

## اثر تمکین عام در سقوط حق حبس زوجه

(نقد رای وحدت رویه ۷۱۸ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور)

دکتر سیامک ره پیک<sup>۱</sup>

علی جانباز سوادکوهی<sup>۲</sup>

### چکیده:

از دیرباز محاکم در خصوص قلمرو حق حبس زوجه اختلاف نظر داشته‌اند. دیوان عالی کشور به موجب رای وحدت رویه ۷۱۸ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۳ قلمرو حق حبس را به مطلق وظایف زناشویی گسترش داد. هرچند این رای ظاهراً به اختلافات پایان داده، ولی صحت و آثار حقوقی ناشی از اجرای آن نیازمند تبیین و بررسی است. این تحقیق که با شیوه کتابخانه‌ای و به صورت تحلیلی به مقوله اثر تمکین عام زوجه در سقوط حق حبس پرداخته، نشان می‌دهد رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور برخلاف نظر مشهور فقها و حقوقدانان صادر شده است و اجرای آن ممکن است حق حبس را از صفحه ادبیات حقوقی پاک کند. زیرا به موجب این رای، ایفای وظایف عام زناشویی نیز مسقط حق حبس خواهد بود. به عبارت دیگر چنانچه زوجین مدت کوتاهی با هم زندگی کنند یا معاشرت داشته باشند، با تحقق ملاک مواد ۱۱۰۲ به بعد قانون مدنی که ناظر بر تمکین عام است به موجب ماده ۱۰۸۶ همان قانون، حق حبس ساقط می‌شود.

**کلیدواژه‌ها:** حق حبس، تمکین عام، تمکین خاص، رای وحدت رویه

---

۱. استاد دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری دادگستری.

۲. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری دادگستری.

## ۱. مقدمه

قانونگذار در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی به زن اختیار داده تا زمانی که تمام مهر به او تسلیم نگردیده، از ایفای وظایف زناشویی در مقابل زوج امتناع نماید. این حق که در ادبیات حقوقی و لسان فقها به «حق حبس» شهرت یافته است، مهمترین ضمانت اجرا در جهت وصول مهر می باشد. از آنجا که قانونگذار در بیان احکام حق حبس زوجه، تنها به دو ماده ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ آن هم به طور کلی بسنده کرده است و بسیاری از مسائل مربوط به آن را مسکوت گذاشته و یا به اجمال بیان نموده است که در میان فقها و حقوقدانان محل اختلاف نظر است، لذا در این حوزه مباحث گوناگونی چون قلمرو حق حبس و موجبات سقوط آن قابل بحث و طرح می باشد.

اگرچه دیوان عالی کشور با صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ در مقام حل اختلاف در خصوص قلمرو حق حبس زوجه، به برخی از این اختلاف نظرها که ناشی از تفاسیر متفاوت از مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م. بوده، پایان داده است ولی خود زمینه را برای بروز اختلاف دیگری فراهم کرده و آن سقوط حق حبس با تمکین عام می باشد که از مباحث مستحدثه و جدیدی می باشد که اخیراً رویه قضائی نیز به آن تمایل نشان داده ولی تاکنون، کمتر حقوقدانی به آن پرداخته است که خود نیاز به بررسی دقیق و موشکافانه دارد. زیرا قبول این نظر به صورت مطلق، موجب پاک شدن حق حبس از صفحه ادبیات حقوقی در عقد نکاح خواهد شد لذا لازم است این نظر تعدیل، و ملاک و ضابطه ای روشن در این باره بیان شود تا با رای وحدت رویه مذکور هماهنگ باشد.

لذا ما در این تحقیق به دنبال پاسخ به برخی سوالات اساسی که در این حوزه قابل طرح است می باشیم. سوالاتی از قبیل؛ آثار و پیامدهای حقوقی ناشی از اعمال

این رای کدامند؟ آیا ضابطه و معیاری برای تمکین عامی که مسقط حق حبس باشد می‌توان ارائه کرد؟

## ۲. مفاهیم

### ۲-۱. مفهوم حق حبس

مفهوم حق حبس در حقوق عبارت است از حق خودداری یکی از طرفین عقد از اجرای تعهد تا اجرای تعهد توسط طرف دیگر. حق حبس در اصطلاح حقوقی، اصولاً در عقود معاوضی وجود دارد. در عقود معاوضی به دلیل رابطه متقابل عوضین و پیوستگی آنها، هر یک از متعاقدین حق دارد تا زمانی که طرف مقابل به موضوع تعهد خود عمل نکرده از انجام موضوع تعهد خود امتناع کند. قانون مدنی نیز به وجود حق حبس در برخی عقود اشاره کرده است، از جمله در عقد بیع ( ماده ۳۷۷ ق.م) بایع حق دارد تا ادای ثمن از سوی مشتری، از تسلیم مبیع امتناع کند. از جمله مواردی که در قانون مدنی، حق حبس صریحاً مقرر گردیده است حق حبس زوجه در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی می‌باشد. این ماده اشعار می‌دارد: «زن می‌تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع کند، مشروط به این که مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.»

مشهور فقهای امامیه حق حبس در نکاح را پذیرفته‌اند.<sup>۱</sup> به نظر آنان عقد نکاح در صورت ذکر مهر، نوعی معاوضه است و احکام معاوضات در آن جاری خواهد بود و در نتیجه برای زوجین به طور متقابل حق حبس و امتناع از تمکین قائل

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۳۱، چاپ هفتم، دار الاحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۴۱؛ عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، جلد ۵، چاپ اول، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۳۶۹؛ همو، مسالک الافهام، جلد ۸، چاپ اول، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ه.ق، ص ۱۹۱.

شده‌اند. در مقابل نظریه مشهور، گروهی از فقها حق حبس در نکاح را نپذیرفته‌اند و حق امتناع برای زوجین را نفی کرده‌اند. به نظر این عده، هیچ ارتباطی بین این دو تکلیف نیست و هیچ کدام از زوجین حق ندارد به این بهانه که طرف مقابل به تکلیف عمل نکرده، از عمل به وظیفه خودداری کنند.<sup>۱</sup> از معاصران آیت الله مکارم شیرازی نیز در مباحث درس خارج فقه خود، در ادله قول مشهور تردید کرده است.<sup>۲</sup>

## ۲-۲. مفهوم تمکین

تمکین مصدر باب تفعیل به معنای « به کسی توانایی دادن که به امر یا چیزی دست یابد، قبول کردن و پذیرفتن، فرمان کسی را پذیرفتن » می‌باشد.<sup>۳</sup> برخی تمکین را به معنای تن در دادن می‌دانند.<sup>۴</sup> تمکین در اصطلاح حقوق بر دو قسم است: تمکین خاص و تمکین عام

قانون مدنی در فصل هشتم با عنوان حقوق و تکالیف زوجین نسبت به یکدیگر، مواردی از تمکین عام زوجین و ضمانت اجرای آن را بیان نموده است. به طور کلی تمکین عام عبارت است از حسن معاشرت زن با شوهر خود و اطاعت از او در امور زناشویی، معاضدت در تشیید مبانی خانواده و تربیت فرزند، وفاداری، پذیرش

۱. عاملی، سید محمد، نه‌ایه المرام، جلد ۱، چاپ دوم، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ ق، ص ۴۱۳؛ بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره، جلد ۲۴، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۸ ه ق، ص ۴۶۱؛ خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، جلد ۴، چاپ دوم، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۵۵، ص ۴۲۴.

