸۴). حتی دسته ای از فقها فتوا داده‌اند که نفقه زوجه در فاصله میان عقد و زفاف واجب نیست و اتکاء به عرف را قرینه ای بر سقوط نفقه در زمان فوق گرفته‌اند (خویی، ۱۳۸۵، مسأله ۱۳۹۹).

۴. در نهایت دلیل دیگری که در تایید نظریه اخیر و رد نظریه مقابل بیان گردیده مہبتی بر تفسیری است که عده قلیلی از حقوقدانان بر خلاف نظر مشهور حقوقدانان از ماده ۱۱۰۲ ق م ارائه کرده‌اند.^۷ بدین توضیح که مشهور حقوقدانان اعتقاد دارند یکی از مصادیق حقوق و تکالیف زوجین که به محض انعقاد نکاح در قبال یکدیگر برقرار می‌شود، تکلیف مرد به پرداخت نفقه و حق زن به دریافت نفقه است (کاتوزیان، همان، ۱۷۲).

اما در مخالفت با این تفسیر، استناد به متن ماده ۱۱۰۲ ق م به منظور تائید نظریه مانع دانستن نشوز را مردود دانسته‌اند (امیر محمدی، همان، ۱۰۸). با این توضیح که «حقوق و تکالیف» مندرج در ماده ۱۱۰۲ ق م اعم است از حقوق و تکالیف مطلق و حقوق و تکالیف مشروط. یعنی این حقوق و تکالیفی که به موجب عقد نکاح برقرار می‌شود ممکن است مطلق باشد مانند تکلیف مرد به پرداخت مهریه و حسن معاشرت و ممکن است مشروط باشد مانند تکلیف مرد به پرداخت نفقه (همان، ۱۰۸)، و همانطور که می‌دانیم تحقق تکالیف مشروط (پرداخت نفقه)، موقوف است به محقق شدن شرط (تمکین).

گفتار دوم: دلایل ارائه شده در تایید نظریه مانعیت:

همانطور که در سابق بیان شد فقها و حقوقدانان متقدم و متأخر در مقابل دلایل نظر مشهور پا پس نگذاشتند و به ارزیابی و نقد دقیق و همه جانبه ای نسبت به آن دلایل پرداختند و هر یک از دلایل مزبور را با استدلالات گوناگون مورد تردید قرار دادند، در نتیجه مستنداتی که در تائید نظریه شرط دانستن تمکین وجود داشت هر روز لرزان تر می‌گشت تا جایی که در دوره معاصر فقها صحبت از نظر مشهوری برخلاف نظریه شرطیت کردند (خویی، همان، ۲۸۷) و عده ای از حقوقدانان هم در تنگنای مابین دو نظر مشهور مخالف یکدیگر قائل به فقدان وجود نظریه مشهور در مسأله فوق و عدم امکان استناد به آن شدند (فرشتیان، همان، ۸۴).

۷. بکار بردن واژه "عده" از باب تسامح است زیرا ارائه دهندگان این تفسیر از ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی تا جایی که نگارنده در منابع و کتب حقوقی به فحص و جستجو پرداخته جز یک نفر نبوده است.



۱. دلایل سلبی: مهم‌ترین نقدهایی که قائلین به نظریه مانعیت نسبت به دلایل واضعین

نظریه شرطیت وارد ساخته‌اند عبارتند از:

۱.۱. مطابق گفته‌های پیشین فقهای متأخر با ایرادات متعددی که به دلایل نظریه مشهور

وارد ساختند استحکام آن نظریه را زیر سؤال بردند در نتیجه قائل به نظریه جدیدی در مقابل

آن شدند تا جایی که زمانی فرا رسید تا عده‌ای از فقها صحبت از ایجاد نظریه مشهور

لاحقی بر خلاف نظر مشهور سابق کردند (خویی، همان، ۲۸۷).

۱.۲. حتی فقهای قائل به نظریه شرط دانستن تمکین در مقابل ایراداتی که به اصل برائت

(که از پایه‌های اصلی نظریه مزبور است) وارد شده نتوانسته‌اند مقاومت کنند و تردیدهای

وارد شده به این اصل را دور از منطق تلقی نکرده‌اند (محقق حلی، همان، ۷۱۶؛ شهید ثانی،

همان، ۴۴۲؛ شهید ثانی، ۱۳۸۵، ۱۹۱). این دسته از فقها در انتقاد به توسل به اصل برائت بیان

داشته‌اند اصل برائت درجایی جاری می‌شود که دلیلی بر آن موضوع اقامه نشده باشد، حال

آنکه در بحث نفقه زوجه عموماً^۱ هست که بر واجب بودن پرداخت نفقه زوجه بر زوج

دلالت می‌کند و اختصاص به حالت تمکین زن ندارد. بر این اساس این نصوص عام، اصل

برائت را ساقط می‌کند و مانع از جریان آن می‌شود، مگر آنکه دلیلی یافت شود که نصوص

عام را تخصیص بزند که در این صورت در موارد خارج شده از تحت عموماً اصل برائت

جاری خواهد شد، اما مخصصی نداریم که این نصوص را به موارد تمکین اختصاص دهد.

بنابراین به مجرد عقد چنانچه در وجوب نفقه زن شک کنیم (یعنی شک کنیم که آیا

عموماً ناظر به وجوب نفقه زن، تخصیص خورده است یا خیر) اصل عدم تخصیص خواهد

بود (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۴۴۲؛ شهید ثانی، ۱۳۸۵، ۱۹۱).

