



**The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic Law The 16 rd.
Year/NO: 2 Summer 2023**

Validity of Divorce Advocacy to the Wife in the way Imams (AS) cite the Qur'an in jurisprudential *hadiths* and its application to the marriage document

Tahami Khalilabad Ali ¹ Saberi Hossein ² Haqpanah Reza ³

Received: 2023/3/28
Accepted: 2023/7/27

Abstract

One of the methods of the infallible imams, peace be upon them, in using Quranic concepts, was to cite narrations, among these narrations, there are narrations in the form of quoting the Quran as a proof to prove the jurisprudence. In the current research, citation and argumentative narratives on the subject of divorce and divorce representation were collected and analyzed by a descriptive analytical method and in the analysis of information in an inductive way, in ways similar to the way the imams (PBUH) cite the Qur'an, such as Invoking the concept, context, generalization and specification, application and limitation, we achieved the result of this method, in addition to expressing the *Shari'i* ruling and modeling it, will lead to a dynamic jurisprudence in accordance with the Qur'an; And the possibility of giving divorce or power of attorney to the wife and the conditions of marriage in the marriage certificate can be reconciled with these narrations in terms of its authenticity; These mentioned conditions are the duty of the husband to the wife in divorce, not its delegation, because divorce is a decree and cannot be transferred and handed over to someone else, and the achievement of this is to mention an example of Imams citing the Qur'an in this regard

Keywords: How to cite, jurisprudential *hadiths*, Advocacy in divorce, marriage certificate.

¹. Ph.D. student of the Department of *Fiqh* and Fundamentals of Islamic Law, Torbat Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat Heydariyeh, Iran. alitahami3045@yahoo.com.

². Visiting Professor of Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Educational Department, Torbat Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat Heydariyeh, Iran (corresponding author). saberi@um.ac.ir

³. Visiting Assistant Professor at the Islamic Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law Educational Department, Torbat Heydariyeh Branch, Islamic Azad University, Torbat Heydariyeh, Iran. haghpanah@razavi.aic.ir

وکالت طلاق به زوجه در شیوه استناد ائمه(ع) به قرآن در احادیث فقهی و تطبیق آن با سند نکاحیه

علی تهامی خلیل آباد^۱ حسین صابری^۲ رضا حق پناه^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۰۷

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۵/۰۷

چکیده

یکی از شیوه های امامان معصوم علیهم السلام در استفاده از مفاهیم قرآنی، بیان روایات استنادی است که در میان این روایات، روایاتی در شکل استناد به قرآن به عنوانی دلیلی بر اثبات حکم فقهی است. در پژوهش حاضر، روایات استنادی و استدلالی در موضوع، واگذاری و وکالت طلاق به غیر جمع آوری و پس از بررسی و تحلیل به روش توصیفی تحلیلی و در تحلیل اطلاعات به صورت استقرائی، به شیوه هایی از نحوه استناد امامان (ع) به قرآن، مانند استناد به مفهوم، منطوق، تعمیم و تخصیص، اطلاق و تقیید، دست می یابیم؛ نتیجه این شیوه علاوه بر بیان حکم شرعی و الگوبرداری از آن، فقهی پویا و منطبق بر قرآن را بدنبال خواهد داشت؛ و امکان واگذاری طلاق یا وکالت به زوجه و شروط ضمن عقد در سند نکاحیه را از نظر صحت آن با این روایات می توان تطبیق نمود؛ این شروط مذکور، توکیل زوج به زوجه در طلاق است نه تفویض آن، چراکه طلاق حکم است و قابل انتقال و واگذاری به غیر نیست و دستاورد آن ذکر نمونه ای از استناد امامان به قرآن در این خصوص است.

کلید واژگان: نحوه استناد، احادیث فقهی، وکالت طلاق، سند نکاحیه.

litahami3045@yahoo.com

^۱ دانشجوی دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

saberi@um.ac.ir

^۲ استاد مدعو گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران (نویسنده مسؤول).

haghpanah@razavi.aic.ir

^۳ استادیارمدعو گروه آموزشی فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تربت حیدریه، دانشگاه آزاد اسلامی، تربت حیدریه، ایران.

مقدمه

طرح مسأله

قرآن کریم اولین و مهم ترین منبع تشریح احکام است و ائمه اطهار (ع) نیز آگاهترین افراد به آن هستند و برداشت آنها از قرآن، از هر نظر صائب و مصون از خطا است؛ یکی از شیوه های امامان در استفاده از مفاهیم بلند قرآن، بیان احادیث فقهی است که به آیات استناد شده است؛ قرآن کریم کلیاتی از احکام را در بر دارد، و احادیث فقهی بعد از قرآن، اصلی ترین منبع استنباط احکام و تخصیص عموماً قرآنی و مقید نمودن اطلاقات آن می باشند. به ویژه که پس از عصر رسالت، اجتهاد به مرور زمان رونق یافت، به گونه ای که: «اساساً فقه بدون حدیث نه تنها پویایی ندارد بلکه پاسخ گوی نیاز جامعه و بشر نیز نخواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۱۳۳-۱۰۷).

احادیثی از ائمه مورد نظر هستند که علاوه بر استناد به قرآن، دلیلی بر حکم شرعی باشند؛ نمونه ای این از روایات در موضوع واگذاری و وکالت طلاق در این مقاله مورد بررسی و تحلیل قرار می گیرد.

هدف از این پژوهش، بازشناسی این مسئله است که ائمه هدی به چه نحو و میزانی به آیات شریفه قرآن، استناد کرده و چگونه از اشارات و ظهور قرآن، حکم شرعی استنباط نموده اند؛ چرا که ائمه، آگاهترین افراد به قرآن هستند، لذا راه استناد به قرآن و استفاده از آن رابه ما آموخته اند؛ از آنجا که قرآن برای همه بشر آمده، هر کس به مقدار استعداد و آمادگی خود می تواند از آن بهره ببرد. این تحقیق می تواند الگویی برای مراجعه درست به قرآن و نحوه ی استناد به آن در بیان حکم شرعی باشد که فقهی پویا و منطبق با قرآن را به دنبال خواهد داشت که در این مقاله واگذاری طلاق و شروط ضمن عقد در آن مد نظر می باشد.

پرسش اصلی مقاله، جواز وکالت و شروط آن در طلاق به زوجه در نحوه استناد ائمه به قرآن در احیای فقهی و تطبیق آن با سند نکاحیه می باشد. این پژوهش به صورت کتابخانه ای و اسنادی و به روش توصیفی تحلیلی نگاشته شده و در تحلیل اطلاعات به روش استقرایی توجه شده است.

تعریف طلاق :

طلاق در لغت به معنای جدا شدن مرد از همسرش و ترک و رهایی او می باشد (معلوف، ۱۳۶۷، ص ۴۷۰). یا آزاد شدن از عهد و پیمان زوجیت است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۵۲۳). طلاق در لغت اسم مصدر «التطلیق» یا «الإطلاق» است و به معنای باز کردن گره می باشد (فاضل مقداد، بی تا، ج ۲، ص ۷۴۸). و از نظر شرعی، ازاله قید نکاح به صیغه طالق و مانند آن است (صاحب جواهر، ج ۳۲، ص ۲). بنابر این، طلاق، زایل کردن قید نکاح بوسیله صیغه «طالق» است (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۴۷).