۲. مکارم شیرازی، ناصر، سلسله مباحث خارج فقه (کتاب النکاح)، جلد ششم، چاپ اول، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، قم، ۱۴۲۴ ه ق، ص ۵۲.

۳. فرهنگ فارسی عمید به نقل از معاونت آموزش قوه قضائیه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸، ص ۵.

۴. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ هفتم، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۲، ص ۴۴۷.

ریاست شوهر بر خانواده در حدود قانون و عرف . به علاوه سکونت زن در منزل شوهر و عدم اشتغال به شغل منافی مصالح خانوادگی شوهر نیز از دیگر موارد تمکین عام محسوب می شود . تمکین خاص عبارت است از این که زن نزدیکی با شوهر و برقراری رابطه جنسی به معنای خاص را با او بپذیرد و جز در مواردی که نزدیکی موجب زیان او می گردد یا مانع شرعی مثل صوم و قاعدگی دارد، از نزدیکی با شوهر امتناع نرزد .

عدم تمکین در اصطلاح حقوقی نشوز نامیده وزنی که از شوهر اطاعت نمی کند ناشزه گویند . ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی در این خصوص مقرر می دارد : «هر گاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود.» عذر موجه مانند خوف بدنی، مالی و شرافتی، امتناع زن از رفتن به خانه شوهر را توجیه می کند و او را از کیفر مدنی محروم ماندن از نفقه معاف می سازد.<sup>۱</sup>

### ۳. شرایط ایجاد حق حبس

ایجاد حق حبس زوجه متوقف بر شرایطی است که بدون تحقق آنها به وجود نخواهد آمد. این شرایط عبارتند از:

#### ۳-۱. تعیین مهر در زمان عقد

در نکاح دائم ممکن است طرفین بر سر مهر توافق کنند و آن را تعیین نمایند، چنین زنی را اصطلاحاً «مفروضه المهر» نامیده و این مهر را «مهر المسمی» می گویند و یا اینکه طرفین بدون ذکر مهر، عقد را جاری کنند و تعیین آن را به آینده موکول سازد یا عدم مهر، ضمن عقد شرط شده باشد، چنین زنی را در اصطلاح «مفروضه

۱ . کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ ۱۶، ۱۳۸۶، حاشیه ۲ ذیل ماده ۱۱۰۸، ص ۶۶۷.

البضع» می گویند در این صورت زوجین مطابق ماده ۱۰۸۷ قانون مدنی می تواند پس از عقد با تراضی مهر را تعیین کنند و اگر قبل از تراضی بین آنها نزدیکی واقع شود، زن مستحق مهر المثل است. مطابق نظر اکثر فقها<sup>۱</sup> و حقوقدانان<sup>۲</sup>، حق حبس زوجه منوط به تعیین مهر در زمان عقد می باشد و در غیر این صورت حق حبس ساقط است زیرا در صورت عدم تعیین مهر، عقد حالت معاوضه نداشته و زوجین تعهدات متقابل ندارند بلکه یک تعهد وجود دارد و آن تمکین زوجه می باشد و زوج تعهدی در پرداخت مهر ندارد. بنابراین موجبی برای استناد به حق حبس از طرف زوجه نخواهد بود.

از بسیاری از منابع فقهی<sup>۳</sup> این طور بر می آید که حق حبس ویژه زوجه مفروضه المهر است بدین ترتیب اگر عقدی بدون تعیین مهر منعقد گردد، مانند آن است که زوجه بضع خود را به طور مجانی تملیک کرده است. وقتی زوجه به عدم تعیین مهر در عقد رضایت داد تلویحاً حق حبس خویش را ساقط کرده است (قاعده اقدام). با وجود این در بعضی از اظهار نظرهای فقهی چنین آمده که حق حبس در فرض عدم تعیین مهر نیز ثابت است.<sup>۴</sup> موضع قانون مدنی در این زمینه روشن نیست؛ عبارت «تا مهر به او تسلیم نشده» که در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی آمده اطلاق دارد و شامل مواردی که مهر تعیین نشده، نیز می گردد. برخی حقوقدانان<sup>۵</sup>

۱. نجفی، محمد حسن، همان، ص ۴۲؛ خوانساری، احمد، همان، ص ۴۲۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، چاپ اول (ویرایش جدید)، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸، ص ۱۴۷؛ صفایی، حسین و امامی، اسداله، مختصر حقوق خانواده، چاپ پانزدهم، نشر میزان، تهران، پاییز ۱۳۸۷ ص ۱۶۲.

۳. خوانساری، احمد، همان، ص ۴۲۴؛ نجفی، محمد حسن، همان، ص ۴۲۴.

۴. عاملی، زین الدین ابن علی، مسالک الافهام، ج ۸، ص ۱۹۴.

۵. صفایی و امامی، همان، ۱۸۰.

شرط «حال بودن مهر» در متن ماده را قرینه ای دانسته اند بر اینکه، قانون گذار تعیین مهر را اراده کرده است.

به نظر می رسد در مواردی که در عقد نکاح مهر تعیین نشده یا عدم مهر شرط شده باشد زن حق حبس ندارد زیرا اولاً در صورت عدم تراضی طرفین به میزان مهر، زن در صورتی مستحق مهر المثل است که بین آنها نزدیکی واقع شده باشد. به عبارت دیگر سبب استحقاق زن به گرفتن مهر، نزدیکی است نه عقد نکاح، بدیهی است که زن پس از انجام نزدیکی حق حبس نخواهد داشت. ثانیاً در این فرض، اراده مشترک طرفین بر این بوده که تمکین قبل از تعیین مهر صورت گیرد، لذا زن حق حبس نخواهد داشت.

### ۲-۳. حال بودن مهر

مطابق ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی حق حبس مشروط به این است که مهر زن حال، یعنی بدون مدت و قابل وصول به مجرد عقد باشد. حال بودن مهر نیاز به تصریح ندارد، همینکه برای آن مدتی تعیین نشده باشد حال محسوب می شود. هر گاه مهر مؤجل باشد زن حق حبس ندارد، زیرا زن بلافاصله بعد از عقد باید وظایف زناشویی خود در مقابل شوهر انجام دهد که با وصف مؤجل بودن مهر، قصد و اراده وی بر این بوده تمکین قبل از رسیدن اجل صورت گیرد، لذا اساساً برای زن حق حبس ایجاد نمی گردد. از طرفی حق حبس ناشی از عدم تأدیه مهر، یک حق استثنائی برای زن و خلاف اصل بوده که نباید آن را گسترش داد.<sup>۱</sup> مضافاً سقوط حق حبس در صورت تعیین اجل اختصاص به نکاح نداشته بلکه از قواعد عمومی معاوضات بوده و لزوم این شرط به صراحت در قسمت اخیر ماده ۳۷۷ قانون مدنی

۱. صفائی، سید حسین و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده (زیر نظر دکتر ابوالقاسم گرجی)، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۷، ص ۲۶۵.

آمده است؛ «... مگر این که مبیع و ثمن مؤجل باشد در این صورت هر کدام که حال باشد باید تسلیم گردد»

### ۳-۳. مشروط یا معلق نبودن مهر

از دیگر شرایطی که برای ایجاد حق حبس ضرورت دارد ولی در ماده ۱۰۸۵ به طور صریح به آن اشاره نشده، آن است که پرداخت مهر مشروط و معلق به امری که در هنگام عقد نکاح وجود ندارد، نشده باشد. در غیراین صورت حق حبس ساقط خواهد شد.

