

ماهية تفويض الطلاق ومشروعيتها من منظور الفقه الإمامي والفقه الحنفي

ناصر نيكخوااميرى^١

[تاريخ الاستلام: ١٤٠٤/٠٢/١٣؛ تاريخ القبول: ١٤٠٤/٠٧/١٦ هـ.ش]

الملخص

تُعَدُّ ماهية تفويض الطلاق إلى الزوجة ومشروعيتها من المسائل المختلف فيها بين الفقه الإمامي والفقه الحنفي. تهدف هذه الدراسة، بالاعتماد على المنهج الوصفي - التحليلي وتحليل القضايا الفقهية، إلى الإجابة عن سؤال محوري، هو: هل يمكن تفويض الطلاق إلى الزوجة من منظور فقهاء الإمامية والحنفية أم لا؟ لقد ذهب مشهور فقهاء الإمامية إلى عدم جواز التفويض، استناداً إلى الآيات القرآنية وتعارض الروايات وعدم أرجحية بعضها على بعض، فضلاً عن تعارض الأحكام الدالة على تفويض الطلاق بعضها مع بعض؛ ومن ثم، فلم يبحثوا في ماهيته على نحو مستقل. في المقابل، ذهب عددٌ قليل من فقهاء الإمامية، اعتماداً على بعض الروايات، إلى القول بجواز تفويض الطلاق إلى الزوجة. أما فقهاء الحنفية، فقد اعتبروا التفويض ذا ماهية تمليلية؛ فقالوا بجواز تفويض الطلاق إلى الزوجة، مستدلين على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة. تظهر النتائج أنَّ تفويض الطلاق إلى الزوجة ليس بصحيح، في ضوء الآيتين الأولى والثانية من سورة الطلاق، وبالنظر إلى الماهية الشرعية للطلاق؛ لأنَّ الطلاق حقٌّ ثابت للزوج، وهو حكم شرعي، لا يمكن إلا عن طريق التوكيل، لا التفويض؛ لاختلافهما من حيث الماهية. ففي التفويض، تملك الزوجة حق إيقاع الطلاق؛ أمَّا في التوكيل، فإنها تمارس هذا الحق، بصفتها وكيلةً عن الزوج، وفي حدود النيابة الممنوحة لها فحسب. يضاف إلى ذلك، أنَّ حمل التفويض على معنى التملك، لا ينسجم مع أصول الشريعة وموازينها؛ ومن ثم، فإنَّ الرأي المشهور لدى فقهاء الإمامية أكثر انسجاماً مع ماهية الطلاق ومقاصد الأسرة.

الكلمات المفتاحية: الماهية، المشروعية، تفويض الطلاق، الفقه الإمامي، الفقه الحنفي

ماهیت و مشروعیت تفویض طلاق از منظر فقه امامیه و حنفی

ناصر نیکخواامیری^۱

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۱۳؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۷/۱۶]

چکیده

ماهیت و مشروعیت تفویض طلاق به زن از مباحث اختلافی میان فقه امامیه و حنفی است. پژوهش حاضر با تحلیل گزاره‌های فقهی و به روش تحلیلی - توصیفی به این مسئله پرداخته است که آیا تفویض طلاق به زن از دیدگاه فقیهان امامیه و حنفی امکان دارد یا خیر؟ مشهور فقیهان امامیه با استناد به آیات، تعارض روایات و فقدان مرجحیت یکی بر دیگری و نیز تعارض احکام ناظر به تفویض طلاق، قائل به عدم جواز تفویض شده‌اند و از این حیث اساساً وارد ماهیت آن نشده‌اند؛ در این میان تعدادی اندکی از فقیهان امامیه با استناد به برخی روایات قائل به جواز تفویض طلاق به زن هستند. در مقابل از آنجاکه فقیهان حنفی تفویض را دارای ماهیت تملیکی دانسته‌اند، قائل به جواز تفویض طلاق به زن شده‌اند و دلایلی از کتاب و سنت برای اثبات مدعای خویش اقامه کرده‌اند. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد با توجه به آیات ۱ و ۲ سوره «طلاق» و ماهیت طلاق، تفویض طلاق به زن صحیح نیست؛ زیرا طلاق حق زوج و دارای ماهیت حکمی است که صرفاً از طریق توکیل امکان پذیر است؛ چراکه تفویض و توکیل به لحاظ ماهوی با هم متفاوت‌اند. در تفویض زنان مالک مطلق العنان طلاق خود هستند؛ اما در توکیل، زن وکیل مرد در طلاق است و صرفاً در گستره نیابت اختیار دارد و نه بیش از آن. افزون بر اینکه اگر مراد از تفویض، تملیک باشد، با اصول و موازین شرع نیز تناسبی ندارد؛ بنابراین نظر مشهور فقیهان امامیه در این باره با ماهیت و مقاصد خانواده سازگاری بیشتری دارد.

کلیدواژه‌ها: ماهیت، مشروعیت، تفویض طلاق، فقه امامیه، فقه حنفی.

۱. استاد گروه فقه و اصول، جامعه المصطفی العالمیه، گلستان، ایران n.nikkhoo49@gmail.com

مقدمه

بر اساس نصوص فقهی، حق طلاق با مرد است و زن فاقد آن است؛ اما شارع مقدس راهی برای برخورداری زن از این حق پیش‌بینی کرده است و آن وکالت در طلاق است که زن از جانب شوهر صیغه طلاق را جاری می‌کند. از آنجاکه وکالت از عقود جایزی است، برخورداری از این حق به صورت لازم، مستلزم درج آن در ضمن عقد لازم است که معمولاً در ضمن عقد نکاح، شوهر همسر خود را در این امر وکیل می‌گیرد. در این باره تفاوتی میان فقه امامیه و حنفی وجود ندارد؛ ولی محل بحث و اختلاف نظر در تفویض طلاق به زن است؛ یعنی انتقال حق طلاق از سوی مرد به زن با تمام آثار و احکام. پرسش این است که آیا شوهر می‌تواند حق طلاق را به همسر خود تفویض کند و سرنوشت نکاح را به وی بسپارد تا وی هرگونه تمایل داشت آن را اعمال کند یا از نظر شرعی چنین چیزی امکان ندارد؟ پاسخ صحیح به این مسئله نیازمند تبیین مفهوم، ماهیت و مشروعیت تفویض و سپس حکم طلاق و وقوع نوع طلاق ناشی از تفویض از منظر فقه امامیه و حنفی است. به روشنی مشخص است که طلاق یکی از مشکلات همه جوامع است و متأسفانه در جامعه ما روز به روز بر آمار آن افزوده می‌شود و زنان می‌کوشند با اخذ وکالت مشروط از همسران، پایگاه زندگی خود را قوی کنند و با بروز مشکل درخواست طلاق می‌کنند. با توجه به اهمیت زیاد که مباحث حقوق خانواده دارد، در این نوشتار تلاش بر آن است که با مطالعه آرای فقهی فقیهان امامیه و حنفی یکی از دغدغه‌های فعلی خانواده‌ها، با موشکافی تفویض در طلاق و چگونگی اعمال و ایفای این حق واکاوی شود. در این باره نظریه‌های متفاوت و گاه متناقضی ارائه گردیده است که نیازمند تبیین و رسیدن به نتیجه معقول و منطقی است که تاکنون بر اساس تفحص نگارنده این مسئله مسکوت

مانده است. این مقاله با روش تحلیلی - توصیفی می‌کوشد با جمع‌آوری نظریه‌های مختلف، تبیین و تحلیل آنها، درنهایت به وجوه افتراق و اشتراک این دو مذهب فقهی درباره موضوع پردازد.

۱. مفهوم‌شناسی

تبیین مفاهیم نقش اساسی در فهم مسئله اصلی دارد؛ ازاین‌رو نخست به مفهوم تفویض از منظر فریقین پرداخته می‌شود.