میزان احادیث استنادی طلاق و واگذاری آن به غیر

در کتاب وسائل الشیعه ۷۱۴ حدیث در مورد طلاق وجود دارد و از این میان در ۴۸ حدیث آن، امامان معصوم (ع) به آیات قرآن اشاره نموده اند و تنها در حدود ۱۴ حدیث آن استدلالی یعنی شاهد و دلیلی بر حکم شرعی است؛ بعضی از این روایات مفهومی مشابه دارند؛ لذا تعدادی که باقی می ماند اندکند که نمونه ای از آن در مورد واگذاری طلاق و شروط ضمن عقد، در این مقاله مورد تحلیل و بررسی قرار می گیرد.

نحوه استناد امامان معصوم علیهم السلام به قرآن در حدیث و واگذاری طلاق و شروط ضمن عقد

۱- استناد به آیه ۳۴ سوره مبارکه نساء:

«الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ» (نساء، ۳۴).

ترجمه: مردان، سرپرست و نگهبان زنانند، به خاطر برتری هائی که خداوند (از نظر نظام اجتماع) برای بعضی نسبت به بعضی دیگر قرار داده است و به خاطر انفاق هائی که از اموالشان می‌کنند؛ و زنان صالح، زنانی هستند که متواضعند و در غیاب (همسر خود)، اسرار و حقوق او را، در مقابل حقوقی که خدا برای آنان قرار داده، حفظ می‌کنند.

در حدیث زیر با توجه به ناشناخته بودن ابراهیم ابن محرز، مجهول ذکر شده (مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۳، ص ۱۷۶-۱۷۵)، آمده است که امام صادق علیه السلام با استناد به آیه فوق فرمودند که چون اختیار طلاق به دست زن نیست، لذا واگذاری آن روا نیست و هر کس این سخن را گفته بی ارزش است:

وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ فَضَّالٍ عَنْ مُحَمَّدٍ وَأَحْمَدَ ابْنَيْ الْحَسَنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ يَعْقُوبَ عَنْ مَرْوَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحْرَزٍ قَالَ: سَأَلَ رَجُلٌ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَ وَأَنَا عِنْدَهُ فَقَالَ - رَجُلٌ قَالَ لَامْرَأَتِهِ أَمْرُكِ بِيَدِكِ قَالَ - أُنِّي يَكُونُ هَذَا وَاللَّهِ يَقُولُ الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ - لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۸۸؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۳۱۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۹۳).

مروان بن مسلم از ابراهیم بن محرز می‌گوید: مردی از امام صادق علیه السلام در حالی که من نزد ایشان بودم سؤال کرد که: آیا صحیح است مردی به همسرش بگوید: اختیارت دست خودت است؟ امام فرمودند: چگونه چنین چیزی ممکن است در حالی که خدا می‌فرماید: «الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» و این سخن ارزش و اهمیتی ندارد.

۱-۱- دیدگاه فقیهان:

مرحوم شیخ طوسی در تهذیب و استبصار این حدیث را از امام باقر علیه السلام نقل کرده است؛ ایشان در تهذیب الاحکام، پس از برشمردن انواع حق خیار، تصریح نموده که زن در طلاق حق خیار ندارد و اگر مواردی در روایات دیده شده است از باب تقیه است چون حق خیار توسط زن در طلاق، موافق مذهب اهل سنت است؛ اما در فقه شیعه، زن در این مساله حق خیار ندارد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۸۸-۸۹).

امام خمینی (ره)، پس از ذکر شروط صحّت ضمن عقد، از جمله شرط چهارم، شرط نباید مخالف کتاب خدا و سنت باشد، می‌فرماید: هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد مردود است؛ ممکن است به نحو دیگری نیز استدلال شود به اینکه: مراد از سنت، سنت اصطلاحی نیست، بلکه بر معنای لغوی آن که همان حکم خدا و شریعت اوست به طور مطلق حمل می‌شود، چه در کتاب خدا ذکر شده باشد و چه در بیان پیامبر (ص)؛ بنابراین، آنچه مخالف حکم خداست مطلقاً باطل است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۴۱) بنابراین یکی از مصادیق شرط مخالف کتاب و سنت، واگذاری حق طلاق به زوجه است که باطل می‌باشد.

برخی از فقها پس از ذکر روایت فوق نقل می‌کنند که شاید بتوان وجه استدلال در این حدیث را اینگونه عنوان کرد که طلاق به دست زن ممکن نیست مگر به صورت وکالت؛ لذا قرار دادن طلاق به دست زن بر خلاف حکم خداست، چرا که اگر زن راضی باشد به نکاح مقید (به داشتن اختیار طلاق) پس معلوم می‌شود زن به ازدواج بدون قید راضی نیست و در این صورت ازدواج بخاطر عدم رضایت باطل است؛ اطلاق روایت شامل شرط ضمن عقد یا شرط بعد از عقد می‌شود. البته شرط بعد از عقد واجب الوفا نیست؛ شرط ضمن عقد ازدواج، چون خلاف کتاب خداست (الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ)، باطل خواهد بود؛ زیرا قیومت و سرپرستی «حکم» است نه «حق»، لذا حکم قابل انتقال و واگذاری به غیر و همچنین قابل اسقاط و توریث نیست (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۱۴، ص ۱۶۸).

۱-۲- دیدگاه مفسران و استناد به تعمیم و منطوق آیه «الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ»

حکم در این آیه عام است؛ چون نوع مردان بر نوع زنان قیومت دارند. مثلاً حکومت و قضاوت که حیات جامعه بستگی به آن دارد، زمام آنها به دست مردان است؛ و علت آن اولاً این است که خداوند بنا به مصالحی بعضی را بر بعضی دیگر برتری داده، ثانیاً مردان از مال خود به زنان نفقه و مهریه می‌دهند (طباطبایی، ۱۳۹۰ق، ج ۴، ص ۳۴۳).

مرحوم طبرسی از جمعی از صحابه روایت کرده است که گفتند آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» در باره سعید بن عمر و زوجه او حبیبه دختر زید بن زهیر که از بزرگان انصار بوده نازل شده است (بروجردی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۶۵)؛ جمله «بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ» علتِ قیَم بودن مردان را نسبت به زنان بیان می‌دارد، که از آنجا که مردان از لحاظ علم، عقل، حسن رأی و تصمیم بر زنان برتری دارند، سرپرستی ایشان به مردان واگذار شده است (طبرسی، ۱۳۸۰، ج ۵، ص ۱۳۵).

از پیامبر اکرم (ص) سؤال کردند: فضیلت مردان بر زنان چیست؟ فرمودند: مثل فضیلت آب بر روی زمین، به وسیله آب زمین، زنده می‌شود و به سبب مردان، به زنان حیات بخشیده می‌شود سپس این آیه را تلاوت فرمودند: «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» (ابن بابویه، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۵۱۲).

فاضل جواد در کتاب مسالک خود، در مورد آیه ۳۴ سوره نساء گفته است: قیَم بودن و سرپرستی مردان بر زنان در تدبیر اموری مانند والی بودن رؤسا بر رعایای خویش معلوم می‌شود، و در علم و عقل و حسن رأی و تدبیر و عزم و زیاد بودن نیرو در کارها و طاعات و غیره (فاضل جواد، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۵۷).

محقق اردبیلی فرموده: «قوامون» به معنای «یقومون و یسلطون» است، چرا که مردان امور زنان را به عهده داشته و بر آنها تسلط دارند، مانند غلبه والیان بر رعیت‌های خود، زیرا خداوند آنان را بر زنان به کمال عقل و غیره برتری داده و نیز بخاطر انفاق به زنان. (مقدس اردبیلی، بی تا، ص ۵۳۶؛ قطب راوندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۱۱۶)؛ و در تفسیر دیگری «قوامون علی النساء» را فقط به معنای مسالطون علی النساء ذکر کرده است و علت را درحقیقت، بخاطر فضل و برتری مرد بر زن می‌داند (مقاتل بن سلیمان، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۳۷۰).

