

تفویض طلاق به عنوان شرط ضمن عقد در فقه اسلامی و حقوق موضوعه

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

دکتر اختر سلطانی^۱

استادیار گروه الهیات، واحد ایلام، دانشگاه آزاد اسلامی، ایلام، ایران

محمد مهدی جعفری

دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ایلام، ایلام، ایران

جعفر شیری

دانشجوی کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد ایلام، ایلام، ایران

چکیده

از دیدگاه اسلام، خانواده مهم ترین رکن جامعه است که به وسیله ی ازدواج زن و مرد شکل می گیرد؛ اما در مواردی که چاره ای جز جدایی زوجین نیست، طلاق از مبعوض ترین حلال ها است. فقها و حقوق دانان، طلاق را حق مرد می دانند که در ماده ی ۱۱۳۳ قانون مدنی به تبعیت از فقه، به این موضوع اشاره شده است. در این راستا ممکن است برخی از مردان از این حق، سوءاستفاده کنند؛ به همین دلیل، داشتن حق طلاق برای زنان، مسئله ای مهم و اساسی است. فقه و قانون تدابیری اندیشیده اند که زن بتواند به -نوعی اختیار طلاق داشته باشد و نیز اختیار مطلق زوج را، محدود کند. این تدبیر، استفاده از شروط ضمن عقد نکاح است. مطابق ماده ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، در این عقد لحاظ کنند. با توجه به این ماده، ممکن است زنان، شرط تفویض طلاق را از همسر خود، خواستار باشند. در این پژوهش به مبانی فقهی و حقوقی این شرط پرداخته شد. نتایجی

^۱ نویسنده مسئول



که از این پژوهش به دست آمد این است که جواز تفویض طلاق به زوجه، امری اختلافی است. این اختلاف ناشی از وجود روایات متعارض در این خصوص است. برخی از روایات بر جواز تفویض طلاق به زوجه دلالت دارند و برخی دیگر حاکی از عدم جواز تفویض در طلاقند. در فقه امامیه، اقلیت قائل به جوازند؛ اما مشهور، قائل به عدم پذیرش تفویض در طلاقند و روایات جواز تفویض طلاق را حمل بر تقيه می‌کنند. حقوق موضوعه‌ی ایران نیز، بر حسب تبعیت از مشهور، مخالف جواز تفویض در طلاق است. در نهایت با توجه به دلایل مذکور در پایان‌نامه، که عدم جواز تفویض طلاق به زوجه مورد قبول قرار گرفته، به تبعیت از آن، شرط تفویض طلاق نیز پذیرفته نیست. مراجع عظام تقلید، شرط تفویض در طلاق را جایز نمی‌دانند؛ اما شرط وکالت مطلق یا مقید در طلاق را به دلیل اطلاق روایات، مورد قبول قرار داده‌اند. به نظر می‌رسد، درج کردن وکالت مطلق در سند ازدواج، می‌تواند جایگزین شرط تفویض طلاق شود. در این پژوهش، به سوءاستفاده از حق طلاق مردان و راه کارهای جلوگیری از آن نیز پرداخته شد.

مقدمه

خانواده از نهادهای مقدسی است که در دین مبین اسلام از ارزش والایی برخوردار است و برای تشکیل آن نیز تکیدات فراوانی وجود دارد. لذا، باید با تمهیدات فراوان از انحلال و فروپاشی اینتسیس مقدس جلوگیری کرد؛ منتها مصادیق عدیده‌ای پیش می‌آید که زندگی موجب عسر و حرج و سختی فراوان می‌شود به نحوی که در برخی موارد، ادامه زندگی زناشویی برای شخص زوجه عذاب‌آور خواهد بود و به هر طریقی متوسل می‌شود تا آسوده خاطر شود. در این راستا با توجه به شناخته شدن حق اجرای طلاق برای زوج و امتناع او از مطلقه نمودن زوجه، جهت گشودن این معضل، قانون‌گذار راه حلی را در نظر گرفته که شخص زوجه همزمان با عقد نکاح و یا در ضمن عقد لازم دیگر، با گرفتن وکالت از شخص زوج، همانطوری که زوجه در انشای عقد نکاح دخیل بود، در انحلال آن هم یا اجرای صیغه طلاق، دخالت داشته باشد (صفایی، ۱۳۹۱). قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۱۹ ق.م. به صورت مشروط و در ماده ۱۱۳۸ ق.م. به صورت کلی، قائل به پذیرش وکالت زوجه در طلاق، می‌باشد و این امر با تسی به قول مشهور فقهاء دایر بر جواز این امر است. در فقه عامه، نهادی است به نام تفویض در طلاق که مشابه وکالت در طلاق است؛ مطابق نهاد تفویض در طلاق، زوج اختیار در طلاق را به طور کامل و تمام به زوجه منتقل کرده و زوجه با ادای یکی از الفاظ تفویض و اجرای صیغه تفویض از زوج خود جدا می‌شود؛ در واقع در تفویض، عملی به خواست زوجه و برای خود او واقع می‌شود. به اعتقاد جمهور فقه‌ای مذاهب عامه، نهاد تفویض پذیرفته شده است و لیکن در جزئیات آن اختلاف نظر وجود دارد و برای پذیرش آن به دلایل و مستندات فراوانی تمسک می‌ورزند که از مهم‌ترین آن‌ها، آیه‌های ۲۸ و ۲۹ سوره مبارکهی احزاب و مخیر نمودن زنان پیامبر (ص) در جدایی از حضرت (ص) از سوی ایشان می‌باشد؛ شایان ذکر است که نهاد تفویض در طلاق در فقه امامیه و حقوق ایران سابقه نداشته و پذیرفته نشده است.





فقها و حقوق‌دانان، طلاق را حق مرد می‌دانند که در ماده‌ی ۱۱۳۳ قانون مدنی به تبعیت از فقه، به این موضوع اشاره شده است. در این راستا ممکن است برخی از مردان از این حق، سوءاستفاده کنند؛ به همین دلیل، داشتن حق طلاق برای زنان، مسئله‌ای مهم و اساسی است. فقه و قانون تدابیری اندیشیده‌اند که زن بتواند به -نوعی اختیار طلاق داشته باشد و نیز اختیار مطلق زوج را، محدود کند. این تدبیر، استفاده از شروط ضمن عقد نکاح است. مطابق ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی، طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد نکاح نباشد، در این عقد لحاظ کنند. با توجه به این ماده، ممکن است زنان، شرط تفویض طلاق را از همسر خود، خواستار باشند. جواز تفویض طلاق به زوجه، امری اختلافی در فقه اسلامی است. این اختلاف ناشی از وجود روایات متعارض در این خصوص است؛ زیرا برخی از روایات، بر جواز تفویض طلاق به زوجه دلالت می‌نمایند و برخی دیگر حاکی از عدم جواز تفویض هستند. بر این اساس، دو نظر در فقه شیعه مطرح شده است: اقلیت، قائل به جواز تفویض هستند و برای اثبات ادعای خود، به روایات موجود که از نظر تعداد، سند و دلالت بر روایات حاکی از عدم جواز برتری دارند، استناد می‌کنند (گرجی، ۱۳۹۲). اما، مشهور فقها، عقیده به عدم جواز تفویض دارند و برای اثبات ادعای خود، به تعارض احکام مربوط به تفویض طلاق که در روایات مفید جواز آمده، استناد می‌کنند و می‌گویند: چون احکام تفویض با یکدیگر متفاوت است و نمی‌توان یکی را به دیگری ترجیح داد، پس امکان عمل به آن وجود ندارد، بنابراین باید روایات مفید جواز را حمل بر تقیه نمود. در مقابل، فقهای اهل سنت در اصل جواز تفویض با یکدیگر هم عقیده بوده، ولی در احکام و ماهیت آن با یکدیگر اختلاف دارند. در حقوق موضوعه نیز در قانون مدنی ایران در این خصوص سکوت اختیار شده که برحسب تبعیت از نظریه مشهور فقها، باید حقوق ایران را مخالف جواز تفویض تلقی کرد. از جمله شروطی که امروزه ذهن و اندیشه بانوان را به خود معطوف نموده، شرط تفویض حق طلاق در عقد نکاح است. حال با توجه به اینکه بر اساس نصوص فقهی و حقوقی حق طلاق در دست مرد است، این سؤال مطرح می‌شود که آیا زن می‌تواند تفویض حق طلاق را ضمن عقد شرط کند و مرد حق را به همسر خود منتقل نماید و به او اختیار بدهد که خودش را مطلقه سازد؟

بخش اول: بررسی مفهوم طلاق

در کتب لغت برای طلاق معانی متعددی ذکر شده است از جمله: بیزاری، آزاد کردن، ترک کردن، واگذاشتن، حل قید یا گشودن گره، رهاشدن از قید نکاح است. چنانکه عرب به شتر رسته از بند ناقه طالق گویند، همچنین به اسیر آزاد شده از بند نیز اسیر مطلق گویند. (امامی، ۱۳۷۰: ۱-۵؛ مصطفوی، ۱۴۰۲: ۱۱۰)

از دیدگاه فقه عامه، ماده طلاق و اطلاق در لغت، برارسال و رفع قید و مفارقت دلالت دارد. گفته می‌شود:

طلق زوجته، یعنی شوهر با زنش مفارقت کرد و رابطه زوجیت را از هم گسست. (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰: ۱۷۶)

طلاق در اصطلاح شریعت همان مفهوم عرفی میان عقلاء است که گشودن پیوند زناشویی بین زن و شوهر، که به موجب عقد ازدواج به وجود آمده بود به الفاظ پذیرفته شده در شرع و قانون طلاق گفته می‌شود. این اصطلاح فراگیر است و تقریباً علماء مذاهب همه بدان پرداخته‌اند. (کاظم زاده، ۱۳۸۶: ۱۴۸)

از دیدگاه فقهای امامیه طلاق عبارت است از: ازاله قید النکاح بصیغه مخصوصه شرعاً من قبل الزوج او وکیل او وکیل او الحاکم یعنی زائل نمودن قید و پیوند نکاح با صیغه مخصوص. ذکر قید صیغه مخصوص در این تعریف به این جهت است که تعریف فسخ نکاح از تعریف طلاق خارج شود؛ زیرا، در مواردی که عقد نکاح به علت تدلیس و یا عیب فسخ شود دیگر نیازی به صیغه مخصوص نیست. (سید عاملی، ۱۴۲۰: ۵-۶)

گاهی در تعریف طلاق، قید بغیر عوض را نیز اضافه کرده‌اند: از اله قید النکاح بغیر عوض بصیغه طالق تابدین وسیله خلع و مبارات از طلاق مطلق متمایز و جدا نمایند. (طریحی، ۱۴۱۶: ۲۰۷)





از دیدگاه فقهای عامه طلاق عبارت است از: حل رابطه صحیح زوجیت از جانب شوهر با لفظ مخصوص یا قائم مقام آن در حال یا آینده و لفظ مخصوص در طلاق یا صریح است یا کنایه. (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰: ۱۷۷).

