

بررسی ماهیت و صحت یا عدم صحت تخییر و تملیک طلاق به زوجه در فقه مذاهب اسلامی

سید محمدصادق موسوی^۱، محمد روشن^۲، محمد امین فرد^۳، حمید فرشی^۴

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۲۵)

چکیده

مسئله تخییر زوجه در طلاق و تملیک حق طلاق به زوجه از جمله مباحث اختلافی بین مذاهب اسلامی است؛ در فهم معنای تملیک بین فقهای مذاهب اسلامی اختلاف نظر است؛ می‌توان گفت آنچه از تملیک برداشت می‌شود این است که تملیک طلاق از نظر ماهیت یک عمل حقوقی دوطرفه و الزام‌آوری است که در آن امکان انجام فعل طلاق به زوجه سپرده می‌شود، به نحوی که بتواند به اراده مستقل خود، خود را مطلقه سازد. اکثریت فقهای اهل- سنت تملیک طلاق را صحیح دانسته‌اند و لکن در فقه امامیه چنین عملی صحیح دانسته نشده است. قبول صحت تملیک طلاق با قواعد عمومی عقود و ایقاعات مغایرتی ندارد و خلاف مقتضای نکاح به نظر نمی‌رسد، هر چند که مغایرت با هدف و غایت از زوجیت که تمتع التذادی و تولید نسل است، دارد. در هر صورت به جهت وجود روایاتی که چنین عملی را صحیح نمی‌دانند می‌بایست معتقد به عدم صحت تملیک بود و باید پذیرفت که سهم‌بودن اراده زوجه در طلاق با پرداخت مالی از سوی او به زوج و در قالب خلع یا مبارات قابل پذیرش است. در مورد ماهیت تخییر احتمالات مختلفی بیان شده است و با توجه به آیات ۲۸ و ۲۹ سوره مبارکه احزاب می‌توان گفت تخییر تعهد یک‌طرفه غیرالزام‌آور نسبت به طلاق است که زوج می‌تواند از آن رجوع کند. تخییر به عنوان یک نهاد حقوقی

۱. دانشیار دانشگاه شهید مطهری / mousavi4535@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه شهید بهشتی / m-roshan@sbu.ac.ir

۳. دانشیار دانشگاه تبریز / aminfard11@gmail.com

۴. استادیار دانشگاه پیام نور (نویسنده مسئول) / h_farshi@yahoo.com

مستقل مورد پذیرش اکثریت اهل سنت است و در فقه امامیه هر چند موافقان انگشت‌شماری دارد، اما پذیرفته نشده است و انصاف این است که آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب علاوه بر اینکه در فقه امامیه جزو اختصاصات نبی مکرم اسلام ﷺ دانسته شده است، دلالتی بر تخییر ندارند.

کلیدواژه‌ها: تخییر، تملیک، طلاق، فقه مذاهب اسلامی، ماهیت.

طرح مسئله

بحث از حق طلاق یکی از مباحثی است که همواره مورد توجه قانون‌گذار و محاکم قضایی بوده و در آثار فقهای بزرگ و مؤلفین حقوقی بدان پرداخته شده است، زیرا طلاق و سهم هر یک از زوجین در آن از مباحثی است که تأثیر به‌سزایی بر زندگی زناشویی و حقوق خانوادگی افراد جامعه دارد. در فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران برای تحقق طلاق فروض مختلفی وجود دارد؛ یکی از فروض این است که زوج به اراده مستقل خود اقدام به طلاق نماید و نکاح را منحل کند و در صورتی که زوج چنین نماید، مالی را که بابت مهریه به زوجه داده است نمی‌تواند پس بگیرد. فرض دوم این است که زوج در قالب خلع خواهان طلاق باشد. در این فرض زوجه می‌تواند با پرداخت مبلغی معادل مهریه‌ای که دریافت کرده یا مبلغی توافقی، طلاق بگیرد زیرا زوج با نکاح و پرداخت مهریه قصد تمتع التذادی دارد و در صورتی که زوجه بتواند بدون جبران مالی که زوج به او داده است طلاق بگیرد امکان تمتع مرد را از بین برده است و پولی که زوج پرداخت کرده است در مقابل هیچ عوضی قرار نخواهد گرفت. البته باید توجه داشت که زوجه نمی‌تواند به اراده مستقل خود طلاق را واقع سازد و حتی در این فرض نیز باید زوج صیغه طلاق را جاری سازد. فرض سوم این است که زوج با اتکا به این مورد که ادامه زوجیت موجب عسر و حرج اوست، با مراجعه به حاکم طلاق بگیرد. در این فرض نیز همانند دو فرض قبلی زوج صیغه طلاق را جاری می‌کند و طلاق واقع شده منتسب به اراده اوست.

در فقه اهل سنت علاوه بر فروض فوق، بحث از تملیک و تخییر طلاق به زوجه نیز مطرح و قبول شده است. چنین بحثی در فقه امامیه نیز بی‌سابقه نبوده و بحث از تخییر زوجه در طلاق بین صاحب‌نظران امامیه موافقین و مخالفین دارد.

مطلب مهمی که در مورد تملیک و تخییر چندان توجه نشده است، توجه به ماهیت حقوقی این دو عمل است، زیرا از تملیک و تخییر برداشتهای مختلفی وجود دارد که بدون شک در پذیرش یا عدم پذیرش صحت تملیک و تخییر نقش اساسی دارد.

هم در تملیک و هم در تخییر، مطلب اصلی در مبنا و میزان اختیاری است که برای زوجه در طلاق ایجاد می‌گردد و در واقع این دو مفهوم ارتباط مستقیم با سهم‌کردن اراده زوجه در تصمیم‌گیری در مورد طلاق دارند از این رو تملیک طلاق به زوجه و مخیرکردن او در امر طلاق در کنار هم بررسی شده است.

در این مقاله دو مطلب مهم بررسی شده است: اول ماهیت تملیک و تخییر، زیرا یکی از اشکالات اصلی در مسئله تملیک و تخییر عدم وجود درک مشترک از این دو مفهوم است و بین مذاهب مختلف و حتی فقهای هر مذهب اتفاق نظر قطعی در مورد اینکه ماهیت تملیک و تخییر چیست وجود ندارد و به طور کلی این مطلب چندان بحث هم نشده است و از این رو در این مقاله سعی شده است تا ماهیت این دو مورد تبیین شود و ارتباط این دو عنوان با یکدیگر و همچنین ارتباط آنها با توکیل مشخص شود؛ زیرا علاوه بر اینکه ماهیت عمل حقوقی تملیک و تخییر به طور دقیق بررسی نشده است، تشخیص دقیق ماهیت چنین اعمالی می‌تواند تأثیر به‌سزایی در پذیرش یا عدم پذیرش صحت تملیک و تخییر داشته باشد.

بحث دوم، بررسی صحت یا عدم صحت تملیک و تخییر است؛ به این معنا که تملیک و تخییر در طلاق در کدام معنا می‌تواند صحیح باشد و در کدام معنا باطل.

