

## تعارض منطق و عدالت در ابراء و بذل مهر

رضا ولویون\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۵/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۶/۵)

### چکیده:

یکی از مسائلی مربوط به حقوق زنان که قابل بحث است راجع به ابراء و بذل مهر زوجه است. یکی از حقوق زوجه مهر است و در مورد مهر المسمی که طرفین توافق کرده‌اند همین که عقد نکاح واقع شد حق زن بر مهر نیز ایجاد می‌شود. از مقایسه مواد ۱۰۹۲ و ۱۰۸۲ ق.م.چنین بر می‌آید که در صورتی که نکاح منتهی به طلاق قبل از دخول گردد، زن نیمی از مالکیت خود را (به سبب طلاق) از دست می‌دهد و به شوهر بر می‌گردد. اما گاهی در خلال این تغییر و تحول قانونی در مالکیت، زوجه اقدام به ابراء یا بذل مهر خود می‌نماید و طبق فتوای بسیاری از فقها، زن را مدیون می‌کند.

### واژگان کلیدی:

ابراء و هبه مهر - تفویض المهر - طلاق خلع - طلاق رجعی - عین معین - عین کلی در ذمه.

**مقدمه:**

یکی از مسائل مربوط به حقوق زنان که قابل بحث است و مناسب دیدم آن را مطرح نمایم، به ویژه اینکه در محاکم خانواده مورد ابتلاء بوده و بعضاً در رسیدگی نسبت به آن غفلت می‌گردد، راجع به هبه یا ابراء مهر زوجه می‌باشد. همان‌گونه که می‌دانیم نکاح در شرع جزء عبادات و از عقود اخلاقی و اجتماعی است و آثار آن منحصر به زوجین نیست و قانون‌گذار رابطه آن دو را از گستره اصل حاکمیت اراده و یا تراضی طرفین خارج ساخته و آن را در چارچوب خاصی که تحت عنوان سازمان حقوقی خانواده نامیده می‌شود نظم می‌بخشد و راه‌های انحلال این سازمان حقوقی، تنها از کادر قانون می‌گذرد و اگر چه زوجین با تراضی، عقد نکاح را منعقد می‌نمایند لیکن دیگر به تراضی نمی‌توانند آن را بگسلند. لذا تکالیف و الزامات ناشی از آن ناشی از اراده مقنن می‌باشد. چنانکه زوجین پس از ازدواج نمی‌توانند توافق کنند که در زمان معینی حق فسخ ازدواج را داشته باشند. (خیار شرط در نکاح باطل است)

در فقه به مهر، صداق و فریضه نیز گفته شده است و حقی است که به موجب کتاب و سنت و اجماع و همچنین قانون متعلق به زوجه است. مهر بر سه قسم است: مهرالمسمی، مهرالمثل و مهری که یکی از طرفین عقد به سبب تفویض آن را معین می‌کند که در اصطلاح آن را تفویض‌المهر گویند. تقسیم‌بندی اصلی و صحیح مهر همین است که گفته شد و مقاله حاضر راجع به مهرالمسمی است. مهرالمسمی مهری است که زن و شوهر نسبت به هر چه به مالکیت انسان در می‌آید توافق می‌کنند و تعیین میزان و مقدار آن به تراضی طرفین واگذار شده است (م. ۱۰۸۰ ق.م) و هیچ حدی برای حداکثر مهر به اتفاق علما وجود ندارد. زیرا خداوند در قرآن مجید می‌فرماید: «و ان اردتم استبدال زوج و ایتیم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شیئاً... (نساء، آیه ۱۹)» یعنی اگر خواستید زن دیگری بگیرید و او را مال زیادی داده‌اید، نباید چیزی از او باز پس بگیرید. قنطار در عربی به معنی مال کثیر می‌باشد و نسبت به کمی مهر نیز محدودیتی وجود ندارد.

**۱. مالکیت زوجه نسبت به مهر:**

ماده ۱۰۸۲ ق.م می‌گوید «به مجرد عقد زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید.»