۱-۱. مفهوم تفویض

تفویض از ریشه «ف، و، ض» یعنی تکیه در امری به غیر و برگرداندن آن به اوست (ابن فارس، ۱۴۱۸هـ، ج ۳، ص ۴۶۰) یا امری را به غیر واگذار کرد و او را در آن امر تفویض کرد (رازی، ۱۹۹۴م، ج ۱، ص ۲۶۳). در اصطلاح تعاریف ارائه‌شده بر مدار و ضابطه مشخصی نیستند؛ فقیهان امامیه آن را تعریف نکرده‌اند و شاید علت عدم تعریف این باشد که تفویض طلاق از سوی زوج به زوجه با استناد به نصوص جایز نیست؛ همان‌طور که در المبسوط شیخ طوسی آمده است تفویض طلاق بنا بر مذهب ما صحیح نیست (طوسی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۹). اما فقیهان حنفی آن را تعریف کرده و گفته‌اند مراد از تفویض، مالک شدن طلاق از سوی زن توسط شوهر است (زین‌الدین، ۱۹۹۷م، ج ۲، ص ۱۲۱)، خواه به لفظ صریح یا به کنایه باشد (ابن عابدین، ۱۹۹۴م، ج ۳، ص ۳۴۵). اینکه آیا با تفویض زن مالک طلاق می‌شود یا وکیل، امر اختلافی است. بیشتر فقیهان امامیه، تفویض در طلاق را توکیل دانسته‌اند (بحرانی، ۱۳۶۳هـ.ش، ج ۲، ص ۲۲۱ - ۲۲۵؛ حرعاملی، ۱۳۹۱هـ، ص ۳۳۸؛

روحانی، ۱۴۱۲ هـ، ص ۴۲۰ - ۴۲۳)؛ زیرا طلاق دارای ماهیت حکمی است و شوهر نمی‌تواند آن را از خود کاملاً سلب کند و صرفاً می‌تواند همسر خود را وکیل در انجام طلاق بگیرد. در این میان فقیهان حنفی، تفویض طلاق به زن را تملیک می‌دانند و نه توکیل (کاسانی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۳، ص ۱۱۳). نتیجه این نظر این می‌شود که با تملیک طلاق از سوی مرد به زن، هر طور تمایل داشت می‌تواند را اعمال کند. این دیدگاه با ماهیت طلاق که امر حکمی است، تناسبی ندارد و شوهر حق سلب را از خود ندارد؛ چون اختیار آن را ندارد.

۲. ماهیت تفویض و مشروعیت آن

مشهور فقیهان امامیه تفویض طلاق به زوجه را فاقد اثر در تطلیق دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۱۸ هـ، ج ۸، ص ۱۵۸؛ حلی، ۱۴۰۳ هـ، ج ۳، ص ۱۸)؛ به همین دلیل اساساً وارد ماهیت آن نشده‌اند. اما نهاد تفویض در فقه حنفی شناسایی شده است و ماهیت آن را بررسی و واکاوی کرده‌اند؛ از این رو اینکه ماهیت آن چیست، نیازمند تحلیل فقهی است.

۱-۲. ماهیت تفویض در فقه حنفی

فقیهان حنفی ماهیت تفویض را «تملیک حق طلاق به غیر می‌داند» و نه توکیل (کاسانی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۳، ص ۱۱۳). مراد از تملیک، مسلط‌گردانیدن زن بر طلاق است؛ از این رو آن را به مالکیت طلاق توصیف کرده‌اند (ابن عابدین، ۱۹۹۴ م، ج ۳، ص ۳۴۵). بر اساس این نظر، مفوضه‌الیه‌ها مالک حق طلاق می‌شود و بر اساس نظر خویش عمل می‌کند و مالک همان چیزی است که شوهر قبلاً مالک آن بوده است و این امر مبین تفاوت ماهوی بین تملیک و توکیل است؛ زیرا در وکالت وکیل (زوجه) بنا به رأی موکل خود (شوهر) عمل می‌کند

(شنقیطی، ۱۴۰۳هـ، ج ۵، ص ۳۷۸). پذیرش این دیدگاه موجب حمل احکام مالکیت بر تفویض می‌شود؛ خواه با لفظ «امرک بیدک» یا «طلقى نفسک» یا حتی «انت طالق» و «ملکتک» یا الفاظی دیگر مانند «اختاری» یا «اختاری نفسک» باشد. در این صورت تملیک طلاق بر مرد واجب و دیگر حق رجوع و عزل زوجه را به طلاق ندارد (کاسانی، ۱۴۰۹هـ، ج ۳، ص ۱۱۳)؛ زیرا زن مالک طلاق است و بدیهی است که غیر از مالک کسی بر آن ولایت و مالکیت ندارد. درحالی‌که در وکالت چنین نیست و موکل هر وقت اراده کند، می‌تواند وکیل خود را عزل کند و عملکرد صحیح وکیل نیز در گستره وکالت است و خارج از آن فاقد اعتبار است؛ مگر اینکه بعداً موکل آن را تأیید کند. همچنین در تفویض، اهلیت مفوض‌الیها شرط نیست و از حیث زمانی نیز محدود به زمان خاص نیست (جزیری، ۱۴۲۴هـ، ج ۴، ص ۳۲۸) و هر زمان خواست، می‌تواند اعمال نماید. البته این نکته را باید افزود که مراد از تملیک در مانحن‌فیه را نباید با مفهوم دقیق تملیک در عقد بیع یا هبه یکی دانست؛ زیرا افزون بر اینکه تملیک در مفهوم مطلق به معنای تسلط نیز به کار می‌رود، در دانش فقه نیز «هر سلطه قانونی را ملک گویند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸هـ.ش، ج ۳، ص ۲۵۷۸). اینکه مرد با تفویض حق طلاق، اساساً فاقد حق طلاق گردد و دیگر امکان اجرای صیغه طلاق نداشته باشد، صحیح نیست؛ بلکه مراد آن است که زوج، اختیار طلاق را به زوجه تفویض می‌کند، بی‌آنکه این امر نافه اصل ولایت زوج در امر طلاق باشد (کاسانی، ۱۴۰۹هـ، ج ۳، ص ۱۱۳). اگر تفویض به مفهوم تملیک پذیرفته شود، خلاف امر شارع مقدس و مقاصد نهاد خانواده است؛ چراکه تملیک، عمل حقوقی طرفینی است که برای زوج الزام‌آور است و با تفویض حق انشا به زن، حق رجوع از آن و امر و نهی از شوهر سلب می‌شود؛ ازاین‌رو در صورت وقوع طلاق، منتسب به اراده زوجه خواهد بود نه اراده زوج. اما

در خصوص صحت و عدم صحت تملیک طلاق باید گفت تملیک طلاق به زوجه با مانع عقلی مواجه نیست؛ اما آنچه تملیک طلاق را با مشکل مواجه می‌کند، عرف اجتماعی صدر اسلام است که در آن طلاق حق مرد بوده است و این امر مورد تأیید و امضای شارع قرار گرفته و مبدل به شریعت شده است؛ مگر در موارد خاص که با درخواست زن در دادگاه، دادگاه درباره صدور و عدم صدور طلاق تصمیم می‌گیرد؛ مانند قرارگرفتن زن در عسر و حرج یا مفقودالاثر شدن مرد و... در نتیجه تملیک طلاق به زن به گونه‌ای که زن عن نفسها و بدون دخالت دادگاه و جبران خسارت مالی شوهر بابت مهریه خود را مطلقه کند، پذیرفتنی نیست. روایاتی نیز نافی این نظر هستند؛ محمد بن یحیی از احمد بن محمد از ابن فضال از هارون بن مسلم از برخی اصحاب حضرت صادق (ع) نقل می‌کند: «به امام عرض کردم نظر شما در مورد مردی که امر طلاق زن به اختیار خودش قرار داده چیست؟ امام (ع) فرمود: کسی را ولی امر طلاق قرار داده که صلاحیت آن را ندارد و مخالفت با سنت کرده است» (حرعاملی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۲۲، ص ۹۳). بر اساس این روایت اختیار طلاق به زوجه به دلیل مغایر با سنت نفی شده است. افزون بر اینکه اگر تفویض طلاق صورت گیرد، چگونه اختیار طلاق برای شوهر باقی می‌ماند و حال آنکه ممکن نیست یک شیء در آن واحد ملک مفروض دو نفر باشد؟ ممکن است کسی بگوید تفویض طلاق دارای ماهیت ایقاعی است نه تملیک عین. در پاسخ می‌توان گفت واژه «تملیک» ظهور در انتقال به غیر دارد؛ اعم از اینکه مورد تملیک شیء خارجی باشد یا عمل حقوقی.