بر این اساس این مقاله در صدد پاسخ به این سؤالات است که از نظر فقهی و حقوقی ماهیت تملیک طلاق به زوجه و تخییر زوجه در امر طلاق چیست؟ و آیا تملیک و تخییر طلاق به زوجه صحیح است یا خیر؟ و مبانی و ادله هر کدام چیست؟ و اینکه تملیک و تخییر به کدام معنا صحیح و به کدام معنا غلط است؟

پیشینه فقهی بحث^۵ و نظر مذاهب اسلامی در این خصوص

بحث در مورد تملیک و تخییر طلاق از مباحثی است که از بدو شکل‌گیری فقه اسلامی بدان توجه شده است، لکن همان‌گونه که اشاره شد، ایراد اصلی در این خصوص عدم وجود فهمی

۵. جهت اطلاعات بیشتر به دو تحقیق مستقل که در این خصوص وجود دارد، مراجعه نمایید: صفایی،

مشترک و واضح از ماهیت تملیک و تخییر است. تملیک و تخییر طلاق در مذاهب اسلامی موافقان و مخالفانی دارد:

۱. موافقان

در بین مذاهب اسلامی شافعیان (ر.ک: خطیب شربینی، ۱۳۷۷ق، ۲۸۵/۳؛ انصاری، ۱۴۱۸ق، ۱۲۹/۲؛ نووی، بی تا، ۴۵/۶-۴۴؛ مزنی، بی تا، ۱۹۳)، مالکیان (ر.ک: دردیر، بی تا، ۴۰۶/۲-۴۰۵؛ ۴۰۵؛ خطاب، ۱۴۱۶ق، ۳۸۸-۳۸۷/۵؛ مالک بن انس، ۳۲۳ق، ۳۷۳-۳۷۴/۲؛ مالک بن انس، ۱۴۰۶ق، ۵۶۳/۲) و حنفیان (ر.ک: سرخسی، بی تا، ۲۱۱/۶-۲۱۰؛ سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ۱۸۷-۱۹۱/۲؛ کاسانی، ۱۴۰۹ق، ۱۱۳-۱۱۸/۳؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ۳۴۷/۳) تخییر و تملیک طلاق را به معنای یک عمل حقوقی با ماهیت مستقل از توکیل و الزام آور صحیح دانسته‌اند. بین فقهای این مذاهب در مورد احکام و جزئیات تملیک و تخییر اختلافاتی وجود دارد، لکن در اصل مشروعیت این دو عمل اتفاق نظر است. حنابله نیز قائل بر صحت تخییر و تملیک هستند و اما آن را از باب توکیل می‌دانند و نه یک عمل حقوقی مستقل؛ از این رو باید توجه داشت مبنایی که در مذاهب اسلامی برای این بحث وجود دارد متفاوت از یکدیگر است.

هم‌چنین اقلیتی از امامیه نیز تخییر را صحیح دانسته‌اند، البته با رعایت شرایطی که در طلاق شرط است؛ همچون وقوع آن در طهر غیرمواقعه و اشهاد. در این صورت اگر تخییر بدون عوض باشد رجعی و در صورتی که با عوض باشد باین محسوب می‌شود. از جمله فقهای که تخییر را صحیح دانسته‌اند، ابن جنید است (ابن جنید، بی تا، ۲۶۷). هم‌چنین قبول صحت تخییر به ابن‌ابی‌عقیل نیز نسبت داده شده است، با قید اینکه: تا زمانی که در مجلس هستند و باید فوراً هم جدایی را انتخاب نماید (ر.ک: نجفی، بی تا، ۶۷/۳۲؛ فخرالمحققین، بی تا، ۳۰۸/۳). شریف مرتضی قبول صحت تخییر و تملیک را بدون ذکر نام به فقهای امامیه نسبت داده است و در خصوص تخییر می‌نویسد: «تخییر در طلاق جایز است، این نظر که تخییر و تملیک باطل است و به واسطه آنها مفارقت ایجاد نمی‌شود خطای قائلین به آن است، زیرا فقهای امامیه بر جواز تخییر فتوا داده‌اند و مفارقت با تخییر حاصل می‌شود و اخبار و روایات ائمه علیهم‌السلام مبین آن است» (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ق، ۲۴۱/۱) اما باید به این نکته توجه کرد که وی تخییر را نه یک نهاد حقوقی مستقل، که از باب وکالت می‌داند. یعنی

از نظر شریف مرتضی تخییر و تملیک در واقع نوعی توکیل است. کلام سید در این خصوص چنین است: «و ما أدري ما السبب في إنكار المتخير للمرأة و هل هو إلا توکیل في الطلاق، فالطلاق مما يجوز الوكالة» (همان، ۲۴۳/۱)؛ از این رو در واقع نباید ایشان را جزو موافقان به این معنا که تخییر عمل حقوقی مستقل دانسته شود برشمرد.

۲. مخالفان

اکثریت قاطع فقیهان امامیه تخییر را نپذیرفته‌اند و آن را جزو اختصاصات نبی مکرم اسلام ﷺ می‌دانند. از جمله فقیهانی که تخییر را صحیح نمی‌دانند، می‌توان به این افراد اشاره کرد: طوسی (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲۳۰/۵-۲۲۹)، ابن براج (ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۲۷۷/۲)، حلی (حلی، ۱۴۲۱ق، ۵۹/۴)، فخرالمحققین (فخرالمحققین، بی‌تا، ۳۰۸/۳)، شهید اول (شهید اول، ۱۴۱۱ق، ۱۷۹)، نجفی (نجفی، بی‌تا، ۶۹-۷۶/۳۲) و ابن‌ادریس حلی (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ۶۷۶/۲). به عنوان نمونه کلام ابن‌براج در این خصوص چنین است: «اگر زوج زوجه را در امر طلاق مخیر نماید... طلاق به جهت این تخییر واقع نمی‌شود».

ظاهریان (ظاهریه یکی از مذاهب است که داوود بن علی اصفهانی در سده سوم هجری تأسیس کرد. وجه تسمیه این مذهب توجه به ظاهر آیات قرآن و روایات پیامبر اسلام ﷺ است. اوج شکوفایی مذهب ظاهری در قرن پنجم توسط ابن‌حزم پدید آمد. ظاهریان بیشتر توجه خود را معطوف به معنای ظاهری آیات و روایات می‌کنند، منابع فقه را در قرآن، احادیث پیامبر و اجماع صحابه خلاصه می‌کنند و با قیاس و اجتهاد به رأی و استحسان و استصلاح سخت مخالفند) نیز صحت تفویض طلاق را به همه عناوین آن (اعم از تخییر، تملیک منکرند: ابن‌حزم در این خصوص معتقد است تخییر و تملیک و قراردادن امر زوجه در دست خودش ولو هزار بار هم که باشد هیچ اثری ندارد (رک: ابن‌حزم، بی‌تا، ۱۱۷/۱-۱۱۶).

تحلیل بحث

قبل از ورود به بحث از مفهوم تملیک و تخییر و صحت یا عدم صحت این دو باید به بررسی اختیار هر یک از زوجین و شیوه‌های مختلف انجام طلاق پرداخت.

