

## بررسی طلاق زوجه غایب مفقودالاثر از دیدگاه مذاهب خمسسه و قوانین موضوعه

افتخار دانش‌پور<sup>۱</sup>

(تاریخ دریافت: ۱۳/۱۲/۱۳۹۱، تاریخ پذیرش: ۹/۹/۱۳۹۲)

### چکیده

غایب مفقودالاثر یک اصطلاح حقوقی است که در قانون مدنی و قانون امور حسبی مورد استفاده قانون‌گذار قرار گرفته است. در این بین مسئله طلاق زوجه چنین فردی در حالات تأمین یا عدم تأمین نفقه مورد بررسی اجتهادی از سوی فقها می‌باشد. با توجه به مستندات روایی موجود و قبل از ورود به بحث تعارض در بین آنها و امکان جمع عرفی، از طریق مرجحات، می‌توان جواز طلاق را حتی به موارد تأمین نفقه تعمیم داد. در غیر این صورت، عدم دسترسی به نشان و اثری از این زوج و همراهی غیبت وی با عدم ایفای وظایف زناشویی و مشکلات و تبعات ناشی از آن برای زوجه، بررسی موضوع طلاق را برای او با توجه به عنوان «عسر و حرج» ضروری می‌گرداند. این پژوهش با مطالعه مبانی فقهی و حقوقی و بهره‌گیری از یویایی اجتهاد در استنباط مسائل مستحدثه و در راستای احقاق هرچه بهتر حقوق زوجه، با توجه به فتاوی‌های برخی فقها، به دنبال روشن کردن این مطلب است که آیا صدور حکم طلاق زوجه چنین فردی پس از ارائه دادخواست و قبل از اتمام دوره چهار سال، ممکن و منطبق با موازین شرعی است؟ تا به این وسیله رأی صواب و قول صائب در این جهت مشخص گردد.

**کلیدواژه‌ها:** غایب مفقودالاثر، طلاق، عسر و حرج، انقضای مدت چهار سال.

۱. استادیار دانشگاه مذاهب اسلامی / ef\_daneshpoor@yahoo.com

## مقدمه

نیاز طبیعی زوجه به روابط زناشویی، از جمله حقوق غیر مالی او است که گاهی عدم ایفای این وظیفه از سوی زوجی با عنوان غایب مفقودالاثراً، مراتب عسر و حرج را برای وی فراهم می‌آورد. آیا در شرایط عسر و حرج ناشی از غیبت منقطعه زوج، زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند؟ و آیا دادگاه می‌تواند قبل از مدت تعیین شده و انجام تشریفات، در صورت یأس از حیات زوج، حکم طلاق چنین زوجه‌ای را صادر نماید؟ وضعیت عده چنین زوجه‌ای به لحاظ (طلاق یا وفات) چگونه است؟

شرایط موجود فعلی، به گونه‌ای است که بسیاری از مردان متأهل مفقودالاثراً می‌شوند و این امر منشأ ایجاد مشکلات و گرفتاریهای گوناگون گردیده است و متأسفانه این موضوع، آن‌گونه که باید مورد بحث و تحلیل واقع نشده است. انحلال نکاح به صورت صدور حکم موت فرضی و طلاق براساس حکم صادره از طرف دادگاه، به درخواست زوجه غایب مفقودالاثراً امکان‌پذیر می‌باشد که البته منشأ آثار و نتایج متفاوتی خواهد بود.

با توجه به عدم انحصار شریعت اسلام در احکام اولیه و درهم تنیدگی فقه با مسائل انسانی و اجتماعی به عنوان برنامه عملی زندگی و بایستی هماهنگی آن با تحولات در زمینه حقوق غیرمالی زوجه غایب و از جمله طلاق او و با توجه به تغییرات حاصله در شیوه‌های کنونی ارتباطات و نیز محسوس بودن خلأهای موجود، ضرورت تحقیق و بررسی این موضوع، لازم به نظر می‌رسد. علاوه بر این، قوانین ایران به خصوص در زمینه حقوق مدنی تا حدود زیادی برگرفته از فقه می‌باشد که چنانچه تغییری در موضوعات فقهی حاصل گردد، به تبع آن می‌توان به اصلاح و تکمیل قوانین پرداخت. به طور مسلم این امر، تأمین هرچه بهتر سلامت روحی و روانی زن، خانواده و اجتماع را نیز به همراه خواهد داشت. در این راستا تقارن و بررسی مبانی فقه امامیه و فقه مذاهب اربعه خالی از فایده نخواهد بود.

