

بررسی فقهی و حقوقی آثار واگذاری حق طلاق

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۳/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۰۶/۱۸)

دکتر شهرام اصغری^۱

فاضله شیرزاد

چکیده

طلاق از مبعوض ترین امور حلال است اما در مواردی که چاره‌ای جز جدایی زوجین نیست، خداوند حکیم، برای مرد حق طلاق را قرار داده است؛ ولی به دلیل سوء استفاده برخی از مردان، قانون‌گذار، با جعل شرایطی مانع سوء استفاده آنان شده است تا از حقوق زنان حمایت کند. جواز یا عدم جواز وکالت در طلاق توسط زوجه و آثار واگذاری حق طلاق و همچنین تفاوت آن‌ها با یکدیگر موضوعی است که در مباحث نظری و محاکم قضایی مورد بحث است. با توجه به اهمیت شرعی و قانونی موضوع، تبیین مبانی فقهی و قانونی آن ضروری است. اکثریت فقهاء شیعه و اهل سنت وکالت در طلاق را جایز می‌دانند، از مقررات قانون مدنی ایران نیز جواز وکالت در طلاق توسط زوجه و غیراستنباط می‌شود. وکالت در طلاق منحصر به شروطی که در عقدنامه‌های رسمی موجود است، نمی‌باشد بلکه شوهر می‌تواند به زن وکالت مطلق در طلاق دهد. شرط وکالت در طلاق شرطی مشروع است و به عنوان شرط ضمن عقد دارای شرایط صحت شرط می‌باشد.

واژگان کلیدی: طلاق، زوج و زوجه، ازدواج، عقد نکاح، وکالت در طلاق، حقوق خانواده

بخش اول: حقوق زوج و زوجه

در ذیل عنوان کلی حقوق خانواده سه بخش مهم از یکدیگر قابل تفکیک هستند که شامل: ازدواج، طلاق و روابط والدین با فرزندان می‌شوند. بر همین مبنا مباحثی مانند: نفقه، مهریه، فسخ نکاح، حضانت طفل، نفقه اقارب، نسب و فرزندخواندگی از جمله مباحثی هستند که در همین قالب مطرح می‌شوند. اما در یک نگاه کلی‌تر، مجموعه حقوقی برای هر یک از اعضای خانواده نیز متصور است. در واقع حقوق، زوج، زوجه و هم‌چنین حقوق فرزندان متضمن نگاه توأم با احترام قانون‌گذار به هر کدام از اعضای خانواده و تلاش برای ایجاد تعادل بین حقوق و تکالیف آن‌ها با توجه به مسائل و نیازهای ناظر بر هر کدام است. حقوق زوج و زوجه با هدف متعادل ساختن حقوق و تکالیف آن‌ها مطرح می‌شود. هدف اصلی در این زمینه، ارتقا روابط اجتماعی و ارزش‌های اخلاقی در خانواده است که از طریق تعیین چارچوب‌های رفتاری از سوی قانون‌گذار محقق می‌شود. البته باید در نظر داشت که به فراخور فرهنگ‌ها، آیین‌ها و مذاهب گوناگون، مکاتب حقوقی دیدگاه خاصی پیرامون حقوق مرد و زن در خانواده دارند و برای نمونه در قالب اصول و قواعد اسلامی نگاه مشخصی به حقوق زوج و زوجه در خانواده وجود دارد. حق زوج بنا بر نکات فوق به معنای اختیاری است که توسط قانون برای مرد شناخته تا بتواند در مواردی مانند طلاق و ولایت، امری را انجام یا ترک نماید. بنابراین حق زوج عبارت از توانایی و قدرتی است که به موجب آن شوهر می‌تواند از چیزی منتفع گردد یا امری را انجام و یا فعلی را ترک کند. پیرامون حقوق زوج پیش از هر چیز می‌بایست به این مطلب توجه کنیم که تمکین زوجه از زوج و محدودیت‌های قانونی برای زن در برابر مرد به عنوان رئیس خانواده از جمله مواردی است که می‌بایست رعایت شود و در نتیجه اساسی‌ترین و اصلی‌ترین حق زوج، حق ریاست وی بر خانواده است.

بخش دوم: بررسی و شناخت طلاق

طلاق عبارت است از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص از جانب خود یا نماینده او بنابراین طلاق ویژه نکاح دائم است و انحلال نکاح منقطع (متععه) از طریق بذل یا انقضاء مدت صورت می‌گیرد. طلاق مخصوص عقد دائم است و زن منقطعه با انقضاء مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود. از نظر ماهیت حقوقی، طلاق ایقاعی است که از سوی مرد یا نماینده او واقع می‌شود. حتی در مواردی که طلاق توافقی بر اساس توافق زوجین که شرط یا انگیزه طلاق می‌باشد، غیر از خود آن است. طلاق به معنی پایان قانونی زندگی مشترک و جدا شدن همسران از یکدیگر

است. در هنگام ازدواج همه زوجین فکر می‌کنند که زندگی مشترک آن‌ها پایان بسیار خوشی خواهد داشت و یک عمر به خوبی و خوشی در کنارهم زندگی خواهند کرد. اما به مرور مشکلات و اختلافات خود را نشان می‌دهند مشکلات و اختلافات در زندگی مشترک امری گریز ناپذیر است. در این یا زوجین توان مدیریت اختلافات را دارند و مشکلات خود را حل می‌کنند یا اختلافات عنان زندگی را از دست آن‌ها خارج کرده و دیگر راهی برای ادامه زندگی باقی نمی‌گذارد.

در تعریف طلاق باید گفت این واژه از ریشه طلق و به معنای رهایی و آزاد کردن است و به جدایی زن و شهر و پایان زندگی مشترک به صورت قانونی اطلاق می‌شود.

طلاق طبق قانون مدنی ایران از اختیارات مرد است. به همین دلیل در ماده ۱۱۳۳ اینگونه مقرر می‌دارد: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». قانون مدنی بر طبق فقه شیعه دوازده امامی نوشته است. اما پیروان ادیان و مذاهب دیگر که در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده‌اند طبق قانون طلاق و احوال شخصیه می‌توانند بر طبق دین و آیین خود طلاق بگیرند. طبق اصول دوازدهم و سیزدهم فقط ادیان مسیحی، کلیمی و زرتشتی در ایران به رسمیت شناخته می‌شوند از سوی دیگر مذاهب اسلامی حنفی، شافعی، حنبلی، مالکی و زیدی نیز در بحث طلاق از فقه و آیین خودشان پیروی می‌کنند. طلاق انواع و اقسامی نیز دارد که ذکر آن‌ها در این قسمت ضروری به نظر می‌رسد:

طلاق خلع: طلاقی است که در آن زن به شدت از شوهر کراهت و تنفر دارد. در این حالت زن حاضر است مالی را به شوهر ببخشد تا شوهر به طلاق رضایت دهد. این مال می‌تواند کمتر، مساوی یا حتی بیشتر از مهریه باشد. این نوع طلاق همان است که در ضرب المثل مشهور «مهرم حلال و جانم آزاد» نیز به آن اشاره شده است. در طلاق خلع مرد حق رجوع ندارد مگر اینکه زن رضایت دهد و مالی که در قبال مهریه به شوهر بخشیده است را پس بگیرد. در این صورت این طلاق به طلاق رجعی تبدیل شده و مرد می‌تواند رجوع نماید و زندگی مشترک را دوباره در کنار همسر خود ادامه دهد.