۱. فروض مختلف وقوع طلاق در فقه

طلاق امری است که زوج می‌تواند به اراده مستقل خود از آن استفاده نماید، هم‌چنین زوج می‌تواند تحت شرایطی از دادگاه نسبت به طلاق درخواست نماید یا در قالب خلع طلاق بگیرد و لکن آنچه مسلم است بنا بر آیات و روایات موجود و اجماع فقها در این باب از نظر شرعی طلاق حقی است که اختصاص به زوج دارد. فحوای آیات مربوط به طلاق و خطاب آیات که در مورد طلاق‌دهنده با ضمیر مذکر و خطاب به مردان است و اینکه در مورد طلاق‌داده‌شده با ضمیر مؤنث و خطاب به زنان است، به‌وضوح نشانگر همین معناست (ر.ک: آیات ۱ و ۲ سوره طلاق و آیات ۲۲۷، ۲۲۸، ۲۳۰ و ۲۳۱ سوره بقره و آیه ۴۹ سوره احزاب و آیات دیگر). علاوه بر این، روایات متعددی نیز دلالت بر این دارد که مرد هر زمان خواست می‌تواند اقدام به طلاق نماید؛ از جمله حدیث مشهور: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق!»؛ طلاق از آن صاحب بضع است» که در منابع معتبر روایی اهل سنت نقل شده است (ابن ماجه قزوینی، بی تا، ۶۷۲/۱؛ بیهقی، بی تا، ۳۶۰/۷). فقهای شیعه نیز به آن استناد نموده‌اند. علاوه بر این، روایات متعدد دیگری نیز وجود دارد از جمله این روایت: «خمسة لا يستجاب لهم: رجل جعل الله بيده طلاق إمراته فهي توديه و عنده ما يعطيها و لم يخل سبيلها: پنج کس دعایش مستجاب نمی‌شود: مردی که خداوند طلاق زنش را در اختیار او قرار داده و زن او را اذیت می‌کند و مرد او را طلاق نمی‌دهد» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۲/۲۷۱). علاوه بر اینها به نظر می‌آید در اینکه طلاق فعلی است که انجام آن در اختیار مرد است، اختلافی بین فقها وجود ندارد و در تمامی کتب فقهی شرایط طلاق‌دهنده مربوط به مرد و شرایط طلاق‌داده‌شده مربوط به زن است.

هدف زوج از نکاح تولیدنسل و تمتع التذادی است. زوج با نکاح و تملیک مالی به زوجه حق استمتاع از زوجه را دارد و می‌توان گفت هرچند نکاح عقد تملیکی و معاوضی در معنای اخص کلمه نیست، اما در صورتی که زوجه بتواند تحت عنوان تملیک و تخبیر و بدون جبران مالی که به عنوان مهریه دریافت کرده است امکان تمتع زوج و در نتیجه امکان تولیدنسل را از بین ببرد و نکاح را بر هم زند، هدف و غایت از نکاح به‌راحتی از بین رفته و مالی که زوج به عنوان مهریه پرداخته است بلاعوض مانده است. در هر حال اگر زوج

۷. این روایت با اندک اختلاف نقل شده است؛ از جمله این‌گونه: «إنما يملك الطلاق من يأخذ بالساق».

بخواهد زوجه را طلاق دهد، پولی که به عنوان مهریه به وی داده است را نمی‌تواند پس بگیرد و اگر زن بخواهد طلاق بگیرد باید مبلغی را که دریافت کرده یا یک مبلغ توافقی به زوج بدهد و در قالب خلع یا مبارات طلاق بگیرد. یا اینکه زوجه با مراجعه به دادگاه و اثبات این مطلب که ادامه زوجیت موجب عسر و حرج است با حکم دادگاه طلاق بگیرد. در بحث تملیک و تخییر وضعیت چنین است که زن بدون پرداخت مالی به مرد و بدون جبران ضرر مالی زوج این امکان را می‌یابد تا اقدام به طلاق نموده و خود را مطلقه نماید. در واقع در تملیک و تخییر، طلاق (پس از واگذاری امر طلاق از سوی زوج به زوجه) از جانب زوجه انجام می‌پذیرد و زوجه از طرف خود اقدام به طلاق می‌کند نه از جانب و به نیابت از زوج.

۲. ماهیت تملیک و تخییر

یکی از مسائل مهم که موجب ایجاد اشکال در بحث تملیک و تخییر شده ابهام در ماهیت این دو عمل است و این سؤال مهم در این باب مغفول مانده است که در تملیک و تخییر به طور دقیق چه چیزی به زوجه تملیک می‌شود و در اختیار او قرار می‌گیرد؟ برای پاسخ به این سؤال باید توجه داشت که برداشت همه فقهای اهل سنت از تملیک و تخییر یکسان نیست؛ برخی تفویض طلاق را عنوان کلی می‌دانند که شامل سه مورد وکالت، تخییر و تملیک است (دردیر، بی‌تا، ۲/۴۰۵-۴۰۶؛ خطاب، ۱۴۱۶ق، ۵/۳۸۷) و برخی رساله (یعنی نوشتن صیغه طلاق و فرستادن آن به زوجه) را نیز بر این سه مورد افزوده‌اند و گروهی تفویض را همان تملیک دانسته‌اند (خطیب شربینی، ۱۳۷۷ق، ۳/۲۸۵؛ انصاری، ۱۴۱۸ق، ۲/۱۲۹). برخی نیز احتمال داده‌اند که تفویض توکیل باشد (نوی، بی‌تا، ۶/۴۵-۴۴). برخی تخییر را نوعی تملیک دانسته‌اند (سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ۲/۱۹۰؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۵ق، ۳/۳۴۷) و عده‌ای دیگر معتقدند تخییر نوعی توکیل است نه تملیک (ابن‌قدامه، بی‌تا، ۸/۲۸۸؛ بهوتی، ۱۴۱۸ق، ۵/۲۹۲) و نظرات دیگر. همین احتمالات در فقه امامیه نیز می‌تواند مطرح باشد.

۲-۱. تملیک

تملیک در لغت یعنی مالک‌گردانیدن کسی را بر مالی یا چیزی (دهخدا، ۱۳۷۷ش، ۲/۷۲۵)؛ در اصطلاح مالکیت یک امر اعتباری است در خصوص انتساب چیزی به شخصی و نتیجه

آن نیز سلطه فرد بر آن چیز است. طباطبایی یزدی در بیان حقیقت مالکیت بیان می‌دارد: «حقیقت مالکیت فقط یک اعتبار عقلایی است. عقلا چیزی را که در دست کسی قرار دارد (و متعلق به اوست) علقه‌ای بین او و چیزی که در اختیار وی می‌باشد اعتبار می‌کنند که این رابطه، منشأ تسلط وی بر آن چیز می‌باشد و یا اینکه آنچه اعتبار می‌کنند عبارت است از همان تسلط» (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸ ش، ۵۳/۱). در کتاب البیع نیز آمده است: «مالکیت، اعتباری عقلایی است که یکی از احکام آن عبارت است از قدرت بر تغییر و تحول آن مال» (خمینی، ۱۴۲۱ ق، ۲۵).

ارکان تملیک عبارت است از تملیک کننده، قبول کننده تملیک، مورد تملیک و سبب تملیک در تملیک کننده و قبول کننده تملیک. اهلیت برای تملیک و تملک شرط است. اثر تملیک قطع رابطه اضافی بین مالک و مملوک و اضافه مملوک به قبول کننده است و از این رو تملیک موجب جواز هر نوع تصرف مشروع توسط قبول کننده تملیک در مملوک می‌گردد (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۲ ش، ۶۳۶/۲).

