

بررسی فقهی - حقوقی طلاق وکالتی و طلاق صغیره

حکیمه السادات هندی‌زاده*

حسین نمازی‌فر**

مصطفی عامری سیاهویی***

چکیده

طلاق از دیرباز در قوانین و شرایع مختلف با حدود و قیودی پذیرفته شده است. در اسلام نیز طلاق دارای احکام و شرایط خاصی است و علمای دینی در طول قرون متمادی به بررسی و تشریح آن پرداخته‌اند. نظر به این که مقررات قانون مدنی از احکام شرعی اقتباس گردیده در مورد طلاق نیز از این امر مستثنی نبوده و احکام مذکور در متون فقهی را مورد لحاظ قرار داده است، ولی با این وجود گاهی شاهد سکوت و خلاء قانونی یا ابهام مواد قانونی هستیم و این امر در برخی مسائل مربوط به طلاق نیز به چشم می‌خورد؛ از جمله طلاق وکالتی و طلاق صغیره که در فقه ماهیت و احکام این طلاق‌ها به روشنی بیان شده، اما قانون در تعیین نوع و ماهیت آنها سکوت کرده است. بدین جهت و برای حل مشکلات، مسائل و تفسیر مواد قانونی در این موارد بررسی فقهی آنها و تطبیق با قانون کمک شایانی نموده و نقاط اشتراک و اختلاف آنها را روشن می‌کند. مقاله حاضر برای رسیدن به چنین هدفی تدوین یافته است و طلاق وکالتی را با توجه به فلسفه وجودی آن رجعی و طلاق صغیره را باین می‌داند.

کلید واژه: طلاق، طلاق وکالتی، طلاق صغیره، طلاق بائن.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۴/۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۵/۲۷

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور، واحد تهران، تهران، ایران (نویسنده مسؤول)
hendizade20@yahoo.com

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی، قزوین، ایران

*** دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

۱- مقدمه

بدون شک قرارداد زوجیت از جمله قراردادهایی است که باید قابل انحلال باشد؛ چرا که گاه عوامل متعدّد، زندگی مشترک زن و مرد را با هم غیر ممکن یا طاقت فرسا و مملوّ از فساد می‌سازد و اصرار به تداوم آن مشکلات فراوانی را به بار می‌آورد. اسلام نیز مانند بسیاری از شرایع دیگر طلاق را یک اصل ضروری دانسته و در موارد خاصی تجویز نموده است.

به این ترتیب در شریعت و فقه اسلامی علیرغم مذمت و اکراه از طلاق، شرایط و احکام آن بررسی و تبیین گردیده و فقها نیز در طول قرون متمادی ضمن تشریح مباحث و مسائل متعدّد فقهی به این امر پرداخته اند.

از طرفی مطالعه و دقت در قانون مدنی این نکته را روشن می‌سازد که رویه‌ی مقنّن در تدوین اکثر موادّ قانون مدنی تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه است. تأمل در مقرّرات راجع به طلاق نیز بیانگر این موضوع است، ولی متأسفانه نکته‌ای که در این زمینه وجود دارد ابهام و نارسایی برخی از عبارات و کلمات موادّ قانونی مربوط به طلاق است و در برخی موارد نیز شاهد خلاء قانونی و سکوت قانون مدنی هستیم. مانند حکم طلاق وکالتی و طلاق صغیره.

هر چند که در این موارد قاضی می‌تواند با توجه به ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی حکم قضیه را از منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر به دست آورد، اما در منابع و فتاوا بحث‌های نظری و اختلاف در استنباط چندان فراوان است که قاضی در غالب موارد می‌تواند به هر نظر که متمایل باشد مستندی در فقه برای گفته‌ی خود بیابد. این امر موجب بر هم زدن نظم حقوقی است. اگر یک دادرس به فتوا یا کتاب معتبری برای تأیید نظر خود استناد کند، در مرحله‌ی تجدید نظر می‌توان به استناد اجتهاد مخالفی که در فتوا یا کتاب معتبر دیگری آمده است آن را نقض کرد. دیوان کشور نیز که وظیفه‌ی «وحدت رویه‌ی قضایی» را به عهده دارد از نقض یا تعدیل حکمی که به فتوا یا منبع معتبری مستند شده ناتوان است.

دیوان کشور می‌تواند بر اعتبار منبع حکم نظارت کند، ولی حق ندارد منبع معتبری را به استناد منبع معتبر دیگر محکوم سازد.

بدین ترتیب پراکندگی و بی‌نظمی در رویه‌ی قضایی باقی می‌ماند. پس شایسته است که حکم چنین مسائلی با بررسی تطبیقی قانون و فقه روشن و تبیین گردد.

بررسی تطبیقی میان منابع فقهی و قانون مدنی سبب آگاهی و درک کامل از آن قانون و شناخت مبانی فقهی آن می‌گردد و می‌تواند در موارد ابهام، اجمال و یا سکوت قانون راه‌کار مناسبی ارائه نماید. هر چند که از رهگذر این پژوهش به نقاط قوتی که در قانون وجود دارد پی برده و در مواردی که قانون سکوت کرده است نیز می‌توان با توجه به نظر مشهور نسبت به این مسأله راه‌کاری اندیشیده و در جهت تکمیل قانون مدنی برخی مواد اصلاحی به آن افزود.