طلاق مبارات: طلاق مبارات طلاقی است که در آن کراهت و تنفر حالت دو سویه دارد. یعنی زن شوهر به حدی از یکدیگر تنفر و کراهت دارند که دیگر امکان تحمل هم دیگر را ندارند و قصد دارند از یکدیگر جدا شود و این نوع طلاق در عرف نیز به طلاق توافقی مشهور است.

در طلاق توافقی طرفین درباره هر چیزی اعم از مهریه، نفقه، حضانت فرزندان و... تصمیم‌گیری می‌کنند و به توافق می‌رسند و توافقات خود را به اطلاع دادگاه می‌رسانند. در این حالت دادگاه طبق قانون جدید آن‌ها را به داوری در طلاق ارجاع می‌دهد. این داوران که اصولاً از بستگان زوجین هستند

پس از اینکه رأی و نظر خود مبنی بر جدایی آن‌ها را صادر کنند دادگاه ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش اقدام به صدور رای به طلاق توافقی می‌نماید. طلاق مبارات یا طلاق توافقی نیز از انواع طلاق بائن است و حق رجوع در آن برای شوهر وجود ندارد.

طلاق که قبل از زناشویی واقع شود: در برخی موارد طرفین خیلی زود به این نتیجه می‌رسند که نمی‌توانند باهم زندگی کنند و از ادامه زندگی مشترک به هر دلیل صرف نظر می‌کنند. چنانچه طلاق قبل از زناشویی واقع شود طلاق بائن خواهد بود. به عبارت دیگر زن و شوهر چنانچه قبل از برقراری رابطه جنسی از یکدیگر جدا شوند طلاق بائن بوده و مرد حق رجوع ندارد. در این حالت علاوه بر بائن بودن طلاق زن مستحق نصف مهریه خواهد بود.

طلاق زن یائسه: یائسگی دورانی از زندگی زنان است که زن به اقتضای سن خود دیگر به عادت ماهانه دچار نمی‌شود و خون حیض نمی‌بیند. بیشتر زنان در این زمان که فاقد قدرت باروری می‌شوند و دیگر نمی‌توانند بچه دار شوند. این دوره اصولاً بین چهل و پنج تا پنجاه سالگی شروع می‌شود. چنانچه زن یائسه شده باشد و در دوره یائسگی اقدام به طلاق کنند این طلاق بائن بوده و دیگر حق رجوع برای مرد وجود نخواهد داشت.

بخش سوم: بررسی و شناخت وکالت در طلاق

وکالت در لغت به معنای واگذار کردن یا تفویض کردن می‌باشد و در اصطلاح حقوقی: عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین عقد، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید. وکالت یکی از عقود بسیار رایج می‌باشد، که امروزه در صحنه‌های اجتماعی و اقتصادی و بانک‌ها استفاده زیادی می‌شود. وکالت عقد است و در نتیجه نیاز به ایجاب موکل و قبول وکیل دارد.

الف) وکالت مطلق: یعنی این که شخصی را برای تمام امور وکیل کند و این وکالت شامل امور اداری و مالی موکل می‌شود مثل فروش و یا خرید و یا پرداخت هزینه خانواده که در این قسم اعمال وکیل نیاز به اجازه موکل ندارد.

ب) وکالت مقید: که در این نوع وکالت، مورد وکالت مشخص و معین است و وکیل باید در همان مورد معین، عمل نماید. مثل خرید خانه یا فروش ماشین. وکالت از جهت شکل به وکالت رسمی یا عادی یا شفاهی تقسیم می‌شود.

بند اول: تعریف وکالت

وکالت، از اصطلاحات علم حقوق بوده و به معنای عقدی جایز است، که به موجب آن یکی از

طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب (جانشین) خود قرار می‌دهد. وکالت دهنده را مُوکیل و وکالت گیرنده را وکیل می‌نامند. وکالت بر دو نوع است: وکالت مطلق که در آن شخصی را برای تمام امور وکیل می‌کنند و وکالت مقید که در آن، مورد وکالت مشخص و معین است. از جمله تعهدات وکیل، رعایت مصلحت موکل در اقدامات و فعالیت‌های خویش تسلیم صورت حساب وکالت و از جمله تعهدات موکل، التزام عملی به تعهدات وکیل در قبال افراد ثالث و پرداخت هزینه وکالت مثل کرایه و عوارض و مالیات است.

بند دوم: وکالت در طلاق

وکالت در طلاق یکی از شیوه‌های مرسوم در بین طلاق‌ها در سال‌های گذشته است و می‌تواند به ۲ صورت وکالت در طلاق به عنوان یکی از شروط ضمن عقد ازدواج و وکالت در طلاق به صورت جداگانه باشد. وکالت در لغت به معنای حفظ و نگهداری، حمایت و همراهی است و قانونگذار در ماده ۶۵۶ قانون مدنی وکالت را این‌گونه تعریف کرده است «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌کند» البته در خصوص وکالت قوانین دیگری نیز وجود دارد که وکالت را به معنی اخص آن نیز به کار برده است اما در این نوشتار، فقط وکالت در طلاق به معنای عام بررسی می‌شود. از مهمترین موضوعاتی که در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران مورد بحث و ارزیابی قرار گرفته، وکالت در طلاق است چرا که اساسا طلاق توسط مرد انجام می‌شود یا به زبانی ساده‌تر حق طلاق در قانون ایران فقط با مرد است و زن چنین اختیاری ندارد و این مطلب در ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی نیز آمده است که «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه، طلاق همسرش را تقاضا کند» که مستند آن را نیز می‌توان در حدیث نبوی معروف «الطلاق بید من اخذ بالساق» «طلاق به دست شوهر است» جستجو کرد. برای اینکه زوج بتواند در امر انحلال نکاح دخالت کند، می‌بایست از روش‌های حقوقی خاصی تبعیت کند. همانطور که زوج می‌تواند به شخص دیگری وکالت در طلاق خود را بدهد، به همان ترتیب نیز می‌تواند وکالت طلاق را به زوج محول کند که در این صورت زوج می‌تواند وکیل در طلاق دادن خودش از جانب زوج باشد. با توجه به ماده ۶۷۹ قانون مدنی، وکالت عقدی جایز است. عقد جایز عقدی است که هر زمان هر یک از طرفین بخواهد می‌تواند آن عقد را بی‌اثر کند و وکالت نیز از این دسته عقود است. در همین راستا برای عدم عزل وکیل توسط موکل از سوی قانونگذار راهکارهایی ارائه شده است. وکالت زوج در طلاق ممکن است ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر یا حتی به صورت یک قرارداد مستقل

صورت گیرد که در طلاق ضمن عقد نکاح، در سند نکاحیه ذکر می‌شود و این نوع وکالت را به صورت قانونی شکل می‌دهد. وکالت در طلاق ضمن یک عقد مستقل نیز بدین شرح است که پس از ازدواج مرد به همسر خود وکالت در طلاق را می‌سپارد. البته وکالت در طلاقی دارای اثر قانونی است که در دفاتر اسناد رسمی تهیه و تنظیم شده باشد و این نوع وکالت در طلاق بهترین نوع با ضمانت اجرا در این خصوص است. زوجه برای رهایی از ازدواج نامناسب می‌تواند از طریق شروط ضمن عقد نکاح چنین اختیاری را برای خود رقم بزند که در این صورت وکالت زوجه تا زمان منحل نشدن نکاح به قوت خود باقی خواهد ماند و مرد در هیچ صورتی نمی‌تواند این وکالت را بی‌اثر کند مگر اینکه زن خود از وکالت در طلاق رجوع کند. از طرفی چون عقد وکالت در اینجا تابع عقد لازم شده است، موکل حق عزل وکیل را نخواهد داشت مگر اینکه عقد اصلی که در ضمن آن وکالت شرط شده به جهتی از جهات منحل شود.