فقها اختلاف‌نظر دارند «در اینکه آیا زوجه به مجرد عقد مالک مهر می‌شود بالتمام و لکن استقرار تمام آن در ذمه زوج به دخول حاصل می‌شود پس مالکیت زوجه در مهر حاصل است لکن در نصف متزلزل است تا این که دخول واقع می‌شود (یا آنچه قائم مقام آن است مثل

موت زوج بنا بر مشهور و ارتداد زوج بنا بر قولی) و ابن جنید قائل شده است که زوجه به سبب عقد مالک نصف مهر می‌شود و نصف دیگر را به سبب دخول و آنچه قائم مقام آن است مالک می‌شود و اقوی قول مشهور است» (محقق قمی، ص ۴۸۰)

پس بنا بر آنچه گفته شد چنین بر می‌آید که در اثر عقد مهر به ملکیت زوجه در می‌آید و می‌تواند از تمام منافع آن استفاده و هر تصرفی را که مایل باشد انجام دهد، مگر اینکه ازدواج طرفین به طلاق قبل از آمیزش بیانجامد. در این فرض چنانچه در ماده ۱۰۹۲ ق.م.آ آمده است: «هر گاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا قمیتاً یا مثلاً استرداد کند.» بنابراین به مجرد عقد نکاح مالکیت زوجه نسبت به مهر مستقر است و متزلزل نیست. النهایه مالکیت زوج نسبت به نصف آن، مالکیت جدیدی است که به موجب طلاق (قبل از نزدیکی) حاصل می‌گردد. (شهید ثانی، باب نکاح) لذا این سخن حقوق دانان که مالکیت زوجه به مهر را قبل از آمیزش، با مالکیت ورثه نسبت به ترکه (قبل از تسویه ترکه) مقایسه نموده، و هر دو مالکیت را متزلزل می‌دانند خالی از اشکال نیست. اینک پس از مطالب مذکور، مساله اصلی را که در واقع موضوع مقاله را تشکیل می‌دهد بیان می‌کنیم؛ و آن اینکه گاهی اوقات زنی بعد از ادو اجش مهر خود را به شوهر هبه یا ابراء می‌کند و عقد مزبور به هر دلیلی قبل از رابطه زناشویی آن دو به جدایی و طلاق می‌انجامد. یعنی شوهر همسرش را قبل از نزدیکی طلاق می‌دهد، یا اینکه زوجه خواستار طلاق می‌باشد، در اینجا برخی از حقوق دانان و فقها گفته‌اند، اگر پیش از نزدیکی، زن مطلقه شود، مالکیت نیمی از مهر موهوب یا ابراء شده، به شوهر باز می‌گردد. اکنون باید دید آیا نظر مزبور با موازین حقوقی و فقهی و به خصوص با موازین عدالت و انصاف مطابقت دارد یا خیر؟ پاسخ این پرسش را می‌توان در کتب فقهی جست و آن را یافت. نظر اکثر فقهای امامیه (قول مشهور) همان است که گفته شد و زوجه را مکلف به پرداخت نیمی از مهر مزبور می‌نمایند. همین نظر مرا به آن داشت تا ضمن هشدار و آگاهی به بانوان مزدوج نسبت به عدم بذل یا ابراء مهر به همسران خود، نسبت به آن دسته از حقوق دانان یا فقیهانی که در پاسخ مساله فوق اظهار نظر نموده‌اند، به دلیل مخالفت با عدالت و انصاف و ضعف نظر مزبور، دیدی انتقادی داشته باشیم.

شایان ذکر است تحلیل و بررسی مسأله را می‌توان در چند فرض ذکر نمود، یا به عبارت دیگر نظر مشهور را می‌توان در اقسام مهرالمسمی مورد بررسی قرار داد:

### الف. اقسام مهر المسمی:

#### فرض اول؛ گاهی ممکن است موضوع مهر، حق دینی باشد:

حق دینی حقی است که فرد نسبت به دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن می‌تواند انجام فعلی را از او بخواهد صاحب این حق را طلبکار و کسی را که متعهد است مدیون می‌گویند. پس ممکن است موضوع مهر زوجه، دین باشد. برای مثال شوهر مهر همسرش را پانصد سکه بهار آزادی یا پانصد میلیون ریال قرار دهد، که عندالمطالبه به زن خود بپردازد. در این مورد که موضوع مهر مال کلی و به ویژه سکه طلا یا پول می‌باشد، در صورتی که زن، مهر خود را ابراء (اسقاط دین) یا هبه نموده باشد و قبل از نزدیکی طلاق واقع شود زن باید نصف آنچه را که مهر قرار داده شده، به شوهر خود بپردازد و در مثال ما، زن باید علاوه بر پانصد سکه ابراء شده یا موهوب، نصف آن را به شوهر بپردازد. (امامی، ۱۳۴۲، ج ۴، ص ۴۰۸، مساله سوم- جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵۷).