۱.۳. یکی از استنادات قائلین به نظر مشهور تفسیر آیه «وعاشروهن بالمعروف» به نفع

نظریه شرط بودن تمکین است بدین گونه که عرف و عادت حاکم در جامعه تمکین را

شرط استحقاق زن به نفقه می‌داند.

به این تفسیر ایراد وارد نموده‌اند، بدین مضمون که عرف و عادات مسلمین دلیل بر

اشتراک تمکین نیست، بلکه معمولاً نشوز را مانع می‌دانند (فرشتیان، همان، ۸۵). به خصوص

عرف و عادت در جامعه امروز تحت تأثیر دگرگون شدن شرایط اجتماع احکام متفاوتی با

عرف و عادت سده‌های قبل بعضاً ارائه می‌دهد. در مورد مذکور امروزه مخصوصاً به دلیل

آنکه معمولاً بین عقد و عروسی یک فاصله زمانی وجود دارد و در این برهه زن در خانه

شوهر حضور ندارد، به سختی می‌توان به استناد حکم عرف و عادت در چند سده قبل به

سهولت مرد را از پرداخت هزینه‌های همسرش بری دانست (روشن، ۱۳۹۰، ۲۵۴).

^۱ - وسایل الشیعه، ج ۱۵، کتاب نکاح، ابواب نفقات، باب ۱، حدیث ۱ تا ۴.



۱.۴. همانطور که بیان گردید عده‌ی قلیلی از حقوقدانان در تفسیر ماده ۱۱۰۲ ق م، حقوق و تکالیف مندرج در آن ماده را عام دانسته و اعم از حقوق و تکالیف مطلق و حقوق و تکالیف مشروط تلقی کرده‌اند. در نتیجه پرداخت نفقه را که یکی از مصادیق حقوق و تکالیف زوجین در قبال یکدیگر است را مشروط دانسته و آن را منوط به تحقق شرط (تمکین) ساخته‌اند (امیر محمدی، همان، ۱۰۸). اما مشهور حقوقدانان با اکثریت نزدیک به اتفاق، این تفسیر را بر ماده مزبور بار نکرده‌اند و پرداخت نفقه را به عنوان مصادیقی از حقوق و تکالیف مندرج در ماده ۱۱۰۲ ق م، حق و تکلیفی مشروط تلقی نکرده، بلکه آن را به محض انعقاد نکاح محقق دانسته‌اند (کاتوزیان، همان، ۱۷۲؛ همچنین ر.ک به صفایی، ۱۳۸۶، ۱۴۵؛ لطفی، ۱۳۸۸، ۲۵۴).

۲. **دلایل ایجابی:** اما فقها و حقوقدانان معاصر نسبت به نظر مشهور تنها حالت تدافعی به خود نگرفته‌اند و به صرف وارد کردن ایراداتی به دلایل نظر مزبور اکتفا نکردند بلکه پس از نقد و ارزیابی تمام دلایل نظر مشهور و مورد تردید قرار دادن و رد تمام این دلایل، این بار حالت تهاجمی به خود گرفته و با ارائه دلایل و مستندات جدید در تائید نظریه خویش، آخرین میخ را بر تابوت نظریه مشهور شرط بودن تمکین در استحقاق زن نسبت به نفقه وارد ساختند ...

۲.۱. موافقان نظریه مانع دانستن نشوز در تائید نظر خویش به آیات و روایاتی استناد جسته‌اند و آن‌ها را دلایلی بر صحت نظریه خود دانسته‌اند که به شرح ذیل است.
 آ- آیه «لِئِنْفَقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ...» (طلاق / ۷) که در این آیه خداوند به اتفاق بر زن امر کرده است، بدون آنکه آن را به وقت خاصی مقید کند. بنابراین اطلاق «لینفق...» در آیه دلالت بر وجوب نفقه برای زن از زمان عقد دارد. هر چند آیه فوق درباره وجوب پرداخت نفقه به زنان مطلقه در طلاق رجعی است، اما با استفاده از مفهوم موافق، وجوب نفقه زوجات در نکاح، به طریق اولی از آیه فهمیده می‌شود، در نتیجه این حکم قیدی نداشته و مختص زمان یا شرط خاص نیست (صادقی، همان، ۱۲۷).

ب- روایتی منتسب به امام محمد باقر وجود دارد بدین مضمون که «من کانت عنده امرأه فلم یکسها ما یواری عورتها، و یطعمها ما یتیم صلبها کان حقاً علی الامام أن یفرق بینهما»^۱.

یکی از فقهای معاصر در استدلال خویش مبنی بر استناد به این روایت در تائید نظریه‌ی ای تمکین را شرط استحقاق زن به نفقه نمی‌داند این‌گونه بیان داشته‌اند که به مجرد عقد نکاح، روایت صدق می‌کند و ظاهر روایت مبنی بر آن است که نفقه به مجرد عقد واجب