از آنجا که اصولاً در عقد مشروط و معلق، موضوع شرط و معلق علیه در زمان عقد وجود ندارد، چرا که شرط اساساً ناظر به آینده بوده و در صورت وجود در زمان عقد، شرط مذکور بی فایده تلقی و به حکم بند ۲ ماده ۲۳۲ ق.م باطل خواهد بود و با توجه به این نکته که در عقد معلق، در صورت وجود معلق علیه در زمان عقد، تعلیق واقعی نبوده و عقد، منجز خواهد بود، لذا در صورت مشروط یا معلق بودن مهر، چون بین پرداخت مهر و عقد نکاح اجل ایجاد می شود حق حبس ساقط می گردد.

### ۴. قلمرو حق حبس زوجه

#### ۴-۱. در نظرات فقها و مراجع تقلید

مشهور فقهای امامیه<sup>۱</sup> بر این عقیده اند که زوجه در مقام اجرای حق حبس تنها می تواند از آمیزش امتناع نماید. فقهای معاصر نیز در تفسیر عبارت « ایفای وظایفی که زن در مقابل شوهر دارد» مذکور در ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، هم عقیده نیستند.

۱. نجفی، محمدحسن، همان، ص ۴۱؛ خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، جلد ۲، چاپ بیست و دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۸۴، ص ۲۹۹.



در این میان برخی از آنها از جمله حضرات آیات تبریزی، بهجت، سیستانی و موسوی اردبیلی بر این باورند که حق حبس زوجه منحصر به آمیزش و نزدیکی می باشد. در مقابل برخی دیگر از جمله آیت الله فاضل لنکرانی، ناصر مکارم شیرازی و حسین نوری همدانی حق حبس را به حق امتناع از دخول و سایر استمتاعات جنسی منصرف دانسته و معتقدند این حق به سایر وظایف زوجیت ناظر نمی باشد. گروه سوم حق حبس را به حق استنکاف از تمکین عام ناظر می دانند. به این توضیح که ایشان چنین حقی را به حق امتناع از آمیزش، حق امتناع از سایر استمتاعات جنسی و نیز حق استنکاف از سایر وظایف زناشویی منصرف می دانند. آیت الله خامنه ای و لطف الله صافی گلپایگانی پیرو این نظریه‌اند.<sup>۱</sup>

## ۲-۴. از منظر حقوقدانان

حقوقدانان نیز در تفسیر عبارت « ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد» در ماده ۱۰۸۵ ق.م نظرات گوناگونی را بیان نمودند. در نگاه اول به این دو ماده بدون ملاحظه مبانی فقهی آن، شاید چنین به نظر برسد که زن می تواند برای اجبار شوهر به پرداخت مهر، از ایفای تمام وظایفی که در مقابل شوهر دارد و در اصطلاح تمکین عام نام گرفته، امتناع نماید؛ لکن بیشتر نویسندگان حقوقی در کتب خود تصریح نموده اند که تنها نزدیکی با شوهر مشمول حق امتناع است.<sup>۲</sup> دکتر ناصر

۱. گنجینه استفتاعات قضایی (نرم افزار) سوال ۹۱۰۶ به نقل از معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، جلد ۵، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۹. صص ۵-۶.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۰۱۶ مواد ۲۸۹۸ و ۲۹۰۱؛ امامی، حسن، همان، ص ۳۹۵؛ صفایی و امامی، همان، ص ۱۶۳؛ دانی، عبدالرسول، حقوق مدنی خانواده، چاپ اول، انتشارات امید دانش، تهران، ۱۳۷۹، ص ۱۳۱؛ زمانی درمزاری، محمدرضا، حقوق خانواده به زبان ساده، چاپ دوم، انتشارات نگاه بینه، تهران، ۱۳۸۷، ص ۲۵۰.

کاتوزیان در این خصوص عقیده دارد: «اگرچه ظاهراً ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی دلالت بر این دارد که زن می تواند در مقام استفاده از حق حبس از تمکین عام امتناع نماید، ولی از سابقه تاریخی ماده ۱۰۸۵ و به ویژه قرنیه موجود در ماده ۱۰۸۶ چنین برمی آید که قانونگذار به تمکین خاص نظر داشته است.»<sup>۱</sup> در مقابل برخی دیگر<sup>۲</sup>، معنای وسیع تری برای قلمرو حق حبس قائل هستند و معتقدند زن حق دارد از هر امری که تسهیل کننده استمتاع است خودداری کند، از این رو خروج از منزل بدون اذن شوهر و خودداری از سکونت در مسکنی که شوهر تهیه کرده را مشمول این حق دانسته اند. برخی نویسندگان<sup>۳</sup> هم، اگرچه قلمرو حق امتناع زوج را منحصر به تمکین خاص می دانند با وجود این، از باب زمینه و مقدمه حق حبس و توابع عرفی آن به زوجه این حق را می دهند که از تمکین عام نیز امتناع کند.

نگارنده عقیده دارد؛ صرفنظر از آنکه امتناع از تمکین عام در مقام حق حبس، با ظاهر ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی سازگار است، اجرای آن نیز عملی تر و منطقی تر می باشد؛ زیرا الزام زوجه به حضور در منزل زوج و خودداری از تمکین، از نظر عقلی و عرفی امکان پذیر نمی باشد. ضمن آنکه رویه قضایی بیشتر به نظریه اخیر

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص ۱۴۵.

۲. حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد ۲، چاپ اول، ویرایش جدید، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، ص ۹۴۷؛ محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ شانزدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷-۲۴۵؛ صفار، محمد جواد، درس هایی از حقوق خانواده با تکیه بر موقعیت حقوقی زن در نکاح و طلاق، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۰، ص ۵۵؛ شایگان، سید علی، حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات طه، قزوین، ۱۳۷۵، ص ۲۶۷.

۳. درویش، بهرام، دامنه حق حبس زوجه در رویه دیوان عالی کشور، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، زمستان ۱۳۸۹، شماره ۷۲، ص ۱۲۷؛ شهبازی، عبدالوهاب، حق حبس در نکاح، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶، ص ۴۵؛ حیادری، جبار، حق حبس در نکاح، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز، تهران، ۱۳۸۴، ص ۷۰.

تمایل دارد. اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه شماره ۷/۶۴۶۲ مورخه ۱۳۷۸/۹/۱۴ چنین اظهارنظر نموده است: «با توجه به مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۸ و ۱۰۸۵ قانون مدنی، زنی که مهر او حال باشد می تواند تا قبل از اخذ مهریه خود از ایفای کلیه وظایفی که در مقابل شوهر دارد اعم از روابط یا تکالیف ناشی از زوجیت خودداری کند. بنابراین عدم تمکین، اعم از تمکین خاص و عام است.<sup>۱</sup>»

### ۳-۴. در رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور

بررسی رویه قضایی نشان می دهد محاکم در خصوص قلمرو حق حبس زوجه رویه واحدی اتخاذ نکرده اند. صدور آراء متعارض از دادگاهها سبب گردید تا سرانجام هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص قلمرو امتناع زوجه در استفاده از حق حبس، رای وحدت رویه ۷۰۸ - ۱۳۹۰/۲/۱۳ را بدین شرح صادر نماید: «مستناد از ماده ۱۰۸۵ ق.م این است که زن در صورت حال بودن مهر می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء مطلق وظایفی که شرعاً و قانوناً در برابر شوهر دارد امتناع نماید.»