شهید اول در کتاب لمعه در این باره چنین گفته است: اگر زوجه کل مهرش را ابراء کند سپس شوهر او را قبل از نزدیکی طلاق دهد مرد برای نصف مهر به زن رجوع می‌کند. (شهید اول، للمعه، نکاح، باب مهر، مساله سوم (لوابراته من الصداق، ثم طلقها قبل الدخول رجع علیها بنصفه...)). شهید ثانی در توضیح مطلب می‌افزاید: زن در وقتی که مهر را ابراء کرد مالک تمام مهر بوده و مهر ملک تام و بلا منازع زن محسوب می‌شود و نصف مهری که به شوهر باز می‌گردد، مالکیت جدیدی است که به موجب طلاق حاصل شده است و هیچ ارتباطی با مهری که از سوی زوجه ابراء شده ندارد (زیرا رجوع نصف مهر به شوهر به حکم شارع ثابت است و شارع فرموده است: من طلق و لم یدخل فله نصف المهر)، از این رو منافع مهر تا قبل از طلاق به زوجه تعلق دارد. سپس شهید ثانی ضمن قبول نظر شهید اول، نظر و دلیل مخالفین را چنین بازگو نمود: عده‌ای احتمال داده‌اند (احتمال ضعیف) که در فرض ابراء، شوهر نتواند به زن رجوع کند زیرا زن از شوهر مالی اخذ نکرده و آن را به مرد انتقال نداده است. چه آنکه ابراء، اسقاط دین است نه تملیک. و همچنین زن به واسطه ابراء، آن را علیه شوهر اتلاف ننموده است. چنانکه اگر دو شاهد شهادت دهند که دینی بر عهده‌ی زید به نفع عمرو می‌باشد و پس از صدور حکم قاضی، و قبل از استیفای دین، عمرو (دائن) نیز طلب خود را به زید ابراء کند و سپس آن دو شاهد از شهادت خود رجوع کنند و بگویند عمرو دائن نیست، در این فرض ابراء عمرو نظیر ابراء زوجه می‌باشد و اگر در آنجا ابراء، به منزله اتلاف محسوب می‌شود، در اینجا نیز باید آن را اتلاف شمرد و لازمه آن این است که زید (مدیون) بتواند به هر دو شاهد رجوع کند، همان‌گونه که زوج پس از ابراء به زوجه رجوع می‌کرد، در حالی که هیچ فقیهی چنین سخنی نمی‌گوید (از کتاب قواعد علامه و همچنین مبسوط شیخ طوسی حکایت شده است که

آنان احتمال داده‌اند شوهر پس از طلاق حقی بر زن از بابت مهر نخواهد داشت و برخی از فقهای عامه نیز بر این عقیده‌اند و سید محمد کلاتر در حاشیه‌ی خود بر شرح‌لمعه این نظر را قوی دانسته است. (شهید ثانی، ج ۵، ص ۳۹۵، پاورقی شماره‌ی ۷) البته شهید ثانی استدلال مخالفین را رد نموده است که ذکر آن موجب اطاله کلام می‌گردد.

