



## Jurisprudential-Legal Examination of the Husband's Right to Restitution of Dowry which is Discharged by the Divorced Wife

Maryam Varzdar<sup>1</sup>

Mohsen Malek Afzali Ardekani<sup>2</sup>

DOI:

10.30497/FLJ.2024.245532.1967



### Abstract

According to the opinion of famous jurists and legal scholars, what becomes the property of the wife from the dowry through the marriage is the entire dowry; But after the marriage, the wife's ownership is fixed on half of the dowry and unstable on the other half, and it becomes fixed after intimacy. In case of divorce before intimacy, the wife's shaky ownership of half of the dowry will be lost and it is separated from her property and given to the husband. If the wife discharges the husband's obligation from the dowry after the marriage, and this marriage leads to divorce before intimacy, the question arises as to whether the husband has the right to retribute half of the dowry or not. The findings based on the Analytical-descriptive method show that the proofs of the promise to allow the return of the spouse for half of the dowry are not complete and conclusive, and by referring to the jurisprudence rules of benevolence, justice, and fairness, the promise is proven to be not permissible for the returning of it to husband. Also, if we believe in the existence of an implied condition of the duration of marriage in the dowry, and we consider it as a type of contract, we can use the violation of the condition in the discharge situation (the condition of the duration of marriage) and give the wife the right to reject the discharge through the option of violating the condition. As a result, the husband must pay half of the dowry to the wife.

**Keywords:** husband's right, restitution, dowry, discharge, divorced.

---

1. (Corresponding Author) Maryam Varzdar, Ph.D. Candidate, Family Jurisprudence, Bint Al Hoda Institute, AL Mostafa International University, Qom, Iran.

maryam\_varzdar@yahoo.com

2. Professor, Department of Law, AL Mostafa International University, Qom, Iran.

mohsenmalekafzali@yahoo.com

## بررسی فقهی حقوقی حق زوج بر استرداد مهریه ابراء شده توسط زوجه مطلقه

مریم ورزدار\*<sup>۱</sup> دریافت: ۱۴۰۲/۰۹/۱۵، پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۲۶

محسن ملک‌افزلی اردکانی<sup>۲</sup>

Doi: 10.30497/flj.2024.245532.1967

### چکیده

طبق نظر مشهور فقها و حقوق‌دانان آنچه از مهر به واسطه عقد به ملکیت زوجه درمی‌آید، کل مهریه است؛ اما پس از عقد، مالکیت زوجه بر نصف مهریه مستقر، و در نصف دیگر متزلزل است و پس از نزدیکی ثابت و مستقر می‌شود. در صورت طلاق پیش از نزدیکی مالکیت متزلزل زوجه بر نیمه مهریه از بین می‌رود و از مال او جدا می‌شود و به شوهر تعلق می‌گیرد. اگر زوجه پس از انعقاد عقد، ذمه شوهر را از مهریه ابراء کند و این عقد پیش از نزدیکی به طلاق منجر شود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا شوهر حق رجوع به نصف مهر را دارد یا خیر؟ یافته‌های پژوهش بر مبنای روش تحلیلی — توصیفی نشان می‌دهد که ادله قول به جواز استرداد زوج به نیمه مهریه تمام و قطعی نیست و با استناد به قواعد فقهی احسان و عدل و انصاف، قول به عدم جواز استرداد زوج ثابت می‌شود. همچنین اگر در ابراء مهریه، به وجود شرط ضمنی دوام زوجیت قائل شویم و ابراء را نوعی عقد بدانیم، می‌توانیم با استفاده از تخلف شرط در ابراء (شرط دوام زوجیت)، حق رد ابراء را از طریق خیار تخلف شرط برای زوجه قائل شویم؛ در این حالت، زوج باید نصف مهریه را به زن پرداخت کند.

**کلیدواژه‌ها:** ابراء، استرداد، حق زوج، مطلقه، مهریه.

۱. (نویسنده مسئول) دانشجوی دکتری فقه خانواده، مجتمع آموزش عالی بنت‌الهدی، دانشگاه بین‌المللی المصطفی (جامعه المصطفی العالمية)، قم، ایران.  
maryam\_varzdar@yahoo.com

۲. استاد تمام گروه حقوق دانشگاه بین‌المللی المصطفی (جامعه المصطفی العالمية)، قم، ایران.  
mohsenmalekafzali@yahoo.com

## مقدمه

آنچه از مهر به واسطه عقد به ملکیت زوجه درمی آید، کل مهریه است؛ اما پس از عقد، مالکیت زوجه در نصف مهریه مستقر و در نصف دیگر متزلزل و پس از نزدیکی ثابت می‌شد. در صورت طلاق پیش از نزدیکی، مالکیت متزلزل زن در نصف مهریه از بین می‌رود و از مال او جدا می‌شود و به شوهرش می‌رسد. آنچه در ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی به صراحت بیان شده است، صورتی است که زن پس از عقد، مهریه را دریافت کرده باشد و پیش از نزدیکی، این عقد به طلاق منجر شود که مرد حق استرداد بیش از نیمه مهریه‌ای را که پرداخت کرده است، دارد. در این قانون آمده است: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند». قانون در خصوص موردی که زوجه مهریه را پس از عقد ابراء کند و پیش از نزدیکی، این عقد به طلاق بینجامد، ساکت است؛ اگرچه این موضوع در فقه به صورت مبسوط بررسی شده است.

این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به سؤالات ذیل است: آیا در صورت ابراء مهریه توسط زوجه و طلاق زن پیش از نزدیکی، زوج حق استرداد نصف مهریه را دارد یا خیر؟ ماهیت ابراء مهریه اسقاط حق است یا تملیک؟ ابراء مهریه عقد است یا ایقاع؟ جایگاه قواعد فقهی در حق استرداد یا عدم استرداد زوج چیست؟ وضعیت استرداد مهریه ابراء شده در حقوق چگونه است؟ جایگاه شرط ضمنی دوام زوجیت در بخشش مهریه چیست؟

## پیشینه پژوهش

عنوان عام «مهریه» به عنوان موضوعی پژوهشی و چندجانبه از جهات مختلفی بررسی و تحقیق شده است؛ از جمله حقوقی - قانونی، فقهی، اجتماعی و فرهنگی، و اندک آثاری نیز در زمینه «بذل» تولید شده است. در این میان پژوهشگران به ندرت به بحث ابراء و طلاق پیش از مجامعت توجه کرده‌اند.

بسیاری از فقها به موضوع مهریه پرداخته‌اند؛ از جمله کلینی در کتاب کافی، صاحب جواهر، علامه حلی، شهید اول در لمعه دمشقیه، شهید ثانی در شرح لمعه دمشقیه و طبرسی. به رغم

چنین اهمتامی، مسئله مهریه به صورت موضوعی، نسبتاً جزئی بررسی شده است و بزرگان فقها به تأملاتی چند در آن بسنده کرده‌اند.

در مجموع مقالات موجود مرتبط با موضوع، می‌توان به مقالات ذیل اشاره کرد:

۱. مقاله «تحلیل حقوقی اشکال مختلف بخشیدن مهریه با تأکید بر ابزارهای تفسیر اراده زوجین» به اهتمام عباس میرشکاری و شبیر آزادبخت. در این مقاله سعی شده است که ابزارهایی برای تفسیر ماهیت عمل حقوقی رخ داده ارائه شود.

۲. پژوهش «تأملی در تسلیم مهر به مجرد وقوع عقد در نکاح دائم» به کوشش سیف‌الله احدی، محمدتقی فخلعی و محمدحسن حائری. این مقاله ناظر بر تملیک یا عدم تملیک تمام مهر به مجرد عقد اشاره دارد و نویسندگان کوشیده‌اند تا ادله این موضوع را بررسی کنند. آنان در نهایت رأی به آن داده‌اند که قول «زن به مجرد عقد، مالک تمام مهریه می‌شود» اقوی است.

