



حقوق اسلامی

بررسی تطبیقی طلاق در فقه و حقوق

(قسمت اول)

راحله سیدمرتضی حسینی

حقوق - ورودی ۷۵

طلاق بپردازیم.

تعریف و خصوصیت های طلاق^۱

طلاق مصدر است و به معنی رها شدن آمده و در اصطلاح طلاق ایقاعی است تشریفاتی که به موجب آن مرد، به اذن یا حکم دادگاه، زنی را که بطور دائم در قید زوجیت اوست، رها می سازد. از این تعریف خصوصیت های زیر استنباط می شود:

۱- طلاق ایقاع است؛ یعنی تنها به اراده مرد یا نماینده او واقع می شود و نیازی به موافقت زن ندارد. درست است که مطابق تبصره ماده ۳ از لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص زن و شوهر می توانند درباره طلاق توافق کنند و به استناد همین توافق از رجوع به دادگاه معاف شوند، ولی باید دانست که طلاق به تراضی یا با صدور حکم و اذن دادگاه انجام نمی شود. دخالت دادگاه یا تراضی مجوز واقع ساختن و ثبت طلاق در محضر است و در عمل حقوقی اثر ندارد.

۲- طلاق عمل تشریفاتی است؛ گذشته از این که وقوع طلاق در صورت اختلاف باید

امکان انحلال خانواده از اموری است که درباره سود و زیان آن گفتگو بسیار شده است. تعارض دلایل به گونه ای است که حقوق موضوعه کشورها و علمای اجتماعی نیز نتوانسته اند در این باب به توافق کامل برسند.

در لزوم پیش بینی طلاق استدلال شده است که اگر زن و مرد در زندگی مشترک خود احساس آسایش و نیک بختی نکنند، چرا باید ناگزیر از ادامه آن باشند؟ احترام به شخصیت و آزادی انسان ایجاب می کند که اگر نتوانسته است کانون محبتی تشکیل دهد تا پایان عمر محکوم به ادامه آن نباشد. باید در استقرار خانواده کوشید، ولی حفظ سلول فاسد نیز ثمری برای جامعه ندارد. پیش بینی طلاق به عنوان امری مکروه ولی لازم، مفید است اما باید موارد آن، در چارچوب اخلاق و باورهای عمومی محدود باشد.

در اسلام با همه توصیه هایی که در آن نسبت به حفظ خانواده و احتراز از طلاق شده است، از نظر حقوقی مرد می تواند هرگاه بخواهد زن خود را طلاق دهد و زن نیز اختیار دارد تا در موارد خاص از دادگاه درخواست طلاق کند.

در این مقاله سعی کرده ایم با بررسی تطبیقی طلاق در فقه و حقوق مدنی ایران به ابعاد مختلف از جمله تعریف، خصوصیت، موجبات و شرایط

۱- طاهری - حبیب الله: حقوق مدنی، جلد ۳

به اذن دادگاه باشد و تحصیل این اذن تشریفات خاص دارد، اصل ایقاع نیز تنها به رضای مرد واقع نمی‌شود و به شرایط ویژه‌ای نیازمند است. ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی در بیان همین شرایط می‌گوید: "طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد."

۳- طلاق به اذن یا حکم دادگاه واقع می‌شود؛ در موردی که زن خواستار جدایی است، بی‌گمان بایستی برای احراز وجود عسرو حرج در ادامه زندگی زناشویی از دادگاه حکم بگیرد و شوهر را بر مبنای آن اجبار به طلاق کند. ولی در فرضی هم که شوهر مایل به جدایی است بر طبق تبصره ۲ از ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص، بایستی با تشریفات خاص و پس از رجوع به داور، از دادگاه اذن به طلاق بگیرد. این اذن در قانون حمایت خانواده "گواهی عدم امکان سازش" نامیده می‌شود.