البته قابل ذکر است که در موارد سکوت قانون نسبت به یک موضوع، حقوق‌دانان به تبیین و تشریح آن مسأله پرداخته و هر یک نظرانی را در آن خصوص مطرح نموده‌اند، اما باید گفت آنان نیز در بیان دیدگاه‌های خود مستقل از فقه نبوده؛ بلکه هر کدام از ایشان یکی از آراء مطرح شده در متون فقهی را برگزینند. به همین دلیل تدوین مواد قانونی جدید در این مسائل می‌تواند اختلاف نظرات موجود را برطرف نموده و گامی مؤثر در جهت تسریع روند پرونده‌های مربوطه در محاکم به شمار آید. هدف مهمی که این مقاله در پی تحقق آن بوده دستیابی به همین مطلوب است.

۲- مفهوم طلاق

طلاق در لغت به معنای گشودن گره و باز کردن قید و بند است و در معنای فرستادن و رها کردن نیز بکار می‌رود: «ناقَهُ طَالِقٌ» یعنی شتری که رها شده و فرستاده شده تا هر جا که می‌خواهد بچرد. همچنین طلاق در معنای ترک کردن هم استعمال می‌شود: «طَلَّقْتُ الْقَوْمَ» یعنی آن قوم را ترک کردم (حسینی زبیدی، ۲۰۰۷، ۲۶، ۵۳؛ ابن منظور، ۱۴۲۶، ۳، ۲۴۵۴).

در اصطلاح شرعی، طلاق عبارت است از «إِزَالَةُ قَيْدِ النِّكَاحِ بِصِيغَةٍ طَالِقٍ وَ شَبِيهَاتِهَا» (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۹۹). پس طلاق شرعی به معنای زائل کردن و از بین بردن عقد نکاح با صیغه‌ی مخصوص آن است.

طلاق در حقوق نیز با اقتباس از شرع چنین تعریف می‌شود: «انحلال رابطه‌ی زناشویی در عقد نکاح دائم، خواه به قصد و رضای زوج باشد، خواه به وسیله‌ی نماینده‌ی قانونی زوج، مانند طلاق دادن زوجه‌ی مجنون دائمی به وسیله‌ی ولی و...» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۴۳۰).

این تعریف از مجموع مواد ۱۱۳۳ تا ۱۱۳۹ ق.م. به دست می‌آید.

از آن‌جا که انشاء طلاق توسط مرد صورت می‌گیرد و به رضایت و قبول زن نیازی ندارد یکی از انواع ایقاعات به شمار می‌رود و به علت شرایط خاصی که در وقوع آن اعتبار شده از لحاظ ماهیت حقوقی ایقاعی تشریفاتی محسوب می‌گردد.

طلاق دارای چهار رکن است:

۱. مطلق (مردی که همسر خود را طلاق می‌دهد).

۲. مطلقه (زنی که شوهرش، وی را طلاق داده است).

۳. صیغه‌ی طلاق

۴. اشهاد (شاهد گرفتن بر طلاق)

هر یک از این ارکان دارای خصوصیات و شرایطی می‌باشند که از شرایط اساسی صحت طلاق به شمار می‌روند. البته امروزه وقوع طلاق نیاز به تشریفات قانونی خاصی دارد که بدون مراعات نمودن آنها طلاق قانونی واقع نمی‌شود و می‌توان آنها را شرایط صوری طلاق نامید.

«به این ترتیب بر اساس ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی - مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق همسرش را بنماید. تبصره - زن نیز می‌تواند با وجود شرایط مقرر در مواد (۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی) این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید.»

با توجه به مجموع مباحثی که تاکنون گفته شد روشن است که طلاق در شرع مقدس اسلام از احکام امضایی است نه تأسیسی. بدین بیان که طلاق در بین بشر خصوصاً در بین اعراب دوران جاهلیت باب بوده؛ لیکن بدون قید و شرط صورت می‌گرفت، اما اسلام آن را به نفع زن محدودتر نمود. در حقوق اسلام اختیار طلاق به حکم حدیث نبوی «الطَّلَاق بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» به دست مرد است و همین امر گروهی را بر آن داشته که در مقام انتقاد بگویند که اساس خانواده در اسلام متزلزل است و مرد هر زمان که اراده کند می‌تواند آن را در هم بریزد.

روایات متعددی وجود دارد که بر ذم و نکوهش طلاق دلالت می‌کند. مانند روایتی از پیامبر - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - که می‌فرماید: «لَا تُطَلِّقُوا النِّسَاءَ إِلَّا مِنْ رِبِيَّةٍ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الذَّوَاقِينَ وَ الذَّوَاقَاتِ» (طبرسی، ۱۴۱۵، ۱، ۳۰۴).

به این معنا که زنان را طلاق ندهید مگر به خاطر عمل ناپسند آنان؛ چرا که خداوند متعال ذواقان - کسانی که به خاطر هوس به دنبال تجدید فراش هستند - را دوست ندارد.

پس هر چند که ظاهراً مرد می‌تواند هر زمان که بخواهد همسر خود را طلاق دهد، اما مطابق آخرین اصلاحات به عمل آمده اختیار مطلق و نامحدود مرد در امر طلاق محدودتر شد و مطابق قانون اگر مردی بخواهد همسر خود را طلاق دهد باید به دادگاه رجوع کند و نمی‌تواند رأساً اقدام به طلاق نماید. البته در این صورت طبق تبصره‌ی ۶ ماده‌ی واحده‌ی قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۱۳۷۱ اگر وقوع طلاق به خاطر سوء رفتار و قصور زن نباشد شوهر به حکم دادگاه ملزم است با توجه به سنوات زندگی مشترک و نوع کارهایی که زوجه در خانه‌ی شوهر انجام داده و وسع مالی زوج مبلغی را از باب بخشش (نحله) به زن بپردازد.