## مفهوم غایب مفقودالاثر

غیبت در فقه به دو معنای منقطعه و غیرمنقطعه به کار رفته است و آنچه مبنای بحث ما در این نوشتار قرار می‌گیرد، غیبت منقطعه است، به گونه‌ای که هیچ دسترسی به غایب و اخذ خبر از او ممکن نباشد که در اصطلاح چنین غایبی را مفقودالاثر می‌نامند.

مشهور فقهای امامیه، مفقودالاثر را فردی می‌دانند که به علت طولانی شدن مدت غیبت خبری از او در دست نباشد و زنده یا مرده بودنش معلوم نباشد. در مقابل رأی مشهور که اسباب فقد مفقودالاثر را مطلق معرفی نموده، برخی از فقها بر این نظر هستند که مراد از «مفقود» در روایات مربوطه تنها کسی است که برای سفر رفته و خبری از او در دست نباشد؛ زیرا در روایات صحبت از نامه‌نگاری و ارسال آن به مکانهای مورد نظر جهت فحص است، در حالی که انجام این تشریفات برای افرادی که در جنگ و یا موارد دیگر مفقود می‌شوند، ممکن نخواهد بود. بنابراین در این مورد اخیر حصول علم عادی به عدم حیات می‌تواند جواز نکاح زوجه او را بدون انجام تشریفات مربوطه به همراه داشته باشد. در این دیدگاه، کسانی که در غیر از سفر مفقود می‌شوند، هرگاه مورد تفحص قرار گیرند و اخباری در مورد آنها به دست نیاید، با گذشت مدتی حتی کمتر از چهار سال، علم عادی به موت آنها حاصل می‌گردد و زوجات ایشان چه در حالت تأمین یا عدم تأمین نفقه، می‌توانند پس از عده وفات ازدواج کنند، اگرچه رفع امر به حاکم نکنند (بحرانی، بی تا، ۴۸۹/۲۵ و ۴۹۰). البته نظر ایشان مورد نقد برخی دیگر از فقها نیز واقع شده است (نجفی، بی تا، ۲۹۳/۳۲). به هر حال قانون مدنی در ماده ۱۰۱۱ خود به تبعیت از رأی مشهور در تعریف مفقودالاثر چنین می‌گوید: «غایب مفقودالاثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد».

## بررسی دیدگاه فقه امامیه

### ۱- نظر مشهور فقهای امامیه

مطابق با نظر مشهور فقهای امامیه، زوجه غایب مفقودالایر برای طلاق ناگزیر است پس از دادخواست امر خود به حاکم، مدت چهارسال انتظار بکشد تا امر تفحص در مورد زوج غایب انجام گردد و پس از انقضای این مدت می‌تواند براساس رویکردی که در فقه تعیین شده، طلاق بگیرد. البته اگر در هنگام جستجو، متوجه حیات وی شدند، زن باید منتظر بماند، اگرچه این انتظار تا آخر عمرش به طول انجامد. اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه، بدین‌سان فتوی داده‌اند (مفید، ۱۴۱۴ق، ۳۳؛ ابن‌زهره، بی‌تا، ۲۵۷؛ محقق حلی، بی‌تا، ۳۹/۳؛ ابن‌ادریس، بی‌تا، ۳۵۸؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۴۶۶؛ خمینی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۰/۲؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ۳۲۶/۲؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶ق، ۳۳۸/۲). مستند حکم مذکور روایاتی است که برخی فقها آنها را در شش مورد انحصار داده و سایر روایات را منقول از اهل سنت دانسته‌اند (بحرانی، بی‌تا، ۴۸۱/۲). روایات در این موضوع از قرار هستند:

۱. صحیحہ برید بن معاویه: برید بن معاویه می‌گوید: از امام صادق(ع) پرسیدم مردی که مفقود است، زنش چه باید بکند؟ فرمود: تا مادامی که ساکت است و صبر می‌کند، کاری با وی ندارند، چنانچه شکایت به محکمه برد، قاضی او را تا چهار سال امر به صبر می‌کند و خود با نوشتن نامه به مأمورانش در اطراف سرزمینی که مرد در آنجا مفقود شده و صدور دستور پیگیری، از حال او سؤال می‌کند. اگر در این مدت خبر زنده بودن او آمد، زن صبر می‌کند و اگر خبری از او و زنده بودنش نشد و چهار سال گذشت، قاضی ولی آن مرد را احضار کرده و می‌پرسد که آیا این شخص گمشده مالی دارد؟ پس اگر دارای ثروتی بود، از آن نفقه زن را می‌پردازند تا اینکه خبر مرگ یا حیات او معلوم شود و اگر ثروتی نداشت، به ولی او دستور می‌دهد که مخارج این زن را بدهد و اگر ولی به دادن نفقه حاضر شد، زن راهی جز صبر ندارد و تا زمانی که نفقه‌اش را آن شخص می‌پردازد، نمی‌تواند تقاضای طلاق کند و اگر از دادن نفقه دریغ نمود، حاکم یا قاضی او را وادار می‌کند که از جانب شوهر، آن زن را در حال پاکی طلاق دهند و این طلاق به منزله طلاق شوهر

محسوب می‌شود. پس اگر پیش از تمام شدن عده (از روزی که ولی آن گمشده، زن را طلاق داده است)، شوهر پیدا شد و به خاطرش رسید که رجوع کند، می‌تواند چنین کند و دو طلاق دیگر زن نزد آن مرد باقی می‌ماند و اگر زمان عده پیش از آنکه شوهر بیاید و رجوع کند، گذشت، برای زن حلال می‌شود که هر شوهری را بخواهد اختیار و ازدواج کند و چنانچه شوهر اول باز آید، راهی به آن زن نخواهد داشت (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۰/۱۵؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳ق، ۲۵۴/۵).

این روایت در *الکافی و تهذیب الاحکام* با اندکی تفاوت نقل شده است و برخی بزرگان در بررسی سند، آن را صحیح دانسته (نجفی، بی‌تا، ۲۸۸/۳۲) و گروهی نیز آن را حسن برشمرده‌اند (مجلسی، ۱۳۹۷ق، ۲۴۶/۲۱).

۲. روایت شیخ صدوق: شیخ صدوق به گونه مرسل روایت نموده که اگر شخص مفقود ولی نداشت، حاکم شرع او را در حضور دو شاهد عادل طلاق می‌دهد و طلاق او همانند طلاق شوهر است و زن چهار ماه و ده روز عده وفات نگه می‌دارد و بعد اگر خواست شوهر کند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۰/۱۵).

۳. خبر سکونی: سکونی از امام صادق(ع) و ایشان از امام باقر(ع) نقل کرده است که امام علی(ع) در مورد مفقود فرمود: همسر او نمی‌تواند ازدواج کند، مگر اینکه خبر مرگ او یا طلاقش و یا پیوستن او به مشرکان برسد (همان).

۴. صحیح حلی: حلی نقل کرده است که از امام صادق(ع) در مورد مفقود سؤال شد؛ فرمود که هرگاه چهار سال از فقد او بگذرد؛ والی برای جستجو و تفحص از او کسی را به منطقه‌ای که گم شده می‌فرستد یا به آنجا نامه می‌نویسد، اگر خبری از او واصل نشد، به ولی او امر می‌کند که نفقه زوجه را بدهد و تا مادامی که نفقه او داده شود، این زن زوجه او است. راوی می‌گوید: از امام سؤال شد که همسرش گوید قصد ازدواج دارم و می‌خواهم مانند سایر زنان همسری اختیار کنم. امام فرمود: چنین حقی ندارد و کرامت و فضیلتی هم نیست. اگر ولی یا وکیل زوج، نفقه همسرش را ندهد، والی وی را امر به طلاق می‌کند و این طلاق واجب است (همان).

برخی بزرگان این خبر را صحیح دانسته (نجفی، بی تا، ۲۸۸/۳۲) و گروهی نیز آن را حسن برشمرده‌اند (مجلسی، ۱۳۹۷ق، ۲۴۶/۲۱).