ضمانت اجرای تخلف از این حکم در قانون پیش‌بینی نشده است؛ ولی به نظر نمی‌رسد طلاق که بدون اذن دادگاه و خود سرانه واقع شود، باطل باشد.

۴- طلاق وسیله انحلال نکاح دائم است؛ اگر زناشویی برای مدت معین باشد - نکاح منقطع یا متعه - انحلال آن به وسیله بذل مدت از طرف شوهر یا در اثر تمام شدن مدت انجام می‌گیرد. چنانکه ماده ۱۱۲۰ ق. مدنی می‌گوید: "عقد نکاح به فسخ یا بطلان یا بذل

مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود."

۵- طلاق به اراده شوهر واقع می‌شود؛ البته مقصود این نیست که زن هرگز نمی‌تواند درخواست طلاق کند یا رأی دادگاه هیچ اثری در وقوع آن ندارد. زن حق دارد که با شرایط معین اجبار مرد را به طلاق بخواهد و دادگاه نیز در چنین موردی حکم به طلاق می‌دهد؛ ولی نکته در این است که باید بین موجبات طلاق و شرایط و ارکان وقوع آن تفاوت گذارد؛ در همه موارد، خواه در خواست کننده طلاق شوهر باشد یا زن، مرد باید صیغه طلاق را بگوید و آن را واقع سازد. در مواردی که زن درخواست طلاق دارد، دادگاه شوهر را اجبار به طلاق می‌کند و نمی‌تواند بطور مستقیم نکاح را منحل سازد (ماده ۱۱۲۹ ق.م)؛ منتها اگر شوهر به اختیار حکم را اجرا نکند دادگاه که مطابق اصول کلی، نماینده قانونی ممتنع است (الحاکم ولی الممتنع) از طرف او زن را طلاق می‌دهد. (بخش اخیر ماده ۱۱۳۰ ق.م)

موجبات طلاق^۱

با اینکه طلاق به اراده شوهر یا نماینده قانونی او واقع می‌شود اما گاه خود او مایل به طلاق دادن زن است و گاه زن از دادگاه می‌خواهد تا شوهر را به دادن طلاق اجبار کند.

قانون در هر دو مورد، به تناسب درخواست کننده طلاق، اذن یا حکم دادگاه را ضروری دانسته است؛ بدین معنی که به عنوان مقدمه باید از دادگاه

درخواست رسیدگی بشود. این درخواست، در مورد زن باید مستند به دلایل و جهاتی باشد که در قانون برای درخواست طلاق پیش بینی شده است و این جهات قانونی را "موجبات طلاق" می‌نامیم.

در قانون مدنی از نظر امکان جدایی، تفاوت کامل بین زن و مرد وجود دارد. در قوانین حمایت خانواده سعی شد که آن دو را در وضعی یکسان قرار دهند. با وجود این، چون تفاوت طبیعی زن و مرد امری نیست که با قانون بتوان آن را از بین برد، ناچار در همان امر نیز تفاوت در احکام تا حدودی اجتناب ناپذیر می‌نمود. ولی لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص دوباره نظام قانونی مدنی را با اندک تفاوتی برقرار ساخت؛ شوهر می‌تواند هرگاه بخواهد زن را طلاق دهد ولی ناگزیر است از دادگاه اذن بگیرد و این اذن در صورتی داده می‌شود که داوران منتخب نتوانند در اصلاح بین آن دو توفیقی به دست آورند ولی برعکس، زن تنها در موردی می‌تواند حکم به اجبار شوهر را از دادگاه بگیرد که موجب مشروعی داشته باشد.

بنابراین موجبات طلاق را بر حسب اینکه مربوط به زن یا شوهر است می‌توان به دو گروه تقسیم کرد و طلاق به توافق را به عنوان گروه سوم بر آنها افزود.