میان حقوق‌دانان نیز اختلاف نظر وجود دارد. در میان آنان، مرحوم دکتر امامی ضمن بیان دلایل فوق نظر مشهور را پذیرفته است و احتمال مخالفین را، مطابق با قواعد حقوقی نمی‌بیند. (امامی، ۱۳۴۲، ص ۴۰۹) از دیگر حقوق‌دانان نیز دکتر جعفری لنگرودی (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ص ۵۵۸) بر این عقیده پای فشرده و به پیروی از نظر مشهور معتقد است که اگر صدق دین بر ذمه زوج باشد و زوجه او را از تمام صدق ابراء کند و طلاق قبل از دخول صورت گیرد، اولاً زوجه از طریق ابراء، صدق را کلاً تلف کرده است آن چنان که وارثی مطالبات و دارایی پدر را نغله کند و برخی از طلب‌های پدر را به بدهکاران ببخشد، که عرفاً می‌گویند: پسر بی‌عقل ماترک پدر را به این و آن داد و بخشید و تلف کرد و ثانیاً شوهر حق دارد نصف صدق را از او بگیرد. وی در ادامه خلاف نظر مشهور را اجتهاد در مقابل نص می‌داند. و قضات را هدایت یا مکلف نموده تا مساله مورد بحث را با استفاده از اطلاق ماده ۱۰۹۲ ق.م طبق نظر مشهور که آن را نص دانسته است رأی دهند و این رأی را در بردارنده اصل ۱۶۸ ق.ا. و نص شرع و هم فتاوی معتبر می‌داند.

با این وجود پذیرش نظر مشهور آسان نیست، بدین توضیح که تصرف زوجه در مهر به وسیله هبه یا ابراء، گاهی ممکن است به غیر شوهر انجام پذیرد و مهر را نیز قبض نموده باشد، پس از آن شوهر، همسرش را، قبل از نزدیکی مطلقه نماید، در این حالت شوهر به نصف صدق رجوع می‌کند، خواه این که مهر، نقد (دین) باشد یا عین. اما در صورتی که مهر به شوهر هبه یا ابراء گردد، از چند حالت خارج نیست؛ یا کل مهر را هبه نموده یا برخی از آن را، و نیز ممکن است موضوع مهر، نقد (پول) باشد یا عین و ممکن است مهر، قبض شده باشد یا نشده باشد و هر یک از این فروض را باید جداگانه بررسی نمود:

**اگر موضوع مهر، نقد باشد و زن پس از قبض کل آن را به شوهرش هبه کند، عقد هبه لازم می‌گردد و دیگر زن حق رجوع ندارد و این مساله نظیر هبه زوج به زوجه می‌باشد و در این حالت در صورتی که شوهر، زن را قبل از آمیزش مطلقه نماید، مهر موهوب متعلق حق شوهر قرار می‌گیرد و از سوی دیگر به موجب طلاق قبل از آمیزش نصف مهر به شوهر تعلق می‌گیرد. پس آیا در این فرض شوهر به نصف مهر غیر موهوب رجوع می‌کند یا اینکه گفته می‌شود زوجه کل مهرش را به عنوان مهر به شوهر هبه کرده؟ پس وراثت مهر چیزی نیست تا نصف آن اخذ شود. بنابراین دیگر چیزی اضافه بر مهری که هبه شده است باقی نمی‌ماند تا**

مرد بتواند به آن رجوع کند یا به عبارت دیگر شوهر حق ندارد به چیزی اضافه بر آنچه که به وی هبه شده است، مطالبه نماید؟ برای مثال اگر موضوع مهر صد میلیون ریال باشد و زن همه آن را به شوهر ببخشد (پس از قبض) شوهر مالک آن می‌شود و چنانچه زوجه را قبل از دخول طلاق دهد چنانکه گفته شد به موجب طلاق مزبور، شوهر نسبت به نصف مهر مستحق می‌گردد. ولی این پرسش مطرح می‌شود که آیا نصف مهر متعلق به شوهر را می‌توان جزء مهری محسوب نمود که به وی هبه شده است؟ پاسخ منفی است. زیرا گفته شد که نقود (وجوه نقد) با تعیین متعین نمی‌شوند. پس در خصوص صد میلیون ریالی که قبض و هبه شده است، منحصر نمی‌گردد و حتی زوجه به مرد می‌تواند بگوید که من صد میلیون ریال را به تو بخشیدم صرف نظر از اینکه تحت عنوان مهر باشد یا غیر از آن باشد. در نتیجه چنانچه مرد او را قبل از نزدیکی طلاق دهد در این فرض، شوهر استحقاق دارد نصف مهر اضافه بر صد میلیون ریال موهوب را از زوجه مطالبه کند.