۳- وکالت در طلاق

با توجه به آنچه که در فقه و حقوق بیان شده طلاق دهنده باید دارای شرایطی باشد از جمله بلوغ، عقل و غیره. حال جای این پرسش است که آیا طلاق باید فقط توسط خود شوهر و با مباشرت وی صورت گیرد یا این که شوهر می‌تواند امر طلاق را به دیگری واگذار کند تا او به عنوان وکیل از سوی وی همسرش را طلاق دهد؟

۳-۱- وکالت غیر در طلاق

الف) نظر فقها

فقها اتفاق نظر دارند که توکیل در طلاق نسبت به شوهری که غایب است صحیح می‌باشد (شهید اول، بی‌تا، ۶، ۲۳؛ محقق حلی، ۱۳۷۴، ۳-۴، ۱۳؛ طوسی، بی‌تا، ۵۱۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۹، ۳، ۱۲۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۲۸؛ خویی، ۱۴۱۰، ۲، ۲۹۴؛ نجفی، ۱۴۰۱، ۳۲، ۲۳). اما در مورد حاضر، مشهور فقها قائلند به اینکه طلاق به وکالت از وی صحیح و جایز است. محقق حلی در کتاب شرایع می‌گوید بنابر صحیح‌ترین دو قول، وکالت در طلاق از سوی حاضر جایز است (محقق حلی، همان). شهید ثانی نیز جواز وکالت در طلاق را بطور مطلق - چه در حاضر و چه در غایب - نظر مشهور می‌داند (شهید ثانی، همان) و ابن ادریس نیز به طور مطلق وکالت در طلاق را جایز می‌شمرد (حلی، بی‌تا، ۲، ۹۵).

دلیل بر این حکم چند امر است:

۱. روایاتی که در این زمینه وجود دارد از جمله: عن سعید الأعرج، عن أبي عبدالله - عليه السلام - قال: «سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ جَعَلَ أَمْرَ امْرَأَتِهِ إِلَى رَجُلٍ فَقَالَ: إِشْهَدُوا أَنِّي قَدْ جَعَلْتُ أَمْرَ فُلَانِهِ إِلَى فُلَانٍ، فَيُطَلِّقُهَا. أَيَجُوزُ ذَلِكَ لِلرَّجُلِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ» (طوسی، ۱۳۹۰، ۸، ۳۹؛ کلینی، ۱۳۶۵، ۶، ۱۲۹؛ حرّ عاملی، ۱۳۹۹، ۱۵، ۳۳۳؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۷۸). روایت سعید اعرج از امام صادق - علیه السلام - در مورد مردی که امر همسرش را به مرد دیگری واگذار کرده و گفته است: شاهد باشید که امر فلان زن را به فلان مرد واگذار کردم و آن مرد هم زن را طلاق داده است. آیا این کار برای مرد جایز است؟ فرمود: آری. ترک استفسال و قید نکردن حضور یا غیبت در این روایت افاده‌ی عموم می‌کند.

۲. طلاق یک امر قابل نیابت است، زیرا غرض شارع به این تعلّق نگرفته که شخص خاصی طلاق را واقع سازد و از همین رو وکالت در طلاق از طرف غایب جایز است. بنابراین از سوی حاضر نیز جایز می‌باشد، زیرا هر دو در مقتضی مشترک هستند (شهید ثانی، همان).
۳. اصل، صحّت وکالت است (علامه حلّی، ۱۴۱۷، ۷، ۳۵۱).

بر خلاف قول مشهور، شیخ طوسی می‌گوید: اگر مرد شخص دیگری را وکیل کند تا همسر او را طلاق دهد در صورتی که خود در شهرش حاضر باشد آن طلاق واقع نمی‌شود و اگر غایب باشد وکیل گرفتن وی در طلاق جایز است (طوسی، بی‌تا، ۵۱۱). ابن حمزه و ابن برّاج نیز از نظر شیخ طوسی تبعیت کرده و وکیل گرفتن در طلاق را برای حاضر جایز ندانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۸، ۳۲۳). دلیل این گروه روایت زراره از امام صادق - علیه السلام - است که فرمود: «لَا تَجُوزُ الْوِكَالَةُ فِي الطَّلَاقِ» (حرّ عاملی، ۱۳۹۹، ۱۵، ۳۳۴؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۸، ۳۹؛ کلینی، ۱۳۶۵، ۶، ۱۳۰؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۷۹) یعنی وکالت در طلاق جایز نیست. شیخ طوسی این روایت را بر شخص حاضر حمل کرده است تا بدین وسیله بین روایات دیگر جمع شود (طوسی، ۱۳۹۰، ۸، ۴۵). بدین ترتیب روایات مورد نظر مشهور، جواز وکالت برای غایب را بیان می‌کند و این روایت، عدم جواز وکالت برای حاضر را مطرح می‌نماید، اما شهید ثانی معتقد است که ضعف سند این روایت به خاطر جماعتی از راویان مانع می‌شود از این که معارض با روایت صحیح قرار گیرد تا در نتیجه‌ی این تعارض به حاضر اختصاص یابد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۲۸).