۳. امان‌الله علیمرادی و محسنی دهکلانی، در مقاله «تنصیف مهریه در فوت زوج پیش از آمیزش» به مواردی می‌پردازند که جدایی میان زوجین به سبب فوت زوج، و پیش از آمیزش رخ داده است. ایشان در مقاله چنین استدلال می‌کنند که مشهور فقهای امامیه بر این باورند که قول به تنصیف مهریه در طلاق پیش از دخول، مستند به دلیل خاص است و سرایت آن به فرض فوت زوج پیش از دخول، محتاج قدرتی است که ادله را یارای تأمین آن نیست؛ بنابراین در فرض سؤال مطروحه زوجه مستحق کل مهریه است.

۴. وزیری فرد و موسیوند در مقاله «نگاهی به مهر و تنصیف آن از منظر فقه و حقوق» از انواع مختلف مهر و فرض فوت زوج پیش از نزدیکی بحث کرده‌اند.

بررسی پژوهش‌های فوق نشان می‌دهد که پژوهشگران در باب برخی از جوانب و زوایای مهر سؤالات درخور و مهمی را مطرح، و پاسخ‌های معقولی نیز بیان کرده‌اند؛ اما مقالات بسیار محدودی در خصوص پیامدهای ابراء و طلاق پیش از وقوع به نگارش درآمده است.

در مجموع جست‌وجوهای نویسندگان مقاله، تنها سه اثر نزدیک به موضوع مقاله یافت شد:

۵. مقاله «بازپژوهی رجوع زوجه از هبه مهریه و ابراء آن هنگام طلاق»، به قلم پرویز باقری و مهدی شعبان‌نیا و عبدالجبار زرگوش‌نسب. نویسندگان مقاله بر این باورند که با استناد به

شرط ضمنی، زوجه حق رجوع از هبه مهریه، خواه عین یا دین و مافی الذمه را دارد؛ اما از آنجاکه جواز ابراء فقط در دین است؛ بنابراین رجوع از ابراء تنها در ما فی الذمه صحیح است. این نویسندگان از حق زوج بر استرداد مهریه ابراء شده سخنی نگفته‌اند.

۶. مقاله «تأثیر طلاق بر تنصیف مهر در فرض ابراء و هبه آن در فقه اسلامی و حقوق ایران» به قلم سید محمد مهدی قبولی درفشان. سید محمد مهدی قبولی در مقاله خود چنین بحث می‌کند که در فقه امامیه با توجه به روایات و دیگر ادله، هبه و ابراء صورت گرفته توسط زوجه موجب شده است تا استیفاء مهر توسط وی صادق باشد و در نتیجه در فرض طلاق پیش از مواعده، تکلیف به بازگرداندن بدل نیمی از مهر به زوج برعهده اوست که مذهب حنبلی با این نظر موافق است و پژوهشگر مدعی است که از دیدگاه حقوق موضوعه ایران نیز به رغم اختلاف نظر، تنصیف مهر در مسئله مزبور، پذیرفتنی است.

۷. مقلله «بررسی انتقادی ادله تنصیف مهریه ابراء شده در فرض وقوع طلاق پیش از مجامعت» به قلم دکتر محمدرضا حمیدی. حمیدی در این مقلله، ادله جواز رجوع زوج را به طور دقیق بررسی نکرده، و صرفاً به ضعف سند روایت اشاره کرده است (که مدافعان این نظریه، برای ضعف سند راه حل پیشنهاد داده‌اند) و برای دفاع از نظریه عدم استرداد اکتفاء به قاعده احسان کرده، و در نهایت با نفی ضمان زوجه به دلیل بلا موضوع بودن، ادعای خود را اثبات کرده است.

در پژوهش حاضر علاوه بر بررسی دقیق ادله روایی، نظریه موافق استرداد و خدشه وارد کردن به قواعد به کار گرفته شده در این نظریه مورد توجه قرار گرفته است. نگارندگان برای اثبات ادعای عدم استرداد، به قواعد احسان و عدل و انصاف در فقه استناد کرده، و از بحث متزلزل بودن ملکیت مهریه و شرط ضمنی دوام زوجیت در هبه و ابراء و تقویت نظر عقید بودن ابراء در حقوق به منظور اثبات حق بر رد ابراء برای زوجه استفاده کرده، و وی را مستحق مطالبه نیمی از مهریه دانسته‌اند.

با توجه به اینکه غالب پژوهش‌های صورت گرفته درباره مهریه، ناظر به احکام و میزان و گاه بذل آن است و کمتر اثری به مسئله ابراء و استرداد مهریه ابراء شده پرداخته است، و در

نتایج و دستاوردهای اندک مقالات موجود نیز تردید وجود دارد، به همین علت نویسندگان تلاش کرده‌اند تا با نقد و بررسی ادله موجود، بهترین نظریه را در این خصوص برگزینند. قانون در خصوص جواز یا عدم جواز استرداد مهریه توسط زوج در صورت ابراء مهریه ساکت است؛ بنابراین، ضروری است حکم امکان یا عدم امکان استرداد زوج از مهریه ابراء شده توسط زوج، مبتنی بر نظر مشهور تعیین شود تا موجب ایجاد غرر برای زن نشود یا اگر زن اقدام به ابراء می‌کند، آگاهانه آن را انجام دهد و بدین وسیله از قضاوت‌های متکی بر اجتهاد شخصی قضاات جلوگیری شود.

### مفهوم‌شناسی مصطلحات

#### - مهریه

«مهر» به فتح میم واژه‌ای عربی است که مترادف آن در زبان فارسی کلماتی چون کابین و مهریه است و در اصطلاح فقهی به مالی گفته می‌شود که زوج پس از عقد نکاح یا ارتباط و نزدیکی با زوج سزاوار دریافت آن می‌شود. از شرایط مهریه می‌توان به مالیت داشتن مهریه و تملک‌پذیری آن اشاره کرد که این مورد با توافق زوجین تعیین می‌شود (حاجی‌پور، ۱۳۹۴، ص ۱۷۱).

#### - قبض

قبض در اصطلاح فقه و حقوق معنای مشابهی دارد و چون حقیقت شرعی ندارد، بر همان معنای عرفی و لغوی باقی مانده است. معنای عرفی قبض، همان تسلط و استیلا و استقلال است؛ فرقی نمی‌کند به وسیله دست صورت گیرد، یا با خط نوشته شود، یا سوار بر مرکب شود؛ بنابراین قبض اساساً استقلال و استیلا به ید است (انصاری، ۱۴۱۱ ق، ج ۶، ص ۲۴۴).

#### - هبه

هبه در لغت به معنای بخشش، انعام و هدیه و دادن چیزی به کسی بدون عوض است و در اصطلاح به عقدی گفته می‌شود که به موجب آن یک نفر مالی را مجانی به شخص دیگری تملیک کند (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق، ج ۲۸، ص ۱۹۱-۱۹۲). هبه عقد و قراردادی است که به رضایت طرفین عقد نیاز دارد و قراردادی مجانی است و معاوضه‌ای نیست. البته ممکن است

هبه از نوع هبه معوضه باشد. هبه، قراردادی تملیکی و عینی است؛ البته به شرط قبض و اقباض (خمينی، ۱۴۳۴ ق، ج ۲، ص ۶۱).

## - ابراء

ابراء در فقه، به معنای اسقاط حقی است که بر ذمه دیگری ثابت است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۹۳) و در حقوق، ابراء را ایقاعی است که رایگان است که به سبب آن، طلبکار از حق خود می‌گذرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۵۳). فقها در خصوص ماهیت ابراء اختلاف نظر دارند؛ عده‌ای آن را اسقاط حق می‌دانند و برخی دیگر تملیک دین به مدیون می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۶، ص ۲۶۰).