با توجه به این مطالب، تملیک طلاق به این معنا خواهد بود که زوج اختیاری که در انجام طلاق دارد را به زوجه انتقال دهد و زوجه بتواند طلاق را انجام دهد، به نحوی که دیگر زوج نتواند از انجام طلاق توسط زوجه ممانعت کند. این برداشت نشانگر تفاوت بین تملیک و توکیل است و از این رو نظری که تملیک را توکیل می‌داند صحیح نیست.

مطلبی که می‌بایست به آن توجه کرد این است که نباید تملیک در مورد طلاق را به طور دقیق به همان معنایی که ذهن در مورد بیع یا هبه و امثال اینها به آن عادت دارد، دانست زیرا علاوه بر اینکه تملیک در معنای مطلق تسلط نیز استفاده می‌شود و در اصطلاح فقه هر سلطه قانونی را ملک نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸ ش، ۲۵۷۸/۳). برداشت قائلین به صحت تملیک نیز این نیست که با تملیک طلاق دیگر خود زوج نتواند طلاق دهد (ر.ک: کاسانی، ۱۴۰۹ ق، ۱۱۳/۳؛ دردیر، بی تا، ۴۰۶-۴۰۵؛ خطاب، ۱۴۱۶ ق، ۳۸۷/۵)، هر چند که از نظر ایشان تملیک یک عمل حقوقی الزام‌آور بوده و زوج بعد از تملیک نمی‌تواند از آن رجوع نماید. از این رو آنچه در تملیک به زوجه داده می‌شود سلطه‌ای است که زوجه بتواند به واسطه آن نکاح را برهم زند و خود را مطلقه کند. پس تملیک طلاق به معنای یک عمل حقوقی دوطرفه (قرارداد یا عقد) الزام‌آور است که در آن زوجه سلطه بر امر طلاق

خودش پیدا می‌کند. در واقع در تملیک زوج اختیار خود در انجام طلاق را به زوجه منتقل می‌کند.

در اینجا توجه به مفهوم انتقال از نظر فقهی و حقوقی می‌تواند در فهم صحیح از تملیک مؤثر باشد. نقل نیز همانند مالکیت یک مفهوم اعتباری است که در تعریف آن چنین بیان شده است: «تحویل طرف اضافه نقل به دیگری خواه به عوض باشد و خواه مجانی»^۸ (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ۱/۱۵). در تعریف دیگری آمده است: «نقل اعتباری... عبارت است از اینکه طرف اضافه عوض شود و چیزی دیگر جایگزین آن قرار گیرد»^۹ (نائینی، ۱۳۱۳ق، ۱/۹۷) و نیز: «نقل اعتباری خارج کردن مضاف‌الیه نقل از طرفیت آن و طرف اضافه غیر قرار دادن است»^{۱۰} (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ۱/۴۷)؛ بر این اساس با توجه به مفهوم تملیک و تعریفی که از نقل بیان شد، مراد از تملیک طلاق شامل مواردی می‌شود که زوج اختیار خود در انجام طلاق را به زوجه بسپارد و در نتیجه زوجه بتواند عمل طلاق را انجام دهد، به نحوی که طلاق واقع شده متناسب به اراده مستقل زوجه باشد و زوج نیز نتواند این حالت را تغییر دهد و از تملیک رجوع نماید و این برداشت غالبی است که در فقه عامه از تملیک (و اگر در برخی موارد از تخییر) وجود دارد. سرخسی در این خصوص چنین می‌نویسد: «و اگر مرد امر (طلاق) زنش را در اختیار او قرار دهد، حکم این مسئله همانند حکم مسئله تخییر است... زیرا زوج مالک امر زوجه است و با این لفظ (امرک بیدک) مملوک خود را به زوجه تملیک می‌کند و این صحیح و الزام‌آور است، به نحوی که زوج حق رجوع هم ندارد» (سرخسی، بی‌تا، ۶/۲۲۱). یکی از علمای مالکی مذهب در توضیح این مطلب معتقد است: «در تخییر و تملیک هر آنچه زوج مالک است برای زوجه قرار می‌دهد و توضیح می‌دهد که در واقع در تملیک، حق انشاء را به زوجه می‌دهد؛ بر خلاف توکیل که در آن، فرد دیگری را نایب خود در انشاء صیغه طلاق قرار می‌دهد» (دردیر، بی‌تا، ۲/۴۰۶-۴۰۵). حطاب در توضیح تفاوت بین توکیل با تملیک و تخییر می‌نویسد: «فرق بین توکیل با تخییر و تملیک این است که وکیل از باب نیابت عمل می‌کند و اما زنی که طلاق به او تملیک شده یا مخیر بین بقای بر نکاح و طلاق شده است عمل را از جانب خود انجام می‌دهند، زیرا این دو هر

۸. «هو تحویل طرف الاضافة منه الی غیره بعوض أو مجاناً».

۹. «و النقل الاعتباری... هو تبدیل الشیء عن طرفیة إضافة و جعله طرف إضافة اخری».

۱۰. «النقل الاعتباری إخراج الشیء عن طرف إضافة ملكیة نفسه الی الطرفیة لإضافة ملكیة غیره».

چیزی را که زوج مالک است مالک هستند» (خطاب، ۱۴۱۶ق، ۳۸۷/۵). و بر همین مبناست که بیان شده است: «قبول تملیک می‌بایست فی‌المجلس واقع شود، همان‌طوری که در قبول بیع چنین است» (سرخسی، بی تا، ۲۲۱/۶). بیان کاسانی حنفی‌مذهب نیز مؤید همین برداشت است. وی در مورد اینکه زوج به زوجه بگوید: «امرک بیدک» می‌نویسد: «اینه لازم من جانب الزوج حتی لایملک الرجوع عنه و لا نهی المرأة عما جعل إلیه و لا فسخ ذلک لأنه ملکها الطلاق و من ملک غیره شیئا زالت ولایتها من الملك: اگر زوج امر طلاق زن را در اختیار خودش قرار دهد، این امر برای زوج الزام‌آور است و نمی‌تواند از آن رجوع کند و نمی‌تواند زوجه را از استفاده از چیزی (انجام طلاق) که به او داده است نهی کند و هم چنین نمی‌تواند این انتقال طلاق به زوجه را فسخ کند، زیرا زوج طلاق (به عنوان مایملک خود) را به زوجه تملیک کرده است و هر کس که چیزی را به دیگری تملیک نماید دیگر نسبت به آن امر ولایت و اختیاری ندارد» (کاسانی، ۱۴۰۹ق، ۱۱۳/۳). او تخییر زوجه را هم تملیک می‌داند و احکام آن را با تملیک در امرک بیدک یکی می‌داند، مگر در برخی احکام از جمله: تعداد طلاقها (همان، ۱۱۸/۳).

در نتیجه تملیک طلاق یک عمل حقوقی دوطرفه است که در آن زوجه از جانب خود اقدام می‌کند و طلاق واقع شده منتسب به اراده اوست نه منتسب به اراده زوج. زوج هم نمی‌تواند از تملیکی که انجام داده است، رجوع نماید. با توجه به این مطالب یکی دانستن تملیک و توکیل یا قبول اینکه تملیک از باب توکیل است صحیح نیست و از این رو نظر آن دسته از فقیهان (چه در امامیه و چه در اهل سنت) که تملیک را از باب توکیل دانسته‌اند صحیح و قابل پذیرش نیست.

