



Original Research

## The Effect Of Divorce Before Intimacy On The Cancellation Of Dowry

Mohammad Ali Rasouli Moghadam<sup>1\*</sup>

1 Master student of Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran.

Article ID: ahrar-45969

<p><b>Received:</b> December 27, 2023</p> <p><b>Accepted:</b> January 5, 2024</p> <p><b>Available online:</b> March 18, 2024</p> <p><b>Keywords:</b> release , release of dowry of bride ,divorcing before intercourse.</p> <p><b>Main Subjects:</b> Civil Law</p>	<p><b>Abstract</b></p> <p>In the article 1092 of Civil Rights, it is mentioned that: “ If the husband divorces his wife before having intercourse, she is entitled to the half of dowry of bride and if the husband had given more than half of dowry of bride before the intercourse, he would have entitled to the residue of the half of itself or its price.”, in this case; the question is that if the wife forgives release all or more than half of(dowry of bride, which is exactly the husband’s total duty ) after marriage contract and the husband divorces her before having intercourse with her, since release is a kind of possessing and domination of the debt or is similar to the loyalty to a pledge, and considering the command in the article above; does the wife owes the residue of the half of dowry of bride The popular response to this question by the Faghihs of Imamia is positive whereas other Faghihs and lawyers disagree with their view. While studying this subject; in this essay, we will try to understand the evidences of those in favor and opponents of this and will observe some aspects of the topic that have been less taken into consideration.</p>
--	--

\*Corresponding Author: Mohammad Ali Rasouli Moghadam

Address: Master student of Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Rasht Branch, Islamic Azad University, Rasht, Iran.

Email: [rasouli-moghadam@gmail.com](mailto:rasouli-moghadam@gmail.com)



## Extended Abstract

### 1. Introduction

In Article 1082 of the Civil Code, we read: "A woman is bound by the marriage of the owner when she is unmarried, and she can take any kind of possession in it" but this woman's ownership is unstable until the half dowry ratio approaches (Article 1092 of the Civil Code). It is like the weakening of the customer's ownership over the seller, in the case that the seller has the right to cancel for a certain period of time, and upon the expiration of the seller's right of cancellation and no cancellation, the customer's ownership is established. Martyr Thani says: "The dowry becomes the property of the wife once the marriage is completed. Of course, this property is unstable, which is settled by one of the four cases. 1. Penetration that there is consensus on this matter. 2. Innate apostasy of husband 3. Death of husband 4. Death of wife. The last three cases are famous among jurists. ). Of course, one of the possessions that a woman can do in the dowry is to pay it, so that if the subject of the dowry is the husband's responsibility, the woman can remove that debt and, so to speak, make the man responsible.

### 2. Theoretical Framework

Here, there is an issue that many jurists (for the reasons that will be stated in this article) believe that in case of marriage before intimacy and divorce, the woman will owe the man an excess of half of the dowry. This opinion, which surprises every person at first glance, has arguments and some people do not agree with it. In this article, we will try to examine the technical and legal aspects of the issue by stating the positive and negative opinions, and we will try to answer these questions: Is abraa a fulfillment of an obligation? If he divorces her, does the woman owe half of the dowry to the man? It seems that Ibraa is in the order of performance, but in terms of canceling the obligation or otherwise, and regarding the second question, the woman is not owed for various reasons.

### 3. Methodology

According to the legal articles, should the woman be considered to owe half the dowry? The famous opinion of Imamiyyah jurists is a positive answer to this question, and among them, a number of jurists and jurists do not agree with the positive answer to this question. In this article, while examining the issue and knowing the reasons for the supporters and opponents, we pay attention to aspects of the issue that have received less attention. We are dealing with this issue with the method of library study and jurisprudence review.

### 4. Results & Discussion

Article 1092 of the Civil Code says: "If the husband divorces his wife before intercourse, the wife will be entitled to half of the dowry, and if the husband has already given more than half, he has the right to return the excess of half in kind or for example or for a price." This article, which is based on Islamic jurisprudence and is extracted from Islamic books, but there is another famous fatwa among Shia jurisprudents, which is a continuation of the same ruling, which states: If a woman gives her dowry, after marriage, which is due It is her husband's responsibility to pay and the man divorces her before intercourse. The woman owes the man half of the dowry that she paid, even though she has not received anything. Although the recent ruling is not explicitly in the civil law, it is possible that the judicial procedure, considering the principle of one hundred and sixty-seventh, and article 3 of the Civil Procedure Law, which in such cases consider valid Islamic sources and valid fatwas as



legal rulings in In the case of Article 1092 of the Civil Code, Ibraa acts as if and gives judgment on the wife's indebtedness.

## 5. Conclusions & Suggestions

Abraa Mehr is a desirable and recommended thing for women, which has a great reward in the eyes of God, the Exalted and Exalted, and there is a possibility that the fear of possible indebtedness prevents women from doing this recommended act, and as much as this possibility should be given, it should not be done. He ruled like this, and on the other hand, the woman is assumed to be charitable with the expression of Mehr, and she has done beneficence, and according to the rule of jurisprudence, the beneficence of the woman is not guaranteed by virtue of the good deeds she has done for the man. And from another point of view, this ruling is against fairness, justice and conscience. What is the task to solve these conflicts? The best solution is the one presented by Prof. Katoozian, that is, when dealing with such a case, the lawmaker means this article when "the husband has already given more than half" and dowry does not include forgiveness and forgiveness by the wife. Another way is to refer to the sources that have given the opposite fatwa, although this way is less powerful than the first one.



