

۱۰۰



# تفویض طلاق به زوجه

تالیف

سودا نادری شیران

میلاذ میوه یان

انتشارات فرزندگان دانشگاه

۱۳۹۸

سرشناسه	: نادرى شیران، سودا، ۱۳۶۵-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: تفویض طلاق به زوجه / تألیف سودا نادرى شیران، میلاد میوه‌یان.
مشخصات نشر	: تهران: فرزندگان دانشگاه، ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	: ۲۷۴ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۲۲-۶۵۳۸-۰۹-۱
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: طلاق -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	: Divorce -- Law and legislation -- Iran
موضوع	: طلاق -- ایران -- جنبه‌های اجتماعی
موضوع	: Divorce -- Iran -- Social aspects
موضوع	: طلاق (فقه) -- ایران
موضوع	: Divorce (Islamic law) -- Iran
موضوع	: زناشویی (فقه)
موضوع	: Marriage (Islamic law)
شناسه افزوده	: میوه‌یان، میلاد، ۱۳۷۰ -
رده بندی کنگره	: / KM۱۳۹۷۵۵۸ ۲۷ ت ۲۰
رده بندی دیویی	: ۵۵۰۱۶۶/۳۴۶
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۵۷۱۳۳۶

انتشارات فرزندگان دانشگاه

## تفویض طلاق به زوجه

تألیف: سودا نادرى شیران - میلاد میوه‌یان

ناشر: فرزندگان دانشگاه

ناظر فنی: محسن فاضلی

نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۸

شمارگان: ۱۱۰۰ جلد

قیمت: ۵۸۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۶۵۳۸-۰۹-۱

مرکز فروش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، کوچه مینا، پلاک ۲۹، طبقه سوم

۰۲۱۶۶۹۷۹۵۲۶ - ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹

تقدیم بہ خواہران عزیزتر از جانم

آرزویدہ فرشتہ دنیا

فاطمہ سائل

لقد تم به

پدر و مادر عزیز و مهربانم  
که در سختی ها و دشواری های زندگی، همواره ماوری دلسوز و فداکار  
و پشتیبانی محکم و مطمئن برایم بوده اند.





## فهرست مطالب

۱۱.....	فصل نخست
۱۱.....	کلیات
۱۱.....	مقدمه
۵۱.....	فصل دوم
۵۱.....	بررسی ماهیتی و موضوعی
۱۷۷.....	فصل سوم
۱۷۷.....	تفویض حق طلاق
۲۶۵.....	منابع و مأخذ



# فصل نخست

## کلیات

### مقدمه

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. 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 بر حسب تبعیت از نظریه مشهور فقها، باید

حقوق ایران را مخالف جواز تفویض تلقی کرد. اما در کشورهای مصر، عراق و سوریه، این نهاد به رسمیت شناخته شده است.

### مبحث یکم - ماهیت حقوقی بحث

در هر کار تحقیقی پسندیده است که قبل از آن که محقق وارد بررسی ماهوی شود، در ابتدا به صورت مختصر واژگانی را که به وفور در آن تحقیق به کار می‌رود مورد مطالعه قرار دهد تا علاوه بر بررسی لغوی به شناسایی اصطلاحی آن پرداخته و جایگاه آن واژگان را در تحقیق مشخص نماید؛ لذا تصمیم داریم که در این بخش به واژگان و کالت، توکیل، طلاق و تفویض که از واژگان مصطلح در این متن تحقیقاتی‌اند به‌طور مجمل و خلاصه پرداخته و آنها را از حیث لغوی و اصطلاحی بررسی نمائیم.

### گفتار یکم - تعریف و کالت و توکیل

#### بند یکم - و کالت

وکالت به کسر و فتح اول، مصدر از ریشه ثلاثی وکل بر وزن ضرب است. معنای لغوی آن واگذاشتن است و سپردن کار به دیگری از قبل خود. برخی وکالت را به معنای نیابت، خلافت و جانشینی می‌دانند و وکالت، تفویض کردن تصرف در مال است به غیر و آن غیر اصطلاحاً وکیل نامیده می‌شود، یعنی وکالت آن است که کسی غیر خود را به جای خود قرار دهد در تصرفات شرعی معلوم<sup>۱</sup>. وکالت به حسب لغت تفویض را افاده می‌کند و در شرع به استنباه در تصرف هم تفسیر شده است<sup>۲</sup> و می‌بینیم که در کتب فقهی ما در باب وکالت و در ماهیت آن بیان نموده‌اند که «همانا طلب نیابت در تصرف ذاتی است»<sup>۳</sup>، وکیل هم در فقه اسلامی به

۱. علی اکبر دهخدا؛ لغت نامه دهخدا، زیر نظر محمد معین و سید جعفر شهیدی، جلد ۱۵، موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۷، تهران، ص ۲۳۲۳۱.

۲. محمود شهبازی، ادوار فقه، جلد دوم، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، چاپ دوم، تابستان ۱۳۶۶، تهران، ص ۱۲۷.

۳. «هی استنباه فی التصرف بالذات»، علیرضا امینی و سید محمدرضا آیتی، تحریر الروضة فی شرح اللمعة الدمشقیة (با مقدمه استاد گرجی)، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت) و مؤسسه فرهنگی طه، چاپ اول، تابستان ۱۳۷۷، تهران، ص ۲۸۸.

گفته‌ی یکی از نویسندگان به کسی گفته می‌شود که از طرف موکل خود در کلیه امور و عقود و احکام و دعاوی نیابت و اختیار دارد، به شرط ناتوانی موکل بالفعل و توانایی وی بالقوه<sup>۱</sup>. در حالی که فقهاء به قید توانایی بالقوه‌ی وکیل و ناتوانی بالفعل موکل توجهی نداشته و معتقدند که وکالت عقدی مرکب از ایجاب و قبولی است که دلالت بر استنباه‌ی در تصرف می‌کند.<sup>۲</sup> به موجب قانون مدنی هم وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید و باید وکالت در امری داده شود که شخص موکل اصالتاً بتواند آن امر را به جا آورد. (مواد ۶۵۶ و ۶۶۲ ق.م).<sup>۳</sup> دکتر جعفری لنگرودی در تعریف وکالت آورده‌اند که: وکالت ایقاعی است که به موجب آن یکی تفویض اختیار در تصرف معین (از امور خویش) را به دیگری (=نایب) می‌کند (=إنابه) و تفویض کننده منوب عنه است<sup>۴</sup> استاد، این تعریف را از وکالت، در کتب دیگر خود از جمله اندیشه و ارتقاء، المدونه، سیستم‌شناسی و... نیز آورده است و لیکن تعریف ایشان از وکالت با عنون ایقاع برخلاف قول مشهور فقهاء و اکثریت حقوقدانان است، به گونه‌ای قانونگذار هم نظر مشهور در فقه و حقوق را مورد تأیید قرار داده است. و در وکالت هر فعل مشروعی که شخص خود می‌تواند انجام دهد به وسیله شخص دیگری نیز می‌تواند آن را صورت دهد، بدین معنا که آن دیگری را نایب خود در آن فعل قرار داده و یا به او امر کند که او انجام دهد، اینها همه در حالی است که آن فعل از افعال قائم به شخص نباشد. منظور از فعل قائم به شخص هم این است که باید فقط توسط همان شخص موکل انجام گیرد و وکالت دادن برای انجام آن به دیگری امکانپذیر

۱. حسینقلی کاتبی، وکالت (مجموعه مقالات)، انتشارات آبان، چاپ دوم، اردیبهشت ماه ۱۳۵۷، تهران، ص ۱۸، به نقل از التعريفات مير سيد جرجاني متوفى ۸۱۶ هـ ق «الوكيل هو الذى يتصرف لغيره لعجز موكلة».