^۱ - وسائل الشیعه، ج ۲۱، باب اول از ابواب نفقات، ص ۵۰۹، حدیث ۲

۲.۲. یکی از مهم‌ترین پایه‌های استدلال قائلین به نظریه مانع دانستن نشوز به خصوص حقوقدانان معاصر در تائید نظریه اخیر استناد به رویه قضایی و پذیرش این نظریه از سوی مراجع دادگستری در وادی عمل است.^۲ این دسته از حقوقدانان خواسته‌اند نتیجه‌گیری کنند که در کشاکش آراء در قضیه حاضر، رویه قضایی در اثر تماس با عرصه عمل، خود راه حل صحیح‌تر را انتخاب و به سوی آن گرایش پیدا کرده و دیگر شک و تردیدی در پذیرش نظریه مزبور وجود نخواهد داشت. اما زمانی که جستجو را دقیق‌تر و عمیق‌تر پی می‌گیریم درمی‌یابیم که در رویه قضایی نیز همانند وادی فقه اختلاف به غایت شدیدی در پذیرش یکی از دو نظریه سابق وجود دارد و به هیچ وجه اتحادی در به وجود آمدن رویه واحدی در انتخاب یکی از این دو نظریه وجود ندارد. برای تحلیل و بررسی دقیق‌تر رویه قضایی مناسب‌تر آن است که آراء قضایی موجود را بر اساس دوره زمانی به دو دسته آرای متقدم (که مربوط است به آرای صادرشده در مراجع دادگستری قبل از انقلاب) و آرای متاخر (که مربوط است به آرای صادرشده در مراجع دادگستری بعد از انقلاب) تفکیک کنیم. البته در آرای قضایی متاخر که مربوط به دوره پس از انقلاب است، در حال حاضر رویه قضایی جدیدی شکل گرفته و مجدداً تغییر نگرشی دیگر در این باره ایجاد نموده، و موضوع حاضر را دچار انشعاب دیگری ساخته‌اند. همچنین صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸ - ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، این موضوع را دچار پیچیدگی جدیدی ساخته است. بر همین اساس برای آگاهی از پیچیدگی موضوع حاضر هر یک از موضوعات فوق‌الذکر به تفکیک و به ترتیب دوره زمانی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲.۲.۱. آرای متقدم: تا آنجا که نگارنده این سطور به جستجو در رویه‌های قضایی موجود مربوط به دوره متقدم پرداخته در این زمینه به یک اتحاد نظر در ایجاد رویه واحد در پذیرش نظریه مانع دانستن نشوز رهنمون گشته و به عنوان نتیجه می‌توان بیان داشت که در دوره متقدم مراجع دادگستری استنباط روشن و واحدی از مواد قانونی مربوط به لزوم پرداخت نفقه و شرایط آن داشته‌اند و در عرصه عمل نظریه مانعیت را به عنوان الگوی واحد در این زمینه انتخاب نموده‌اند.^۳

۱۰- مرحوم بحرانی بدینگونه پایه‌های استدلال خویش را تدوین کرده: "أقول فيه: إن الاجبار التي أشرنا إليها أظهر ظاهر في ترتب النفقة على مجرد العقد فإن ما اشتمل عليه جملة منها مما ذكرناه و ما لم نذكره من قوله (عليه السلام) "حق المرأة على زوجها" يعني من حيث الزوجه، لأن التعليق على الوصف يشير بالعلية، و هو صريح في المطلوب، ونحو قوله "من كانت عنده امرأة فلم يكسها... و يعلمها ما يقيم صلبها" الخ أظهر ظاهر فيما ذكرناه فإنه بمجرد العقد يصدق أنه عنده امرأة"؛ (همچنین ر. ک به صادقی، همان، ۱۳۱)

۲- برای نمونه بنگرید به: (کاتوزیان، همان، ۱۷۳؛ صفایی، همان، ۱۴۵ و ۱۴۶)

۱۲. هرچند آرای صادره در این زمینه که مربوط به دوره متقدم باشد بسیار محدود بوده اما در همین آراء محدود نیز پذیرش نظریه مانع دانستن نشوز بعنوان راه حل واحد مراجع قضایی جلب توجه می‌کند. برای نمونه شعبه ۴





۲.۲.۲. آرای متأخر: اما زمانی فرا می‌رسد که استنباط روشن از قوانین و رویه واحد در این زمینه تبدیل به استنباط‌های متفاوت از نصوص قانونی و ایجاد رویه کاملاً متعارض در مراجع قضایی می‌گردد.^۱ این تعارض آراء نه تنها در میان مراجع تالی وجود دارد بلکه به همان نسبت حتی شدیدتر به مراجع عالی نیز تسری پیدا کرده است. برای مثال در مراجع بدوی یکجا دادگاه عمومی به استناد اینکه دعوای نفقه فرع بر احراز تمکین است و چون زوجه در مورد تمکین خود دلیلی مبنی بر اثبات آن به دادگاه ارائه نکرده به همین دلیل دعوای زوجه مبنی بر پرداخت نفقه را رد نموده و عملاً بر نظریه شرط بودن تمکین در این زمینه مهر تأیید زده است.^۲ اما در جای دیگر دادگاه عمومی با مراجعه به نصوص قانونی و استنباطی که از مواد قانونی مربوطه پیدا می‌کند نظریه مانع دانستن نشوز را مورد تأیید قرار می‌دهد و همین استنباط را در پرونده مطروحه نزد خویش اعمال می‌کند.^۳

اما این اختلاف دیدگاه تنها محدود به مراجع بدوی باقی نمانده بلکه به عالی‌ترین مرجع قضایی کشور یعنی دیوانعالی کشور و در میان قضات عالی‌رتبه آن هم سرایت پیدا کرده و همین تفاوت دیدگاه و شاید به بیان صحیح‌تر استنباط‌های متعارض از مواد قانونی، زمینه ساز صدور آرای به غایت متضاد در موضوع واحد گردیده است. به عنوان نمونه یکی از شعب دیوان عالی کشور به استناد اینکه پرداخت نفقه مستلزم اثبات تمکین و استحقاق زوجه است