بنابراین باید گفت هرچند فقیهان حنفی تفویض طلاق را به «تملیک» تفسیر کرده‌اند و آن را متمایز از وکالت دانسته‌اند، این نظر قابل پذیرش نیست؛ زیرا تملیک طلاق به زوجه، مستلزم سلب حق رجوع و ولایت انحصاری زوج و انتساب طلاق به اراده زن است که با

نظام تشریعی طلاق و سنت ثابت شرعی تعارض دارد. افزون بر این، اگر تفویض به معنای تملیک پذیرفته شود، اجتماع مالکیت دوگانه بر یک اختیار حقوقی واحد لازم می‌آید که محال است. بنابراین تفویض طلاق اگر در قالب الفاظ مشعر به تملیک باشد، نمی‌تواند به معنای انتقال مالکیت حق طلاق تلقی گردد، بلکه درنهایت باید در چارچوب اذن یا اعطای اختیار محدود و قابل رجوع و منطبق با نظارت شرعی مورد پذیرش قرار داد.

۲-۲. مشروعیت تفویض در فقه حنفی

پس از تبیین ماهیت تفویض، به بررسی مشروعیت آن از دیدگاه فقیهان حنفی پرداخته می‌شود. فقیهان حنفی برای اثبات مشروعیت آن به کتاب، سنت، اجماع و قیاس استناد جسته‌اند. در این جستار به مهم‌ترین آن یعنی کتاب و سنت اشاره می‌شود.

۲-۱-۲. قرآن

فقیهان حنفی برای اثبات مشروعیت تفویض به آیات ۲۸ و ۲۹ سوره «احزاب» استناد کرده‌اند: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا: ای پیامبر، به همسرانت بگو اگر شما اراده حیات دنیا و زینت آن را دارید، بیایید هدیه‌ای به شما بدهم و شما را به طرز نیکویی رها سازم و اگر شما خدا و پیامبرش و سرای آخرت را طالب هستید، خدا برای نیکوکاران شما پاداش عظیم مهیا کرده است».

در مورد شأن نزول این آیات نقل شده است هنگامی که همسران پیامبر اکرم (ص) از کاهش نفقه شکایت کردند، اظهار داشتند که پیامبر گمان می‌برد اگر ایشان را طلاق دهد، در میان قریش کسی هم کفو آنان یافت نخواهد شد که بتواند با ایشان ازدواج کند. سپس این

آیات شریفه بر پیامبر اسلام (ص) نازل و امر شد و پس از آن حضرت رسول (ص) خطاب به همسران فرمود: «اگر خواهان دنیا هستید، شما را از مال دنیا بهره‌مند ساخته و رها نمایم» (خفیف، ۲۰۰۸ م، ج ۲، ص ۸۱ - ۸۴). فقیهان اهل سنت بر این باورند که مقصود از «إرادة الدنيا» در این آیه، اختیار طلاق از سوی پیامبر (ص) به همسرانشان است که بر اساس مفاد آیه، اختیار طلاق را به همسران خود تفویض نموده و آنان را در امر طلاق مخیر کرده‌اند. این اقدام به مثابه سنت و سیره عملی پیامبر (ص) محسوب می‌شود (قرطبی، ۱۴۲۱ هـ، ج ۴، ص ۱۷۰). اگر زنان، دنیا و زیور و زینت آن را انتخاب نمودند، طلاق را انتخاب می‌کنند؛ برای اینکه خداوند متعال فرمود: «هرگاه شما زیست دنیوی و زیور و زینتش را می‌خواهید، بیایید تا بهره‌مندتان سازم یا باروشی پسندیده رهایتان کنم». بنابراین مقصود از «اراده کردن دنیا» در این آیات، «اختیار طلاق» است و نبی مکرم اسلام (ص) بر طبق این آیات، دستور طلاق را به همسران خویش تفویض و آنها را بین بقا و فراق مخیر کرده است. از نظر آنان پذیرش تخییر مهم‌ترین دلیل برای جواز تفویض به حساب می‌آید (نوی، ۲۰۰۲ م، ج ۴، ص ۵۸۸؛ زحیلی، ۱۹۸۹ م، ج ۵، ص ۱۷۱؛ عبدالحمید، ۲۰۰۶ م، ص ۲۲۹). این استدلال درست نیست؛ زیرا آنچه از منطوق آیات استفاده می‌شود، آن است که در فرایند تفریق، تحقق طلاق امری الزامی تلقی می‌گردد و جدایی به اراده پیامبر اسلام (ص) نسبت داده می‌شود و نه به اختیار مفارقت از سوی همسرانش. در ادامه، آیه شریفه چنین می‌فرماید: «بگو اگر می‌خواهید بیایید تا شما را طلاق دهم و رها کنم». همچنین بر فرض پذیرش تخییر، مراد تخییر بین دنیا و آخرت است و نه تخییر در طلاق. چنانچه تخییر در طلاق باشد، باز هم اختصاص به پیامبر دارد نه عموم (طبرسی، ۱۹۵۵ م، ج ۸، ص ۱۵۲)؛ چراکه خداوند به رسولش دستور داده است اگر آنها دنیا را انتخاب نمایند، آنها را طلاق دهند و این به مفهوم دادن طلاق درید آنها نیست. افزون بر آنچه گفته شد، فقیهان حنفی معتقدند آیات مذکور

بر تفویض طلاق دلالت ندارد و این حکایت از عدم قطعیت آنان بر دلالت آیات بر تفویض است (نوی، ۲۰۰۲م، ج ۶، ص ۵۸۸؛ زحیلی، ۲۰۰۰م، ج ۵، ص ۱۷۱).

۲-۲-۲. سنت

دومین دلیل بر مشروعیت تفویض در طلاق، سنت است. در روایت شعیب از زهری آمده است که ابوسلمه از عبدالرحمان روایت می‌کند: «من خیر النساء و قول الله تعالی: قل لازواجک إن کنتن تزدن الحیاه الدنیا وزینتها فتعالین امتعکن واسرحکن سراحاً جمیلاً: از عایشه نقل شده است که حضرت (ص) ما را مخیر [بقا و فراق] کرده است؛ پس خدا و حضرتش را اختیار کردیم. بنابراین چیزی برای ما واقع نشد و طلاق صورت نگرفت» (بخاری، ۱۴۲۲هـ، ج ۶، ص ۲۳). از منظر فقیهان حنفی، مفاد روایت دال بر این است که هرگاه زنان حضرت نفس خود را اختیار می‌کردند، طلاق واقع می‌شد (شماعی الرفاعی، ۱۴۰۷هـ، ص ۸۵ - ۸۶). در روایتی دیگر از ابوسلمه بن عبدالرحمن بن عوف از عایشه نقل کرده است: «وقتی حضرت شروع به تخییر همسرانش کرد، سپس فرمود همانا چیزی به شما یادآوری می‌نمایم. پس سزاوار نیست در این باره شتاب ورزید، بلکه شایسته است که پیش از اتخاذ تصمیم، با والدین خود مشورت نمایید و از ایشان کسب تکلیف کنید. وی [عایشه] گفت: او [پیامبر] آگاه بود که والدین من، مرا به جدایی از آن حضرت (ص) فرمان نخواهند داد. سپس پیامبر اکرم (ص) آیات ۲۸ و ۲۹ سوره مبارکه احزاب را بر همسران خود تلاوت فرمود. عایشه گفت: به پیامبر (ص) عرض کردم: در چه امری باید از والدینم مشورت بخواهم؟! چرا که من خداوند، پیامبرش (ص) و سرای آخرت را برگزیده‌ام. و سپس سایر همسران پیامبر نیز همان سخنی را که من گفته بودم، تکرار کردند» (نیشابوری، ۱۴۱۵هـ، ص ۱۱۰۳ - ۱۱۰۵).