### ۱. زمان تملیک مهریه و استقرار آن

مهریه به موجب ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی به مجرد انعقاد عقد نکاح، به ملکیت زن درمی‌آید که با استناد به اطلاق این ماده قانونی، امکان هرگونه تصرفی به زوجه داده شده است، حتی بدون اذن شوهر و حتی پیش از قبض و اقباض مهریه؛ بنابراین، زن پس از عقد، مالک تمام مهر است و نظر برخی از فقها و حقوق دانان مبنی بر تملیک نیمی از مهریه پس از عقد و نیم دیگر پس از نزدیکی وجهی ندارد؛ اگرچه ملکیت متفاوت پس از عقد به صورت متزلزل و پس از نزدیکی به صورت مستقر مورد قبول است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۸۸).

### ۲. وضعیت استرداد مهریه ابراء شده در فقه امامیه

#### ۲-۱. اقوال مربوط به استرداد مهریه

اگر زن، مرد را از مهریه ابراء کند و پیش از نزدیکی، مرد، زن را طلاق دهد، می‌تواند نصف مهریه را از زن مطالبه کند. شبیری زنجانی معتقد است که این مطلب از قدیم بین اصحاب مشهور است و صاحب جواهر از سه تن از فقهای بزرگ، نقل احتمال عدم جواز استرداد را مطرح کرده است (۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۸۸)؛ در حالی که این نقل صاحب جواهر فقط درباره علامه حلی صحیح است؛ چرا که کتاب مبسوط شیخ طوسی بر اساس فروع اهل سنت نظم‌دهی شده، ولی نظر و آرای فقهای امامیه را بیان کرده است؛ از این رو در قسمت فروع مسئله، عدم رجوع به نصف را به عنوان احتمال بیان می‌کند، ولی در نهایت نظر امامیه را مبنی بر رجوع مطرح

می‌کند (۱۳۸۷ ق، ج ۴، ص ۳۰۸). ابن براج در *جواهر الفقه* نیز با ذکر مسئله ابراء، جواز رجوع به نصف را بیان می‌کند و احتمال خلاف نمی‌دهد و ایشان هم در تصور مسئله گفته است که قول به رجوع صحیح است (۱۴۱۱ ق، ص ۱۷۵).

### ۱-۱-۲. قول به جواز رجوع و بررسی مستندات آن

#### الف - روایات

در *مؤتقه سماعه* آمده است: درباره مردی پرسیدم که با کنیزی ازدواج کرده، یا با او همبستر شده، و کنیز وی را از پرداخت مهریه رها ساخته، آیا جایز است پیش از آنکه چیزی به او بدهد، با او همبستر شود؟ امام<sup>۱</sup> فرمود: بلی، اگر او را طلاق دهد، تسلط خود را از دست می‌دهد، پس اگر پیش از نزدیکی او را ترک کند، زن نیمی از مهریه را به شوهر برمی‌گرداند<sup>۲</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، باب ۴۱، حدیث ۲). محل استدلال از قسمت «فان خلیها» است و نوعی قبض شمرده شده است؛ بنابراین اگر طلاق پیش از نزدیکی باشد، نوعی قبض است و باید نصف آن را برگرداند، و ابراء هم نوعی قبض است، پس نظر مشهور مطابق با روایت است.

برخی از نظر سند بر مضموره بودن روایت اشکال کرده‌اند؛ ولی بعضی از فقها پاسخ داده‌اند که مضمرات سماعه اشکال ندارد؛ چراکه ریشه این اضمار این است که قبلاً مرجع ضمیر نقل شده است و سماعه مثلاً از امام صادق نقل کرده، و بعد عبارت «سمعت» آورده شده، و روایت‌های بعدی که با ضمیر به کتاب‌های دیگر منتقل شده، به دلیل عدم رجوع به روایت‌های قبل، بدون اشاره به نام امام منتشر شده است (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۸۸)؛ اما به نظر می‌رسد این توجیه مناسبی برای عدم اخلاص اضمار نیست؛ چراکه اگر این روایت در کتاب دیگر به همراه مرجع ضمیر آورده شده است، بهتر است نقل روایت از همان سند اصلی ذکر شود؛ در ضمن این ادعا می‌تواند در خصوص بسیاری از روایت‌های مضمر مطرح شود.

۱. این روایت مضمر است؛ روایت مضمر به روایاتی اطلاق می‌شود که نام معصوم در آن ذکر نشده است. همان‌گونه

که ملاحظه می‌شود در *مؤتقه سماعه* نیز نام امام بیان نشده است.

۲. «الحسین بن سعید عن الحسن عن ذرعة عن سماعه قال سألته عن رجل تزوج جاریة أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها فی حل أ یجوز له أن یدخل بها قبل أن یعطیها شیئاً قال نعم اذا جعلته فی حل فقد قبضته منه، فان خلیها قبل أن یدخل بها ردت المرأة علی الزوج نصف الصداق».



اشکال این نحوه استدلال، آن است که در روایت عبارتی وجود دارد که ظاهر آن مراد نیست و بیان می‌کند که اگر زوج چیزی را به‌عنوان مهر به زوجه بپردازد، نزدیکی جایز نیست و سؤال‌کننده این را مسلم گرفته است و پاسخ امام هم براساس این فرض مسلم، داده شده است که این هم نوعی قبض است و جواز دخول مبتنی بر پرداخت چیزی نیست و مراد از جواز در مقابل حرمت نیست؛ بلکه منظور جوازی است که ممنوعیت زیادی ندارد؛ چون از ادله استفاده می‌شود که چه قبض شده باشد، چه قبض نشده باشد، دخول جایز و حلال است و شرط جواز دخول، پرداخت چیزی نیست. حال باوجود چنین محتوا و سیاقی، این اشکال باقی است که معلوم نیست امر ذیل روایت نیز وجوبی و الزامی است یا نه. برخی به این اشکال چنین پاسخ داده‌اند که اگر هر دو عبارت به یک سیاق و لحن باشد، مثلاً هر دو به صیغه امر باشند و از قرائن خارجی ثابت شود که یکی امر به مستحب است، نمی‌توان امر دیگر را امر به وجوب دانست؛ بنابراین ظهور در وجوب ندارد. در عبارات پیشین، هر دو به یک لحن نیستند. درحالی که یکی کلمه جواز بر تصرف را بیان کرده، دیگری بر امری اشاره کرده است که معنای الزامی دارد. از آن جواز بالملازمه نمی‌توان عدم لزوم را در امر استفاده کرد؛ بنابراین ظهور امر در لزوم به‌جا است و به آن اخذ می‌شود (شیری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۹۰).

اشکال دیگری که در اینجا مطرح می‌شود آن است که برخی با استناد به عبارت «نعم اذا جعلته في حل فقد قبضته منه»، درصددند تا اثبات کنند منظور از قبض فقط گرفتن خارجی نیست؛ ازاین‌رو مورد روایت، هم شامل هبه می‌شود، هم ابراء. آن‌ها معتقدند این نکته را حضرت در روایت گنجانده است تا اگر زن مهریه را به شوهر ابراء کرد، معلوم شود قبلاً گرفته است؛ درحالی که شهید ثانی بین هبه و ابراء فرق قائل شده (۱۴۱۸ ق، ج ۸، ص ۲۳۹-۲۴۰)، و باوجود این روایت، معتقد به جواز رجوع درصورت ابراء نشده است.