۵. خبر ابوالصباح کنانی: ابوالصباح کنانی روایت کرده است که از امام صادق(ع) در مورد زنی سؤال شد که شوهرش چهار سال است گم شده و کسی هم نفقه او را نمی‌دهد و معلوم نیست که اصلاً او زنده است یا مرده، آیا می‌توان ولی‌اش را بر طلاق زوجه وی اجبار کرد؟ فرمود: آری اگر ولی نداشته باشد، سلطان او را طلاق می‌دهد. راوی سؤال کرد: اگر ولی بگوید: من نفقه‌اش را می‌دهم، امام فرمود: در این صورت او را نمی‌توان اجبار به طلاق کرد. راوی می‌گوید: پرسیدم اگر زن بگوید: من هم مثل سایر زنان دوست دارم شوهر داشته باشم و نمی‌توانم صبر کنم و با این وضعیت در خانه نشینم، امام فرمود: چنین حقی ندارد و کرامت و فضیلتی نیست، اگر نفقه‌اش را بدهد (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۰/۱۵).

برخی از بزرگان فقها سند این خبر را مجهول دانسته‌اند که در این صورت، خبر ضعیف است (مجلسی، ۱۳۹۷ق، ۲۴۷/۲۱).

۶. موثقه سماعه: سماعه گوید: از او در مورد مفقود سؤال نمودم، فرمود: اگر می‌دانند در کدام سرزمین است، در این صورت تا آخر عمر هم که شده باید منتظر او بماند، تا اینکه خبر مرگ یا طلاق او بیاید و اگر نمی‌دانند در کدام سرزمین است و هیچ نامه و خبری از او در دست نیست، در این صورت همسرش می‌تواند نزد امام بیاید و جریان را بگوید، امام برای او یک مدت چهار ساله تعیین می‌کند که منتظر بماند و در این مدت تفحص و جستجو می‌کنند، اگر چهار سال بگذرد و هیچ خبری از او به دست نیاید، در این صورت امام به او دستور می‌دهد که چهار ماه و ده روز عده نگه دارد و سپس می‌تواند ازدواج کند، حال اگر شوهرش پس از انقضای عده بیاید، نمی‌تواند به او رجوع کند و اما اگر زمانی بیاید که او هنوز در عده است، در این صورت می‌تواند به او رجوع کند (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۰/۱۴).

گروهی از فقها این خبر را موثق دانسته‌اند (نجفی، بی تا، ۲۸۹/۳۲؛ مجلسی، ۱۳۹۷ق، ۲۴۸/۲۱). البته این خبر مضمّر می‌باشد، اما به نظر می‌رسد که چون کلینی آن را بعد از خبر ابوالصباح آورده، کسی که از او سؤال شده، امام صادق(ع) باشد.

## ۲- تحلیل نظر مشهور فقهای امامیه

مشهور فقهای امامیه، وضعیت زوجه مفقودالاثر را در دو حالت عدم پرداخت یا پرداخت نفقه تفصیل می‌دهند. در حالت نخست (عدم پرداخت نفقه)، در صورتی که زوجه شکایت خود را نزد حاکم برده و درخواست طلاق نماید، حاکم می‌تواند پس از تفحص او را طلاق دهد. مستند این حکم روایات مذکوری است که با صراحت درصدد اثبات این حکم هستند و مجالی را برای استناد به قاعده «لا ضرر و لا حرج» باقی نمی‌گذارند. اما در حالت دوم (پرداخت نفقه)، در صورتی که شخص مفقودالاثر از خود مالی باقی گذاشته و یا ولی‌ای داشته باشد که نفقه زن را تأمین کند، زن باید صبر نموده و حق طلاق ندارد، هرچند به اندازه عمرش این انتظار به طول انجامد. مستند این رأی را برخی فقها، بعد از ادعای اتفاقی بودن این حکم و عدم وجود خلاف در آن، اصالت بقای نکاح و نصوص وارده در این مورد دانسته‌اند (نجفی، بی تا، ۲۸۸/۳۲).

این در حالی است که مشهور فقها با جمع عرفی بین این اخبار و حمل مطلق بر مقید، قائل به عدم جواز طلاق در حالت دوم شده‌اند، در حالی که می‌توان این طلاق را جایز دانست؛ زیرا از حیث رجوع به باب مرجحات، می‌توان به نوعی موثقه سماعه را راجح بر اخبار دیگر دانست؛ بدین طریق که از میان نصوص وارده، خبر سکونی به دلیل هماهنگی با رأی عامه (شافعیه و حنفیه)<sup>۲</sup> و احتمال تقیه در آن مردود می‌باشد (بحرانی، بی تا، ۴۸۸/۲۵)، خبر ابوالصباح کنانی نیز به علت وجود فردی مجهول در سلسله سند ضعیف دانسته شده است (مجلسی، ۱۳۹۷ق، ۲۴۶/۲۱)، روایت صدوق نیز که مرسل می‌باشد. بنابراین مستند اصلی در این باب، سه روایت

۲. براساس روایتی که عامه از پیامبر(ص) نقل کرده‌اند که حضرت فرمود: «تصبر امرأة المفقود حتی یأتیها یقین موته أو طلاقه» (به نقل از: نجفی، بی تا، ۲۹۰/۳۲).