دیوان عالی کشور در رای شماره ۲۶۱۴- مورخ ۱۳۱۶/۱۱/۲۸ در این زمینه این چنین به صدور رای پرداخته: " چون بر حسب مواد ۱۱۰۶ و ۱۲۰۶ ق م در عقد دائم نفقه زن بعهده شوهر است و زن می‌تواند نفقه گذشته خود را مطالبه کند و مطابق مواد مزبور اثبات زوجیت برای اثبات استحقاق نفقه گذشته کافی است مگر اینکه مورد با ماده ۱۱۰۸ قانون مزبور منطبق بوده و یا جهت دیگری موجب عدم استحقاق زوجه باشد، بنابراین استدلال دادگاه استان باینکه قبالة نکاحیه دلیل اشتغال ذمه شوهر نمی‌باشد صحیح نیست"، احمد متین، رویه قضایی، قسمت حقوقی؛ همچنین ر. ک به مفاد بخشی از رای پرونده ش ۳۹/۱ شعبه ۲۷ دادگاه شهرستان تهران؛ (به نقل از: کاتوزیان، همان، ۱۷۳)

۱۳. خوشبختانه آرای صادره در این زمینه که مربوط به دوره متأخر باشد نسبت به دوره متقدم از لحاظ کمیت بسیار افزون تر است اما همین کمیت بالای آراء خود نشانگر وجود تعارض شدیدی در آراء نسبت به موضوع واحدی هستند.

۱۴. رای دادگاه عمومی در رسیدگی بدوی به حکم فرجام خواسته ش ۷۰/۲/۱۵- ۲۰/۱۹۵ دیوان عالی کشور که این چنین به صدور دادنامه پرداخته: "...پرداخت کسوه و نفقه بخواهان مستلزم تمکین همسر است که خواهان از خواننده تمکین نمی‌نماید لذا چون رسیدگی بدعوی کسوه و نفقه فرع بر احراز تمکین است و خواهان در مورد تمکین خود دلیلی در پرونده ارائه نکرده است، دعوی خواهان غیر موجه است و رد می‌شود..."؛ (ر. ک به بازگیر، ۱۳۷۸، ص ۲۲۱ و ۲۲۲، رای شماره ۹۸)

۱۵. رای شماره ۷۵/۵/۳- ۱۰۴۵/۱۰۴۶/شعبه ۷۷۰ دادگاه عمومی تهران که بدینگونه به صدور رای پرداخته: "...همچنین در مورد خواسته خانم ب به طرفیت آقای الف مبنی بر مطالبه نفقه با عنایت به اینکه مشارالیه حاضر به زندگی با شوهر خود نبوده و منزل را به میل خود ترک نموده ناشزه محسوب، و مستحق دریافت نفقه نبوده (مستنداً به ماده ۱۱۰۸ ق م) بنا علیهذا حکم به رد دعوی خواهان (مبنی بر پرداخت نفقه) صادر می‌گردد."؛ (ر. ک به بازگیر، همان، ص ۲۳۷ و ۲۳۸، رای شماره ۱۰۹)



ادعای زوجه مبنی بر ادای نفقه از سوی زوج را رد کرده^۱ و عملاً به سوی نظریه شرطیت گرایش پیدا کرده اما یکی دیگر از شعب دیوان عالی کشور در موضوعی واحد با پذیرش نظریه مانعیت با رد نظر دادگاه بدوی مبنی بر پذیرش نظریه شرطیت، سبب صدور رای کاملاً متعارض با رای سابق شعبه دیوان در موضوع گردیده است.^۲

همانطور که ملاحظه می‌شود تفاوت دیدگاه‌ها و تعارض آراء محدود به چند مرجع خاص باقی نمانده بلکه تا آنجا که نگارنده به جستجو در رویه قضایی موجود در این زمینه پرداخته این اختلافات به طور گسترده در تمام مراجع تالی و مراجع عالی ایجاد گردیده و تشتت آراء در این زمینه به شکل بی سابقه جلوه گر شده است و نکته جالب توجه آن است که قائلین به هر یک از دو نظریه اخیر می‌توانند برای استحکام پایه های استدلال خویش در تائید نظریه مورد نظرشان به یک یا چند رای از مراجع تالی و عالی موجود در رویه قضایی استناد کنند.

۲.۲.۳. رویه قضایی جدید:

اما اخیراً رویه قضایی به تاسی از نظریات فقها با ایجاد یک چرخش عمده، موضوع حاضر را در وهله اول از لحاظ زمانی به ۲ دوره متفاوت تفکیک و در وهله دوم گرایش خود را به سمت نظریه شرط بودن تمکین آشکار ساخته‌اند. بدین معنا که دوره پس از عقد نکاح، از یک سو به دوره میان عقد و عروسی و از سو دیگر به دوره پس از مراسم عروسی تقسیم گردیده است. حال در دوره اول به استناد قاعده عرفی پذیرفته شده از سوی ذهنیت مردم، که زوجین را از تکالیف ویژه خود که به موجب قانون و به علت وقوع عقد نکاح ایجاد می‌گردد معاف می‌گرداند، حکم به معافیت زوج از پرداخت نفقه و زوجه از تمکین کامل نموده تا بدین شکل زوجین قادر باشند مقدمات عروسی و زندگی مشترک را فراهم نمایند. همچنین در دوره دوم یعنی فاصله زمانی پس از مراسم عروسی که به زعم قضات قائل به رویه جدید، دوره استقرار تکالیف زوجین می‌باشد، نظریه شرط دانستن تمکین را