## اثر طلاق پیش از نزدیکی بر ابراء مهریه

محمد علی رسولی مقدم<sup>۱\*</sup>

۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد رشت، دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران.

کد مقاله: ahrar-45969	
<p><b>چکیده</b></p> <p>ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی بیان می دارد: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.» حال سوال این است که اگر زن بعد عقد نکاح بجای دریافت مهر، کل یا بیش از نیمی از مهریه را که به صورت عین کلی در ذمه شوهر بوده را، ابراء کند و مرد قبل از نزدیکی او را طلاق دهد، به دلیل آن که ابراء نوعی تصرف و استیلا بر دین است یا ابراء هم مانند وفای به عهد است، و با توجه به حکم ماده فوق، زن را باید مدیون مازاد نیم مهریه دانست؟ نظر مشهور فقهای امامیه جواب مثبت به این پرسش است و در این میان تعدادی از فقها و حقوقدانان موافق جواب مثبت به این سوال نیستند. در این مقاله ضمن بررسی موضوع و دانستن دلایل موافقین و مخالفین به جنبه هایی از موضوع توجه می نماییم که کمتر مورد توجه قرار گرفته است.</p>	<p><b>تاریخ دریافت:</b> ۶ دی ۱۴۰۲</p> <p><b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۵ دی ۱۴۰۲</p> <p><b>تاریخ انتشار:</b> ۲۸ اسفند ۱۴۰۲</p> <p><b>کلیدواژه ها:</b> ابراء، ابراء مهر، طلاق قبل از نزدیکی محورها</p> <p><b>موضوعی:</b> حقوق مدنی</p>

\*نویسنده مسئول: محمد علی رسولی مقدم

آدرس: دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد رشت، دانشگاه آزاد اسلامی، رشت، ایران.

ایمیل: [rasouli-moghadam@gmail.com](mailto:rasouli-moghadam@gmail.com)



## ۱- مقدمه

در ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی می خوانیم: « زن به مجرد عقد مالک مهر می شود و می تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید» اما این مالکیت زن تا قبل از نزدیکی نسبت نصف مهریه متزلزل است (ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی) این تزلزل مانند تزلزل مالکیت مشتری بر مبیع است در صورتی که برای بایع تا مدتی حق فسخ باشد و با پایان مدت حق فسخ بایع و عدم فسخ، مالکیت مشتری مستقر می شود. شهید ثانی می فرماید: «مهریه تماماً به مجرد عقد نکاح به ملکیت زوجه در می آید. البته این ملکیت متزلزل است، که با یکی از چهار مورد مستقر می گردد. ۱. دخول که در این مورد اجماع وجود دارد. ۲. ارتداد فطری شوهر ۳. فوت شوهر ۴. فوت زن. سه مورد اخیر مشهور فقها است.» (شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۳) حال اگر مرد قبل از دخول زن را طلاق دهد زن مستحق نیمی از مهریه می شود، زیرا خداوند در قرآن کریم می فرماید: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ» یعنی: «و اگر زنهایی را طلاق دهید پیش از آنکه مباشرت (نزدیکی) کرده باشید در صورتی که بر آنان مهر مقرر داشته اید بایستی نصف مهری را که تعیین کرده اید به آنها بدهید مگر آنکه آنها خود یا کسی که امر نکاح به دست اوست از آن حق درگذرند و اگر درگذرند به تقوا و خداپرستی نزدیکتر است و فضیلتهایی که در نیکویی به یکدیگر است فراموش مکنید و بدانید که خداوند به هر کار نیک و بد شما آگاهست.» (آیه ۲۳۷ سوره بقره). ولی تزلزل مالکیت زن بر مهریه قبل از نزدیکی مانع از آن نیست که زن نتواند در آن تصرف کند و این مورد تاکید قانون مدنی نیز می باشد (ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی). یکی از تصرفاتی که زن می توان در مهر انجام دهد ابراء آن است، بدین صورت که اگر موضوع مهر کلی باشد در ذمه شوهر، زن می تواند آن دین را بری نموده و اصطلاحاً مرد را بری الذمه نماید. در اینجا مسأله ای پیش می آید که عده زیادی از فقها (به دلایلی که در همین نوشتار بیان خواهد شد) عقیده دارند که در صورت ابراء قبل از نزدیکی و وقوع طلاق، زن در مقابل مرد مدیون مازاد نیم از مهریه خواهد شد. این نظر که در نگاه اول موجب تعجب هر فردی می شود، از استدلال برخوردار است و در مقابل عده ای هم با آن موافق نیستند. در این نوشتار با بیان نظرات موافق و مخالف سعی در بررسی فنی و حقوقی موضوع خواهیم داشتو سعی داریم به این پرسشها جوابدهیم که آیا ابراء در حکم ایفای تعهد است؟ آیا اگر زن بعد از نکاح کل مهریه خود را ابراء کند و مرد قبل از نزدیکی آن را طلاق دهد، زن مدیون نیمی از مهریه به مرد می شود؟ به نظر می رسد ابراء در حکم ایفاء باشد ولی از جهت اسقاط تعهد ولا غیر و در مورد پرسش دوم زن به دلایل مختلف مدیون نمی شود.