در قانون مدنی آمده است: در روابط زوجین، ریاست خانواده از خصایص شوهر است. (ق.م، ماده ۱۱۰۵) و مقصود از ریاست شوهر آن است که تصمیم‌گیری در امور خانواده و مراعات مصالح بر عهده شوهر است که بخشی از آن در قانون تصریح شده است مثل انتخاب محل سکونت (ق.م، ماده ۱۱۱۴) و انتخاب شغل (ق.م، ماده ۱۱۱۷) و مواردی که در قانون نیامده است مطابق عرف و عادت مردم باید عمل شود (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۱۹۸).

برخی از مفسران قیَم بودن مردان را به معنای مسالط بودن دانسته سپس علت این قیومیت را در دو امر دانسته است: ۱- موهبی ۲- کسبی؛ امور موهبی، فضیلت و برتری است که خداوند به کسی داده است؛ چنانکه خداوند انبیاء و ائمه را از مردان قرار داده، و این دو فضیلت اکمل و اشرف از همه فضائل هستند. و اما کسبی: مانند انفاق بر زن از مهر و نفقه (شاه عبدالعظیمی، ۱۳۶۳، ج ۲، ص ۴۱۹-۴۲۰).

فاضل مقداد علت برتری را موهبتی الهی و کسبی می‌داند (فاضل مقداد، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۲۱۱). شیخ طوسی علت برتری مردان بر زنان را ناشی از عقل و رأی برتر مردان می‌داند (طوسی، التبیان، بی تا، ج ۳، ص ۱۸۹).

در برتری مردان بر زنان جهت سرپرستی ناشی از عقل و رأی، همین بس که علی علیه السلام نشانه‌ی نقصان و ناتمامی خرد زنان را در این می‌داند که گواهی دو زن چون گواهی یک مرد به حساب می‌آید؛ البته سید جعفر شهیدی «نقصان» را در این خطبه به معنای «ناتمام» و محمد دشتی، آن را به معنای تفاوت و اختلاف ترجمه نموده است (شریف الرضی، ۱۳۷۱، خطبه ۸۰ نهج البلاغه، ص ۵۹-۵۸؛ شریف الرضی، ۱۳۸۸، خطبه ۸۰ نهج البلاغه، ص ۹۱).

خداوند تکویناً یا تشریحاً ترجیح داده که مرد قوام امور مالی خانواده باشد چنانکه زن هم می‌تواند در مصرف و امور داخلی منزل، فعال و مدبّر باشد و فرزندان هم در امور ارتباطات فعالیت کنند و مقصود برتری مطلق مرد بر زن یا خصوص مرد خانواده بر زن خانواده به طور مطلق نیست تا احیاناً محذوری پدید آید (گرچی، ۱۳۹۵، ص ۱۱۷).

نتیجه آنکه امامان معصوم علیهم السلام در استناد به منطوق آیه ۳۴ سوره نساء به واژه قوام استناد کرده‌اند که اختیار طلاق به دست زن نمی‌تواند باشد و خداوند تکویناً یا تشریحاً ترجیح داده که مرد قوام امور معیشتی خانواده باشد (همانطور که زن نیز می‌تواند مدیر و کدبانوی خانه باشد).

۲- بررسی برخی دیگر از احادیث امامان معصوم (ع)

احادیث استنادی و استدلالی به قرآن از نظر امامان معصوم (ع) در این موضوع کمتر به چشم می‌خورد مخصوصاً که باید این استناد، دلیل و شاهدی بر حکم فقهی باشد و همانطور که ذکر شد از مجموع ۴۸ حدیث استناد به قرآن در مبحث طلاق در کتاب و سائل الشیعه، تنها ۱۴ حدیث آن، دلیل و شاهدی بر حکم فقهی است و در بحث و گذاری طلاق به زوجه، می‌توان به حدیث اول بحث در این مقاله و استناد امام صادق (ع) به آیه ۳۴ سوره نساء بسنده کرد و احادیث مشابه دیگری از ائمه راجعت تکمیل موضوع ذکر نمود.

۱-۲- مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ أَنَّهُ قَضَى فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَأُصْدَقَتْهُ هِيَ - وَ اشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنْ بَيِّدَهَا الْجَمَاعَ وَالطَّلَاقَ - قَالَ خَالَفتِ السُّنَّةَ وَ وُلِّيتَ حَقًّا لَيْسَتْ بِأَهْلِهِ - فَقَضَى أَنَّ عَلَيْهِ الصَّدَاقَ - وَ بَيِّدَ الْجَمَاعَ وَ الطَّلَاقَ وَ ذَلِكَ السُّنَّةُ -

در روایت صحیح محمد بن قیس (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۷۱؛ خویی، ج ۳۳، ص ۷۵)، از امام محمد باقر (ع) درباره مردی که با زنی ازدواج کرد و آن زن شرط می‌کند که امر جماع و طلاق در اختیارش باشد. امام فرمودند: آن زن باسنت مخالفت کرده و عهده دار حقی شده که در اختیار و شایستگی او نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۶۹-۳۷۰؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۲۸۹). امام صادق (ع) نیز پس از نقل این حدیث حکم کردند که مرد باید مهریه را بپردازد و جماع و طلاق به دست مرد باشد که این مطابق سنت است (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۳۸۷)؛ بنابراین طبق این حدیث، زوجه شرط کرده بود که جماع و طلاق به دست او باشد در حالی که شرط و گذاری و اختیار حق طلاق به زوجه شرط باطلی است چرا که بر خلاف شرع و سنت است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۳۹-۲۴۰).

۲-۲- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ ابْنِ بُكَيْرٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي امْرَأَةٍ نَكَحَهَا رَجُلٌ فَأُصْدَقَتْهُ الْمَرْأَةُ - وَ اشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ أَنْ بَيِّدَهَا الْجَمَاعَ وَ الطَّلَاقَ - فَقَالَ خَالَفتِ السُّنَّةَ وَ وُلِّيتِ الْحَقَّ مِنْ لَيْسَ أَهْلَهُ - وَ قَضَى أَنَّ عَلَى الرَّجُلِ الصَّدَاقَ - وَ أَنَّ بَيِّدَ الْجَمَاعَ وَ الطَّلَاقَ وَ تَلَكَ السُّنَّةَ (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۹۸؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۴۰۳).

این روایت مشابه روایت صحیح محمد بن قیس است با این تفاوت که ابن بکیر آن را از امام صادق (ع) نقل کرده و مرسل ذکر شده است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۷۱؛ مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰، ص ۱۴۶-۱۴۵).

۳-۲- مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ إِسْحَاقَ عَنْ مَرْوَانَ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ لَهُ مَا تَقُولُ فِي رَجُلٍ جَعَلَ أَمْرَ امْرَأَتِهِ بَيِّدَهَا قَالَ فَقَالَ وَ وُلِّيتِ الْأَمْرَ مِنْ لَيْسَ أَهْلَهُ وَ خَالَفتِ السُّنَّةَ وَ لَمْ يُجِزِ النِّكَاحَ.