۲-۲. تخییر

در خصوص معنا و ماهیت تخییر احتمالات مختلفی بیان شده است و همان‌گونه که مرحوم نجفی معتقد است دلیل آن، تشویش کلمات عامه و خاصه در مراد از تخییر است؛ گذشته از صحت یا عدم صحت این موارد، در این خصوص شش احتمال مطرح شده است:

اول: اینکه تخییر از باب توکیل است یعنی زوج با مخیرکردن زوجه در امر طلاق در واقع وکالت به او داده است و تخییر کنایه از توکیل است. این نظر را نمی‌توان پذیرفت، زیرا همان‌گونه که بیان شد، تخییر ماهیتی متفاوت و مستقل از توکیل دارد.

دوم: اینکه تخییر در واقع همان تملیک است که هر دو از مصادیق تفویض هستند. این نظر نیز قابل پذیرش نیست، زیرا هرچند تخییر از مصادیق تفویض است و اما با توجه به تفاوت‌های تخییر و تملیک، تخییر ماهیتی مستقل و جدای از تملیک دارد. سوم: تخییر از باب تفویض است و اما مفهومی جدای از تملیک می‌باشد. این نظر با آنچه از ویژگی‌های تخییر برمی‌آید سازگار است.

چهارم: تخییر در واقع طلاق معلق است یعنی در آن زوج طلاق خود را معلق به اختیار طلاق توسط زوجه کرده است. آنچه از مفهوم تخییر زوجه در طلاق برداشت می‌شود با طلاق معلق متفاوت است، لکن اگر تخییر همان طلاق معلق به شرط باشد (به این نحو که طلاق معلق به رضایت زوجه باشد) می‌توان در فقه اهل سنت حکم به صحت آن داد و اما به جهت اینکه طلاق در فقه امامیه باید منجز باشد، تخییر در این معنا باطل خواهد بود.

پنجم: تخییر طلاق است که صیغه آن بالکنایه است و اینکه زوج به زوجه بگوید: «اختاری امرک» در واقع همین صیغه طلاق است اما صیغه صریح نیست؛ قبول این معنا برای تخییر نیز دور از آن چیزی است از سابقه تاریخی ادله تخییر استنباط می‌شود. همان‌گونه که در مورد تعلیق طلاق بیان شد در مورد کنایه نیز اگر منظور از قائلین به صحت تخییر کنایه از طلاق باشد (یعنی طلاق که صیغه آن بالکنایه است)، در فقه اهل سنت می‌توان تخییر را از این باب صحیح دانست و اما با توجه به اینکه در فقه امامیه صیغه طلاق باید صریح باشد، تخییر در این معنا نیز صحیح نیست.

ششم: تخییر نوعی طلاق است به نام «طلاق تخییری» که تخییر ایجاب آن و اختیار طلاق توسط زوجه قبول آن است همانند خلع و مبارات (جهت مشاهده این احتمالات ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ۸۰/۹؛ نجفی، بی‌تا، ۶۸/۳۲-۶۹ و ۷۵). در صورتی که تخییر در این معنا دانسته شود که مربوط به نحوه اعمال طلاق است نه نفس طلاق که در آن اراده زوجه نیز دخیل است، در این حالت می‌توان قائل به صحت تخییر بود و روایاتی که تخییر را صحیح می‌دانستند را حمل بر همین معنا کرد. اما اشکال این نظر در آن است که تخییر ماهیتی عهدی و غیرالزام‌آور دارد و از این رو نمی‌توان آن را نوعی طلاق قلمداد کرد.

عمده دلیل و سرمنشاء بحث از تخییر مربوط به آیات سوره مبارک احزاب و شأن نزول آن است که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكِ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعْنَنَّ وَ أَسْرَحْنَ سَرَاحًا جَمِيلًا* وَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَ رَسُوْلَهُ وَ الدَّارَ الْآخِرَةَ

فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا: ای پیامبر! به همسرانت بگو: «اگر خواهان زندگی دنیا و زینت آنید، بیایید تا مهرتان را بدهم و [خوش و] خُرْم شما را رها کنم و اگر خواستار خدا و فرستاده وی و سرای آخرتید، پس به راستی خدا برای نیکوکاران شما پاداش بزرگی آماده گردانیده است.» (احزاب، ۱۹-۱۸).

در مورد دلالت و جریان شأن نزول آیات اختلاف نظرهایی وجود دارد و لکن به طور اجمال می‌توان گفت زوجات حضرت رسول ﷺ، ایشان را در مضیقه نهاده و چیزهایی طلب می‌نمودند که خارج از توان مالی حضرت ﷺ بوده است (ر.ک: طوسی، ۱۴۰۹ ق، ۳۳۴/۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۷ ق، ۳۰۵/۱۶). استناد اصلی قائلین به صحت تخییر به این دو آیه است.

آنچه از مفهوم تخییر برداشت می‌شود این است که نخست: تخییر بر خلاف تملیک عمل حقوقی الزام‌آوری نیست و زوج می‌تواند از آن رجوع کند. قائلین به صحت تخییر نیز بر این مطلب اذعان دارند. دوم: تخییر ماهیت عهدی دارد نه تملیکی؛ عهدی دانستن تخییر با مفاد آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب سازگارتر است، زیرا مستفاد از این آیات این است که حضرت رسول اکرم ﷺ به همسران خود می‌فرماید: «اگر خواستید، بیایید تا شما را طلاق دهم» و طلاق منتسب به اراده خود حضرت ﷺ است، نه منتسب به اراده زوجات ایشان و همان‌گونه که پیشتر اشاره شد، اگر تخییر ماهیت تملیکی داشت، طلاق باید منتسب به اراده مستقل همسران پیامبر ﷺ می‌بود؛ بر این اساس آیات فوق نشان‌دهنده عهدی بودن تخییر هستند. سوم: تخییر بر خلاف خلع و مبارات یک تعهد یک‌طرفه است و از این رو باید تخییر را از نظر ماهیت ایقاع دانست. پس آنچه در تخییر به زوج داده می‌شود تعهد به طلاق دادن است و در واقع تخییر مربوط به نحوه اعمال حق طلاق است و نه خود حق طلاق.

در مقام جمع‌بندی مطالب فوق باید گفت:

نخست: تملیک و تخییر ماهیت جدای از هم دارند و نباید این دو را در یک معنا دانست و عمده تفاوت این دو در این است که تملیک الزام‌آور است و اما تخییر الزام‌آور نیست و تفاوت دیگر در این است که در ماهیت تملیک طلاق، مفهوم نقل مستتر است و این عمل یک عمل حقوقی تملیکی دوطرفه است، در حالی که تخییر علاوه بر یک‌طرفه بودن دارای ماهیت عهدی است.

دوم: ماهیت تملیک و تخییر غیر از توکیل است و این دو را نباید نوعی وکالت در طلاق دانست؛ از این رو در بررسی صحت یا عدم صحت تملیک و تخییر باید توجه داشت که قائلین به صحت یا عدم صحت، این دو را در چه معنایی در نظر گرفته‌اند. سوم: اکثریت مذاهب اهل سنت تملیک و تخییر را یک عمل حقوقی مستقل دانسته‌اند و اما حنابله تملیک و تخییر را از باب توکیل می‌دانند. در فقه امامیه نیز همان‌گونه که بیان شد، شریف مرتضی تخییر را همان وکالت دادن در طلاق دانسته است. با توجه به تفاوت‌های آشکاری که بین این دو عمل با وکالت دادن وجود دارد، قبول این مطلب که تملیک و تخییر از نظر ماهیت همان توکیل باشند، صحیح نیست.