ب) نظر مختار قانون مدنی

ماده ۱۱۳۸ ق.م می‌گوید: «ممکن است صیغه‌ی طلاق را به توسط وکیل اجرا نمود». قانون مدنی بواسطه‌ی این ماده توکیل در طلاق را جایز شمرده است. حائری شاهیباغ در شرح این ماده و تعریف توکیل

می‌گوید: «توکیل عبارت است از اختیار دادن به غیر، برای انجام امری که حق موکل است و یا انشاء به تصرف چیزی که مورد حق موکل می‌باشد و چون وکالت از عقود است احتیاج به ایجاب و قبول دارد ... همانطوری که زوج می‌توانست خود مباشر در طلاق زوجه خویش باشد حق توکیل در اجراء صیغه طلاق خواهد داشت و وکیل در این صورت مکلف است صیغه مخصوص طلاق را اجرا کند ...» (حائری شهاباغ، ۱۳۸۲، ۹۹۷ و ۹۹۸).

بنابراین طلاق از اموری نیست که مباشرت در آن شرط باشد و به همین دلیل است که در مواردی ولی، وصی یا قیم از طرف شخص، همسرش را طلاق می‌دهد. این امر مختص به طلاق نیست و هر موردی که قانون مباشرت را شرط نکرده و به عهده‌ی خود شخص واگذار نکرده است می‌تواند چنین باشد. وکالت در طلاق مخصوص غایب نیست؛ بلکه حاضر نیز می‌تواند شخص دیگری را وکیل یا وکیل توکیل نماید تا از طرف او همسرش را طلاق دهد. این مطلب از اطلاق ماده‌ی فوق به دست می‌آید. شوهر می‌تواند وکالت را مقید به زمان معین یا نوع خاصی - خلع، مبارات، رجعی - نماید و وکیل هم باید در محدوده‌ی وکالتی که به او داده شده عمل کند. پس اگر وکالت او مطلق بود نمی‌تواند زن را طلاق خلع دهد؛ بلکه طلاق رجعی محسوب می‌شود (امامی، ۱۳۷۲، ۵، ۱۰ و ۱۱). به این ترتیب و با توجه به اطلاق ماده‌ی فوق قانون نیز در این خصوص مطابق نظر مشهور عمل کرده است.

۳-۲- وکالت زن در طلاق

آنچه تاکنون ذکر شد در موردی است که شخصی غیر از زن وکیل شود تا از طرف شوهر، همسرش را طلاق دهد، اما آیا جایز است که خود زن وکیل شود تا خودش را طلاق دهد؟

الف) نظر فقها

فقها در این باره نظر یکسانی ندارند. برخی معتقدند که جایز است شوهر، زن را در طلاق خود وکیل کند. این حکم مورد قبول محقق حلّی است (محقق حلّی، ۱۳۷۴، ۳-۴، ۱۳). و شهید ثانی نیز ضمن بیان آن دلیلی ذکر می‌کند به این شرح که طلاق امری قابل نیابت است. به همین دلیل توکیل دیگری در طلاق همسر جایز می‌باشد و در این امر فرقی بین زن و مرد وجود ندارد. پس آنچه که بر جواز نیابت و

وکالت در طلاق دلالت می‌کند شامل نایب و وکیل قرار دادن خود زن هم می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۲۹).

ایشان هم‌چنین در شرح لمعه می‌گوید: «همانطور که زن می‌تواند در سایر عقود- غیر از طلاق- وکیل شود، وکالت در طلاق را نیز می‌تواند به عهده بگیرد، زیرا انسان کاملی است و دلیلی برای بی اثر دانستن عبارت وی در طلاق وجود ندارد» (شهید ثانی، ۱۳۸۰، ۳۵۳). صاحب جواهر نیز دلیل این حکم را اطلاق ادله بیان می‌کند (نجفی، ۱۴۰۱، ۳۲، ۲۵).

نظر دیگری که در این باره مطرح است فتوای شیخ طوسی است که وکیل قرار دادن زن را در طلاق ممنوع می‌داند (طوسی، ۱۳۱۵، ۵، ۲۹). دلیلی که شیخ طوسی مطرح می‌کند این است که قابل نمی‌تواند موجب باشد. به این بیان که اگر زن، وکیل باشد هم موجب- گوینده ایجاب- است و هم قابل- گوینده قبول- و چنین چیزی هم صحیح نیست. دلیل دیگر این که ظاهر روایت پیامبر اکرم- صلی الله علیه و آله و سلم- که فرمود: «الطَّالِقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» این است که طلاق فقط به دست زوج است و وکیل قرار دادن دیگری صحیح نیست. البته به خاطر دلیل، وکیل قرار دادن افراد غیر از زن خارج می‌شود و بقیه‌ی افراد- زن- در این منع باقی می‌مانند. پس وکیل قرار دادن آنها جایز نیست (نجفی، ۱۴۰۱، ۳۲، ۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۲۹).

فقط به دلایل ارائه شده‌ی فوق پاسخ داده و می‌گویند در جواب دلیل اول باید گفت مغایرت اعتباری بین موجب و قابل در صحت طلاق کافی است و در اینجا هم این مغایرت اعتباری وجود دارد و به اصطلاح، موجب و قابل بالحیثیه مغایرت دارند؛ یعنی یک فرد از حیث این که صیغه را می‌خواند موجب است و از حیث این که قبول می‌کند قابل است و همین کافی است (نجفی، همان؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۳۳).