در این روایت مرسله (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۲۳۰) مروان ابن مسلم به نقل از بعضی از اصحاب از امام صادق (ع) می‌گوید که به امام عرض کردم: در مورد مردی که این امور کارهای زنش را به اختیار خود او و گذار می‌کند چه می‌فرمایید؟ امام فرمودند: و عهده دار امری شده که در اختیار و شایستگی او نیست و باسنت مخالفت کرده و نکاح جایز نیست (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۸۸؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۲، ص ۹۳؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۱۳۷؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۴۰؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۳۱۳).

روایت صحیح محمد بن قیس از امام باقر (ع) و روایت ابن بکیر نیز با همین مضمون از امام صادق (ع) نقل شده است با این توضیح که در این دو حدیث، چنین نکاحی باطل نیست، یعنی روایت محمد بن قیس و ابن بکیر عقد نکاح را صحیح دانسته و فقط شرط را

باطل می داند ولی روایت مروان ابن مسلم از امام صادق(ع)، نکاح را نیز باطل می داند « وَ لَمْ يُجْزِ النِّكَاحَ ». البته بعضی از کتب، دو حدیث آخر را مبطل عقد نکاح ذکر کرده اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۲).

۲-۴- مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا مُخَالَفًا لِكِتَابِ اللَّهِ - فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَ لَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ - مِمَّا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ.

در این روایت صحیح (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۹، ص ۱۶۱)، عبدالله بن سنان از قول امام صادق (ع) نقل می کند که از امام شنیدم که می فرماید: کسی که امر مخالف با کتاب خدا را شرط کند نه بر شرط کننده نافذ است و نه بر مشروط علیه و جمله « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » مربوط به شرطی است که موافق کتاب خدا باشد (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۱۶؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۶۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۲۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۴۲).

۲-۵- در تفسیر عیاشی آمده است که محمد بن مسلم از امام باقر(ع) نقل می کند که امام علی(ع) در مورد زوجه ای که شرط کرده بود چنانچه همسرش، مجدداً ازدواج نماید یا...، مطلقه باشد فرمودند: شرط خداوند بر شرط شما مقدم است (عیاشی، ۱۳۸۰ق، ج ۱، ص ۲۴۰؛ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۳؛ مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰۱، ص ۶۸؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، ص ۲۷۷؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۴۱). این حدیث بدل ذکر شده از روایت صحیح محمد بن قیس از امام باقر(ع) و روایت موثقه محمد بن قیس از امام باقر(ع) به نقل از امام علی(ع) که عیناً تکرار شده است و می تواند موثق باشد.

(طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۷۰؛ ج ۸، ص ۵۱؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۳، ص ۲۳۱؛ مجلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۱۲، ص ۲۰۶؛ تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۴، ص ۳۸۷).

۲-۶- مستندات شرط عدم تفویض طلاق به زوجه از نظر فقها

شیخ انصاری در مکاسب و امام خمینی در البیع، به طور مفصل بعد از استناد به آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» در روایت ابراهیم مُحْرَز از امام صادق(ع)، روایات فوق را دلیلی بر عدم واگذاری طلاق به زوجه می دانند چرا که هر شرطی که مخالف کتاب خدا و سنت باشد نامشروع و باطل است؛ و شیخ انصاری، دو روایت ابن بُکیر و ابن مسلم از امام صادق(ع) را علاوه بر بطلان شرط، مبطل عقد نکاح نیز می داند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۱۲؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۴۱-۲۴۳).

باقر ایروانی، اختصاص مشروعیت طلاق به وسیله زوج را از ضروریات [و بدیهیات] می داند و معتقد است که به دلیلی نیاز ندارد، بلکه همین که دلیل اقتضای تعمیم ندارد، محدود به زوج شده و برای اختصاص به زوج کافی است. و روایت مرسله ابن بُکیر از امام صادق(ع) مبنی بر این که جماع و طلاق باید به دست مرد باشد و این مطابق سنت است و همچنین حدیث معروف نبوی «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ اخَذَ بِالسَّاقِ»، مؤید اختصاص حکم به زوج است (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص ۳۸۷).

بنابر این مستندات شرط عدم تفویض طلاق به زوجه را می توان به طور مختصر نام برد: ۱- آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» که نحوه استناد امام صادق(ع) به این آیه در ابتدای مقاله بحث شد. ۲- روایات وارده از ائمه (ع) ۳- اجماع فقها فقها علاوه بر آوردن مستندات فوق بر اثبات شرط عدم تفویض طلاق، روایاتی که دال بر جواز تفویض طلاق هستند را حمل بر تقیه می دانند و شیخ طوسی در تهذیب الاحکام در توجیه این ادعا، سه دلیل را بیان می کند:

الف) قول به جواز موافق اهل سنت می باشد. ب) زمانیکه عقد و نکاح به طور صحیح منعقد می شود زوال و از بین رفتن آن ممکن نیست جز به طریق معلوم و معین. ج) عمل به روایات مفید جواز به علت تعارض در احکام آنها ممکن نیست و نمی توان در عمل، یکی از این روایات را بر دیگری ترجیح داد؛ علاوه بر آن، اخباری دال بر عدم امکان تفویض یا تخییر زوجه در طلاق داریم که آن را مختص رسول خدا می داند پس جای هیچ شک و شبهه ای باقی نمی ماند که اخبار و روایات مبنی بر جواز، حمل بر تقیه شود (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۸۹).

۳- بررسی فقهی حقوقی تفویض و توکیل در طلاق

مشهور فقهای امامیه معتقدند که وکالت در طلاق جایز است و زن نیز کامل است و به عنوان وکالت یا توکیل در طلاق، می تواند در یکی از شرایط ضمن عقد نکاح، از زوج، وکالت رادرخواست نماید اما در مورد تفویض طلاق اینگونه نیست که در ادامه به نفی آن و اثبات توکیل در طلاق می پردازیم.

۳-۱- امکان یا عدم امکان تفویض طلاق

در ابتدا باید ببینیم طلاق حق است یا حکم؟ تا امکان یا عدم امکان تفویض طلاق مشخص شود. طلاق حکم است و قابل تفویض و واگذاری نیست؛ منظور حکم در اینجا، حکم شرعی نیست بلکه حکم در مقابل حق است. طلاق در حقیقت، حکم است ولی مردم از روی مسامحه آن را حق طلاق می گویند.

در ایصال الطالب در شرح روایت ابراهیم مُحرز که در ابتدای مقاله ذکر شد، آمده است: «اگر دادن شرط اختیار طلاق به زن بعد از عقد نکاح بوده که وفای آن شرط واجب نیست و اگر آن شرط ضمن عقد نکاح بوده، شرطی خلاف کتاب خدا است زیرا قیوموت و سرپرستی در اینجا حکم است و حق نیست و لذا قابل انتقال یا اسقاط و توریث نمی باشد» (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۱۴، ص ۱۶۸-۱۶۹). بعضی از حقوق نیز در حقیقت از احکام بوده و غیر قابل اسقاط است (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۱). مثل اسقاط حق طلاق که حکم است (همان، ص ۱۳۴). حق نوعی سلطه به فعل است و تمامی حقوق قابل اسقاطاند و اگر چیزی قابل اسقاط نباشد حکم است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۴۳).

و طبق حدیث نبوی معروف «الطلاقُ بید من اخذ بالساق» طلاق در دست مرد است و مرد می تواند با رعایت شرایط مقرر در این قانون با مراجعه به دادگاه، تقاضای طلاق همسرش را بنماید (قانون مدنی، ماده ۱۱۳۳).

بنابراین طلاق حکم است نه حق لذا قابل تفویض به دیگری نیست ولی به عنوان وکالت یا توکیل در طلاق، زوجه می تواند در یکی از شرایط ضمن عقد نکاح، از زوج، وکالت رادرخواست نماید.