### ۵. موجبات سقوط حق حبس زوجه

از موجبات سقوط حق حبس، سه مورد بین فقها و حقوقدانان محل اتفاق نظر است که عبارتند از: اسقاط حق حبس، تمکین زوجه قبل از دریافت مهر و تسلیم کامل مهر

۱. شهری، غلامرضا و همکاران، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، جلد ۱، چاپ اول، نشر روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۸۴، ص ۸۰۶.

### ۱-۵. اسقاط حق حبس

از آنجا که ماده ۱۰۸۵ ق.م در خصوص حق حبس زوجه، قاعده امری نبوده، بلکه از قواعد تکمیلی بوده که برخلاف آن می توان تراضی کرد و از طرفی، هر حقی از طرف صاحب حق قابل اسقاط است، لذا زوجه می تواند در زمان عقد و یا بعد از عقد، حق بوجود آمده را به صورت صریح یا ضمنی ساقط کند. اسقاط صریح بدین صورت است که زوجه می تواند در زمان عقد با تصریح در ضمن عقد، حق حبس خود را ساقط کند و یا بعد از انعقاد عقد با تنظیم سند یا اقرار نامه و یا هر طریق دیگری که قابل اثبات در محکمه باشد، نشان دهد که از حق حبس خویش صرفنظر نموده است. گاهی نیز، اگرچه زوجه صراحتاً به اسقاط حق خویش اشاره نمی کند لیکن اعمالی انجام می دهد که با توجه به در نظر گرفتن تمامی اوضاع و احوال می تواند دلالت بر قصد زوجه به اسقاط ضمنی حق حبس داشته باشد. به عنوان مثال برخی از فقها<sup>۱</sup> صرف رضایت به تمکین خاص یا آماده شدن زوجه جهت در اختیار نهادن خود به زوج را اسقاط ضمنی حق حبس می دانند، اگرچه تمکینی انجام نگرفته باشد.

به نظر می رسد در مواردی که زوجه به زوج اجازه نزدیکی می دهد و امکان نزدیکی از ناحیه زوج نیز وجود دارد، در واقع زوجه به طور ضمنی از حق خود گذشته است. در مقابل، چنانچه به دلایلی امکان نزدیکی وجود نداشته باشد؛ مثلاً در صورتی که زوج به دلیل عنن قادر به نزدیکی نیست، به نظر می رسد تسلیم زوجه، چنانچه با آگاهی وی از عنین بودن باشد، حق حبس وی را ساقط نخواهد کرد چرا که اساساً امکان نزدیکی وجود ندارد.

۱. مجموعه استفتانات جدید، مسأله ۱۶۳۸ به نقل از معاونت آموزش قوه قضائیه، مجموعه آرای فقهی قضائی در امور حقوقی (نکاح ۲)، جلد ۴، چاپ اول، مرکز تحقیقات فقهی، قم، ۱۳۸۱، ص ۱۱۵.

**۲-۵. تسلیم مهر**

یکی از موارد سقوط حق حبس در عقود معاوضی، تأدیه یکی از عوضین است. ماده ۳۷۸ قانون مدنی به این امر تصریح نموده است. در روابط بین زوجین نیز همین قاعده جاری است. آنچه حق حبس را ساقط می کند تسلیم کامل مهر است. مطابق نظر مشهور فقها<sup>۱</sup> و ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی، زن تا زمانی می تواند از حق حبس استفاده کند که مهر به او تسلیم نشده باشد. بدیهی است تسلیم در صورتی مسقط حق حبس است که کامل بوده باشد و تمام مهر به زوجه پرداخت شود. زیرا حق حبس در نکاح، غیر قابل تجزیه می باشد، در نتیجه اگر زوج بخشی از مهر را پرداخت کند زوجه می تواند تمکین نکند تا مهر به صورت کامل پرداخت شود. لذا بر این اساس است که تقسیط مهر موجب سقوط حق حبس نخواهد شد.

لازم به ذکر است اثر تقسیط مهر بر حق حبس همواره بین فقها، حقوقدانان محل بحث و اختلاف نظر بوده است. صدور برخی آرای متهافت در این خصوص، سرانجام منجر به صدور رای وحدت رویه ۷۰۸ مورخه ۱۳۸۷/۵/۲۲ دیوان عالی کشور مبنی بر ثبوت حق حبس تا پرداخت کامل مهر، گردید.

**۳-۵. تمکین زوجه**

به موجب ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی اگر زن قبل از اخذ مهر به اختیار خود به ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد قیام کند، دیگر نمی تواند از حق حبس استفاده کند لکن حق مطالبه مهر را خواهد داشت. قانون گذار در این ماده نیز همانند ماده ۱۰۸۵ از قواعد عمومی معاوضات پیروی کرده است.

۱. خوانساری، سید احمد، همان، صص ۴۲۵ و ۴۲۴؛ نجفی، محمدحسین، همان، ص ۴۱.

مشهور فقها<sup>۱</sup> معتقدند که تمکین زوجه موجب سقوط حق حبس وی خواهد بود، در مقابل، بعضی از فقها مانند شیخ طوسی برای تمکین اثری قائل نشده‌اند.<sup>۲</sup> حقوقدانان<sup>۳</sup> نیز در خصوص اثر تمکین در سقوط حق حبس، اتفاق نظر دارند. حال باید دید چه تمکینی مسقط حق حبس می‌باشد؟ تمکین عام یا تمکین خاص؟

### ۱-۳-۵. تمکین خاص

همانطور که گفتیم تمکین خاص زوجه به معنای نزدیکی با شوهر است. واژه نزدیکی از واژه‌های کنایی است که در مورد دخول به کار می‌رود و همان طور که برخی از حقوقدانان نیز اشاره نمودند<sup>۴</sup> فرقی نیست که دخول در قُبُل باشد یا دُبُر؛ زیرا عرفاً به هر دو، دخول و نزدیکی گفته می‌شود. مراد از دخول در قانون مدنی مشخص نیست لذا بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر رجوع کرد. نظر مشهور فقها<sup>۵</sup> بر این است که مراد از آن، اعم از دخول در قُبُل و دُبُر است. حال باید دید اثر دخول بر حق حبس چیست؟

۱. نجفی، محمد حسن، همان، ج ۳۱، ص ۴۳؛ خوانساری، سید احمد، همان، ص ۴۲۵.
۲. شیخ طوسی، المبسوط، جلد ۴، ص ۳۱۳ به نقل از هدایت نیا، فرج الله، حق حبس زوجه برای استیفای مهر، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، پاییز ۱۳۸۶، شماره ۱۴، ص ۵۶.
۳. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۱۴۵؛ صفایی و امامی، همان، ص ۱۶۳.
۴. امامی، سید حسن، همان، ص ۴۵ - طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، جلد ۳، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق، ص ۲۷۶.
۵. نجفی، محمد حسن، همان، جلد ۳۲، ص ۲۱۱؛ بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، جلد ۲۵، ص ۳۹۳؛ خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، جلد ۲، ص ۳۳۵.