بخش چهارم: تبیین رویکرد فقه نسبت به حق طلاق

بند اول: مبانی فقهی حق طلاق

حق طلاق اختیار برهم زدن پیوند زناشویی است. براساس فقه شیعه و فقه اهل سنت، حق طلاق به مرد اختصاص دارد؛ البته زن می‌تواند در قالب شرط ضمن عقد، وکالت طلاق خود را برعهده بگیرد یا در موارد خاصی مانند غیبت شوهر، خودداری یا ناتوانی شوهر از پرداخت نفقه و عسر و حرج، از حاکم شرع تقاضای طلاق کند. برخی اختصاص حق طلاق به مرد را ناشی از تفاوت روان‌شناختی و طبیعی زن و مرد و بعضی عاطفی و احساسی بودن زن و پیامدهای مالی طلاق برای مرد را سبب آن دانسته‌اند. اختصاص حق طلاق به مرد با دو ایراد طلاق‌های بدون عذر موجه و خودداری از طلاق به سبب اذیت زنان مواجه است. نخستین راه برون‌رفت از مشکل، جلوگیری و مبارزه با عوامل بی‌وفایی و هوس‌بازی مردان و راه‌حل مشکل دوم نیز به دست حاکم شرع دانسته شده است. با توجه به آیات متعددی می‌توان دریافت که حق طلاق یکی از حقوق زوج است و این جدول بیان‌گر این حق است:

جدول آیات پیرامون طلاق

۲۲۷، سوره بقره	وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ	و اگر عزم طلاق نمودند خدا (به گفتار و کردارشان) شنوا و داناست.
۲۳۰، سوره بقره	فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَتَّخِجَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ	پس اگر زن را طلاق (سوم) داد دیگر آن زن بر او حلال نیست تا اینکه زن به دیگری شوهر کند، اگر آن شوهر دوم زن را طلاق داد زن با شوهر اول (که سه طلاق داده) تواند به زوجیت بازگردند اگر گمان برند که احکام خدا را (راجع به امر ازدواج) نگاه خواهند داشت. این است احکام خدا که برای مردم دانا بیان می کند.
۲۳۱، سوره بقره	وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا تَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ	و هرگاه زنان را طلاق دادید بایستی تا نزدیک پایان زمان عدّه یا آنها را به سازگاری (در خانه) نگاه دارید و یا به نیکی رها کنید، و روا نیست آنان را به آزار نگاه داشته تا بر آنها ستم کنید. هر کس چنین کند همانا بر خود ظلم کرده است. و آیات خدا را به مسخره نگیرید و به یاد آرید نعمت خدا را که به شما لطف فرمود و (به خصوص نعمت بزرگ) کتاب آسمانی و حکمت الهی را که به شما فرستاد و شما را به اندرز آن بهره مند گرداند، و از خدا پروا کنید و بدانید که خدا به همه چیز آگاه است.
۲۳۲، سوره بقره	وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا تَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَإِذَا تَعَمَّلُوْنَ أَنْ يَتَّخِجْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ	و چون زنان را طلاق دادید و زمان عدّه آنها به پایان رسید، نباید آنها را از شوهر کردن منع کنید هرگاه به طریق مشروع به ازدواج با مردی تراضی کنند. بدین سخن

پند داده شود هر کس به خدا و روز بازپسین ایمان آورده. این دستور برای تزکیه نفوس شما بهتر است و خدا (به مصلحت شما) داناست و شما (خیر و صلاح خود) نمی دانید.	الْآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ	
باکی بر شما نیست اگر طلاق دهید زنانی را که با آنان مباشرت نکرده و مهری مقرر نداشته‌اید ولی آن‌ها را به چیزی بهره‌مند سازید، دارا به قدر خود و نادر به قدر خویش به بهره‌ای شایسته او، که این سزاوار مقام نیکوکاران است.	لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ	۲۳۶، سوره بقره
و اگر زن‌ها را قبل از مباشرت با آن‌ها طلاق دهید، در صورتی که بر آنان مهر مقرر داشته‌اید بایستی نصف مهری را که تعیین شده به آن‌ها بدهید مگر آن‌ها خود گذشت کنند یا کسی که امر نکاح به دست اوست (مثل پدر یا جد) از آن حق در گذرند، و گذشت کردن به تقوا و خدا پرستی نزدیکتر است، و فضیلت‌هایی که در نیکویی به یکدیگر است فراموش نکنید، (و بدانید) که خداوند به هر کار (نیک و بد) شما بیناست.	وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَا أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ	۲۳۷، سوره بقره
ای مردان با ایمان، هرگاه زنان مؤمنه را به عقد خود در آورده، پیش از آنکه با آن‌ها نزدیکی کنید طلاقشان دادید در این صورت از شما نگه داشتن عده بر آن‌ها نیست، پس آن‌ها را به چیزی بهره‌مند و به نیکی رها سازید.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا	۴۹، سوره احزاب

آیاتی که واژه طلاق در آن‌ها به کار رفته بیان‌گر این اصل هستند که حق طلاق در اختیار مردان است. اما مرور احادیث نقل شده از معصومین نیز نشان می‌دهد که حق طلاق به عنوان یکی از حقوق زوج مورد توجه بوده است. برای نمونه رسول اکرم (ص) در حدیثی فرمودند: «دعای پنج گروه اجابت نمی‌شود. یکی از آن‌ها مردی است که خداوند اختیار طلاق همسرش را به او سپرده و زنش او را آزار می‌دهد و مالی دارد که صداق او را بدهد و طلاقش دهد اما طلاقش نمی‌دهد»^۱ (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۱). روایتی از خطاب بن مسلمه نقل شده است که بر اساس آن امام کاظم (ع) در واکنش به شکایات وی از همسرش این گونه فرمود که: یک بار پدرم زن بد اخلاقی را به همسری من درآورد و من از این امر نزد او شکایت کردم. پدرم فرمود: چه چیز مانع جدایی تو از او می‌شود؟ خداوند اختیار آن را به تو واگذار کرده است. پس با خود گفتم: گره از کار من گشودی (حر العالمی، ۱۴۰۹: ۲۶۹). در قرآن از اثبات حق طلاق برای مرد سخنی گفته نشده؛ بلکه در تمام آیات مرتبط سخن از طلاق دادن مرد و طلاق داده شدن زن است؛ اما در روایات تصریح شده که حق طلاق در اختیار مرد است. از امام صادق (ع) درباره زنی که شرط کرده بود طلاق در اختیار او باشد، سؤال شد. حضرت در پاسخ فرمود: «مخالف سنت عمل شده و حق به کسی سپرده شده که اهلیت ندارد. طلاق در اختیار مرد است و سنت نیز همین است» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۹۸). گفته شده در همه مذاهب اسلامی و در تورات و تلمود (مهم‌ترین کتاب و گنجینه‌ای از شریعت شفاهی یهود) نیز طلاق، حق اختصاصی شوهر شناخته شده است. گفته شده اختصاص حق طلاق به مرد ممکن است با دو ایراد مواجه باشد: نخست اینکه بعضی از مردان با سوء استفاده از حق طلاق، همسر خود را بدون عذر موجه طلاق دهند و دیگر اینکه برخی از مردان، به رغم ناامیدی از زندگی مشترک، به جهت اذیت و آزار زن خود، از طلاق خودداری کنند و او را در حالت بلاقینی نگه دارند.