بعضی از فقهای عامه از جمله ابن جنید معتقدند طلاق شرعاً رفع قید نکاح است فوراً به طلاق بائن. بعضی از فقهای عامه از جمله ابن عقیل می گویند طلاق شرعاً رفع قید نکاح است بعد از عده به طلاق رجعی آنهم با لفظ مخصوص. بنابراین طلاق بائن موجب گشودن رابطه زوجیت در حال و طلاق رجعی سبب باز شدن همان رابطه در آینده می شود. (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۹۸)

در قانون مدنی ایران تعریفی از طلاق ارائه نشده بلکه مفهوم آن مسلم فرض شده، بنابراین تعریف فقهای شیعه خواهد بود. طلاق در اصطلاح حقوق عبارت است از: ایقاع تشریفاتی که به موجب آن مرد یا نماینده او به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که بطور دائم در قید زناشویی اوست رهایی سازد.

در حقوق فرانسه طلاق این گونه تعریف شده است: طلاق قطع رابطه زناشویی به حکم دادگاه، در زمان حیات زوجین، به درخواست یکی از آنان یا هر دو است. (مازو، ۱۹۶۳: ۱۴۰۴)

از نظر ماهیت حقوقی، در فقه اسلامی و قانون مدنی، طلاق یک ایقاع است که از سوی مرد یا نماینده او واقع می شود و حتی در مواردی که طلاق بر اساس توافق زوجین و بصورت خلع و مبارات صورت می گیرد، باید آن را یک عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) به شمار آورد؛ زیرا، توافق زوجین که شرط یا انگیزه طلاق می باشد غیر از خود آن است و طلاق، یعنی آخرین عملی که با اجرای صیغه تحقق می پذیرد و رابطه نکاح را منحل می سازد، در هر حال یک عمل حقوقی یک جانبه (ایقاع) است و ناشی از اراده طرفین نمی باشد. (صفایی و امامی، ۱۳۷۰، ۱: ۲۲۶)

بخش دوم: بررسی معنای تفویض

تفویض مصدر باب تفعیل از ریشه فوض به معنای سپردن، واگذار کردن، اختیار دادن، کاری را به کسی سپردن، حاکم گردانیدن، واگذاری و تسلیم است. اعتقاد به استقلال بنده در اعمال

بدون دخالت مشیت الهی را تفویض می گویند، تفویض مقابل جبر است. (جوهری ۴۰۷: ۱۰۹۹) تفویض معانی اصطلاحی متفاوتی دارد، در قرآن کریم به معنای واگذار کردن امور به خداوند است (مومنون، سوره ۲۲، آیه ۴۴) و در احادیث هم بیشتر همین معنا قصد شده است. (صدوق، ۱۴۰۴: ۴۹۵) و در عرفان به معنای ترک اختیار و گذاشتن کار خود به خداوند و مقدمه رضاست. (انصاری، ۱۳۶۱: ۷۶) عبارت دیگر تفویض در اصطلاح یعنی تصرف در امری از امور و برای دیگری آزاد کردن یا واگذار کردن آزادی تصرف برای شخص دیگر.

تفویض در فقه به معنای واگذاری و تسلیم مال، شی و یا حقی به موجب التزامی اعم از شرعی و عرفی و قرار دادن به دیگری است. تفویض در فقه گاه با عناوینی دیگر همچون وکالت و وصایت تعبیر شده است. و در حقوق به سپردن تکلیف و وظیفه به کسی براساس الزامات و با رعایت موازین قانونی تفویض گفته می شود. در حقوق مدنی از تفویض قدرت به پدر و مادر سخن گفته شده است. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۴: ۷۲۵-۷۲۶) طلاق حقی است که شارع برای زوج ثابت گردانیده تا بر زن تسلط داشته باشد. هر حقی که برای شخص ثابت گردد می تواند یا بنفسه آن را انجام دهد و یا فردی را نایب مناب خود قرار دهد به شرطی که آن حق قابلیت انابت داشته باشد. طلاق از حقوقی است که قبول انابت می کند و همان طور که زوج می تواند آن را اجرا نماید جایز است این حق را به زوجه یا شخص دیگری تفویض نماید. نیابت دو نوع است: توکیل و تفویض.

بخش سوم: تفویض در طلاق

الف) تفویض طلاق در فقه امامیه

فقههای امامیه بجای تفویض بیشتر کلمه تخیر را بکار برده و در کتب خود آن را مورد بحث قرار داده اند. در واقع تخیر نوع بارز تفویض بوده و عبارت از این است که شوهر به قصد تفویض طلاق به زوجه او را مخیر کند که نفس خود یا شوهر را اختیار نماید. بنابراین می توان گفت که مراد از تفویض آن است که مرد همسر خود را بین طلاق و پیوند زناشویی مخیر بگذارد که هرگاه خودش را به قصد طلاق برگزیند طلاق سه گانه واقع می شود در صورتی





که زن بگوید که یک یا دو طلاق را برگزیدم طلاق واقع نمی‌شود و خیار از او ساقط می‌شود مگر اینکه مرد زن را در مواقع خاص بین یک یا دو طلاق مخیر گرداند. (جزی الکلبی، ۲۰۰۶: ۱۷۵)

ب) تفویض طلاق در فقه عامه

فقه‌های مالکی همسو با دیدگاه فقه‌های شیعه معتقدند که در صورت تفویض مرد حق باز پس گرفتن آن را ندارد. فقه‌های حنفی معتقدند تفویض طلاق آن است که زوج حق طلاق را به زوجه یا شخص دیگری واگذار کند، با هر لفظی که مفید این معنی باشد. (شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰: ۱۹۹) در واقع فقه‌های حنفی توکیل زوج در طلاق را تفویض به شمار می‌آورند بدین استدلال که وکیل کاری برای دیگران انجام می‌دهد، در حالیکه زن خود را مطلقه می‌کند و کاری به مشیت خود و برای خود انجام می‌دهد، بنابراین توکیل اگرچه صریح باشد تفویض محسوب می‌شود. بنابراین اگر زوج طلاق را به زوجه تفویض کرد از جانب زوج لازم است و هیچ‌گاه نمی‌تواند از آن رجوع کند، چون طلاق را به ملک زوجه درآورده و قابل برگشت نیست. (زحیلی، ۱۹۹۷: ۶۹۳۵)

ج) تفویض طلاق در فقه امامیه

گفتیم که در فقه امامیه به جای اصطلاح تفویض، واژه‌ی تخیر را به کار برده‌اند و در واقع تخیر که نوع بارز تفویض است و در معنای تفویض به کار می‌رود، این است که شوهر به قصد تفویض و واگذاری حق طلاق به زوجه، او را مخیر کرده که نفس خود و یا شوهر را اختیار کند که پذیرش یا عدم آن از سوی فقه‌های امامیه مورد اختلاف است. ابن جنید، ابن ابی عقیل العمانی، سید مرتضی در رساله‌ی شریف مرتضی و شهید ثانی در مسالک الافهام و ابن بابویه قمی معتقدند که هرگاه زن به‌فوریت بعد از تخیر و با اجتماع شرایط طلاق، نفس خود را اختیار کند، جدایی واقع می‌شود بی‌آنکه نیازمند صیغهی طلاق باشیم؛ و در تأیید قول خود، به اخبار و روایاتی که در ادامه آنها را ذکر خواهیم کرد، استناد کرده‌اند. اما اکثریت فقها از جمله شیخ طوسی و صاحب جواهر و برخی دیگر با تردید در این قول به عدم پذیرش تخیر زوجه

در طلاق قائل هستند و این نظر را حاکم می‌دانند. اینکه به ذکر آراء و اقوال و مستندات موافقین و مخالفین تخییر زوجه در طلاق خواهیم پرداخت.

بخش چهارم: قائلین به جواز و دلایل و مستندات آن

قائلین به جواز تفویض یا تخییر طلاق به زوجه، در اقلیت هستند. فقهای همچون سید مرتضی، ابن ابی عقیل، ابن جنید و ابن بابویه از این دسته هستند. شهید ثانی نیز، در مسالک الافهام، با نقد دلائل قائلین به عدم جواز تفویض طلاق به زوجه، به نظریه‌ی جواز سوق داده شده است. ولیکن در کتب دیگر ایشان از جمله شرح لمعه مخالفت با این نظر از او دیده شده است. (العالمی (شهید ثانی)، جلد دوم: ص ۱۲ و ۱۲۷).

الف- سید مرتضی

در این خصوص در بابی تحت عنوان التخییر فی الطلاق جایز می‌گوید: تخییر در طلاق جایز است و اینکه تخییر، تملیک طلاق است و باعث تفویض نمی‌شود سخن لغوی است که گفته شده؛ زیرا فقهای امامیه به جواز تخییر فتوا داده‌اند و اخبار و روایات وارده از ائمه (ع)، مبین آن است که تفویض با تخییر حاصل می‌شود. (شریف مرتضی، علی بن حسین، ۱۴۰۵ ق، ص ۲۴۱-۲۴۳).