۳-۲- تفویض طلاق در فقه امامیه

در فقه امامیه به جای تفویض، بیشتر کلمه تخییر به کار رفته است، یعنی زوج به قصد تفویض طلاق به زوجه، او را منخیر کند که نفس خود یا شوهر را انتخاب نماید؛ بعضی مانند سید مرتضی با استناد به آیه ۲۸ احزاب «یا ایها النبی قل لا تزواجک ان کنتن تردن الحیاء الدنیا و زینتها فتعالین امتعکن و اسرحکن سراحاً جمیلاً» قائل به جواز تخییر بوده اند (علم الهدی، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص ۲۴۳). اما مشهور فقهای امامیه، آیه را مختص پیامبر (ص) و زنان ایشان دانسته و قائل به عدم جواز تفویض به زوجه شده اند و معتقدند در صورت تخییر، طلاق واقع نمی شود و عقد نکاح به قوت خود باقی است زیرا طلاق حق زوج نیست تا بتواند آن را به زوجه تفویض کند بلکه حکم الهی است و قابل انتقال و واگذاری نیست (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۵، ص ۳۰).

۳-۳- توکیل در طلاق

مشهور فقهای امامیه معتقدند که وکالت در طلاق جایز است؛ شهید ثانی فرموده که مرد می تواند همسر خود را برای طلاق دادن خودش وکیل نماید، همان گونه که زن می تواند سایر عقود و قراردادهای برعهده بگیرد چرا که زن کامل است، لذا وجهی ندارد که عبارت او را در طلاق بی اثر و غیر نافذ بدانیم (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۴۹).

صاحب جواهر فرموده اگر مرد همسر را در طلاق خودش وکیل نماید، از نظر شیخ طوسی این وکالت حتی در حالت غایب بودن بخاطر نصوص و روایاتی که در این باره آمده است (وسائل، باب ۳۹ از ابواب مقدمات طلاق) صحیح نیست؛ بخاطر اینکه قابل نمی تواند فاعل هم باشد یعنی زوجه که خود، طلاق را قبول و پذیرش می کند نمی تواند فاعل طلاق هم باشد. و این مسئله در عقود است که

ایجاب و قبول دارد ولی در ایقاع که اینگونه نیست و یک طرفه است و دیگر سخن، قول رسول خدا (ص) است که فرمودند: «الطلاق بید من اخذ بالساق» و معلوم می‌شود اراده داشتن ولایت به دست مرد است (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق ج ۳۲، ص ۲۴).

حاصل سخن این است که وکالت در طلاق بالاجماع جایز است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۱۵). شیخ طوسی فرموده: «اگر طلاق وکیل قبل از عزل باشد طلاق واقع می‌شود و اگر بعد از عزل وکیل باشد، طلاق باطل است (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۱۱). که نشان از جواز وکالت در طلاق دارد. پس مرد چه حاضر باشد چه غایب، می‌تواند دیگری را در طلاق زنش وکیل نماید (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۲۳).

۳-۳-۳- وکالت زوج به زوجه در طلاق: آیا زوج همانطور که برای انجام طلاق می‌تواند به شخص ثالث و بیگانه وکالت دهد، به خود زوجه هم می‌تواند وکالت دهد تا خود را مطلقه نماید؟ در فقه دو نظر وجود دارد:

اول- مشهور امامیه معتقدند، همانطور که در سایر عقود و ایقاعات می‌توان چنین کاری کرد، در طلاق هم می‌توان به زن وکالت داد و دلیل آن عمومات جواز توکیل در افعال قابل نیابت است و بی‌شک طلاق یکی از امور نیابت‌بردار است و زن از لحاظ حقوقی کامل بوده و می‌تواند وکیل شود.

دوم- شیخ طوسی معتقد است که در طلاق مطلقاً نمی‌توان به خود زوجه وکالت داد، حتی در موردی که مرد غایب باشد، دلیل وی این است که اولاً قابل، نمی‌تواند فاعل باشد و زوجه که خود طلاق را قبول می‌کند عمل‌کننده نمی‌تواند باشد؛ ثانیاً به روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» استناد کرده است.

مشهور، استدلال شیخ را بدلیل زیر مردود دانسته‌اند:

۱) دلیل اول، اینکه قابل نمی‌تواند فاعل باشد، در امور «واقعی» و تکوینی است؛ اما در مورد امور «اعتباری» صادق نیست، لذا مانعی ندارد که زوجه باعتبار اینکه وکیل است فاعل باشد و از جهت اینکه زوجه موکل است قابل باشد، کما اینکه شخص واحد می‌تواند هم طرف ایجاب و هم طرف قبول باشد.

۲) در خصوص استناد به روایت «الطلاق بید من اخذ بالساق» باید گفت که مفهوم این روایت آنست که اختیار کلی طلاق بدست مرد است، بنابراین اعطای وکالت اجرای طلاق به زن منافاتی با این روایت ندارد، زیرا وقتی زوج، زوجه را در طلاق وکیل خود می‌کند، یعنی اختیار طلاق خود را به زوجه تفویض کرده است (محقق داماد، بی تا، ص ۴۰۶).

اما مشهور فقهای امامیه معتقدند همان طور که در سایر عقود و ایقاعات می‌توان چنین کاری کرد، در طلاق هم می‌توان به زن وکالت داد که خود را مطلقه نماید؛ و دلیل آن نیز عمومات جواز وکالت در افعال قابل نیابت است؛ و زن نیز از لحاظ حقوقی، کامل بوده و می‌تواند وکیل شود (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴). پس وکالت دادن به زن در طلاق، مانعی ندارد.

قانون مدنی نیز به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه، وکالت زوج به زوجه در طلاق را صحیح می‌داند و در آن آمده است: «ممکن است صیغه طلاق را به توسط وکیل اجرا نمود» (ق.م، ماده ۱۱۳۸). و در ماده واحده دیگری نوشته شده است: «طرفین عقد ازدواج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد دیگر بنمایند (ق.م، ماده ۱۱۱۹).

نتیجه آن که جواز وکالت در طلاق مورد اتفاق نظر فقهای امامیه است ولی در این که زوج به زوجه وکالت دهد که خود را مطلقه سازد دو نظر است که قول مشهور، این گونه وکالت یا وکیل در توکیل را صحیح می‌داند و فقط شیخ طوسی در این خصوص، نظر مخالف دارد که دلیل‌هایی بر رد آن ذکر شد؛ و قانون مدنی هم بر گرفته از قول مشهور، وکالت دادن به همسر را در طلاق دادن خودش، با توجه به شروط ضمن عقد، لازم الاتباع می‌داند. ولی حق تفویض و واگذاری طلاق به غیر داده نشده است چون طلاق در حقیقت حکم است نه حق.

۳-۳-۴- اقسام وکالت زوجه در طلاق

الف) وکالت مطلق: به این معنا که مرد در سند نکاحیه یا دفاتر اسناد رسمی برای طلاق به زوجه وکالت می دهد تا او بتواند هرگاه بخواهد خودش را مطلقه نماید و مقید به هیچ شرطی نباشد. در لمعتین آمده است: مرد می تواند همسر خود را برای طلاق دادن خودش و یا زن دیگری وکیل نماید؛ همان گونه که زن می تواند سایر عقود را بر عهده گیرد چرا که زن کامل است و لذا وجهی ندارد که عبارت او را در طلاق بی اثر و غیر نافذ بدانیم (شهید اول، ۱۴۱۱ق، ص ۱۷۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۱۴۹).

