

نوشته: دکتر سیدحسین صفائی
استاد دانشکده حقوق دانشگاه تهران

وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او

مقدمه

یکی از موضوعات مهم و مورد ابتلاء که در فقه اسلامی و حقوق مدنی مورد بحث و بررسی واقع شده وکالت زوجه در طلاق است. ممکن است ضمن عقد نکاح، یا عقد لازم دیگر، یا به صورت قراردادی مستقل، شوهر به زن وکالت دهد که از طرف او خود را مطلقه سازد. زوجه برای اینکه به آسانی بتواند خود را از قیدیک ازدواج نامناسب‌هایی بخشند، می‌تواند از طریق شرط ضمن عقد نکاح، چنین اختیاری را برای خود تحصیل کند. در این صورت وکالت زن، مادام که ازدواج منحل نشده، باقی خواهد ماند. و از آنجا که عقد وکالت در اینجا تابع عقد لازم (ازدواج) شده، موکل حق عزل وکیل را نخواهد داشت. این راه حل که در حقوق اسلام و ایران به سود زن پذیرفته شده، در واقع، اختیار مطلق مرد در امر طلاق را تا حدودی تعدیل می‌کند.

قبل از بحث تفصیلی از این موضوع بجاست مقدماتاً از وکالت در طلاق به طور مطلق، به اختصار، سخن گوئیم. قول مشهور فقهای امامیه این است که وکالت در طلاق جایز است، اعم از اینکه موکل در مجلس طلاق (یا در بلد) حاضر یا غایب باشد. در تأیید این نظر به اطلاق پاره‌ای روایات و اخبار از جمله صحیحہ سعید الاعرج (۱) استناد شده و نیز استدلال شده است به اینکه طلاق یک فعل قابل نیابت است و به اصطلاح امروز، یک امر کاملاً شخصی نیست که مباشرت شخص در آن لازم باشد و به همین دلیل غایب به اجماع می‌تواند برای طلاق وکیل بگیرد و تفاوتی بین حاضر و غایب از این لحاظ نیست.

(۱) وسائل، جزء دوم از جلد هفتم، چاپ بیروت، باب ۳۹ از ابواب مقدمات طلاق، حدیث ۱، ص ۳۳۳.

شیخ طوسی و پیروانش برآنند که توکیل حاضر در طلاق جایز نیست و در این باره به روایت زراره از حضرت صادق (ع) استناد کرده‌اند که فرمود: " لايجوز الوکالة فی الطلاق" (وکالت در طلاق جایز نیست). شیخ برای جمع بین این روایت و روایات دیگری که بر صحت وکالت در طلاق دلالت دارند، روایت مزبور را حمل بر حاضر کرده است. در رد این استدلال گفته‌اند: سند این روایت ضعیف است و از اینرو نمی‌تواند معارض صحیحه سعید الاعرج باشد و آن را تخصیص دهد (۱).

بنابر قول شیخ طوسی غیبت با دوری زوج از بلد تحقق می‌یابد. معهدا صاحب مسالك گفته است: بنا بر قول شیخ، غیبت با مفارقت از مجلس طلاق تحقق می‌یابد، اگرچه زوج در بلد باشد (۲). لیکن آنچه از عبارت شیخ برمی‌آید این است که غیبت از بلد مجوز وکالت در طلاق است نه دوری از مجلس عقد (۳).

قانون مدنی از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده، می‌گوید: " ممکن است صیغه طلاق را به توسط وکیل اجرا نمود" (ماده ۱۱۳۸). مزیت این راه حل آن است که اگر شوهر غایب باشد یا حاضر بوده و عربی نداند و بکار بردن صیغه عربی را در طلاق، چنانکه اکثر فقهای امامیه گفته‌اند (۴)، لازم بدانیم، یا در این باره از نظر شرعی احتیاط کنیم، می‌توان برای اجرای صیغه طلاق، چنانکه معمول است، از وکیل استفاده کرد.

پس از مقدمه فوق، اینک وکالت زوجه در طلاق را مورد بررسی قرار می‌دهیم. در این باب نخست از فقه اسلامی (خاصه و عامه) و سپس از قانون مدنی که مبتنی بر فقه است سخن می‌گوئیم (بخش اول). چون در فقه اسلامی علاوه بر توکیل زن در طلاق، تفویض طلاق به او یا تخییر نیز مطرح است، بخش دوم مقاله رابه تفویض طلاق به زوجه اختصاص می‌دهیم.

(۱) شیخ محمدحسین نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۳.

(۲) شهید ثانی، مسالك الافهام، ج ۲ چاپ سنگی ۱۰۶۸ هـ ق، کتاب طلاق، ارکان طلاق، ص ۴.

(۳) شیخ یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۶، چاپ سنگی ۱۳۱۷ هـ ق، ص ۲۹۰، جواهر،

ج ۳۲، ص ۲۴.

(۴) جواهر، ج ۳۲، ص ۶۰.

بخش اول

وکالت زوجه در طلاق

الف- فقه اسلامی

در این باب نخست فقه امامیه و سپس فقه عامه را مورد بحث قرار می‌دهیم .
 ۱- فقه امامیه (۱) - در فقه امامیه در خصوص وکالت زوجه در طلاق سه قول دیده می‌شود: جواز، عدم جواز و توقف .

اول جواز - قول مشهور فقهای امامیه این است که وکالت زوجه در طلاق جایز است، زیرا:

- اولاً " طلاق فعلی قابل نیابت است و از اعمالی نیست که مباشرت شخص در آن لازم باشد .

- ثانیاً " زن از لحاظ حقوقی کامل است و می‌تواند وکیل باشد (چه از جانب شوهر و چه از جانب شخص دیگر) همانطور که می‌تواند سایر اعمال حقوقی را انجام دهد و تفاوتی بین زن و اشخاص دیگر در مورد وکالت نیست .

- ثالثاً " ادله‌ای که بر جواز وکالت در طلاق به طور اطلاق دلالت دارند شامل زوجه هم می‌شوند .

- رابعاً " بعضی از فقها برای جواز توکیل زن در طلاق به تخییر پیامبر (ص) زنان خود را در مورد طلاق استدلال کرده‌اند: از حضرت باقر (ع) روایت شده است که: بعضی از زنان پیامبر (ص) گفتند: محمد (ص) تصور می‌کند که اگر ما را طلاق دهد شوهری مناسب از قوم ما برای برای ما پیدا نمی‌شود. این سخن، خدای عزوجل را ناخوش آمد و آیه تخییر را نازل فرمود: " یا ایها النبی قل لازواجکم ان کنتن تردن الحیوة الدنیا و زینتها فتعالین امتعکن و اسرّحکن سراحا جمیلا و ان کنتن تردن اللّه و رسوله والدّار الآخرة فانّ اللّه اعدّ للمحسنات منکنّ اجرا عظیما " (احزاب ۲۹ - ۲۸) یعنی " ای پیامبر به زنانت بگو که اگر زندگی دنیا و زینت آن را می‌خواهید، پس بیاغید که شمارا بهره‌مند سازم (مهرتان را بپردازم)

(۱) شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۴؛ شرح لمعه، چاپ جدید، زیر نظر سید محمد گلانتر، ج ۶، ص ۲۳ و ۲۴؛ حدائق، ج ۶، ص ۲۹۰؛ جواهر، ج ۳۲، ص ۲۴ و ۲۵.

و به خوبی طلاقان دهم . و اگر خدا و رسول او و زندگی آخرت را طالبید ، پس خدا برای نیکوکاران شما اجری عظیم آماده کرده است . " پس از نزول آیه ، زنان پیامبر (ص) او را اختیار کردند و به زندگی با پیامبر (ص) ادامه دادند (۱) .