۱- کاتوزیان - ناصر: حقوق مدنی خانواده، جلد

به موجب مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی، زن در موارد زیر می‌تواند برای طلاق به دادگاه رجوع کند:

۱- عدم ایفای حقوق واجب: در مواردی که شوهر حقوق واجب زن را وفا نکند و اجبار او هم بر ایفا ممکن نباشد، زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند، یکی از حقوق واجب زن نفقه است؛ بنابراین در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم، شوهر او را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه (ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی).

در اینگونه موارد زن باید نخست از دادگاه صدور حکم به ایفای وظیفه زناشویی را بخواهد و هرگاه دادگاه به نفع زن حکم کند، لیکن اجرای حکم دادگاه و اجبار شوهر بر ایفای وظیفه به جهاتی ممکن نباشد، چنانکه مرد توانایی مالی برای پرداخت نفقه نداشته باشد، یا همچنان از همبستر شدن با زن خودداری کند، زن می‌تواند از نوبه دادگاه رجوع کند و تقاضای طلاق نماید. در این صورت دادگاه حکم به طلاق خواهد کرد و هرگاه مرد

این اختیار گردد و هر کسی به محض بروز اختلاف یا احساس بی‌میلی نسبت به زنش، فوراً اقدام به طلاق نماید، بلکه باید در فلسفه اصلی طلاق دقت نماید که اصولاً برای چه امر طلاق مشروع دانسته شده است؟

طلاق تنها در مواقعی است که استمرار زندگی میسر نبوده و نصایح و اندرزها موثر واقع نشده و موجب ظلم و تضییع حقوق باشد یا آنکه هرگاه مرد اراده کرد برای ارضای هوسهای خود و بدون علت موجهی بر خلاف دستورات مذهبی، اقدام به طلاق کند و زنی را بدبخت و فرزندانی را تیره روز بسازد.

بنابراین در قانون مدنی خاص، اراده مرد یکی از موجبات طلاق دانسته شده است لکن با دستور صریح آیه ۳۵ سوره نساء "وإن خفتم شقاق بینهما فابعثا حکماً من أهله و حکماً من أهله إن یریدا صلاحاً یوقف الله بینهما إن الله کان علیا خبیراً" داوری خویشان مرد و زن هنگام اختلاف تا حد امکان جلوی سوء استفاده از این اختیار و طلاق گرفته می‌شود اما اگر امکان سازش وجود نداشت، چاره‌ای جز "طلاق" نیست.

ب) مواردی که فقط زن می‌تواند تقاضای طلاق کند:

قانون مدنی در موارد خاص به زن اجازه داده که از دادگاه تقاضای طلاق کند. این موجبات از فقه اسلامی گرفته شده است.

[اولاً] - مرد هرگاه بخواهد می‌تواند زنش را طلاق دهد. (ماده ۱۱۳۳، ق.م.)

ثانیاً - زن در موارد خاصی طبق مواد ۱۰۲۹، ۱۱۲۹، ۱۱۳۰ قانون مدنی می‌تواند از دادگاه و حاکم شرع تقاضای طلاق نماید.

ثالثاً - زوجین با شرایط خاصی می‌توانند درباره طلاق، توافق کنند. این گونه طلاق را "خلع یا مبارات" می‌نامند.

بنابراین طلاق به یکی از طرق ذیل انجام می‌گیرد:

الف) اراده مرد:^۱ طبق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی، مرد هر وقت که بخواهد می‌تواند زنش را طلاق دهد. و این حکم مبتنی بر فقه اسلام است که اصولاً اختیار طلاق را به دست مرد سپرده است. و این قاعده را با غلبه احساسات در زن و اینکه در حقوق اسلامی مرد در تشکیل خانواده از سهم بیشتری برخوردار بوده و بار گران مخارج و مسئولیت خانواده بیشتر بر دوش او سنگینی می‌کند و به همین نسبت علاقه‌اش به برهم نوردن خانواده شدیدتر می‌باشد، توجیه کرده‌اند.^۲