دلیل دوم هم- روایت- علاوه بر ضعف سند افاده‌ی حصر نمی‌کند و معنایی که شیخ برداشت کرده است را نمی‌رساند. به فرض که حصر را هم برساند همان دلیلی که دیگران را از این روایت خارج می‌کند زن را نیز خارج می‌سازد (شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۲۹). گذشته از این که روایت استنادی با جواز وکالت منافات ندارد، زیرا تسلط زن بر وکالت در طلاق مستقل نبوده و از تسلط مرد بر آن به دست آمده است (شهید ثانی، ۱۳۸۰، ۳۵۴). چه بسا بر جواز وکالت زن در طلاق به این مطلب استدلال شود که پیامبر اکرم- صلی الله علیه و آله و سلم- همسران خود را در امر طلاق مخیر می‌گذاشتند. در حالی که این استدلال ضعیف است، زیرا چنین تخییری از اختصاصات آن حضرت- صلی الله علیه و آله و سلم- بود.

علاوه بر این که پیامبر اکرم - صلی الله علیه و آله و سلم - زنانشان را بر طلاق یا بقاء بر زوجیت مخیر ساختند و هر کدام از آنها که طلاق را انتخاب می کرد، بر پیامبر - صلی الله علیه و آله و سلم - واجب بود که او را طلاق دهد (نجفی، ۱۴۰۱، ۳۲، ۲۵؛ سبحانی، ۱۴۱۴، ۳۷ و ۳۸).

امام خمینی - رحمه الله علیه - نیز وکالت زن در طلاق را جایز می داند؛ لکن احتیاط را در عدم توکیل زن می داند و ترک احتیاط را شایسته نمی شمارد (موسوی خمینی، ۱۴۰۸، ۲، ۳۱۳).

ب) نظر مختار قانون مدنی

در حقوق راجع به وکالت زن در طلاق ماده‌ی جداگانه‌ای وجود ندارد؛ بلکه این امر بطور کلی در ماده ۱۱۳۸ ق.م بیان شده است. این ماده وکالت غیر شوهر در طلاق را مطرح می کند؛ چه این که آن شخص، زن باشد یا فرد دیگری غیر از زوجین. بنابراین مطابق قانون شوهر می تواند زن را وکیل کند که از طرف وی خود را طلاق دهد یا شخص دیگری را در طلاق خود وکیل سازد.

این امر به واسطه‌ی ماده ۱۱۱۹ ق.م تأیید می شود. مطابق این ماده: «طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند؛ مثل اینکه شرط شود هر گاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید یا بر علیه حیات زن سوء قصد کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی، خود را مطلقه سازد.» همان طور که ملاحظه می شود در این ماده به عنوان نمونه مواردی ذکر شده است که با تحقق آنها زن می تواند با استفاده از وکالت خود را مطلقه سازد. بنابراین وکالت زن می تواند مقید به این موارد یا هر مورد دیگر باشد. البته به شرط این که با شرع یا مقتضای عقد مخالفت نداشته باشد. حتی ممکن است شوهر به طور مطلق به زن وکالت دهد که هر وقت خواست خود را مطلقه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۶۸۰).

از آنجا که وکالت از عقود جایز به شمار می رود لذا با عزل موکل قابل نقض است. از این رو به خاطر این که شوهر پس از اعطاء وکالت به زن نتواند او را عزل کند این حق طلاق به صورت شرط در ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگری به زن اعطا می شود تا وی هر وقت که خواست یا در صورت تحقق شرایط خاص، خود را مطلقه کند. البته این امر سبب نمی شود که اختیار طلاق از خود شوهر سلب گردد؛ بلکه او نیز می تواند پس از موافقت دادگاه و اخذ گواهی عدم امکان سازش همسر خود را طلاق دهد؛ چرا که حق

طلاق برای مرد به صورت یک حق طبیعی است و برای زن به صورت یک حق قراردادی و تفویضی در قالب شرط ضمن عقد می‌تواند وجود داشته باشد (صفایی، ۱۳۷۸، ۲۱۳ و ۲۱۴؛ مطهری، ۱۳۸۵، ۲۷۰).

همان‌طور که ذکر شد وکالت زن در طلاق می‌تواند مطلق یا مقید باشد. اگر وکالت مقید به تحقق امری در خارج شده باشد و شوهر اثبات تحقق آن امر در دادگاه را برای انجام وکالت شرط کرده باشد این صورت پس از این که وقوع شرط در دادگاه به اثبات رسیدن زن به وکالت از شوهر، خود را مطلقه می‌کند و اگر انجام وکالت متوقف بر این امر نشده باشد زن می‌تواند با وقوع آن موارد به تشخیص خود و بدون مراجعه به دادگاه خود را طلاق دهد (امامی، ۱۳۷۲، ۵، ۱۱ و ۱۲). با این وجود چون به موجب تبصره‌ی ۴ ماده ۳ لایحه‌ی قانونی دادگاه مدنی خاص زوج نمی‌تواند بدون اجازه‌ی دادگاه و قبل از ارجاع امر به داور و تحصیل گواهی عدم امکان سازش اقدام به طلاق نماید وکیل او هم چنین اختیاری ندارد.