از تخییر نمی (ص) که در این دو آیه آمده است برخی به جواز توکیل زوجه در طلاق استدلال کرده اند . لیکن این استدلال خالی از اشکال نیست زیرا :

اولاً " ممکن است مقصود این باشد که هر یک از زنان پیامبر (ص) که طلاق را اختیار کنند پیامبر (ص) او را طلاق دهد ، نه اینکه آن زن اختیار در اجرای صیغه طلاق داشته باشد . ثانیاً " برفرض اینکه مراد ، دادن اختیار طلاق بمن باشد ، این امر ، چنانکه در پاره‌ای روایات آمده است ، از خصائص نبی (ص) بوده است و نمی‌توان آن را به اشخاص دیگر تعمیم داد .

دوم - عدم جواز - قول دیگر از شیخ طوسی است که عدم جواز را به دلائل زیر پذیرفته است :

- زن که قابل است نمی‌تواند فاعل باشد . رد این استدلال بدین گونه است که مغایرت اعتباری بین فاعل و قابل کافی است . در اینجا زن به اعتبار و حیثیت وکالت از شوهر ، فاعل طلاق است و به اعتبار و حیثیتی دیگر ، قابل . مغایرت اعتباری در عقود که مرکب از ایجاب و قبول است کافی است ، چه رسد به ایقاعات مانند طلاق که یک عمل حقوقی یک جانبه است .

- ظاهر قول پیامبر (ص) . " الطلاق بید من اخذ بالساق " (طلاق به دست شوهر است) اقتضا می‌کند که توکیل در طلاق مطلقاً صحیح نباشد . لیکن وکالت غیر زوجه به دلیلی بیرون از این نص از آن خارج شده است . پس وکالت زن بر اصل منع باقی است .

ضعف این استدلال آشکار است ، زیرا حدیث برفرض صحت مفید حصر نیست و بودن اختیار طلاق در دست مرد با تعیین وکیل از جانب او منافات ندارد زیرا وکیل از جانب موکل طلاق می‌دهد و عمل وکیل به منزله عمل موکل است . و برفرض اینکه حدیث مفید حصر باشد ادله ای که وکلای غیر زن را از آن خارج می‌کند (و صحت وکالت آنان را اقتضا می‌نماید)

(۱) کافی ج ۶ ص ۱۳۷ و ۱۳۸ (به نقل از جواهر ، ج ۳۲ ، زیر نویس شماره ۳ ، ص ۷۰) . از طریق عامه در شان نزول آیه شریفه تخییر چنین آمده است که روزی زنان پیامبر (ص) از کمبود نفقه به او شکایت بردند و آیه شریفه در باره ایشان نازل شد (رجوع شونده : عبدالرحمن الصابونی ، مدی حریمه الزوج فی الطلاق ، چاپ بیروت ، ۱۹۶۸ ، ص ۳۵۳) .

شامل وکالت زن نیز می‌گردد.

سوم - توقف - برخی از فقها که نتوانسته‌اند یکی از دو قول مذکور را بردیگری ترجیح دهند قائل به توقف شده‌اند. صاحب حدائق از این دسته است.

۲ - فقه عامه - (۱) آنچه تاکنون گفتیم، مربوط به فقه امامیه بود. اما در فقه عامه، جمهور فقها توکیل در طلاق را، اعم از اینکه وکیل زوجه یا شخص دیگری باشد، صحیح دانسته‌اند. در عین حال فقهای حنفی بر آنند که اگر شوهر به زن در طلاق وکالت دهد، این توکیل در واقع تفویض است. تفاوت اساسی بین توکیل و تفویض، چنانکه در بخش دوم خواهیم دید، آن است که در توکیل، نایب (وکیل) اراده موکل را اعلام می‌کند و تابع نظر موکل است، در حالی که در تفویض، شخصی که طلاق به او تفویض شده مطابق اراده خود عمل می‌کند و تابع اراده و خواست شوهر نیست.

ظاهر یہ، برخلاف اکثر فقهای عامه، بر آنند که توکیل در طلاق جایز نیست زیرا طلاق عملی شخصی است که اختیار آن به دست شوهر است و نیابت شخصی از دیگری در انجام دادن عملی منوط به حکم شرع است و در کتاب و سنت جواز توکیل غیر (اعم از زوجه و شخص دیگر) در طلاق نیامده است (۲). به همین دلایل ظاهریه برخلاف سایر فقهای عامه تفویض طلاق را نیز مجاز نمی‌دانند.

رد این استدلال با توجه به عدم مخالفت توکیل با کتاب و سنت و روایاتی که بر جواز وکالت در طلاق عموماً و جواز وکالت زوجه در آن خصوصاً دلالت دارند آسان است. در قوانین کشورهای عربی به تبعیت از جمهور فقهای اسلامی توکیل زوجه در طلاق معتبر شناخته شده است (۳).

ب- قانون مدنی

قانون مدنی ایران در مورد وکالت زن در طلاق از قول مشهور فقهای امامیه پیروی کرده است. در قانون مدنی دو ماده راجع به وکالت در طلاق دیده می‌شود. یکی ماده ۱۱۳۸ که وکالت در طلاق را به طور اطلاق تجویز می‌کند و به وکالت زوجه اختصاص ندارد و دیگر ماده ۱۱۱۹ که مربوط به توکیل زن در طلاق از طریق شرط ضمن عقد است. این ماده که

(۱) عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، چاپ مصر ۱۹۶۹، ص ۳۷۰ به بعد؛

محمد ابوزهره، الاحوال الشخصية، چاپ قاهره ۱۹۵۸، ش ۲۶۹، ص ۳۷۸.

(۲) مدی حرية الزوج فی الطلاق، ص ۳۵۴ - ۳۵۵ - ۳۷۲ - ۳۷۳.

(۳) رجوع شود به: ماده ۸۸ قانون احوال شخصیه سوریه، ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه مراکش، ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه عراق.

مصوب سال ۱۳۱۳ می‌باشد چنین مقرر می‌دارد: "طرفین عقد ازدواج می‌توانند 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، و یا ترک انفاق نماید، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند، یا سوء رفتاری نماید که زندگی آنها بایکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهائی خود را مطلقه سازد." قبل از قانون مدنی نیز ماده ۴ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰، که صریحاً نسخ نشده و تا حدی که با قانون مدنی و دیگر قوانین جدید متعارض نباشد به قوت و اعتبار خود باقی است، به این مسأله توجه کرده و چنین مقرر داشته است:

"طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی را که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط شود هرگاه شوهر در مدت معینی غایب شده، یا ترک انفاق نموده، یا بر علیه حیات زن سوء قصد کرده، یا سوء رفتاری نماید که زندگانی زناشویی غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم قطعی، خود را به طلاق باین مطلقه سازد.

"تبصره - در مورد این ماده محاکمه بین زن و شوهر در محکمه ابتدائی مطابق اصول محاکمات حقوقی بعمل خواهد آمد. حکم بدایت قابل استیناف و تمیز است. مدت مرور زمان ۶ ماه از قوع امری است که حق استفاده از شرط را می‌دهد."

چنانکه ملاحظه می‌شود عبارات ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی در واقع تکرار ماده ۴ قانون ازدواج باپاره ای اصلاحات است. در مقایسه بین این دو ماده و برای روشن شدن مطلب ذکر نکاتی به شرح زیر لازم بنظر می‌رسد:

۱ - هر ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی جمله "شوهر زن دیگر بگیرد" اضافه شده و بدین طریق تصریح گردیده است که زن می‌تواند ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر که با شوهر منعقد می‌کند شرط نماید که اگر شوهر زن دیگری بگیرد، زن وکالت در طلاق داشته باشد. این مثال در ماده ۴ قانون ازدواج دیده نمی‌شود، هر چند که قبول آن، با توجه به عموم ماده و اینکه مواردی که ذکر شده تمثیلی است، نه حصری و بر اساس فقه اسلامی، قبل از قانون مدنی هم اشکالی نداشته است.