## ۲- چه شرایطی برای ابراء مهر لازم است؟

قانون مدنی در ماده ۲۸۹ ابراء را چنین تعریف کرده « ابراء عبارت از این است که داین از حق خود به اختیار صرف نظر کند ». اولین شرط ابراء دین بودن موضوع ابراء است که دائن آن را اصطلاحاً ببخشد، یعنی حق دینی قابل اسقاط با ابراء است. با این توضیح اگر مهریه عین معینی بوده به محض وقوع عقد زن مالک می شود و حق او نسبت به عین معین، حق عینی است و بخشیدن آن به شوهر ابراء نام نمی گیرد (فرضاً هبه به شوهر می شود)؛ بلکه باید مهریه به صورت دین بر ذمه شوهر باشد (مثلاً مقداری پول یا چند سکه طلا). دومین شرط این است که دین به وجود آمده باشد و در زمان ابراء بر ذمه مدیون مشغول باشد. دکتر امامی می فرماید: «شرط صحت ابراء وجود دین سابق است و نمی توان کسی را از دینی که بعداً به جهتی از جهات به او مدیون می گردد ابراء نمود، زیرا ابراء اسقاط ما فی الذمه است. و دین ثابت، خواه



مستقر باشد یا متزلزل، در ذمه مدیون است و می توان آن را ساقط نمود و دینی که پیدایش نیافته ولو آنکه سبب آن حاصل شده باشد قابل اسقاط نیست». (امامی، سید حسن، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۳۳۲) پس زن وقتی می تواند مهر را ابراء کند که عقد نکاح به وقوع پیوسته باشد و او فقط مهر المسمی را می تواند ابراء کند و اگر حسب مورد مستحق مهرالمثل یا مهر متعه شود تا زمانی که مستحق نشده ابراء صحیح نیست. سومین شرط قصد و رضای زن بر ابراء مهر است. بی شک عدم قصد بر ابراء مهر موجب بطلان ابراء می شود؛ ولی در عدم وجود رضاء در ابراء اختلاف شده. استاد دکتر کاتوزیان معتقد است: «آوردن واژه اختیار در تعریف ابراء، این احتمال را به وجود می آورد که وجود رضاء، در زمان انشاء ابراء، از ارکان وقوع ابراء است و پیروی از این نظر، نظم در اجرای قواعد را بر هم می زند.» (کاتوزیان، ناصر، قبلی) اما برخی عقیده دارند آوردن شرط «اختیار» در تعریف ابراء، که خود امری نامعهود از قانونگذار است، بیانگر این معنی است که، رضای ابراء کننده، در هنگام انشای ابراء، از ارکان این عمل حقوقی است و ابراء، بدون اختیار نمی تواند مؤثر واقع شود. (پارساپور، محمد باقر) دکتر شهیدی نیز رضای دائن را برای تحقق ابراء لازم می داند (ماده ۲۸۹ قانون مدنی) و برخی عقیده دارند حکم عدم نفوذ به علت فقدان رضا، حکمی استثنایی است که قانون برای عقود مقرر داشته است و نمی توان آن را به ایقاعات سرایت داد. (شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۴) پس در نتیجه زن وقتی می تواند مهر را ابراء کند که ۱. مهر کلی در ذمه شوهر باشد ۲. عقد نکاح صحیح به وقوع پیوسته باشد و مهر تعیین شده باشد و در صورتی که مستحق مهر دیگری باشد بعد از استحقاق، ابراء کند ۳. قصد بر ابراء داشته باشد ۴. بدون اکراره ابراء کرده باشد. باجمیع شرایط ابراء صحیح بوده و با توجه به لازم بودن ابراء زن حق رجوع به مهر را نخواهد داشت.