ب) وکالت مشروط: در تحریر الوسیله آمده است: جایز است که هر شرط جایزی، در ضمن عقد ازدواج شرط شود و وفای به شرط بر کسی که شرط بر او وضع شده است واجب است (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۲). صاحب جواهر نیز وکالت مشروط زوجه در طلاق را جایز می داند و بعد از ذکر حدیث نبوی «الطَّلَاقُ بَیْدٌ مِّنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» می فرماید پرواضح است که سرپرستی و اداره طلاق به دست مرد است اما این مسئله، هیچ منافاتی با وکالت دادن او ندارد و بنابر این صحیح آن است که وکالت در طلاق جایز باشد (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۲۴-۲۵).

۴- تطبیق شروط ضمن عقد نکاح با احادیث از منظر فقهاء و صاحب نظران

شرط ماهیت اعتباری مستقل ندارد؛ بلکه ماهیتی وابسته به عقد دارد (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۲۳). یعنی اگر عقد باطل شود به تبع آن شرط نیز باطل خواهد بود زیرا شرط متکی به وجود عقد است. و این شروط باطله دو نوع ذکر می شود.

۱-۴- شروط باطله ای که مبطل عقد نمی باشند

در تحریر الوسیله آمده است: اگر در عقد ازدواج، چیزی را که مخالف مشروع است شرط کند شرط باطل است و عقد و مهر صحیح است، اگر چه بگوییم که شرط فاسد، عقد را فاسد می کند (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۰۲).

نص و اجماع داریم که شروط فاسد در عقد نکاح، موجب بطلان عقد نمی شود (حسینی شیرازی، بی تا، ج ۱۵، ص ۲۲). قانون مدنی نیز شرط نامشروع را باطل و مفسد عقد نمی داند. (ق.م، ماده ۲۳۲)؛ و طبق این ماده قانونی، شروط بی فایده و همچنین شروطی که ناتوان از انجام آن باشند مطابق اجماع فقهاء، باطل ولی مبطل عقد نمی داند.

۲-۴- شروط باطله ای که مبطل عقدند

الف) خلاف مقتضای ذات عقد باشند (نه اطلاق عقد)؛ ب) شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. (قانون مدنی، ۲۳۳) البته بند ب معمولاً برای قراردادهای مالی بکار می رود و در این جا کاربرد ندارد.

شرط نامشروع فقط شرطش باطل است اما شرط خلاف مقتضای ذات عقد که عقد بدون وجود این اثر محقق نمی شود باطل و مبطل عقد است: «فساد شرط اگر موجب اختلال اصل عقد مانند شرط منافی مقتضای عقد یا نافی تمام آثار مترتب بر آن... باشد شبهه ای نیست که آن شرط فاسد است و مفسد عقد هم می باشد» (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۴۴).

اما آنچه به نظر می رسد مشکل در مصداق است که چه شرطی را منافی مقتضای ذات عقد بدانیم یا اطلاق عقد؛ به عنوان نمونه شرط **عدم زناشویی در عقد نکاح** که از اهمیت و حساسیت بیشتری نسبت به بقیه شروط ضمن عقد نکاح برخوردار است مورد بررسی قرار می دهیم؛ بعضی از فقهاء، آن را خلاف مقتضای ذات عقد دانسته و سبب بطلان عقد معرفی می نمایند؛ ولی برخی دیگر فقط شرط را باطل می دانند.

صاحب «القواعد الفقهیه» فرموده شرطی که التزام به آن موجب اختلال در عقد یا عوض آن باشد فاسد و مفسد عقد معرفی شده و برای مثال شرط عدم استفاده از تمام استمتاع در عقد نکاح، سبب بطلان عقد است؛ تناقض بین عقد و شرط در این مورد به دلالت التزامی است زیرا اثر عقد نکاح ایجاد زوجیت است و امکان تمتع از آثار این اثر می باشد (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۹۲).

از نظر امام خمینی (ره)، این شرط مخالف کتاب و سنت نیست و می توان شرط نمود چون استمتاعات جنسی، تنها هدف و حکمت ازدواج نیست، بلکه اغراض عقلایی و عرفی فراوانی در نکاح مترتب است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۸۲).

برخی به جهت اهمیت آثار اثر عقد، شرط خلاف آن را در حکم شرط خلاف مقتضای ذات عقد می دانند؛ در کتاب شروط ضمن عقد آمده است: «در پاره ای از موارد، بعضی از آثار اثر عقد، از چنان اهمیتی برخوردار است که شرط خلاف آن، مانند شرط خلاف مقتضای ذات عقد، باطل و مبطل عقد خواهد بود مثل شرط عدم محرمیت یا عدم زناشویی بین زوجین در عقد نکاح» (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۶).

مشهور فقهاء معتقدند این شرط نه خلاف مقتضای (ذات) عقد است [که باطل و مبطل عقد باشد] و نه نامشروع [که فقط شرط باطل باشد]، چه نکاح دارای هدفهای مختلف است و نزدیکی تنها هدف آن و مقتضای ذات نکاح نیست تا در صورت شرط عدم مجامعت، نکاح نتواند تحقق یابد؛ علاوه بر این قانون چنین شرطی را منع نکرده و مخالف نظم عمومی هم نیست واصل، صحت شرط است (صفایی، امامی، ۱۳۹۰، ص ۶۴).

علاوه بر موارد مذکور، هرکدام از شرایط صحّت طلاق مثل بلوغ، عقل، اختیار، قصد، منجز و قطعی بودن (شرط گذاشتن و معلق کردن طلاق به امر دیگری) و... اگر فراهم نشود، موجب بطلان طلاق می شود؛ و به قول مهدی شهیدی شرط نیز به تبع آن باطل خواهد بود زیرا شرط متکی به وجود عقد است (شهیدی، ۱۳۹۴، ص ۲۳).

۵- تطبیق شروط ضمن عقد سند نکاحیه با فقه امامیه و نقد نگارنده بر آن

شروط ضمن عقد نکاح، پیشینه ای طولانی دارد و کلیت آن مربوط به صدر اسلام است و وجود روایاتی از پیامبر اسلام (ص) و امامان معصوم (ع) گواه این مدعا است (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۷). و در حقوق ایران اولین قوانین مربوط به ازدواج، در مرداد ۱۳۱۰ به تصویب رسید. و در بعد از انقلاب نیز، شورای عالی قضایی در مصوبه «۱۳۶۱/۷/۱۹-۱/۳۴۸۲۳» و «۱/۳۱۸۲۳-۱۳۶۲/۶/۲۸» به سازمان ثبت و اسناد و املاک کشور ابلاغ کرده است در دفترچه های نکاحیه ای که در اختیار سردفتران قرار می گیرد، شرایطی به عنوان شرایط «ضمن عقد یا عقد خارج لازم، درج شود و سر دفتر می یابد آن شرایط را مورد به مورد به زوجین تفهیم کند. شرطی که مورد توافق زوجین واقع شده و به امضای آنها رسیده باشد، به مثابه شرط ضمن عقد معتبر خواهد بود (محقق داماد، بی تا، ص ۵۱۰).