۲. محمد حسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۷، چاپ هفتم، انتشارات دار احیاء التراث العربی، بیروت، ص ۳۴۷؛ فخرالمحققین ابی طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن مطهر الحلی، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، جلد ۲، موسسه اسماعیلیان، قم، ص ۳۳۳؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک فی شرح المنافع، جلد ۳، موسسه‌ی اسماعیلیان، قم، ص ۴۷۶؛ محقق حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، جلد ۲، منشورات الاعلمی، تهران، ص ۱۹۳.

۳. ماده ۶۵۶ ق.م «وکالت عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید».

۴. محمد جعفر جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۸، تهران، ص ۷۵۲، شماره ۴۹۵۷.

نیست، مثل ترسیم یک نقشه ساختمانی که فقط توسط همان شخص نقاش باید صورت پذیرد. فعلی که مورد نیابت قرار می‌گیرد «موکل فیه» نام دارد و متعلق آن فعل «موکل به» خوانده می‌شود. نیابت دهنده «موکل» است و فعل او «توکیل» و نایب او «وکیل» نامیده می‌شود. موکل فیه شامل عقود و ایقاعات از جمله نکاح و طلاق می‌باشد؛ امر آمر به انجام دادن فعل معین، وکالت و استنابه نیست ولی از آن رو که اذن را در بر دارد به وکالت شبیه است. در هر استنابه و توکیل اذنی وجود دارد که به موجب آن، به مأذون (= وکیل) اختیار قیام به امر مورد وکالت داده می‌شود که همانا آن عمل را تفویض اختیار گویند.<sup>۱</sup> و وکالت در طلاق هم یعنی اینکه شوهر از طریق عمل توکیل، حق طلاق را اعمال کند (ماده ۱۱۳۸ ق.م). حنفیه و قوم یهود، طلاق را قائم به شخص زوج می‌دانند و وکالت در طلاق را صحیح نمی‌دانند.<sup>۲</sup> یک از استادان حقوق برای تعریف وکالت از «تفویض اختیار در تصرف معین به دیگری» استفاده کرده و شخص موکل را تفویض کننده اختیار یا منوب عنه نامیده است. به نظر می‌رسد که یادکردن از وکالت با عنوان تفویض اختیار در حقوق ایران بدان مقصود که التباسی با تفویض اختیار در فقه عامه پیدا نکند، صحیح به نظر نمی‌رسد و شایسته است که از معادلهای دیگر از قبیل «دادن اختیار، سپردن اختیار، گذاردن اختیار، مختار کردن دیگری و...» استفاده کرد. و وکالت را اینگونه تعریف کنیم: «وکالت عقدی است که به موجب آن اختیار در انجام فعلی که قائم به شخص نیست به دیگری واگذار می‌شود». برخی دیگر وکالت را نمایندگی از طرف کسی و به اجازه او می‌دانند و وکیل را، نماینده‌ای که به او اعتماد در انجام کاری شده است، می‌دانند.<sup>۳</sup> دکتر کاتوزیان نیز با استناد به ماده ۶۵۶ ق.م. اثر عقد وکالت را اعطای نیابت در امور اعتباری و اداری داشته است.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر وکالت مصدری است به معنای واگذار کردن و به لسان فقهاء

<sup>۱</sup> محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق جلد ۵، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۶، ص ۴۲۵.

<sup>۲</sup> محمد جعفری جعفری لنگرودی، مسوس در ترمینولوژی حقوق، جلد ۵، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸، تهران، ص ۳۸۳۷، شماره ۱۴۷۵۲.

<sup>۳</sup> محمدعلی طهرانی (کاتوزیان)، فرهنگ کاتوزیان، انتشارات دادگستر، چاپ سوم، بهار ۱۳۸۳، تهران، ص ۷۹۴.

<sup>۴</sup> ناصر کاتوزیان، دوره مقدمات حقوق مدنی (درسهایی از عقود معین)، جلد دوم، کتابخانه‌ی گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۸۵، تهران، صص ۵۷ و ۵۸.

یعنی نایب گرفتن برای انجام کاری<sup>۱</sup> و معنای اصطلاحی آن، قائم مقام ساختن و مأذون نمودن غیر و کفایت و اعتماد کردن به اوست. پس موکل کسی است که کاری را به دیگری وا می‌گذارد و به او اعتماد و کفایت می‌کند و وکیل کسی است که کار را به او می‌سپارند و به او اعتماد می‌کنند و با توجه به تعریف فقهاء از وکالت با عنوان استنباه در تصرف، نیابت، صفت وکیل و استنباه، صفت موکل خواهد بود. وکالت هم که در لغت فرانسوی به آن (**mandat**) گفته می‌شود، عقدی است که به موجب آن شخص موکل به دیگری اختیار انجام عملی را به نام و به نفع خود می‌دهد و وکالت دهنده را موکل (**mandant**) و وکالت گیرنده را وکیل (**mandataire**) می‌نامند. لغت (**mandat**) در حقوق فرانسه به مطلق نمایندگی اعم از قهری و اختیاری اطلاق می‌شود.<sup>۲</sup> البته از آنجا که می‌دانیم در حقوق کشورهای غربی از جمله فرانسه امر طلاق کاملاً شخصی و وابسته به ارادهٔ زوجین است و اصولاً به حکم دادگاه انجام می‌پذیرد و استدلال آنها این است که زوجین بتوانند تا آخرین لحظه خودشان در امر طلاق و یا نکاح تصمیم‌گیری کنند و بدین سان وکالت در طلاق را نپذیرفته‌اند، و لیکن با توجه به جایز بودن وکالت و اینکه هم وکیل (زوج) و هم موکل (زوجه) می‌توانند به تنهایی موضوع وکالت را انجام داده و امکان رجوع تا زمانی که به مفاد آن جامهٔ عمل پوشیده نشده، وجود دارد، از این رو استدلال غربی‌ها در این زمینه رد شده است.

## بند دوم - توکیل

از جمله واژگان دیگری که به وفور در این تحقیق دیده می‌شود، لفظ توکیل است که به شرح و بسط آن می‌پردازیم. توکیل یعنی وکیل کردن یا کسی را بر چیزی گماشتن<sup>۳</sup>؛ به عبارت دیگر توکیل یعنی کسی را وکیل خود کردن در امور مدنی نیابت به کسی دادن در مسایل مدنی؛ پس باید وکالت و نیابت در اموری داده شود که خود موکل قانوناً بتواند آنها را بجا

<sup>۱</sup> محمد علی آقایی، شرح مختصر اصطلاحات حقوقی (مدنی و کیفری)، انتشارات خط سوم، چاپ سوم، ۱۳۸۶، تهران، ص ۴۰.

<sup>۲</sup> محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، چاپ ۱۹، ۱۳۸۷، تهران، صص ۷۵۲، ۷۵۳.

<sup>۳</sup> محمد علی طهرانی (کاتوزیان)، پیشین، ص ۲۲۱.