### ۳- ابراء مهر مستحب است

خداوند در قرآن کریم می فرماید: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يُعْفُونَ أَوْ يُعْفُوا الَّذِي بَيْنَهُمَا عَقْدًا لِلنَّكَاحِ وَ أَنْ تُعْفُوا أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ» یعنی: «و اگر زنهایی را طلاق دهید پیش از آنکه مباشرت (نزدیکی) کرده باشید در صورتی که بر آنان مهر مقرر داشته اید بایستی نصف مهری را که تعیین کرده اید به آنها بدهید مگر آنکه آنها خود یا کسی که امر نکاح به دست اوست از آن حق درگذرند و اگر درگذرند به تقوا و خداپرستی نزدیکتر است و فضیلتهایی که در نیکویی به یکدیگر است فراموش نکنید و بدانید که خداوند به هر کار نیک و بد شما آگاهست». (آیه ۲۳۷ سوره بقره). خداوند ابراء مهر را «أَقْرَبَ لِلتَّقْوَى» دانسته آیا ابراء مهر در فرض آیه چنین فضیلتی دارد یا این حکم در سایر موارد هم چنین حکمی دارد؟ پیامبر اسلام (صلی الله علیه وآله وسلم) فرمود: هر زنی که مهریه اش را قبل از همبستر شدن به شوهرش ببخشد، خداوند به جای هردیناری، ثواب آزاد کردن یک بنده برایش می نویسد. سؤال شد یا رسول الله اگر بعد از دخول ببخشد چطور؟ حضرت فرمود: این نشانه مودت و الفت است. (نوری، میرزا حسن، ۱۴۰۷ ه ق، ص ۸۱) همچنین معصوم علیه السلام فرمود: خداوند، عذاب قبر را از سه دسته از زنان برداشته است و آنها را در قیامت با فاطمه علیها السلام دختر پیامبر اکرم (صلی الله علیه وآله) محشور می نماید ۱. زنهایی که بر غیرت شوهر خود صبر کنند. ۲. زنهایی که بر سوء خلق و رفتار شوهر خود صبر کنند ۳. زنهایی که مهر خود را ببخشند. خداوند بر هریک از آنها ثواب هزار شهید عطاء می کند و می نویسد برای هریک از آنها عبادت سالی را. (حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن، ۱۴۱۳ ه ق، ص ۳۷) بنظر میرسد وجود این همه ثواب که در آیه شریفه و نمونه هایی از احادیث در این باره نقل کرده ایم شکی باقی نمی ماند ابراء مهریه از جانب زن مستحب است. در این باره شهید اول می فرماید: «برای زن مستحب است که همه مهر را (به شوهر خود) ببخشد.» (شهید اول، محمد بن مکی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۷۹) و شهید ثانی نیز در تأیید این نظر به آیه مذکور فوق اشاره می نماید (شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۴)



۲. در ابراء مهر زن محسنه فرض می شود: یکی از قواعد فقهی، قاعده احسان می باشد. در فقه و حقوق به عمل عمومی یا ویژه برای مساعدت به غیر به قصد تبرع، احسان گویند. (انصاری، مسعود، طاهری و محمد علی، ۱۳۸۴، ص ۱۱۰) مقصود و منظور از این قاعده این است که، اگر شخصی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگری، موجب وارد شدن خسارت به وی شود، مسئولیتی از آن عمل بر عهده او نیست و شخص محسن، ضامن شناخته نمی شود. ولی براساس قواعد مسلم و معمول در فقه و حقوق از جمله قاعده اتلاف، هرکس حتی اگر بدون عمد و تقصیر، مال غیر را تلف یا ناقص کند، و خسارتی به او وارد آورد، ضامن است. ولی با توجه به قاعده احسان، شخص که احسان کرده یا محسن است، ضامن نیست. مهمترین دلیل این قاعده آیه ۹۱ سوره مبارکه توبه می باشد که خداوند می فرماید: «ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ» یعنی: «بر نیکوکاران مؤاخذه نیست». دلیل دیگر این قاعده آیه ۶۰ سوره مبارکه الرحمن است: «هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ» یعنی: «آیا پاداش نیکی جز نیکی است؟» از دیگر مستندات از آن قاعده احسان ادراک می شود نامه امیر المؤمنین علی (علیه السلام) به مالک اشتر است که در قسمتی از آن آمده: نباید نیکوکار و بدکار نزد تو مساوی باشند؛ زیرا در این صورت به نیکوکاران به خاطر احسان آنان سخت گیری شده و به همین خاطر به کار خیر بی رغبت می شوند و بر بدکاران نسبت به بدکاری آنان آسان گرفته می شود و آنان را به انجام کار بد وا میدارد. (فیض الاسلام، ۱۳۸۰، ص ۳۴۱) استدلال به حدیث فوق هم بقاعده احسان چنین است که: اگر محسن نسبت به عمل نیک خود مسئول باشد، پس فرد غیر محسن محسوب شده است، حال آنکه این حالت به موجب آن حدیث نهی شده است. دلیل دیگر بر قاعده احسان عقل است، که مجازات کسی را برای آنکه کار نیکی انجام داده را تقبیح می شود. انگیزه هایی که بانوان برای ابراء مهر دارند مختلف است؛ ممکن زنی به جهت آنکه مرد قرار است به حج واجب برود و برای وی امکان پرداخت مهر زن نیست ذمه او را بری کند یا زنی به جهت نشان دادن علاقه به شوهرش مهریه را ابراء کند یا خطایی کرده که با بخشش مهریه قصد به دست آوردن اعتماد مجدد شوهر را دارد یا به پاس رفتارهای مثبت شوهر مهر را ابراء کند یا حتی برای رضای خداوند چنین کند. به هر حال آنچه که در ظاهر امر به نظر می آید زن در مقابل ابراء هیچ چیز مادی به دست نیاورده همچون کسی که صدقه می دهد که در ظاهر هیچ به دست نیاورده هر چند از نظر معنوی سود برده است و مستحبی انجام داده است و از آنجا که ما به نیت قلبی انسانها مطلع نیستیم می بایست به ظاهر حکم کنیم؛ ظاهر این است که زن خواسته ذمه شوهر را بری کند و عمل ثواب مستحبی را انجام دهد و نسبت به شوهر نیکی انجام دهد که دین او را ابراء نموده پس بی شک او محسنه محسوب می شود و جزایی بر او نیست.