۳-۳- طلاق وکالتی زن رجعی است یا بائن؟

فقه و هم‌چنین قانون مدنی در هیچ یک از مواد خود ماهیت طلاق وکالتی از سوی زن را بیان نکرده‌اند. البته برخی از فقهای معاصر حکم این مسأله را بیان کرده‌اند. از جمله آیت الله العظمی‌حاج شیخ میرزا جواد تبریزی معتقد است: «نوع طلاق بستگی به شرایط زمان طلاق دارد، از قبیل کراهت زوجه و بذل مال به زوج مقارن صیغه‌ی خلع، لذا ممکن است رجعی یا خلعی باشد» (تبریزی، ۱۳۸۳، ۱، ۳۷۷).

برخی دیگر مانند آیت الله فاضل لنکرانی چنین طلاق را رجعی می‌دانند، ولی اگر زوجه یائسه یا غیر مدخوله باشد طلاق بائن خواهد بود (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۰، ۲، ۴۵۶).

به نظر برخی از حقوق دانان وقتی زن با استفاده از حق وکالت، خود را طلاق دهد باید آن طلاق را بائن دانست، زیرا اگر چنین طلاق رجعی باشد و مرد بتواند در ایام عده به زن رجوع کند طلاق زن بی اثر می‌شود و در نتیجه چنین وکالتی هم لغو و بیهوده خواهد بود و در این صورت هدف از قرار دادن چنین شرطی تأمین نخواهد شد، زیرا غرض این بوده است که زن بتواند با چنین شرطی برای همیشه خود را از قید زوجیت آزاد سازد. بنابراین اگر زنی با استفاده از شرط وکالت، خود را مطلقه سازد شوهرش حق رجوع ندارد. هر چند که زن شرایط لازم برای طلاق رجعی را داشته باشد (امامی، ۱۳۷۲، ۵، ۶۵ و ۶۶). البته طبق ماده ۴ قانون ازدواج، طلاق وکالتی به صورت بائن واقع می‌شود. در بخش پایانی این قانون آمده است: «...»

زن وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم قطعی، خود را به طلاق بائن مطلقه سازد».

البته از نظر عده ای ممکن است چنین طلاق رجعی باشد و نمی‌توان گفت نقض غرض می‌شود، زیرا با رجوع مرد نکاح سابق با آثار و شروط آن احیاء می‌شود. لذا زن باز هم وکیل در طلاق است و به همین ترتیب می‌تواند مجدداً خود را طلاق دهد و در مرحله‌ی سوّم طلاق بائن می‌شود (هدایت‌نیا، ۱۳۸۶، ۳، ۹۹). ظاهراً به نظر می‌رسد چنین طلاق بستگی به شرایط آن زمان داشته باشد و در صورت رجعی بودن قاعدتاً برای زن همان حق وکالت سابق وجود خواهد داشت.

۴- طلاق صغیره بائن است یا رجعی؟

طلاق اقسام مختلفی دارد و در یک تقسیم‌بندی به بائن و رجعی تقسیم می‌شود. در طلاق بائن مرد در ایام عده حق رجوع به مطلقه را ندارد، اما در طلاق رجعی می‌تواند به وی رجوع کند. فقها موارد طلاق بائن را در شش مورد احصا کرده‌اند:

۱. طلاق زنی که تا آن زمان شوهر با وی نزدیکی نکرده و به اصطلاح غیر مدخوله است.
۲. طلاق زن یائسه و مراد از آن زنی است که به علت رسیدن به سن پنجاه یا شصت سالگی دیگر خون حیض نمی‌بیند.
۳. طلاق کسی که به حدّ حیض دیدن نرسیده است: یعنی کسی که سنّش کمتر از نه سال بوده و امکان حائض شدن ندارد. بنابراین کسی که به نه سالگی رسیده است باید عده نگه دارد؛ اگر چه حائض نشود.

۴. و ۵. طلاق خلع و مبارات تا زمانی که زن در بذل و عوض خود رجوع نکرده باشد.
 ۶. سوّمین طلاق که بین آنها دو بار رجوع صورت گرفته باشد (محقق حلی، ۱۳۷۴، ۳-۴، ۲۳؛ شهید اول، بی‌تا، ۶؛ علامه حلی، بی‌تا، ۲، ۱۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۶، ۹، ۱۲۲؛ خوئی، ۱۴۱۰، ۲، ۲۹۶ و ۲۹۷).
- ماده‌ی ۱۱۴۵ قانون مدنی نیز در مورد اقسام طلاق بائن چنین می‌گوید: «در موارد ذیل طلاق بائن است:

۱. طلاق که قبل از نزدیکی واقع شود؛

۲. طلاق یائسه؛

۳. طلاق خلع و مبارات، مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد؛

۴. سومین طلاق که بعد از سه وصلت متوالی به عمل آید؛ اعم از اینکه وصلت در نتیجه‌ی رجوع باشد یا در نتیجه‌ی نکاح جدید».