آورد، به طوری که از تعریف وکالت در قانون مدنی هم فهمیده می‌شود. وحدت مذهب وکیل و موکل، شرط صحت توکیل نیست، ممکن است در زمان دادن وکالت، موکل نتواند آن را انجام دهد ولی بعداً انجام آن کار برای او ممکن شود، پس توکیل در آن کار صحیح است، مانند نیابت دادن در طلاق حائض پس از زوال حیض. طلاق دادن از منظر فقه امامیه، شافعیه، حنابله و مالکیه همانطور که در فصل آینده بدان اشاره می‌کنیم، قائم به شخص طلاق دهنده نیست و قابلیت توکیل را دارد ولی حنفیه و قوم یهود آن را قائم به شخص و مختص شخصیت زوج می‌دانند، پس انتقال دادن و نیابت دادن آن را نیز غیرممکن می‌دانند. زوجه را در طلاق خودش، می‌توان وکیل نمود و توکیل وکیل هم این است که وکیل در امری به ثالث وکالت دهد (= ترامی در وکالات) و آن وکیل را وکیل در توکیل می‌گویند. ماده ۶۷۲ قانون مدنی توکیل وکیل را منع نموده است مگر آنکه این اختیار صریحاً یا ضمناً به وکیل داده شده باشد.<sup>۱</sup> توکیل وکیل دو قسم است: (۱) وکیلی برای موکل خود برگزیند. (۲) وکیلی برای خود اختیار کند.<sup>۲</sup> در وکالت در طلاق تفاوتی نمی‌کند که توکیل یا همان وکالت دادن به دیگری، به شخص ثالثی غیر از زوجه باشد و یا اینکه زوج، زوجه خود را وکیل در طلاق دادن خود نماید و از آنجا که بر مبنای عرف امروز اجرای صیغه طلاق توسط زوجه صورت نمی‌گیرد، پس، همانا زوج به گونه‌ای با یک شرط ضمنی در ضمن وکالت در طلاق، به سر دفتر طلاق هم وکالت داده که در صورت حصول شرایط در وکالت مشروط و یا در وکالت مطلق در هر حالت، به نیابت از طرف زوج زوجه او را با اجرای صیغه طلاق، مطلقه نماید (توکیل در وکالت). توکیل عبارتست از اختیار دادن به غیر، برای انجام امری که حق موکل است و یا استنابه در تصرف چیزی که مورد حق شخص موکل می‌باشد؛ از آنجا که وکالت از زمره عقود است، احتیاج به ایجاب و قبول داشته و لیکن، لفظ خاص شرط نمی‌باشد بلکه هر جمله‌ای که در نظر عرف جامعه دلالت بر استنابه کند، کفایت می‌کند. همانا باید گفت که

<sup>۱</sup> ماده ۶۷۲ ق.م. وکیل در امری نمی‌تواند برای آن امر به دیگری وکالت دهد، مگر اینکه صریحاً یا به دلالت قرائن وکیل در توکیل باشد.

<sup>۲</sup> محمد جعفر جعفری لنگرودی، مسوط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، صص ۱۴۶۶ و ۱۴۶۷، شماره ۵۳۵۰ و ص ۱۴۶۸، شماره ۵۳۵۶.



توکیل دادن نیاب برای اجرای عملی معین و خاص در زمان حیات موکل است.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر توکیل، عبارتست از رفع مانع نسبت به وکیل و همین که رفع مانع شد، وکیل می‌تواند در مدت موسع اقدام به انجام آن نماید، پس همانطوری که زوج می‌تواند خود مباشر در طلاق زوجه خویش باشد، حق توکیل در اجرای صیغه طلاق را خواهد داشت و وکیل در این صورت، مکلف است صیغه مخصوص طلاق را اجراء کند.<sup>۲</sup> باید گفت که «وکالت» انجام عملی است که شخص موکل خود قادر به انجام و به ثمر رساندن آن هست و با این حال اجرای آن را به دیگری وا می‌گذارد تا مستقلاً شخص وکیل به نمایندگی از موکل آن را انجام دهد و مقصود از توکیل، واگذاری مورد وکالت به غیر و منصوب کردن او برای انجام عمل وکالت است.

## گفتار دوم - تعریف تفویض و طلاق

### بند یکم - تفویض

از واژگان مصطلح دیگر که در تحقیق از آن یاد شده تفویض است که در فصل سوم و با عنوان مطالعه تطبیقی مورد بررسی قرار خواهد گرفت. تفویض در لغت کار با کسی گذاشتن، کار به کسی باز گذاشتن باز گذاشتن کار بر کسی، حاکم گردانیدن کسی را در امری سپردن و باز گذاشتن کار خود به کسی یا به خدا واگذاری و تسلیم و سپردگی، اختیار مقابل جبر و در معنای تفویض کردن آورده‌اند که به معنای تسلیم کردن و بخشیدن است.<sup>۳</sup> آنچه گفتیم معنای لغوی تفویض بود و اما تفویض در اصطلاح یعنی کار به کسی باز گذاشتن و به معنای واگذاری است. اساس دادن نیابت از دیدگاه برخی حقوقدانان، تفویض اختیار است و اذن را منشأ تفویض اختیار می‌دانند و گاهی معنای ای از تفویض ارائه می‌دهند مانند:

(۱) اعطاء شغل و سمت دولتی در مقامات عالیه مانند تفویض منصب قضاء؛

<sup>۱</sup> محمد جعفر جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۲۳۹، شماره ۱۰۵۳.

<sup>۲</sup> سید علی حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲، تهران، صص ۹۹۷ و ۹۹۸.

<sup>۳</sup> لغت نامه دهخدا، جلد ۵، پیشین، ص ۶۸۶۴.

۲) آزادی اراده انسان در فعل و ترک که خداوند به او تفویض کرده است (= اصل آزادی اراده کلامی) و آن را استطاعت هم گفته‌اند و معتقدین به این نظر را مفوضه و قدریه گفته‌اند و ضد آن، جبر است؛

۳) در حقوق خانواده عبارتست از ترک ذکر مهر در عقد نکاح و یا شرط عدم مهر در نکاح و یا موکول کردن مقدار مهر به نظر زوج و یا زوجه و یا ثالث (ماده ۱۰۸۷ ق.م)؛<sup>۱</sup> و لیکن آنچه منظور ما از اصطلاح تفویض است در هیچکدام از این تعاریف نمی‌گنجد، بلکه مقصود از تفویض انتقال حق طلاق از زوج به زوجه بصورت تام و تمام در اجرای صیغه طلاق می‌باشد که در نزد اکثر فقهای اهل تسنن پذیرفته شده است، به گونه‌ای که از آن تسلط زن بر سرنوشت نکاح برداشت می‌شود به طوری که اگر بخواهد نکاح را منحل می‌کند و اگر بخواهد آن را باقی می‌گذارد. تفویض عبارتست از واگذاری طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف خود، به طوری که اگر طلاق را اختیار کند این امر به وقوع می‌پیوندد.<sup>۲</sup>

با توجه به ادله و روایاتی که در این زمینه وجود دارد. تفویض در فقه امامیه پذیرفته نشده و قول به عدم جواز آن غلبه دارد و لیکن در فقه عامه آن را به عنوان یکی از طرق نیابت پذیرفته‌اند و غالباً آن را به سه صورت توکیل، تخییر و تملیک مورد بحث قرار می‌دهند. از آنجا که معنای تفویض در اصطلاح فقهی و حقوقی، از معنای لغوی آن زیاد دور نیافتاده است، لذا فقهاء از تفویض طلاق تعاریف گوناگونی ارائه داده‌اند که به برخی از آن اشاره می‌کنیم:

الف) «تفویض را تملیک حق طلاق به زن می‌دانند<sup>۳</sup> و یا «تملیک نمودن طلاق به غیر»<sup>۴</sup>.

ب) «تفویض عبارتست از تعلیق امر طلاق بر خواست و اراده شخص اجنبی و بیگانه»<sup>۱</sup>

۱. محمدعلی طهرانی (کاتوزیان)، پیشین، ص ۲۰۴؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، وسیط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۲۲۲، شماره

۹۵۵؛ محمد جعفر جعفری لنگرودی، مسوط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، صص ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷، شماره ۵۰۵۱.

۲. سید مهدی جلالی، اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۸، تهران، ص ۱۸.

۳. ابن ذکریا یحیی بن شرف النووی الشافعی، المتوفی سنه ۶۷۶ هـ منهاج الطالبین، مکتبه التراث الاسلامی، قاهره، ص ۱۵۵ «له تفویض طلاقها لیهما و هو تملیک فی الجدید».