به نظر می‌رسد از کتاب و سنت نمی‌توان مشروعیت تفویض در طلاق علی‌الاطلاق را استنباط کرد؛ زیرا بر اساس آیه ۱ و ۲ سوره «طلاق» و آیه ۲۹ «احزاب»، تفویض طلاق به زن را منع می‌نماید؛ طلاق متعلق حق مرد است نه زن، هر چند به وی تفویض شده باشد. درست است که مرد مالک طلاق است؛ اما تفویض آن به زن، به منزله سلب این حق از خود نیست، بلکه ضمن توکیل یا تفویض، خود نیز می‌تواند آن را ایقاع کند. پس شریک کردن غیر در آنچه خود مالک است، به مفهوم سلب حق از خود نیست. طرفداران این نظریه افزون بر کتاب و سنت، به اجماع و قیاس نیز استدلال کرده‌اند؛ مبنی بر اینکه هرگاه مرد همسرش را در وقوع طلاق مختار نماید، در این صورت با اقدام همسر نسبت به تفریق، طلاق از سوی زن انجام خواهد شد (فاسی، ۱۴۲۶هـ، ج ۴، ص ۸۶) و این مسئله بین فقیهان عامه اجماعی است و هیچ اختلافی در این باره بین آنان وجود ندارد (بحرانی، ۱۳۶۳هـ.ش، ج ۲، ص ۲۲۱ - ۲۲۵).

۲-۳. مشروعیت و عدم مشروعیت تفویض از منظر فقه‌های امامیه

مشروعیت و عدم مشروعیت تفویض طلاق در فقه امامیه که تحت عنوان «تخیر» (علم‌الهدی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۲۴۱) مطرح شده است، میان فقها امری مجمع‌علیه نیست؛ زیرا مشهور فقها قائل به عدم مشروعیت تفویض طلاق (طوسی، ۱۴۱۸هـ، ج ۸، ص ۱۵۸؛ محقق حلی، ۱۴۰۳هـ، ج ۳، ص ۱۸) شده‌اند و در برابر تعداد اندکی قائل به مشروعیت تفویض طلاق شده است (اشتহারدی، ۱۴۱۶هـ، ص ۲۶۷؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۵هـ، ص ۳۴۷؛ حرعاملی، ۱۳۹۱هـ، ج ۱۴، ص ۳۳۵). در ادامه نخست مشروعیت تفویض و ادله آن و سپس عدم مشروعیت و ادله آن بررسی می‌شود.

۲-۳-۱. مشروعیت تفویض در فقه امامیه و ادله آن

مشروعیت تفویض در فقه امامیه قائلان اندکی دارد و ابن ابی عقیل، سید مرتضی، ابن بابویه، ابن جنید و نیز شهید ثانی در مسالک الافهام، پس از بررسی و نقد دلایل قائلان به عدم مشروعیت جواز تفویض طلاق، به نظریه جواز متمایل شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۹، ص ۸۰ - ۸۴). مهم‌ترین دلیل بر مشروعیت تفویض یا تخییر طلاق، روایاتی است که در این باره وجود دارد و فقیهان در لابلای نظریه‌های خود بدان تصریح کرده‌اند. سید مرتضی درباره مشروعیت تفویض طلاق چنین بیان می‌دارد: «تخییر در طلاق نزد فقهای امامیه امری جایز و معتبر است و ادعای بطلان تخییر و تملیک طلاق و اینکه چنین امری موجب تفویض اختیار طلاق نمی‌گردد، سخنی ناصحیح و لغوی است؛ زیرا بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، تفویض از طریق تخییر نه تنها امکان‌پذیر است، بلکه مؤیدات روایی نیز بر صحت آن دلالت دارد. روایات وارد شده از ائمه معصومان (ع) حاکی از آن است که تحقق تفویض می‌تواند از طریق تخییر صورت گیرد؛ و در این فرض، زوجه در انتخاب استمرار زوجیت یا مفارقت، مختار است و در صورت انتخاب جدایی، طلاق به اعتبار همان تخییری که از جانب زوج واقع شده، صحیح و نافذ خواهد بود» (سید مرتضی، ۱۴۰۵ هـ، ج ۱، ص ۲۱۴). از نظر ایشان تخییر همان توکیل در طلاق است، اما این احتمال دور از ذهن است؛ زیرا هر چند از نظر ایشان تخییر شباهت زیادی با توکیل دارد، اما به نظر می‌رسد ایشان در صدد پذیرش تخییر با شروط ویژه بوده است. اگر مراد ایشان از تخییر همان توکیل باشد، فهوالمطلوب و لیس فیه مناقشه که احتمالش بعید است؛ ولی اگر مراد از تخییر، توکیل نباشد، وقوع طلاق از حیث مشروعیت و عدم مشروعیت با مشکل مواجه خواهد شد. روایاتی که فقیهان بر اساس آن قائل به جواز مشروعیت تفویض شده‌اند، عبارت‌اند از:

(الف) روایت زراره از امام باقر (ع) وعنه، عن أحمد ومحمد ابني الحسن، عن أبيهما، عن القاسم بن عروة، عن عبدالله بن بكير، عن زرارة، عن ابي جعفر (ع)، قال: قلت له رجل خير امرأته، قال: إنما الخيار لها ما دام في مجلسهما، فإذا تفرقا فلا خيار لها: درباره مردی پرسیدم که همسرش را مخیر کرده است. فرمود: زن تا زمانی که در مجلس تخییر است، اختیار طلاق دارد و هنگامی که متفرق شدند، زن اختیار ندارد» (حرعاملی، [بی تا]، ج ۲۲، ص ۹۵).

(ب) روایت محمد بن مسلم از امام باقر (ع): «إذا خيرها وجعل امرها بيدها في غير قبل عدتها من غير أن يشهد شاهدين، فليس بشئ وإن خيرها وجعل امرها جعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين في قبل عدتها، فهي بالخيار مالم يتفرقا: اگر مردی زنش را بدون اینکه دو شاهد بگیرد، برای طلاق مخیر کند، تخییر صحیح نیست؛ ولی اگر او را با استشهاد دو شاهد، مخیر کند، زن دارای اختیار طلاق است» (حرعاملی، [بی تا]، ج ۲۲، ص ۹۶).

(ج) «عن جعفر بن محمد بن محمد بن حكيم، عن جميل بن دراج، عن زرارة، عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا اختارت نفسها، فهي تطليقة بائنة، وهو خاطب من الخطاب، وإن اختارت زوجها فلا شيء: حضرت فرمود: اگر زنی در زمان تخییر طلاق را برگزید، طلاق بائن است و زوج مخاطب خطاب طلاق است که اگر همسرش را برگزید، طلاق واقع نشده است» (حرعاملی، [بی تا]، ج ۲۲، ص ۹۴).

روایات دیگری در این باب آمده است که فقیهان برای اثبات مدعای خویش به آن استناد کرده اند (حرعاملی، [بی تا]، ج ۲۲، ص ۹۳ - ۹۶). شهید ثانی نیز در مسالک الافهام، پس از نقل روایات مذکور چنین استدلال می کند: طرفداران عدم جواز تفویض