۲ - در ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی به جای حکم قطعی مذکور در ماده ۴ قانون ازدواج اصطلاح "حکم نهائی" بکار رفته است، تا روشن شود که زن فقط پس از طی همه مراحل

قانونی و تاءبید حکم به وسیله دیوان عالی کشور یا عدم استفاده از حق فرجام خواهی در مدت مقرر، می‌تواند خود را به وکالت از شوهر مطلقه نماید. حکم قطعی در اصطلاح حقوقی به حکمی گفته می‌شود که مراحل رسیدگی ماهوی آن پایان یافته، هر چند که تقاضای رسیدگی فرجامی نسبت به آن شده باشد. بنابراین فرجام خواهی مانع قطعی بودن حکم نیست و پس از طی مرحله فرجامی حکم به صورت نهائی درمی‌آید^(۱). در قانون ازدواج، برخلاف قانون مدنی، اصطلاح حکم قطعی بکار رفته است. معیناً با توجه به تبصره ماده ۴ قانون ازدواج که حکم را قابل استیناف و تمیز دانسته و اینکه در صورت وقوع طلاق قبل از حکم فرجامی نقض حکم نمی‌تواند موجب بطلان طلاق باشد و وضع را به صورت اولیه بازگرداند و در این شرایط درست نیست که زن بتواند به محض قطعیت حکم و قبل از رسیدگی و صدور حکم فرجامی خود را مطلقه سازد، لذا می‌توان گفت مقصود از حکم قطعی در ماده ۴ قانون ازدواج همان حکم نهائی بوده است و از این لحاظ تفاوتی بین دو قانون نیست.

۳- تبصره ماده ۴ قانون ازدواج در قانون مدنی آورده نشده شاید از آن رو که بنای قانون مدنی بر ذکر قواعد ماهوی بوده، نه قواعد شکلی، نظیر آنچه در تبصره مذکور آمده است. حال ببینیم آیا حکمی که دادگاه در زمان ما به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی صادر می‌کند قابل استیناف و تمیز است یا نه و آیا قاعده راجع به مرور زمان که در جمله آخر تبصره ماده ۴ قانون ازدواج ذکر شده امروزه به قوت و اعتبار خود باقی است یا نه.

در مورد سؤال اول می‌توان گفت: برابر آنچه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب مهرماه ۱۳۵۸ این قبیل احکام که صدور آنها امروزه در صلاحیت دادگاه مزبور است اصولاً قابل تجدید نظر است ولی قابل فرجام نمی‌باشد. ماده ۱۲ قانون مذکور چنین مقرری دارد: "احکام دادگاه در موارد زیر قطعی و در سایر موارد قابل تجدید نظر است.

۱- در صورتی که حکم مستند به اقرار باشد. اقرار شفاهی در صورت مجلس قید و به امضاء مقرر می‌رسد.

۲- در صورتی که طرفین دعوی قبل از صدور حکم از حق درخواست تجدید نظر صرف نظر کرده باشند.

۳- حکم مستند به رأی یک یا چند داور یا کارشناس که طرفین کتبا رأی آنها را قاطع دعوی قرار داده باشند.

(۱) رجوع شود به: تبصره ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد، مصوب ۱۳۱۵.

۴ - دعاوی مالی که خواسته دعوی بیش از دوست هزار ریال نباشد."

بند چهارم ماده که مربوط به دعاوی مالی است در مورد دعاوی مستند به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی مصداق پیدانمی‌کند. اما اینگونه دعاوی ممکن است مشمول یکی از بندهای ۱ - ۲ و ۳ ماده ۱۲ باشد. در این صورت، حکم دادگاه برابر قانون قطعی و غیر قابل تجدیدنظر است. اما اگر حکم نه مستند به اقرار باشد، نه مستند به رای یک یا چند داور یا کارشناس که طرفین رای آنها را قاطع دعوی قرار داده باشند و طرفین هم از حق درخواست تجدیدنظر صرف نظر نکرده باشند، برابر قاعده کلی مندرج در صدر ماده ۱۲، قابل تجدیدنظر به دیگر سخن قابل استیناف است. پس قاعده کلی این است که حکم دادگاه در دعاوی مستند به ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی قابل استیناف است جز در موارد سه گانه‌ای که ماده ۱۲ لایحه قانونی دادگاههای مدنی خاص استثنا کرده است.

باید اضافه کرد که اگر در محلی دادگاه مدنی خاص تشکیل نشده و دعوی مستند به ماده ۱۱۱۹، طبق ماده ۴ لایحه قانونی مذکور، در دادگاه عمومی اقامه شده باشد، رسیدگی یک درجه ای و حکم صادر از این دادگاه غیر قابل پژوهش است (ماده ۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی مصوب مهرماه ۱۳۵۸).

اما چرا اینگونه احکام غیر قابل فرجامند؟ از آنجا که لایحه قانونی مذکور فقط از تجدیدنظر سخن گفته و می‌توان گفت به طور ضمنی فرجام رانفی کرده است و با توجه به اینکه احکام راجع به دعاوی خانوادگی به موجب قانون حمایت خانواده غیر قابل فرجام بوده و این قاعده تاکنون نسخ نشده است، لذا می‌توان گفت احکامی که به استناد ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی صادر می‌شوند، که مربوط به دسته‌ای از دعاوی خانوادگی هستند، غیر قابل فرجامند. بنابراین نظر، تبصره ماده ۴ قانون ازدواج در قسمتی که مربوط به قابل تمیز بودن احکام یاد شده می‌باشد منسوخ است.

در مورد سوءال دوم که مربوط به مرور زمان است ممکن است گفته شود که قاعده مندرج در جمله اخیر تبصره به قوت و اعتبار خود باقی است، زیرا قاعده مزبور با هیچ یک از قوانین بعدی صریحا یا ضمنا نسخ نشده است؛ این یک قاعده استثنائی است که اصل غیر قابل مرور زمان بودن دعاوی خانوادگی را تخصیص می‌دهد. پس اگر زن ظرف ۶ ماه از تاریخ وقوع امری که حق استفاده از شرط وکالت را به او می‌دهد در دادگاه اقامه دعوی نکند، دیگر دعاوی او در دادگاه مسموع نخواهد بود.

لیکن این نظر قابل ایراد است، زیرا دادگاه مدنی خاص نوعی دادگاه شرع است که از مجتهد جامع الشرایط یا منصوب از طرف وی تشکیل شده (ماده ۱ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص) و ترتیب رسیدگی آن تابع مقررات شرع است و در شرع، مرور زمان در این گونه دعاوی، مقرر نشده است. بنابراین جمله اخیر تبصره ماده ۴ قانون ازدواج را باید منسوخ تلقی کرد.

۴ - در ماده ۴ قانون ازدواج گفته شده است که زن به موجب شرط ضمن عقد می تواند خود را به طلاق بائن مطلقه کند ولی در قانون مدنی دو کلمه " طلاق بائن " حذف شده است، شاید بدین جهت که بائن یارجمعی بودن طلاق یک حکم یا قاعده امری است که توافق طرفین در آن مؤثر نیست. قانون نوع طلاق را از نظر بائن یارجمعی بودن معین می کند، نه اراده طرفین. در باره اینکه چنین طلاق بائن یارجمعی است بعداً سخن خواهیم گفت.

۵ - ماده ۴ قانون ازدواج و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی هر دو از شرط وکالت ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر سخن گفته اند. مزیت اینگونه شرط آن است که وکالت را که خود عقدی جایز است تابع عقد لازم قرار می دهد و مادام که عقد لازمی که شرط وکالت ضمن آن شده است باقی است هیچیک از طرفین نمی تواند وکالت را بهم زنند و مخصوصاً موکل (شوهر) حق عزل وکیل (زن) را نخواهد داشت. واضح است که طریق توکیل زوجه در طلاق منحصر به مورد مذکور نیست؛ بلکه شوهر می تواند، طبق قواعد عمومی وکالت، به موجب قرارداد مستقلی، زن را وکیل خود در طلاق کند، همانطور که می تواند به شخص دیگری در این خصوص وکالت دهد. بدیهی است که در این صورت وکالت عقدی جایز است که هر یک از طرفین حق فسخ آن را دارد. پس شوهر می تواند هر وقت بخواهد وکیل خود را عزل کند، مگر اینکه حق عزل وکیل را ضمن عقد لازمی از خود سلب کرده باشد (ماده ۶۷۹ قانون مدنی).