۳. بررسی صحت یا عدم صحت تملیک و تخییر حق طلاق ۳-۱. تملیک

بر اساس آنچه در خصوص ماهیت تملیک طلاق بیان شد می‌توان گفت انجام طلاق و اختیاری که زوجین در آن دارند یک امر اعتباری است که این امر اعتباری منبعت از عوامل اجتماعی بوده است، به این معنا که جامعه انسانی صدر اسلام با توجه به خصوصیات و آداب و رسوم خود این امکان را برای مرد ایجاد کرده است تا با اراده مستقل خود، زن را طلاق دهد و از این رو اعتبار اینکه طلاق به اراده زوجه نیز انجام شود برای زوجه در قالب تملیک به معنای عمل حقوقی الزام‌آور تملیکی (و نه در معنای توکیل) بحث عقلی نبوده و با مانع عقلی مواجه نیست، لکن مطلبی که مانع قبول تملیک طلاق به زوجه می‌شود این است که این عرف اجتماعی به امضای شارع اسلامی رسیده و تبدیل به شریعت گشته است و شارع مقدس اسلامی همین اعتبار اجتماعی اولیه را تأیید کرده است. شاید پذیرش این عرف از سوی شارع به جهت این است که نکاح قراردادی است عرفی که بر پایه آن زندگی اجتماعی شکل می‌گیرد. زوج برای تشکیل خانواده علاوه بر پرداخت مهریه هزینه‌های زندگی زوجه را عهده‌دار می‌شود و دارای این حق می‌گردد که از زوجه تمتع التذادی داشته باشد و فرزندآوری نماید. اینکه زوجه بدون جبران مالی که زوج پرداخته است بتواند به اراده خود، خود را مطلقه نماید در مغایرت با حق تمتع التذادی زوج و ادامه نسل اوست و می‌توان گفت هدف از نکاح را از بین می‌برد.

مطالعه در روایات و متون فقهی نشانگر این است که شارع اسلامی با تأیید عرف اجتماعی، اجازه نداده است که امر طلاق در اختیار زوجه باشد (که به برخی از روایات دال

بر این امر در ادامه اشاره شده است) و تصمیم‌گیری در مورد طلاق به درخواست زن را به محکمه سپرده است تا با در نظر گرفتن شرایط مقرر در عسر و حرج یا مفقودالاثربودن شوهر، نسبت به اجبار زوج به طلاق دادن و در صورت استنکاف زوج یا مفقودبودن او، دادگاه به جهت «الحاکم ولی الممتنع» نسبت به طلاق دادن زوج اقدام نماید. در غیر موارد عسر و حرج، زن می‌تواند با توافق با زوج و پرداخت مالی به او طلاق بگیرد. و سپردن اختیار طلاق به نحوی که زوجه عن نفسها و بدون دخالت دادگاه و جبران خسارت مالی زوج بابت مهریه خود را مطلقه سازد، پذیرفته شده نیست. در مورد مرد هر چند شارع این اجازه را به زوج داده است تا به اختیار خود و بدون دخالت محکمه از طریق طلاق، نکاح را بر هم بزند، اما اعطای این امتیاز به زوج تلازمی با اذن در انتقال آن به دیگری ندارد.

باید توجه نمود که قائلین به صحت تملیک در واقع تملیک طلاق را به عنوان یک عمل حقوقی با تملیک در عقود همچون بیع قیاس کرده و یکی دانسته‌اند و همان‌گونه که اشاره شد برخی از احکام تملیک طلاق همچون عدم امکان رجوع را از راه قیاس با عدم امکان رجوع در بیع به دست آورده‌اند (سرخسی، بی‌تا، ۲۲۱/۶)؛ البته باید توجه داشت که عدم امکان رجوع در تملیک در واقع در مفهوم انتقال و نحوه اراده و توافق طرفین نهفته است و استناد به قیاس در اینجا وجهی ندارد، کما اینکه در خلع و مبارات نیز نحوه توافق طرفین مبنی بر پرداخت فدیة مانع رجوع زوج از طلاق است. یا در تملیک شرط دانسته‌اند که قبول فی‌المجلس باشد و دلیل این حکم را چنین بیان داشته‌اند که در بیع نیز قبول فی‌المجلس شرط است (همان‌جا). بر این اساس تملیک طلاق یک عمل حقوقی همچون بیع که در آن مایملک به مشتری منتقل می‌شود دانسته شده است و خود طلاق به صراحت مایملک مرد دانسته شده است (دردیر، بی‌تا، ۴۰۶/۲-۴۰۵). علاوه بر رد و قبولهایی که در مورد حجیت قیاس وجود دارد اشکالی که به استفاده از قیاس می‌توان وارد کرد این است که همان‌گونه که بیان شد تملیک در طلاق دقیقاً به همان معنایی که در عقود مانند بیع و هبه متصور است به کار نرفته است و از این رو قیاس آثار تملیک در بیع با طلاق صحیح به نظر نمی‌رسد.

به طور کلی علاوه بر اجماع^{۱۱}، دلیل اصلی دیگری که برای صحت تملیک طلاق وجود دارد قیاس آن با تخییر است (ر.ک: سرخسی، بی تا، ۲۱۰/۶). با توجه به عدم حجیت قیاس در فقه امامیه، تملیک قابل پذیرش نیست و علاوه بر این بایستی در نظر داشت که یکی دانستن عقدی همچون بیع با تملیک طلاق و تسری احکام بیع به آن با اشکالات زیادی مواجه است، زیرا همان گونه که بیان شد، منظور از تملیک در طلاق به طور دقیق با مفهوم نقل مالکیت در بیع انطباق ندارد و تملیک در مورد طلاق مفهوم خاص خود را دارد که عبارت است از ایجاد سلطه زوجه بر عقد نکاح، به نحوی که با اراده مستقل خود بتواند خود را مطلقه کند.

با توجه به اینکه در تملیک در واقع اختیار امر طلاق در دست زوجه قرار می گیرد و زوجه این امکان را پیدا می کند که طلاق را از جانب خود واقع سازد و خود را مطلقه نماید، از این رو روایاتی که قرار گرفتن امر طلاق در اختیار زن یا تصمیم گیری مستقل زوجه در مورد طلاق به نحوی که طلاق واقع شده منتسب به اراده او باشد را نفی می کنند، می توانند برای نفی صحت تملیک بررسی شوند.

در این خصوص در منابع روایی می توان به طور مشخص به دو روایت که هر دو از امام صادق علیه السلام است اشاره کرد:

۱. محمد بن یحیی از أحمد بن محمد از ابن فضال از هارون بن مسلم از بعض اصحاب امامیه نقل می کند از امام صادق علیه السلام که: «به امام علیه السلام عرض کردم: نظر شما در مورد مردی که امر طلاق زن را به اختیار خودش قرار داده چیست؟ می گوید امام علیه السلام به من فرمود کسی را ولی امر طلاق قرار داده که صلاحیت آن را ندارد و مخالفت با سنت نموده است» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۹۳/۲۲).

در این روایت قرار گرفتن امر طلاق در اختیار زوجه نفی شده و چنین امری مغایر سنت دانسته شده است.