طلاق، روایات دال بر جواز را حمل بر تقیه کرده‌اند؛ اما ایشان با رد فرض تقیه و پذیرش ضمنی نظریه مشروعیت تفویض طلاق، این نظر را به دلیل برتری و اکثریت روایات تأیید می‌کنند. سپس در پاسخ به ادعای عدم مشروعیت تفویض طلاق به زن ناشی از حمل روایات دال بر جواز بر تقیه، چنین اظهار می‌دارد: «بدیهی است که از حیث تعداد سند و دلالت، روایات نشان‌دهنده مشروعیت (تفویض) بر روایات عدم مشروعیت برتری دارد؛ چراکه اولاً تعداد اخبار مفید مشروعیت ده تا و اخبار دیگر نه‌تاست؛ ثانیاً این روایات از حیث سندی در مجموع قابل اتکا هستند؛ زیرا در میان آنها اخبار صحیح، حسن و موثق وجود دارد. البته برخی از این روایات نیز دارای ضعف سندی از جمله ارسال یا اشکال در وثاقت راویان‌اند. با این حال، در برابر سایر ابواب روایی، این باب از وضعیت قابل قبولی برخوردار است. ثالثاً از جهت دلالتی، برخی از این روایات با دلالت بر مشروعیت تفویض، به گونه‌ای هستند که حکایت از بائن بودن طلاق ناشی از آن دارند و این دلالت، عام‌تر از صرف نفی وقوع است؛ زیرا به گونه‌ای بیان شده که در هر حال، اصل امکان تحقق طلاق از طریق تفویض مورد پذیرش قرار گرفته است. در مقابل، برخی روایاتی که در ظاهر دلالت بر عدم مشروعیت تفویض دارند، مانند مرسله هارون بن مسلم و روایت ابراهیم بن منذر، در واقع فاقد ارتباط موضوعی مستقیم با محل نزاع‌اند و دلالتی که بتوان آنها را نافی مشروعیت تفویض دانست، از آنها مستفاد نمی‌شود». در ادامه وی تصریح می‌کند که حمل برخی از این روایات بر تقیه، با صحت صدور و کثرت روایات در باب تخییر و تفویض منافاتی ندارد. بنابراین ضعف برخی از روایات در جنبه‌هایی خاص، لزوماً به معنای عدم اعتبار روایی آنها نخواهد بود. ایشان در مقام جمع‌بندی، قاعده اصولی «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح» را در این مقام اعمال‌شدنی می‌داند؛ به این معنا که در موارد تعارض دو دسته

روایت، چنانچه امکان جمع عرفی و عقلایی میان آنها وجود داشته باشد، اولویت با عمل به هر دو دسته روایات است، نه طرح و کنار نهادن یکی از آنها به نفع دیگری. شهید ثانی پس از تبیین نظر علامه حلی که روایات مشروعیت بر تفویض را رد می‌کند، می‌گوید: «مقتضای این استدلال، آن است که تفویض اختیار طلاق می‌تواند در قالب وکالت نیز تحقق یابد؛ در این صورت، تحقق طلاق منوط به وقوع آن در مجلس تخییر و به صورت فوری نخواهد بود؛ چراکه در وکالت، تفویض به نحو مطلق صورت می‌گیرد و زوجه می‌تواند در زمان دیگری با استناد به وکالت، صیغه طلاق را اجرا نماید. با این حال، روایات موجود در باب تخییر، بر لزوم تحقق طلاق در همان مجلس و به طور فوری دلالت دارند؛ به گونه‌ای که اگر زوجه در همان مجلس پس از تخییر، جدایی را برگزیند، طلاق صحیح و نافذ خواهد بود. بنابراین مفاد این اخبار نشان می‌دهد که تخییر در طلاق، احکام و آثار خاص خود را دارد که از حیث شرایط تحقق، با وکالت تفاوت دارد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۹، ص ۸۰ - ۸۴؛ عمانی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۳، ص ۴۸۰).

نقد و بررسی

۱. اینکه مرد زن خود را در طلاق تخییر کند، این تخییر ممکن است نوعی مستقل از اسباب تفریق میان زوجین نظیر خلع، مبارات یا لعان و ممکن است طلاق نوعی طلاق کنایی باشد؛ به این معنا که الفاظ صادره از جانب زوج صراحت در طلاق ندارند، اما از آنجاکه همراه با قصد طلاق ابراز می‌شوند، قابلیت انحلال نکاح را دارند. در این فرض، تخییر به قصد طلاق صورت می‌گیرد، اما تحقق آن مشروط به پذیرش و اختیار زن است؛ با این توضیح که اجرای طلاق متوقف بر اراده زوجه در همان مجلس است، هرچند

مبنای اصلی و مرجع نهایی در ایجاد این اثر حقوقی، همچنان اراده زوج تلقی می‌شود. تفویض نوع دیگری از طلاق کنایی باشد و کنایه در آن عبارت است از قول همسر با عبارت «اخترت نفسی» (حسینی روحانی، ۱۴۱۴هـ، ج ۲۲، ص ۴۲۲ - ۴۲۳). با این حال، مقتضای اصول صرف از نظر نصوص خاصه، عدم وقوع طلاق در همه احتمالات سه‌گانه ذیل است:

الف) نکاح عقدی شرعی است که آثار آن صرفاً با ادله معتبر شرعی (همچون طلاق، لعان و خلع) از بین می‌رود و در غیر این صورت، اصل استصحاب بقای نکاح جاری می‌شود و زوال آن ممکن نیست.

ب) تحقق طلاق متوقف بر انشای صریح و با صیغه معتبر است، در حالی که طلاق به شکل مانحن فیه یا فاقد صیغه است یا معلق واقع شده و تعلیق در طلاق طبق نظر مشهور موجب بطلان آن است.

ج) تحقق طلاق از طریق کنایه یا تفویض آن به زوجه، فاقد اعتبار شرعی است مگر در موارد منصوص خاص؛ و طبق بسیاری از نصوص معتبر، تفویض امر طلاق به زن جایز نیست، مگر در موارد استثنائی نظیر تخییر پیامبر (ص) در برابر همسران خویش که آن نیز به دلیل خصوصیت مقام نبوی، تسری دادنی به دیگر افراد نیست. بر این اساس هر سه احتمال یادشده از حیث فقهی و اصولی قابل رد هستند؛ در نتیجه تخییر زن را نمی‌توان به مثابه سبب مستقل یا معتبر در تحقق طلاق تلقی کرد، مگر در مواردی که نصوص خاص دلالت بر آن داشته باشد.

۲. حکمی بودن طلاق: بدین توضیح که میان حکم و حق اختلاف نظر وجود دارد. از ویژگی‌های حق می‌توان به اسقاط‌پذیری، قابلیت نقل و انتقال آن اشاره کرد؛ ولی حکم آن

چیزی است قابلیت اسقاط و انتقال نداشته و تابع مصالح و مفاسد است. چنانچه اختیار طلاق را حق مرد بدانیم، هر مرد می‌تواند آن را ساقط یا انتقال دهد و اگر اختیار طلاق را حکم تلقی نماییم، مرد نمی‌تواند آن را اسقاط یا منتقل کند. ضابطه تشخیص حق و حکم را برخی از فقیهان مشخص کرده‌اند؛ با این حال برخی معتقدند برای شناسایی موارد مشتبه باید به ادله مراجعه کرد. در فرض تصریح ادله، مطابق آن عمل می‌شود و در فرض عدم تصریح، نمی‌توان به آن عمل کرد. بدین ترتیب اگر در مفهوم عرفی حق یا حکم بودن آن تردیدی نباشد، به عموم ادله تمسک می‌کنیم و آن را حق یا حکم برمی‌شمیریم و هرگاه مفهوم عرفی حق یا حکم محرز نباشد، تمسک به ادله عمومی ممکن نیست؛ چراکه استناد به عمومات در این موارد، از قبیل تمسک به عموم عام در شبهات مصداقیه است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۲، ص ۵۴). به باور برخی دیگر در فرض تردید میان حق و حکم، به مقتضای اصل عدم حق، حق بودن آن را نفی می‌کنیم، هرچند بدین طریق حکم بودن این‌گونه موارد اثبات نمی‌شود؛ اما با توجه به اینکه دوران امر میان حق و حکم است، با نفی حق، حکم اثبات می‌شود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ هـ، ج ۴، ص ۶). از نظر برخی دیگر در فرض تردید میان حق و حکم و فقدان دلیل لفظی، مرجع اصول عملیه است. ویژگی‌هایی چون اسقاط، نقل و انتقال حق از امورات وجودی هستند که حدوث آن نیازمند دلیل است. وقتی در حدود این خصوصیات شکی وجود دارد، اصل فقدان آنهاست. به عبارت دیگر در موارد اشتباه بین حق و حکم، هرگاه امکان تمسک به عمومات نص وجود نداشته باشد، با استناد به اصل عملیه استناد کرده، عدم ترتیب آثار حق را استصحاب نموده که نتیجه آن حکم تلقی کردن مورد مشکوک فیه است (نائینی، ۱۳۷۶ هـ.ش، ج ۱، ص ۱۰۸). بنابراین با توجه به معیارهای پیش‌گفته و نظر به خصوصیات که اختیار طلاق دارد، باید آن را حکم تلقی کرد؛ چراکه

اولاً فلسفه واگذاری اختیار طلاق به مرد ناشی از عقل‌گرایی مرد، اجتناب از احساسات و مسئولیت‌های مالی است که زوج در صورت طلاق می‌پذیرد. در برابر احساساتی بودن زن و غلبه عواطف وی بر تصمیم‌گیری‌ها و عدم مسئولیت مالی در طلاق، دیگر مصالح فردی و اجتماعی، سبب وضع چنین مقرراتی شده که این امر هم یکی از خصوصیات حکم است. ثانیاً اختیار طلاق اسقاط‌شدنی نیست؛ مرد نمی‌تواند ضمن شروط یا هر عقد مستقل دیگری، اختیار طلاق همسرش را از خود ساقط کند. چنانچه اختیار طلاق را حق بدانیم، باید وی حق اسقاط را داشته باشد؛ زیرا اسقاط حق یکی از خصوصیات وی است. ثالثاً بر فرض عدم قبول هر کدام از دلایل پیشین، با وجود شک در این مورد، اصل بر حکم بودن اختیار طلاق خواهد بود.