لیکن چنانچه زوجه صد میلیون ریال مهر را قبل از قبض به شوهر ببخشد و سپس شوهر او را مطلقه نماید (قبل از آمیزش) هیچ یک نسبت به دیگری حق رجوع ندارند زیرا مهر در اینجا دین و در ذمه شوهر متعین است و به شوهر بخشیده شده، بنابراین چیزی ورای آن به عنوان مهر وجود ندارد تا مرد بتواند آن را مطالبه کند. و شبیه همین حکم است فرضی که زوجه به جای صد میلیون ریال مهر، نصف آن را پس از اخذ کل آن، به شوهر خود هبه کند و پس از آن زن به طلاق قبل از نزدیکی مطلقه شود. در این حالت نیز شوهر حق رجوع به نصف را ندارد. و حتی نصف باقی نیز نصف نمی‌گردد، چنانکه برخی از فقها گفته‌اند. زیرا آنچه هبه شده است نصف مهر بوده و مهر در این حالت منصرف به نصف است و نصف هم دینی است که بر ذمه شوهر می‌باشد. (جزیری، ج ۴، ص ۱۳۸)

یکی از اساتید نیز با نظر مشهور مخالف و ورزیده و نظر کسانی را تایید کرده که در صورت ابراء شوهر را در این مورد مستحق چیزی نمی‌دانند. بدین توضیح که چگونه می‌توان زوجه را به بهانه اینکه در مهر تصرف کرده است (ابراء) ملزم ساخت که نیمی از مهری را که نگرفته است به مرد بازگرداند. ذوق سلیم و انصاف نیز چنین حکمی را نمی‌پذیرد و ظاهر ماده ۱۰۹۲ ق.م که می‌گوید: «...اگر شوهر نصف مهر را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را ... استرداد کند» شامل این مورد نمی‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۱۶۵) و از جمله مخالفین نظر مشهور دکتر سید حسین صفائی (صفایی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۲۸) شایان ذکر است در فرض مساله هیچ‌گونه تفاوتی میان هبه دین و ابراء آن وجود ندارد و نتیجه هر دو اسقاط دین است.

### فرض دوم: موضوع مهر، حق عینی (عین) است

حق عینی حقی است که شخص به طور مستقیم نسبت به عین پیدا می‌کند و می‌تواند در آن تصرف کند. حال در فرضی که موضوع مهر، عین (غیر نقد) باشد خواه عین معین باشد یا در حکم آن و زوجه آن را به شوهر خود هبه یا صلح نماید و مرد زوجه را قبل از نزدیکی طلاق دهد حق مطالبه از هر دو ساقط است. و هیچ‌یک حق رجوع به یکدیگر را ندارند خواه قبض شده باشد یا قبض نشده باشد. در این فرض چنانچه زوجه کل آن را هبه یا صلح بلاعوض نموده، حکم مساله روشن است. و در صورتی که زن نصف آن را هبه نموده باشد زوج حقی را که به موجب طلاق ثابت گردیده اخذ نموده است. شایان ذکر است در موردی که موضوع مهر، کلی در ذمه باشد و شوهر همسر خود را قبل از نزدیکی طلاق دهد حکم قضیه مورد عین معین است، لذا پس از هبه مهری وجود ندارد تا شوهر مستحق نصف آن گردد.