ب- شیخ علی بن بابویه

در خصوص تخییر زوجه در طلاق می‌گوید که، طلاق به اجبار و اکراه و شک منعقد نمی‌شود؛ و از آن جمله طلاق السنه و طلاق عده است. تا اینکه می‌گوید و از آن جمله تخییر است و هنگامی که از اقسام آن بحث می‌کند، اصل تخییر را متعلق به رسول اکرم (ص) می‌داند. شیخ بدون اینکه تخییر زوجه را به چالش بکشد، از آن یاد می‌کند و از قول موافقین و مخالفین هم صحبتی نمی‌کند؛ و به نظر می‌آید که او نیز در زمره‌ی موافقین باشد. (ابن بابویه القمی، علی بن الحسین، ص ۳۴۷) در جایی دیگر ابن بویه با از عمر بن اُذینه از محمد بن مسلم از امام محمد باقر (ع) روایتی را نقل می‌کند دایر بر اینکه، زمانی که زوج، زوجه‌ی خود را مخیر می‌کند و امر طلاق را در دست او قرار می‌دهد در غیر از آن زمانی که قبل از عده است





و بدون اینکه دو شاهد حاضر شوند چیزی اتفاق نخواهد افتاد؛ پس اگر زن، خودش را اختیار کند و زوج امر طلاق را به دست زوجه‌اش قرار دهد در حالیکه این واقعه با حضور دو شاهد و قبل از زمان عده اتفاق افتد، در این حالت، زوجه مادامی که جدا نشده است، حق خیار در انحلال عقد نکاح خواهد داشت؛ بنابراین اگر خودش را اختیار کند، یک طلاق صحیح واقع شده و زوج حق رجوع نخواهد داشت و اگر زوجه همسرش را اختیار کند، طلاقی محقق نخواهد شد. (حسینی، رجایی، ص ۲۴۲). مضاف بر اینکه، نقل روایات جواز تخییر زوجه در طلاق از ایشان، در کتب منلایحضره الفقیه و المقنع نسبت به روایات عدم جواز تخییر زوجه، فزونی و برتری داشته و این نشان‌دهنده‌ی تأیید و تجویز این مسئله از دیدگاه ایشان است.

پ- ابن جنید

نیز با مفروض دانستن جواز تخییر، فقط به بیان شرایط آن می‌پردازد و در خصوص تخییر زوجه می‌گوید: زمانی که مرد اراده کند که همسر خود را مخیر کند از او یک ماه دوری کند در حالتی که در ظاهر غیر مواقعه در مثل زمانی که قصد طلاق او را دارد، او را طلاق می‌دهد؛ پس در این صورت نیز او را مخیر کرده و به او می‌گوید که همانا من تو را مختار کردم با اینکه امرت را به دست خودت قرار دادم؛ واجب است که این امر با شهادت و گرفتن شاهد همراه باشد اگر زن خودش را اختیار کند بدون اینکه سخنی بگوید و یا فعلی دال بر این امر از او سرزند، اختیار کردن زوجه صحیح خواهد بود و اگر بعد از فعلی که نشان‌دهنده‌ی اختیار بوده، خود را اختیار کند، صحیح است و اگر در جواب سخنی که به او گفته می‌شود، خود را بدون عوض اختیار کند، در صورتیکه مدخوله بوده، در این حالت یک طلاق صورت خواهد گرفت، به گونه‌ای که زوج حق رجوع در ایام عده را خواهد داشت و اگر غیر مدخوله باشد، طلاق او بائن خواهد بود و اگر تخییر زوجه همراه با عوضی باشد نیز طلاق، بائن است و در این صورت زن مالک خودش خواهد شد؛ هنگامی که اختیار تا وقت معینی نهاده شود و زن قبل از آن خودش را اختیار کند، اختیار او جایز است ولی اگر بعد از آن خود را اختیار کند، جایز نخواهد بود. (اشتهاردی، ۱۴۱۶، ص ۲۶۷).

ج- ابن ابی عقیل العمانی

در کتاب حیات ابن ابی عقیل العمانی و الفقه در بابی تحت عنوان فی تخییر المرأه بدون ورود در بحث جواز یا عدم جواز تفویض طلاق به زوجه و با مفروض دانستن جواز، به بررسی و بیان شرایط آن و نوع طلاق حاصل پرداخته است و برای اثبات ادعای خود به روایت استناد می‌کند: خیار نزد آل الرسول آن است که مرد همسرش را مخیر کند و امرش را در اختیارش قرار دهد که اگر خواست خودش را اختیار کند و طلاق بگیرد و شرط صحت آن، این است که نزد دو شاهد عادل انجام شود؛ حال اگر زوجه فی‌المجلس خودش را اختیار کند، یک طلاق محسوب می‌شود و زوج می‌تواند تا وقتی که عده تمام نشده است به زوجه رجوع کند و اگر زوج خودش را اختیار کند، پس طلاقی حاصل نخواهد شد. (العمانی، ۱۴۱۳ ق، ص ۴۷۹).

د- شهید ثانی

در مسالک الافهام در مورد تخییر می‌گوید: عده‌ای از علمای اسلام در خصوص جواز تفویض طلاق از سوی زوج به زوجه، اختیار زوجه در واقع ساختن صیغه‌ی طلاق اتفاق نظر دارند و اگر زن خودش را اختیار کند، این امر را به منزله‌ی توکیل در طلاق دانسته و تخییر را کنایه از توکیل یا تملیک زن از ناحیه‌ی زوج می‌دانند. اصل در آن قول رسول اکرم (ص) است که زنان خود را بین ماندن و جدایی مختار کردند که موجب نزول آیه‌ی ۲۸ و ۲۹ سوره‌ی احزاب شد؛ اما اصحاب فقهات با این امر اختلاف نظر داشته ولیکن جماعتی از آنها از جمله ابن جنید، ابن ابی عقیل، سید مرتضی و ظاهراً ابن بابویه قائل بر وقوع تفویض هستند، زمانی که زوجه خودش را اختیار کند، بعد از اینکه او را مختار بر این امر کردند، در صورت اجتماع شرایط طلاق از جمله قرار گرفتن در طهر غیر مواقعه و وجود شاهد و غیره، طلاق واقع می‌شود؛ منتها قول اکثر از جمله شیخ طوسی و متأخرین، بر عدم وقوع این امر است. مصنف قائل به تردد در این خصوص شده است؛ اگرچه میلی به گروه اول از سوی او احساس نمی‌شود؛ به این دلیل که ایشان، حکم به عدم صحت نسبت به اکثر فقها کرده و در مقابل آن ساکت است.





ر-حر عاملی

در وسایل الشیعه، در کتاب طلاق باب ۴۱ این گونه آورده است که هر کس که همسرش را مخیر نماید، به مجرد این اختیار، طلاق تحقق نمی‌یابد و اگر زن در جایی که وکالت در طلاق خویش داشته باشد، خود را اختیار کند، با تجمع شرایط در خصوص طلاق، می‌تواند آن را واقع سازد. در این باب، ۱۹ روایت مطرح شده که از ۱۰ مورد آن جواز تفویض طلاق فهمیده می‌شود و ۹ روایت دیگر هم حکایت از عدم جواز دارد. (حرعاملی، پیشین، ص ۳۴۰-۳۳۵).

س-شهید ثانی

پس از ذکر برخی از روایات هر دو گروه، می‌گوید: کسانی که قائل به عدم جواز تفویض طلاق هستند، اخبار مفید جواز را حمل بر تقیه^۱ می‌کنند. ایشان با رد تقیه و با پذیرش ضمنی قول به وقوع تفویض یا تخییر در طلاق از باب برتری اخبار، این قول که اکثریت اخبار را تشکیل می‌دهند، در جواب به قائلین به عدم جواز تفویض طلاق به زوجه، به سبب حمل اخبار مفید جواز بر تقیه می‌گوید: واضح است که از نظر تعداد، سند و دلالت، روایات نشان‌دهنده‌ی جواز، بر روایات حاکی از عدم جواز برتری دارد؛ زیرا اولاً، تعداد روایات مفید جواز ۱۰ روایت و دیگری ۹ روایت است. ثانیاً، در میان روایات مفید جواز، روایت با سند ضعیف وجود ندارد بلکه صحیح و حسن و موثق هستند، در حالیکه در دیگری، روایت ضعیف، مرسل و مجهول موجود است. ثالثاً، از نظر دلالت نیز با توجه به اینکه برخی از روایات مفید جواز حکایت از نیت طلاق ناشی از تفویض دارد، این امر اعم از نفی وقوع است؛ زیرا به هر حال از آن امکان وقوع چنین طلاق‌ی قابل استنباط است؛ درحالی‌که، برخی از روایات مفید عدم جواز مثل مرسله‌ی هارون بن مسلم و خبر ابراهیم بن منذر، ارتباطی به مورد بحث ندارد و دلالتی بر ادعای مطروحه از آن قابل استنباط نیست. پوشیده نیست که حمل بر تقیه، منافاتی با صحت اخبار و وفور آنها ندارد و اینکه کلیه‌ی اخباری که دلالت بر منع تخییر می‌کنند، از نظر اعتبار،

^۱ تقیه در لغت به معنای نگاهداری و پنهان کردن است و در اصطلاح به معنای پنهان کردن حق و پوشاندن و اعتقاد به آن در برابر مخالفان به منظور اجتناب از ضرر دینی یا دنیایی است.

صحیح هستند و ضعف این دسته از روایات از جنبه‌های دیگر ملازمتی با ضعف آنها از نظر سند احادیث ندارد. ایشان قاعده‌ی الجمع مهما ممکن اولی من الطرح را هم در اینجا صادق می‌دانند به این شکل که، هنگام تعارض دو دسته دلیل، در صورتی که عمل به هر دو دسته دلیل امکان‌پذیر باشد، بهتر از طرد یکی از آنها به نفع دیگری است. ایشان سپس نظر علامه حلی را که، اخبار حاکی از جواز را بر این حمل می‌کند که بعد از تخییر، زوجه طلاق می‌گیرد را رد کرده و می‌گوید: اقتضای این استدلال آن است که این امر وکالت در طلاق باشد و اگر این‌گونه باشد، وقوع جدایی در مجلس و بالفور شرط نیست، در حالیکه روایات موجود، حکایت از لزوم رعایت این شرط دارد. (العالمی (شهید ثانی)، ج ۹، ص ۸۴-۸۰).

بخش پنجم: ادله‌ی جواز تفویض یا تخییر طلاق

ادله‌ی کسانی که به جواز تفویض یا تخییر زوجه در طلاق قائل هستند، روایاتی است که در این زمینه به چشم می‌خورد که آنها را ذکر می‌نماییم:

روایت اول: از حسن بن محبوب از جمیل بن صالح از فضیل بن یسار در روایت صحیح‌های نقل شده که از امام صادق (ع) سؤال کردند در مورد مردی که به همسرش گفته است همانا خیار را به دست تو قرار دادم، پس خودت را قبل از آنکه از مجلس برخیزی، اختیار کن. حضرت فرمودند که این امر بر مرد جایز است پس گفتم آیا برای این زن حق ازدواج وجود دارد؟ حضرت فرمودند: بلی، گفتم: آیا برای زن در صورتیکه زوج او فوت کند قبل از اینکه عده‌ی زن تمام شود، میراثی برای زوجه مطلقه موجود است؟ حضرت فرمودند: بلی و اگر زوجه هم فوت کند، زوج از او ارث می‌برد. (ابن بابویه القمی، ۱۴۱۴ ق، ص ۵۱۹).