۴. عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، دار القلم، بیروت، ص ۳۵۷ «التفویض و هو تملیک الغیر، الطلاق».

ج) «تفویض عبارتست از تسلیط زن بر سرنوشت نکاح به طوری که اگر بخواهد نکاح را منحل کند و اگر بخواهد آن را باقی بگذارد و در نتیجه به ادامه زندگی با همسر خود پردازد.»<sup>۲</sup>

د) تفویض عبارتست از واگذاری طلاق به زن و مختار کردن او در تعیین تکلیف خود به طوری که اگر طلاق را اختیار کند، این امر به وقوع بپیوندد. با تفویض حق طلاق به زوجین، این حق از شخص زوج سلب خواهد شد وزن، اختیار تام و تمام در جدایی از شوهر و یا عدم آن را خواهد داشت.<sup>۳</sup> در کتب فقهی یا تفویض همراه با تخییر به کار رفته و یا بجای آن از تخییر استفاده شده است بدین گونه که زوجه مخیر بین انتخاب طلاق و یا ادامه زندگی با شوهر خود باشد و از جواز و یا عدم جواز آن صحبت شده است که به تفصیل در فصل سوم به آن خواهیم پرداخت.<sup>۴</sup>

## بند دوم - طلاق

آخرین واژه‌ای که به آن خواهیم پرداخت، واژه طلاق است. از آنجا که معنای این واژه زیاد دور از ذهن به نظر نمی‌رسد و برای اهل معنا روشن است و لیکن برای آنکه به تمامی واژگان

۱. محمد ابوزهره، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، چاپ سوم، قاهره، ص ۳۲۳ «یکون التفویض تعلیق امر الطلاق علی مشیئة الاجنبی».

۲. محمد محی الدین عبدالحمید، الاحوال الشخصية فی الشریعة الاسلامیة، دار الکتب العربی، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ ق، قاهره، ص ۲۸۶، مسأله ۱۴۳ «و إذا سلط الزوج الزوجة نفسها، سمی تسلیطه تفویضا و سمیت الزوجة مفوضه».

۳. زین الدین بن علی العاملی، مسالک الافهام إلی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۹، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۶ هـ قسم سوم، کتاب الطلاق، قم، ص ۸۰ «اتفق علماء الاسلام ممن عدا الاصحاب علی جواز تفویض الزوج أمر الطلاق إلی المرأة و تخییرها فی نفسها ناویا به الطلاق و وقوع الطلاق لو اختارت نفسها و کون ذلك بمنزلة توکلیها فی الطلاق و جعل التخییر کتابه عنه او تملیکا لها نفسها...»

۴. سید محمد صادق الحسینی روحانی، فقه الصادق، جزء ۲۲، مؤسسه دار الکتب، چاپ سوم، قم، ص ۴۲۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، همان، محمد بن علی بن الحسین بن بابویه القمی ابی جعفر الصدوق، المقنع، مؤسسه امام‌هادی(ع)، قم، ص ۳۴۷؛ علی‌پناه اشتهااردی، فتاوی این جنید، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، قم، ص ۲۶۷؛ ابی جعفر محمد بن الحسن الطوسی، الخلاف، جلد ۴، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ص ۴۷۰؛ ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد بن ادریس الحلی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، قم، ص ۶۸۸؛ سید احمد الحسینی و سید مهدی رجایی، رسائل الشریف المرتضی، مؤسسه النور للمطبوعات، بیروت، جلد اول، ص ۲۴۱.

کلیدی این متن تحقیقی پرداخته شود، شایسته است که اجمالاً به توضیح آن اشاره نماییم. واژه طلاق مصدر ثلاثی مجرد از ریشه طلق، تطلیق، طلاقا می‌باشد. در معنای متعددی استعمال می‌شود؛ از جمله «طلق الشيء فلاناً: آن چیز را بدو داد»، «طلق یده بخیر: دستش را به کار نیکی گشود (کار نیکی انجام داد)». «طلقت المرأة من زوجها: آن زن از شوهرش طلاق گرفت». هنگامی که عرب می‌گوید: «ناقه طالق» یعنی شتر رها شده و منظور شتری است که بند آن پاره شده و هر کجا بخواهد، می‌چرد. طلاق از منظر لغت به معنای پاره کردن و از بین بردن قیود و گشودن گره است و همچنین به معنای ترک کردن و رها کردن و رها شدن از قید نکاح است و از این باب به رهایی معنا کرده‌اند که آن کسی که زن را طلاق می‌دهد، در واقع او را رها می‌سازد. در زبان عرب طلق را به باب تفعیل می‌برند و معنای رهایی و طلاق دادن را منظور می‌نمایند و بدین لحاظ طلاق گاهی به معنای تطلیق است، آنچنانکه سلام به معنای تسلیم است و در کتب لغت فارسی طلاق مصدری است لازم و به معنای جدا شدن زن از مرد، رها شدن از قید نکاح و در معنای اسم مصدری، یعنی جدایی زن از مرد. طلاق دادن هم مصدر مرکبی است به معنای رها کردن زن. فراق در اصطلاح، جدایی و پایان یافتن عقد ازدواج به واسطه یکی از اسبابی است که موجب گسستن عقد ازدواج می‌شود. طلاق رها شدن زن از قید نکاح، رها شدن زن از عقد نکاح رها کردن، فسخ کردن عقد نکاح، سراح و طلاق دادن یعنی رها کردن زن، تسریح و طلاق گرفتن هم به معنای رها شدن زن از قید زوجیت است. طلاق، جدا شدن زن از مرد، رها شدن از قید نکاح و رهایی از زناشویی است (فرهنگ عمید). در عرف عام، معنای جدایی از آن به ذهن متبادر می‌شود و بعضی طلاق را در معنای بیزاری به کار برده‌اند و در فرهنگ دهخدا نیز طلاق‌نامه را در همین سیاق، بیزاری نامه می‌خوانند. پس طلاق در معنای لغوی به گشودن قید معنوی و آن هم فقط درباره همسر (گشودن عقد نکاح) اختصاص یافته است و در گشودن قیود حسی از باب افعال استفاده می‌شود چون اطلاق، به کار رفته است. واژه طلاق اسم مصدر است و مصدر آن همانگونه که گفتیم تطلیق می‌باشد.

طلاق اخصّ از فراق است زیرا زوج که طلاق رجعی می‌دهد طلاق واقع می‌شود نه فراق و فراق پس از سپری شدن عدّه حاصل می‌شود.<sup>۱</sup> البته تعاریف فقهاء و حقوقدانان هم شبیه همین تعریف لغوی است و زیاد از آن فاصله نگرفته است. فقهاء طلاق را چنین تعریف کرده‌اند که «الطلاق و هو ازالة قيد النکاح بغير عوض بصيغه «طالق»»<sup>۲</sup> و در تعریف دیگر از قرطبی آمده است که «هو حلّ العصمه المنعقدة بين الازواج بالفاظ مخصوصه» و یا این تعریف از ابوالفوح رازی که می‌گوید: «أطلق النساء من حاله النکاح علی وجه مخصوص»<sup>۳</sup>، طلاق در نگاه حقوقدانان هم در جای خود جلب توجه می‌کند. دکتر سید حسن امامی در تعریف طلاق می‌گوید که «طلاق عبارتست از پایان دادن به نکاح دائم از طرف شوهر»<sup>۴</sup>، دکتر سید حسین صفائی آورده‌اند که «طلاق در حقوق فعلی ایران عبارتست از انحلال نکاح دائم با شرایط و تشریفات خاص به ارادهٔ مرد یا از جانب نماینده‌ی او که ممکن است به حکم دادگاه یا بدون آن واقع شود»<sup>۵</sup> که مراد از «از جانب نمایندهٔ او» در تعریف استاد، همان وکالت در امر طلاق است که قصد داریم در این مجال به شرح و تفسیر آن پردازیم. دکتر سید مصطفی محقق داماد نیز آورده است «طلاق عبارتست از انحلال عقد نکاح دائم»<sup>۶</sup> و دکتر ناصر کاتوزیان با لحاظ قرار دادن مقررات مربوط به تشریفات طلاق و همچنین ماهیت حقوقی آن می‌فرمایند