صحیح برید بن معاویه، صحیح حلی و موثق سماعه می‌باشند که دو روایت اول نسبت به امر تأمین نفقه مقید هستند و روایت اخیر در این مورد مطلق است.

در صحیح بودن دو خبر اول تردید وارد شده است و برخی آنها را حسن دانسته‌اند (مجلسی، ۱۳۹۷ق، ۲۱/۲۴۶). اما موثق سماعه از ویژگی موافقت با ظاهر کتاب نیز برخوردار است. خداوند متعال می‌فرماید: «فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» (بقره، ۲۲۹)، از آنجا که غیبت زوج به طور کلی (چه با نفقه، چه بدون نفقه) نوعاً موجب ضرر و حرج بر زوجه می‌باشد، مورد نهی قرآن واقع شده است: «وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا» (بقره، ۲۳۱)؛ بنابراین «تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ» در مورد چنین زوجه‌ای تعین پیدا می‌کند و چون خود زوج نمی‌تواند متولی امر این تسریح قرار گیرد، این امر به حاکم و قاضی سپرده می‌شود. همچنین بر فرض نادرستی این استدلال و عدم رجحان موثق سماعه بر سایر ادله، نفس انتظار و حکم به صبر برای چنین زوجه‌ای و عدم جواز طلاق، حکمی حرجی و ضرری خواهد بود که می‌تواند مبنای قاعده «لا حرج و لا ضرر» واقع گردد؛ زیرا پیامد چنین حکمی، محرومیت زوجه از کانون مودت و رحمت و آرامش روحی و روانی است. براساس آیه «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا» (روم، ۲۱)، چنین رأیی محکوم به ظلم و جور در حق زوجه خواهد بود، به گونه‌ای که او را محکوم به عزلت‌نشینی و رهبانیت می‌کند، به ویژه در صورت جوان بودن، خطرات ابتلا به گناه و معصیت را نیز به دنبال خواهد داشت. این امر دور از شریعت سهله سمحه نبوی می‌نماید.

بنابراین با توجه به حکومت قاعده «لا حرج و لا ضرر» بر ادله احکام اولیه، روایات مذکور را باید حمل بر غیر حالت ضرر و حرج کرد. باید توجه داشت که تنها مشکل زوجه مفقودالاثر، عدم پرداخت نفقه نمی‌باشد، بلکه عدم انجام وظایف زناشویی، تبعاتی را به وجود می‌آورد که در برخی روایات، از جمله صحیح حلی بیان شده است. راوی از امام (ع) سؤال می‌کند که زن می‌گوید: «... چیزی را می‌خواهم که دیگر زنان می‌خواهند...»، هرچند که این عبارت مفهومی ندارد، مبتنی بر اینکه حاکم بتواند تصمیم مقتضی در امر طلاق زوجه را اتخاذ نماید، اما به نظر می‌رسد، در صورت درخواست زوجه و بروز عسر و حرج، طلاق حاکم لازم بوده و صبر کردن زوجه واجب نیست؛



زیرا در جایی که عدم نفقه موجب طلاق حاکم شود، به طریق اولی وقتی در صورت عدم اجرای صیغه طلاق، ترس از ایجاد مفسده و عدم اجرای حدود الهی در میان باشد، طلاق، امری ضروری محسوب می‌گردد. در صورت امتناع شوهر از انجام وظایف زناشویی، دادگاه می‌تواند حکم طلاق را صادر نماید (نجفی، بی‌تا، ۲۰۷/۳؛ خمینی، ۱۴۰۳ق، ۳۶۰/۲؛ بحرانی، بی‌تا، ۶۱۹/۲؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۳۰۶).

برخی از بزرگان فقها در مورد فسخ نکاح برای زوجه در موارد بروز عیوبی چون بیماریهای جزام و برص در زوج، دلیل این حکم را علاوه بر روایت صحیح‌های که در این مورد وجود دارد، به علت مسری بودن این بیماریها، ضرری بودن ادامه نکاح برای زوجه دانسته‌اند (انصاری، ۱۳۷۶ش، ۳۷۷/۳).