۶ - در هر دو ماده یاد شده از وکالت زن با حق توکیل سخن به میان آمده است. دادن حق توکیل به زن به موجب شرط ضمن عقد دارای این فایده است که زن می تواند، چنانکه معمول است، برای اجرای صیغه طلاق به شخص دیگری وکالت دهد. هرگاه زن حق توکیل نداشته باشد و به تعبیر قانون، وکیل در توکیل نباشد، نمی تواند به دیگری برای این کار وکالت دهد. برابر ماده ۶۷۲ قانون مدنی " وکیل در امری نمی تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر اینکه صریحاً یا به دلالت فرائین وکیل در توکیل باشد ". بنابراین در صورتی که طرفین در باره حق توکیل، کتوت کرده باشند، با توجه به اینکه در عرف امروز، زنی که از شوهر

برای طلاق وکالت دارد خود صیغه طلاق را اجرانمی کند، بلکه برای این امر به شخص دیگری وکالت می دهد، می توان گفت قرائن دلالت بر آن دارد که حق توکیل به زن داده شده است. در این خصوص علاوه بر ماده ۶۷۳ قانون مدنی، می توان به ماده ۲۲۵ قانون مزبور استناد کرد.

ج- چند مسأله

۱- هرگاه ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر برای طلاق به طور مطلق به زن وکالت داده شود، یعنی وکالت مقید به امری از قبیل ترک انفاق یا غیبت یا سوء قصد به حیات زن نباشد، آیا این شرط درست است؟

اگر وکالت عام باشد، چنانکه ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل و وکیل در توکیل است که هر وقت خواست خود را مطلقه کند، آیا می توان شرط را درست دانست؟ در فقه اسلامی اشکالی در این گونه وکالت نیست زیرا چنانکه گفته شد، بنابر اطلاق ادله، فرقی بین توکیل زن و غیر او نیست و همانطور که شوهر می تواند به شخص دیگری وکالت مطلق یا عام برای طلاق زوجه خود دهد، می تواند زن را وکیل مطلق یا عام در طلاق کند (۱). اینگونه شرط نه خلاف مقتضای ذات عقد است، نه نامشروع. پس اشکالی در صحت آن وجود ندارد.

از عموم بند اول ماده ۴ قانون ازدواج و ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی هم می توان این معنی را استنباط کرد. در بند اول این دو ماده مقرر شده است که "طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند...". و آنچه پس از این قاعده عام در دو ماده مذکور آمده مثال هایی بیش نیست و منعی برای وکالت عام یا مطلق ایجاد نمی کند.

۲- هرگاه شوهر برای طلاق به زن خود وکالت مطلق یا عام دهد، آیا زن باید برای طلاق به دادگاه مدنی خاص رجوع کند یا می تواند بدون مراجعه به دادگاه خود را مطلقه سازد؟

طبق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص "در مواردی که بین زوجین راجع به طلاق توافق شده باشد، مراجعه به دادگاه لازم نیست". با توجه به این تبصره ممکن است گفته شود: در مسأله مورد نظر مراجعه به دادگاه لازم نیست، زیرا در واقع با

(۱) رجوع شود به یک فتوای جدید از امام خمینی مندرج در روزنامه انقلاب اسلامی، ش ۱۰۷، مورخ ۲۸ آبانماه ۱۳۵۸.

شرط وکالت مطلق یا عام برای طلاق، بین زوجین راجع به طلاق توافق شده است. توافق برای طلاق که در قانون ذکر شده مطلق است و زمان و شکل خاصی ندارد و بکاربردن لفظ خاصی برای تحقق آن لازم نیست و توافق به هر شکل و صورتی و در هر زمانی واقع شود، مشمول تبصره ۲ ماده ۳ قانون مذکور خواهد بود.

لیکن این نظر قابل خدشه است، زیرا توافق تعبیر دیگری از قرارداد است و قرارداد راجع به طلاق هنگامی تحقق می‌پذیرد که زن و شوهر اراده خود را برای طلاق با شرایط مقرر برای قرارداد به صورتی اعلام کنند و صرف توکیل زن در طلاق، به موجب شرط ضمن عقد، برای تحقق این توافق کافی نیست؛ زیرا اینگونه وکالت که به زن اختیار می‌دهد خود را از طرف شوهر مطلقه کند غیر از اعلام اراده و موافقت در مورد طلاق است. ممکن است زن وکالت در طلاق را برای خود تحصیل کند، بدون اینکه در آن هنگام با طلاق موافق باشد و معمولاً در زمان عقد نکاح قصد طلاق و موافقت با آن را ندارد. پس نمی‌توان شرط ضمن عقد نکاح را موافقت با طلاق بشمار آورد. توافق برای طلاق هنگامی واقع می‌شود که زن و شوهر طی قرارداد جداگانه ای اراده خود را در این زمینه اعلام کنند، بدون اینکه بین اعلام اراده آنان (ایجاب و قبول) فاصله غیر متعارفی وجود داشته باشد. در این صورت نیازی به مراجعه به دادگاه برای طلاق نخواهد بود. اما اگر زن فقط وکالت عام یا مطلق برای طلاق داشته باشد، باید طبق تبصره ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، برای طلاق، به نمایندگی از شوهر، به دادگاه رجوع کند و دادگاه پس از ارجاع امر به داوری، در صورتی که بین زوجین سازش حاصل نشود، اجازه طلاق صادر می‌کند و زن می‌تواند با در دست داشتن آن به دفتر خانه طلاق رجوع و خود را به وکالت از شوهر مطلقه نماید.

این راه حل به مصلحت خانواده هم نزدیکتر است، چه ممکن است با ارجاع امر به داوری اختلاف بین زوجین فیصله یابد و مسأله طلاق منتفی گردد و بدینسان خانواده باقی بماند.

۳- هرگاه زوجه با استفاده از وکالت که به موجب شرط ضمن عقد به او داده شده خود را مطلقه کند آیا این طلاق رجعی یا بائن است؟ به طوریکه از فقه اسلامی و قانون مدنی (ماده ۱۱۴۵) برمی‌آید، طلاق جز در موارد استثنائی مصرح در قانون رجعی است و چون طلاق زن به وکالت از شوهر، از موارد طلاق بائن بشمار نیامده، بنابراین اصولاً رجعی است، مگر اینکه مشمول یکی از موارد مذکور در ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی و به عبارت روشن‌تر طلاق

قبل از نزدیکی یا طلاق یا نسه یا خلع و مبارات و یا طلاق سوم باشد .
 ممکن است گفته شود: اگر طلاق مزبور رجعی باشد، توکیل زن بی فایده خواهد بود، زیرا شوهر می تواند با رجوع خود اثر طلاق را از میان ببرد (۱) در حالی که مقصود از این توکیل آن است که زن بتواند خود را از قید زندگی زناشویی آزاد کند .
 در پاسخ می توان گفت که این توکیل، حتی در صورتی که طلاق رجعی باشد، بی فایده نیست، زیرا طلاقیه که بدین سان واقع می شود در عدد طلاقها منظور می گردد و هنگامی که عدد طلاق به سه رسید، طلاق بائن خواهد بود، نه رجعی .

۴ - سوئال دیگری که در اینجا مطرح می شود آن است که اگر ضمن عقد نکاح به زن وکالت در طلاق داده شده باشد و زن با وکالت از شوهر خود را مطلقه کند و سپس شوهر رجوع نماید، آیا زن می تواند با استفاده از وکالت مجدداً خود را طلاق دهد؟ به دیگر سخن آیا با یک بار طلاق وکالت زن ارزش خود را از دست می دهد یا نه؟

چون وکالت در فرض ما برای یک بار طلاق نبوده و مطلق است و از سوی دیگر با رجوع شوهر اثر طلاق از میان رفته، از دواج سابق، با شرایط آن و بدون نیاز به عقد جدید، ادامه می یابد، لذا می توان گفت شرط وکالت هم به قوت و اعتبار خود باقی می ماند و زن می تواند مجدداً از آن استفاده کند .