شهید اول در لمعه مساله فوق را به این صورت بیان نموده که اگر زوجه قبل از نزدیکی، نصف مشاع از مهریه‌اش را به شوهر ببخشد و مرد او را طلاق دهد، باقیمانده مهر تعلق به شوهر دارد. (شهید اول، باب نکاح، مهر، مساله هفتم) و شهید ثانی در شرح آن گفته است: دلیل این حکم آن است که بقیه مهر به میزان حق زوج است. پس ناگزیر حقیش منحصر در آن می‌باشد و فردی که مستحق عین مال می‌باشد نمی‌توان او را مکلف به دریافت بدل (مثل یا قیمت) آن نمود، مگر با تراضی طرفین، یا اینکه رجوع به عین به دلیل مانع، غیر ممکن باشد یا عین تلف شده باشد و در ما نحن فیه هیچ‌یک از موارد مذکور وجود ندارد. (شهید ثانی، ج ۵، ص ۳۶۷). (برای مثال اگر موضوع مهر یک دستگاه آپارتمان باشد و زن قبل از نزدیکی و طلاق نصف آن را به نحو مشاع به شوهر خود هبه نماید، پس از طلاق نصف باقیمانده آپارتمان متعلق به شوهر بوده و در نتیجه کل آپارتمان به مالکیت شوهر در می‌آید.) لیکن چنانکه گفته شد پذیرفتن این نظر دشوار است و باید نظر کسانی را تأیید کرد که شوهر را در این مورد مستحق چیزی نمی‌دانند، خواه کل مهر را بخشیده باشد و خواه نصف آن را. و یکی از حقوق‌دانان موافق با این نظر، استحقاق شوهر را نسبت به مثل یا قیمت نصف مهر، جایز ندانسته و مطابق با عرف و عادت و رسوم امروز و عدالت و انصاف نمی‌داند، زیرا زن در واقع چیزی از شوهر نگرفته تا شوهر بتواند در صورت وقوع طلاق قبل از نزدیکی مثل یا قیمت نصف آن را پس بگیرد. به عبارت دیگر استرداد نصف مهر بر طبق عرف و عادت و انصاف، ویژه موردی است که شوهر مهری به زن داده باشد و در فرض مذکور به منزله موردی است که شوهر مهری نداده است.

این نظر هر چند که از جهت نتیجه قوی و مورد تایید است، لیکن از حیث استدلال تمام نیست. زیرا فراموش نشود که موضوع مهر در این فرض، عین معین است و حق زوجه نسبت به مهر، یک حق عینی است، نه حق دینی تا استدلال فوق از نظر اخذ مال یا عدم اخذ آن مفهوم پیدا کند بنابراین در صورت مساله، موضوع اخذ مال مطرح نیست و این استدلال در مهري که حق دینی است مصداق پیدا می‌کند. برای مثال اگر موضوع مهر یک دستگاه آپارتمان باشد و مالکیت آن، از آن زوجه باشد، در این حالت قبض مادی مال مطرح نیست. لذا صرف مالکیت زوجه بر آپارتمان به منزله قبض مادی مال می‌باشد و استیلائی معنوی آن کافی می‌باشد. بنابراین در فرض مزبور، مال، قبض شده محسوب می‌گردد. لذا استدلال نویسنده محترم پذیرفته نیست.

### فرض سوم؛ هبه مهر در برابر طلاق خلع

ماده ۱۱۴۶ ق.م. در تعریف طلاق خلع می‌گوید: «طلاق خلع آن است که زن به واسطه کراهتی که از شوهر خود دارد، در مقابل مالی که به شوهر می‌دهد، طلاق می‌گیرد، اعم از اینکه مال مزبور، عین مهر یا معادل آن و یا بیشتر یا کمتر باشد» بنابراین زن از شوهر انزجار و نفرتی احساس می‌کند و مهر خود را یا مالی به عنوان فدیة به او می‌دهد و در برابر آن طلاق می‌گیرد. اکثر فقها این فرض را نیز مثل فروض سابق مقایسه نموده و گفته‌اند، هر گاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را در ازاء هبه یا بذل مهر، به طلاق خلع مطلقه کند، زن باید علاوه بر آنچه جهت طلاق خلع، به شوهر بخشیده است، نصف از مهر را به او بدهد زیرا بذل مهر در طلاق خلع، مانند صورت ابراء یا هبه مهر در فروض سابق می‌باشد و چون طلاق، قبل از نزدیکی واقع شده، نصف از مهر به شوهر بر می‌گردد. استدلال شهید ثانی در تأیید حکم مزبور آن است که در طلاق خلع، مالی که زوجه می‌بخشد در مقابل طلاق است که شوهر می‌دهد. پس شوهر به واسطه بذل مهر، مستحق مهر گردیده و مرد به عنوان عوض طلاق می‌تواند از زوجه مطالبه کند. لیکن این انتقال مال از زوجه، قبل از استحقاق شوهر نسبت به نصف مهر به سبب طلاق می‌باشد. به عبارت دیگر زوجه در بدو امر، مال را بذل می‌کند و پس از آن طلاق انجام می‌پذیرد، در نتیجه مالکیت شوهر نسبت به مهر قبل از استحقاق او نسبت به نصف مهر پس از طلاق، می‌باشد. (شهید ثانی، ص ۳۶۱)

این استدلال شهید ثانی، شبیه استدلال و نظر قبلی آنان در دو فرض پیشین می‌باشد. پس همان‌طوری که در فروض گذشته می‌گفتند که اگر زنی ذمه مرد از مهر را ابراء نمود و بعد از آن شوهر وی را قبل از نزدیکی طلاق دهد، مستحق نصف مهر خواهد بود، در اینجا نیز حکم همین است و در این حکم فرقی نیست میان اینکه مهر، عین معین بوده یا دین (در ذمه مرد).