روایت دیگری که از جمله مستندات دیدگاه جواز رجوع است، از محمد بن یحیی نقل شده است که درباره مردی سؤال شده است که زنی را به هزار درهم به عقد خود درآورده، و کل آن را به وی پرداخته، و زن نیز همه آن را به زوج هبه کرده، و اظهار داشته است که تنها زوج

را می‌خواهد. حال مرد پیش‌از آنکه با زن نزدیکی کند، او را طلاق داده، تکلیف مهریه هبه شده چه می‌شود؟ امام صادق (علیه‌السلام) در این باره فرمود: ۵۰۰ درهم به او (زن) باز می‌گردد<sup>۱</sup> (حر عاملی، ۱۴۰۹ ق، باب ۴۱، حدیث ۱). همین روایت در تهذیب هم آمده است (طوسی، ۱۴۰۷ ق الف، ج ۷، ص ۳۷۴، حدیث ۱۵۱۱).

تفاوت روایت اول و دوم در «ابراء» و «هبه» است. روایت نخست در مسئله ابراء بود و این روایت در مسئله هبه است؛ بنابراین، نمی‌توان از این روایت برای بحث ابراء استفاده کرد. به‌طور کلی ظاهراً فقها نتوانستند با قاطعیت از روایت سماعه برای قول به جواز استفاده کنند و بیشتر به قواعد فقهی تکیه کرده‌اند.

### ب - قواعد فقهی

برخی معتقدند قواعد تأییدکننده حق زوج در رجوع به نصف است، به دلیل اینکه زوجه با ابراء، به‌نوعی، مهریه را اتلاف کرده است، حتی در بخشی که متعلق زوج است و باید برگرداند. شیخ طوسی نیز در ابراء تردید دارد که مقارن با تملیک است یا اسقاط؟ و این بحث را در بیع مطرح می‌کند که آیا انتقال است یا اتلاف؟ از این رو لازم است عبارت صاحب جواهر اصلاح شود. گفته‌اند که قواعد اقتضا می‌کند که نصف مهریه به زوج برگردد؛ ولی در مقابل، برای عدم رجوع زوج وجهی ذکر شده است که در صورتی زوج می‌تواند مطالبه‌ای داشته باشد که زوجه چیزی دریافت کرده باشد تا به زوج بدهکار باشد و بتواند نیمی از آن را به زوج پرداخت کند. در اینجا مفهوم انتقال محقق نشده است؛ چون شخص در ذمه خود نمی‌تواند مالک چیزی بشود. قول به اتلاف زوجه هم صحیح نیست؛ چون زوجه در اینجا چیزی تلف نکرده است. اگر او به دیگری هبه کرده بود، چنان‌که مثال زده‌اند «کما لو نقله إلی غیره أو أتلفته»، اتلاف صدق می‌کرد؛ ولی در اینجا که به خود او ابراء کرده است، نه انتقال است نه اتلاف، بلکه تنها ابراء و اسقاط مافی‌الذمه است و این موجب رجوع زوج به زوجه نمی‌شود (شیرازی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۹۱).

۱. «عن أحمد بن محمد عن ابن محبوب عن صالح بن رزین عن شهاب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأداها اليها فوهبتها له وقالت أنا فيك أرغب فطلقها قبل أن يدخل بها قال يرجع عليها بخمس مائة درهم».

با بررسی عبارت صاحب جواهر مبنی بر تصرف ناقلاً لازم و برگرداندن نصف آن در صورت اسقاط<sup>۱</sup>، احتمال می‌رود که در «عن ملکها بوجه لازم و اسقاط»، به جای «و»، «أو» باشد؛ چنان‌که در انتهای تعبیر «کما لو نقلته الی ملک غیره أو أتلفته» آورده است، و احتمال دیگری که می‌توان داد، این است که «بوجه لازم و اسقاط» یعنی به وجه لازم نقل شده است، و نتیجه انتقال، اسقاط می‌شود، یعنی اسقاط معلول نقل لازم است. نتیجه و ثمره بعضی نقل‌ها استقرار، و بعضی اسقاط است. منتها مبنای صاحب جواهر مطابق با این نظر نیست و در ضمن به نظر می‌آید سخن صاحب جواهر ناظر به بحث شیخ در باب بیع باشد و بحث شیخ هم بین تملیک و اسقاط است (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۹۱).

## ۲-۱-۲. قول به عدم استرداد مهریه و ادلة آن

در مسئله ابراء، شیخ طوسی با استناد به اجماع و اخبار، قائل به حق رجوع برای زوج شده است (طوسی، ۱۴۰۷ ق ب، ج ۴، ص ۳۹۰). ظاهر کلام شیخ بخششی است که شامل ابراء نمی‌شود؛ اما برخی مدعی هستند که مقصود از «هبه» در کلام فقها بخشش اصطلاحی نیست و اعم است، که هم شامل هبه می‌شود که بخشش عینی از اعیان است، و هم شامل ابراء می‌شود که دینی را ببخشد (شبییری زنجانی، ۱۴۱۹ ق، ج ۲۳، ص ۷۲۹۲).

علامه حلی برخلاف شیخ طوسی، قائل به عدم جواز رجوع زوج به مهریه ابراء شده است. وی معتقد است که اگر زن، مهریه معین یا مهریه دینی را ببخشد و سپس شوهر پیش از دخول، همسرش را طلاق دهد، شوهر حق رجوع به میزان نصف مهریه را دارد؛ اما در ابراء مهریه، قائل به احتمال عدم رجوع است (۱۴۱۸ ق، ج ۳، ص ۸۶). واضح است موضوع هبه باید عین باشد نه دین، و هبه دین قطعاً ابراء است. شهید ثانی درباره رجوع در هبه مهر شبهه‌ای وارد نکرده؛ ولی در خصوص ابراء مهریه احتمال عدم جواز رجوع را داده؛ یعنی بین ابراء و هبه فرق قائل شده است. وی برای قول به اسقاط ذمه بودن ابراء و عدم تملیکی بودن آن مثالی را مطرح

۱. «مؤیداً بأن ذلك تصرف منها فيه تصرفاً ناقلاً له عن ملکها بوجه لازم و اسقاط فیلزمها عوض النصف كما لو نقلته الی ملک غیره أو أتلفته».

می‌کند: اگر دو شاهد درباره بدهکار بودن زید به عمرو شهادت دهند و پس از حکم کردن حاکم به بدهکاری زید و پیش از آنکه عمرو طلب خود را از زید بگیرد، عمرو ذمه او را بری کند، شاهدان از شهادت خود بازگردند؛ در این صورت مشهود علیه (یعنی زید) حق ندارد چیزی از آن دو شاهد مطالبه کند؛ در حالی که اگر ابراء ذمه زید از دینی برعهده او بود، اتلاف به زیان وی محسوب می‌شد و بدین ترتیب آن دو شاهد باید غرامت می‌دادند (۱۴۱۰ ق، ج ۶، ص ۳۱۵). شهید ثانی معتقد است این مثال شاهد و ابراء قیاس مع الفارق است و با هم فرق دارند؛ چراکه حق مهریه در حال ابراء هم به حسب ظاهر هم به حسب باطن در ذمه شوهر ثابت است. بنابراین زن، حق خود را پس از ثبوت آن ساقط کرده است؛ ولی در بحث شاهد، حق بر حسب ظاهر و بر حسب باطن ثابت نیست و زید واقعاً به عمرو بدهکار نیست (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۵، ص ۳۶۰). به نظر نگارنده احتمال دارد شهید ثانی به ملکیت متزلزل مهریه پیش از نزدیکی توجه نکرده باشد و قدر متیقن آن است که نصف مهریه پیش از نزدیکی اساساً به ملکیت زن در نیامده است تا قدرت بر بخشش داشته باشد و مصداق اتلاف شود؛ بنابراین، ابراء بی شباهت با مثال شاهد نیست.