۵ - هرگاه شوهر به زن بگوید . خود را سه طلاقه کن و زن یک بار طلاق دهد آیا طلاق صحیح است یا باطل ؟

ممکن است مقصود از " سه طلاق " سه طلاق با لفظ واحد (یک صیغه) باشد، یا سه طلاق صحیح شرعی، با فاصله رجوع بین آنها . بر فرض اول . ممکن است به وقوع یک طلاق به طور صحیح، در صورتی که سه طلاق در یک مجلس و با یک لفظ واقع شود، قائل باشیم، یا بطلان طلاق را در این صورت بپذیریم . بنابراین، مسأله فروض مختلف پیدا می کند که باید آنها را بررسی کرد (۲) .

(۱) رجوع شود به: عبدالرحمن الصابونی، مدی، حرمة الزوج فی الطلاق ص ۳۷۹ . مؤلف درباره تفویض طلاق به زوجه می گوید . فایده این طلاق بجز کم کردن تعداد طلاقها چه خواهد بود؟ و سپس به قانونگذار سوریه پیشنهاد اصلاح قانون را می نماید .

(۲) جواهر الکلام، ج ۳۲، ص ۲۵ و ۲۶؛ مسالک، ج ۲، ص ۴ .

اول - مقصود شوهر سه طلاق با لفظ واحد است . برای پاسخ به اینکه آیا طلاقی که زن داده صحیح است یا نه باید مقدماتاً به بحث راجع به سه طلاقه کردن زن در یک مجلس و با یک صیغه اشاره کنیم . فقهای عامه صحت این گونه طلاق را پذیرفته اند . اما بین فقهای امامیه در این باره اختلاف است . بعضی بر آنند که اصلاً طلاقی در این مورد واقع نمی شود و برخی بر این قولند که یک طلاق صحیحاً واقع می شود و این قول مشهور است و در تائید آن استدلال شده است به اینکه مقتضی برای تحقق یک طلاق وجود دارد و تفسیر طلاق به عدد سه مانع وقوع یک طلاق نخواهد بود و نیز یک طلاق با جمله " فلانة طالق " تحقق می یابد و کلمه ثلاثاً (سه بار) ملغی است زیرا شرط درستی بیش از یک طلاق را که رجوع یا ازدواج مجدد می باشد فاقد است . بعلاوه باره ای از روایات در این باره مورد استناد واقع شده است (۱) .

به هر حال این بحث کلی است و اختصاص به مسأله وکالت ندارد .

در مورد توکیل زن برای سه بار طلاق که مقصود از آن سه طلاق با یک لفظ باشد ، در صورتی که قائل به بطلان این گونه طلاق به طور کلی باشیم ، عملی که زن به وکالت از شوهر انجام می دهد (یک طلاق) بدون شبهه باطل خواهد بود ، زیرا وکالت زن برای طلاق فاسد بوده و او برای طلاق صحیح وکالت نداشته است . لیکن اگر صحت یک طلاق را به پیروی از قول مشهور بپذیریم ، احتمال می رود طلاقی که به وسیله زن واقع شده صحیح باشد ، زیرا در این فرض سخن شوهر : " خودت را سه طلاق کن " به منزله این است که بگوید خود را یک طلاق بده ، چه از سه طلاق فقط یکی معتبر است و اذن در سه طلاق متضمن اذن در یک طلاق نیز می باشد ؛ پس مانعی برای صحت آن نیست . و نیز احتمال می رود که طلاق زن باطل باشد ، زیرا توکیل برای سه طلاق به طور مجموعی و به عنوان امر واحد بوده و یک طلاق غیر از آن است ؛ بعلاوه وکالت تابع غرض موکل است و ممکن است غرض موکل به سه طلاق با یک لفظ تعلق گرفته باشد . بلکه اگر غرض موکل معلوم نباشد باید از مدلول لفظ پیروی و بالنتیجه حکم به بطلان وکالت نماییم . صاحب مسالک و جواهر بحق این قول را اقوی دانسته اند . علاوه بر دلائل مذکور ، از لحاظ اینکه با قبول آن موارد طلاق محدود ترمی شود و این به مصححت جامعه نزدیکتر است نیز می توان آن را ارجح دانست .

(۱) مسالک ، ج ۲ ، کتاب طلاق ، ص ۱۳ . و نیز رجوع شود به جزوه حقوق خانواده نویسنده ، بخش طلاق ، تجدید نظر شده در سال تحصیلی ۱۳۵۹ - ۱۳۵۸ ، ص ۲۹۳ .

دوم - مقصود شوهر سه طلاق صحیح شرعی است . یعنی سه طلاقی که بین آنها رجوع فاصله باشد و در اینجا دو صورت فرض می شود :

- صورت اول اینکه شوهر در رجوع هم صریحا به زن وکالت داده باشد ، یا بگوئیم : توکیل در طلاق مستلزم توکیل در رجوع است . در این فرض محتمل است که یک طلاق به طور صحیح واقع شود ، زیرا یک طلاق ضمن مورد وکالت (سه طلاق) آمده است و صحت سه طلاق متوقف به صحت یک طلاق (طلاق اول) است و نیز حکم به توقف طلاق دوم بر رجوع مستلزم صحت طلاق اول است . و نیز محتمل است طلاق مزبور باطل باشد ، بدین استدلال که مورد وکالت مجموع سه طلاق است که حاصل نشده و غرض موکل از سه طلاق بینونت تمامه بوده که با یک طلاق تحقق نمی یابد . پس یک طلاق مورد وکالت نبوده است . صاحب جواهر در این مسأله می گوید : تحقیق صحت است زیرا یک طلاق بعض مورد وکالت است که صحیحا واقع شده و انجام همه مورد وکالت بر وکیل واجب نیست ، مگر اینکه مراد سه طلاق به - هیئت اجتماعیه باشد ، به نحوی که یک طلاق جزئی از مورد وکالت محسوب گردد . در این صورت صحت آن موکول به اتمام عمل است (۱) .

- صورت دوم اینکه شوهر در رجوع صریحا به زن وکالت نداده و توکیل در طلاق را هم مقتضی توکیل در رجوع ندانیم . در این صورت نیز دو احتمال است : یکی آنکه طلاق زن صحیح باشد ، زیرا مانعی برای آن نیست و مورد وکالت شامل یک طلاق هم می باشد . احتمال دیگر آنکه طلاق صحیح نیست زیرا توکیل برای مجموع سه طلاق بوده که واقع نشده است .

احتمال اول با توجه به اینکه عرفا در این گونه موارد امور متعدد (سه طلاق جداگانه) مورد نظر است نه امر واحد مرکب از سه جزء و مانعی برای صحت یکی از آن امور نیست اقوی بنظر می رسد . صاحب مسالک نیز آن را احتمالی قوی تلقی کرده است . در واقع ، در این فرض مقصود شوهر این است که طلاق به وسیله زن واقع شود و رجوع در اختیار خود شوهر باشد . پس اگر شوهر بعد از طلاق رجوع کند ، زن می تواند با اعمال وکالت خود را مجدداً " مطلقه " نماید . بعد از طلاق دوم نیز اگر شوهر رجوع کند ، زن می توان با استفاده از وکالت خود را برای بار سوم با رعایت مقررات طلاق دهد .

۶- هرگاه شوهر به زن برای یک طلاق وکالت دهد وزن خود را سه طلاقه کند آیا طلاق واقع می‌شود یا نه؟

در این مسأله نیز بین فروع مختلف می‌توان تفکیک کرد (۱).