۱۶. دادنامه شماره ۷/۵۸۴-۷۱/۵/۹ شعبه هفتم دیوان عالی کشور که بدین مضمون صادر شده: "...اما مسئله ترک انفاق با اعلام آمادگی زوج برای نگهداری و انفاق نسبت به همسرش حتی در محلی غیر از محل کسب و کارش، اگر نسبت به حال و آینده باشد نفی می‌شود و مفهوم ندارد و اما اگر نسبت به گذشته باشد تمکین و استحقاق زوجه ثابت نیست...رای صادره مدلل و شرعی نیست و نقض می‌گردد"؛ (ر. ک به بازگیر، ۱۳۸۹، ص ۲۱۵ و ۲۱۶، رای شماره ۱۰۷).

۱۷. دادنامه شماره ۳۳/۵۱۶-۶۹/۹/۱۰ شعبه دیوان عالی کشور که بیان می‌دارد: "...حکم صادره از دادگاه عمومی حقوقی یک بیچاره قائم مقام مدنی خاص بشماره فوق الذکر طبق موازین قضایی و شرعی صادر نشده است، بجهت اینکه طبق ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی و شرعا پس از اجراء عقد نکاح بطور صحیح و ثبوت، علقه زوجیت بین طرفین موجود، حقوق و تکالیف زوجین از جمله نفقه زوجه بعهدہ زوج برقرار می‌شود مگر اینکه نشوز زوجه باثبات برسد و عدم اثبات تمکین موجب نشوز زوجه و توافق زوجین بر طلاق هم موجب نشوز زوجه نمی‌شود علیهذا... حکم مذکور نقض می‌گردد..."؛ (ر. ک به بازگیر، ۱۳۷۸، ص ۲۰۶، رای شماره ۸۶).



مورد تصریح قرار داده و بدین شکل مبنای استحقاق زوجه نسبت به نفقه را در دوره اخیر بر اساس نظریه شرطیت بنا نموده‌اند.^۱

۱۸. دادنامه شماره ۹۰۰۹۹۸-۱۳۹۱/۳/۴-شعبه ۳۸ دادگاه عمومی مشهد که بدین مضمون صادر شده: "... نسبت به نفقه معوقه چون مشخص نشده است از چه تاریخ تا چه تاریخ نفقه معوقه خواسته است اگر چه بعداً توضیح داده اند که مبلغ ده میلیون تومان از تاریخ تقدیم دادخواست تا لغایت سال ۸۸ که این مطلب نیز صحیح بنظر نمی رسد زیرا تقدیم دادخواست ۹۰/۱۰/۲۸ بوده ثانیاً هزینه های تحصیل را خواسته است و هزینه های سنگین تحصیل را زوج وظیفه ندارد پرداخت کند بعضی از وقتها در زمان عقد و نامزدی را حتی معتقدند نفقه هم ندارد تا چه رسد به هزینه های کذايي دیگر لذا دعوی نفقه معوقه محکوم به رد است. آرای صادره حضوری و ظرف مدت بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدید نظرخواهی در محاکم محترم تجدیدنظر استان خراسان رضوی می باشد." همچنین شعبه ۱۶ دادگاه تجدید نظر استان خراسان رضوی در رای شماره ۹۱۰۹۹۷-۱۳۹۱/۵/۱۰ با تائید استدلالات شعبه ۳۸ نسبت به تفکیک دوره پس از عقد نکاح به دو دوره مجزا، و معافیت زوجین از تکالیف خود در فاصله زمانی میان عقد و عروسی (دوره زمانی اول)، با تفصیل گسترده مبانی فکری و نظری استدلال خویش را تشریح و در نهایت در دوره زمانی پس از مراسم عروسی گرایش خویش را به نظریه شرطیت آشکار و بدین شکل تکلیف زوج به پرداخت نفقه را موقوف به تمکین زوجه ساخته است: "... فراز سوم (رای دادگاه بدوی) این است که تلویحاً دادگاه گفته است (زوجه در دوران عقد نفقه ندارد). پس این قسمت از حکم دادگاه در مجموع مستدل است به دو دلیل: اول اینکه طرح خواسته به شکل نادرست بوده و قابل رسیدگی نیست. دوم اینکه زوجه در این دوران مستحق نفقه نیست... وکلای محترم در شماره سوم گفته اند: (به محض عقد، تکالیف زوجین برقرار می شود که از جمله نفقه است و زوج مدعی پرداخت نفقه باید براثت ذمه خود را اثبات کند و استدلال دادگاه در قسمت انتهایی دادنامه با صراحت ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی، اجتهاد در مقابل نص بوده و نمی شود با فرضیه اما و اگر حقوق حقه افراد را تضييع کرد). اولاً زوج مدعی پرداخت نفقه نشده است تا دلیل براثت ذمه را اقامه کند. ثانیاً خود آقایان محترم مرقوم نموده اند (... تکالیف زوجین برقرار می گردد) چه گونه از دلیل عام، استفاده خاص یکطرفه کرده اند؟ توضیح اینکه در استدلال به ماده که نسبت به زوجین نظر دارد، هنگام نتیجه گیری فقط حق زوجه را می نگرند و حق زوج را به نسیان می سپارند؟ آیا به یک ماده می توان همه مسائل زوجین را حل کرد؟ اگر ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی نفقه زوجه را بر عهده زوج گذاشته است، مواد ۱۱۰۸ و ۱۱۱۴ هم زوجه را مکلف می کنند که در منزل زوج و در تمکین کامل او باشد. چه گونه زوجه محترمه مهر را مطالبه کرده و نفقه هم می خواهد و با استفاده از حق حبس، تمکین هم نمی کند؟ اگر وکلای محترم به مواد تکمیلی دیگر استناد می کنند، باید مواد تکمیلی بنفع زوج را هم ملاحظه نمود... در مقابل نیز می توان گفت طبق مواد ۱۱۰۸ و ۱۱۱۴ قانون مزبور، زوجه بطور مطلق باید در تمکین زوج باشد و زوجه ای که پس از عقد چند سال تمکین نداشته است حالا نمی تواند نفقات سالهای گذشته را مطالبه کند... تردیدی نیست که در ذهنیت مردم، هنگام عقد و پس از آن، این است که زوجین در فاصله میان عقد و عروسی، از تکالیف ویژه (زوج از نفقه و زوجه از تمکین کامل) معافند تا بتوانند مقدمات عروسی و زندگی مشترک را فراهم نمایند؛ و مردم تا وقتی گرفتار اختلاف زوجین نشده اند این قرارداد عرفی را قبول دارند و بدیهی است که اگر گرفتار اختلاف شدند هر کدام بنفع خود سخن می گوید و ممکن است قراردادهای عرفی را هم منکر شود. نظریه ملاک و معیار نیست. فقهای عظام، مقررات نانوشته عرفی را که مردم با عمل خود آن را ثبت و اجرا کرده و می کنند، احترام گذاشته و رعایت می کنند. مرحوم آیت الله خوئی رحمت الله علیه در منهاج الصالحین به صراحت فرموده است (بحکم ارتکاز ذهن عرفی، نفقه دوران عقد زوجه بر زوج واجب نیست)... نکته لازم الذکر دیگر اینکه طبق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی با کمک رای وحدت رویه، زوجه حق حبس مطلق دارد. ولی این حق هنگامی مفید است که زوجه اعمال کند و به زوج اعلام نماید که نفقه می خواهد و در تمکین کامل (که شرط لازم نفقه است) می باشد..."