در مثالی دیگر می‌توان به این مورد اشاره کرد که اگر فردی به دروغ فرد دیگری را مهدورالدم معرفی کند و با فریب وی، شخص دیگری مرتکب قتل شود، به دلیل اینکه قتل به سبب گمان مهدوریت دم مقتول صورت گرفته است، عمدی نیست و اصل دیه برعهده فریبکار است و قاتل می‌تواند به فریبکار رجوع کند و دیه را مطالبه کند. حال اگر ورثه مقتول، دیه را ببخشند، شخص قاتل می‌تواند پولی را که آن شخص فریبکار برعهده او گذاشته بود، از او بگیرد (آقابابائی، ۱۳۷۹، ص ۲).

در اینجا سبب ضامن، و بدهی هم واقعی است؛ ولی اگر در مثال‌های فوق به جای هبه، ابراء باشد، دیگر رجوع به شاهدان و شخص فریبکار معنی ندارد. پس معلوم می‌شود که باب ابراء و باب تملیک متفاوت است. علامه حلی به طور قطعی این مورد را اسقاط می‌داند و برای آن دلیل هم اقامه می‌کند. ایشان می‌گویند اگر تملیک باشد، قطعاً حق رجوع زوج به زوجه نسبت به نصف ثابت می‌شود؛ ولی اگر اسقاط شود هر دو احتمال وجود دارد. علامه حلی یقین دارد

که ابراء اسقاط است و حکم ابراء با حکم تملیک متفاوت است؛ ولی درباره جواز رجوع و عدم آن تردید دارد (۱۳۸۷ ق، ج ۳، ص ۲۳۲).

فخرالمحققین فرزند علامه حلی کلام علامه را چنین تفسیر می‌کند:

ازیک سو زوجه با ابراء، به نوعی در مهر تصرف، و آن را اتلاف کرده است؛ ازاین رو زوج می‌تواند به نصف مهر رجوع کند؛ ولی ازسوی دیگر، علت ضمان زوجه منحصر به مواردی است که در مدتی که مهر در ید اوست، به ضرر زوج تلف کرده باشد و دیگر اینکه از او مهریه را دریافت کرده باشد تا لازم شود مهر را برگرداند؛ اما زوجه چیزی نگرفته است تا ضامن باشد و درعین حال به وسیله ابراء مهریه نقلی هم صورت نگرفته است؛ چون شخص نمی‌تواند مالک مافی‌الذمه خود شود، پس زوجه با ابراء ذمه ضرری به زوج وارد نکرده است تا ضامن شود (۱۳۸۷ ق، ص ۳۴۶).

در خصوص اتلاف محسوب شدن ابراء و هبه باید گفت به نظر می‌رسد هیچ‌کدام از ابراء و هبه اتلاف بر زوج نیست؛ چون زوجه ضرری به زوج نرساند؛ ازاین رو بین تملیک و ابراء در عدم ضرررسانی و اتلاف فرقی وجود ندارد.

### ۳. جایگاه قواعد فقهیه در تقویت قول به عدم استرداد مهریه

#### ۳-۱. قاعده احسان

قاعده احسان به معنای این است که هرگاه که کسی به انگیزه کمک و نیکوکاری به دیگران، موجب خسارت و زیان به آنان شود، اقدام و عملش مسئولیت‌آور نیست (محقق داماد، ۱۳۹۶، ص ۳۰۶). در بیشتر موارد، به‌کارگیری قاعده احسان، در نفی ضمان است که مستلزم وارد کردن خسارت از جانب محسن است؛ اما نگارندگان با بهره‌گیری از مستندات قاعده تلاش می‌کنند دلالت قاعده را به ابراء مهریه تسری بخشند.

#### ۳-۱-۱. مستندات قاعده احسان

##### الف - آیات

خداوند می‌فرماید: «بر ناتوانان و بیماران و فقیران که خرج سفر (و نفقه عیال خود را) ندارند گناهی بر ترک جهاد نیست. هرگاه که با خدا و رسول او خیرخواهی و اخلاص ورزند (که این

کار نیکوست و) بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی نیست و خدا بسیار آمرزنده و مهربان است»<sup>۱</sup> (توبه/۹۱).

برخی اشکال کرده‌اند که آیه شریفه به نفی ضمان از محسن دلالت ندارد؛ چراکه شأن نزول آن درباره افرادی است که از نظر مالی فقیر بودند و امکان شرکت در جنگ تبوک را نداشتند. در پاسخ به آن‌ها می‌گویند خصوصیت مورد یا شأن نزول ضرری به عموم عام و اطلاق عام وارد نمی‌کند؛ بسان «لاتنقض الیقین بالشک» که درباره وضو است؛ ولی به فرموده آقای آخوند خراسانی این مطلب یک امر ارتکازی است و اگر شرع هم نمی‌گفت، همه می‌فهمیدند؛ بنابراین، از این آیه به‌عنوان ضابطه کلی استفاده می‌شود. بنابراین گفته می‌شود که یکی از موارد احسان همین موردی است که در شأن نزول آیه آمده است و موارد دیگر از جمله ضمان را دربر می‌گیرد (دانش‌نهاد و علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۵، ص ۱۵).

المحسنین جمع محلائی به الف و لام است و افاده عموم می‌کند. پس هر محسنی که در خارج موجود شود، مصداق این کبرای کلی است؛ یعنی حکم و محمول «لا سبیل علیه» شامل هر محسنی می‌شود. همچنین «سبیل» نکره در سیاق نفی است و افاده عموم می‌کند؛ یعنی طبیعت، سبیل را نفی می‌کند و به مقتضای «الطبیعة لا تنعدم إلا بانعدام جمیع افرادها»؛ هرگونه سبیلی از محسن رد می‌شود.

معنای سبیل چیست؟ واژه سبیل در زبان عرب به معنای سب، شتم، حرج، راه و حجت آمده است (تفلیسی، ۱۳۶۰، ص ۱۲۷-۱۳۹؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ ق). از میان معانی ذکر شده معنای حجت و حرج با آیه شریفه متناسب است. معنی آیه چنین می‌شود: محسن را به هیچ‌نحو نمی‌توان به سبب آنچه از عمل نیکش ناشی شده است، مؤاخذه کرد و به هیچ‌عنوان حجتی و مسئولیتی بر او بار نمی‌شود. برای فهم بیشتر معنای «سبیل» به مفهوم «سبیل» در قاعده نفی

۱. «لَيْسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ».

سبیل ارجاع می‌دهیم که هرگونه سلطه و تسلطی را برای کفار نفی می‌کند؛ بنابراین، نمی‌توان قاعده احسان را اختصاص به نفی ضمان دانست و به‌طور کلی هرگونه تسلط و سلطه و مسئولیت از محسن سلب می‌شود.

درخصوص بحث ما نحن فیه (ابراء مهریه) باید گفت زن در هنگام ابراء مهریه، محسن بوده، و قصد خیر داشته است؛ پس چگونه می‌توانیم پس از طلاق و پیش از نزدیکی، برای زوج حق استرداد نصف مهریه‌ای را که پرداخت نکرده است، قائل شویم و این با نفی سبیل قاعده احسان در تناقض است؛ چراکه در اغلب موارد قصد زن، اسقاط دینی از ذمه شوهر است. البته موردی که معلوم شود این ابراء درمقابل مابازایی بوده است، قطعاً حکم متفاوت خواهد بود و دیگر در آن صورت زن، مصداق محسن نخواهد بود؛ از این رو باید حسب مصداق، مورد مذاقه قرار داد و با کشف نیات و نوع ابراء درباره ضمان و عدم ضمان اظهار نظر کرد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲۱۹؛ صفائی و امامی، ۱۳۸۶، ص ۱۴۷-۱۴۹).