اول- زن سه طلاق با یک لفظ واقع ساخته است. در این فرض اگر قائل به بطلان طلاق به طور کلی در مورد سه طلاقه کردن زن با لفظ واحد باشیم، طلاق مزبور بدون هیچگونه شک و شبهه‌ای باطل خواهد بود و یک طلاق هم واقع نخواهد شد. اما اگر وقوع یک طلاق به طور صحیح را در مورد مذکور بپذیریم، در صحت طلاق به وکالت در مسأله مورد بحث دو وجه است. صاحب شرایع قول به وقوع یک طلاق را شبهه دانسته است. لیکن صاحب جواهر بر آن است که طلاق اصلاً "باطل است زیرا خارج از مورد وکالت بوده است. چه بسا غرض موکل یک طلاق به طریق مخصوص بوده، نه یک طلاقی که در ضمن سه واقع گردد، مگر اینکه قرینه‌ای وجود داشته باشد که این نوع طلاق را نیز در برگیرد.

دوم- زن سه طلاق متوالی با الفاظ جداگانه واقع ساخته است. در این فرض، اشکالی در صحت طلاق اول نیست و دو طلاق دیگر، اعم از اینکه بعد از رجوع از طرف شوهر یا بدون آن واقع شده باشد، باطل است، زیرا خارج از مورد وکالت بوده است. و بدیهی است که بطلان این دو طلاق موجب بطلان طلاق اول که با شرایط مقرر واقع شده نخواهد بود.

بخش دوم

تفویض طلاق به زوجه

به اعتقاد جمهور فقهای عامه شوهر می‌تواند اختیار طلاق را به زوجه یا غیر او تفویض کند. برای روشن شدن مفهوم تفویض، نخست باید فرق بین تفویض و توکیل را، بدان گونه که فقهای عامه گفته‌اند، شرح دهیم و سپس تفویض در فقه عامه و بالاخره تفویض در فقه امامیه و قانون مدنی را مورد بحث قرار دهیم.

الف- فرق بین تفویض و توکیل

در فرق بین تفویض و توکیل در فقه عامه، بویژه فقه حنفیه، نکاتی به شرح زیر گفته شده است (۲).

(۱) همان کتاب، ص ۲۶؛ مسالک، ج ۲، ص ۴ و ۵.

(۲) عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، چاپ مصر ۱۹۶۹، ص ۳۷۱؛ محمدابوزهره، الاحوال الشخصية، ش ۲۶۹، ص ۳۷۸ و ۳۷۹؛ عبدالرحمن الصابونی، مدی حریة الزوج فی الطلاق، ج ۱، ص ۳۵۶ و ۳۶۰؛ محمدحسین الذهبی، الاحوال الشخصية بین مذهب اهل السنة و مذهب الجعفریة، چاپ بغداد ۱۳۷۸ هـ ق، ص ۲۶۲ و ۲۶۳.

۱ - در توکیل ، وکیل به اراده موکل عمل می کند ، لیکن در تفویض مفوض الیه به اراده خود عمل می نماید . به عبارت دیگر ، تفویض تعلیق امر طلاق به مشیت اجنبی و تملیک طلاق به غیر است .

۲ - موکل می تواند وکیل را عزل کند ، چراکه وکالت عقدی جایز است ، در صورتی که در تفویض طلاق ، شوهر نمی تواند کسی را که امر طلاق به او تفویض شده عزل نماید . به دیگر سخن ، تفویض برخلاف توکیل قابل رجوع نیست . مع هذا فقهای شافعی گفته اند : در تفویض ، مادام که طلاق واقع نشده ، شوهر حق رجوع از آن را دارد (۱) .

۳ - اگر وکالت مطلق باشد ، اعمال آن مقید به وقت خاصی نیست ، در حالی که اگر تفویض مطلق باشد باید در مجلس تفویض اعمال شود ، چنانکه اگر طلاق به زن تفویض شده باشد ، زن باید در همان مجلس خود را مطلقه کند وگرنه تفویض ارزش خود را از دست خواهد داد .

۴ - هرگاه شوهر بعد از تفویض طلاق مجنون شود ، در تفویض تا تئیری نخواهد داشت ، در حالی که باجنون موکل وکالت منفسخ می شود .

۵ - فقهای حنفی گفته اند : در تفویض شرط نیست که مفوض الیه بالغ یا عاقل باشد ، در صورتی که در وکالت این امور شرط است .

۶ - تفویض نیازی به قبول مفوض الیه ندارد ، لیکن توکیل از آنجا که عقد است به قبول وکیل نیاز دارد (۲) .

ب - تفویض در فقه عامه .

جمهور فقهای عامه تفویض طلاق به زوجه را جایز می دانند . حتی فقهای حنفی ، چنانکه اشاره کردیم ، توکیل زوجه در طلاق را تفویض بشمار می آورند ، بدین استدلال که وکیل کاری برای دیگری انجام می دهد ، در حالی که زن خود را مطلقه می کند و کاری به مشیت خود و برای خود انجام می دهد . بنابر این توکیل ، اگر چه صریح باشد ، تفویض محسوب می شود (۳) . در مقابل ، حنابله می گویند : نیابت در طلاق ، چه به صورت توکیل

(۱) عبدالرحمن الصابونی ، کتاب مذکور ، ص ۳۶۶ ، الفقه علی المذاهب الاربعه ، ج ۴ ، ص ۳۸۴ .

(۲) محمد حسین الذهبی ، الاحوال الشخصية ، ص ۲۶۲ .

(۳) - الفقه علی المذاهب الاربعه ، ج ۴ ، ص ۳۷۱ ؛ مدی حریه الزوج فی الطلاق ، ص ۳۵۵ و ۳۵۶ .

باشد، چه باصیغه تفویض یا تخییر، توکیل بشمار می‌آید (۱).

جمهور فقهای عامه برای صحت تفویض به دلائل زیر استناد کرده‌اند:

۱ - آیه ۲۸ و ۲۹ از سوره احزاب: "یا ایها النبیّ قل لا زواجکم ان کنتم تردن الحیوة الدنیا و زینتها فتعالین امتعکن واسرّحکن سراحا جمیلا . وان کنتم تردن اللہ ورسوله والدار الآخرة فان اللہ اعذب للمحسنات منکن اجرا عظیما". به روایت عامه، زنان پیامبر (ص) از کمی نفقه به او شکایت بردند و این آیات در باره ایشان نازل شد. جمهور فقهای عامه می‌گویند: مقصود از اراده دنیا در آیه کریمه اختیار طلاق است و بدین ترتیب پیامبر (ص) امر طلاق را به زنان خود تفویض کرد و آنان را در این کار مخیر نمود که اگر خواستند خود را مطلقه کنند.

۲ - در صحیح بخاری از عایشه روایت شده است که: "پیامبر خدا (ص) ما را مخیر کرد و ما خدا و رسول او را اختیار کردیم و پیامبر (ص) آن را بر ما به چیزی نگرفت." و در روایت دیگری آمده است: "پس آن را طلاق بشمار نیاورد" (۲). این حدیث بنا بر نظر جمهور فقهای عامه دلالت دارد بر اینکه اگر زنان پیامبر (ص) نفس خود را اختیار می‌کردند طلاق محسوب می‌شد.

ظاهر یہ، برخلاف جمهور، تفویض طلاق را منع کرده و در تفسیر آیه گفته‌اند: مقصود تخییر زنان پیامبر (ص) بین دنیا و آخرت است، نه تخییر بین فراق و بقاء و معنی "فتعالین امتعکن" این است که اگر زندگانی دنیا را انتخاب کردید پس بیایید که شما را طلاق دهم و بهره‌مندتان سازم. پس خداوند متعال به نبی خود امر فرموده که هرگاه زنانش دنیا را اختیار کردند آنان را طلاق دهد و این امر مستلزم آن نیست که امر طلاق در اختیار آنان باشد.

جمهور در رد نظریه ظاهریه به روایت عایشه استدلال کرده‌اند که گفته است: "پیامبر (ص) به او فرمود: ای عایشه همانا چیزی را به تو یاد آور می‌شوم که بجاست درباره آن شتاب نکنی و از والدین خود کسب تکلیف نمائی" (۳). می‌گویند کسب تکلیف (استثمار)

(۱) الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۴، ص ۳۸۵؛ مدی حرّیة الزوج فی الطلاق، ص ۳۶۶.
 (۲) "قالت خیرنا رسول الله (ص) فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئا" وفي رواية "فلم يعدّه طلاقا" (رجوع شود به: مدی حرّیة الزوج فی الطلاق ص ۳۵۴).
 (۳) "یا عایشة انی ذاکر لک امرآ فلا علیک ان لاتعجلی فیہ حتی تستاءمری ابویک" (رجوع شود به: مدی حرّیة الزوج فی الطلاق، ص ۳۵۵).