وعده‌ای دیگر در توجیه اختیار مرد در طلاق گفته‌اند: هر زمان که شعله محبت و علاقه مرد خاموش شود، ازدواج از نظر طبیعی مرده است.^۳

البته باید توجه داشت که اعطای چنین اختیاری به مرد از طرف خدای بزرگ نباید موجب سوء استفاده از

(۱) طاهری - حبیب الله: همان منبع، جلد ۳

(۲) نوری - یحیی: حقوق زن در اسلام و جهان، ص ۲۲۷

(۳) مطهری - مرتضی: نظام حقوق زن در

اسلام، ص ۲۸۲

حاضر به طلاق نشود، نماینده دادگاه در دفتر رسمی حاضر می‌شود و از طرف مرد، زن را طلاق می‌دهد.

۲- سوء معاشرت: هرگاه سوء معاشرت شوهر با زن به حدی برسد که ادامه زندگی زن را با او غیر قابل تحمل سازد، در این صورت نیز قانونگذار حق تقاضای طلاق به زن داده است. (بند ۲ ماده ۱۱۳۰)

تشخیص اینکه آیا رفتار شوهر با زن طوری است که سوء معاشرت محسوب می‌شود یا نه و اینکه آیا سوء معاشرت به حدی است که ادامه زندگی زناشویی را غیر قابل تحمل می‌سازد، با قاضی است و مبنای داوری قاضی در این باب، عرف است نه خواسته‌های زن؛ مثلاً "هرگاه زن به استناد یک مشاجره لفظی تقاضای طلاق کند و ادعا نماید که با این مشاجره ادامه زندگی زناشویی غیر ممکن شده است، دادگاه نمی‌تواند به تقاضای او ترتیب اثر دهد.

۳- ابتلا به امراض مسری صعب العلاج: هرگاه بر اثر ابتلای شوهر به یک بیماری واگیر صعب‌العلاج، دوام زناشویی برای زن موجب مخاطره باشد، زن می‌تواند به حکم دادگاه طلاق بگیرد. (بند ۲ ماده ۱۱۳۰)

تشخیص اینکه مرد به یک بیماری واگیر صعب‌العلاج دچار شده، با پزشک متخصص است و قاضی با توجه به گواهی پزشک، حکم خواهد داد. اگر دادگاه طبق گواهی پزشک احراز کند که شوهر به یک بیماری

واگیر صعب‌العلاج مبتلا شده لیکن با توجه به قرائن و شواهد تشخیص دهد که دوام نکاح برای زن موجب مخاطره نیست، چنانکه مرد در بیمارستانی بستری شده و تا پایان درمان نتواند با زن تماسی که موجب سرایت مرض باشد برقرار کند، در این صورت دادگاه نمی‌تواند حکم به طلاق دهد.

۴- غیبت بیش از چهار سال: "هرگاه شخص چهار سال تمام غایب مسفوق‌الاثرباشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند." (ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی)

۵- اختیار همسر دیگر بدون رضایت زوجه: طبق بند ۳ از ماده ۱۱ "قانون حمایت خانواده"، هرگاه زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار کند، زن حق خواهد داشت از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش برای طلاق نماید."

در همین موارد سؤال و جوابی به شرح ذیل در کتاب شریف جامع الشتات مرحوم میرزای قمی آمده است:

"سؤال - هرگاه زید با زوجه خود بنای ناسازگاری گذاشته و پیوسته او را اذیت کند، بلکه این امر به زخم زدن و شکستن منتهی شده به آنکه زوجه مسطوره در مراعات حقوق زوجه دقیقه‌ای فروگذار نکرده است، زوج در حضور جمعی تصریح نموده که این زوجه برای من مصرفی ندارد و مطلقاً به او علاقه ندارم و مع ذالک او را