#### ب - سنت

امیرالمؤمنین علی (علیه‌السلام) فرمود: «الجزاء علی الإحسان بالإسائة کفران» (آقاجمال خوانساری، ۱۳۸۷، ص ۳۲۴)؛ یعنی پاداش احسان را به بدی دادن، نادیده گرفتن نعمت و کفران نعمت است؛ بنابراین برخورد طلبکارانه زوج جهت استرداد نصف مهریه‌ای که پرداخت نکرده است و زوجه از روی احسان، ابراء کرده است، مصداق روشنی از کفران نعمت است.

#### ج - عقل

عقل مواخذه شخصی را که عمل او با قصد نیکوکاری، منجر به زیان دیگری شده است، قبیح می‌داند. به‌همین دلیل در قرآن آمده است: «هل جزاء الإحسان إلا الإحسان» (الرحمن/۶۰). آنچه در این آیه آمده است، نوعی استفهام انکاری است و گویی پاسخ آن از سوی تمام خردمندان منفی است. به‌علاوه، بنابر علم کلام به حکم عقل، شکرگزاری از منعم واجب است، یعنی از نظر عقل، فردی که از فردی خیر می‌بیند، موظف است که در برابر فرد خیراندیش سپاس گوید.

پس پاسخ نیت خیرخواهانه زن در ابراء مهریه، سپاسگزاری مرد است، نه استرداد نصف مهریه‌ای که پرداخت نکرده است.

با توجه به مستند قرآنی در خصوص قلمرو قاعده احسان، باید قائل به عمومیت مجرای قاعده در دفع ضرر و جلب منفعت شد؛ چراکه به تصریح اهل لغت و نشانه‌های تبادر و نیز عدم صحت سلب، جلب منفعت هم از مصادیق احسان است؛ زیرا آنچه از واژه احسان متبادر می‌شود، مفهوم اعم از احسان است و همچنین مفاد قاعده احسان، حکمی عقلی است و امور عقلی، تخصیص‌پذیر نیستند و در این مورد خاص نیز دلیلی بر وجود اختصاص، وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۹۶، ص ۳۱۲-۳۱۳). در خصوص ابراء مهریه، قدر متیقن جلب منفعت زوج از طرف زوجه است.

### ۲-۳. قاعده عدل و انصاف

رعایت جانب انصاف در حل دعاوی و رفع اختلاف را قاعده عدل و انصاف گویند. این قاعده از قواعد عقلایی است که در مواردی شارع مقدس آن را امضا کرده است و بیشترین کاربرد آن در دعوا و اختلافات حقوقی است. در مواقعی که تشخیص حق برای طرفین دعوا قطعی نباشد، براساس قاعده عدل و انصاف حکم می‌شود؛ به نوعی که در حق هیچ‌کدام از طرفین ظلم نشود (انصاری، ۱۴۱۹ ق، ج ۳، ص ۷۰؛ جزایری، ۱۴۱۳ ق، ج ۶، ص ۶۴۵). قاعده عدل و انصاف از جمله قواعد حقوقی است که در کنار اصول حقوقی و به استناد اصول اخلاقی توانایی لغو یا تخصیص دیگر قواعد حقوقی را دارد.

در تفسیر واژه «عدل» در آیه «إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ» (نحل/۹۰)، حضرت علی (علیه السلام) در می‌فرماید: «عدل همان انصاف، و احسان، همان بخشش است» (نهج البلاغه، حکمت ۲۳۱؛ دشتی، ۱۴۰۱ ش، ص ۳۴۹). با توجه به اینکه عدل ذاتاً حسن است و براساس تفکر حسن و قبح ذاتی افعال که معیار حسن بودن افعال، عدالت است، حتی اگر دلیل و مستند شرعی برای این قاعده نداشتیم، از طریق حسن ذاتی عدالت، این قاعده اثبات می‌شد.

۱. «فِي قَوْلِهِ تَعَالَى [عَزَّ وَجَلَّ] إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ، الْعَدْلُ الْإِنصَافُ وَالْإِحْسَانُ التَّمَنُّعُ».



در تثبیت قاعده بودن عدل و انصاف به ویژگی‌های قاعده اشاره می‌کنیم:

الف - کلی بودن و قابل تطبیق بودن بر موارد دیگر: کاربرد این قاعده بیشتر در اختلاف دعاوی

و قضاوت است؛ اما کلیت آن زیر سؤال نمی‌رود.

ب - شرعی بودن: آیات و روایات و سیره معصومین (علیهم‌السلام) و بنای عقلا مستند این

قاعده هستند.

ج - متضمن حکم الزامی: تمام قواعد فقهی دارای حکم الزامی هستند که این وجوب و الزام

گاهی در قالب حکم تکلیفی و گاهی در قالب حکم وضعی است و کلمه «یا امر» در آیه یادشده،

نشانه الزامی بودن مفاد این قاعده است. از آنجاکه هر وجدان پاک و عدالت‌جوی انسانی، در

تشخیص حق و اجرای آن به دنبال عدالت است، از این رو درباره تردید جواز استرداد مهریه

در صورت ابراء زن، قاعده عدل و انصاف مؤید عدم جواز استرداد است.

#### ۴. وضعیت استرداد مهریه ابراء شده در حقوق

مهریه که به موجب ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی به مجرد عقد به مالکیت زوجه درمی‌آید، مطلق است

و بدون اذن شوهر و حتی پیش از قبض و اقباض، امکان هرگونه تصرفی را دارد. برخلاف نظر

برخی از فقها و مطابق نظر مشهور فقها و حقوق دانان آنچه از مهر به واسطه عقد به ملکیت

زوجه درمی‌آید، کل مهر است نه اینکه نصف مهر را به موجب عقد و نصف دیگر را پس از

نزدیکی در مالکیت زوجه بدانیم؛ اما پس از عقد مالکیت زوجه در نصف مهریه مستقر، و در

نصف دیگر متزلزل است و پس از نزدیکی ثابت می‌شود. پس نیمه مهریه‌ای که استقرار ملکیتش

پس از نزدیکی است، پس از عقد در ملک زوجه است؛ اما در صورت طلاق پیش از نزدیکی

مالکیت متزلزل زوجه در این نصف مهر از بین می‌رود و از اموال او جدا می‌شود و به شوهر

می‌رسد که این استرداد نصف مهر از مال زوجه دارای آثار حقوقی معتنا بهی است. موردی که

قابل توجه و تأکید است، عدم عوض و معوض بودن مهریه و نزدیکی است که برای دفع شبهه

عوض بودن مهر از نزدیکی لازم است مروری بر حالات مختلف پرداخت مهر المسمی داشته

باشیم:

۱. انحلال به دلیل فسخ، در این باره ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی صراحتاً بیان می‌کند که در صورت انحلال نکاح پیش از نزدیکی به دلیل فسخ، زوجه حق گرفتن مهر را ندارد، مگر در صورتی که موجب فسخ، عنن باشد.

۲. انحلال به دلیل طلاق، که ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی، زن را مستحق نصف قیمت مهریه می‌داند. این ماده قانونی برگرفته از این آیه است: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...» (بقره/۲۳۷).

۳. انحلال به دلیل وفات، قانونگذار به این مورد اشاره نکرده است؛ اما مشهور فقها زوجه را مستحق دریافت تمام مهر می‌دانند (مرادی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۳).