از پدر و مادر نمی‌تواند مربوط به اختیار بین دنیا و آخرت باشد، بلکه درباره اختیار بین بقاء و فراق است.

الفاظ تفویض - (۱) الفاظ تفویض طلاق به زوجه متعدد است و هرلفظی که دلالت بر تفویض کند برای تحقق آن کافی است. معهذا فقهای عامه مخصوصاً سه لفظ را در این باب ذکر کرده‌اند. طلقی نفسک (خودت را طلاق بده) اختاری نفسک (نفس خود را اختیار کن) و امرک بیدک (کارت بدست خود است). فقهای حنفی بر آنند که صیغه تفویض ممکن است به لفظ صریح باشد، مانند جمله اول، که در این صورت مثل خود طلاق نیازی به نیت (قصد) ندارد. و ممکن است به لفظ کنایه باشد، مانند جمله دوم و سوم، که در این صورت تحقق تفویض احتیاج به نیت دارد، همانگونه که طلاق با الفاظ کنایه (به اعتقاد حنفیه) به نیت نیاز دارد. بنا بر این اگر شوهر بیزن بگوید: "اختاری نفسک" و نیت تفویض کند و زن بگوید: "اخترت نفسی" (نفس خود را اختیار کردم) و قصد طلاق کند، طلاق واقع شده است. لیکن اگر زن کلمه نفسی را نگوید یا بگوید "اخترت زوجی" (شوهرم را اختیار کردم) یا نیت طلاق نکند، طلاق واقع نمی‌شود.

صیغه تفویض ممکن است مقید به زمان معین باشد، یا عام بوده، همه زمانها را در برگیرد، یا مطلق باشد. اگر مقید به زمان معین باشد، چنانکه شوهر بگوید "خود را در این ماه مطلق کن" زن فقط اختیار طلاق در آن مدت را دارد و با انقضاء مدت مزبور حق او در طلاق زائل می‌شود.

هرگاه تفویض عام باشد، چنانکه شوهر بگوید هر وقت اراده کردی خود را طلاق بده، در این مورد زن حق دارد خود را هر وقت خواست مطلق کند.

اما اگر عبارت تفویض مطلق باشد، چنانکه شوهر بگوید "خود را طلاق بده"، بدون اینکه زمانی تعیین نماید، زن فقط می‌تواند در همان مجلس خود را مطلق کند و با برخاستن از مجلس تفویض، حق او زائل می‌شود. و اگر از مجلس تفویض غایب باشد، فقط در مجلسی که امر تفویض به اطلاع او می‌رسد حق طلاق دارد.

(۱) - محمد ابوزهره، الاحوال الشخصية، ش ۲۷۱، ص ۳۸۰ و ۳۸۱؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، ص ۳۷۱ و ۳۷۲؛ مدى حرية الزوج في الطلاق، ص ۳۵۶ و ۳۵۷.

ج - تفویض در فقه امامیه (۱) و قانون مدنی - فقهای امامیه بجای تفویض بیشتر کلمه تخییر را بکار برده و در کتب خود آن را مورد بحث قرار داده اند. در واقع، تخییر نوع بارز تفویض 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. فقهای امامیه در این مسأله اختلاف نظر دارند. گروهی از جمله ابن جنید و ابن ابی عقیل و سید مرتضی (بنا بر آنچه در پاره‌ای کتب از او نقل شده است) (۲) بر آنند که هرگاه زن به فوریت بعد از تخییر، با اجتماع شرایط طلاق، نفس خود را اختیار کند، جدائی واقع می‌شود، بی آنکه به صیغه طلاق نیاز باشد و در تاء یبیدا این نظر به اخبار و روایاتی چند استناد کرده‌اند، از جمله صحیحہ حمران از حضرت باقر (ع) که فرمود المخیره تبین من ساعتها من غیر طلاق (مخیره به محض اختیار نفس خود از شوهر بدون طلاق جدا می‌شود).

اما صاحب جواهر می‌گوید: " این قول از اقوال نادره مهجوره است ". به هر حال قول مشهور فقهای امامیه بر این است که در صورت تخییر، طلاق و جدائی واقع نمی‌شود. در تاء یبیدا این قول دلائلی به شرح زیر آورده شده است:

۱ - اخباری که در تاء یبیدا وقوع طلاق مورد استناد واقع شده محمول بر تقیه است.
 ۲ - صحیحہ حمران محمول به سببی غیر از طلاق مانند تدلیس و عیب است و به بیان روشن‌تر، مربوط به موردی است که زن به علتی مانند تدلیس و عیب حق فسخ نکاح را داشته باشد (۳).

۳ - روایات و اخبار متعدد بر منبع تخییر و تفویض طلاق به زوجه دلالت دارند، از جمله خبر عیسی بن القاسم از ابی عبدالله (ع): " سألته عن رجل خیر امراته فاخترت نفسها بانت منه؟ قال لا، انما هذا شیء کان لرسول الله (ص) خاصة امر بذلک فعل ولو اخترت انفسهن لطلقهنّ و هو قول الله تعالی قل لا زواجک الی آخره " (از آن حضرت پرسیدم مردی زن خود را مخیر کرد و زن نفس خود را اختیار نمود. آیا جدائی حاصل می‌شود؟ فرمود نه.

(۱) جواهر، ج ۳۲، ص ۶۷ به بعد؛ حدائق، ج ۶، ص ۳۵۵ به بعد؛ مسالک، ج ۲، ص ۱۲ به بعد؛ شرح لمعه، چاپ سنگی عبدالرحیم، ج ۲، ص ۱۲۷؛ مامقانی، منهاج المتقین، چاپ نجف ۱۳۴۴ هـ ق، ص ۳۸۵.

(۲) صاحب جواهر می‌گوید: «ظاهر کتاب انتصار (از سید مرتضی) این است که او قائل به این قول نیست. بنا بر این اختلاف منحصر به دو نفر اول است (جواهر، ج ۳۲، ص ۶۸).

(۳) شرح لمعه، ج ۲، ص ۱۲۷.

این کار ویژه رسول خدا (ص) بوده، بدان امر شده و آن را انجام داده است. و اگر زنان پیامبر (ص) نفس خود را اختیار می‌کردند پیامبر (ص) آنان را طلاق می‌داد و این سخن خدای تعالی است: قل لا زواجك... تا آخر (۱).

اخبار دیگری هم وارد شده که بر منع تولیت زنان در طلاق به‌طور کلی دلالت دارد، هر چند که در آنها سخنی از تخییر به میان نیامده است. از جمله صحیح ابن قیس از ابی جعفر (ع) که فرمود: "قضى علی (ع) فی رجل تزوج امرأة فاصدقها و اشترطت ان یبدها الجماع و الطلاق. قال خالفت السنة و ولّیت الحق من لیس باهله. قال و قضی علی (ع) ان علی الرجل النفق و البیده الجماع و الطلاق و ذلك السنة". (علی (ع) درباره مردی که با زنی ازدواج کرده و برای او مهر معین نموده وزن شرط کرده بود که نزدیکی و طلاق بدست او باشد به قضاوت نشسته فرمود: با سنت مخالفت کردی و حق را به کسی دادی که مستحق آن نیست. سپس علی (ع) در مقام قضاء فرمود نفقه بر عهده مرد و نزدیکی و طلاق بدست اوست و این سنت است (۲).

بنابر این، تخییر، بنابر قول مشهور فقهای امامیه، جایز نیست و در صورتی که زن پس از تخییر، نفس خود را اختیار کند، طلاق واقع نمی‌شود.