اکثر فقهای امامیه<sup>۱</sup> بر این عقیده اند که نزدیکی و وطی مسقط حق حبس است؛ زیرا وطی و نزدیکی در نکاح، به منزله قبض بضع است. پس تسلیم بضع از سوی زوجه در زمانی تحقق می‌یابد که نزدیکی صورت گرفته باشد. در مقابل، عده ای از فقها از جمله شیخ طوسی و مفید بر این باورند که حق حبس پس از تمکین نیز قابل تصور است. زیرا با یک بار نزدیکی، تسلیم بضع محقق نمی‌شود و بضع تحت ید زوج در نمی‌آید. مطابق این تحلیل زوجه حتی پس از یک بار یا چند بار نزدیکی، چنانچه هنوز مهر را دریافت نکرده باشد، حق خودداری از تمکین را دارد.<sup>۲</sup> در توجیه این نظریه گفته‌اند؛ مهر در مقابل مطلق بضع قرار ندارد تا زوجه پس از تمکین دیگر نتواند از حق حبس خود استفاده نماید، بلکه عوض مهر، جمیع منافع جنسی زن است که امری تدریجی الحصول است که یکباره حاصل نمی‌شود و مهر عوض در مقابل همه این تمتعات است. به تعبیر دیگر، مهر در قبال هر وطی در نکاح قرار دارد.<sup>۳</sup>

حقوقدانان نیز به اتفاق بر این عقیده اند که تمکین خاص (نزدیکی) مسقط حق حبس است.<sup>۴</sup> قانون مدنی در ماده ۱۰۸۶ از نظر مشهور فقها تبعیت کرده است. اگرچه قلمرو حق حبس زوجه در بین حقوقدانان و فقها تا حدودی محل اختلاف نظر است ولی قدر متیقن از نظرات آنان، این است که قلمرو حق حبس، تمکین

۱. عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، جلد ۵، ص ۳۷۲ و ۳۷۱؛ خوانساری، سید احمد، همان، ص ۴۲۵.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، ص ۲۴۸.

۳. میرشمسی، فاطمه، مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه، چاپ اول، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۸۰، ص ۷۹. حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه، جلد ۷، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۲ ه.ق، ص ۱۷۰ به نقل از هدایت‌نیا، همان، ص ۵۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۴۵؛ صفایی و امامی، همان، ص ۱۶۳؛ محقق داماد، سید مصطفی، همان، ص ۲۴۷.

خاص می باشد و از آنجا که عبارت «ایفای وظایفی که زن در مقابل شوهر دارد» هم در ماده ۱۰۸۵ و هم در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی آمده است لذا حداقل نتیجه ای که می توان گرفت آن است که نزدیکی و وطی حق حبس زوجه را منتفی خواهد کرد.

حال باید دید منظور از تمکین خاص که مسقط حق حبس است صرفاً دخول است یا هرگونه استمتاعات جنسی از قبیل تقبیل<sup>۱</sup>، مضاجعه<sup>۲</sup>، تفخیز<sup>۳</sup> را هم شامل می شود؟ اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی شماره ۷/۵۴۵۵ مورخه ۱۳۸۱/۵/۳۰ چنین اظهار نظر کرده است: «منظور از عبارت «ایفای وظایفی که در مقابل شوهر دارد» مذکور در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م.تمکین خاص به معنای مطلق دخول است لذا اذن زوجه به زوج برای برخورداری از سایر استمتاعات بدون دخول، حق حبس زوجه را ساقط نمی کند.»<sup>۴</sup>

در پاسخ باید گفت؛ از آنجا که عبارت بکار رفته در ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی مبهم بوده و نمی توان به یقین دایره شمول آن را مشخص نمود، لذا برای یافتن پاسخ باید بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی به منابع معتبر فقهی و یا فتاوی معتبر رجوع کرد. اغلب فقها<sup>۵</sup> معتقدند که حق حبس با دخول ساقط می شود و اجازه

۱. تقبیل به معنای بوسیدن است مانند بوسیدن دست و پا و روی کسی رک: جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، دوره پنج جلدی، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۳۸۲، واژه ۵۰۶۸.

۲. مضاجعه اجتماع دو یا چند نفر است تحت آزار واحد همچنین است به معنای با هم خوابیدن، همبستر گردیدن، همخوابگی و .... رک: همان، جلد پنجم، ص ۳۳۹۱، واژه ۱۲۸۹۹.

۳. قرار دادن آلت در میان ران.

۴. عرفانی، توفیق، مهریه در رویه قضایی، چاپ اول، انتشارات جاودانه (جنگل)، تهران، ۱۳۸۷، ص ۱۷۲.

۵. نجفی، محمد حسن، همان، ج ۳۱، ص ۴۱؛ خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد ۲، چاپ بیست و هشتم، نشر المدینه العلم، قم، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۲۸۱



زوجه برای سایر استمتاعات موجب از بین رفتن حق حبس نمی شود به عبارت دیگر، دخول موضوعیت دارد. به علاوه در این خصوص استفتائاتی از چند تن از فقهای معاصر بعمل آمد که در پاسخ آیت الله اراکی<sup>۱</sup> چنین استمتاعاتی را مسقط حق حبس دانسته، در مقابل آیت الله مکارم شیرازی و فاضل لنکرانی عقیده به بقای حق حبس دارند.<sup>۲</sup>

به نظر ما چنانچه زوجه با رضایت به اینگونه استمتاعات، قصد اسقاط حق خویش را داشته باشد، حق وی ساقط می شود. اما در صورت عدم آگاهی و یا عدم قصد اسقاط، عمل وی دلالت بر اسقاط حق حبس نخواهد داشت. البته در وضعیت کنونی، با توجه به نظریات فقهای معاصر و علی الخصوص رای وحدت رویه شماره ۷۱۸ دیوان عالی کشور که شمول حق حبس را به کلیه وظایف زناشویی از جمله تمکین عام گسترش داده می توان گفت؛ اینگونه استمتاعات جنسی به طریق اولی مسقط حق حبس خواهد بود.

### ۲-۳-۵. تمکین عام

همانطور که دیدیم تمکین خاص زوجه که در معنای اخص آن، عمل موافقه یا دخول می باشد مسقط حق حبس است. حال سوال این است که آیا تمکین عام زوجه نیز موجب سقوط حق حبس خواهد بود؟

بحث سقوط حق حبس با تمکین عام، محل اختلاف است. زیرا این بحث در کتب حقوقی سابقه چندانی نداشته و فقها نیز در این باره کلامی بیان ننموده اند و

۱. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه آرای فقهی قضائی در امور حقوقی (نکاح ۲)، جلد ۴، ص ۱۱۴.

۲. همان؛ معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، جلد دوم، ص ۳۹.

محاکم نیز در این خصوص رویه خاصی اتخاذ نکرده اند. اساساً این بحث از زمان صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور، که قلمرو حق حبس را به تمکین عام نیز سرایت داده، قوت گرفته است و پیش از آن مسبوق به سابقه نمی باشد. مشهور فقها<sup>۱</sup> عقیده دارند که زن در مقام اعمال حق حبس، تنها می تواند از تمکین خاص خودداری کند و حق امتناع از تمکین عام را ندارد. لذا از نظر فقها، آن چه که حق حبس زوجه را ساقط می کند تمکین خاص بوده و تمکین عام زوجه از زوجه نمی تواند موثر در مقام باشد. اکثر حقوقدانان نیز به همین راه رفته اند.<sup>۲</sup> هر چند برخی<sup>۳</sup> دیگر نظر داده اند که در زن مقام اعمال حق حبس می تواند از تمکین عام امتناع نماید ولی در خصوص سقوط حق حبس، جملگی بر این باورند که تنها تمکین خاص موجب سقوط آن خواهد شد.