۳. افزون بر موارد که در شماره یک و دو بیان شد، یک نوع دوگانگی در نظر شهید ثانی دیده می‌شود؛ از یک سو تفویض را همان توکیل در طلاق دانسته است از سوی دیگر قائل بر این است که تخییر در طلاق با توکیل در طلاق از حیث احکام و آثار کاملاً متفاوت است. اگر مراد اول باشد، فهو المطلوب لاشک فیه که توکیل در طلاق صحیح است و هرگاه مراد ایشان تخییر در طلاق باشد، با ماهیت طلاق (حکم) تناسب ندارد.

۲-۳-۲. نظریه عدم مشروعیت تفویض طلاق

مشهور فقیهان امامیه قائل به عدم مشروعیت تفویض طلاق از سوی مرد به زوجه هستند (نجفی، ۱۹۹۴م، ج ۳۲، ص ۶۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۲ه، ج ۲، ص ۵۴؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳ه، ج ۴، ص ۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴ه، ج ۲۲، ص ۴۲۲؛ صانعی، ۱۳۸۰ه.ش، ص ۱۴۰). طرفداران این نظریه برای اثبات عدم مشروعیت تفویض به کتاب و سنت استناد جسته‌اند

۲-۳-۱. کتاب

قائلان به عدم مشروعیت تفویض به آیات ۲۸ و ۲۹ سوره مبارکه «احزاب» تمسک کرده‌اند و گفته‌اند مقصود از واژه «تخیر» در این آیات، تخیر بین دنیا و آخرت است و نه تخیر در طلاق [بقا و فراق] (طوسی، [بی تا]، ج ۸، ص ۳۳۳)؛ همچنین اگر مراد از تخیر، تخیر در طلاق هم باشد، فقط اختصاص به پیامبر (ص) دارد و نه بیش از آن (طبرسی، ۱۹۹۵م، ج ۸، ص ۱۵۲)؛ زیرا از جهت لفظی دلیلی وجود ندارد که آن را به عموم تعمیم داد و تعبیر «تعالین امتعکن و اسرحکن» برای کسانی است که دنیا را می‌خواهند؛ اما لزوماً به این مفهوم نیست که زنان اختیار طلاق داشته باشند (جصاص، ۱۴۱۵هـ، ج ۳، ص ۴۶۸). به نظر می‌رسد این استدلال با مصالح و مقاصد خانواده نیز تناسبی دارد. اینکه شارع طلاق را صرفاً برای شوهر جعل کرده است، در واقع ناشی از حمایت خانواده و حفظ کیان و بنیان خانواده است تا شیرازه خانواده به آسانی متلاشی نشود، وگرنه با در اختیار گرفتن طلاق توسط زن، ممکن بود به هر علت واهی به دلیل عاطفی و احساسی بودن اقدام به جدایی و تفریق می‌کردند و این طور بنیان خانواده کاملاً متزلزل می‌شد.

۲-۳-۲. سنت

قائلان به عدم مشروعیت تفویض طلاق، افزون بر آیات به روایات متعددی نیز برای اثبات عدم مشروعیت تفویض استناد کرده‌اند. برخی این گونه استدلال کرده‌اند که آنچه در روایات دال بر جواز تخیر زنان آمده، محل اختلاف در احکام میان فقها بوده است؛ به گونه‌ای که برخی از آن روایات را ناظر بر طلاق بائن دانسته و برخی از فقها، طلاق ناشی از تخیر را از نوع طلاق رجعی دانسته‌اند؛ به این معنا که در صورت تحقق شرایط،

زوج امکان رجوع در ایام عده را خواهد داشت. در مقابل، گروهی دیگر از فقیهان بر این باورند که صرف تخییر تا زمانی که زوجه به صراحت اختیار طلاق را اعلام نکرده باشد، موجب تحقق طلاق نخواهد شد. مطابق این دیدگاه، تحقق طلاق متوقف بر اظهار صریح زوجه به مفارقت است و صرف تخییر بدون اعلام اراده قطعی بر جدایی، فاقد اثر شرعی در انحلال نکاح است؛ در حالی که برخی دیگر از روایات نیز اساساً تخییر در مجلس را به معنای اختیار زوجه در طلاق برداشت نکرده‌اند. شیخ طوسی در مقام توجیه دیدگاه خود مبنی بر حمل این دسته از روایات بر تقیه - با وجود دلالت ظاهری بر جواز - سه دلیل عمده را ارائه می‌دهد: نخست: قول به جواز با نظر غالب فقیهان اهل سنت مطابقت دارد و این تطابق، زمینه حمل بر تقیه را فراهم می‌آورد؛ دوم: انحلال عقد نکاح صحیح تنها از طریق طرق معتبر و معین امکان‌پذیر است و نمی‌توان به صرف دلالت برخی روایات، حکمی برخلاف اصول مسلم نکاح صادر کرد؛ سوم: امکان التزام عملی به این دسته از روایات وجود ندارد؛ زیرا تعارض موجود میان آنها مانع از ترجیح و عمل به یکی بر دیگری است و بر اساس قاعده فقهی «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح»، تا زمانی که امکان جمع عرفی یا علمی میان روایات نباشد، باید آنها را کنار نهاد. افزون بر این، روایاتی صراحت بر عدم جواز تفویض طلاق به زوجه دلالت دارند و این اختیار را صرفاً برای پیامبر اکرم (ص) قائل شده‌اند. بنابراین با توجه به مجموعه قرائن و اصول فقهی، تردیدی باقی نمی‌ماند که اخبار ناظر به جواز تخییر باید بر اساس تقیه تفسیر و حمل گردند (طوسی، [بی‌تا]، ص ۲۹ - ۳۰؛ طوسی، ۱۴۱۴هـ، ج ۶، ص ۴۶۹). صاحب جواهر نیز معتقدند در فقه ما حکم شرعی مستقلاً که چنین تفویضی را بدون شرایط خاص و نص صریح معتبر بدانند، وجود ندارد. روایات متعددی که برخی

بر جواز و برخی بر عدم جواز تفویض طلاق دلالت دارد، باید روایات مفید جواز را حمل بر تقیه کرد؛ چراکه روایات متعددی نشان از عدم جواز تفویض است. همچنین روایات باب نکاح ولایت زن بر طلاق را نهی می نماید؛ مانند روایت ابن قیس از امام باقر (ع) که فرموده است: حضرت علی (ع) در مورد مردی که اختیار جماع و طلاق را به همسرش داده بود، فرمود: «مخالف سنت عمل کرده و حق را به کسی داده که فاقد اهلیتش بوده است» (نجفی، [بی تا]، ج ۳۲، ص ۶۷). ایشان در مقام پاسخ به استدلال شهید ثانی که روایات مبنی بر جواز تفویض از نظر عددی و سندی بالاتر از روایت حاکی از عدم جواز است، می گوید این امر نمی تواند معیار باشد؛ چراکه این روایات در رجعی بودن یا بائن بودن طلاق ناشی از تخییر با یکدیگر اختلاف دارند. وجود این اختلاف ما را هدایت به حمل این روایات بر تقیه می کند؛ چراکه امکان اینکه طلاق هم رجعی و هم بائن باشد، وجود ندارد و امکان ترجیح هیچ کدام بر دیگری هم نیست (نجفی، [بی تا]، ج ۳۲، ص ۷۲).