اما نگارنده در یافتن جوابی برای سؤال مزبور که به چه دلیل در موضوع واحد، در رویه قضایی این گونه تعارض و تشتت آراء ایجاد گردیده، حداقل می‌تواند بیان دارد که در این باره تردید جدی وجود دارد که محاکم کشور با آگاهی کامل از اصول و مبناهایی که در فقه و حقوق در این زمینه مطرح شده و برای نیل به راه حلی منطبق با عدالت و انصاف در آن موضوع، در هر پرونده به جانب یکی از دو نظریه مذکور سمت و سو پیدا کرده باشند، تا شاید حکمی صادر کنند تا به بهترین وجه حقوق اصحاب دعوا و به معنای دیگر عدالت قضایی در آن پرونده رعایت شود. بلکه بررسی و تدقیق در رویه قضایی بیشتر این امر را به ذهن متبادر می‌سازد که قضات و مراجع ما در تمام سطوح خویش اغلب بدون در نظر داشتن و توجه به تفاوت‌های بنیادی که میان هر یک از دو نظریه مزبور وجود دارد و در نتیجه آثار بسیار متفاوتی که به تبع اعمال هر یک از دو نظریه ایجاد می‌شود با بی توجهی کامل به دقایق و ظرافت‌های خاص که در این موضوع وجود دارد و به شمه‌ای از آن در این نوشتار اشاره گردید، بر اساس سلايق شخصی و تفاسیر عاری از اصول فقهی و حقوقی از قوانین، موجب و زمینه ساز صدور چنین آرای متشتتی در موضوع واحد گردیده‌اند.

۲.۲.۴. رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸-۱۳۹۰/۲/۱۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۹۰ در مقام رفع تعارض میان دادگاه‌ها و ایجاد وحدت رویه در موضوع «امکان استفاده زوجه از حق حبس خود تا دریافت مهریه» اقدام به صدور رأی شماره ۷۱۸ نمود. هر چند دیوان عالی کشور هدف اصلی خود را در صدور این رأی حفظ حیثیت فردی و اجتماعی زنان در راستای استفاده از حق حبس و مزایای آن قید نموده است، اما نتیجه عملی این اقدام چیزی جز دگرگون شدن کل شرایط بازی به نفع زوج نبود. بدین معنا که رأی وحدت رویه مذکور، «به یک بحث و اختلاف تاریخی در حقوق خانواده پایان داده و حکم بر آن داد تا زنان بتوانند در اعمال حق حبس خود از هر دوی تمکین عام و خاص اجتناب ورزند. اما آثار و نتایج رأی مزبور ممکن است اساس موضوع آن یعنی «حق حبس» را از صفحه‌ی ادبیات حقوقی ما پاک کند» (محبی، ۱۱۳، ۱۳۹۰). اما فارغ از بحث انتقادات وارده به رأی وحدت رویه مذکور، بعضاً حقوقدانان و زوجه به این رأی استناد نموده و در مقام اثبات ادعای خویش استدلال نموده‌اند که به موجب مواد ۱۱۰۲ و ۱۱۰۶ قانون مدنی از یک سو تکالیف زوج از جمله مسئولیت پرداخت نفقه به زوجه با وقوع عقد نکاح ایجاد می‌گردد و از سوی دیگر با تجویز حق حبس مطلق برای زوجه پس از عقد نکاح و پیش از پرداخت کامل مهریه از سوی زوج توسط رأی وحدت رویه شماره ۷۱۸، زن حق خواهد داشت از هر دو قسم تمکین عام و خاص در مقابل مرد امتناع نماید و ایفاء آن را منوط به تسلیم مهریه نماید. اما این امتناع مسقط حق نفقه زن نخواهد بود. حال فارغ از بحث شرط دانستن تمکین یا مانع دانستن نشوز در استحقاق زوجه نسبت به نفقه، چنانچه پس از عقد نکاح در وهله اول مهریه از سوی زوج به زوجه تسلیم نشده باشد (ماده