با ملاحظه موارد سه‌گانه متوجه می‌شویم که فقط در مورد دوم است که مالکیت زوجه در نصف مهر از بین می‌رود؛ اما در مورد سوم بدون نزدیکی، زوجه مستحق دریافت تمام مهر است و در مورد اول و فسخ نکاح پس از عقد و پیش از نزدیکی، مستحق هیچ قسمتی از مهریه نیست و درحالی‌که مهریه معین نشده باشد و پیش از نزدیکی منجر به طلاق شود، زوجه مستحق دریافت مهر از نوع مهرالمتعه است؛ پس برداشتی که می‌شود نزدیکی عوض مهریه نیست و الا هر جا نزدیکی می‌بود، بایستی مهریه کامل می‌شد و هر جا نبود بایستی مهریه نصف می‌شد؛ ولی این‌طور نبوده است. پس نزدیکی فقط موجب اثبات مالکیت زوجه بر نیمه متزلزل مهر می‌شود، تاجایی که برخی معتقدند طلاق پیش از نزدیکی موجب انحلال مالکیت زوجه بر نیمه از مهر که با وقوع عقد به ملکیت او در آمده است، می‌شود.

اگر زوجه پس از انعقاد عقد و استقرار مهر، ذمه شوهر را از مهریه ابراء کند و این عقد پیش از نزدیکی به طلاق منجر شود، آیا زوج حق استرداد نیمه مهر را دارد یا خیر؟ برخی از حقوق‌دانان همراه با مشهور فقها قائل به جواز رجوع زوج در نیمه مهر هستند؛ اما برخی این حکم را عادلانه نمی‌دانند و معتقدند چون شوهر مالی پرداخت نکرده است، نمی‌تواند نیم آن را پس بگیرد. از مواد ۷۱۸ و ۷۱۹ قانون مدنی استفاده می‌کنند که پس از ابراء ضامن از سوی مضمون‌له به ضامن، حق رجوع به مضمون‌عنه را نمی‌دهند. برخی از حقوق‌دانان پاسخ می‌دهند که چون

در اثر عقد ضمان، خسارتی بر ضامن وارد نشده است، ضامن حق رجوع به مضمون‌عنه را ندارد؛ درحالی‌که درباره ابراء هم همین‌طور است و ضرری متوجه زوج نشده است (شبرنگ‌میردانی، ۱۳۷۵، ص ۲۱۶).

درنهایت ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی بیان می‌کند که: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند».

در ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی آمده است: «به مجرد عقد، زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید»؛ ولی مالکیت زن بر نصف مهر متزلزل است و در صورتی از تزلزل خارج می‌شود و استقرار پیدا می‌کند که نزدیکی صورت بگیرد، در صورت وقوع طلاق پیش از نزدیکی، مالکیت متزلزل زوجه بر نصف ازین می‌رود و این نصف به شوهر برمی‌گردد.

بررسی مواد قانونی نشان می‌دهد که قانون درخصوص ابراء مهریه و طلاق زن پیش از نزدیکی ساکت، و فاقد هرگونه بیان است. با توجه به آنکه در صورت سکوت قانون طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی قضات می‌بایست به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقهی مراجعه کنند. در این زمینه همچنان اختلافاتی میان فقها به چشم می‌خورد؛ بنابراین منجر به تشتت آرای قضات و پراکندگی رویه قضائی خواهد شد. برخی از نویسندگان معتقدند این ضعف را می‌توان با افزودن یک شرط به شروط ضمن عقد نکاح حل و فصل کرد (حمیدی، ۱۴۰۰، ش، ص ۴۹).

#### **۵. جایگاه شرط ضمنی دوام زوجیت در بخشش مهریه**

شرط در لغت به معنای علامت، پیمان، عهد و تعلیق چیزی به چیز دیگر به کار می‌رود (دهخدا، ۱۳۴۱، ج ۲۹، ص ۳۱۱). شرط در اصطلاح مصدری به معنای لازم گردانیدن امری یا چیزی در بیع یا عقد و پیمان، ملزم ساختن یا شدن به چیزی در هنگام معامله است. شروط به اعتبارات متفاوتی تقسیم می‌شود؛ مثلاً به اعتبار اثر عقد، به اعتبار موضوع شرط و به اعتبار چگونگی بیان اراده و به اعتبار ارتباط با عقد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ق، ص ۳۷۰).

شرط به اعتبار چگونگی بیان اراده به دو نوع شرط تقسیم می‌شود: صریح و ضمنی. شرط صریح به شرطی می‌گویند که صریحاً در ضمن عقد التزام قرار می‌گیرد؛ یعنی علاوه بر تعهد و توافق طرفین بر اصل عقد، توافق بر شروط ذکر شده هم وجود دارد. اگر شرط دوام زوجیت به صورت شرطی صریح در هبه بین زوجین درج شود، قطعاً التزام به آن، محل تردید نیست؛ اما شرط ضمنی عرفی با شرط صریح تفاوت می‌کند؛ چراکه در شرط ضمنی عرفی، توافق صریحی صورت نگرفته است و وجود شرط عرفی ناشی از عرف و وضعیت و احوالات عقد است. در حال حاضر، فقط بعضی از حقوق‌دانان، شرط ضمنی دوام زوجیت را در هبه مهریه اشاره کرده‌اند. این حقوق‌دانان، شرط دوام زوجیت را در هبه مهریه‌هایی که موضوع آن دین است، مطرح کرده‌اند و قائل به این هستند که در چنین هبه‌ای شرط ضمنی دوام زوجیت وجود دارد؛ بنابراین، در صورت تخلف زوج، زوجه حق استرداد هبه مهریه‌هایی را که موضوع آن دین است، دارد (معصومی و علی‌پور، ۱۳۹۴، ص ۱۲۸-۱۳۸؛ موحدی محب، ۱۳۹۲، ص ۱۱۹-۱۳۵).

#### ۵-۱. دلایل وجود شرط ضمنی دوام زوجیت

دلایلی که مؤید وجود شرط ضمنی دوام زوجیت در هبه مهریه است، عبارت است از: ۱. عرف و اراده، ۲. اوضاع و احوال قرارداد، ۳. حمایت از واهب و جلوگیری از سوءنیت متهب؛ بنابراین، اگر نتوانیم عدم جواز رجوع زوج را در مهریه ابراء شده ثابت کنیم، می‌توانیم از طریق وجود شرط ضمنی دوام زوجیت در ابراء مهریه، حق رد ابراء را برای زوجه قائل شویم. تنها مشکلی که باقی می‌ماند، ایقاع بودن ابراء است که با هبه، که نوعی عقد است، متفاوت است و شرط ضمن عقد اختصاص به عقود دارد. هبه دین به لفظ هبه است؛ اما در حکم ایقاع و ابراء محسوب می‌شود و ضوابط هبه در آن جاری نیست (ابن ادریس، ۱۴۰۴ ق، ج ۲، ص ۲۲۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ص ۱۹۳). امام خمینی با اینکه معتقد است هبه دین، آثار ابراء را دارد، برخلاف ابراء، آن را عقد محسوب می‌کند و معتقد است چون هبه دین، تملیک است، احتیاج به قبول مدیون دارد (۱۳۹۴، ج ۲، ص ۵۹).

قانون مدنی هبه دین را عقد می‌داند و حق رجوع دائن را فقط در هبه دین سلب کرده است؛ در ماده ۸۰۶ قانون مدنی آمده است که هر گاه دائن، طلب خود را به مدیون ببخشد، حق رجوع ندارد؛ اما اگر ابراء را عقد بدانیم و احتیاج به قبول را برای آن قائل شویم، چون در ابراء متی بر مبراء (ابراء شده) است، پس قبول او شرط است (علامه حلی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۹۱). به نظر برخی از فقها زوج حق رجوع از هبه مهریه را دارد و می‌تواند آن را فسخ کند؛ چون هبه معلق بر شرط ضمنی دوام زوجیت است (خوئی، ۱۴۱۰ ق، ج ۲، ص ۲۷۹).