بند دوم: آرای فقها پیرامون حق طلاق

به طور کلی لازم است تا به این پرسش توجه شود که توکیل حق طلاق به زوجه آیا صحیح است؟ اساساً حق طلاق برهم زدن پیوند زناشویی با صیغه مخصوص است. براساس دیدگاه فقه‌های شیعه و اهل سنت، در اختیار مرد است. مستند این حکم روایت نبوی ((طلاق در اختیار کسی است که مالک ساق است^۲)) (نجفی، ۱۳۶۲: ۵). در این جا مالک ساق کنایه از شوهر است. بنابه گفته نویسنده کتاب

۱. خَمْسَ لَا يَسْتَجَابُ لَهُمْ رَجُلٌ جَعَلَ بِيَدِهِ طَلَّاقَ امْرَأَتِهِ وَ هِيَ تُؤْذِيهِ وَ عُنْدَهُ مَا يُعْطِيهَا وَ لَمْ يَخْلُ سَبِيلَهَا
 ۲ الطَّلَاقُ يَبْدُ مِنْ أَخَذِ السَّاقِ؛

مسالك الافهام فی شرح شرائع الاسلام، روایت دلالت دارد که حق طلاق صحیح فقط در اختیار مرد است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱) از این رو گفته شده اگر زن در ضمن عقدی شرط کند که در موارد خاص یا به صورت مطلق، حق طلاق به او سپرده شود، این شرط باطل است. حنفیان، پیروان ابوحنیفه و یکی از مذاهب فقهی اهل سنت، برآنند اگر این شرط از سوی زن باشد، صحیح است و زن هرگاه بخواهد می‌تواند خود را مطلقه کند؛ ولی اگر از طرف مرد باشد، باطل است (مغنیه، ۱۴۲۲: ۳۰۱). در این رابطه باید توجه داشت که اساساً طلاق به عنوان حق طبیعی مرد قلمداد شده است اما شرایطی نیز برای آن ذکر شده است. برای نمونه می‌بایست روابط مرد با زن جریان طبیعی خود را طی کند. در حقیقت حق طلاق ناشی از نقش خاص مرد در عشق است نه مالکیت او در این زمینه و بنابراین طلاق را از آن جهت می‌توان رهایی دانست که ماهیت طبیعی ازدواج تصاحب است و تصاحب به معنی مالکیت مرد بر زن نیست. در واقع در منطق اسلام اختیار طلاق به مرد ناشی از نقش مرد است و نشاندنده برتری و امتیاز مرد نیست. طلاق به عنوان حقی طبیعی از مختصات مرد است. طبیعت کلید فسخ ازدواج را به مرد داده است، یعنی این مرد است که با بی‌علاقگی و بی‌وفایی خود نسبت به زن او را نیز سرد و بی‌علاقه می‌کند. هر زمان که شعله محبت و علاقه مرد خاموش شود، ازدواج از نظر طبیعی مرده است. در همین چارچوب از نظر فقه اسلامی و هم‌چنین قانون مدنی ایران در عین حال که حق طلاق به صورت حقی طبیعی برای زن وجود ندارد ولی به صورت حقی قراردادی و تفویضی می‌تواند وجود داشته باشد. البته به طور کلی وقوع طلاق بدون داشتن علت موجه از سوی مرد مذموم بلکه حرام قلمداد شده است برای نمونه به تعبیر یکی از فقها: الطلاق محظور فی نفسه مباح للضرورة «طلاق به شرطی رواست که سبب اذیت بناحق نشود و اذیت وقتی جایز است که جنایتی باشد و یا ضرورتی ایجاب نماید. بنابراین چون هر وقت طلاق می‌دهند سبب اذیت می‌شود طلاق روا نخواهد بود جز در برابر جنایتی که زن نموده باشد یا ضرورتی در میان باشد.» (صابری صفایی، ۱۳۴۶: ۱۸). مشابه چنین نظری در اندیشه نویسنده کتاب الحلال و الحرام فی الاسلام نیز قابل مشاهده است. اما به طور کلی غالب فقها با استناد آیات قرآن به ویژه سوره طلاق و روایت مشهور «الطلاق بید من اخذ بالساق» و نیز سیره مسلمانان، به جواز طلاق حکم داده‌اند و منحصرأ به مکروه و مبغوض بودن طلاق غیرموجه تاکید داشته‌اند. در عین حال به اعتقاد برخی از فقهای نواندیش، حق طلاق مرد و فقدان حق طلاق برای زن باعث شده است تا شبهه‌ای مبنی بر وجود تبعیض جنسیتی ایجاد شود و این نکته با مبانی اسلامی که بر پایه کرامت انسان و تساوی زن و مرد تلقی می‌شوند دارای مغایرت است. به همین دلیل

با رد این ایراد که احساسات زن نقطه ضعفی برای رفتار منطقی او محسوب می‌شود و دادن حق طلاق به او موجب تزلزل خانواده می‌شود، اعتقاد دارند تنها راه رفع اشکال تبعیض علیه زنان در وجوب طلاق خلع بر مرد است. به نظر این گروه همان گونه که مرد می‌تواند هر وقت اراده کند زن را با دادن مهر طلاق دهد، زن نیز می‌تواند در مواردی که از شوهر کراهت دارد با استرداد مهر یا بخشش آن به شوهر یا ابراء ذمه زوج از مهر کلی، مرد را به طلاق دادن ملزم کند و کراهت زوجه بدون قید است، به هر دلیلی که باشد محقق می‌شود؛ حتی اگر با این دلیل که دوست دارد با مرد دیگری ازدواج کند» (صانعی، ۱۳۸۶: ۳۶-۴۴). از سوی گروهی از فقها جست و جویی واقع‌نگرانه جهت یافتن راهکاری که حق انحصاری مرد در طلاق را تعدیل کند پیگیری شد. در این راستا طریقی که در عین رعایت حرمت قاعده «الطلاق بید من اخذ بالساق»، راه‌حلی برای طلاق با اراده زن نیز ارائه دهد مورد پیگیری قرار گرفت. به همین جهت این راهکار مطرح شد که زن می‌تواند وکالت در طلاق را، مشابه تمامی وکلا از شوهرش داشته باشد. این ایراد که رد شد در واقع با این استدلال که زن در ایقاع طلاق به اصالت عمل نمی‌کند و به نیابت از مرد اقدام می‌کند و هنوز طلاق دهنده مرد است ایرادی مبنی بر این که وکالت زوجه در طلاق نقض قاعده انحصار طلاق در ید مرد است به طور کلی رد شد. در بدو امر وکالت مشروط پذیرفته شد. در این چارچوب اصل وکالت در طلاق منجز به زن اعطا می‌شود اما اعمال آن منوط بر این امر است که شرط تعلیق، مانند ترک زندگی خانوادگی یا عدم انفاق، اتفاق بیفتد. چنین نوعی از وکالت می‌تواند به صورت مستقل داده شود که بالطبع جایز است یا در ضمن عقد لازم و از جمله نکاح بیاید و به صورت شرط نتیجه به نحو بلاعزل واقع شود. هر چند نظریه مشهور آن است که وکالت بلاعزل طبیعت اصلی خود را حفظ می‌کند و با جنون هر یک از موکل و وکیل منفسخ می‌شود؛ لیکن، برخی فقها معتقدند در موردی که وکالت به صورت شرط ضمن عقد لازم آمده باشد با جنون منفسخ نمی‌شود. در چنین چارچوبی بود که بعدها، برخی فقها، مانند صاحب مسالك الافهام و نویسنده مفتاح الکرامه و نویسنده تحریر الوسیله، اعتبار وکالت در طلاق را به وکالت مطلق گسترش دادند؛ به این معنا که مرد می‌تواند وکالت در طلاق را به همسرش بدهد که هر موقع اراده کند و بی آن که تحقق شرطی ضرورت داشته باشد خود را مطابق مفاد وکالت و به شکل باین و یا رجعی مطلقه نماید.