#### ۴- آیا ابراء در حکم ایفای تعهد است؟

ابراء هم مانند ایفای تعهد موجب اسقاط دین می شود، یعنی اگر کسی دینی به گردن کسی داشته باشد چه دائن ذمه مدیون را ابراء کند، چه مدیون دین خود را پرداخت کند نتیجه حاصل اسقاط دین مدیون است. شکی نیست از این جهت این دو ایقاع یک اثر دارند، ولی آیا در جهات دیگر هم آثار مشترک دارند؟ مثلاً اگر در بیع، مبیع و ثمن مبادله شوند، در صورتی که بیع فسخ یا اقاله شود یا بطلانش کشف شود، هر یک از بایع و مشتری حسب مورد مسئول باز گرداندن مبیع یا ثمن به طرف مقابل هستند. حال سوال این است آیا در مورد ابراء هم چنین است؟ یعنی اگر بعد از معامله بایع ذمه مشتری را نسبت به پرداخت ثمن بری کند و بعد از آن معامله فسخ یا اقاله شود یا بطلان آن کشف شود باز هم بایع مسؤل باز گرداندن ثمن معامله به مشتری است؟ استاد شهیدی می فرماید: «طلبکار به اراده خود به تنهایی، به جای این که طلب خود را وصول کند یا مورد انتقال قرار دهد آن را نابود می کند. این عمل شباهت به اتلاف مال به وسیله مالک آن دارد، با این تفاوت که در اتلاف، مالیت مال زایل می گردد و سودی از آن برای دیگری حاصل نمی شود، در حالی که در ابراء مدیون از اسقاط دین خود منتفع می گردد. بدون این که از جهت مکانیسم حقوقی انتقال مالی صورت گیرد و مالی در مالکیت مدیون داخل شود و این عمل همچنان که میدانیم





با انتقال طلب به مدیون تفاوت دارد.» (شهیدی، دیمه، ۱۳۸۳، ص ۸۶) و استاد در ادامه در توجیه فرضی که معامله فسخ یا اقاله شود می گوید: «در پاسخ به مسأله بالا، آنچه به نظر می رسد این است که ابراء نیز از این حیث مشابه انتقال طلب به مدیون و در حکم ایفای تعهد است و پس از انحلال منشأ دین، ابراء کننده باید معادل آنچه ابراء کرده است را به مدیون برگرداند؛ زیرا، از یک طرف هرگاه مسأله را از جهت تحلیل علت ایقاع مورد توجه قرار دهیم در میابیم که چون علت ابراء امور معنوی، نظیر جلب عواطف مدیون و یا انجام عمل نیک بوده و محقق گردیده است و برخلاف هبه زایل ساختن این علت به لحاظ غیر قابل فسخ بودن ابراء ممکن نیست طلبکار به طور لازم به ابراء دست یافته و از این جهت، مانند آن است که از مال خود در برابر یک علت مادی، یعنی به صورت معوض، صرف نظر کرده باشد، در این وضعیت هر گاه منشأ دین منحل شود و مالی که عوض دین مزبور بوده است بدون دریافت عوض آن به ابراء کننده برگردد، فسخ یا اقاله منشأ بدون علت خواهد ماند؛ چه این که، سقوط دین مربوط، قبلاً و در زمان ابراء در برابر تحصیل علت معنوی انجام شده و دیگر نمی تواند نسبت به مدیون علت اقاله یا فسخ باشد. از طرف دیگر چون به تحلیل نفس ابراء بپردازیم، به ذهن می رسد که اقدام دائن به اسقاط طلب خود در حقیقت نوعی استیلا و تصرف در طلب می باشد، اگر چه تصرف، غیر معمول و استثنایی است و از این تصرف نهایتاً مدیون سود می برد. تصرف مزبور مشابه اتلاف مال به وسیله مالک و در حکم قبض طلب است و نمی تواند از جهت مسأله مورد بحث با تصرفات دیگر نظیر تصرف ناقل تفاوت داشته باشد» (همان) ابتدا قبل از بررسی نظر استاد لازم است توضیح دهیم که در مورد بطلان معامله، مشتری از ابتدا مدیون نبوده تا دائن ذمه او را ابراء کند و ابراء بایع بدون سبب بوده، به همین جهت ابراء به تبع بیع باطل است. اما در مورد فسخ یا اقاله مسأله از ظرافت خاصی برخوردار است. استاد سه دلیل برای این نظر خود بیان نموده: اول ابراء شباهت به اتلاف مال به وسیله مالک آن دارد. دوم ابراء شباهت به انتقال طلب به مدیون دارد در مقابل اجر معنوی. سوم ابراء نوعی استیلا و تصرف در طلب می باشد. در مورد اول باید گفت که درست است که ابراء شباهت به اتلاف مال دارد یعنی اگر بایع ثمن معامله را که دریافت نموده تلف کند او را مجبور به باز گرداندن بدل می کنیم ولی دلیل اینکه او را مجبور به این کار می کنیم این است مالی که او تلف کرده اکنون پس از فسخ یا اقاله دیگر مال او نیست و مال مشتری است و او باید آن را برگرداند. ولی در مورد ابراء او مال مشتری را تلف نکرده مثلاً اگر ثمن معامله (به فرض مثلی بودن) خودروایی بوده که مشتری باید آن را تهیه و تسلیم می کرده، ولی دین ابراء شده ابراء کننده در عالم واقع هیچ خودروایی را از اتلاف نکرده او فقط دین را اسقاط کرده و با این کار گوی می گوئید من از باب طلبم چیزی نمی خواهم. در باره مورد دوم باید گفت نمی توان نیت درونی افراد را موضوع حکم قرار داد چون امری است پوشیده. ولی فرض کنیم که ابراء در مقابل جلب عواطف مدیون باشد و پس لازم می آید مدیون عواطفش را عرضه کند و در کفه مقابل ابراء قرار دهد که در این صورت ابراء تبدیل به عقد می شود در حالی که می دانیم ابراء ایقاع است و نیازی به اراده مدیون ندارد. ولی این چنین هم نیست؛ در حقیقت کسی که عملی انجام می دهد که در چشم جامعه نیکو است، هر چند وی در درون خود آن عمل را برای ریا و جلب نظر دیگران انجام داده باشد، ما بعنوان بنده خدا حق قضاوت در مورد نیت او را نداریم معمولاً اعمالی مانند ابراء، صدقه، وقف و امثال این ها در ظاهر به قصد قربت صورت می گیرد و ما مکلفیم به همین ظاهر حکم کنیم، با توجه به آن چه گفتیم عوضی که خداوند به افراد می دهد را نمی توان عوض در معاملات قرار داد تا اینکه بگوییم در ابراء چنین شده. در مورد سوم که ابراء را نوعی تصرف و استیلا در طلب می داند ابتدا باید گفت ابراء اسقاط حق است نه تملیک یعنی آنچه ابراء شده امری استثنائی می باشد یعنی اسقاط طلب در همه موارد به نفع دائن است و از دارایی مدیون کسر می شود جز در ابراء که دین او ساقط و در عین حال از دارایی او کسر نمی شود و به دارایی او افزوده هم می شود؛ پس نباید با ابراء هم همانند دیگر اسباب اسقاط دین برخورد نمود. از طرفی همیشه دین تابع است که از یک معامله یا ایقاع یا ضمان قهری به وجود می آید که چنانچه ایفاء شود و بعد فرضاً عقد فسخ شود گویی ایفاء نابجا بوده، چنانکه ملاحظه می شود ایفاء رابطه خود را با عقد از دست نداده؛ حال چرا باید ابراء رابطه خود را با عقد از دست دهد و عمل حقوقی خارج از آن فرض شود. در نتیجه بنا بر آنچه در این بند بیان شد باید گفت که هر چند ما هم موافقیم که ابراء در حکم ایفای تعهد است ولی لازم نیست که همه آثار ایفای تعهد را ابراء هم داشته باشد بلکه تفاوتی در ماهیت و آثار دارند و اثری مشابه هم دارند که آن سقوط تعهد است و لا غیر. در پاسخ به سوال فرض