لازم به ذکر است که برخی از حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۱۶۵) که در صورت ابراء دین، موافق نظر مشهور نبودند و گفته کسانی که زن را در چنین موردی مدیون نصف مهر نمی‌دانند قوی‌تر می‌دانستند، مع الوصف در مورد فوق که ابراء یا هبه در برابر عوض (مثلاً طلاق خلع) انجام می‌شود، آن را در حکم اتلاف مهر می‌شمرند و زن را به استرداد نیمه مهر محکوم می‌سازند.

لیکن چنانکه در فروض سابق گفته شد، در چنین فرضی نیز، به قیاس اولویت، شوهر مسحق نیمه مهر نیست. استدلال شهید ثانی در این مورد، مشابه استدلال گذشته است، در حالی که فرض مساله با فروض سابق تفاوت دارد. بدین توضیح که در فروض گذشته، زوجه قبل از وقوع طلاق، مهر خود را ابراء یا هبه می‌نمود، لیکن در ما نحن فیه، انگیزه ابراء یا هبه مهر، صرفاً انجام طلاق می‌باشد و اگر عدالت و انصاف در فتاوی مشهور در فروض سابق رعایت نگردیده، به طریق اولی در این فرض نیز رعایت نشده است.

مرحوم کلانتر در تعلیقه خود بر شرح لمعه، ادله شهید ثانی را نادرست دانسته است. به این استدلال که، اساساً شوهر مستحق چیزی از مهری که به عنوان عوض از طلاق خلع قرار گرفته است، نمی‌باشد و صورت مسأله آن است که وی مستحق چیزی نیست، مگر بعد از اینکه، صیغه خلعتک را بگوید و نیز وی مستحق نصف مهر نیست، مگر به موجب طلاق، پس استحقاق شوهر نسبت به مهری که در مقابل خلع حاصل می‌گردد و نیز نصف جدید، هر دو به مجرد طلاق حاصل می‌شود. حال چگونه ممکن است که انتقال مهر از سوی زوجه به شوهر قبل از وقوع طلاق انجام پذیرد؟ مگر اینکه گفته شود که مقصود شهید ثانی از انتقال مهر قبل از طلاق، یعنی بذل زوجه قبل از خلع به شرط طلاق می‌باشد که این قسم از اقسام طلاق خلع محسوب نمی‌گردد. (شهید ثانی، جلد ۵، ص ۳۶۱).

بنابراین هیچ‌گونه شباهتی میان بذل مهر از جانب زن مقابل طلاق خلع با ابراء و هبه مهر در فروض سابق وجود ندارد. زیرا در فروض سابق ابراء و هبه‌ی مهر، قبل از طلاق واقع می‌شود و چنانکه گفته شد شوهر در فروض سابق مستحق نیمه مهر نبود ولی در طلاق خلعی که در برابر بذل مهر قرار می‌گیرد، بذل و طلاق در یک زمان صورت می‌پذیرد و سبب بذل مهر، مقدم بر طلاق نمی‌باشد تا طلاق موجب تملیک نصف مهر به شوهر گردد بنابراین در ما نحن فیه (طلاق خلع) چنانچه مهر بذل شود، شور حقی بر زن ندارد و قیاس اولویت وجود دارد. به علاوه این نظر بیشتر با عدالت و انصاف سازگاری دارد و با حاکمیت اراده طرفین موافق است. زیرا اگر چه ممکن است زوجه در فروض قبلی با دواعی مختلف، مهر خود را ابراء یا بخشیده باشد، لکن در فرض اخیر انگیزه خالص او جهت ابراء یا هبه مهر، صرفاً نیل و

دسترسی به طلاق است و نه چیز دیگر. لذا در فروض پیشین اگر بتوان منطق حقوقی برای نظر مشهور جست و جو نمود، در فرض اخیر، این منطق وجود ندارد. از همین رو نام مقاله را تعارض منطق حقوق و عدالت نامیدیم و شاید بتوان تعارض مزبور را در فروض پیشین جست و جو کرد.