البته باید توجه داشت که مورد سوم در حقیقت دو قسم - طلاق خلع و طلاق مبارات - را بیان می‌کند. بنابراین اقسام طلاق باین از نظر قانون‌گذار قانون مدنی پنج قسم است و همان‌طور که ملاحظه می‌شود طلاق صغیره در هیچ‌یک از این اقسام پنج‌گانه گنجانده نشده است؛ در حالی که فقها طلاق صغیره را یکی از اقسام باین به شمار می‌آورند. پس این سؤال به ذهن می‌رسد که از نظر قانون‌گذار، طلاق صغیره چگونه طلاقی محسوب می‌گردد؟

در پاسخ به این پرسش باید گفت طلاق صغیره از دو حال خارج نیست: یا این که از اقسام طلاق باین است یا رجعی و ما هر یک از دو احتمال را جداگانه بررسی می‌کنیم:

الف) طلاق صغیره رجعی است: با توجه به آنچه در قانون مدنی ذکر شده است می‌توان نتیجه گرفت که اصل در طلاق‌ها رجعی بودن آنهاست، زیرا ابتدا قانون‌گذار در ماده ۱۱۴۳ ق. م طلاق را به دو قسم باین و رجعی تقسیم نموده است. پس هر طلاقی که واقع می‌گردد نمی‌تواند خارج از این دو نوع باشد. سپس در ماده ۱۱۴۵ ق. م اقسام طلاق باین ذکر شده و در پنج قسم محدود گردیده است. بنابراین هر طلاقی غیر از پنج قسم ماده ۱۱۴۵ ق. م باید رجعی باشد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲، ۱، ۱۰۲؛ صفایی، ۱۳۷۸، ۲۴۷) و از آنجا که طلاق صغیره در میان موارد این ماده گنجانده نشده است باید گفت بنابر اصل رجعی بودن طلاق‌ها از نظر قانون‌گذار طلاق صغیره رجعی به شمار می‌آید.

مطابق این فرض که طلاق صغیره رجعی باشد بین قانون و شرع مغایرت به وجود می‌آید، زیرا از نظر فقه طلاق صغیره از اقسام طلاق باین است در حالی که بنابر تفسیر فوق طلاق صغیره از نظر قانون‌گذار رجعی محسوب می‌گردد. به همین دلیل اکثر حقوق‌دانان احتمال دوم را برگزیده و چنین می‌گویند:

ب) طلاق صغیره باین است: گرچه در تمام موارد ماده ۱۱۴۵ ق. م طلاق صغیره به چشم نمی‌خورد، ولی این طلاق در قسم اول آن یعنی طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود گنجانده شده است. بنابراین مفهوم مورد اول ماده ۱۱۴۵ ق. م دلالت دارد بر این که طلاق صغیره نیز باین است. در توجیه این استدلال برخی گفته‌اند چون نزدیکی کردن با صغیره جایز نیست طلاق وی مصداق طلاق قبل از نزدیکی و زیر مجموعه‌ی این بخش می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۸، ۱۵۸ و ۱۵۹).

در این خصوص باید گفت استدلال فوق بر این پایه استوار است که شوهر با صغیره‌ی مطلقه نزدیکی نکرده باشد. در حالی که ممکن است شوهر با صغیره نزدیکی کرده و مدخوله باشد. بنابراین در مطلقه‌ی صغیره دو حالت متصور است: یکی این که طلاق وی قبل از نزدیکی با او باشد و دیگر این که طلاق بعد از وقوع نزدیکی صورت بگیرد. در حالت اول استدلال فوق صحیح است، اما بحث در موردی است که نزدیکی صورت گرفته و سپس طلاق واقع گردد. پس این استدلال را نمی‌توان در حالت دوم وارد دانست. شاید در جهت ردّ این ایراد است که برخی مسأله‌ی جایز نبودن نزدیکی با صغیره را مطرح نموده‌اند، ولی این پاسخ نیز نمی‌تواند مشکل گشا باشد، زیرا درست است که ماده ۱۰۴۱ ق.م.تا قبل از اصلاحیه‌ی سال ۶۱ سنّ ازدواج را برای دختران ۱۵ سال و برای پسران ۱۸ سال تمام در نظر گرفته و معافیت از شرط سنّی را با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه حداقل تا ۱۳ سال برای دختران و تا ۱۵ سال برای پسران پیش بینی نمود، ولی این ماده در سال ۶۱ و مجدداً در سال‌های ۷۰ و ۸۱ اصلاح شد و در نهایت ازدواج دختر قبل از رسیدن به ۱۳ سال و پسر قبل از رسیدن به ۱۵ سال تمام شمسی منوط به اذن ولیّ به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح گردید (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۶۳۵).

پس تا قبل از اصلاحیه‌ی سال ۶۱ می‌توان گفت چون از نظر قانون‌گذار اساساً ازدواج صغیره پیش‌بینی نشده و ممنوع بوده است فرض طلاق وی نیز منتفی بوده و نیازی به ذکر طلاق صغیره وجود نداشت، اما پس از آن و با توجه به جواز ازدواج صغیره این نیاز احساس می‌شود، زیرا همان طور که گفتیم فرض رجعی بودن طلاق وی مغایرت با شرع است و فرض باین بودن آن هم نیاز به ذکر قانون‌گذار دارد. با توجه به این مطالب باید گفت ماده ۱۱۴۵ ق.م.تا در جهت ایجاد مطابقت و هماهنگی میان قانون و شرع نیاز به اصلاح دارد.

۵- نتیجه

۱. در متون فقهی و حقوقی به ماهیت طلاق وکالتی توسط زن اشاره‌ای نشده است، اما با توجه به فلسفه‌ی وجودی طلاق می‌توان این نوع طلاق را از اقسام طلاق رجعی به‌شمار آورد.
۲. از نظر فقهای امامیه شخص حاضری که نتواند به دلایلی از وضعیت همسر خود اطلاع یابد در حکم غایب است و اگر همسر خود را در حال حیض یا نفاس طلاق دهد طلاق وی صحیح است، اما قانون مدنی چنین فرضی را در نظر نگرفته است.