بخش پنجم: رویکرد فقه نسبت به واگذاری حق طلاق به شخص ثالث (نظر فقهای ۴ گانه)

در قالب فقهی رویکردهای گوناگونی نسبت به واگذاری حق طلاق به شخص ثالث است که در این بخش لازم است بر آن‌ها مروری صورت پذیرد:

مذهب حنفی: در ذیل فقه حنفی طلاق توسط غیر زوج به سه صورت می‌تواند رقم بخورد:

۱- وکالت به این معنا که زوج به فردی غیر از زوج وکالت دهد که همسر او را طلاق دهد.

۲- رسالت ناظر بر این امر است که زوج شخصی را نزد همسر خود بفرستد و از این طریق به او پیام دهد که شوهرت گفت: اختاری (انتخاب کن). در چنین حالتی زن دارای حق انتخاب میان طلاق رجعی و غیر آن خواهد.

۳- تفویض: در سه صورت تحقق می‌یابد: سپردن امر طلاق به دست زن با گفتن «امرک بیدک»، مخیر کردن زوج به گفتن «اختاری». تنها فرق این مورد با مورد قبلی در این است که در مخیر کردن مرد نمی‌تواند ۳ طلاق را نیت کرده باشد، ولی در «امرک بیدک» می‌تواند و مطلق کردن طلاق بر خواسته زن با گفتن «تو مطلقه هستی اگر بخواهی». بر طبق منابع و فتاوی‌ای مذهب حنفی، حقی که به صورت تفویض در مورد اول و سوم به زن داده شد، منحصر به همان مجلس است و چنانچه زن همان موقع انتخابی صورت ندهد، پس از آن حق انتخاب ندارد.

مذهب مالکی: در مذهب مالکی طلاق توسط غیر زوج به سه صورت می‌تواند واقع شود:

۱- وکالت که توضیحات آن مانند نمونه فوق الذکر است.

۲- تملیک: اعطای مالکیت به زوج نسبت به حق طلاق که در این صورت امکان عزل زوج وجود نخواهد داشت.

۳- تخیر: مخیر کردن زوج بین باقی ماندن در کنار زوج یا فراق و چنانچه زن جدایی را انتخاب کند، سه طلاق به حساب می‌آید.

مذهب شافعی: در این مذهب چنانچه از سوی مرد، زن مالک بر انتخاب طلاق شود، می‌تواند جدایی را انتخاب کند و این حق برای همسر فوری است و اگر همان موقع از آن استفاده نکند بعدها نمی‌تواند خود را مطلقه سازد.

مذهب حنبلی: آنچه از منابع فقهی مذهب حنبلی بدست می‌آید آن است که ظاهراً این گروه فقط وکالت زن در امر طلاق را پذیرفته‌اند. مذهب حنبلی به مسأله جدایی زن و شوهر نگاه می‌کند و طلاق

را حق انحصاری مرد می‌داند که یا خود آن را اعمال می‌کند و یا به صورت وکالت به دیگری واگذار می‌نماید و ممکن است که دیگری زوجه باشد و واگذاری این حق تابع احکام باب وکالت است. یعنی شوهر می‌تواند به طور مطلق و بدون قید و شرط به همسر خود وکالت در طلاق خود دهد یا آن را مقید به شرایطی نماید.

مذهب تشیع: در فقه شیعه طلاق بر دو نوع است: طلاق رجعی، طلاقی است که مرد بدون هیچ مانعی می‌تواند در زمان عده رجوع کند. طلاق بائن، طلاقی است که شوهر بعد از آن حق بازگشت ندارد، خواه زن در عده باشد یا نه و آن بر شش نوع است: الف) طلاق قبل از آمیزش ب) طلاق دختری که به سن نه سالگی نرسیده است هرچند با وی آمیزش شده باشد. ج) طلاق خانمی که یائسه شده است. این سه نوع طلاق عده ندارد. د) طلاق خُلَع خلع نوعی طلاق است که انگیزه آن بیزاری زن از شوهر است و برای آن، زن مال یا کابین خود -مهریه را به همسرش می‌بخشد. بنابر احوط شرط است که خلع ناشی از کراهت شدید زن باشد به طوری که از گفتار یا کردار زن، بیم خروج وی از اطاعت و ورود در معصیت برود. بنابراین اگر مرد زن را در برابر بخشیدن کابین بدون کراهت وی طلاق دهد، خلع صحیح نیست و در برابر آن چیزی به او تعلق نمی‌گیرد، ولی اگر شرایط طلاق رعایت شود، طلاق صحیح است. ه) طلاق مبارات طلاق مبارات طلاقی است که کراهت از دو طرف باشد و برای آن باید زن مال کابین خود را به همسرش ببخشد. البته مال بخشیده شده نباید بیشتر از مهریه زن باشد، بلکه احوط این است که کمتر باشد، بخلاف طلاق خلع که بستگی به رضایت دو طرف دارد. در این دو مورد چنانچه زن آنچه را که بخشیده است بازگرداند، مرد حق بازگشت دارد. و) طلاق سوم که در بین طلاق، دو نوبت شوهر بازگشت کرده باشد؛ یعنی میان طلاق اول و طلاق دوم و سوم ولو با عقد جدید پس از انقضای عده. چنین زنی چنانچه با دیگری ازدواج کند و پس از آمیزش، با مرگ شوهر دوم، یا طلاق از وی جدا شود، به شوهر اول حلال می‌شود و وی می‌تواند آن زن را بعد از پایان عده نکاح از شوهر دومی به عقد خود درآورد.

این نوع وکالت، تنها در زمانی است که زوج تصمیم به طلاق گرفته است (ابراز اراده ولی برای اجرای صیغه طلاق (تحقق اراده) به دیگری وکالت در اجرای صیغه را می‌دهد. به عبارتی این زوج است که از حق طلاق خود استفاده می‌کند ولی اجرای این اراده بصورت وکالتی به ثالث واگذار می‌گردد. در نتیجه در مورد وکالت در اجرای صیغه طلاق زمانی که زوج اراده خود را در طلاق اعلام نموده است، مورد تأیید مشهور فقهای امامیه بوده و در حقوق ایران نیز پذیرفته شده است. امروزه درباره این نوع از