روایت دوم: از حسن بن زیاد از امام صادق (ع) نقل شده است که فرمودند: طلاق این است که مرد به زنش بگوید: خود را اختیار کن و از من جدا شو، پس اگر زن خودش را اختیار کند، همانا از شوهر خود جدا خواهد شد و اگر زوجش را اختیار کند پس چیزی تحقق نخواهد یافت؛ یا اینکه زوج به زوجه‌ی خود بگوید: تو طلاق داده‌شده‌ای؛ پس هر فعلی را که نشان‌دهنده‌ی آن است انجام دهد، همانا آن زن بر او حرام خواهد شد. این امر نه طلاق است نه





خلع و نه مبارات؛ و زوج خیاری ندارد مگر در صورت قرار گرفتن زن در طهر غیر مواقعه با شهادت دو شاهد. (ابن بابویه قمی، همان، باب التخییر، ص ۴۴۷) روایت سوم: صحیح‌های از حلبی از امام صادق (ع) نقل شده که ایشان فرمودند: مردی که به همسر خود و یا به پدر همسر خود و یا به ولی او اختیار می‌دهد تا زن را مطلقه نماید، همگی به منزله‌ی امری واحد است و این در صورتی است که زمانی که زن راضی شود. (بحرانی، همان، ص ۲۲۱) روایت چهارم: از تهذیب الاحکام در باب تخییر زوجه از زواره از امام باقر (ع) روایت شده که گفت به ایشان گفتم: مردی زن خودش را مخیر کرده است؛ فرمود: همانا خیار برای زن است مادامی که هردوی آنها از مجلس تخییر خارج نشده‌اند، پس اگر از همدیگر جدا شدند، هیچ خیاری برای زن نیست. (حر عاملی، همان، ج ۱۵، ص ۳۳۸) روایت پنجم: آنچه از شیخ صدوق در من لایحضره الفقیه روایت شده این است که ابن اُذینه در روایت صحیح‌های از محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل کرده که حضرت فرمودند: زمانی که مردی همسرش را مخیر کند و امرش را به دست او قرار دهد، در غیر از مواردی که زن قبل از عده‌اش به سر می‌برد و بدون اینکه برای این امر شاهی بگیرد، پس چیزی تحقق نخواهد یافت؛ ولی اگر زن را مخیر کند و امرش را قبل از اتمام عده با حضور دو شاهد به او واگذار کند، برای آن زن حق خیار محقق خواهد بود، مادامی که متفرق نشده‌اند؛ پس اگر زن خودش را اختیار کند، طلاق واقع نخواهد شد. (ابن بابویه قمی، همان، ص ۵۱۸؛ حر عاملی، همان، ص ۳۳۸)

روایت ششم: از یزید کناسی از امام باقر (ع) نقل شده که فرمودند: زن مخیره هیچ ارثی از زوجش نمی‌برد زمانی که در عده قرار دارد؛ چون فراق و دوری، آنچه را که بین زن و شوهر وجود داشته، از همان ساعت قطع خواهد کرد؛ پس هم حق رجوع برای زوج به زوجه وجود نخواهد داشت و هم هیچ ارثی برای آن دو وجود ندارد. (حر عاملی، همان، ج ۱۵، ص ۳۳۶)

روایت هفتم: از زراره و محمد بن مسلم در صحیح‌های از معصومین (امام باقر یا امام صادق (ع)) نقل شده که فرمودند: هیچ‌گونه خیاری نیست مگر در طهر غیر مواقعه همراه با شهود. (حرعاملی، همان، ج ۱۵، ص ۳۳۵). روایت هشتم: از زراره از یکی از ائمه (امام باقر یا امام

صادق (ع)) نقل شده که فرمودند: زمانی که زن خودش را اختیار کند، پس همانا این امر طلاق بائن است و اگر زوجش را اختیار کند، پس هیچ چیزی تحقق نمی‌یابد. (شیخ طوسی، همان، ص ۸۷).

روایت نهم: روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع) که فرموده است: اگر مردی همسرش را بدون اینکه دو شاهد بگیرد برای طلاق مخیر کند، تخیر صحیح نیست؛ اما اگر او را با استشهاد دو شاهد مخیر کند، زن دارای اختیار طلاق است. روایت دهم: روایت حرمان از امام باقر (ع) که فرمودند: مخیره از زمان انتخاب جدایی، از شوهرش جدا می‌شود و بین او و همسرش توارث نیست؛ زیرا با انتخاب جدایی توسط زوج، رابطه‌ی زوجیت بین آنها از بین می‌رود. (شیخ طوسی، همان، ص ۹۰).

بخش ششم: قائلین به عدم جواز و دلایل و مستندات آن

قول مشهور در فقه امامیه، عدم جواز تفویض طلاق به زوج است. قائلین به این نظر هم با اذغان به وجود روایات متعارض در این مسئله، روایات مفید عدم را مستند قرار داده و در اثبات ادعای خود توجیهاتی را ارائه می‌کنند. لذا پس از ذکر آراء و اقوال فقها، به مستندات آنها خواهیم پرداخت.

الف- شیخ طوسی

در تهذیب الاحکام می‌گوید: و اما آنچه در روایات مبنی بر جواز تخیر زنان آمده، در خصوص احکام، اختلاف نظر وجود داشته و برخی آن را طلاق بائن و برخی دیگر آن را رجعی دانسته‌اند و برخی دیگر آن را در صورتی طلاق می‌دانند که زوج پس از تخیر، طلاق را اختیار کند و طلاق واقع گردد. بالاخره تعدادی از روایات تخیر را موقعی سبب طلاق می‌دانند که زوج در مجلس تخیر طلاق را اختیار کند. اما برخی از روایات نیازی به لزوم اختیار طلاق در مجلس تخیر نمی‌بینند، حمل بر تقیه است. شیخ در توجیه ادعای خود مبنی بر حمل بر تقیه بودن روایات مفید جواز، سه دلیل را بیان می‌کند: اول اینکه قول به جواز، موافق مذاهب اهل سنت است. دوم اینکه هنگامی که عقد و نکاح به طور صحیح منعقد می‌شود،



زوال و از بین رفتن آن ممکن نیست؛ مگر به طریق معلوم و مشخص. سوم اینکه امکان عمل به روایات مفید جواز، به علت تعارض در احکام آنها وجود ندارد و نمی‌توانیم عمل به یکی از این روایات را بر دیگری ترجیح دهیم.^۱ مضاف بر اینکه اخباری هم دال بر عدم امکان تفویض یا تخییر زوجه در طلاق داریم که آن را امری مختص حضرت رسول (ص) می‌داند؛ پس جای هیچ شک و شب‌های باقی نمی‌ماند که اخبار و روایات مبنی بر جواز حمل بر تقیه شوند. (شیخ طوسی، همان، ص ۸۹-۸۸)

ب- شیخ

در مبسوط، خلاف و نهاییه هم، آورده است که در صورت تخییر، طلاقی منعقد نمی‌شود؛ چه قصد در آن وجود داشته باشد و چه طرفین قصدی نداشته باشند و یا اینکه یکی از آن دو قصد کند؛ پس در هر دو صورت تخییر نشان‌دهنده‌ی جواز صیغه‌ی طلاق نخواهد بود. در مختلف الشیعه در بابی تحت عنوان آیا قرار دادن امر به دست زوجه در طلاق دادن خودش صحیح است یا خیر؟ آمده است که: اگر زوج اراده کند که امر طلاق را به دست زوجه‌اش قرار دهد پس نزد مذهب ما این امر صحیح نیست و افرادی هستند که این امر را اجازه داده‌اند؛ نزد ما این گونه است که همانا طلاق فعلی قابل نیابت است. پس همانا که وکالت با توکیل غیر زوجه در طلاق زوجه صحیح است، وکالت و توکیل خود زوجه نیز صحیح می‌باشد؛ نه قرار دادن امر بالاصاله در اختیار زوج در دادن طلاق خودش. (حلی، ج ۷، ص ۳۸۰).

پ- صاحب فقه الصادق

با تأیید قول مشهور و تصدیق نظر قائلین بر عدم جواز تخییر در طلاق زوجه، ابتدا احتمالات موجود در این خصوص را مطرح کرده و سپس آنها را یکی پس از دیگری رد می‌کند. ایشان می‌گوید: تخییر ممکن است نوع مستقلی از روش‌هایی باشد که باعث جدایی می‌شود. مثل

^۱ مطابق قاندهی فقهی «الجمع مهما امکن اولی من الطرح»



خلع و مبارات و لعان؛ و ممکن است نوعی از طلاق کنایی^۱ ۵ باشد؛ و منظور از کنایه عبارت است از: تخییر زن به قصد طلاق که مرجع آن به زوج برمی‌گردد اما معلق است به اینکه زوجه طلاق را اختیار کند و بالاخره ممکن است تخییر نوع دیگری از طلاق کنایی باشد و کنایه در آن عبارت است از: قول زن با اصطلاح خودم را اختیار کردم (اخترت نفسی) و مقتضای قاعده با قطع نظر از نصوص خاصه، عدم وقوع طلاق در تمامی این احتمالات سه‌گانه است:

در فرض اول به این علت که نکاح عقدی است مستفاد از شرع و چنین عقدی فقط با دلیل شرعی مثل طلاق و لعان و موارد مطرح دیگر قابلیت زوال دارد؛ پس در غیر این صورت اصل، عدم زوال آن است.

در فرض دوم به این دلیل که طلاق بدون صیغه‌ی طلاق محقق نمی‌شود؛ مضاف بر اینکه چنین طلاق‌ی معلق بوده و تعلیق باعث فساد طلاق است، پس پذیرفته نخواهد بود.