اتخاذ رویه های متفاوت و صدور آراء متعارض از سوی محاکم در خصوص مفاد ماده ۱۰۸۵ ق.م، منجر به صدور رای وحدت رویه شماره ۷۱۸ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور گردید که به زن حق داد تا مهر به او تسلیم نشده از ایفاء مطلق وظایفی که در مقابل شوهر دارد (تمکین عام و خاص) امتناع نماید. این رای اگر چه اختلاف موجود را حل و فصل نمود، ولی خود آغازی بر اختلاف نظر دیگری گردید و آن، تعارض عقاید و آراء در خصوص ماده ۱۰۸۶ می باشد. زیرا وقتی عبارت «وظایفی که در مقابل شوهر دارد» در ماده ۱۰۸۵ بر مطلق وظایف زناشویی حمل می شود، تفسیر صحیح و منطقی از قانون ایجاب می کند که عبارت مذکور در ماده ۱۰۸۶ را نیز بر همان معنا حمل نموده و نتیجه بگیریم که در صورت تمکین عام نیز زوجه حق حبس نخواهد داشت. لذا در

۱. نجفی، محمدحسن، همان، ص ۴۱؛ خمینی، روح الله، همان، ص ۲۹۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۴۴؛ امامی، سید حسن، همان، ص ۳۹۵-۳۹۴.

۳. شایگان، سید علی، همان، ش ۷۸۷؛ محقق داماد، سید مصطفی، همان، ص ۲۴۷.

صورتی که زن بعد از عقد نکاح، هر گونه معاشرتی با زوج داشته باشد از حقوق ناشی از حق حبس بی بهره خواهد ماند. از این رو تأسیسی مهم چون حق حبس با آن سابقه طولانی، در سایه رای وحدت رویه مزبور به خاموشی گرائیده و زنان از یکی از چهره‌های حمایتی قانون محروم می گردند، چرا که هیچ زنی نیست که بعد از ازدواج هیچ معاشرتی با همسرش نداشته و نتیجتاً هیچ نمودی از تمکین عام را علنی نساخته باشد.<sup>۱</sup>

صرفنظر از نتیجه ای که از رای وحدت رویه فوق الذکر می توان گرفت، باید دید از لحاظ حقوقی و با توجه به قواعد کلی حق حبس در عقود معاوضی، آیا چنین برداشتی صحیح می باشد؟

بر اساس ماده ۳۷۸ قانون مدنی، عنصر اساسی در سقوط حق حبس تسلیم می باشد. مواد ۳۶۷، ۳۶۸، ۳۶۹ قانون مدنی، مفهوم تسلیم و چگونگی آن را بیان نموده است. ماده ۳۶۷ ق.م. در تعریف تسلیم می گوید: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد...» به عبارت دیگر، همین که امکان تصرف و انتفاع برای مشتری وجود داشته باشد، تسلیم محقق گردیده است اگر چه مشتری عملاً در آن هیچ گونه تصرفی نکرده باشد. (ماده ۳۶۸ ق.م.) به علاوه در خصوص چگونگی تسلیم، قاعده و روش ثابتی وجود ندارد و در هر مورد باید به عرف رجوع کرد. مثلاً در خصوص اتومبیل یا آپارتمان، تسلیم با دادن کلید آن انجام می پذیرد. اگر چه ماده ۱۰۸۶ ق.م. از تسلیم نامی به میان نیاورده، لکن می توان از ملاک ماده ۳۷۷ ق.م. استفاده نمود و گفت؛

۱. محبی، مرضیه، نقد دو رای وحدت رویه دیوان عالی کشور، فصلنامه وکیل مدافع، ارگان داخلی کانون وکلای دادگستری خراسانی، سال نخست، پاییز ۱۳۹۰، شماره دوم، ص ۱۱۵.

ایفای وظایف زناشویی از جانب زوجه، در حکم تسلیم و ایفاء تعهد از جانب وی می‌باشد.

حال با توجه به اینکه در کشور ما به محض انعقاد عقد، زوجه تمکین عام را شروع و به تکلیف خود مبنی بر حسن معاشرت و اطاعت از شوهر، عمل می‌نماید، می‌توان گفت: زوجه به ایفای بخشی از وظایف زناشویی پرداخته و عمل تسلیم محقق گردیده است. بدیهی است عدم انجام دخول را نمی‌توان به عدم تسلیم و ایفای تعهد تعبیر نمود. زیرا اولاً؛ عدم انجام عمل دخول، ناشی از عدم امکان تصرف و انتفاع از ناحیه زوج نمی‌باشد، بلکه در غالب موارد، بدلیل سنت‌های قدیمی و آداب و رسوم برخی از نواحی کشور می‌باشد که هنوز هم در برخی از شهرها و روستاهای کشورمان اجرا می‌شود. ثانیاً؛ رای وحدت رویه شماره ۷۱۸ دیوان عالی کشور، قلمرو حق حبس به تمکین عام افزایش یافته است. لذا با توجه به مدلول ماده ۱۰۸۶ ق.م، تمکین عام نیز موجب سقوط این حق خواهد شد. در حقیقت این رای با گسترش قلمرو حبس از تمکین خاص به عام، گستره عوض را نیز تغییر داده است، یعنی عوضی که از ناحیه زن می‌باشد تمام وظایف زناشویی را در بر می‌گیرد. ثالثاً؛ بر خلاف معاوضات که در آن حق حبس قابل تجزیه است، حق حبس زوجه غیر قابل تجزیه می‌باشد. لذا اگر زوجه قسمتی از وظایف زناشویی خود را انجام دهد به حکم ماده ۱۰۸۶ ق.م حق حبس وی ساقط و نسبت به وظایف انجام نشده، حق حبس نخواهد داشت. رابعاً؛ چنانچه مهر در مقابل بضع بعنوان دو عوض قرار گیرد، در صورت عدم وقوع نزدیکی و تمکین خاص از ناحیه زوجه نباید هیچ مهري به زوجه تعلق می‌گیرد در حالی که در طلاق قبل از نزدیکی به حکم ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی زن مستحق نیمی از مهر است. جالب تر آنکه، در صورت فوت احدی از زوجین قبل از نزدیکی، زوجه مستحق تمامی مهرالمسمی تعیین شده خواهد بود که حسب مورد به وی یا اولیای دم او پرداخت

خواهد شد. لذا نگارنده بر این باور است نیمی از مهر در مقابل تمکین عام قرار می‌گیرد، امری که در استدلال دادستان کل کشور در زمان صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور نیز عنوان گردیده است.

حال باید دید حدود و قلمرو تمکین عامی که موجب سقوط حق حبس می‌شود تا کجاست؟ آیا با یک بار اطاعت از زوج تمکین عام شکل می‌گیرد؟ بدیهی است باید این نظر را تعدیل نموده و حدود آن را با توجه به اوضاع و احوال و عرف مشخص و ملاک و ضابطه‌ای تعیین نمود، در غیر این صورت حق حبس از عقد نکاح رخت بر خواهد بست و برای همیشه از صفحه ادبیات حقوقی پاک خواهد شد.