۳. طلاق صغیره از نظر فقهای امامیه یکی از اقسام طلاق بائن به شمار می‌آید، ولی قانون مدنی در بیان حکم آن سکوت کرده و فقط پنج قسم دیگر آن را به عنوان اقسام طلاق بائن بیان نموده است.

فهرست منابع

۱. القرآن الکریم.
۲. ابن منظور الأفریقی المصری، محمد بن مکرّم، (۱۴۲۶)، لسان العرب، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت.
۳. حرّعاملی، محمد بن الحسن، (۱۳۹۹)، وسایل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه، المکتبه الاسلامیه، تهران.
۴. حسینی زبیدی، سید محمد مرتضی بن محمد، (۲۰۰۷)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الکتب العلمیه، بیروت.
۵. حلّی، حسن بن یوسف (علّامه حلّی)، (۱۴۱۹)، قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
۶. حلّی، حسن بن یوسف (علّامه حلّی)، (۱۴۱۷)، مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه، مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، قم.
۷. حلّی، حسن بن یوسف (علّامه حلّی)، (بی‌تا)، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، مجمع الذخائر الاسلامیه، بی‌جا.
۸. حلّی، ابوالقاسم جعفر بن الحسن (محقق حلّی)، (۱۳۷۴)، شرایح الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، انتشارات اعلمی، قم.
۹. حلّی، محمد بن منصور بن احمد بن ادريس، (بی‌تا)، السرائر، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
۱۰. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، (۱۳۷۹)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران.
۱۱. خوئی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، مدینه العلم، قم.
۱۲. سبحانی، جعفر، (۱۴۱۴)، نظام الطلاق فی الشریعه الاسلامیه الغراء (گرد آورنده یعقوبی، سیف‌الله)، مؤسسه الإمام الصادق (ع)، قم.
۱۳. طبرسی، فضل بن الحسن، (۱۴۱۵)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت.
۱۴. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۹۰)، الإستبصار، دار الکتب الإسلامیه، تهران.
۱۵. طوسی، محمد بن الحسن، (بی‌تا)، النهایه فی مجردّ الفقه و الفتاوی، انتشارات قدس محمدی، قم.
۱۶. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۱۵)، المبسوط فی فقه الإمامیه، المکتبه المرتضویه لإحیاء آثار الجعفریه، بی‌جا.

۱۷. طوسی، محمد بن الحسن، (۱۳۹۰)، تهذیب الأحکام فی شرح المقنعه، دار الکتب الإسلامیه، تهران.
۱۸. طوسی، محمد بن علی (ابن حمزه)، (۱۴۰۸)، الوسيله إلى نیل الفضيله، مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی، قم.
۱۹. عاملی، محمد بن جمال الدین (شهید اول)، (بی تا)، اللمه دمشقیه، دار العالم الاسلامی، بیروت.
۲۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۶)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم.
۲۱. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۳۸۰)، الرّوضه البهیة فی شرح اللّمه دمشقیه، گردآورنده: لطفی، اسدالله، مجد، تهران.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۵)، الکافی، دار الکتب الاسلامیه، تهران.
۲۳. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۱) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، مکتبه الاسلامیه، تهران.
۲۴. امامی، سید حسن، (۱۳۷۲)، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیه، تهران.
۲۵. انصاف پور، غلامرضا، (۱۳۴۸)، حقوق و مقام زن از آغاز تا اسلام در ایران، میهن، تهران.
۲۶. تبریزی، میرزا جواد، (۱۳۸۳)، استفتانات جدید، انتشارات سرور، قم.
۲۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷)، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، تهران.
۲۸. جمعی از نویسندگان، (۱۳۸۲)، آسیب شناسی فقهی قوانین حقوقی (قانون مدنی)، معاونت آموزشی و تحقیقات قوه قضائیه، قم.
۲۹. حائری شهاباغ، علی، (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی، گنج دانش، تهران.
۳۰. رضائی، عبدالعظیم، (۱۳۸۲)، سرشت و سیرت ایرانیان باستان، انتشارات ذر، تهران.
۳۱. شهزادی، رستم، (۱۳۶۵)، قانون مدنی زرتشتیان در زمان ساسانیان، انتشارات انجمن زرتشتیان تهران، تهران.
۳۲. صفایی، سید حسین، (۱۳۷۸)، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، تهران.
۳۳. فاضل لنکرانی، محمد، (۱۳۸۰)، جامع المسائل، امیر المعلم، قم.
۳۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، تهران.
۳۵. مطهری، مرتضی، (۱۳۸۵)، نظام حقوق زن در اسلام، صدرا، تهران.
۳۶. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۶۸)، اندیشه‌های حقوقی (۱) حقوق خانواده، مجد، تهران.
۳۷. مهرآبادی، میترا، (۱۳۸۶)، زن ایرانی به روایت سفرنامه نویسان فرنگی، انتشارات آفرینش، تهران.

۳۸. ویل دورانت، (۱۳۴۲)، تاریخ تمدن، ترجمه: صارمی، ابوطالب، اقبال، بی‌جا.

۳۹. هدایت‌نیا، فرج‌الله، (۱۳۸۶)، فلسفه حقوق خانواده، روابط عمومی شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، تهران.