### یافته‌های پژوهش

نظریه جواز استرداد مهریه ابراء شده به دست زوج با تک روایت مضمهره سماعه و عدم استناد فقهای قائل به جواز استرداد مهریه به این روایت، نشانه عدم تمامیت روایت بر قول به جواز است و استناد به قاعده اتلاف برای قول به جواز استرداد صحیح نیست؛ اما نظریه پردازان عدم جواز استرداد زوج، با استدلال به عدم تفاوت ابراء و هبه مبنی بر اینکه ابراء، اسقاط ذمه است و تملیک نیست، قائل به عدم جواز استرداد شده‌اند.

در این نوشتار با بهره‌گیری از قواعد احسان و عدل و انصاف نتیجه گرفته شد که استرداد زوج به نصف مهریه ابراء شده، درحالی که طلاق پیش از نزدیکی صورت گرفته باشد، جایز نیست. همچنین اگر در ابراء مهریه، قائل به وجود شرط ضمنی دوام زوجیت باشیم و ابراء را نوعی عقد قلمداد کنیم، خواهیم توانست از تخلف شرط در ابراء (شرط دوام زوجیت) استفاده کنیم و حق رد ابراء را از طریق خیار تخلف شرط برای زوج در نظر بگیریم. در نتیجه زوج باید نصف مهریه را به زن پرداخت کند. از آنجایی که قانون در خصوص جواز یا عدم جواز استرداد مهریه توسط زوج در صورت ابراء مهریه ساکت است، ضروری است قانون در خصوص امکان یا عدم امکان استرداد زوج، معین کند که آیا با نظر مشهور موافق است یا با نظر عدم جواز استرداد، تا نفی غرر از زن شود و اگر اقدام به ابراء می‌کند، آگاهانه چنین کند. روشن شدن حکم مصرح قانونی کمک خواهد کرد تا قضات برای رجوع به فتاوی معتبر فقهی دچار تشتت و سردرگمی نشوند و به صدور آرای متضاد هم روی نیاورند.

## منابع

- قرآن کریم.  
 نهج البلاغه.  
 آقابابائی، حسین (۱۳۷۹). قتل نفس به اعتقاد مهدورالدم بودن مقتول. *مجله فقه اهل بیت*، ۶ (۲۲)، ص ۱۳۰-۲۱۸.
- آقاجمال خوانساری، محمد بن حسین (۱۳۶۰ ش). *شرح غرر الحکم و درر الکلم*. تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- ابن ادریس، محمد بن احمد (۱۴۰۴ ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر (۱۴۱۱ ق). *جواهر الفقه و تلیه رسالتان للسید المرتضی و الشیخ الطوسی*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*. بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- احدی، سیف‌الله؛ فخلعی، محمدتقی؛ حائری، محمدحسن (۱۳۹۴). تأملی در تسلیم مهر به مجرد وقوع عقد در نکاح دائم. *پژوهش‌های فقهی*، ۱۱ (۴)، ص ۸۸۱-۹۰۶.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۹ ق). *فرائد الأصول*. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۱ ق). *کتاب المکاسب*. قم: منشورات دار الذخائر.
- باقری، پرویز؛ شعبان‌نیا، مهدی؛ و زرگوش‌نسب، عبدالجبار (۱۳۹۸). بازپژوهی رجوع زوجه از هبه مهریه و ابراء آن هنگام طلاق. *مطالعات راهبردی زنان*، ۲۲ (۸۶)، ص ۱۵۳-۱۷۲.
- تفلیسی، حبیب بن ابراهیم (۱۳۶۰). *وجوه القرآن*. تهران: بنیاد قرآن.
- جزایری، محمدجعفر (۱۴۱۳ ق). *منتهی الدرایی فی توضیح کتابی*. قم: مؤسسه دار الکتاب.
- حاجی‌پور، مرتضی (۱۳۹۴). نقش فرعی مهریه در ماهیت نکاح. *مطالعات راهبردی زنان*، ۱۸ (۷۰)، ص ۱۶۹-۱۹۸.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل‌البتی علیهم‌السلام.
- حمیدی، محمدرضا (۱۴۰۰ ش). بررسی انتقادی ادله تنصیف مهریه ابراء‌شده در فرض وقوع طلاق پیش از مجامعت. *دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده دانشگاه امام صادق علیه‌السلام*، ۲۶ (۷۵)، ص ۲۹-۵۴.
- خمینی، روح‌الله (۱۳۹۴). *تحریرالوسیله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق). *منهاج الصالحین*. قم: مدینه‌العلم.

دانش‌نهاد، محمد؛ علیشاهی قلعه‌جوقی، ابوالفضل (۱۳۹۵). تأثیر واژه‌شناختی بر احکام برابند از قواعد فقهی  
ضمان، نخستین همایش ملی واژه‌پژوهی در علوم اسلامی، دوره برگزاری: اول، یاسوج. قابل دسترس

در: <https://sid.ir/paper/885576/fa>

دشتی، محمد (۱۴۰۱ ش). ترجمه نهج البلاغه. قم: انتشارات امیرالمؤمنین.  
دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۴۱). لغت‌نامه دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.  
شبرنگ مریدانی، محمد (۱۳۷۵). مجموعه کامل قوانین و مقررات مدنی. تهران: انتشارات آریان.  
شیرازی زنجانی، موسی (۱۴۱۹ ق). کتاب نکاح. قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز.  
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: امیر.  
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۸ ق). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة.  
صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث  
العربی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق الف). تهذیب الأحكام. تهران: دارالکتب الإسلامیة.  
طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ق ب). الخلاف. قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسين.  
طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). المبسوط فی فقه الإمامیة. تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة.  
علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۳). تذکرة الفقهاء. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.  
علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. قم: مؤسسه النشر الإسلامی  
التابعه لجماعة المدرسين.

علیمرادی، امان‌الله؛ محسنی دهکلانی، محمد (۱۳۸۸). تنصیف مهریه در موت زوج قبل از آمیزش. فقه و اصول،  
۴۱ (۲)، ص ۱۳۷-۱۶۴.

فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.  
قبولی درفشان، سید محمد مهدی؛ لطیف‌زاده، مهدیه؛ شهری‌نژاد، سیده زهرا (۱۳۹۹). تأثیر طلاق بر تنصیف مهر  
در فرض ابراء و هبه آن در فقه اسلامی و حقوق ایران. فقه مقارن، ۸ (۱۶)، ص ۲۱۹-۲۴۵.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). حقوق مدنی. تهران: میزان.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۶). قواعد فقه، بخش مدنی ۲. تهران: سمت.

مرادی، امان‌الله (۱۳۸۸). تنصیف مهریه در موت زوج پیش از آمیزش. مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۴۱ (۸۳/۱)،  
ص ۱۳۷-۱۶۴.

معصومی، مجید؛ علی‌پور، ابوالقاسم (۱۳۹۴). هبه مهریه. تهران: ندای کارآفرین.

موحدی محب، مهدی (۱۳۹۲). شرط ضمنی در هبه مهریه. *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، ۴۶ (۱)، ص ۱۱۹-۱۳۵.

موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ ق). *قواعد فقه*. تهران: مؤسسه عروج.  
میرشکاری، عباس؛ آزادبخت، شبیر (۱۴۰۰ ش). تحلیل حقوقی اشکال مختلف بخشیدن مهریه با تأکید بر ابزارهای تفسیر اراده زوجین. *فقه و حقوق خانواده*، ۲۶ (۷۵)، ص ۵-۲۷.  
وزیری فرد، سید محمدجواد؛ موسیوند، فاطمه (۱۳۹۲). نگاهی به مهر و تنصیف آن از منظر فقه و حقوق. *پژوهش‌های فقهی*، ۹ (۴)، ص ۱۴۹-۱۶۲.