۱. وسیط در ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۴۷۴؛ عبدالرشید تریز، طلاق از دیدگاه اسلام، نشر احسان، چاپ اول، ۱۳۸۵، تهران، صص ۴۲ و ۴۳؛ علی رفیعی، بررسی فقهی طلاق و آثار آن در حقوق زوجین، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۰، تهران، صص ۳۷ و ۳۸، سید مهدی جلالی، پیشین، ص ۱۸؛ فرهنگ کاتوزیان، پیشین، ص ۴۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد سوم، پیشین، ص ۲۴۳۹، شماره ۹۱۰۵؛ اسدا... لطفی، حقوق خانواده، جلد دوم، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹، تهران، ص ۴۹؛ باقر ساروخانی، طلاق (پژوهشی در شناخت واقعیت و عوامل آن)، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۷۶، ص ۱ و ۲، لغت نامه دهخدا، جلد ۱۰، پیشین، صص ۱۵۴۸۹ و ۱۵۴۹۰؛ زهرا گواهی، بررسی حقوق زنان در مسأله طلاق، مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۳، تهران، صص ۸۴ و ۸۵؛ امید رشیدی، احکام طلاق در قانون مدنی ایران، فقه امامیه و فقه شافعی، بی‌نا، ۱۳۸۰، تهران، صص ۴۵ - ۴۸.

۲. اسدا... لطفی، مباحث حقوقی شرح لمعه، انتشارات مجد، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، تهران، ص ۳۵۱.

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، الفارق، پیشین، جلد سوم، ص ۲۹۰.

۴. سید حسن امامی، حقوق مدنی (خانواده)، انتشارات اسلامی، جلد ۵، تهران، ص ۵.

۵. سید حسین صفائی، اسدا... امامی، حقوق خانواده، جلد اول نکاح و انحلال آن (فسخ و طلاق)، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ص ۲۲۵؛ سید حسین صفائی، اسدا... امامی، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، چاپ هفتم، زمستان ۱۳۸۴، تهران، ص ۱۹۳.

۶. سید مصطفی محقق داماد، حقوق خانواده، انتشارات علوم اسلامی، ۱۳۷۶، تهران، ص ۳۷۹.

«طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن مرد به اذن یا حکم دادگاه زنی را که به طور دائم در قید زوجیت اوست، رها می‌سازد»<sup>۱</sup>؛ پس طلاق در نگاه حقوقدانان یک عمل حقوقی یک طرفه است که تنها به اراده مرد و یا نماینده حقوقی و قانونی او واقع می‌شود و به منزله رها شدن از بند نکاح دائم و ازاله پیوند زناشویی در حال یا آینده است با به کار بردن صیغه لفظی و رعایت تشریفاتی خاص و اینگونه نیست که زن هرگز نمی‌تواند در خواست طلاق کند، بلکه زن هم همانطور که اشاره خواهیم کرد، نیز می‌تواند با شرایط معین اجبار مرد را به طلاق درخواست کند و دادگاه نیز در چنین مواردی حکم به طلاق می‌دهد، اما نکته این است که در این موارد هم این مرد است که باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد و اگر مرد طوعاً حکم دادگاه مبنی بر طلاق را اجرا نکند، دادگاه مطابق اصول کلی، به واسطه نمایندگی قانونی ممتنع، از طرف او، زن را طلاق می‌دهد.<sup>۲</sup> و در انتها متذکر شویم که طلاق یا **divorce** در فرانسه به معنای انحلال رابطه زناشویی در عقد نکاح خواه به قصد و رضای زوج باشد (ماده ۱۱۳۳-۱۱۳۹ ق.م)، خواه به وسیله نماینده قانونی زوج مانند طلاق دادن زوجه مجنون دائمی به وسیله ولی او (ماده ۱۱۳۷ ق.م) یا مانند موردی که زوجه به استناد وکالت در طلاق از زوج، خود را مطلقه سازد (ماده چهارم قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰/۵/۲۳ و ماده‌ی ۱۱۱۹ ق.م) و یا اینکه ممکن است طلاق به حکم گاه انجام شود (ماده ۱۰۲۹ ق.م).<sup>۳</sup> پس از که به شرح و بسط واژگان مصطلح در تحقیق پرداختیم و معنای لغوی و اصطلاحی آن را روشن ساختیم، پیرامون وکالت بردار بودن طلاق، مستندات و فلسفه واگذاری طلاق به زوج مطالبی را یادآور می‌شویم.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، جلد اول، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ سوم، ۱۳۷۱، تهران، ص ۳۰۰.

۲. سید مهدی جلالی، پیشین، ص ۱۹.

۳. محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، پیشین، ص ۴۳۰، شماره ۳۴۳۲.

### گفتار سوم - تفاوت تفویض با نهادهای مشابه

تفویض شبیه توکیل است، از این حیث که در هر دوی آن‌ها حق تصرف انسان در آن چه به او تفویض یا توکیل شده است، سلب نمی‌شود و از آن جا که تفویض نزد اکثر مذاهب فقهی عامه به غیر از حنابله و گروهی از شافعی‌ها معنای تملیک و آن هم نه شبیه سایر تملیکات از جمله تملیک در امور مالی بوده تا بین آن اختلاط پیش بیاید؛ لذا بین تفویض و توکیل و تملیک تفاوت‌هایی وجود دارد که در ابتدا به تفاوت میان تفویض و توکیل پرداخته و سپس وجوه افتراق بین تفویض و تملیک را بیان می‌کنیم.

#### بند یکم - تفاوت تفویض با توکیل

۱- مفوضه یا زوجه مالک و صاحب اختیار طلاق محسوب شده و مطابق مشیت خود عمل می‌کند و مخیر است که اگر خواست خود را طلاق دهد و اگر خواست طلاق ندهد برخلاف وکیل که مطابق مشیت و خواست موکلش عمل می‌نماید و از خود اختیار ندارد که طلاق دهد و در صورتی که در این امر وکالت داشته باشد، صحیح است.

۲- مفوض یا همان زوج بعد از تفویض نمی‌تواند رجوع کند، چون به مجرد قول زوج مبنی بر تفویض طلاق به زوجه اگر چه او قبول نکند، حق طلاق از زمره حقوق شخص زوجه قلمداد می‌شود و بعد از آن زوج نمی‌تواند بگوید: رجوع کردم یا تو را عزل کردم، بدان علت که تفویض طلاق، تعلیق طلاق برخواست مفوض الیه است و طلاق، معلق است و هر کس طلاق را معلق بر امری کند نمی‌تواند از آن رجوع کند و تعلیقش را ملغی کند. برخلاف توکیل که در آن زوج، می‌تواند هر وقت که خواست وکیل خود را عزل نماید. پس هنگامی که زوج به شخص اجنبی بگوید: زن مرا طلاق بده، می‌تواند بعد از آن بگوید: تو را عزل نمودم، در این صورت شخص وکیل دیگر نمی‌تواند طلاق را محقق سازد و فرقی نمی‌کند که زوجه به عنوان وکیل مطرح باشد یا اجنبی.

۳- تفویض با جنون زوج باطل نمی‌شود چون به معنای تعلیق است برخلاف توکیل که با جنون زوج باطل می‌شود چون جنون، او را از اهلیت خارج می‌سازد و خروج موکل یا وکیل از اهلیت، وکالت را باطل می‌کند.