در فرض سوم به این علت که طلاق با کنایه قابل تحقق نیست و اینکه امکان تولیت زن در طلاق به دلیل نصوص موجود امکان‌پذیر نیست؛ مانند صحیفه‌ی ابن قیس از امام باقر (ع) که فرمود: امیرالمؤمنین (ع) در خصوص مردی که اختیار جماع و طلاق را به همسرش داده فرمود: مخالف سنت عمل کرده و حق را به کسی داده که اهلیتش را ندارد.

صاحب فقه الصادق با اذغان به اینکه نصوص صحیحیه و موثق‌های که دلالت بر جواز تخییر می‌کنند مثل صحیفه‌ی محمد بن مسلم از امام محمد باقر (ع) یا صحیفه‌ی حلبی از امام صادق (ع) یا صحیفه‌ی فضیل بن یسار از امام صادق (ع) و ...، که به منزله‌ی حمل کردن این احادیث بر اراده‌ی وکالت و واقع شدن طلاق بعد از تخییر بوده، و اینکه تخییر زوجه در طلاق اختصاص به پیامبر اکرم (ص) دارد؛ لذا برای رفع تعارض بین این روایات و جمع بین آنها و روایات دال بر عدم جواز، تخییر را رد کرده‌اند و معتقدند که این توجیهات برخلاف ظاهر و حتی برخلاف صریح برخی از آنها است. به نظر ایشان به دلیل اعراض فقها از روایات

^۱ طلاق کنایی آن است که طلاق دهنده در آن نیاز به نیت طلاق دارد، زیرا لفظ به طور شفاف و صریح بر طلاق دلالت ندارد. مانند اینکهاَلْحِقْشَوْهْرَ بَکَیْدٍ: بِأَهْلِکَ» به خانواده‌ات پیوند...



نشان‌دهنده‌ی جواز، این روایات از حجیت ساقط شده‌اند و روایات دیگر، به لحاظ شهرت آنها نسبت به روایات مفید جواز، برتری دارند. (الروحانی، فقه الصادق، ج ۲۲، ص ۴۲۳-۴۲۰).

ج- حر عاملی

در ایراد گرفتن به روایاتی که مجوز تخییر در طلاق و قائل به پذیرش آن هستند، می‌گوید: آنچه از این احادیث شناخته می‌شود، آن است که شیخ طوسی این احادیث را حمل بر تقیه می‌کند و ممکن است بتوان آنها را اختصاص به نبی (ص) و ائمه‌ی اطهار دانست، به این صورت که حکم آن را فقط در مورد ایشان جاری ساخته‌اند یا اینکه زوج به ظن وکالت در طلاق خودش داده نه تخییر؛ کما اینکه از بعضی از روایات این مطلب برداشت می‌شود و یا اینکه زوج پس از تخییر زوجه، خودش، زوجه‌ی خود را طلاق دهد و یا اینکه طلاق را در صورتی که زوجه خودش را اختیار کند حمل بر استحباب کنیم و احتمالات بسیار زیاد دیگری را در این باب می‌توانیم بیاوریم دایر بر اینکه، تخییر از سوی زوجه صحیح و مجاز نیست. (حرعاملی، همان، ج ۱۵، ص ۳۳۸).

د- ابن ادریس

هنگامی که به زوجه‌ی خیار در امر طلاق داده شود، پس او خودش را اختیار کند، اصحاب ما در این خصوص اختلاف کرده‌اند. بعضی فراق و جدایی را حاصل می‌دانند و بعضی دیگر واقع نمی‌دانند و به این قول واقعی نمی‌نهند و این حکم را مختص رسول اکرم (ص) می‌دانند؛ این قول اظهري است که معمول بین فقهاست و این قولی است که شیخ طوسی اختیار کرده است و قول اول از سید مرتضی است و دلیل ما در این خصوص، اصل بقای عقد است. (ابن ادریس حلی، همان، ص ۶۶۸). آنچه از قول سید مرتضی در انتصار برمی‌آید، برخلاف اظهار نظر او، در رسائل شریف مرتضی است. به نظر می‌رسد، ایشان در انتصار به گونه‌ای هم آوا با قائلین عدم پذیرش تخییر شده است؛ چون ایشان در بابی تحت عنوان النیه فی الطلاق آورده‌اند که: در طلاق باید نیت شخص ملتفظ وجود داشته باشد و هنگامی که نیت شخص طالق موجود نباشد، در شریعت اسلامی نمی‌توان هیچ حکمی برای آن در نظر گرفت؛ که به گونه‌ای طلاق و از جمله تخییر در طلاق را رد کرده است. از آنجایی که طلاق حکم شرعی است و این حکم با

ادله‌ی شرعیه ثابت می‌شود، و با توجه به روایت نبوی (ص) که فرمودند: الاعمال بالنیات، باید گفت که قدر متقین در طلاق، ایقاع آن از سوی واقع کننده و یا همان زوج و دست کم توکیل از سوی زوج است؛ و تخییر با اصول و احکام شرعی سازگاری ندارد. پس ایشان در انتصار به گونه‌ای از آنچه در رسائل شریف مرتضی گفته، فاصله گرفته و قائل به عدم پذیرش تخییر شده است. (علم الهدی علی بن الحسین، ۱۴۱۵ ق، ص ۳۰۶-۳۰۲). در حدائق الناظره در باب تخییر زوجه آمده است که، هیچ گونه مخالفتی بین علمای عامه در صحت تخییر به معنای تفویض زوج در امر طلاق به زن و تخییر زوجه در اختیار خودش و قصد طلاق کردن وجود ندارد؛ پس اگر زوجه خودش را اختیار کند، طلاق واقع خواهد شد؛ و این به منزله‌ی توکیل زن در طلاق خویش است و احتجاج کرده‌اند به آیه‌ی تخییر که بر پیامبر (ص) پس از دوری از همسرانش نازل شده است؛ لیکن اصحاب فقهای امامیه در این مسئله، اختلاف کرده‌اند و ایشان در انتها می‌گویند: قول نزدیکتر و صحیح‌تر ما همان قول مشهور است به خاطر وجوهی که به عبارت ذیل است:

۱. به علت اقتضای قاعده‌ی مخصوصی که اخبار وقوع تخییر و تفویض را حمل بر تقیه کردند و شیخ طوسی هم آن را بر تقیه حمل کرده است.

۲. برتری اخبار منع، از آن اخباری که دلالت بر عدم صحت تفویض نسبت به زنان می‌کنند و از احادیثی که با قرار دادن طلاق به دست زن مخالفت می‌کند، بر می‌آید که این مسئله، مخالف سنت پیامبر و شریعت محمد (ص) است؛ پس هرچه مخالف با این سنت و شریعت باشد، باطل قطعی و یقینی است و در بعضی از موارد، حکم به بطلان نکاح داده‌اند. صاحب حدائق در ادامه می‌گوید: کلیه‌ی اخبار دایر بر عدم جواز نزد ما صحیح و معتبر است و ضعف در مورد آنها به سندهای آنها تعلق ندارد. (بحرانی، همان، ص ۲۱۸-۲۱۷).

ر- صاحب جواهر

اگر مرد به زن اختیار دهد و قصد تفویض طلاق به زوجه را داشته باشد و آن را در اختیار زن قرار دهد، پس اگر زوج را اختیار کند یا اینکه ساکت شود، عرفاً مذموم و قبیح است، چون هیچ حکمی در این خصوص در بین ما وجود ندارد. آنچه مطابق قول مشهور از روایات خاصه



برداشت کردید این است که طلاق، همراه با صیغه‌ی خاص انجام می‌گیرد و اینکه آنچه از عبارات فقهای عامه و خاصه بر می‌آید این است که تخییر، از جمله طلاق‌هایی است که به شکل کنایی به وقوع می‌پیوندد به گونه‌ای که، در فقه عامه به طلاق کنایی معروف است نه صریح؛ و هیچ‌گونه قسم مستقلی در مقابل طلاق خلعی و مبارات و لعان نیست. ظاهر قول فقها این است که کنایه از اینکه خود را اختیار کن و همچنین در جواب بگوید من مطلقه هستم هیچ‌گونه اشکالی در وقوع آن وجود ندارد و آن هنگامی است که مباشرت در صیغه، با اذن دادن صورت پذیرد و به خاطر اذن صریح در این امر جایز باشد؛ ولیکن آنچه مورد بحث نزد ما است در خصوص این کنایه و عدم آن است. احتمال دارد این کنایه، نوعی تخییر زوج به زوجه با قصد طلاق باشد و مرجع آن، طلاق دادن از سوی زوج است. ولیکن معلق بر اختیار شخص زوجه است و این نزد عامه مبنی بر صحت تخییر زوجه در طلاق به صورت کنایه و معلق است؛ اما امامیه مخالف با تعلیق و کنایی بودن طلاق هستند و با جواز آن نیز مخالف هستند؛ و ممکن است بعضی از اصحاب امامیه استدلال کنند این طلاق کنایی، باطل است به خاطر آنکه تعلیق فاسد است. در هر حال قول اصلح در این خصوص بطلان است که مهمترین دلیل آن طلاق کنایی است با این قول که خودت را اختیار کن و آنچه از اخبار و روایات و فتاوی فقهای متأخر و متقدم بر می‌آید، دلالت بر بطلان آن دارد. پوشیده نیست که تمامی اخبار، نشان‌دهنده‌ی عدم جواز تولیت مزبور است؛ پس اشتراک آن بر زوجه صحیح نیست. اینکه مراد از تخییر تولیت باشد، صحیح نیست و اینکه تخییر قسمی از توکیل و تفویض محسوب نمی‌شود و به دلالت نصوص، در اصل، فساد تخییر اولی است. صاحب جواهر، قول جواز تخییر زوجه در طلاق را از اقوال نادره‌ی مهجوره دانسته و در راستای قول مشهور میان فقهای امامیه ناظر بر عدم جواز تخییر زوجه در طلاق، به دلایلی استناد کرده که به آنها اشاره می‌کنیم:

۱. اخباری که در تأیید وقوع طلاق مورد استناد واقع شده است، حمل بر تقیه است.

۲. صحیفه‌ی حرمان، محمول به سببی غیر از طلاق، مانند تدلیس و عیب است و مربوط به مواردی است که زن به علتی مانند تدلیس و عیب، حق فسخ نکاح را داشته باشد.