به نظر صاحب جواهر بازگشت این مطلب به عدم صحت طلاق کنائی و طلاق معلق در فقه امامیه است و در اینجا دو احتمال است:

یکی اینکه تخییر از جانب شوهر، خود یک نوع طلاق کنائی باشد که معلق به اختیار زن است. دیگر اینکه سخن زن "اخترت نفسی" (نفس خود را اختیار کردم) کنایه در طلاق باشد. به هر حال نزد عامه هم طلاق به کنایه و هم طلاق معلق صحیح است و نیز آنان تخییر را صحیح دانسته‌اند. لیکن نزد فقهای امامیه هر دو نوع طلاق باطل است و بدین جهت تخییر را هم باطل دانسته‌اند (۳).

نظر صاحب جواهر خالی از اشکال نیست، زیرا اختلاف بین عامه و خاصه در مسأله تفویض همیشه قابل بازگشت به اختلاف در طلاق کنائی و طلاق معلق نیست. مواردی از

(۱) وسائل، باب ۴۱ از ابواب مقدمات طلاق، حدیث ۴، کافی ج ۶ ص ۱۳۲، استیصار، ج ۳ ص ۳۱۲ (به نقل از جواهر، ج ۳۲، ص ۶۹، زیر نویس شماره ۲).

(۲) - وسائل باب ۲۹، از ابواب مهوور، از کتاب نکاح، حدیث ۱، با آنکه اختلاف، عین خبر در تهذیب، ج ۷، ص ۳۶۹ نقل شده است (به نقل از جواهر، ج ۳۲، ص ۷۱).

(۳) جواهر، ج ۳۲، ص ۶۸ و ۶۹.

تفویض وجود دارد که نمی‌توان آنها را مشمول یکی از دونوع طلاق مذکور دانست. چنانکه فقهای عامه گفته‌اند و در پیش به آن اشاره شد، تفویض ممکن است با الفاظی صریح باشد، مثل اینکه شوهر به زن بگوید: " طلقی نفسک" و زن هم صیغه طلاق را بکاربرد. در این گونه موارد، طلاق نه‌کنافی است، نه معلق و در عین حال، تفویض وجود دارد پس موضع خلاف را باید روشن کرد. موضع خلاف بین عامه و خاصه، بنا بر آنچه از کتب فقهی برمی‌آید، جایی است که شوهر اختیار جدائی را به یکی از دو صورت زیر به زن واگذار کند:

۱- زن را مخیر نماید که فراق یا بقاء زندگی زناشویی را برگزیند، به گونه‌ای که اختیار فراق از جانب زن بدون اجرای صیغه طلاق موجب انحلال نکاح باشد و زن با بکار بردن جمله " اخترت نفسی" یا کلمه دیگری که همان معنی را داشته باشد، نفس خود و به تعبیر دیگر جدائی را اختیار کند، بی‌آنکه صیغه طلاق را جاری نماید. در فقه بحث است در اینکه این اختیار فراق نوعی از طلاق است یا سببی مستقل برای انحلال نکاح بشمار می‌آید (۱).

۲- شوهر ولایت خود را در طلاق به زن واگذار نماید، به گونه‌ای که زن، در عین حال که صیغه طلاق را بکار می‌برد، اراده خود را اعلام کند، نه اراده شوهر را. به تعبیر دیگر، زن به عنوان اصیل خود را طلاق دهد، نه به عنوان نماینده شوهر. در این دو صورت تفویض بنا بر فقه امامیه باطل است و تفریق بین زوجین حاصل نمی‌شود. اما اگر مراد از تفویض یا تخییر، توکیل زن در طلاق باشد و زن به نمایندگی از شوهر، با شرایط مقرر برای طلاق، خود را مطلقه کند، این امر نزد کلیه کسانی که وکالت زوجه را در طلاق جایز می‌دانند، بی‌اشکال است (۲). جمهور فقهای امامیه هم با این گونه تفویض موافقت می‌کنند.

قانون مدنی:

قانون مدنی ایران در مورد تفویض یا تخییر ساکت است. مع هذا از آنجا که این قانون معمول بر قول مشهور فقهای امامیه است، تفویض یا تخییر را، بدانسان که فقهای عامه گفته‌اند، نمی‌توان در حقوق مدنی ایران پذیرفت. لیکن اگر مقصود از تفویض یا تخییر، توکیل زوجه در طلاق باشد، اشکالی در آن نخواهد بود.

(۱) - شیخ محمد طاهر آل شبیر خاقانی، تحریر الاستدلال فی کتاب الطلاق، چاپ بیروت

۱۳۹۳ هـ ق، ص ۱۳۷.

(۲) مسالک، ج ۲، ص ۱۲.

نتیجه و مقایسه

بنا بر آنچه گفتیم، در فقه اسلامی، اعم از عامه و خاصه، توکیل زن در طلاق پذیرفته شده است. قانون مدنی ایران و سایر قوانین کشورهای اسلامی هم در این خصوص از فقه تبعیت کرده‌اند. قانون مدنی ایران دو ماده به وکالت در طلاق اختصاص داده که یکی (ماده ۱۱۳۸) مطلق است و اختصاص به وکالت زن ندارد و دیگری (ماده ۱۱۱۹) خاص توکیل زوجه در طلاق است. مزیت این گونه وکالت آن است که دست‌یابی به طلاق را برای زن آسان می‌سازد و اختیار مطلق مرد در طلاق را که در اکثر کشورهای اسلامی کماکان معتبر است تا حدی تعدیل می‌کند. به هر حال قانون مدنی ایران در این زمینه مبتنی بر فقه امامیه است و در پرتو فقه می‌توان مفهوم آن را روشن کرد.

اما تفویض طلاق به زوجه در فقه امامیه (قول مشهور) برخلاف فقه عامه مورد قبول و معتبر نیست. فقهای امامیه آن را با اصول حقوق اسلامی و پاره‌ای روایات و اخبار ناسازگار می‌دانند. قانون مدنی سخنی از تفویض نگفته و با توجه به فقه امامیه باید گفت که آن را نپذیرفته است.

اما در پاره‌ای از قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی که مبتنی بر فقه عامه است تفویض طلاق به زوجه به عنوان امری مستقل و جدا از توکیل تجویز شده است. ماده ۸۸ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۹۵۳ می‌گوید: "شوهر می‌تواند به شخص دیگر برای طلاق وکالت دهد و نیز می‌تواند طلاق زن را به خود او تفویض نماید". بنا بر این در قانون مزبور هم توکیل و هم تفویض به عنوان دو نهاد حقوقی مستقل پذیرفته شده است. لیکن از این ماده چنین برمی‌آید که تفویض طلاق به زوجه مجاز است، نه به غیر او.

در قوانین احوال شخصیه مراکش و عراق نیز به توکیل و تفویض در طلاق به عنوان دو امر جداگانه اشاره شده است (ماده ۴۴ قانون احوال شخصیه مراکش مصوب ۱۹۵۷ و ماده ۳۴ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۹۵۹).

در قوانین احوال شخصیه مصر نصی در این زمینه دیده نمی‌شود. ولی از آنجا که در این کشور قواعد فقه حنفی در زمینه احوال شخصیه، تا آنجا که برخلاف نصوص قانونی نباشد، اجرا می‌شود، لذا می‌توان گفت آنچه فقهای حنفی در مورد توکیل و تفویض طلاق گفته‌اند در این کشور کماکان معتبر است.

در پایان یادآور می‌شویم که در حقوق کشورهای غربی، از آنجا که طلاق یک امر

کاملاً" شخصی تلقی می‌شود و انگهی اصولاً به حکم دادگاه تحقق می‌پذیرد (۱) مسأله وکالت در طلاق مطرح نیست.

(۱) برای مطالعه طلاق در حقوق کشورهای مختلف از جمله کشورهای غربی رجوع شود به: نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره چهارم ۱۳۵۷، بویژه مقاله "تطبیقی نویسنده تحت عنوان "مقایسه قوانین و مقررات طلاق بانگامی به حقوق ایران" ص ۲۰۱ تا ۲۳۰.