طلاق نمی‌دهد. هرگاه تعیین حاصل شود که باقی‌باقی زوجیت بین آن دو، ردع زوج از آن فعل منکر ممکن نشود. و مطمئن از این نیستند که زوجه را به قتل نرسانند، در این صورت که رفع فساد منحصر در طلاق باشد. آیا حکم شرع یا عدول مؤمنین می‌توانند او را اجبار بر طلاق نمایند یا نه؟

جواب - شکی نیست در اینکه چنانکه زوج را حقوق چند بر زوجه است که در تخلف از آنها زوجه ناشزه است، همچنین زوجه را بر زوج حقوقی چند هست که در تخلف آن، زوج ناشز می‌شود. و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوه او را به موافق شریعت مقدس بدهد یا او بدون وجه شرعی، کج خلقی نکند و او را اذیت نکند. پس هرگاه زوج تخلف کرد از حقوق زوجه و مطالبه زوجه نفعی نکرد، به حاکم شرع رجوع می‌کند و بعد از ثبوت در نزد حاکم، او را الزام و اجبار می‌کند بر وفای حقوق بر طلاق دادن زوجه، هرگاه برای حاکم علم حاصل شود به اینکه زوج، سلوک به معروف نمی‌کند و وفای به حقوق زوجه نمی‌کند، او را اجبار می‌کند بر طلاق و این اجبار منافی صحت طلاق نیست."^۱

از این سؤال و جواب نیز بخوبی بر می‌آید که هرگاه شوهر حقوق واجب زن را وفا نکند و اجبار او به ایفا ممکن نباشد، حاکم شوهر را اجبار به طلاق

(۱) جامع الشتات، کتاب الطلاق، ص ۵۰۸

به حکم قطعی در دادگاه محکوم شود. تشخیص اینکه جرمی مغایر حیثیت و شوون خانوادگی است با توجه به وضع و موقع طرفین و عرف و موازین دیگر با دادگاه می‌باشد.

این موارد، به استثنای مورد سوم که مخصوص زن می‌باشد، هم برای زن و هم برای مرد است و هر یک از زوجین می‌تواند به استناد یکی از موجبات مذکور تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کند. هرگاه گواهی مزبور به تقاضای زن صادر شود، مرد به دستور دادگاه مکلف خواهد بود با رعایت مقررات قانون مدنی در دفتر رسمی حاضر شده زن را طلاق دهد و اگر حاضر به طلاق دادن زن نشود نماینده دادگاه از جانب شوهر، زن را طلاق خواهد داد و ذیل سند طلاق را امضا خواهد کرد. البته این ترتیب در صورتی است که مرد ضمن عقد نکاح برای طلاق به زن

می‌کنند. لیکن در همین کشورها هرگاه زوجین با طلاق موافق باشند در عمل تحصیل آن دشوار نیست، چه آنان می‌توانند با ظاهرسازی و استناد به یک علت ساختگی مانند زنا یا اهانت شدید، حکم طلاق را به دست آورند. در قانون مدنی نیز طلاق به رضایت طرفین تحت عنوان خلع و مبارات به تبعیت از فقه اسلامی شناخته شده است.

(د) به موجب ماده ۱۱ قانون حمایت خانواده مواردی که هر یک از زن و شوهر می‌تواند در خواست طلاق کند:

۱- در صورتی که زن یا شوهر به حکم قطعی به مجازات پنج سال یا بیشتر یا به جریمه‌ای که بر اثر عجز از پرداخت، منجر به پنج سال حبس شود و یا به حبس و جریمه‌ای که مجموعاً منتهی به پنج سال حبس یا بیشتر شود محکوم گردد و حکم به حبس یا جریمه در حال اجرا باشد.

۲- ابتلا به هرگونه اعتیاد مضر که به تشخیص دادگاه به اساس زندگی خانواده خللی وارد آورد^۵ و ادامه زندگی زناشویی را غیر ممکن سازد

۳- هرگاه زوج بدون رضایت زوجه همسر دیگری اختیار کند.