سؤالی که مطرح است این است که آیا قرار گرفتن امر طلاق در اختیار زن را می توان همان تملیک در معنایی که بیان شد دانست؟ که به نظر می رسد پاسخ مثبت باشد و از این

۱۱. به طور کلی در فقه مذاهب اصلی اهل سنت برای تفویض که شامل تملیک و تخییر و توکیل و رساله است، ادعای اجماع شده است (به عنوان نمونه ر.ک: خطیب شربینی، ۱۳۷۷ق، ۲۸۵/۳؛ انصاری، ۱۴۱۸ق، ۱۲۹/۲) که البته با توجه مخالفت ظاهریان با تفویض به همه اقسام آن چنین ادعایی با اشکال مواجه است.

رو سپردن امر طلاق به زوجه به نحوی که بتواند با اراده مستقل خود، اقدام به طلاق نماید با سنت که حاکمیت اراده زوج در طلاق است مغایرت دارد. استناد به این روایت از نظر دلالت با مشکلی مواجه نیست و اما اشکالی که این حدیث با آن مواجه است این است که حدیث مرسل است و از نظر سندیت ضعف دارد و از این رو نمی‌توان به آن استناد نمود.

۲. محمد بن یحیی از احمد بن محمد از ابن فضال از ابن بکر از بعض اصحاب از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند: «در مورد زنی که مردی او را به تزویج خود در آورده و زن (مالی به عنوان) صداق به مرد پرداخت نموده و شرط کرده که جماع و طلاق در اختیار او باشد؛ امام علیه السلام فرموده‌اند با سنت مخالفت نموده و کسی را ولی حق ساخته که اهلیت آن را ندارد و حکم کردند بر اینکه صداق (در برخی نقلها نفقه ذکر شده) بر عهده مرد است و جماع و طلاق در اختیار او و این موافق سنت است» (کلینی، ۱۳۶۷ش، ۴۰۳/۶).

این روایت نیز مضمونی شبیه روایت اول دارد با این تفاوت که در این روایت سپردن امر طلاق به زوجه در قالب شرط بیان شده است و لکن اشکال این روایت نیز همانند روایت اول در ضعف سند آن است.

۲-۳. تخییر

همان‌گونه که اشاره شد، دلیل اصلی مشروعیت تخییر زوجه در طلاق که توسط قائلین به صحت تخییر به آن استناد شده، آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب است و نحوه استدلال به این شکل است که این آیات دلالت بر تخییر بین بقای بر نکاح و طلاق دارد و از آنجایی که سبب (یعنی تخییر) به ایشان (همسران پیامبر صلی الله علیه و آله) سپرده شده پس مسبب (مفارقت) هم در اختیار ایشان است و اگر همسران پیامبر صلی الله علیه و آله طلاق را انتخاب می‌کردند و جدایی اتفاق نمی‌افتاد، مخیرنمودن ایشان بی‌معنا بود (رک: خطیب شربینی، ۱۳۷۷ق، ۲۸۵/۳). ایراد وارد شده به این استدلال این است که مفاد آیات دلالت بر این ندارند که اختیار جدایی سبب برای مفارقت باشد و با تخییر، جدایی اتفاق افتد، بلکه آنچه از منطوق آیات برمی‌آید این است که برای جدایی، وقوع طلاق الزامی است و جدایی و رهاکردن، منتسب به اراده حضرت صلی الله علیه و آله است و نه منتسب به اختیار مفارقت توسط زوجات ایشان و می‌فرماید بگو اگر می‌خواهید بیایید تا شما را طلاق دهم و رها کنم.

در منابع روایی شیعی در خصوص تخییر دو دسته روایت وجود دارد: یک دسته از روایات تخییر را صحیح نمی‌دانند و دسته دیگر که هم از نظر تعداد و هم از نظر سندیت ارجحیت دارند و بالغ بر ده روایت هستند آن را صحیح دانسته‌اند. استناد قائلین به صحت تخییر زوجه نیز همین احادیث هستند؛ از جمله روایاتی که تخییر را صحیح دانسته‌اند عبارت است از:

۱. زراره از امام باقر^ع نقل می‌کند: «به امام^ع عرض کردم مردی زن خود را مخیر در طلاق نموده است، امام^ع فرمود تا زمانی که فی‌المجلس هستند زن اختیار دارد و هنگامی که جدا شدند دیگر مخیر نخواهد بود» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۹۴/۲۲).
۲. یعقوب بن یزید از ابن‌ابی‌عمیر از جمیل از زراره و محمد بن مسلم از یکی از صادقین^ع روایت می‌کند که: «اختیار صحیح نیست، مگر در طهر غیرموقعه با حضور شاهد» (همان‌جا).

از جمله روایاتی که تخییر را جایز ندانسته و آن را جزو اختصاصات نبی مکرم اسلام^ص می‌دانند و بالغ بر شش روایت هستند، چنین است:

۱. عیص بن القاسم می‌گوید: «از اباعبدالله^ع سؤال کردم از مردی که زنش را (در امر طلاق) مخیر کرده و زن طلاق را برگزیده آیا علقه زوجیت از بین می‌رود و زن از او جدا می‌شود؟ امام^ع فرمودند: خیر؛ تخییر زوجه (در طلاق) امری است که اختصاص به نبی^ص دارد و ایشان امر به آن شدند و چنان کردند...» (طوسی، ۱۴۱۴ق، ۸۸/۴-۸۷؛ حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۹۳/۲۲).

۲. محمد بن مسلم از امام صادق^ع نقل می‌کند که: «ایشان فرمودند برای زنان تخییر (در امر طلاق) نیست و تخییر امری است که خداوند آن را اختصاص به پیامبر^ص داده است»^{۱۲} (طباطبایی بروجردی، ۱۴۱۳ق، ۹۱/۲۲).

در توجیه تعارض این دسته از روایات نظرات مختلفی ارائه شده است؛ برخی روایاتی را که تخییر را صحیح دانسته‌اند را به دلیل موافقت با نظر عامه حمل بر تقیه کرده‌اند (ر.ک.:

۱۲. روی محمد بن مسلم عن ابی‌عبدالله^ع أنه قال ما للنساء (در المقنع للناس) و التخییر انما ذلک شیء خص الله به نبیه^ص.

۱۳. جهت مشاهده احادیث بیشتر ر.ک: حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۹۳/۲۲-۹۲، ح ۴-۱؛ کلینی، ۱۳۶۷ش، ۱۳۷/۶-۱۳۶، ح ۱-۶.

طوسی، ۱۳۸۷ق، ۵/۸۹-۸۸). احتمال دیگر اینکه زوج بعد از آن (یعنی بعد از اینکه زوجه را مخیر کرد و او جدایی را برگزید) خود صیغه طلاق را جاری کند. هم‌چنین برخی نیز بیان داشته‌اند که می‌توان این روایات را حمل بر استحباب طلاق کرد، به این معنا که کسی که زوجه خود را مخیر نموده و زن جدایی را انتخاب کند، بر زوج مستحب است که زوجه را طلاق دهد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۲/۹۶-۹۵).