قضیه هم بنا به آنچه گفتیم جواب منفی است و البته در قسمتهای بعد وقتی در مورد مهریه صحبت می کنیم دلایل تکمیلی تر هم خواهیم گفت.

## ۵- آیا در صورت ابراء مهر و طلاق قبل از نزدیکی زن مدیون مازاد نیم از مهر می شود؟

در باره موضوع سوال این قسمت به اندازه توضیح داده شده. ابتدا توجیه کسانی که با این نظر موافق هستند که زن مدیون می شود را بیان داشته و سپس به بررسی دلایل مخالفان و خودمان را در مورد فرض سوال خواهیم پرداخت.

### ۵-۱- نظر موافقان

تعدادی از فقها به صرف بیان حکم مساله در کتب فتوایی بسنده نموده اند مثلاً امام خمینی(ره) می فرمایند: «اگر زن مرد را از صدیقی که بر عهده اوست ابراء نماید، سپس مرد قبل از نزدیکی او را طلاق دهد به نصف مهر بر زن رجوع می کند.» (خمینی، روح الام، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۲۰) و همین را شهید اول در لمعه دارد. (شهید اول، محمد بن مکی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۸۰). اما عده ای دیگر از فقها در کتب فقه استدلالی دلایلی را در توجیه حکم گفته اند. شهید ثانی می فرماید: «زن هنگام ابراء مالکیت تام به مهر داشت ولی آنچه به واسطه طلاق به شوهر می گیرد ملک جدید است و به همین خاطر است زیادتى که در مهر حاصل می شود تعلق به زن دارد. ... تصرف زن در مهریه به صورت ابراء به منزله اتلاف آن است بنا بر این به دنبال وقوع طلاق قبل از دخول شوهر حق مطالبه نصف آن را دارد. (شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۴) دیگر فقها هم نظری مشابه همین نظر دارند و توجیح اصلی آنها همین است که آورده شد (قمی، میرزا ابوالقاسم، ۱۳۷۱، ج ۴، ص ۵۶۹- نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۶، ج ۳۱، ص ۸۰). از میان حقوقدانان مرحوم دکتر حسن امامی می فرمایند: «در صورتی که مهر کلی و بر ذمه شوهر بوده و پس از عقد، زن شوهر خود را ابراء نموده باشد و قبل از نزدیکی طلاق داده شود، زن باید نصف آنچه را که مهر قرار داده شده به شوهر خود بپردازد، زیرا زن در مهر خود تصرف کرده و آن را از ملکیت خود خارج نموده است، از نظر حقوقی ابراء مانند ایفاء تعهد یکی از مسقطات می باشد. و از نظر حقوقی بین ابراء و انتقال طلب فرق گذارده نمی شود و در حقیقت ابراء مانند اتلاف است.» (امامی، سید حسن، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۴۷۴) از دیگر موافقان می توان دکتر سید مصطفی محقق داماد (محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۷، ص ۲۶۳) نام برد البته مرحوم دکتر شهیدی را با توجه به تحلیل ایشان از ابراء باید از موافقان این نظر دانست.