وکالت در طلاق اتفاق نظر وجود دارد و از جمله بحث‌های چالشی در حقوق خانواده نمی‌باشد. فقهای امامیه برای این حکم ادله و مستنداتی ارائه نموده اند که عمدتاً به شرح ذیل می‌باشد: طلاق ماهیتاً وکالت پذیر است، چرا که طلاق از اموری است که می‌تواند مورد وکالت و نیابت قرار گیرد. برخی اقدامات انسان مانند عبادات و یا حقوق مانند حق ابوت و حق زوجیت نیابت پذیر نمی‌باشد؛ چرا که این اقدامات قائم به شخص می‌باشد ولی در برخی امور مانند بیع، اجاره، شرکت و... به استناد منابع فقهی و حقوقی منعی وجود ندارد که این عمل را به دیگری منتقل نمود و طلاق نیز به عنوان یک عمل حقوقی از این جمله است. غرض شارع در طلاق، انجام آن بالمباشره توسط زوج نیست بلکه اجرای صیغه طلاق است، پس طلاق نیابت پذیر است. به طور کلی در افعال حقوقی، اغلب اصل بر نیابت پذیر بودن آن‌هاست. به نظر می‌رسد که طلاق به عنوان یک ماهیت عرفی مانند تمامی نهادهای حقوقی که تأکیدی بر قید مباشرت آن‌ها نشده است نیز از این اصل مستثنی نیست. به استناد روایات، امر طلاق قابل توکیل شمرده شده است روایات خاصی در این زمینه وجود دارد؛ به عنوان مثال در روایتی از امام علی (ع) سوال شده است که اگر مردی طلاق همسر خود را به دو نفر واگذار کرده باشد و یکی از دو وکیل اقدام به طلاق کند و دیگری مخالف باشد چه حکمی دارد؟ ایشان چنین طلاق را صحیح ندانسته و گفته اند که هر دو وکیل باید بر آن امر اتفاق داشته باشند. با ذکر این مستندات و ادله تردیدی وجود ندارد که وکالت در طلاق به مفهوم عام در نظر فقهاء عظام حکم به جواز دارد ولی باید توجه داشت که بسیاری از فقها که طلاق را وکالت پذیر می‌دانند، حاضر نبوده اند به جواز نیابت و وکالت زن فتوا دهند. از نظر ایشان، هر چند مرد می‌تواند مردی را برای طلاق همسر خود به عنوان وکیل انتخاب نماید و این اختیار را به او محول نماید ولی زوجه که می‌خواهد طلاق بگیرد نمی‌تواند وکیل برای طلاق خود باشد (جعفرپور، ۱۳۷۸: ۱۲-۱۱).

بند اول: آثار واگذاری حق طلاق به شخص ثالث برای زوج یا زوجه (داور)

داور در لغت به معنی انصاف دهنده، قاضی، حکم اختصاصی و کسی است که میان مردم حکم و فصل دعوی کند (معین، ۱۳۸۲: ۱۰۶۳). در واقع به کسی گفته که سمت قضایی در دستگاه دولتی ندارد و در مراعات بالقوه یا بالفعل رسیدگی کرده، فصل خصومت می‌کند و رأی می‌دهد داور گفته می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۶۸۸۹). چنین تعریفی با قرابت بیشتری با داوری در قالب حقوقی دارد. در اصطلاح حقوقی داوری عبارت است از: «فصل اختلاف بین طرفین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاصی که طرفین یا ثالث آن‌ها را در این جهت انتخاب نموده باشند» (شمس،

۱۳۸۷: ۵۱۵). در همین رابطه آثار واگذاری حق طلاق به شخص ثالث برای زوج یا زوجه ذیل عنوان داور را می‌توان از چند منظر مورد بررسی قرار داد؛ در بعد اول گروهی از حقوق‌دانان قرارداد داوری را نوعی وکالت تلقی کرده و معتقدند در قرارداد داوری، اشخاص به وکلای خود اختیار می‌دهند که درباره‌ی اختلافات آن‌ها داوری کنند. رأی داور درباره‌ی طرفین و قائم مقام آن‌ها نافذ است، ولی این نفوذ فقط ناشی از حاکمیت اراده‌ی ایشان است (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۵). به رغم این که چنین نظری عمدتاً در بین حقوق‌دانان متداول شده است، اما در میان فقها نیز می‌توان مشابه چنین نظری را نیز مد نظر قرار داد. برای نمونه از نظر قاضی ابن براج به این نظر اشاره کرده و آن را مورد تبیین قرار داده است (ابن براج، ۱۴۰۶: ۲۶۶). اما باید به این نکته توجه داشت که اساساً وکالت عقدی است که جایز بوده و در قالب آن موکل هر زمان که اراده کند می‌تواند وکیل را از سمت خود برکنار کند. با توجه به این نکته اگر حق طلاق به داور واگذار شود کسانی که داوران را برگزیده‌اند می‌توانند هر زمان که بخواهند داوران را عزل کنند و این در حالی است که ذات این امر با ماهیت انتخاب داور به عنوان فردی که اختلافات طرفین را به نحوی الزام آور برطرف نماید منافات دارد. نکته دیگر این است که در صورت واگذاری حق طلاق به داور وی هیچ‌گونه الزامی برای رعایت مصالح زوج یا زوجه به لحاظ قانونی ندارد و بر خلاف وکالت، موظف به رعایت مصالح اشخاص نخواهد بود.

بند دوم: آثار واگذاری حق طلاق به شخص ثالث برای زوج یا زوجه (وکیل)

در حقوق ایران هر کسی می‌تواند با داشتن حق طلاق یک زن از طرف شوهر، شرایط لازم برای طلاق را فراهم ساخته و به نیابت از موکل خود یعنی زوج، صیغه طلاق را جاری سازد قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه اسلام، هم در مورد ازدواج و هم در مورد طلاق تحقق آن‌ها را از طریق وکیل جایز شمرده است در مورد ازدواج مواد ۱۰۷۱ تا ۱۰۷۴ قانون مدنی و برای طلاق نیز ماده ۱۱۱۹ قانون مذکور چنین امکانی را فراهم ساخته اند که موضوع بحث ما در این مجال فقط وکالت در طلاق است. امکان واگذاری حق طلاق که توسط قانون مدنی پیش بینی شده است می‌تواند برای ایجاد تعادل و توازن در عقد نکاح چاره ای باشد. بدین صورت که کل مجموعه نکاح و طلاق و آثار مربوط به آن را در ضمن یک عقد واحد قلمداد نموده و بدین ترتیب حقوق زوجه را که اکثراً مورد تضییع قرار می‌گیرد پاسداری نمود. در نتیجه زوجه شخصاً در امر انحلال تاسیسی که اراده اش در اصل پیدایش آن نقش داشته نیز دخیل خواهد گردید و بدین ترتیب تا حدی عملاً اثر ایقاع را از طلاق گرفته و اراده زن را نیز به طور غیرمستقیم در امر انحلال این تاسیس دخیل خواهد نمود با این شیوه اراده یک طرفه

مرد بر طلاق بدون قید شرط زوجه خود که وفق ماده ۱۳۳ قانون مدنی حق وی شناخته شده را می‌توان لجام زد.

قانون ایران به زوجه حق داده است که از جانب زوج وکیل در طلاق دادن خود باشد و حق طلاق چون شرط مزبور مخالف مقتضای عقد ازدواج نیست (ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی). منتها از آنجایی که وکالت عقدی است جایز برای اطمینان از عدم عزل وکیل توسط موکل قانون مدنی تمهیدی اندیشیده است به این صورت که اگر وکالت وکیل یا عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد امکان عزل وکیل وجود نخواهد داشت (مثل اینکه وکالت طلاق ضمن عقد ازدواج داده شده باشد) مگر اینکه عقد اصلی که در ضمن آن شرط وکالت شده به جهتی از جهات منحل شود برای عدم برخورد با این مانع معمولاً شرط وکالت در ضمن خود عقد نکاح یا یک عقد لازم دیگری درج می‌شود. در این صورت اندراج شرط در ضمن عقد لازم دیگر، موجب عدم امکان عزل وکیل (که در اینجا زوجه است) توسط زوج خواهد شد یعنی زوج حق عزل وکیل را نخواهد داشت.