۳. روایات و اخبار متعددی مبنی بر منع تخیر و تفویض طلاق به زوجه دلالت دارند؛ از جمله خبر عیسی بن القاسم از امام صادق (ع) و اخبار دیگری وارد شده است بر منع تولیت زنان در طلاق که به طور کلی دلالت دارند، هرچند که در آنها سخنی از تخیر به میان نیامده است. از جمله صحیفه‌ی ابن قیس از امام باقر (ع)؛ پس تخیر مطابق قول مشهور فقهای امامیه جایز نبوده و هنگامی که زن پس از تخیر نفس خود را اختیار کند، طلاق واقع نمی‌شود. صاحب جواهر در پاسخ به این استدلال شهید ثانی، که روایات حاکی از جواز تفویض، هم از نظر عددی و هم از نظر سندی بالاتر از روایات حاکی از جواز است می‌گوید: این امر نمی‌تواند ملاک باشد؛ زیرا این اخبار در رجعی بودن یا بائن بودن طلاق ناشی از تخیر، با یکدیگر اختلاف دارند و وجود این اختلاف ما را به اینکه روایات را حمل بر تقیه کنیم ارشاد می‌کند؛ زیرا امکان اینکه طلاق هم رجعی باشد و هم بائن وجود ندارد و امکان ترجیح هیچ کدام نسبت به دیگری هم نیست. (نجفی، همان، ص ۷۱-۶۷)

س- شیخ جعفر سبحانی

معتقد است که، قول اکثریت فقهای امامیه، ناظر بر مقدم داشتن آنچه دلالت بر عدم وقوع تخیر زوجه در طلاق می‌کند، صحیح است چون این قول، موافق با نصوص است که قائل به عدم جواز و حصرند و هیچ‌گونه تعارضی بین روایات نشان‌دهنده‌ی جواز و عدم جواز نیست و روایاتی هم تأکید دارند که طلاق به صورت تفویض به زن مخالف سنت است، مثل مرسله‌ی ابن بُکیر. پس هنگامی که تخیر باطل است، چگونه طلاق با آن واقع می‌شود؟ ایشان قول شهید ثانی را مبنی بر ترجیح اخبار جواز تخیر با کثرت و صحت و صراحت، قول عجیبی دانسته‌اند. جعفر سبحانی استناد کردن به روایات عدم تخیر را از نظر صحت، قوی‌تر می‌داند و طلاق در صورت تخیر، واقع نمی‌شود و آنچه دلالت بر جواز می‌کند، حمل بر تقیه می‌شود. (سبحانی، همان، ص. ۸۲-۷۶).





بخش هفتم: دلایل قائلین به عدم جواز تفویض یا تخییر طلاق

شایسته است که به ادله‌ی قول مشهور در این زمینه که همانا عدم پذیرش تخییر زوجه در طلاق است؛ بپردازیم. ادله‌ی این گروه نیز، روایاتی است که مؤید این قول است:

روایت اول: از محمد بن مسلم نقل شده است که در یک حدیث موثق گفت که از امام صادق (ع) شنیدم که ایشان فرمودند: از پدرم شنیدم که فرمود: همانا رسول‌الله (ص) همسران خود را مخیر کردند، پس آنها خدا و رسول او را اختیار کردند؛ درحالی که حضرت رسول (ص)، ایشان را از طلاق نهی می‌کرد و اگر خودشان را اختیار می‌کردند، حتماً آن حضرت جدا می‌شدند. پس ایشان فرمودند این حدیث را پدرم از عایشه نقل می‌کرد که مردم کجا و خیار کجا؟ همانا اینکه امری است که خداوند عزوجل این را به پیامبر اکرم ص اختصاص داده بود. (حرعاملی، همان، ج ۱۵، ص ۳۳۶) روایت دوم: در روایت موثق از عیص بن القاسم از امام صادق (ع) نقل شده است که ایشان، در مورد مردی که همسر خود را مخیر گذاشته بود، سؤال کردم: آیا در این صورت، آن زن از مرد جدا خواهد شد؟ پس امام (ع) فرمودند: همانا این امری است که مخصوص حضرت رسول (ص) است که بدان امر شدند؛ پس ایشان آن فعل را انجام دادند و اگر آن زنان خودشان را اختیار می‌کردند، حتماً طلاق می‌گرفتند؛ و این قول خداوند عزوجل است که فرمودند: به همسران بگو اگر زندگی دنیوی و زینت آن را می‌خواهید، پس شما را رها کنم تا از آن به بهترین نحو بهره بگیرید. (کلینی، همان، ج ۶، ص ۱۳۷)

روایت سوم: در الکافی در باب الخیار آمده است که: از محمد بن مسلم نقل شده است که گفت: از امام باقر (ع) در مورد خیار سؤال کردم؛ پس ایشان فرمودند: منظورت چیست و چه می‌گویی؟ همانا آن امری است که مختص شخص رسول‌الله (ص) است. ۱. روایت چهارم: از محمد بن مسلم از امام صادق (ع) نقل شده است که در مورد مردی پرسیدم، زمانی که همسرش را مخیر می‌کند پس ایشان فرمودند: همانا اختیار برای ماست و برای هیچ احدی نیست و همانا زنان پیامبر (ص) ایشان و خداوند را به خاطر شأن و مقام عایشه اختیار کردند و



اگر غیر از رسول خدا را اختیار می‌کردند، برای آنها هیچ چیزی نبود و مفلس می‌شدند. روایت پنجم: در روایتی از ابی الصباح کنانی آمده است که همانا زینت (یکی از همسران پیامبر (ص)) به حضرت رسول (ص) گفت: تو عدالت را رعایت نمی‌کنی، در صورتیکه رسول خدا هستی. حفصه گفت: اگر ما را طلاق دهی، ما در قوم خود هم کفو خود را از قریش پیدا خواهیم کرد. پس وحی به رسول (ص) آمد که، ۲۹ روز از همسرانت دور شو و آیه‌ی ۲۸ و ۲۹ سوره‌ی احزاب ۲ نازل شد؛ پس خدا و رسولش را اختیار کردند و طلاق‌ی واقع نشد. اگر خودشان را اختیار می‌کردند، حتماً جدا می‌شدند. ۳ روایت ششم: از زراره در حدیث موثق نقل شده است که از امام باقر (ع) شنیدم که می‌فرمود: همانا خداوند عزوجل به رسول خدا وحی کرد، هنگامی که بعضی از زنانش چیزهایی به او می‌گفتند که ای رسول من، از همسرانت ۲۹ شب دوری کن در حالیکه حضرت در خانه‌ی ام ابراهیم بود، پس زنان خود را خواند و به آنها اختیار داد؛ پس همانا همسران او حضرت را اختیار کردند و اگر خودشان را اختیار می‌کردند، یک طلاق بائن تحقق پیدا می‌کرد. می‌گفت پرسیدم زنان حضرت (ص) چه گفت و گویی با هم می‌کردند؟ گفت: امام (ع) فرمودند: همانا آنان می‌گفتند آیا محمد (ص) را می‌بینی که همانا او اگر ما را طلاق دهد، هم کفو از قوم ما پیدا نخواهد کرد که با آنها ازدواج کند. (کلینی، همان، ج ۶، ص ۱۳۸) روایت هفتم: از مروان بن مسلم از ابراهیم بن محرز نقل شده که گفت: مردی از امام صادق (ع) سؤال کرد، درحالی که من نزد او بودم از حضرت پرسید: مردی به زنش گفته است که امر تو به دست خود تو باشد. پس حضرت (ص) فرمودند: هیچ چیزی به وقوع نپیوسته است و خداوند متعال می‌فرماید: مردان بر زنان قوامیت و برتری دارند و تفویض این اختیار به زوجه صحیح نیست (حر عاملی، همان، ج ۱۵، ص ۳۳۷) روایت هشتم: از امام کاظم (ع) نقل شده است که از ایشان در مورد مردی سؤال شده است که به همسرش گفته: همانا من دوست دارم که تو از من جدا گردی و چیزی هم نمی‌گویدی، آیا در این صورت افتراق بین آنها تحقق پیدا خواهد کرد؟ حضرت (ع) فرمودند: در این حالت چیزی تحقق نمی‌یابد و آن زن کماکان همسرش باقی خواهد ماند. (همان، ص ۳۴۰-۳۳۹) روایت نهم: از هارون (مروان) بن مسلم نقل شده است از بعضی از اصحاب امامیه از امام صادق (ع)



که گفت به ایشان عرض کردم نظرتان در مورد مردی که امر زنش را به دستش قرار داده است، چیست؟ پس به من گفتند: امر را به دست کسی داده است که اهل آن محسوب نمی‌شود و مخالف سنت عمل کرده و نکاح جایز نیست. (همان، ص ۳۳۸) با جست‌وجو در ادله‌ی فقها در مورد عدم پذیرش تخییر زوجه در طلاق، به نظر می‌رسد مهمترین دلیلی که در تأیید قول مشهور به آن استناد می‌کنند، این است که روایات مفید جواز تخییر، حمل بر تقیه می‌شود و هنگامی که عقد نکاح به شکل صحیح منعقد شد، زوال و از بین رفتن آن باید به طریق معلوم و مشخص صورت پذیرد و تخییر زوجه در طلاق به مثابه‌ی تعلیق بوده و پذیرفته شده نیست. مضاف بر اینکه اخباری هم وجود دارد که نشان‌دهنده‌ی این است که تخییر زوجه در طلاق، امری مختص رسول اکرم (ص) است و مطابق نظر مشهور فقها، در این خصوص، اصل بقای عقد است؛ و علاوه بر دلایل مذکور، اخبار و روایات فراوان وجود دارد که هر کدام مؤید قول مشهور فقها است.