۳. وضعیت حکم وقوع طلاق با تفویض

همان طور که بیان شد تفویض طلاق یک امر مجمع علیه بین فقه امامیه و حنفی نیست (طوسی، ۱۴۱۵ هـ، ج ۸، ص ۸۸؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۲۲، ص ۴۲۳؛ عبدالحمید، ۲۰۰۶ م، ص ۲۲۹؛ نووی، ۲۰۰۲ م، ص ۵۸۸؛ ابن قیم، ۲۰۰۲ م، ج ۵، ص ۴۱۶). از نظر مشهور فقیهان امامیه، تفویض طلاق به زن فاقد اعتبار است (نجفی، ۱۹۹۴ م، ج ۳۲، ص ۶۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۲ هـ، ج ۲، ص ۵۴؛ بحر العلوم، ۱۴۰۳ هـ، ج ۴، ص ۶)؛ بنابراین طلاق با تفویض صورت نمی گیرد و طلاق پس از آن باطل و فاقد اثر شرعی و قانونی است. درحالی که

از نظر فقیهان حنفی، تفویض طلاق به زن صحیح و تمام آثار و احکام قانونی و شرعی بر آن مترتب می‌گردد. بنابراین از منظر فقهای امامیه هرگاه شوهر زوجه‌اش را در طلاق مخیر کرد، آن خیار باطل است و نتیجه‌ای ندارد؛ اعم از اینکه زوجه همسرش را انتخاب کند یا خودش را یا خیار را اساساً رد کند و چیزی را انتخاب نکند. شهید ثانی در این باره چنین استدلال کرده است: «اگر او را مخیر کرد و زن قصد طلاق داشت و زن مرد را انتخاب کند و ساکت شود، حتی برای یک لحظه هم که شده، در این حالت هیچ حکمی بر آن وارد نمی‌شود؛ ولی چنانچه خودش را انتخاب کند، جدایی بائن رخ خواهد داد و گفته شده است که طلاق واقع شده طلاق رجعی خواهد بود و همین طور هیچ حکمی ندارد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۹، ص ۸۰). ابن حزم نیز استدلال کرده است: «چنانچه مرد همسرش را مخیر کند و زن خودش را یا طلاق را انتخاب کند یا شوهرش را انتخاب کند یا اساساً هیچ چیزی را انتخاب ننماید، هیچ چیزی واقع نمی‌شود و همه اینها یکسان اند و با آن نه طلاق نه حرام می‌شود؛ در نتیجه هیچ حکمی بر آنها وارد نیست، حتی اگر مرد تخییر را تکرار نماید و زن هزار بار خودش را طلاق را انتخاب کند و مالکیت کامل ید زن باشد و مرد اختیارش را در ید زن خودش گذاشته باشد، هیچ تفاوتی نخواهد کرد» (ابن حزم، ۱۴۰۸ هـ، ج ۱۰، ص ۱۱۶ - ۱۱۷). در این میان، جمهور فقهای حنفی درباره حکم طلاق تفویضی بین اینکه زن همسرش را انتخاب کند یا خیار را رد کند و بین اینکه خودش را انتخاب کند، قائل به تفصیل شده‌اند:

۱. هرگاه زوجه همسرش را انتخاب کند یا خیار را رد کند، طلاق واقع نمی‌شود (سرخی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۶، ص ۲۱۰ - ۲۱۱)؛ زیرا اولاً روایتی از عایشه نقل شده است که حضرت رسول زنانش را مخیر کرد و این طلاق نیست و نیز از عایشه نقل شده است که خدا

ما را مخیر کرد و ما ایشان را انتخاب کردیم و دیگر حکمی بر وی وارد نبود (کاسانی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۳، ص ۱۱۹ - ۱۲۰).

۲. زیرا تخییر اثبات خیار و بقای بر ازدواج و انتخاب شوهر دلیل روی گردانی از ترک نکاح است؛ پس چگونه می تواند طلاق انجام گیرد (سیوطی، ۱۴۲۱ هـ، ج ۶، ص ۱۶۱).
۳. چون وکالتی است که وکیل آن را رد کرده یا تملیکی است که مملک آن را نپذیرفته است و مانند سایر وکالت ها و تملیک ها حکمی از آنها واقع نمی شود (مقدسی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۸، ص ۲۸۹)؛ اما اگر زن خودش را انتخاب نماید، به نظر فقها طلاق محقق می شود. درباره نوع طلاق، فقیهان حنفی بر این باورند که هرگاه زن خودش را انتخاب کند، طلاق وی طلاق بائن است؛ زیرا با انتخاب خودش، مالکیت شوهرش محقق می شود و زن مالک امر خود می گردد (سرخسی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۶، ص ۲۱۲). از نظر فقیهان حنفی چنین طلاق صحیح است؛ زیرا وقوع طلاق با تفویض، در حالتی است که زن خودش را انتخاب کند و طلاق رجعی دهد. چنانچه مرد غیر از این امر را در تفویض در نظر داشته باشد، تابع قصد وی طلاق واقع می شود.

این استدلال درست نیست؛ زیرا:

الف) قبلاً گفته شد طلاق از ویژگی های زوج است و در روایات «الطلاق بید من أخذ بالساق» انحصار آن تصریح شده است.

ب) اینکه انتخاب زن موجب وقوع طلاق بائن است، مبتنی بر این فرض است که با اختیار زن، ملک شوهر زایل و زن مالک امر خود می شود؛ در حالی که این تملیک فاقد مبنای فقهی صحیح است؛ برای اینکه در تفویض زن منوب عنه نیست، بلکه مأذون در ایجاد اثر از سوی زوج است و تفویض ناقل مالکیت یا ولایت شرعی نیست.

افزون بر اینکه باین دانستن طلاق با آیه ۲۲۹ سوره بقره «الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ» نیز منافات دارد؛ چراکه این آیه بر رجوع‌پذیری طلاق تا دو بار دلالت دارد، مگر اینکه تصریح به باین شود.

۴. وجه افتراق و اشتراک امامیه و حنفی

پس از بیان دیدگاه‌های فقیهان امامیه و حنفی درباره ماهیت و مشروعیت و عدم مشروعیت تفویض طلاق، باید گفت درباره تفویض صرفاً یک وجه اشتراک می‌توان قائل شد و آن پذیرش تفویض طلاق نزد فقیهان اهل سنت (امر مجمع علیه) و تعداد اندکی از فقیهان امامیه است. اما جهات افتراق آن عبارت‌اند از:

الف) فقیهان حنفی تفویض طلاق را به مفهوم تملیک و اختیار طلاق دانسته‌اند و این دیدگاه از منظر فقه امامیه به دلیل مغایرت با ماهیت طلاق که یک امر حکمی است، پذیرفتنی نیست و درنهایت می‌توان زن را وکیل در طلاق گرفت.

ب) از نظر فقیهان اهل سنت، اختیار طلاق از سوی پیامبر (ص) به همسرانشان داده شده و آنان را در امر طلاق مخیر ساخته‌اند؛ بنابراین این اقدام به مثابه سنت و سیره عملی پیامبر (ص) محسوب می‌شود؛ درحالی‌که فقیهان امامیه معتقدند اگر مقصود از تخییر در آیه، تخییر در طلاق هم باشد، اختصاص به پیامبر (ص) داشته است و نه بیش از آن؛ چراکه خداوند به رسولش دستور می‌دهد اگر آنها دنیا را انتخاب کردند، آنها را طلاق دهند و این به مفهوم قرارداد طلاق در ید آنها نیست.

ج) فقیهان حنفی برای اثبات مشروعیت تفویض، ادله نقلی و فقیهان امامیه برای اثبات عدم مشروعیت تفویض نیز ادله نقلی و روایی اقامه کرده‌اند؛ نتیجه اینکه وجود

تعارض موجب مانع قبول این روایات است. افزون بر اینکه مرجحی هم وجود ندارد که یکی را بر دیگری ترجیح داد.