۱۰۸۵ قانون مدنی) و در وهله دوم زوجه قبل از اخذ مهر هیچ یک از مصادیق تمکین عام یا خاص را در مقابل زوج ایفاء ننماید (ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی)، با این وجود زن هر چند در حالت عدم تمکین به سر می‌برد اما همچنان مستحق نفقه خواهد بود. این ساز کاری است که قانون مدنی و دیوان عالی کشور در قالب رای وحدت رویه شماره ۷۱۸ به دضم خویش در راستای حفظ شان فردی و اجتماعی زنان طراحی نموده‌اند. حال در موقعیت قانونی ایجاد شده پس از صدور این رای، زوجه خواهد توانست فارغ از چالش عمده تثبیت و پذیرش یکی از نظریات شرطیت یا مانعیت، و در عین حال در وضعیت عدم تمکین کامل از زوج، ادعای استحقاق خویش نسبت به نفقه را مطرح و دادگاه‌ها نیز با توجه به مبانی قانونی مذکور که پس از این برای تمام مراجع لازم‌الاتباع می‌باشد، ملزم به صدور رای به پرداخت نفقه معوقه و جاری زوجه بر علیه زوج خواهند بود.^{۱۹}

نتیجه

در پایان نوشتار حاضر پس از بررسی مجموع مباحث اخیر، آنچه می‌توان بیان داشت عبارت از این است که در موضوعات حقوقی به مفهوم اعم انتخاب راه حل و اعمال آن در قالب آرای مراجع دادگستری تبعاً نشان دهنده پذیرش یکی از نظریه‌های موجود در نظام فقهی و حقوقی کشور است. حال این پذیرش نظریات بعضاً می‌تواند از روی آگاهی از اصول و مبنای موجود در این نظام فکری باشد و گاه بدون توجه و آگاهی از این اصول توسط مرجع تصمیم‌گیرنده مورد پذیرش قرار می‌گیرد. در موضوع مقاله حاضر نیز مراجع قضایی با تصمیم قضائی خود که در قالب احکام دادگاه‌ها نمود عینی می‌یابد تبعاً به سمت و سوی یکی از دو نظریه شرطیت یا مانعیت سوق پیدا می‌کنند.

همین تفاوت در استنباط دادگاه‌ها از اصول فقهی و حقوقی و نصوص قانونی سبب ایجاد تعارض شدید در آرای مراجع دادگستری در موضوع حاضر گردیده است. اما روش علمی‌تر و شاید به حقیقت نزدیک‌تر در مواجهه با موضوعات حقوقی عبارت از این است که

۱۹. اما شیرینی این پیروزی در راستای حفظ حقوق زنان، به سرعت به تلخی گرائید و همانطور که بیان گردید بر خلاف نظر مسببین وضعیت جدید که داعیه حفظ حیثیت فردی و اجتماعی زنان را در سر می‌پروراندند، نتیجه کار کاملاً معکوس عمل کرده و زنان را در بسیاری از موارد از یکی از حقوق خویش محروم ساخته و موجب نابودی تام حق حبس گردیده است. "زیرا ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی شرط اعمال حق حبس را، عدم تمکین قبلی می‌داند، تا به امروز اکثر محاکم صرف عدم تمکین خاص را موجب شمول مقررات این ماده می‌دانستند، از امروز با تصویب رای وحدت رویه هر زن، با هر گونه معاشرتی با شوهر خویش که بعد از عقد داشته (قابل توجه اینکه هیچ زنی نیست که بعد از دواج هیچ معاشرتی با همسرش نداشته و نتیجتاً هیچ نمودی از تمکین عام را عملی نساخته باشد)، از حقوق ناشی از حق حبس بی بهره می‌ماند، چون اینک مطلق تمکین مدنظر محاکم باید باشد" (مجبی، همان، ۱۱۵). البته عده‌ای از حقوقدانان انتقاداتی به این استدلال وارد ساخته و در مجموع بر این اعتقادند که در رای وحدت رویه شماره ۷۱۸ دیوان عالی کشور هدف صیانت از "حیثیت، وقار و کرامت زن برای بقاء و دفاع از حق حبس خویش و استفاده از مزایای آن ملحوظ شده است" و در نهایت رای مذکور را رایی فاخر اعلام نموده‌اند. برای نمونه ر.ک به (مقصودی، ۱۳۹۰، ۱۵۲)