حمل این روایات بر تقیه خالی از اشکال به نظر نمی‌رسد، زیرا این روایات نسبت به روایاتی که دال بر عدم جواز هستند هم از نظر تعداد بیشتر هستند هم از نظر سند ارجحیت دارند، زیرا در احادیث جواز حدیث مرسل و ضعیف نیز وجود دارد و لکن هیچ یک از این احادیث ضعیف نیستند (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۶ق، ۹/۸۷-۸۱). حمل بر استحباب نیز خالی از وجه است، زیرا در روایات صحبت از امکان اختیار مفارقت تا زمانی که در مجلس هستند و رعایت شروط لازم برای طلاق همچون اشهداد و طهر غیرمواقع است و اگر مراد روایات این بود که مستحب است زوج بعداً طلاق دهد این مباحث دیگر جایی نداشت.

این احتمال که بعد از تخییر، زوج خود صیغه طلاق را جاری کند با ظاهر آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب همخوانی بیشتری دارد، زیرا آنچه از ظاهر آیه و معنای سراح بر می‌آید این است که به صرف اختیار جدایی، مفارقت حاصل نمی‌شود بلکه جهت مفارقت، طلاق دادن لازم است این برداشت با عهدی و غیرالزام‌آور دانستن تخییر نیز سازگار است.

بر اساس مطالب فوق تملیک طلاق در معنایی که بیان شد با توجه به روایات موجود در فقه امامیه قابل پذیرش نیست و تخییر زوجه در امر طلاق نیز در هیچ یک از فروعی که برای ماهیت آن بیان شد قابل پذیرش نیست.

رابطه تخییر با تملیک

تخییر را نباید در معنای تملیک دانست و اصولاً در صیغه و احکام این دو نیز فرق است؛ تخییر با «اختاری» و «اختاری نفسک» و «اختاری امرک» بیان می‌شود و اما صیغه تملیک «امرک بیدک» و «طلاقک بیدک» و «ولیتک امرک» است. تخییر دائمی بودن و مطلق بودن که جزو اوصاف اصلی مالکیت است را دارا نیست و نظر غالب فقهای عامه نیز مؤید همین معناست، زیرا از نظر فقه اهل سنت اولاً تخییر فی المجلس اعتبار دارد و ثانیاً در تملیک، زوجه می‌تواند تعداد طلاقها را خود معین کند و زوج هم می‌تواند منکر این تعداد شود و

مدعی گردد که مثلاً یک یا دو طلاق را تملیک کرده است، در حالی که در تخییر حالتی است که چنین امکانی در آن نیست و در آن زن تنها بین بقا و مفارقت که سه طلاق محسوب می‌شود یکی را باید انتخاب نماید و مرد نیز نمی‌تواند مدعی شود که زن را بین بقا و یک طلاق یا دو طلاق یا سه طلاق مخیر کرده است.

رابطه تخییر با توکیل

ماهیت تخییر با توکیل نیز متفاوت است و تخییر زوجه به معنای توکیل نیست، زیرا در وکالت دادن در طلاق، زن می‌تواند خود انشاء طلاق نماید، در حالی که در تخییر انشاء صیغه طلاق انتساب به زوج دارد. در صورتی که تخییر را نهاد حقوقی مستقلی بدانیم (که مربوط به نحوه اعمال حق طلاق است) و نه انتقال اصل حق طلاق، در این حالت احتمال قبول صحت تخییر وجود دارد.

نتیجه

در جمع‌بندی و نتیجه‌گیری از مباحث فوق باید گفت: با توجه به آیات و روایات موجود و همچنین با توجه به اینکه تملیک طلاق به زوجه مغایر با هدف و غایت از نکاح دارد (و حق استمتاع و تولیدنسل زوج را بدون جبران ضرر مالی او از بین می‌برد) و زن تنها می‌تواند با جبران ضرر مالی زوج در قالب خلع و مبارات، طلاق بگیرد، لذا تملیک طلاق به زوجه به عنوان یک عمل حقوقی دوطرفه الزام‌آور صحیح نیست.

در مورد ماهیت و صحت تخییر باید گفت: تخییر به عنوان یکی از مصادیق تفویض یک عمل حقوقی یک‌طرفه و غیرالزام‌آور است که ماهیت عهدی دارد و متفاوت با تملیک و توکیل است. هم‌چنین نباید آن را طلاق معلق یا بالکنایه یا نوع مستقل و خاصی از طلاق دانست. با توجه به عدم دلالت آیات ۲۸ و ۲۹ سوره احزاب بر تخییر و وجود روایات متعارض در این خصوص نمی‌توان تخییر را در هیچ معنایی صحیح دانست.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن ادريس حلی، محمد بن منصور، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن براج، عبدالعزیز بن نحیر، *المهذب*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- ابن جنید، محمد بن احمد، *مجموعه فتاوی ابن الجنید*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی بالآثار*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن عابدین، محمدامین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- ابن ماجه قزوینی، محمد بن یزید، *سنن ابن ماجه*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- اصفهانی، سید محمدحسین، *حاشیه کتاب مکاسب*، قم، پایه دانش، ۱۴۲۵ق.
- انصاری، زکریا بن محمد، *فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- بحر العلوم، سید محمد بن محمد تقی، *بلغة الفقیه*، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف القناع عن متن الإقناع*، بیروت، منشورات محمدعلی بیضون؛ دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- بیهقی، احمد بن حسین، *السنن الکبری*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ش.
- جلالی، سید مهدی، «تفویض طلاق به زوجه در فقه اسلامی»، *مجله فقه مقارن*، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۹۳ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- خطاب، محمد بن محمد، *مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۶ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۱ق.
- خطیب شریبینی، محمد بن احمد، *مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج*، مصر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۷۷ق.
- خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۴۲۱ق.
- درذیر، احمد بن محمد، *الشرح الکبیر*، بی جا، داراحیاء الکتب العربیة، بی تا.

- دهخدا، علی اکبر، *نعت نامه*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷ ش.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- سمرقندی، محمد بن احمد، *تحفة الفقهاء*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۴ ق.
- شریف مرتضی، علی بن حسین، *رسائل الشریف المرتضی*، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة*، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الألفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۶ ق.
- صفایی، سید حسین، «وکالت زوجه در طلاق و تفویض حق طلاق به او»، *مجله حقوق*، شماره ۲۲، ۱۳۶۰ ش.
- طباطبایی بروجردی، سید حسین، *جامع أحادیث الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، الصحف، ۱۴۱۳ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم، *حاشیة المکاسب*، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۸ ش.
- طباطبایی، سید محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- طوسی، محمد بن حسن، *التبیان فی تفسیر القرآن*، قم، مکتب الاعلام الإسلامی، ۱۴۰۹ ق.
- همو، *الخلافة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۴ ق.
- همو، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المکتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، اسماعیلیان، بی تا.
- *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، پاکستان، المکتبة الحبیبیة، ۱۴۰۹ ق.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، تهران، دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۶۷ ش.
- مالک بن انس، *المدونة الكبرى*، مصر، مطبعة السعادة، ۱۳۲۳ ق.
- همو، *الموطأ*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ ق.
- مزنی، اسماعیل بن یحیی، *مختصر المزنی*، بیروت، دارالمعرفة، بی تا.
- نائینی، محمدحسین، *المکاسب و البیع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تهران، دارالکتب الإسلامیة، بی تا.
- نووی، یحیی بن شرف، *روضه الطالبین و عمدة المفتین*، بیروت، دارالکتب العلمیة، بی تا.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع)*، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۳۸۲ ش.