۴- در مفوض الیه شرط نیست که عاقل باشد؛ پس هنگامی که زوج به زوجه مجنون خودش یا زوجه‌ی صغیر که عاقل نیست، تفویض اختیار کند و زن، خودش را طلاق دهد، طلاق واقع می‌شود؛ برخلاف توکیل که در آن شرط است که وکیل از ابتدای امر عاقل باشد. این بدین خاطر است که در تفویض، زوجه یا همان مفوض الیه مالک طلاقی که ذی‌نفع در اجرای آن است، خواهد شد و از این رو زن مجنون آن چه را که به او اعطاء شده، واقع می‌سازد ولی هنگامی که طلاق به شخص عاقل تفویض شود ولی بعد از آن دیوانه شود، تفویض باطل خواهد شد، چون در حالتی که او عاقل بوده، مالک شده است؛<sup>۱</sup> این ویژگی برای تفویض طلاق به زوجه، گر چه ممکن است در ظاهر تعجب‌آور باشد و لیکن نزد فقهای مذاهب عامه پذیرفته شده است. و این بدان خاطر است که تفویض برخلاف توکیل که عقد است، نوعی از ایقاع است که به منزلهٔ اعراض زوج از تمامی حقوقی است که در خصوص طلاق، شارع برای او در نظر گرفته است.

۵- در صورتی که توکیل، مطلق باشد مقید به زمان خاصی نیست اما تفویض در صورت مطلق بودن، مقید به مجلس تفویض است مگر این که صیغه‌ی تفویض در تمامی اوقات عمومیت داشته باشد مثل این که گفته شود: «خودت را طلاق بده در هر وقت یا هر زمان که خواستی»؛ پس در این صورت مقید به مجلس تفویض نیست و فقط مختص آن مجلس نمی‌شود.

<sup>۱</sup>. عبدالرحمن الجزیری؛ الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، انتشارات دارالقلم، بیروت، بی تا، ص ۳۵۸.... و منها أنه لا يشترط في المفوض اليه أن يكون عاقلاً، فإذا فوّض لإمرأة المجنونة أو فوّض لصغير لا يعقل و طلق إمرأة أو طلق نفسها وقع الطلاق بخلاف التوكيل فإنه يشترط فيه أن يكون عاقلاً من أول الأمر؛ والفرق بين الحاليتين أنه في الحالة الأولى قد ملك الزوج الطلاق الذي له إيقاعه للمجنون، فالمجنون أوقع ما أعطاه إياه، نعم إذا فوّض الطلاق إلى عاقل ثم جنّ، فإنّ التفويض يبطل، لأنه ملكه و هو عاقل....



۶- با قول موکل به وکیل خود، واقع ساختن طلاق و ادای صیغه‌ی آن از سوی وکیل، مادامی که زوج از قول خود رجوع نکرده باشد الزامی است و وکیل مکلف است مطابق آنچه به او وکالت داده شده، عمل کند و اختیاری در این زمینه ندارد؛ پس هنگامی که وکیل به زن بگوید: «همانا زوج تو به من نیابت داده است که تو را طلاق دهم و اینک تو مطلقه هستی»، در این صورت طلاق محقق می‌شود، اما هنگامی که در تفویض طلاق به زوجه، زوج، زوجه‌اش را مالک در طلاق دادن خودش کند در این صورت با مالکیت زوجه نسبت به آن چه به او سپرده شده است، مختار است که اگر خواست خود را طلاق دهد و اگر خواست، طلاق ندهد؛ بنابراین اگر زوجه عدم طلاق را اختیار کند، طلاق محقق نمی‌شود.

۷- تفویض نیازی به قبول مفوض الیه ندارد و همین که اراده‌ی مفوض دائر بر انتقال حق طلاق به مفوض الیه صورت گرفت، کفایت می‌کند و این حق، داخل بر حقوق شخص مفوض الیه یا انتقال گیرنده می‌شود؛ ولیکن از آن جا که توکیل، عقد است و هر عقدی از دو رکن ایجاب و قبول ساخته شده است، نیاز به قبول شخص موکل و وکیل با هم در زمان انشاء عقد وکالت دارد.

۸- در توکیل علی‌رغم اعطای نیابت به زوجه، خود زوج هم می‌تواند شخصاً امر وکالت را انجام دهد و زوجه‌ی خود را مطلقه سازد، چون طلاق از حقوق زوج بوده و نشئه‌ای از این حق به زوجه تعلق گرفته است در حالی که در تفویض، این اختیار از ید زوج خارج شده و او دیگر هیچ حقی به عنوان تصمیم‌گیری در این خصوص ندارد.<sup>۱</sup>

۱. سید حسین صفایی، وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، آبان ۷۵، تهران، ص ۵۶؛ سید مهدی جلالی، اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، پیشین، ص ۱۷۹؛ محمد روشن، مباحثی از حقوق خانواده، چاپ اول، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۸۹، صص ۲۰۷-۲۰۸؛ محمد مصطفی شلی، احکام الاسرة فی الاسلام (دراسة مقارنة بین فقه المذاهب السنّیه و المذهب الجعفری والقانون)، دارالنهضة العربیة، بیروت، ص ۵۲۲؛ احمد الغندور، الطلاق فی الشریعة الاسلامیة والقانون (بحث مقارن)، دار المعارف مصر، چاپ اول، ۱۹۶۷ میلادی، صص ۱۱۲ و ۱۱۳؛ علی الخفیف، فرق الزواج فی المذاهب الاسلامیة، دار الفکر العربی، چاپ اول، ۲۰۰۸ میلادی، قاهره، صص ۶۹ و ۷۰؛ عبدالوهاب خلاف، احکام الاحوال الشخصیة فی الشریعة الاسلامیة، دار القلم کویت، چاپ دوم، ۱۹۹۰ میلادی، صص ۱۴۹ و ۱۵۰؛ احمد فراج حسین، احکام الاسرة فی الاسلام (الطلاق و حقوق الاولاد و نفقه

## بند دوم- تفاوت تفویض با تملیک

۱- تصرف مفوض در آن چه به واسطه‌ی تفویض به مفوض‌الیه واگذار کرده است، منع نمی‌شود و علاوه بر تفویض، مفوض می‌تواند به تصرف خود در مورد تفویض، ادامه دهد؛ منتها در تملیک، برای مملک، حق تصرف در آن چه به تملیک دیگری در آورده است، وجود نداشته، چون به واسطه‌ی تملیک از شخص مملک، قطع ملکیت شده است.

۲- تملیک تمام نمی‌شود مگر با ایجاب و قبول، همان طوری که در عقود، مطرح است ولیکن در تفویض به مجرد انشاء از سوی شخص مفوض، تمام می‌شود چون تفویض در طلاق به معنای تعلیق طلاق بر مشیت آن کسی است که تفویض به او صورت گرفته است و تعلیق به مجرد انشاء حاصل شده و فرع این امر، این است که شخص مفوض هیچ گونه حق رجوعی از تفویض بعد از ایجاب، نخواهد داشت، اما شخص مملک می‌تواند قبل از قبول دیگری، از ایجاب خود در همان مجلس، رجوع نماید.