برای اطمینان از قابل اجرا شدن شرط واگذاری حق طلاق یا وکالت در طلاق بایستی آن را به صورت شرط نتیجه در ضمن عقد لازم دیگری مقید ساخت زیرا در صورتی که مفاد شرط به صورت شرط فعل بیان شود مرد ممکن است متعاقباً زن را وکیل در امر طلاق دادن خودش بنماید؛ ولی قبل از انجام مفاد وکالت توسط زوجه و مطلقه کردن خود با توجه به جایز بودن عقد وکالت زن را عزل کند و بدین صورت شرط نیز بلااثر شود یعنی اگر وکیل نمودن زوجه توسط زوج شرط شود، این نوعی شرط فعل خواهد بود که همان مفسده را به همراه خواهد داشت ولی اگر وکیل بودن زوجه از جانب زوج در سند ازدواج در ضمن عقد لازم شرط شود این نوعی شرط نتیجه خواهد بود و چون اثر شرط نتیجه به مجرد عقد ظاهر می‌شود حدود و بقای شرط تابع عقد اصلی خواهد بود و تا زمانی که عقد اصلی فسخ و یا اقاله نشده شرط نتیجه در ضمن آن نیز اثر خود را خواهد داشت. در صورت تبعیت از چنین شیوه ای حتی بدون رضایت زوج، زوجه می‌تواند با داشتن حق طلاق، طلاق بگیرد زیرا چنین وکالتی قابل عزل نیست و اثر عقد لازم را پیدا می‌کند به گونه ای که حتی شرط مزبور با توافق بعدی نیز وفق ماده ۲۴۴ قانون مدنی قابل اسقاط نیست. البته امکان واگذاری حق طلاق ضمن وکالتنامه جداگانه رسمی بعد از عقد هم وجود دارد.

بند سوم: آثار واگذاری حق طلاق به شخص ثالث در صورت وجود خيار شرط

طرفین عقد اگر شرط کنند که هر دو یا یکی از آنها یا شخص ثالثی حق فسخ معامله را داشته باشد شرط خيار محقق می‌شود؛ چون سبب خيار، شرط است می‌توانیم به این خيار، خيار شرط هم بگوییم. یعنی جای دو کلمه را با هم عوض کنیم. خيار مذکور نباید با خيار تخلف از شرط یا اشتراط اشتباه شود. در خيار شرط ابتدا حق فسخ شرط شده اما در خيار تخلف از شرط که گاه به آن خيار اشتراط گویند وجود صفتی در مورد معامله، یا تحقق نتیجه یک عمل حقوقی، ضمن عقد شرط می‌شود یا فعل یا ترک فعلی بر مشروط‌علیه شرط می‌شود که تخلف از این شروط نهایتاً برای مشروط‌علیه حق فسخ ایجاد می‌کند.

نویسنده کتاب لمعه دمشقیه در کتاب خویش علاوه بر خيارات، از خياری به نام خيار شرط و خيار اشتراط سخن گفته‌اند. منظور ایشان از خيار شرط آن خياری است که خود خيار در عقد، شرط شده باشد مثل اینکه بگوید خریدم یا فروختم به شرط آنکه ظرف فلان مدت، حق فسخ بیع یا امضای آن را داشته باشم و مرادش از قسم دوم یعنی خيار اشتراط این است که مشتری یا بایع چیز معینی را غیر از حق فسخ شرط کرده باشند؛ ولی تخلف از آن شرط منتهی به تحقق خيار شرط شود مثل اینکه بایع با مشتری شرط کند که مشتری فلان کار را انجام دهد یا مشتری با بایع شرط کند که مبیع دارای صفت و ویژگی خاصی باشد چنانچه تخلف از شرط محقق شود برای مشروط‌له حق خيار فسخ عقد ایجاد می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۱۹-۱۱۸).

شرط خيار را در نکاح عده‌ای از فقها باعث بطلان نکاح می‌دانند. به عنوان مثال نویسنده کتاب مبسوط در کتاب خود می‌گوید: در عقد نکاح خيار شرط راه ندارد و اگر شرط خيار برای ثالث در نکاح گذاشته شود نکاح باطل می‌شود و عده‌ای صرفاً شرط را باطل می‌دانند و نه عقد را و نظراول اقوی است (شیخ طوسی ۱۳۸۷: ۱۹۴؛ ۱۴۰۷: مسأله ۵۹). نویسنده کتاب درالمهذب نیز خيار شرط را مبطل نکاح می‌داند، از آنجا که عقد نکاح عقدی ذاتاً لازم است (ابن براج ۱۴۰۶ ج ۲: ۲۱۲). نویسنده کتاب تذکره الفقهاء می‌نویسد: در نکاح چون قصد عوض نمی‌شود خيار شرط راه ندارد و اگر شرط خيار شود عقد باطل است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۶۵-۶۶). صاحب کشف اللثام هم خيار شرط را مبطل عقد می‌داند از آنجا که عقد نکاح به خاطر وجود شائبه عبادت در آن نمی‌تواند خياری بشود و طرفین هم جز به عقد خياری تراضی نکرده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۴۲۳). صاحب اصباح الشیعه مصباح الشریعه هم خيار شرط را مبطل عقد می‌داند (بیهقی نیشابوری کیدری، ۱۴۱۶: ۱۴۰). اما عده‌ای دیگر

خیار شرط را باطل و نکاح را صحیح می‌دانند. صاحب کتاب مستمسک عدم ثبوت خیار شرط را در نکاح موجب فساد عقد نمی‌داند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶: ۳۲۰). نویسنده السرائر نیز می‌گوید: خیار شرط در نکاح راه ندارد چون نکاح برای طرفین عقد لازم است و اگر در آن شرط خیار شود شرط باطل و عقد صحیح است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۷۵). در رد نظر مخالف^۱ می‌گوید: دلیلی از کتاب و سنت و اجماع بر بطلان عقد نداریم، چون عقود شرعی وقتی شرطی غیر شرعی به آنان ضمیمه شود شرط باطل و عقد صحیح است و شرط خیار شرط غیر شرعی است و عموم «اوفوا بالعقود» دلالت بر صحت عقد و لازم‌الاطراف بودن آن می‌کند و آنچه شیخ ذکر کرده است تخریجات و فروعات مخالفین است و هیچ کدام از فقهای ما قائل به این نظر نشده‌اند و این قول مذهب شافعی است و هیچ خبر واحد یا متواتری از علمای شیعه دال بر این امر نقل نشده است و خود شیخ هم در بیان این نظر اجماع و اخبار را مستند نظر خویش قرار نمی‌دهد و جز در مبسوط و خلاف هم این نظر را ذکر نکرده است (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۵۷۵).

نتیجه‌گیری

در سال‌های اخیر مهریه‌های سنگین و مطالبه مبالغ و ارقام نجومی در این رابطه به موضوعی فرعی در میان مسایل زوجین تبدیل شده است و مسأله‌ای به عنوان حق طلاق به موضوع اصلی در بسیاری از مباحث پیرامون ازدواج بدل شده است. در حقیقت با توجه به تغییرات فرهنگی جامعه، امروزه مسأله مهم و اساسی برای بسیاری از خانواده‌ها مسأله حق طلاق است. با توجه به اهمیت این موضوع و ابعاد گوناگون آن در این پژوهش ما به دنبال ارایه یافته‌هایی تحلیلی در همین رابطه بودیم. بررسی‌های صورت گرفته در دو ساخت فقهی و حقوقی به انجام رسید. در بعد فقهی مشخص شد که به رغم اینکه حق طلاق اساساً به عنوان یکی از حقوق مرد (زوج) در نظر گرفته شده است اما موارد و شرایطی باعث می‌شود که صلاحیت استفاده از چنین حقی برای زوج ایجاد می‌شود. بررسی رویه‌های قانونی در این رابطه نشان داد که عملاً بسیاری از امکانات و راهکارهای قانونی که می‌توانست با ابتنای بر فقه برای زوج ایجاد شود در حال حاضر نادیده گرفته شده و یا مسیر صعب و ناممکنی برای زوج جهت استیفای حقوق خود به وجود آمده است. در این مباحث رویه قضایی به این سمت و سو رفته که اگر چه زن وکیل در طلاق است ولی ظاهراً می‌بایست این گونه باشد که زن با داشتن وکالت در طلاق هم