### ۵-۲- نظر مخالفان

دکتر مرحوم امامی در مقابل نظر خود نظر مخالفین را نیز بیان می دارد و می گویند: «از کتاب قواعد و مبسوط حکایت شده است که آنها احتمال داده اند شوهر پس از طلاق حقی از بابت مهر نخواهد داشت و بعضی از حقوقیین عامه نیز بر آنند، زیرا زن مالی از شوهر نگرفته و مهر را به او انتقال نداده و همچنین آن را تلف نکرده است.» (امامی، سید حسن، ۱۳۷۷، ج ۴، ص ۴۷۴) برخی این نظر را با عدالت و انصاف و عرف و عادت امروزی سازگارتر می دانند. (صفایی، سید حسین و امامی، اسد الام، ۱۳۸۷، ص ۱۹۵). دکتر کاتوزیان ضمن مخالفت به تعدادی



دیگر فقهای که احتمال مخالف را قوی دانستند را معرفی می نمایید و ابراز عقیده می نمایند: « ولی پذیرفتن این نظر (موافقین) دشوار است و باید نظر کسانی را تأیید کرد که شوهر را در این مورد مستحق چیزی ندانسته اند. زیرا، زن در نتیجه نکاح مالی از مرد نگرفته است و طلب خود را نیز به کسی منتقل نکرده است تا گفته شود انتقال طلب در حکم اتلاف آن است. او ذمه مرد را (به عنوان مدیون مهر) بری ساخته و بدین ترتیب اعلام کرده است که مالی از بابت مهر نمی خواهد. شوهر نیز در اثر ابراء زن به آنچه استحقاق داشته رسیده است. پس، چگونه می توان چنین زنی را، به بهانه این که در مهر تصرف کرده است، ملزم ساخت که نیمی از مهر را که نگرفته است به مرد باز گرداند. ذوق سلیم و انصاف نیز چنین حکمی را نمی پذیرد و ظاهر ماده ۱۰۹۲ که می گوید «... اگر شوهر نصف مهر را قبلاً داده باشد، حق دارد مازاد از نصف را ... استرداد کند.» شامل این مورد نمی شود. (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۶۴).

### ۵-۳- نگاهی نو به موضوع

همانطور که ملاحظه نمودید آنچه در موافقت یا مخالفت اساتید یا فقها بیان داشته اند حول محور تحلیل حقوقی موضوع می باشد و فقط اساتید مخالف پای انصاف و عدالت و عرف را به موضوع باز نموده اند. شاید هنوز مهمترین دلیل برای رد نظر موافقان همان تحلیل حقوقی باشد ولی جای آن دارد که این موضوع از جهات دیگر هم بررسی شود، زیرا مسایل حقوقی در حقوق ما وابستگی خاصی به اسلام دارد و نباید به صرف تحلیل حقوقی اکتفا کرد. گفتیم ابراء مهر توسط زن به شوهر خود، مستحب است، حال سؤالی های مطرح می کنیم؛ اگر زنی بداند که اگر مهر را ابراء کند و مرد قبل از نزدیکی وی را طلاق دهد او بدهکار مازاد نیم مهر می شود، آیا حاضر است قبل از نزدیکی مهر را ابراء کند؟ آیا این تحلیل از موضوع باعث نمی شود که هر شخص عالم از حکم، دیگر زنان را به انجام ندادن ابراء حداقل تا زمان نزدیکی توصیه کند؟ (برای نمونه رجوع کنید به: ولویون، رضا، ۱۳۸۶، ص ۳۱۵-۳۲۵) آیا این تحلیل باعث نشده که ما خلق ا... را از انجام عمل مستحبی برحذر کنیم؟ آیا بهتر نیست در این موارد طوری حکم کنیم که جماعت به انجام مستحبات تشویق بشوند؟ به نظر می رسد که پاسخ به این سؤالات بسیار روشن و بدیهی است. آری این حکم که مشهور فقها نیز می باشد، باعث می شود که زنان آگاه به حکم از ابراء دوری کنند و گاهی موجب می شود مردانی با آگاهی از این حکم از عواطف و نا آگاهی زنان به حکم سوء استفاده نموده و آنها را بدهکار خود کنند. باز هم گفتیم که زن در ظاهر با ابراء مهر محسنه است و احسان کرده است. و گفتیم که بر محسن جزایی نیست. آیا این که بگویم با توجه زن ابراء وی را مدیون بشماریم بر او سخت نگرفتیم؟ به نظر می رسد که این حکم مشهور فقها سختگیری به زن است و او را به شکلی مجازات نموده ایم که چون عمل نیک انجام داده ای پس حال که چنین شده، که این خلاف قاعده احسان است.