قانون مدنی در مواد ۱۱۰۳ و ۱۱۰۴، ۱۱۰۵، ۱۱۱۴ و ۱۱۱۷ به طور کلی مواردی از تمکین عام را بیان نموده و از آن‌ها به وظایف زوجیت تعبیر نموده است. اموری چون حسن معاشرت با شوهر و معاضدت او در تشیید مبانی خانواده، پذیرش ریاست شوهر و اطاعت از او، سکونت در منزلی که تعیین می‌کند و در ماده ۱۱۰۸ ضمانت اجرای آن را بیان نموده است. این ماده مقرر می‌دارد: «هر گاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع نماید مستحق نفقه نخواهد بود» بنابراین از نظر قانونگذار، وظایف زوجیت وظایفی است که برای آن ضمانت اجرا قرار داده شده است.

به نظر می‌رسد از جمع مواد ۱۰۸۵ و ۱۱۰۸ ق.م می‌توان چنین استنباط کرد که از منظر قانونگذار، وظایف زناشویی وظایفی است که در صورت اجرای آن از ناحیه زوجه، به وی نفقه تعلق می‌گیرد و در صورت عدم انجام آن، زن ناشزه تلقی و حق مطالبه نفقه نخواهد گرفت، مگر آن که مانع مشروعی جهت عدم تمکین داشته باشد مانند حق حبس. بنابراین ایفای وظایف زناشویی (تمکین عام و خاص) با پرداخت نفقه رابطه‌ای مستقیم و تنگاتنگ دارد. پس برای پاسخ به سؤال فوق

باید بررسی کرد آیا با یک بار اطاعت زوجه از زوج و معاشرت با او، تمکین محقق گردیده و زن مستحق نفقه است؟ به دیگر سخن، در صورتی که زن از انجام این امور امتناع نماید ناشزه تلقی شده و استحقاق نفقه ندارد؟

بدیهی است پاسخ به سوال فوق منفی است، زیرا در تمامی موارد فوق، امتناع زن باید استمرار داشته باشد به طوری که عرفاً بتوان گفت زن از ادای وظایف زناشویی خود سر پیچی می نماید. پرواضح است که عرف جامعه ما، زنی را به صرف یک بار همراهی نکردن با شوهر یا روی برگرداندن از او ناشزه نمی شمارد. بنابراین می توان گفت: از آنجا که عدم انجام وظایف زناشویی از ناحیه زوجه برای یک بار نشوز تلقی نمی گردد و وی را محروم از نفقه نمی کند پس یک بار انجام آن نیز، ایفای وظایف زناشویی تلقی نمی شود و تمکین محقق نخواهد شد. زیرا همانطور که گفتیم انجام یا عدم انجام ایفای وظایف زناشویی در صورتی دارای آثار حقوقی در روابط زوجین خواهد بود که استمرار داشته باشد و یا حداقل برای مدتی به طول انجامد که از نظر عرف ادای وظیفه تلقی گردد. دکتر کاتوزیان نیز در کتاب خود به نوعی به این مطلب اشاره نموده است: «نه تنها وظایفی که زن در برابر شوهر دارد با الزام به دادن مهر ارتباط حقوقی ندارد، در نظر عرف ناظر به تمام دوره زناشویی است: باید در مسکنی که شوهرش تعیین می کند سکونت گزیند، با او خوشرویی کند و در اداره خانواده معاون و یاور همسر خود باشد. پس با یک بار خوشرویی کردن یا چند دقیقه به خانه شوهر آمدن نمی توان ادعا کرد که او به وظایف زناشویی عمل کرده است.»<sup>۱</sup>

دکتر محقق داماد نیز در تفسیر ماده ۱۱۰۸ ق.م. در خصوص زن ناشزه که از ایفای وظایف زناشویی امتناع می کند، می گوید: «واژه امتناع، کاملاً ظهور در

۱. کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۱۴۵.

یک حالت تمرد مستمر دارد و بر یک یا دو بار صدق نمی کند و از طرفی وظایف زوجیت چیزی بیش از حق استمتاع است.<sup>۱</sup>

پس بر دادرس است که در هر دعوی بطور جداگانه، با توجه به اوضاع و احوال بررسی نماید آیا در روابط زوجین، تمکین عام و ادای وظایف زناشویی به نحوی بوده که اسقاط ضمنی حق حبس تلقی شود یاخیر؟ در این راستا بررسی عناصری چند می تواند راهگشا بوده و دادرس را در رسیدن به مقصود یاری دهد:

**الف. زمان:** مدت زمانی که از انعقاد عقد نکاح سپری گردیده و در طی آن زوجین با یکدیگر معاشرت داشته و رفت و آمد کرده اند، عاملی مهم در تحقق تمکین عام و سقوط حق حبس می باشد.

**ب. انجام مراسم عروسی و سکونت در منزل شوهر:** به نظر می رسد که انجام مراسم عروسی و تشکیل زندگی مشترک را بتوان اماره ای بر سقوط حق حبس دانست، زیرا این عمل به خودی خود حکایت از تمکین عام زوجه و آمادگی او برای ایفای وظایف زوجیت دارد. به علاوه در این مرحله، وظایف دیگری چون خدمت در خانه، عدم خروج از منزل و مسافرت بدون اذن شوهر و اداره امور داخلی خانه بر عهده زوجه قرار می گیرد. سکونت مشترک، وضعیتی را بر روابط زوجین حاکم خواهد کرد که به خودی خود تمکین عام شکل خواهد گرفت و با توجه به در کنار هم بودن آنها، عنصر تکرار و استمرار محقق خواهد شد. بعلاوه، در این حالت امکان خلوت نمودن آنها بیشتر خواهد شد.

**ج. بهره‌مندی زوج از استمتاعات جنسی غیر از دخول:** هرچند فقها و حقوقدانان استمتاعات جنسی چون تقبیل و مضاجعه را تمکین خاص محسوب نکرده و موجب سقوط حق حبس نمی دانند. لکن در صورت برقراری چنین

۱. محقق داماد، سید مصطفی، همان، ص ۲۹۶.

رابطه‌ای، می‌توان گفت تمکین عام حاصل گردیده و حق حبس ساقط است. زیرا چنین روابطی تنها بین زوجین حاکم است و مشروعیت دارد (چنین روابطی بین دو فرد اجنبی، نامشروع بوده و مجازات دارد) در نتیجه می‌توان گفت: عنصر تکرار و دوام در خصوص این خصوص ضرورت نداشته و به صرف یک بار استمتاع، نتیجه حاصل خواهد شد.

برخی از محاکم نیز بعد از صدور رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور، در آرای خود کم و بیش به مقوله سقوط حق حبس با تمکین عام گرایش نشان داده‌اند. در ذیل بخشی از رای شماره ۹۱۰۹۹۷۱۲۹۳۲۰۰۲۶۰ مورخه ۱۳۹۱/۳/۱۰ صادره از شعبه دوم دادگاه حقوقی جویبار را که در همین راستا صادر گردیده به عنوان نمونه ذکر می‌کنیم:

«... زن زمانی از حق حبس برخوردار است که سابقاً تمکین به نحو عام ننموده باشد در ما نحن فیه زوجه اقرار به تمکین عام نموده است بنابراین حقی بابت حق حبس ندارد فلذا دادگاه دعوی خواهان را وارد و ثابت تشخیص مستندا به مواد ۱۱۰۲ لغایت ۱۱۰۵ و ۱۱۱۴ قانون مدنی و رای وحدت رویه ۷۱۸ مورخه ۱۳۹۰/۲/۱۳ هیات عمومی دیوان عالی کشور حکم به تمکین صادر می‌گردد ...»