۱. (نظر شیخ طوسی در مبسوط و خلاف)

بتواند طلاق خود را بگیرد و هم مهریه خود را به صورت کامل بگیرد ولی رویه قضات این گونه نیست بلکه به این صورت است که زوجه می‌بایست مقداری از مهریه خود را بذل کرده تا حکم طلاق یک طرفه از جانب زوجه برای وی صادر شود. چه بسا اگر زن مهریه خود را به صورت کامل بگیرد طلاق از حالت بائن به حالت رجعی تبدیل می‌شود و در این صورت زوج حق رجوع برایش به وجود می‌آید و اگر زوج رجوع کند تمام زحمات زوجه برای طلاق از بین می‌رود. در عین حال با وصف این که مرد وکالت هم می‌دهد و زن هم قصد مطلقه شدن دارد، در این صورت هم ممکن است طلاق به صورت خلع مطرح شود و اگر شروط محقق بشود (برای مثال گفته شود: در صورت تحقق شروط شما وکیل هستید) باز هم منظور وکالت مشروط است. و اگر در ضمن عقد نکاح وکالت زن به صورت شرط نتیجه باشد این بحث منتفی است. در همین راستا و در رابطه با ماده ۱۱۲۹، گواهی عدم سازش صادر نمی‌شود بلکه حکم طلاق صادر می‌شود و همچنین موارد مشروط دوازده گانه سند ازدواج هم به صورت حکم صادر می‌شود. پیرامون مدت اعتبار گواهی عدم امکان سازش مطابق ماده ۲۰ قانون حمایت خانواده اگر زوج گواهی عدم امکان سازش را در مهلت ۳ ماهه به دفترخانه تحویل بدهد ولی از جهت پرداخت حقوق مالی ناتوان باشد در این صورت علی رغم سپری شدن تاریخ ۳ ماهه گواهی عدم امکان سازش، اعتبار آن تا تعیین تکلیف به قوت خودش باقی خواهد ماند. در عین حال مطابق ماده ۳۳ قانون حمایت خانواده، مدت اعتبار حکم طلاق ۶ ماه پس از ابلاغ رای فرجامی است.

در جمع بندی مقاله حاضر باید گفت پیشنهاد می‌شود تا سیاست‌گذاران با تشکیل کارگروهی از متخصصین در امور فقهی و حقوقی یک ساز و کار مشخص برای ارائه یک نظام جامع حقوقی در مورد حقوق زوج و زوجه به وجود آورند. در همین زمینه پیشنهاد می‌شود که با توجه به اینکه طبق ماده ۱۶ قانون مسئولیت مدنی، وزارت دادگستری به عنوان مسئول پیگیری و اجرای این قانون ذکر شده است و وجوه تناظر مواد قانون مذکور و مصادیق مسأله سوءاستفاده از حق توسط زوج شامل گستره وسیعی است، این وزارتخانه با همکاری مراکز پژوهشی ذی ربط ضمن آسیب شناسی دقیق از زمینه ها و دلایل سوء استفاده از حق توسط زوج، سازمانی ویژه را برای پیگیری موارد این معضل ایجاد نماید. در واقع پس از آنکه با استفاده از ظرفیت‌های فقه شامل استقرا و قواعد نفی ضرر و عسر و حرج یک اصل کلی و جامع در مورد مسأله سوءاستفاده از حق در نظر گرفته شود و با استفاده از ظرفیت‌های حقوقی ناظر بر مسئولیت کیفری و مدنی، مسئولیت و وظایف این سازمان در دو زمینه اصلی تنظیم و تدوین شود: اولاً از طریق ایجاد یک ساز و کار قانونی، سپری کردن یک دوره آموزشی در مورد

حقوق زوج و زوجه را برای افراد جامعه سازمان دهی نماید. بدون تردید آموزش می تواند آگاهی های حقوقی جامعه را ارتقا ببخشد و از این طریق از سوء استفاده از حق توسط زوج جلوگیری به عمل بیاید. برای مثال در صورت آگاهی از اهمیت شروط ضمن عقد و امکانات حقوقی ناشی از آن زوجه می تواند در مورد حق تحصیل، حق طلاق، حضانت فرزندان، حق خروج از کشور و حق اشتغال، مطالبات خود را به طور رسمی ثبت کرده و اساساً زمینه برای اعمال سوء استفاده از حق توسط زوج در این موارد به طور قانونی مسدود شود. ثانیاً سازمان مورد بحث اقدام به ثبت شکایات پیرامون سوء استفاده از حق و پیگیری آنها نماید. این امر می تواند به پیگیری حقوق زوجه و جاهت رسمی و قانونی ببخشد و همین نکته که یک نهاد اجرایی و قانونی مسئول پیگیری موارد سوء استفاده از حق علیه زوجه است مانعی قانونی برای زوج ایجاد کرده و زوجه نیز بتواند از این طریق تحت حمایت های مادی و معنوی قرار بگیرد.

منابع و مآخذ

قرآن کریم و بعد

۱. آبروتن، رویا (۱۳۹۱). بررسی تحلیلی شرط تنصیف دارایی و حق وکالت زوجه در طلاق مندرج در سند،
۲. آذر طوس، سید عالیہ (۱۳۹۸). شرط توکیل در طلاق و جایگاه آن در نظام حقوق خانواده و پیامدهای اخلاقی، فرهنگی، اقتصادی.
۳. بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسین. (۱۴۱۶ق) اصباح الشیعه مصباح الشریعه، با تصحیح شیخ ابراهیم بهادری مراغه‌ای، قم: مؤسسه امام صادق (ع) چاپ اول.
۴. جعفرپور، جمشید (۱۳۷۸). حق طلاق، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان، شماره ۵.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶). مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۶. حر عاملی (۱۴۰۹). وسائل الشیعه، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی
۷. خمینی، سید روح الله (۱۴۰۹). تحریرالوسیله، قم، جامعه مدرسین.
۸. روشن، محمد (۱۳۹۶) حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل، چاپ دوم، تهران
۹. زارع، لایلا (۱۳۹۸). بررسی تطبیقی وکالت در طلاق در فقه مذاهب اسلامی با محوریت کتاب الوسیط سنهوری
۱۰. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی، تهران: دراک.
۱۱. شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۰ق) اللمعه الدمشقیه، بیروت: دارالتراث، الدار الاسلامیه، چاپ اول.
۱۲. شیخ طوسی (۱۳۸۷ ق) المبسوط فی فقه الامامیه، با تصحیح سید محمد تقی کشفی، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، چاپ سوم.
۱۳. صابری صفایی، عبدالعلی (۱۳۴۶)، موجبات و آثار طلاق در حقوق مدنی ایران، فرانسه، شوروی و مصر، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
۱۴. صانعی، یوسف (۱۳۸۶)، وجوب طلاق خلع بر مرد، تدوین: موسسه فرهنگی فقه الثقلین، چاپ اول،
۱۵. طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (۱۴۱۶ق) مستمسک العروه الوثقی، قم: مؤسسه دارالتفسیر، چاپ اول.

۱۶. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴ق) تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام، چاپ اول.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۳). اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ویرایش چهارم، بنیاد. حقوقی میزان، چاپ چهل چهارم، تهران.
۱۹. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۲). جواهرالکلام، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی
۲۰. نوری، امیر (۱۳۹۹). بررسی مبانی و آثار فقهی و حقوقی محدود سازی حق شوهر در طلاق،