بخش هشتم: اصلاحیه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی

مرحوم سیدحسن بجنوردی در قواعد فقهیه جلد ۱ می‌فرمایند:

برای درخواست طلاق از سوی زن باید دلایل و بینات محکم وجود داشته باشد تا محکمه، با اختیار خود، زوج را وادار به طلاق نموده یا خود رأساً حکم طلاق را صادر نماید. یکی از موجبات آن، درخواست طلاق از سوی زوجه که درباره‌ی آن آیات و روایات و قوانینی وجود دارد که دال بر مشقت بسیار زیاد است که عادتاً تحمل آن مشکل باشد به عسر و حرج می‌گویند. پس عسر و حرج در زندگی و مستأصل شدن زوجه یکی از علل اصلاح شدن ماده ۱۱۳۰ بوده. با الهام از قاعده‌ی لاحرج ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی اصلاح و در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۸ به شرح زیر به تصویب نهایی مجلس شورای اسلامی رسید و در موارد نامبرده زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند در صورتی که برای محمه ثابت شود که دوام زوجیت موجب عسر و حرج است می‌تواند برای جلوگیری از ضرر و حرج، زوج را به اجبار به طلاق کند و در صورت میسر نشدن به اذن حاکم شهر طلاق داده می‌شود. البته با توجه به

آیه الطلاق بید من الاخذ بالساق حق طلاق از زوج گرفته نمی شود بلکه با توجه به قاعده لا حرج انحصار طلاق از وی گرفته می شود. طبق این مصوبه موارد و مصادیق عسر و حرج عبارتند از:

- ۱- ترک عمدی همسر توسط زوج حدال بمدت شش ماه بدون عذر موجه
- ۲- اعتیاد مضر به یکی از انواع مواد مخدر
- ۳- استنکاف از پرداخت نفقه
- ۴- عدم امکان بر لزوم او (زوج) بر تأدیه نفقه
- ۵- ابتلا زوج به امراض مسری صعب العلاج
- ۶- هر عارضه دیگری (از زوج) که دوام زناشویی و سلامت زوجه را به خطر اندازد
- ۷- عقیم بودن زوج به نحوی که مانع اولاددار شدن زوج باشد
- ۸- سوء رفتار زوج در حدی که عرفاً با توجه به اوضاع و احوال اجتماعی و اخلاقی، روحی از نظر مکانی و زمانی برای زوجه قابل تحمل نباشد
- ۹- سوء معاشرت
- ۱۰- اختیار همسر دیگر در صورت استطاعت بر اجرای عدالت
- ۱۱- عدم رعایت دستور دادگاه در مورد منع اشتغال به کار یا حرفه ای که منافی با مصالح خانوادگی یا حیثیت زوجه باشد
- ۱۲- محکومیت قطعی زوج به حبس در اثر ارتکاب جرایم که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد.

عسر و حرج در مواد قانون مدنی به صورت مختلف بیان گردیده از جمله ماده ۱۱۲۱ ق.م. مقرر می دارد در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرا حکم محکمه و الزم او به دادگاه نفقه به زن می تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شرع او را اجبار به





طلاق می نماید. همچنین است عجر شوهر از دادن نفقه، موضوع ماده ۱۱۱۹ ق.م وکالت زوج به زوجه برای طلاق است. مواردی که در ماده ذکر شده تمثیلی است نه حصری. شارع مقدس در اسلام اجحاف و ظلم را به حقوق زنان قبول ندارد لذا در نظام قضایی کشور ایجاد سازوکارهایی که در مقام احقاق حقوق پایمال شده زنان برآید مورد توجه قرار گرفته است. (نوری اصفهانی، ۱۳۷۷، ص ۴۲).

بخش نهم: بررسی حقوقی وکالت زن در طلاق

معمولاً در زمان انعقاد عقد نکاح، زن در مواردی از مرد وکالت در طلاق را اخذ می نماید که این امر یا در ضمن عقد نکاح و یا به صورت مستقل اتفاق می افتد تا در صورت وقوع هر یک از موارد تصریح شده در عقد نامه، او وکیل در طلاق خود باشد تا بدین وسیله به دادگاه مراجعه و تقاضای طلاق نماید. این امر به وضوح از ماده ۱۱۹ قانون مدنی قابل استنباط است. ماده ۱۱۹ قانون مدنی بیان می دارد:

طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا برعلیه حیات زن سوء قصد یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.

آنچه در اینجا شایان توجه می باشد این است که موارد مذکور در این ماده از باب تمثیل است و جنبه حصری ندارد.

در فقه امامیه، قول مشهور فقها بر این است که برای طلاق می توان به دیگری و از جمله زوجه وکالت داد با وجود این، در بین فقها شیخ طوسی قابل به عدم صحت توکیل به زن در طلاق می باشد (محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۴۰۴). در ازدواج های دائمی که به ثبت می رسد، معمولاً مرد در ۱۲ مورد به زن خود وکالت با حق توکیل می دهد که با تحقق یکی از شروط ۱۲ گانه مذکور، خود را مطلقه نماید. از جمله شروط مذکور، غیبت شوهر به مدت ۶ ماه یا بیشتر، ارتکاب جرمی که مخالف مصالح خانوادگی باشد، انتخاب همسر دوم از سوی

زوج و اعتیاد شوهر به مواد مخدري است که مضر به مصالح خانوادگی باشد البته باید توجه داشت که شرطی معتبر است که مخالف مقتضای ذات عقد، شرع و قواعد آمره نباشد. براین اساس، اگر ضمن عقد نکاح شرط شود که زوج از طرف زوج وکیل باشد تا در صورت نماز خواندان زوج، درخواست طلاق نموده و خود را مطلقه کند، این شرط به علت مخالفت با شرع باطل است و قابل اجرا نمی باشد. (صفایی و امامی، مختصر حقوق خانواده، ص ۲۱۰). عملاً در برخی از موارد از شروط ضمن عقد، برای درخواست طلاق از سوی زوجه استفاده می شود. به عنوان نمونه، در پرونده کلاسه ۱۶۳۵/۸۶ شعبه چهارم دادگاه عمومی قائمشهر، زوجه با تقدیم دادخواستی، تقاضای طلاق به استناد محکومیت شوهر خود به ارتکاب جرم خیانت در امانت را نموده است. دادگاه پرونده کیفری استنادی را مطالبه نموده که به استناد آن زوج به اتهام خیانت در امانت به تحمل ۳ سال حبس محکوم شده است، از این رو در پرونده طلاق به دلیل ارتکاب جرم از سوی زوج و به استناد شرط ضمن عقد نکاح، به درخواست زوجه گواهی عدم امکان سازش برای اجرای صیغه طلاق صادر شده است.

الف: طلاق به اراده‌ی مرد

این امر در ماده‌ی ۱۱۳۳ پیش از اصلاح در سال ۱۳۱۳ چنین پیش‌بینی شده بود: ماده‌ی ۱۱۳۳ قانون مدنی: مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد. عبارت این ماده، به‌خوبی نشانگر اختیار مطلق و بی‌چون‌وچرای مرد در امر طلاق است. برای محدود کردن اختیار مرد در امر طلاق، این ماده در تاریخ ۱۹/۸/۱۳۸۱ به این شرح اصلاح گردید: مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون، با مراجعه به دادگاه، تقاضای طلاق همسرش را بنماید. تبصره‌ی این ماده برای زن نیز حق طلاق قائل شد. تبصره‌ی این ماده به این شرح است: زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

ب: طلاق به اراده‌ی زن

با اینکه طلاق حق زوج است، اما در موارد استثنائی به زوجه حق طلاق داده شده است. این موارد استثنائی، در سه مورد مطرح می‌شود که عبارت است از: غیبت زوج مطابق ماده‌ی



۱۰۲۹، استنکاف زوج از پرداخت نفقه در ماده‌ی ۱۱۲۹ و عسرو حرج زوجه مطابق ماده‌ی ۱۱۳۰ مدنی. ماده‌ی ۱۱۱۹ نیز از وکالت در طلاق برای زوجه صحبت کرده است.

نتیجه‌گیری

در آیات قرآن هدف از ازدواج آرامش دانسته شده است. این آرامش به این دلیل است که هر یک از زن و مرد مکمل یکدیگرند و مایه‌ی شکوفایی و نشاط یکدیگر می‌شوند؛ به گونه‌ای که به تنهایی ناقص هستند. اما این امر زمانی تحقق‌پذیر است که بین زوجین روابط مودت‌آمیز برقرار باشد. براین اساس نمی‌توان دو نفر را با زور و تهدید مجبور به زندگی با هم کرد که در این صورت اسلام طلاق را به عنوان آخرین راه حل و مبعوضترین حلال‌ها جایز می‌داند. طلاق عمل حقوقی یک طرفه‌ای است که تنها به اراده‌ی مرد و نماینده‌ی حقوقی و قانونی او واقع می‌شود و به منزله‌ی رها شدن از بند نکاح دائم با رعایت تشریفات خاص است. بنابراین شرع و قانون، طلاق را حق مرد می‌داند که تنها به اراده‌ی او واقع می‌شود.

واژه‌ی تفویض از جمله واژگان مصطلح این پژوهش است که از آن یاد شده است. تفویض در لغت به معنای سپرده شدن امری به دیگری و حاکم کردن او در این امر است. معنای اصطلاحی واژه‌ی تفویض در فقه و قانون، همان معنای لغوی است. برای این واژه، اقسام مختلفی ذکر شده است که عبارت است از: توکیل، انتقال، تملیک، تحکیم و نصب که هر کدام از این اقسام، ماهیت و آثاری دارد. آنچه در این پژوهش مورد نظر است، تفویض از قسم انتقال است. ماهیت تفویض از نوع انتقال این است که تفویض کننده، حق یا اختیاری را که دارا شده، به دیگری واگذار کند مشروط به اینکه آنچه تفویض می‌شود، به لحاظ شرعی و قانونی قابل انتقال به غیر باشد که برای تشخیص این مسئله، از ضوابط و ملاک‌هایی مدد گرفته شده است. بنابراین در مورد تفویض، نکات زیر حائز اهمیت است:

۱. موضوع تفویض باید امری باشد که از نظر شرعی و قانونی قابلیت انتقال به غیر را داشته باشد.

۲. تفویض ایقاع است یعنی عملی است که صرفاً به اراده‌ی تفویض کننده به وقوع می‌پیوندد و قبول مفوض^۱ الیه، فقط شرط تأثیر آن است.

۳. با تفویض، رابطه‌ی تفویض کننده با آنچه تفویض کرده به‌طور کلی، قطع می‌گردد و رجوع از آن امکان‌پذیر نیست.

۴. مفوض^۲. الیه به مشیت و اراده‌ی خود عمل می‌کند؛ بنابراین هیچ‌گونه مسئولیتی از بابت اقدامات او متوجه تفویض کننده نخواهد بود.

چنانچه حق یا اختیاری از یک شخص به دیگری تفویض گردد و قرینه‌ای برخلاف نباشد، ظاهر این است که مقصود تفویض کننده، انتقال آن حق یا اختیار به شخص اخیر بوده است؛ نه اینکه مراد صرفاً واگذاری اعمال آن باشد.