۴- هرگاه یکی از زوجین زندگی خانوادگی را ترک کند، تشخیص ترک زندگی خانوادگی با دادگاه است.

۵- در صورتی که هر یک از زوجین در اثر ارتکاب جرمی که مغایر حیثیت خانوادگی و شوون طرف دیگر باشد

می‌کند و در صورت امتناع شوهر از طلاق، حاکم زن را طلاق می‌دهد و این طلاق شرعاً صحیح است.

امام خمینی علیه السلام چنین فرموده‌اند: "از شوون نفقه است که اگر چنانچه مردی با زن خودش بدرفتاری کند، فقیه او را اولاً نصیحت می‌کند و ثانیاً تأدیب می‌کند، اگر ادب نمی‌شود اجرای طلاق می‌کند."^۱

(ج) توافق زوجین: در فقه امامیه و قانون مدنی از "طلاق خلع و مبارات" بحث شده است که نوعی طلاق با توافق طرفین است. در طلاق خلع و مبارات زن مالی به شوهر می‌دهد تا از این طریق رضایت شوهر را برای طلاق جلب نماید. طلاق خلع، بر اساس کرامت زن و طلاق مبارات، بر اساس کراهت طرفین واقع می‌شود.

طلاق به عوض، بدون کراهت از ناحیه زن و شوهر را "شهید ثانی" نیز پذیرفته^۲ و مرحوم میرزای قمی پس از چهل سال مخالفت با نظر شهید ثانی، موافقت خود را با دلایلی چند با نظر شهید ثانی اعلام فرموده است.^۳ و صاحب جواهر سخت مخالف طلاق به عوض است و می‌گوید ای کاش میرزای قمی به مخالفت خود با شهید ثانی باقی می‌ماند، و دلایل میرزای قمی را نیز رد می‌کند.^۴

در حقوق ایران، توافق زوجین نیز یکی از موجبات طلاق است. در بعضی از کشورها مانند فرانسه طلاق به رضایت طرفین را جایز نمی‌دانند و آن را بر خلاف نظم عمومی تلقی

(۱) روزنامه کیهان، شماره ۱۰۸۴۶، ۱۲ آبان

۱۳۵۸

(۲) شرح لمعه، ج ۲، کتاب الطلاق، ص ۱۴۷

(۳) غنائم الایام: رساله فی انفراد الطلاق بالعوض عن الخلع، ص ۶۳۵ به بعد

(۴) جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۵۵

۵- طبق ماده ۱۱ آیین نامه اجرایی قانون حمایت

خانواده مصوب ۱۲ تیر ماه ۱۳۴۶ "منظور از اعتیاد

مضر، هر نوع ابتلاء به مواد مخدره یا نوشابه های

الکلی یا قمار یا امثال و نظایر آنهاست که استمرار

داشته بماند موجب صدمات و خسارات بهداشتی،

مادی و معنوی شخص معتاد یا همسر او گردد."

وکالت نداده باشد.

در حقیقت، قانون حمایت خانواده برای اینکه به سنن و مذهب تا حدی احترام بگذارد و به طلاق زنانی که طبق ماده ۱۱ این قانون گواهی عدم امکان سازش به دست می‌آورند صورت شرعی بدهد، از یک فن حقوقی پیش بینی شده در فقه اسلامی و قانون مدنی استفاده کرده و مقرر داشته است که مندرجات ماده ۱۱ قانون بصورت شرط ضمن العقد در سند نکاح (عقدنامه) قید و در این موارد به زن وکالت بلاعزل از جانب مرد برای اجرای طلاق داده شود (ماده ۱۷).

بنابراین در صورتی که مرد چنین وکالتی ضمن عقد نکاح به زن داده باشد زن می‌تواند پس از صدور گواهی عدم امکان سازش، خود را از طرف مرد مطلقه سازد.