شایان ذکر است زوجه از این رای تجدیدنظرخواهی نموده که شعبه ۱۳ دادگاه تجدید نظر استان مازندران در مقام رسیدگی به موجب دادنامه ۹۱۰۹۹۷۱۵۱۶۶۰۰۵۶۹ مورخه ۱۳۹۱/۵/۲۸ اعتراض را وارد ندانسته و دادنامه تجدید نظر خواسته را عیناً تایید نمود.



**۶. نتایج:**

۱. علت آنکه رای وحدت رویه ۷۱۸ دیوان عالی کشور برخلاف نظر مشهور فقها و حقوقدانان، قلمرو حق حبس را مطلق وظایف زناشویی عنوان نموده، صرفاً از باب مقدمه و توابع عرفی امتناع از تمکین خاص می باشد.
۲. با توجه به گسترش قلمرو حق حبس به مطلق وظایف زوجیت، تمکین عام زوجه نیز موجب سقوط حق حبس خواهد شد اما نه به صورت مطلق، بلکه ایفای هر یک از وظایف زناشویی در صورتی مسقط حق حبس خواهد بود که مفهوم عرفی و قانونی تمکین شکل گرفته باشد لذا صرف اندک معاشرت زوجین را نمی توان مسقط حق حبس دانست. زیرا صرف یک بار اقدام برای انجام اموری چون حسن معاشرت و یا تبعیت از زوج به منزله ادای آن نمی باشد و عرف تنها در صورت انجام این تکالیف به نحو مستمر، آن را ایفای وظایف زناشویی تلقی خواهد کرد.

**۷. پیشنهادات:**

صرف نظر از اینکه اساساً حق حبس در نکاح که یک عقد معاوضی نیست محل بحث و ایراد است و حذف آن را می توان پیشنهاد داد، از آنجا که احکام حق حبس زوجه در مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م از جمله قلمرو حق حبس و موارد سقوط آن به اجمال بیان شده است و صدور آرای وحدت رویه نیز گرچه به برخی اختلاف نظرها پایان داده ولی به برخی مشکلات دیگر دامن زده است و از طرف دیگر با سقوط حق حبس در اثر تمکین عام، علاوه بر بی اثر گشتن این ضمانت اجرا، اثبات وجود حق حبس و یا سقوط آن از ناحیه زوجین بسیار مشکل خواهد شد. لذا پیشنهاد می شود مواد ۱۰۸۵ و ۱۰۸۶ ق.م به شرح ذیل اصلاح شود:

ماده ۱۰۸۵ قانون مدنی: زن می تواند تا مهر به او تسلیم نشده از ایفای کلیه وظایفی که در مقابل شوهر دارد امتناع نماید، مشروط بر اینکه مهر او حال باشد و این امتناع مسقط حق نفقه نخواهد بود.

ماده ۱۰۸۶ قانون مدنی: اگر زن قبل از اخذ مهر، به اختیار خود نسبت به نزدیکی با شوهر تمکین نمود خواه از قبُل باشد خواه از دُبُر، دیگر نمی تواند از حکم ماده قبل استفاده نماید معذالک حقی که برای مطالبه مهر دارد ساقط نخواهد شد.

## منابع

### الف: کتابهای فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، دوره پنج جلدی، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸.
۲. \_\_\_\_\_، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۸۷.
۳. حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد دوم، چاپ اول (ویرایش جدید)، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶.
۴. دبانی، عبدالرسول، حقوق مدنی خانواده، چاپ اول، انتشارات امید دانش، تهران، ۱۳۷۹.
۵. زمانی درمزاری، محمدرضا، حقوق خانواده به زبان ساده، چاپ اول، انتشارات نگاه بینه، تهران، ۱۳۸۷.
۶. شایگان، سید علی، حقوق مدنی، چاپ اول، انتشارات طه، قزوین، ۱۳۷۵.
۷. شهبازی، عبدالوهاب، حق حبس در نکاح، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۶.
۸. شهری، غلامرضا و همکاران، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، جلد اول، چاپ اول، نشر روزنامه رسمی، تهران، ۱۳۸۴.
۹. صفار، محمد جواد، درس‌هایی از حقوق خانواده با تکیه بر موقعیت حقوقی زن در نکاح و طلاق، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۰.
۱۰. صفایی، حسین و امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چاپ پانزدهم، نشر میزان، تهران، پاییز ۱۳۸۷.
۱۱. صفایی، حسین و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده ( زیر نظر دکتر ابوالقاسم گر جی )، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۷.

۱۲. طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه.ق.
۱۳. عرفانی، توفیق، مهریه در رویه قضایی، چاپ اول، انتشارات جاودانه (جنگل)، تهران، ۱۳۸۷.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، جلد اول، چاپ اول (ویرایش جدید)، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۸.
۱۵. ———، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ شانزدهم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۶.
۱۶. محقق داماد، سید مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ شانزدهم، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۹۰.
۱۷. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاه‌های خانواده، جلد سوم، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۸.
۱۸. ———، مجموعه آرای فقهی قضائی در امور حقوقی (نکاح ۲)، جلد چهارم، چاپ اول، مرکز تحقیقات فقهی، قم، ۱۳۸۱.
۱۹. ———، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، دوره پنج جلدی، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۹.
۲۰. میرشمسی، فاطمه، مبانی حقوق و تکالیف زن در ازدواج از دیدگاه فقه امامیه، انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۰.

### ب: کتابهای عربی

۱. بحرانی، یوسف، الحدائق الناضرة، جلد بیست و چهارم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۴۰۸ ه.ق.
۲. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، دوره چهار جلدی، چاپ بیست و دوم، دفتر انتشارات اسلامی، قم، ۱۳۸۴.

۳. خوانساری، احمد، جامع المدارک فی الشرح مختصر النافع، جلد ۳ و ۴، چاپ دوم، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۵۵.
۴. خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد دوم، چاپ بیست و هشتم، نشر المدینه العلم، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۵. عاملی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، جلد ۵ و ۶، چاپ اول، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۶. \_\_\_\_\_، مسالك الافهام، جلد هشتم، چاپ اول، موسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۷. عاملی، سید محمد، نهایه المرام فی الشرح مختصر شرایع الاسلام، جلد اول، چاپ دوم، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۰ ه.ق.
۸. مکارم شیرازی، ناصر، سلسله مباحث خارج فقه (کتاب النکاح)، جلد ششم، چاپ اول، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب، قم، ۱۴۲۴ ه.ق.
۹. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۳ و ۳۱ و ۳۲، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ ه.ق.

### ج: مقالات

۱. درویش، بهرام، دامنه حق حبس زوجه در رویه دیوان عالی کشور، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، زمستان ۱۳۸۹، شماره ۷۲.
۲. محبی، مرضیه، نقد دو رای وحدت رویه دیوان عالی کشور، فصلنامه وکیل مدافع، ارگان داخلی کانون وکلای دادگستری خراسانی، سال نخست، پاییز ۱۳۹۰، شماره دوم.
۳. هدایت نیا، فرج اله، حق حبس زوجه برای استیفای مهر، مجله فقه و حقوق، سال چهارم، پاییز ۱۳۸۶، شماره ۱۴.

### د: پایان نامه‌ها

۱. حیادری، جبار، حق حبس در نکاح، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد واحد تهران مرکز، تهران، ۱۳۸۴.