د) از مفاد نظریه فقه‌های حنفی به دست می‌آید که از نظر آنان طلاق دارای ماهیت حقیقی است، در حالی که از نظر فقه‌های امامیه طلاق دارای ماهیت حکمی است. بنابراین اگر تفویض طلاق به زن را با توجه عصر فعلی و زندگی مدرن بپذیریم، پیامدها و آسیب‌های زیادی برای خانواده‌ها به وجود می‌آورد و خود سبب فروپاشی و انحلال خانواده می‌گردد؛ برای مثال هرگاه ازدواج زن و مردی در دو سطح متفاوت اجتماعی انجام شود، زن به علت داشتن موقعیت بالاتری از همسر خود و قبول ازدواج با شرایط خاص از سوی زن، اختیار طلاق در ید زن، راه حل مطمئن برای جدایی از همسرش است. همین‌طور سایر عوامل از قبیل عامل فرهنگی، اقتصادی و روانی طرفین، به آسانی زمینه را برای انحلال عقد نکاح فراهم می‌آورد و مسئولیت‌پذیری، گذشت، عطف و مهربانی و ... را در کانون خانواده از بین می‌برد.

نتیجه

یافته‌های پژوهش به این ترتیب است:

۱. تفویض طلاق به زوجه که وی با تفویض، مالک طلاق خویشتن می‌گردد، یکی از مسائل اختلافی میان فقه امامیه از یک سو و فقه حنفی از سوی دیگر است. در فقه حنفی تفویض طلاق امر مجمع علیه است؛ اما در فقه امامیه تفویض طلاق به دلیل تعارض اخبار باب، اختلاف نظر وجود دارد و بنا به نظر مشهور فقها فاقد مشروعیت است.

۲. فقیهان اهل سنت برای مشروعیت تفویض به آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب و روایات استناد جسته‌اند؛ ولی به نظر فقیهان امامیه از این آیات نمی‌توان تخییر بین بقا و فراق را استنباط کرد، بلکه مراد تخییر بین دنیا و آخرت است و بر فرض هم اگر مراد از تخییر بین بقا و فراق باشد، فقط اختصاص به پیامبر دارد و نه عموم. بنابراین برای مشروعیت‌سازی تفویض طلاق به زن، استناد به این آیات صحیح نیست.

۴. فقیهان حکم وقوع طلاق ناشی از تفویض را باین می‌دانند که مبتنی بر اصل لزوم قطع علاقه در انتخاب زن است. باین دانستن طلاق با آیه «الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان» نیز منافات دارد؛ چراکه این آیه بر رجوع‌پذیری طلاق تا دو مرتبه دلالت دارد مگر در فرض تصریح به باین.

۵. نظر مشهور فقیهان امامیه با استناد به دلایل ذیل هم با ماهیت طلاق و هم متناسب با وضعیت زندگی خانوادگی مناسب به نظر می‌رسد:

الف) اینکه اختیار طلاق به مرد تفویض شود، از منظر فقیهان امامیه و حنفی تردیدی نیست.

ب) با در نظر داشت آیات ۱ و ۲ سوره طلاق، این واگذاری و اختیار حکم است و نه حق و چون حق نیست، تفویض آن هم صحیح نخواهد بود.

ج) با برداشت متفاوت از آیات ۲۸ و ۲۹ سوره مبارکه «احزاب» و متعارض بودن روایات و عدم وجود مرجح، نمی‌توان تفویض به مفهوم تملیک و در اختیار دادن طلاق به زن را پذیرفت، بلکه باید گفت نهایت امر اینکه مرد می‌تواند همسر خود را وکیل در طلاق بگیرد و نه تملیک طلاق و این با ماهیت خانواده نیز تناسب دارد.

کتاب نامه

قرآن کریم

- ابن حزم، علی. (۱۴۰۸ هـ). المحلی بالآثار. بیروت: دارالکتب.
- ابن عابدین، محمد امین. (۱۹۹۴ م). رد المختار شرح تنویر الابصار. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن فارس، احمد. (۱۴۱۸ هـ). معجم مقایس اللغة. جده: شرکه الرياض للنشر والتوزیع.
- اشتہاردی، علی پناه. (۱۳۷۸ هـ.ش). فتاوی ابن جنید. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اصبحی، مالک بن انس. (۱۴۱۴ هـ). موطأ الامام مالک. قاهره: وزاره الاوقاف.
- بحر العلوم، محمد تقی. (۱۴۰۳ هـ). بلغة الفقه. [بی جا]: مکتبه الصادق (ع).
- بحرانی، یوسف. (۱۳۶۳ هـ.ش). الحدائق الناضرة. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بخاری، محمد. (۱۴۲۲ هـ.ش). صحیح البخاری. بیروت: دارطوق النجاء.
- بهوتی، منصور. (۲۰۰۰ م). شرح منتهی الإیرادات دقائق اولی النهی لشرح المنتهی. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- جزیری، عبد الحمین. (۱۴۱۳ هـ). الفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: انتشارات دارالقلم.
- جصاص، ابی بکر. (۱۴۱۵ هـ). احکام القرآن. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- جلالی، سید مهدی. (۱۳۸۸ هـ.ش). اختیار زوجه در طلاق در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی. تهران: خرسندی.
- حرعاملی، محمد بن الحسن. (۱۳۹۱ هـ). وسائل الشیعه. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲ هـ). فقه الصادق. قم: مؤسسه دارالکتب.
- خفیف، علی. (۲۰۰۸ م). فرق الزواج فی المذاهب الاسلامیه. قاهره: دارالفکر العربی.
- دسوقی، محمد. [بی تا]. حاشیه الدسوقی علی الشرح الكبير. [بی جا]: دارالفکر.
- رازی، محمد بن ابی بکر. (۱۹۹۴ م). مختار الصحاح. قاهره: دارالحديث.
- رملی، شمس الدین. (۱۴۲۴ هـ). نهایه المحتاج الی شرح المنهاج. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- زحیلی، وهبه. (۲۰۰۰ م). الفقه المالکی المیسر. دمشق: دارالکلم الطیب.
- زین الدین، ابراهیم. (۱۹۹۷ م). البحر رائق شرح کنز الدقائق. قاهره: دارالکتاب الاسلامی.
- شافعی، محمد. (۱۹۹۳ م). الام. بیروت: دارالکتب العلمیه.

- شریف مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۰۵ هـ). رسائل المرتضی. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- شنقیطی، احمد بن احمد. (۱۴۰۳ هـ). مواهب الجلیل من ادله خلیل. قطر: اداره احیاء التراث الاسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین. (۱۴۱۳ هـ). مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام. قم: معارف اسلامی.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۲ هـ). عروه الوثقی. قم: دارالکتب.
- عبد الحمید، محمد. (۲۰۰۶ م). الاحوال الشخصیه. بیروت: دارالکتب العربی.
- عمانی، حسن بن علی. (۱۴۱۳ هـ). حیاہ ابن عقیل و فقهہ. قم: مرکز معجم فقهی.
- فاسی، علی بن محمد. (۱۴۲۶ هـ). الإقناع فی مسائل الاجماع. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- قرطبی، محمد. (۱۴۲۱ هـ). الجامع لاحکام القرآن. بیروت: مؤسسه الرساله.
- کاسانی، ابوبکر. (۱۴۰۹ هـ). بدائع الصنائع. پاکستان: المکتبه الحبیبه.
- مزنی، اسماعیل. [بی تا]. مختصر المزنی. بیروت: دارالمعرفه.
- مصری، زین الدین. (۱۹۹۷ م). البحر الرائق شرح کنز الدقائق. [بی جا]: دارالکتب الاسلامی.
- نائینی، محمد حسین. (۱۳۷۶ هـ.ش). فوائد الاصول. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- نجفی، محمد حسن. [بی تا]. جواهر الکلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نووی، یحیی. (۲۰۰۲ م). منهاج الطالبین. دمشق: دارالبلخه.
- نیشابوری، علی. (۱۴۱۵ هـ). الوجیز فی تفسیر الکتاب العزیز. دمشق: دارالقلم.