از بررسی موجبات طلاق، به ترتیبی که گفته شد، این نتیجه به دست می‌آید که مواردی که زن می‌تواند تقاضای طلاق کند بیشتر از مواردی است که به مرد اجازه درخواست صدور گواهی عدم امکان سازش داده شده است.

وکالت در طلاق

دکتر امامی^۱ در کتاب حقوق مدنی خود در بحث طلاق در مورد وکالت در طلاق چنین می‌گوید: "هر امری را می‌توان به وسیله دیگری انجام داد مگر آنکه قانون آن را به عهده خود

شخص گذارده باشد؛ بنابراین کلیه اموری که قانون تصریح ننموده که قائم به شخص است و یا قرائن و اوضاع و احوال دلالت بر آن ننماید به وسیله غیر می‌توان آن را انجام داد.

طلاق از اموری نیست که قائم به شخص باشد والا نماینده قانونی شوهر ولی، وصی، قیم مجنون دائمی، نمی‌توانست آن را واقع سازد بنا بر این شوهر می‌تواند به دیگری وکالت و وکالت در توکیل غیر دهد تا زن او را طلاق گوید، همچنان که می‌تواند او را وکیل و وکیل در توکیل قرار دهد تا خود را مطلقه سازد؛ این است که ماده ۱۱۳۸ ق.م می‌گوید: "ممکن است

صیغه طلاق را توسط وکیل اجرا نمود؛ در صحت وکالت در طلاق فرق نمی‌نماید که زوج غایب باشد یا خیر."^۲

علامه حلی در کتاب شرایع الاسلام در مورد اینکه شوهر زن را در طلاق خود وکیل کند گفته^۳: جایز نیست. زوجه جواز است. مترجم گوید که شیخ استدلال نموده است بر عدم جواز به چند دلیل:

اول آنکه زن قابل طلاق است، پس نمی‌تواند که فاعل آن بوده باشد، چه یک چیز نمی‌تواند که هم قابل باشد و هم فاعل.

دوم قول پیغمبر (ﷺ) که "الطلاق بید من أخذ بالساق"، چه این قول اقتضا می‌نماید عدم صحت نیابت در طلاق. بیرون رفتن از آن غیر از زن، به دلیل، و باقی ماندن زن در تحت عموم آن. و

ابن ادریس و متأخران منع نموده‌اند دلیل اول را به دلیل آنکه تفاوت اعتباری کافی می‌باشد در فاعل و قابل. و دلیل دوم را به دلیل آنکه بر فرض تسلیمش دلالت بر حصر نمی‌کند و بر فرض تسلیم حصر، هر آنچه غیر از زن را بیرون می‌کند، چه زن نیز از حیثیت وکالت به زوج است. و دلیل ابن ادریس و متأخران نیز چند امر است: اول آنکه فعلی که نیابت بر می‌دارد، خصوصیت نسایی دون نایبی در آن مدخلیتی نمی‌دارد. و طلاق از جمله اموری است که نیابت بر می‌دارد. پس زن نیز نایب تواند باشد.

دلیل دوم ایشان آنکه حضرت پیغمبر (ﷺ) فرمودند: زنان خود را، دلیل سیم قیاس طلاق بر سایر عقود؛ زیرا که زن به فرض کامل می‌باشد، پس عبارتش معتبر است، چنانکه در سایر عقود، و مخفی نمی‌باشد ضعف این وجوه نیز مثل اول، چه اول در عین محل نزاع است، و دوم شاید که از خصایص آن حضرت باشد، و سیم ظاهر است که قیاس حجت نمی‌باشد.

اما مشهور فقها بر آنند که در طلاق وکالت جاری است؛ لذا مرد چه حاضر باشد و چه غایب می‌تواند دیگری را

(۱) امامی: حقوق مدنی، ج ۵، کتاب طلاق،

ص ۱۰

(۲) همان منبع

(۳) شرایع الاسلام، جلد ۲، ص ۷۶۰