### ۶- نتیجه گیری

ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی می گوید: « هرگاه شوهر قبل از نزدیکی، زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر خواهد بود و اگر شوهر بیش از نصف را قبلاً داده باشد حق دارد مازاد از نصف را عیناً یا مثلاً یا قیمتاً استرداد کند.» این ماده که بر اساس فقه اسلامی است و از کتب اسلامی استخراج شده است، اما فتوای مشهوری دیگری در میان فقهای شیعه موجود هست که در ادامه همین حکم است که بیان می دارد: اگر زن مهریه خود را، بعد از نکاح، که در ذمه شوهر اوست ابراء کند و مرد قبل از دخول او را طلاق دهد زن نسبت به مازاد نیمی از مهریه که ابراء کرده به مرد مدیون می شود هر چند چیزی دریافت نکرده است. هر چند حکم اخیر به صراحت در قانون مدنی نیست، اما احتمال



دارد رویه قضایی با توجه اصل یکصد و شصت و هفتم، و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که در مواردی این چنینی منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر را در حکم قانون دانسته در مورد ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی، ابراء هم مانند ایفاء عمل کنند و حکم به مدیونیت زن دهند.

اما از سوی دیگر ابراء مهر از سوی زنان، امری پسندیده و مستحب است، که نزد خداوند تبارک و تعالی دارای ثوابی عظیم است و این احتمال هست که ترس از مدیون شدن احتمالی زنان را از انجام این عمل مستحب باز دارد و همین اندازه که این احتمال داده شود نباید چنین حکمی کرد و از طرفی زن با ابراء مهر محسنه فرض می شود و احسان نموده است و طبق قاعده فقهی احسان زن به واسطه نیکوکاری و خیری که در حق مرد نموده ضامن نمی شود. و از جهتی دیگر این حکم با انصاف، عدالت و وجدان مغایرت دارد. حال تکلیف برای حل این تعارضات چیست؟ بهترین راه حل همان است که استاد کاتوزیان ارائه نموده یعنی در برخورد با چنین موردی بگویم منظور قانون گذار از این ماده وقتی است که «شوهر بیش از نصف را قبلاً داده باشد» و دادن مهر شامل ابراء و بخشیده شدن از سوی زن نمی شود. راه کار دیگر این است که به منابعی که فتوا مخالف داده اند مراجعه کنند، البته این راه کار نسبت به مورد نخست از قدرت کمتری برخوردار است.



## References

1. Imamieh, S H.(1998).Civil Law, Islamic Publications, Tehran , vol. 1. **[In Persian]**
2. Imamieh, S H.(1998). Civil Law, Islamic Publications, Tehran , vol. 4. **[In Persian]**
3. Ansari, M and Taheri, M A. (2005). Private Law Encyclopedia, vol. 1, first edition, Mehrab Publications, Tehran , p. 110. **[In Persian]**
4. Har Ameli, Sh.(1992). Wassail al-Shia ila Tahsil Masail al-Shariah, Al al-Bayt Institute for the Revival of Heritage, Qom. **[In Persian]**
5. Khomeini, R.(2007). Translation of Tahrir al-Wasilah, Imam Khomeini's Works and Publications Organization, Qom. **[In Persian]**
6. Shahid Awwal, M.(2008) Luma Damascusia, translated by Shirvani, Ali, Dar al-Fikr Publications, Qom , vol. 2**[In Persian]**
7. Shahid Thani, Z.(2010). Translation of Legal Issues in Luma, compiled and translated by Asadullah Lotfi Majd, Tehran. **[In Persian]**
8. Shahidi, M.(2004). Collapse of Commitments, Majd Publications, Tehran. **[In Persian]**
9. Safaei, S H and Emami, A.(2008). Family Law, University of Tehran Press and Print, Tehran , vol. 1. **[In Persian]**
10. Fayd al-Islam, N.(2001). translated by Dashti, 10th edition, Tabaan Publications, Qom. **[In Persian]**
11. Qomi, M A.(1992). Jame' al-Shatat, edited and supervised by Morteza Razavi, Keyhan Institute, Tehran , vol. 4. **[In Persian]**
12. Mohaqeq Damad, S M.(2008). A Jurisprudential Study of Family Law: Marriage and Its Dissolution, Center for Islamic Sciences Publications, Tehran. **[In Persian]**
13. Katouzian, N.(2008). Civil Law (Obligations), Mizan Publications, Tehran. **[In Persian]**
14. Katouzian, N.(1999). Civil Law (Family Law), Bahman Borna Publications, Tehran , vol. 1. **[In Persian]**
15. Najafi, M H.(1987). Jawahir al-Kalam fi Sharh Shara'i al-Islam, Dar al-Ketab al-Islamiyah Publications, Tehran , vol. 31. **[In Persian]**
16. Nuri, M H.(1986). Mustadrak al-Wasa'il, Al al-Bayt Institute, Qom , vol. 15. **[In Persian]**
17. Parsapour, M B.(2003).Cancellation in Iranian and English Laws, Legal Articles Bank ([www.lawnet.ir](http://www.lawnet.ir)) **[In Persian]**
18. Velayoon, R.(2007). Conflict of Logic and Justice in the Cancellation and Giving of Dowry, Journal of Law and Political Science, University of Tehran, vol. 37, no. 4, winter. **[In Persian]**



## 19. Holy Quran