منظور ما از واژه‌ی تفویض در این پژوهش، تفویض حق طلاق از نوع انتقال، از طرف زوج به زوجه به‌صورت تام و تمام در اجرای صیغه‌ی طلاق است. بنابراین، تفویض طلاق عبارت است از: واگذاری طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف خود، به‌طوری‌که اگر طلاق را اختیار کند این امر به وقوع پیوندد و مرد پس از این امر، هیچ اختیاری در طلاق ندارد. در واقع در تفویض طلاق، اراده‌ی کامل مرد در طلاق گرفته و به زن منتقل می‌شود. نظر به مطالب بیان شده و اینکه قول مشهور بر عدم پذیرش تفویض در طلاق است، به تبع آن اگر در ضمن عقد نکاح شرط تفویض در طلاق گنجانده شود، این شرط باطل و پذیرفته نیست. در رابطه با شرط تفویض طلاق روایاتی وجود دارد که این شرط را نامشروع و خلاف کتاب و سنت دانسته‌اند. جعل شرط تفویض طلاق ضمن عقد، حرام کننده‌ی حلال و باطل است. مراجع عظام تقلید از جمله آیت‌الله خامنه‌ای، آیت‌الله سیستانی، آیت‌الله مکارم شیرازی نیز، شرط تفویض در طلاق را جایز نمی‌دانند؛ اما همه‌ی این مراجع، معتقدند که می‌توان به جای شرط تفویض در طلاق، شرط و کالت در طلاق را در ضمن عقد نکاح قرار داد. مشهور فقهای امامیه، توکیل زن در طلاق را به دلیل اطلاق در روایات پذیرفته‌اند. زیرا اعطای و کالت به زوجه، مانع از حق مرد برای طلاق دادن زوجه نیست. قانون مدنی ایران نیز مطابق قول مشهور، در ماده‌ی





۱۱۱۹ به این مسئله اشاره داشته است. این تدبیر اختیار مطلق مرد در امر طلاق را تا حدودی متعادل می‌گرداند. بنابراین علاوه بر وکالت مشروط که در خصوص تأیید آن در قانون نصی وجود دارد، با توجه به ادله و روایات معتبر، وکالت مطلق و عام نیز پذیرفته شده که در ضمن عقد نکاح، زوجه می‌تواند از طرف زوج، وکیل شود که در ایام زناشویی بدون تحقق هیچ‌گونه شرطی در عالم خارج و به موجب وکالت مطلق اعطا شده به او، از طرف زوج، خود را مطلقه نماید که به‌زعم نگارنده این نوع وکالت می‌تواند جایگزین شرط تفویض در طلاق باشد. البته در توکیل و تفویض طلاق، تفاوت‌های ماهوی وجود دارد که به یکی از این تفاوت‌ها اشاره می‌شود و بقیه‌ی موارد در متن پایان‌نامه ذکر شده‌اند. در توکیل علیرغم اعطای نیابت به زوجه، خود زوج نیز می‌تواند به شخصه، امر طلاق را انجام دهد و زوجه‌ی خود را مطلقه نماید؛ اما در تفویض، این اختیار از ید زوج خارج شده و دیگر هیچ حقی به عنوان تصمیم‌گیری در این خصوص ندارد.

نظر به اینکه ماهیت حق طلاق برای زوج حکم است و قابل نقل و انتقال به غیر نیست؛ همچنین آیات و روایاتی که در زمینه‌ی حق طلاق برای مرد وجود دارد؛ و نیز توجیهات و دلایل عقلی - که البته چندان قانع‌کننده نیستند - بیان شده‌اند که حق طلاق را از حقوق مختص مرد می‌دانند، بنابراین با این توصیفات، نمی‌توان در ضمن عقد نکاح شرط تفویض طلاق قرار داد و این اختیار را از ید زوج خارج کرد. اما در ضمن عقد نکاح، شرط وکالت در طلاق برای زوجه پذیرفته شده است. بودن حق طلاق در دست مرد ممکن است مورد سوءاستفاده‌ی برخی از مردان قرار گیرد. بر این اساس، فقه و قانون مدنی تدابیری اندیشیده‌اند تا جلوی سوءاستفاده‌های احتمالی برخی مردان از حق طلاق گرفته شود. بر این اساس، تعلق گرفتن ارث به زنی که در مرض متصل به موت شوهر مطلقه شده و همچنین الزام شوهر به پرداخت اجرت‌المثل و نحله در کنار مهریه و نفقه و تأدیه‌ی جهیزیه، تدابیری هستند که محدودکننده‌ی اراده‌ی مطلق زوج در طلاق‌اند. بر مبنای قاعده‌ی لاضرر این اقدام می‌تواند جبران‌کننده‌ی خسارت‌های مادی و معنوی زنی باشد که ناخواسته طلاق داده شده است. همچنین الزام به مراجعه‌ی زوج به دادگاه در هنگام طلاق زوج و ارجاع به داوری طبق آیه‌ی ۳۵ سوره‌ی نساء،

و صدور گواهی عدم امکان سازش از دادگاه و همچنین ضمانت اجرای کیفری در صورت اجرای طلاق بدون اجازه دادگاه برای زوج و سردفتر خاطی، تمهیداتی هستند که اختیار نامحدود مرد را در امر طلاق محدود می‌نمایند.

علاوه بر این موارد، در جایی که شوهر زوجه‌ی خود را در مشقت و سختی قرار می‌دهد و از طلاق دادن امتناع می‌کند، قانون‌گذار راهکارهایی را اتخاذ نموده که زن نیز بتواند درخواست طلاق بدهد. این تدابیر فقهی و حقوقی، موجبات طلاق به درخواست زوجه هستند که به زنان اجازه می‌دهد تا با مراجعه به دادگاه و اخذ حکم از آن، برای طلاق اقدام کند. غیبت زوج به مدت ۴ سال در ماده‌ی ۱۰۲۹ قانون مدنی، استنکاف یا عجز شوهر از پرداخت نفقه در ماهی ۱۱۲۹ و نیز عسرو حرج زوجه در ماده‌ی ۱۱۳۰ قانون مدنی، مواردی هستند که زن به استناد با آنها می‌تواند درخواست طلاق نماید.

طلاق خلع نیز از راهکارهایی است که اگر زن کراهت شدید از شوهر خود داشته باشد، می‌تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید. اگر کراهت به حدی باشد که موجب عسرو حرج زوجه شود، می‌تواند از طریق عسرو حرج ماده‌ی ۱۱۳۰ قانون مدنی، شوهر را به طلاق دادن الزام نماید.

یکی دیگر از موجبات طلاق به درخواست زوجه، راهکار شروط ضمن عقد نکاح است که در ماده‌ی ۱۱۱۹ قانون مدنی مقرر شده است. همچنین شورای عالی قضایی برای متعادل نمودن حقوق زن و مرد در طلاق، تعدادی از شروط صحیح را در دفترچه‌های نکاحیه گنجانده‌اند تا زوجین بتوانند با توافق هم آنها را امضا نمایند.



منابع و مأخذ

قرآن کریم و بعد

الف) منابع فارسی

- بهجت، محمدتقی، استفتائات، قم، دفتر حضرت آیت الله بهجت، ۱۴۲۸ ق، ج. ۳.
- تاج آبادی، حسین، شروط صحیح در فقه امامیه، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۰ ش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه‌ی گنج دانش، ۱۳۷۶ ش، ج. ۳.
- عبد بروجرودی، محمد، حقوق مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰ ش.
- عظیمی، زهرا، نگاهی به حقوق زن در اسلام، قم، مرکز پژوهش‌های اسلامی صدا و سیما، ۱۳۸۶ ش.
- علامه، سید مهدی، شروط باطل و تأثیر آن در عقود، اصفهان، انتشاراتمانی، ۱۳۷۹ ش.
- عمید، حسن، فرهنگ فارسی عمید، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۸۶ ش.
- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، چاپ سیزدهم، تهران، نشر دانشگاه تهران، ۱۳۸۱ ش.
- قربانیا، ناصر؛ همکاران، بازپژوهی حقوق زن بررسی قوانین مربوط به زنان در جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات روز نو، (بیتا)، ج. ۲.

ب) منابع عربی

- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۱۰ ق، ج. ۲.
- ابن بابویه القمی (شیخ صدوق)، ابی جعفر محمد بن علی بن الحسین، المقنع، قم، مؤسسه امام هادی (ع).
- ابن براج، قاضی عبدالعزیز، جواهرالفقه، چاپ اول، (بیجا)، مؤسسه النشر والاسلامی، ۱۴۱۱ ق.

ابن منظور، ابوالفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، چاپ سوم، بيروت، دارالفكر للطباعة و النشر والتوزيع، ۱۴۱۴ ق، ج. ۱.

آذرنوش، آذرتاش، فرهنگ معاصر عربی-فارسی، چاپ هفتم، نشر نی، ۱۳۸۵ ش.
آل کاشف الغطاء، محمد حسين، تحرير المجله، نجف اشرف، مكتبة المرتضويه، ۱۳۵۹ ش، ج. ۱.

بحر العلوم، عزالدین، بحوث الفقهيہ، نجف، المطبعه العلويه، ۱۳۵۵ ق، ج. ۲.
بحرالعلوم، محمدتقی، بلغه الفقيه، شرح و تعليق سيد محمد تقی بحرالعلوم، تهران، منشوراتمکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق، ج. ۱.

بحرانی، یوسف، الحقائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ۱۳۶۳ ق، ج. ۲۵.

تبریزی، جواد، ارشاد الطالب الى التعليق على المكاسب، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۴۱۲ ق.

الجزیری، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الاربعه، بيروت، دار احيا التراث العربی، ۱۴۱۳ ق، ج. ۴.

خمینی، روح الله، تحرير الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۹ ش، ج. ۲، ج. ۳.

خوانساری، احمد، جامع المدارك فی شرح النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، ۱۴۰۵ ق، ج. ۳، ج. ۴.

خویی، ابوالقاسم، منهاج الصالحین، چاپ بیست و هفتم، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ ق، ج. ۲.

روحانی، محمد صادق، فقه الصادق، چاپ سوم، قم، دارالکتاب، ۱۴۱۲ ق، ج. ۲۲.

زحیلی، وهبه، الفقه الاسلاميه و ادلته، دمشق، انتشارات دار الفكر، ۱۹۸۹ م، ج. ۹.