ابتدا نسبت به موضوع احاطه کامل پیدا شود و تمام جوانب و زوایای امر مورد بررسی و ارزیابی دقیق قرار گرفته و مجموع مباحثی که در حول و حوش آن موضوع وجود دارد مدنظر قرار گیرد. آنگاه پس از وقوف کامل نسبت به تمام این جزئیات و در نظر گرفتن آثار تبعی هر یک از نظریات حقوقی در عرصه عمل، عادلانه‌ترین تصمیم را در آن موضوع اتخاذ کنیم که از یک سو با اصول و قواعد نظام حقوقی کشور خوانایی داشته باشد و از سوی دیگر جانب عدالت و انصاف را نیز رها نساخته باشد.^{۲۰} در موضوع نوشتار حاضر نیز انتخاب یکی از راه حل‌ها و نظریات ذکر شده به عنوان راه حل نهایی و قطعی که در تمام موارد اعمال شود به سختی امکان پذیر است در نتیجه انتخاب هر راهکاری بدون در نظر گرفتن شرایط اجتماعی نهاد خانواده در عصر حاضر، جایگاه زنان در جامعه مدرن، تغییر نگرش نسبت به حقوق و تکالیف زوجین، عرف و عادات موجود و مربوط در این زمینه و مدنظر قرار دادن معیارهای تحقق عدالت و انصاف، نمی‌تواند عنوان زینده عادلانه بودن را یدک کشد.

۲۰. نگارنده نیز در نوشتار حاضر به هیچ روی ادعای ارائه نظریه ای جدید یا انتخاب قطعی یکی از نظریه های موجود در این زمینه را مطرح نکرده بلکه هدف اصلی او رفع ابهاماتی بوده است که در حول موضوع مزبور ایجاد گردیده تا شاید در بستر این ابهام زدایی از موضوع، امکان ارائه تحلیلی جامع تر که حاوی حداکثر معیارهای اصولی و منطقی ممکن باشد هموارتر گردد.



منابع

فارسی

۱- قرآن مجید.

۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چ نهم، ۱۳۷۲.

۳- اسعدی، سید حسن، خانواده و حقوق آن، مشهد، شرکت به نشر، چ اول، ۱۳۸۷.

۴- امیر محمدی، محمدرضا، حقوق مدنی (نظام مالی خانواده)، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۸.

۵- بازگیر، یدالله، آرای دیوان عالی کشور در امور حقوقی-۳، تهران، انتشارات جاودانه، چ اول، ۱۳۸۹.

۶- بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آرای دیوان عالی کشور (حقوق خانواده)، جلد اول، تهران، انتشارات فردوسی، چ اول، ۱۳۷۸.

۷- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، جلد ۱۴، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.

۸- روشن، محمد، حقوق خانواده، تهران، انتشارات جنگل، چ اول، ۱۳۹۰.

۹- صادقی، شهره، نفقه زوجه در مذاهب خمس، قم، موسسه بوستان کتاب، چ اول، ۱۳۹۰.

۱۰- صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چ چهاردهم، ۱۳۸۶.

۱۱- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، انتشارات امیر کبیر، چ بیست و دوم، ۱۳۸۹.

۱۲- فرشتیان، حسن، نفقه زوجه (پژوهشی تطبیقی حقوق مدنی ایران و سایر نظام‌های حقوقی)، قم، موسسه بوستان کتاب، چ دوم، ۱۳۸۱.

۱۳- قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، جلد چهارم، به تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی، تهران، انتشارات کیهان، چ اول، ۱۳۷۵.

۱۴- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ اول، ۱۳۸۸.

۱۵- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)، جلد دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، چ نهم، ۱۳۸۵.

۱۶- لطفی، اسدالله، حقوق خانواده (سلسله مباحث فقهی و حقوقی)، جلد اول، تهران، انتشارات خرسندی، چ اول، ۸۸.

۱۷- متین، احمد، رویه قضایی، قسمت حقوقی (از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۵).



۱۸- محیی، مرضیه، نقد دو رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، فصلنامه وکیل مدافع، سال نخست، شماره دوم، پائیز ۱۳۹۰.

۱۹- محقق حلی، شرایع الاسلام، جلد دوم، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۱.

۲۰- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چ سوم، ۱۳۸۶.

۲۱- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چ بیست و سوم، ۱۳۸۵.

۲۲- مقصودی، رضا، نقد مقاله دو رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، فصلنامه وکیل مدافع، سال نخست، شماره سوم، زمستان ۱۳۹۰.

عربی

۲۳- ابن براج، المهذب، جلد دوم، نرم افزار کتابخانه اهل بیت، ۱۳۸۵.

۲۴- البحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲۵، نرم افزار کتابخانه اهل بیت، ۱۳۸۵.

۲۵- الحر العاملی، محمدبن الحسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد ۱۵، نرم افزار کتابخانه اهل بیت، ۱۳۸۵.

۲۶- العاملی، السید محمد، نهایه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام، نرم افزار کتابخانه اهل بیت، ۱۳۸۵.

۲۷- خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، نرم افزار کتابخانه اهل بیت، ۱۳۸۵.

۲۸- شهید ثانی، شرح لمعه، نرم افزار کتابخانه اهل بیت، ۱۳۸۵.

۲۹- شهید ثانی، مسالک الافهام، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ج اول، ۱۴۱۶ ه. ق.