۵-۱- شروط مندرج در سند نکاحیه (صفحات ۷-۹)

الف) در مورد تنصیف دارایی زوج به زوجه است که از بحث ما خارج و پژوهشی جداگانه لازم دارد. ب) ضمن عقد نکاح یا عقد خارج لازم، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد که در موارد مشروحه زیر با رجوع و اخذ مجوز از دادگاه پس از انتخاب نوع طلاق خود را مطلقه نماید و نیز به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر داد تا در صورت بذل از طرف او قبول نماید. سپس در سند نکاحیه، مواردی که زن می تواند حسب مورد از دادگاه تقاضای صدور اجازه طلاق نماید را در ۱۲ مورد شرح می دهد که به طور مختصر، بعضی از موارد آن عبارتند از: استنکاف شوهر از دادن نفقه همسر به مدت ۶ ماه؛ جنون زوج (در مواردی که فسخ نکاح شرعا ممکن نباشد)؛ بدون رضایت زوج همسر دیگری اختیار کند؛ و... که همه این موارد مذکور، وکالت در ضمن عقد نکاح است و علاوه بر آن، زوجین می توانند در دفاتر اسناد رسمی نیز، وکالتنامه بلاعزل (زوج به زوجه) در طلاق امضاء نمایند. زوج می تواند هر کدام از این شروط دوازده گانه را با رضایت زوجه و توافق طرفین امضاء نماید یا بعد از این شروط، شروطی جایزی را اضافه نمایند و بعد از عقد نیز در صورت توافق زوجین برای حذف مورد یا مواردی از شروط ضمن عقد مندرج در سند نکاحیه، می توانند به دفاتر اسناد رسمی مراجعه و اقرارنامه حذفیات امضا نمایند.

۵-۲- نقدی بر شروط ضمن عقد در سند نکاحیه

بعد از مصوبه شورای عالی قضایی در ۱۳۶۲/۶/۲۸ بر شروط دوازده گانه ضمن عقد نکاح در سند نکاحیه و ابلاغ آن به سازمان ثبت و اسناد و املاک کشور، نقدهایی بر این شروط شده است که نگارنده نیز بطور مختصر به مواردی از آن اشاره دارد:

الف) یکی از شروط ضمن عقد مندرج در سند ازدواج طبق بند «الف» آن، شرط تنصیف دارایی است که به موجب آن چنانچه طلاق بنا به درخواست زوجه نبوده و طبق تشخیص دادگاه، تقاضای طلاق ناشی از تخلف زن از وظایف همسری یا سوء اخلاق و رفتار وی نباشد، زوج موظف است تا نصف دارایی موجود خود را که در ایام زناشویی با همسرش به دست آورده یا معادل آن را با توجه به نظر دادگاه، به صورت بلاعوض به زوجه منتقل نماید؛ مهم ترین اشکالی که در این شرط تنصیف دارایی به نظر می رسد مجهول و مبهم بودن دارایی زوج است چرا که دارایی او در هنگام ازدواج، ثبت نشده است و علاوه بر آن چه بسا مردی که قصد طلاق همسرش را دارد در قالب یکی از عقود لازم مثل صلح یا عقود دیگر، دارایی خود را انتقال دهد. و زوجه، سودی از این شرط نمی برد. و این مبهم و مجهول بودن دارایی زوج چه بسا مشکلات فراوانی را برای دادگاه ایجاد نموده که علاوه بر آن باعث اطاله دادرسی نیز شده است.

و اگر نگوییم که شرط تنصیف دارایی به خاطر آثار و احکام مخصوص عقد نکاح، شرط مجهولی است که باعث جهل به عوضین و بطلان عقد نکاح می شود اما می توان آن را از مصادیق غرر به حساب آورد که خود، شرط باطلی است.

ب) طبق دوازدهمین شرط از شروط مندرج در بند «ب» ضمن عقد نکاح، یا عقد خارج لازمی، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل غیرداد تا در صورتی که زوج همسر دیگری بدون رضایت زوجه اختیار نماید یا به تشخیص دادگاه نسبت به همسران خود اجرای عدالت ننماید، زن می تواند حسب مورد از دادگاه تقاضای طلاق نماید. همانطور که می دانیم یکی از شروط نفوذ و صحت شرط ضمن عقد، مشروع بودن آن است و اکثر قریب به اتفاق قائلان، این شرط عدم ازدواج مجدد را شرطی باطل و آن را تحت عنوان، شروط مخالف با کتاب و سنت و شرطی غیر شرعی دانسته اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۴، ص ۳۰۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ۲۷۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۹۵).

بنابراین شرط اینکه زوج حق ندارد زن دیگری اختیار نماید یعنی برای همسرش هوو بیاورد نه اختلالی در مقصود نکاح ایجاد می کند و نه با مقتضای آن منافات دارد. از این رو چنین عقدی صحیح اما شرط آن به دلیل نامشروع بودن، باطل است.

ج) در چهارمین شرط از شروط مندرج در بند «ب» سند نکاحیه، آمده است که زوجه از طرف زوج وکالت بلاعزل با حق توکیل غیر دارد که با جنون زوج در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد، از دادگاه تقاضای طلاق نماید. برخی بر این شرط سند نکاحیه ایراد گرفتند که این مورد در ماده ۱۱۲۱ قانون مدنی اشاره شده که جنون هریک از زوجین، به شرط استقرار اعم از اینکه مستمر یا ادواری باشد برای طرف مقابل، حق فسخ نکاح وجود دارد یا زوجه می تواند به دلیل جنون همسرش که از مصادیق عسر و حرج می باشد از دادگاه، تقاضای طلاق نماید پس نیازی به طرح مجدد در سند نکاحیه نیست؛ اما نگارنده بر این باور است که بخاطر حمایت از حقوق زنان و خانواده، این شرط، لازم و تاکید شده است و چنانچه زوجه به هر دلیلی (مانند صبر و تحمل تا شاید همسرش بهبود یابد) اقدام به فسخ نکاح ننماید با توجه به اینکه فسخ نکاح فوری است، حقتش پایمال می شود. و مضاف بر این در شرط وکالت در طلاق، زوجه، مهریه و هزینه اعمالی که تبرعا در زندگی مشترک انجام نداده است، دریافت می دارد.

د) از دیگر ایرادات وارده، طولانی شدن روند دادرسی است.

ر) عدم تفهیم زوجین به وسیله سردفتر از شروط و عواقب امضای آن، از جمله مواردی است که باعث بروز مشکلاتی در هنگام بروز اختلاف بین زوجین خواهد شد.

ز) در مورد شرط سوم از شروط مندرج در سند نکاحیه «ابتلاء زوج به امراض صعب العلاج به نحوی که دوام زناشویی برای زوجه مخاطره آمیز باشد» ممکن است ایراد گرفته شود که این شرط شامل بیماری لاعلاج نمی شود که در دادگاهها، این مورد نیز مشاهده

شده است. اما به نظر من نگارنده، بیماری لاعلاج به طریق اولی، دوام زناشویی را بیشتر به مخاطره می اندازد، پس این شرط، شامل امراض لاعلاج نیز می شود.

حاصل سخن: هرچند قانون سکوت نکرده است و با توجه به مشکلات مبتلابه زوجین، اصلاحاتی برای حمایت از خانواده و تعدیل در برقراری حقوق نسبتاً مساوی برای طرفین داشته است اما کافی نیست و نیاز به بازنگری دارد؛ واز لحاظ فقهی می توان گفت که درست است که به موجب حکم اولیه «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مِّنْ أَخْذِ بِلِلسَاتِقِ»، اختیار گسستن پیوند ازدواج به دست زوج داده شده است اما با توجه به مفاد قاعده عسروخرج که به صورت منصوص در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی آمده است، در صورت تحقق واثبات وموجبات عسروخرج زوجه، به حکم ثانوی نفی عسروخرج، آن حکم اولیه از میان رفته است (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳).