مرحوم میرزای قمی، در کتاب جامع الثنات خود نیز فتوای مشهور را پذیرفته است و گفته است: «ظاهراً خلافی نیست در اینکه، در صورت هبه، زوجه دیگر حقی ندارد و باید نصف صداق را هم، علاوه بر آنچه بخشیده، به زوج بدهد. و اظهر و اشهر در صورت ابراء هم این است.»

### نتیجه:

چنانکه گفته شد در مورد مهرالمسمی که طرفین توافق کرده‌اند، همین‌که عقد نکاح واقع شد، حق زن بر مهر نیز ایجاد می‌شود: بدین‌گونه که چنانچه مهر عین معین باشد، زن پس از عقد مالک آن خواهد شد و می‌تواند از منافع مال استیفا و هر تصرفی که بخواهد، اعمال کند و در صورتی که مهر حق دینی یادین است، زن به صرف نکاح، طلبکار زوج است و عندالمطالبه حق رجوع به شوهر را دارد. لیکن ماده ۱۰۹۲ ق.م.مقرر می‌دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از مثل را، عیناً یا قیمتاً، یا مثلاً استرداد کند.»

از مقایسه ماده ۱۰۹۲ و ۱۰۸۲ ق.م. چنین بر می‌آید، در صورتی که نکاح منتهی به طلاق قبل از دخول گردد، زن نیمی از مالیکت خود را (به سبب طلاق) از دست می‌دهد و به شوهر بر می‌گردد. اما گاهی در خلال این تغییر و تحول قانونی در مالکیت، زوجه اقدام به ابراء یا هبه مهر خود می‌نماید. و طبق فتوای بسیاری از فقها زن را مدیون می‌کند و وقوع این اعمال حقوقی، قبل از رابطه زناشویی، مسایلی پیش می‌آورد که حل آن همیشه، آسان نیست. با این وجود ما در این نوشتار، تمامی فروض آن را بررسی نمودیم و ارائه‌ی طریقی شد. نکته قابل توجه آن است که در وهله اول، مقاله حاضر هشدار است به زنان که حقوق مالکیت ناشی از مهر خود را به همسران خود، قبل از آمیزش، ابراء یا بذل ننمایند، چه در صورت بذل یا ابراء آن، محاکم خانواده، ممکن است، طبق نظر مشهور، زن را مدیون نیمی از مهر ابراء شده یا موهوب، بنمایند. به علاوه نظر مشهور را هیچ وقت نباید مطابق با حق و یا موافق انصاف و عدالت دانست و قانون‌گذار، همیشه از نظر مشهور در قانون مدنی پیروی نکرده است. بلکه در برخی موارد از نظرات نادر فقیهان، متابعت نموده است. بنابراین محاکم خانواده در برخورد و مصاف با مسائل مطروحه در این مقال، در مواردی که مواجه با اجمال یا سکوت قانون هستیم،

تمایل به آن دسته از نظراتی داشته باشند که عرف و عادت و عدالت و یا نصفیت را به عنوان یکی از منابع استنباط احکام اسلامی می‌دانند.

## منابع و مأخذ:

### الف. فارسی

۱. امامی، حسن، (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، ج ۴. چاپ پنجم ناشر کتابفروشی اسلامیه.
۲. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله (۱۳۷۰)، حقوق خانواده، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۱)، حقوق خانواده، چاپ سوم، شرکت انتشار، ج ۱.
۴. لنگرودی، جعفر، (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، ناشر کتاب خانه گنج دانش.

### ب- فقهی

۱. شهید اول، اللمعه الدمشقیه جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، باب نکاح.
۲. شهید ثانی، شرح لمعه، با تعلیق سید محمد کلانتر ج ۶، باب نکاح. دارالعالم اسلامی (بیروت)
۳. میرزای قمی، جامع الشتات.