۳- تفویض تا بعد از مجلس انشاء در صورت غایب بودن زوجه، باقی خواهد ماند در حالی که در تملیک باید در مجلس ایجاب، قبول صورت گیرد.<sup>۱</sup>

الاقارب)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ۱۹۹۸ میلادی، اسکندریه، صص ۹۱ و ۹۲؛ احمد محمود الشافعی، الطلاق و حقوق الأولاد و نفقه الاقارب فی الشریعة الاسلامیة، انتشارات دار الهدی للمطبوعات، ۱۹۹۷ میلادی، قاهره، صص ۶۵؛ عبدالرحمن جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، صص ۳۵۷ و ۳۵۸؛ محمد ابوزهره، الاحوال الشخصیة، دارالفکر العربی، چاپ سوم، ۱۳۷۷ ه. ق. قاهره، صص ۳۲۴ و ۳۲۵؛ وهبة الزحیلی، الفقه الاسلامی و ادلته، جلد ۹، انتشارات دارالفکر، دمشق (دارالفکر المعاصر، بیروت)، صص ۶۹۴۷؛ محمد ابراهیم الحفناوی، الموسوعة الفقهیة المیسرة الطلاق، انتشارات مکتبة الایمان، چاپ دوم، منصوره، صص ۱۶۲ و ۱۶۳؛ رمضان علی السید الشرنابسی، جابر عبدالهادی سالم الشافعی، احکام الاسرة (الخاصة بالزواج والفرقة و حقوق الاولاد فی الفقه الاسلامی والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الاحوال الشخصیة فی مصر و لبنان)، منشورات الحلبي الحقوقیة، ۲۰۰۸ میلادی، بیروت، صص ۴۷۷ و ۴۷۸؛ محمد حسن الذهبی، الشریعة الاسلامیة (دراسة مقارنة بین مذاهب اهل السنة و مذهب الجعفریة)، مطبعة دار التألیف، چاپ دوم، ۱۹۶۸ میلادی، مصر، صص ۲۹۵-۲۹۷؛ محمد بن احمد بن جزی الغرناطی، القوانين الفقهیة فی تلخیص مذهب المالکیة والتنبیه علی مذهب الشافعیة و الحنفیة و الحنبلیة، المکتبة العصریة، بیروت، ۲۰۰۲، صص ۲۵۸، باب پنجم «فی التوکیل و التملیک و التخییر».

۱. احمد الغندور، الطلاق فی الشریعة الاسلامیة والقانون (بحث مقارن)، پیشین، صص ۱۱۳؛ عبدالوهاب خلاف، احکام الاحوال الشخصیة فی الشریعة الاسلامیة، پیشین، صص ۱۴۹ و ۱۵۰؛ محمد حسین الذهبی، الشریعة الاسلامیة (دراسة مقارنة بین مذاهب اهل السنة و مذهب الجعفریة)، پیشین، صص ۲۹۵ و ۲۹۶؛ علی الخفیف، فرق الزواج فی المذاهب الاسلامیة، پیشین، صص ۷۴.

## مبحث دوم- اراده و اختیار زوج در طلاق

طلاق یک عمل قابل نیابت است و اینکه یک امر کاملاً شخصی نیست که مباشرت در آن شرط باشد و لزومی ندارد که فعل مباشرتاً صورت گیرد و به این دلیل غائب اجماعاً می‌تواند برای طلاق وکیل بگیرد. و تفاوتی نداشته که موکل حاضر بوده یا غایب باشد. وکالت در طلاق، اختیار مطلق مرد را در امر طلاق کاهش داده و آن را تعدیل نموده و از یکجانبه بودن این امر جلوگیری می‌کند.<sup>۱</sup> بدون در نظر گرفتن محدودیتها و توصیه‌هایی که برای پرهیز از طلاق در شرع مقدس و عدم استفاده بی‌جا از این حق شده است و اینکه علی‌رغم موارد بسیار محدودی که این حق مختص زن شده است، ولیکن برداشت فقهاء و اساتید حقوق از آیات و روایات در این خصوص این است که حق طلاق و اجرای صیغه‌ی آن در اختیار زوج و از حقوق قانونی او شناخته شده است؛ اما شرایط محدود کننده‌ای برای طلاق به اراده زوج در قانون در نظر گرفته شده است مثل اینکه مرد باید برای اجرای صیغه‌ی طلاق دارای اهلیت بوده، عاقل و بالغ و مختار باشد، و همچنین در مورد زن نیز شرایط و وضعیت خاصی باشد مثل اینکه در طهر غیر مواقعه باشد، اما به هر حال با تمام این فروض و مقررات در مجموع، این حق از حقوق مختصه‌ی شخص زوج محسوب شده چه زوج جهت و علت موجهی برای انجام این امر داشته باشد و چه بی‌جهت و بدون علت اقدام به آن کند. در این خصوص یکی از اساتید حقوق در مقاله بررسی فقهی - حقوقی وضعیت متفاوت زن و مرد در طلاق اذعان دارند که در قرآن کریم به طور آشکارا حق طلاق به مرد داده نشده است و این حق از زوجه نیز سلب نشده است ولیکن صحیح است که آشکارا به حق انحصاری زوج در طلاق اشاره نشده است از آنجا که قرآن به کلیات و موارد و مسایل اساسی و کلیدی می‌پردازد و تفسیر و توضیح آیات به وسیله‌ی روایات و احادیث و تفاسیر صورت می‌پذیرد پس در این خصوص هم روایات متعددی چه بالصراحه و چه بصورت ضمنی اختیار طلاق را اصالتاً به مرد واگذار کرده است و حتی گاهی از تفویض این حق به زوجه به گونه‌ای که حق زوج نادیده گرفته شود منع کرده

۱. سید حسین صفایی، وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او، پیشین، ص ۴۳.

است. پس به گونه‌ای وجود روایات جبران ضعف آیات را در این امر خواهد کرد.<sup>۱</sup> این که حق طلاق از جانب شارع به عنوان حق انحصاری زوج تلقی شده است، هیچ گونه ملازمه‌ای با عسر و حرج زوجه نداشته، چون راههای قانونی زیادی برای خروج زوجه از این عسر و حرج وجود داشته است (از جمله ماده ۱۱۳۰ ق.م) و هیچ گونه منافاتی با اصل ۴۰ ق.ا نیز ندارد چون به معنای تجاوز زوج از قلمرو حقوق قانونی خویش نیست. در این خصوص همانگونه که بیان کردیم فقهای مختلفی اذعان نموده‌اند که حق طلاق از حقوق ویژه‌ی زوج شناخته شده است که به ذکر برخی از اقوال آنها می‌پردازیم:

صاحب جواهر در کتاب معروف جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام حدیث «الطلاق بیدمن اخذ بالساق» را آورده و بیان کرده که طلاق اختصاص به مالک بضع دارد و حق طلاق را از آن زوجه دانسته است.<sup>۲</sup> محمد اسماعیل خواجوی در الرسائل الفقهیه، کتابی تحت عنوان «فی شرح حدیث الطلاق بید من اخذ بالساق» دارد که در ابتدای آن حدیث نبوی را عنوان کرده و سپس به شرح و توضیح آن پرداخته است.<sup>۳</sup>

در شرح لمعه جلد ۶ در کتاب طلاق در تمامی جملات و جای جای آن می‌بینیم که صیغه‌ی مطلق (طلاق دهنده یا زوج) را به صورت مذکر بکار برده است و صیغه‌ی مطلقه (طلاق داده شده یا زوجه) را با صیغه‌ی مونث و در بعضی موارد با ذکر عنوان زوجه بکار برده و این نشان-دهنده‌ی این است که طلاق از حقوق انحصاری شخص زوج محسوب می‌شود. شیخ یوسف

۱. مهرپور، حسین، فصلنامه‌ی مفید، شماره‌ی ۲۱، بررسی فقهی - حقوقی متفاوت زن و مرد در طلاق، به نقل از سید مهدی جلالی، اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران با مطالعه‌ی تطبیقی، پیشین، صص ۳۲ و ۳۳.