نتیجه گیری

برای بیان روش معصومین در استناد به قرآن باید از نظرات فقها در احادیث فقهی و مفسرین در آیات الاحکام و علوم دیگر مثل اصول فقه و حدیث جهت استنباط حکم فقهی بهره برد تا به شیوه‌هایی چون استناد به ظاهر و باطن، استناد به تعمیم و تخصیص قرآن، استناد به مفهوم و منطوق و استناد به ترکیب و سیاق آیات، دست یابیم؛ و از استناد امام صادق (ع) به تعمیم آیه «الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ» در این مقاله نتیجه می‌شود که حکم در این آیه عام است چون نوع مردان بر نوع زنان قیومت دارند پس طلاق باید در دست مردان باشد.

و نتیجه دیگر این که طلاق حکم است نه حق و حکم قابل انتقال و واگذاری به غیر نیست مگر وکالت به غیر که فقها در آن اتفاق نظر دارند و زن نیز کامل است و لذا وجهی ندارد که وکالت او را در طلاق بی اثر و غیر نافذ بدانیم بنابراین زوجه می‌تواند به عنوان وکالت یا توکیل در طلاق، در یکی از شرایط ضمن عقد نکاح، از زوج، وکالت رادرخواست نماید.

این شیوه امامان که مستدل به قرآن و مصون از خطا است، علاوه بر اینکه فقهی پویا را به دنبال دارد، می‌تواند الگوی مناسبی برای دانش پژوهان برای مراجعه درست به قرآن و نحوه ی استناد به آن در بیان حکم شرعی در مسیر اجتهاد باشد.

فهرست منابع

قرآن کریم ترجمه ناصر مکارم شیرازی

- ابن بابویه، محمد بن علی، (۱۳۸۶ ق)، علل الشرایع، چ ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، (۱۴۱۱ ق)، کتاب المکاسب، محقق و مصحح: محمد جواد رحمتی و سید احمد حسینی، چ ۱، قم: منشورات دار الذخائر.
- ایروانی، باقر، (۱۴۲۷ ق)، دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، چ ۲، قم: بی نا.
- بروجردی، محمدابراهیم، (۱۳۶۶)، تفسیر جامع، چ ۶، تهران: کتابخانه صدر.
- تبریزی، میرزا جواد، (۱۴۱۶ ق)، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب، چ ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹ ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چ ۱، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حسینی شیرازی، سید محمد، (بی تا)، ایصال الطالب الی المکاسب، چ ۱، تهران: منشورات اعلمی.
- خمینی، روح الله، (۱۴۲۱ ق)، کتاب البیع، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام (ره).
- _____، (بی تا)، تحریر الوسیله، چ ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ ق)، مفردات الفاظ قرآن، چ ۱، لبنان: دار العلم، سوریه: الدار الشامیه.
- شاه عبدالعظیمی، حسین، (۱۳۶۳)، تفسیر اثنی عشری، چ ۱، تهران: میقات.
- شریف الرضی، محمد بن حسین، (۱۳۷۱)، نهج البلاغه، مترجم: جعفر شهیدی، چ ۳، تهران: انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.
- _____، (۱۳۸۸)، نهج البلاغه، مترجم: محمد دشتی، چ ۲، قم: انتشارات نشتا.
- شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۱۱ ق)، اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه، چ ۱، قم: منشورات دارالفکر.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۲ ق)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه؛ شارح: سلطان العلماء، حسن بن محمد، چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- _____، (۱۴۱۳ ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۹۴)، شروط ضمن عقد، چ ۵، تهران: انتشارات مجد.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، محقق/ مصحح: عباس قوچانی، علی آخوندی، چ ۷، بیروت، لبنان: دار احیاء التراث العربی .
- صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، (۱۳۹۰)، مختصر حقوق خانواده، چ ۲۹، تهران: نشر میزان.
- طاهری، حبیب الله، (۱۴۱۸ ق)، حقوق مدنی (طاهری)، چ ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسیه حوزه علمیه قم.
- طباطبایی، محمدحسین، (۱۳۹۰ ق)، المیزان فی تفسیر القرآن، چ ۲، بیروت لبنان: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۸۰)، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، مترجم: علی کرمی، چ ۱، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰ ق)، الاستبصار فیما اختلف من الأخبار، چ ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- _____، (بی تا)، التبیان فی تفسیر القرآن، چ ۱، بیروت، لبنان: دار احیاء التراث العربی.
- _____، (۱۴۰۷ ق)، تهذیب الاحکام، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- _____، (۱۳۸۷ ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، چ ۳، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- _____، (۱۴۰۰ ق)، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، چ ۲، بیروت، لبنان: دارالکتب العربی.
- علم الهدی، علی بن الحسین، (۱۴۰۵ ق)، رسائل الشریف المرتضی، چ ۱، قم: دارالقرآن الکریم.

- عیاشی، محمد بن مسعود، (۱۳۸۰ ق)، تفسیر العیاشی، چ ۱، تہران: مکتبہ علمیہ الاسلامیہ.
- فاضل مقداد، مقداد بن عبداللہ، (۱۴۲۵ ق)، کنز العرفان فی فقہ القرآن، چ ۱، قم: انتشارات مرتضوی.
- فاضل جواد، جواد بن سعید، (۱۳۶۵)، مسالک الأفہام الی آیات الاحکام، چ ۲، تہران: مرتضوی.
- قطب راوندی، سعید بن ہبہ اللہ، (۱۴۰۵ ق)، فقہ القرآن، چ ۲، انتشارات کتابخانہ آیہ اللہ مرعشی نجفی .
- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ ق)، الکافی، محقق: علی اکبر غفاری، چ ۴، تہران: دار الکتب الاسلامیہ.
- گرچی، ابوالقاسم، (۱۳۹۵)، آیات الاحکام (حقوق و جزایی)، چ ۷، تہران: نشر میزان.
- مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۴)، مرآہ العقول فی شرح أخبار آل الرسول، چ ۲، تہران: دار الکتب الاسلامیہ.
- _____، (۱۴۰۶)، ملاذ الاخیار فی فہم تہذیب الاخبار، چ ۱، قم: کتابخانہ آیہ اللہ مرعشی نجفی
- محقق حلّی، جعفر بن محمد، (۱۴۰۸ ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چ ۲، قم: مؤسسہ اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۵)، قواعد فقہ، بخش مدنی، چ ۷، تہران: انتشارات سمت.
- _____، (بی تا)، بررسی فقہی حقوق خانوادہ، نکاح و انحلال آن، چ ۱، قم: بی نا.
- معلوف، لویس، (۱۳۶۷)، المنجد (فی اللغہ) چ ۳، تہران: چاپخانہ معراج، مہر.
- مقاتل بن سلیمان، (۱۴۲۳ ق)، تفسیر مقاتل بن سلیمان، چ ۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، (بی تا)، زبدہ البیان فی احکام القرآن، چ ۱، تہران: المکتبہ الجعفریہ لاحیاء الآثار الجعفریہ.
- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ ق)، دائرہ المعارف فقہ مقارن، چ ۱، قم: انتشارات مدرسہ امام علی (ع).
- _____، (۱۴۲۴ ق)، کتاب النکاح، چ ۱، قم: مدرسہ امام علی (ع).
- موسوی بجنوری، سید حسن، (۱۴۱۹ ق)، القواعد الفقہیہ، چ ۱، قم: نشر ہادی.
- نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳ ق)، منیۃ الطالب فی حاشیۃ المکاسب، تقریر: موسی بن محمد نجفی خوانساری، چ ۱، تہران: المکتبہ المحمّدیہ.