۲. حمد حسن النجفی، جواهرالکلام، جلد ۳۲، پیشین، صص ۵ و ۲۴ «و کیف کان فلو طلق ولیه عندلم یصخ بلاخلاف فیہ منأ بل الاجماع بقسیمه علیه، النبوی المقبول «الطلاق بید من اخذ بالساق»، و ادال بمقضتی الحصر علی اختصاص الطلاق بمالک البضع علی وجه نیا فی الطلاق بالولایه دون الوکالة التي هی فی الحقیقة طلاق من المالك عرفاً... بل لعل ما ذکرناه ایضاً هو الوجه فیما حکاه المصنف بقوله و لوو کله فی طلاق نفسها قال الشیخ لایصح ولو فی حال الغیبة لظهور تلک النصوص فی غیره... ولا لقوله (ص) «الطلاق بید من اخذ بالساق المعلوم اراده کون ولایتہ بیده منه علی وجه لاینافی توکیله».

۳. محمد اسماعیل بن الحسین بن محمد رضا المازندرانی الخاجوی، الرسائل الفقهیه، المجموعه الاولی، تحقیق سید مهدی رجایی، دارالکتب الاسلامیه، قم، ص ۲۷.

صانعی در فقه الثقلین در مسأله ۲ در کتاب الطلاق در شروط مطلق تحت عنوان "لا یصح طلاق الولی، الصبی عنه کایه وجده فضلاً عن الوصی و الحاکم" معتقد است که این امر اجماعی است و بر آن روایات زیادی دلالت دارد از جمله روایت نبوی (ص) که آمده است "الطلاق بید من اخذ بالساق"<sup>۱</sup>. شیخ محمد فاضل لنکرانی در تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله در باب طلاق معتقد است که مطابق روایت نبوی "الطلاق بید من اخذ بالساق" طلاق مقتضی حصر در مالک بضع است، ولایت در این مورد هم به هیچ وجه ثابت نیست مضاف بر اینکه در صورت طلاق ولی، در بقای علقه نکاح در صورت شک باید استصحاب کرد و هیچگونه ملازمه‌ای بین نکاح ولی و طلاق از سوی ولی وجود ندارد، به این گونه که بگوئیم چون نکاح ولی صغیر جایز است پس طلاق از سوی او هم حکم جواز دارد.<sup>۲</sup> سید احمد خوانساری در جامع المدارک پس از بحث کردن پیرامون اینکه بلوغ از شرایط مطلق است، طلاق زوجه توسط ولی زوجه را جایز نمی‌دانند و استناد و استدلال بر این امر را اجماع فقها و روایت نبوی (ص) می‌دانند.<sup>۳</sup> محقق حلی در شرایع در ابتدای باب طلاق گفته است اگر ولی زوج، زوجه او را طلاق دهد، طلاق محقق نمی‌شود چون طلاق اختصاص به مالک بضع دارد و از حقوق زوج است.<sup>۴</sup> ولیکن بر خلاف رأی فقها آن چه به نظر می‌آید، این است که مرد ذیحق در استفاده از این بضع است نه مالک آن. شیخ طوسی در کتاب النّهایه، طلاق را از حقوق زوج قلمداد می‌کند و زوج را مالک طلاق می‌داند و معتقد است اینکه طلاق از حقوق زوج است یک امر مسجّل بوده و تمامی بحث‌ها در کتب فقه و تفسیر در خصوص چگونگی و شرایط استفاده از این حق است.<sup>۵</sup> قاضی ابن البراج طرابلسی در کتاب المهدّب و در ابتدای بحث طلاق ضمن نقل آیه‌ی شریفه‌ی "یا ایها النبی إذا طلقتم النساء فطلقتموهن لعدتهن و

<sup>۱</sup> یوسف صانعی، فقه الثقلین فی شرح تحریر الوسیله، کتاب الطلاق، مطبعة مؤسسة العروج، تهران، صص ۲۴ و ۲۵.

<sup>۲</sup> محمد فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (الطلاق و الموارث)، مرکز فقه الاثمه الاطهار، صص ۱۴ و ۱۵.

<sup>۳</sup> سید احمد خوانساری، جامع المدارک، جلد ۴، انتشارات مکتبه الصدوق، کتاب الطلاق، تهران، صص ۴۹۳ و ۴۹۴.

<sup>۴</sup> محقق حلی، شرایع الاسلام، جلد ۳، انتشارات مؤسسة المعارف الاسلامیه، قم، ص ۶.

<sup>۵</sup> شیخ طوسی، النّهایه، انتشارات قدس محمدی (قم)، ص ۵۱۵ «و إذا أراد الرجل أن يطلق امرأة لم یدخل بها، طلقها أی وقت شاء، سواء كانت حائضاً أو لم تكن كذلك إلا أنه یتوفی فی الشرایع کُلّها حسب ما قدمناه...».

أحصو العده... " برای اثبات اختیار زوج در طلاق می‌گوید: " خداوند طلاق را در اختیار مرد قرار داده نه زن و آن را برای مردان مباح کرده است؛ بنابراین اگر مردی خواست زنش را طلاق دهد او مختار است که چنین کند، خواه علتی برای این کار داشته باشد یا بدون علت بخوهد طلاق دهد، زیرا طلاق دادن برای او مباح شمرده شده است، البته طلاق دادن زن بدون جهت مکروه است؛ بنابراین اگر بدون جهت اقدام به طلاق نمود، ترک افضل کرده است ولی گناه و خطایی به حساب نمی‌آید.<sup>۱</sup> در فقه عامه هم ابوالعینین بدران در الفقه المقارن للاحوال الشخصیه در باب "الطلاق یملکه الرجل دون المرأة" اختیار طلاق را در دست زوج دانسته است که به او واگذار شده است و در مورد امر طلاق هم هیچگونه اتفاق نظر و رضایت زوجین مطرح نیست.<sup>۲</sup> پس اصل تفاوت بین زوج و زوجه در مورد حق طلاق محرز شد، بدین سان که زوج بدون اجازه و رضایت از سوی زوجه‌ی خود می‌تواند از زوجه‌ی خود با اجرای صیغه‌ی طلاق جدا شود. به تعبیر برخی از فقهاء، اطلاع زن از اجرای صیغه‌ی طلاق نیز لازم نیست چه برسد به آنکه موافقت او را کسب کند.<sup>۳</sup> تا اینجا با مفهوم حق طلاق که متعلق به زوج است آشنا شدیم و برای ما روشن شد که این حق از حقوق مختصه زوج بوده و مختار است که در هر گونه شرایطی آن را اعمال کند و از آنجا که می‌دانیم حقوق در معنای عام خود از حیث قائم به ذات بودن، به ۲ دسته تقسیم می‌شوند: برخی قائم به نفس و ذات شخص ذی حق هستند و مباشرت در آن شرط است ولیکن برخی دیگر قائم به ذات نبوده و نیابت‌بردار هستند و حق طلاق هم از دسته‌ی دوم از این حقوق است. وکالت در طلاق نیز از حقوقی است که قابلیت نیابت غیر را دارد و فرقی نمی‌کند که این "غیر" خود زوجه باشد یا شخص ثالثی غیر از او باشد. پس، از آنجا که حق طلاق از زمره حقوق زوج تلقی شده و مختص اوست و از حقوق و نیابت‌بردار هم بوده و زوج می‌تواند با دادن اختیار به غیر (زوجه - ثالث) از طریق

۱. قاضی ابن البراج، المهذب، مؤسسة النشر الاسلامی، جلد دوم، قم، ص ۲۷۵.

۲. بدران ابوالعینین بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصیه، دار النهضة العربیه، جلد اول، بیروت، صص ۳۰۶ تا ۳۰۸.

۳. سید روح الله خمینی (ره)، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دار العلم، جلد دوم، چاپ دوم، قم، ص ۳۲۷ مسأله "۹" لا یعتبر فی الطلاق إطلاع الزوجه علیه فضلاً عن رضاها به"