از کلام ایشان چنین برمی‌آید که درخواست طلاق نیز توسط زوجه و احراز عسر و حرج و ضرر او توسط حاکم، خود می‌تواند، علت مستقلی برای طلاق محسوب شود. در تأیید این نظر صاحب‌نظر دیگری چنین می‌گوید: «نباید درخواست طلاق از سوی زن را منحصر به موردی دانست که زوج مفقودالاثر است؛ زیرا ادله عام و خاص فراوانی داریم که برای آنها حاکم شرع در بسیاری از ضرورت‌های دیگر که ضرر و مشقت شدیدی از باقی ماندن زوجه بر همسر با زوج پدید می‌آید، ولایت بر طلاق دارد، مثل زوج غایبی که محل زندگی او معلوم است، ولی از دادن نفقه از روی عصیان یا ناتوانی امتناع ورزد (کاشف الغطا، بی‌تا، ۹۵/۵).

در نقطه مقابل برخی دیگر از فقها، در مورد استنکاف زوج نسبت به پرداخت نفقه و عدم امکان اجبار او بر این امر، قائل به امکان طلاق قضایی می‌شوند و در اجرای این حکم تفاوتی بین حاضر و غایب قائل نیستند، اما تعجب آن است که همین فقیه مورد نظر در صورت مفقودالاثر بودن زوج و عدم تأمین نفقه زوجه، قائل به عدم امکان طلاق و وجوب صبر و انتظار برای زوجه است (خویی، ۱۴۱۰ق، ۲۸۰/۲).

به وضوح در نظریه اخیر، تناقض در احکام مشهود می‌باشد، به گونه‌ای که در مورد مرد موسری که توانایی پرداخت نفقه را دارد، در صورت استنکاف از پرداخت آن، حکم طلاق حاکم قابلیت

اجرا دارد، اما درباره زوجه مفقود و در حالت عدم تأمین نفقه برای او، زن می‌بایستی محکوم به صبر باشد و مشکلات ناشی از این امر را تحمل نموده و حق تقاضای طلاق را نداشته باشد. حکم به چنین صبری با روح قوانین اسلام و عدالت سازگار نیست. برخی فقها نیز برای نخستین بار، با وسعت بیشتری به موضوع نگر بسته و مستقلاً قاعده نفی عسر و حرج را از موجبات درخواست طلاق توسط زن دانسته‌اند و چنین می‌نگارند: «چنانچه بقای زوجه بر زوجیت، موجب وقوع او در حرام شود، خواه این وقوع، قهری و یا اختیاری باشد، برای حفظ زن از قرار گرفتن در معصیت، طلاق لازم است». ممکن است درباره مفقود، گفته شود: «اگر انجام اقدامات مقرر و تعیین ضرب الاجل (مدت چهار سال) و فحوص و جستجو از مال مفقود، موجب وقوع او در معصیت شود، جایز است که بدون طی شدن مقدمات، زن توسط حاکم طلاق داده شود» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ۷۴/۱).

این همان روشنگری است که در بیان فقیه معاصر، مشاهده می‌شود که با استفاده از عناوین ثانویه حرج و برای جلوگیری از مفسده‌ای که ممکن است، زن گرفتار آن شود، حکم به عدم لزوم انجام مقدمات تفحص و زمان تعیین شده در فقه داده است. اگرچه این نظر مورد انتقاد برخی فقها نیز واقع شده و این طلاق را از نوع طلاق بدون اذن زوج قلمداد نموده‌اند (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ق، ۳۱۲/۲؛ خوبی، ۱۴۱۰ق، ۳۲۸/۲). اما ضعف این نظر واضح بوده و این اشکال چیزی از ارزش این فتوا نکاسته است و ارزش آن در نهایت در ماده ۱۱۳۰ ق.م. تجلی پیدا می‌کند.

با توجه به ملاکی که در حکم به طلاق درباره مردی که غایب مفقودالاثراست و همسر او در عسر و حرج به سر می‌برد، به طریق اولی وجود دارد، در صورت جوان بودن زوجه و عسر و حرج او و ترس از وقوع در معصیت، قائل شدن به طلاق براساس حکم عقل و شرع، صحیح و موجه بوده و مصلحت موجود در حکم به اندازه‌ای واضح است که از استدلال بی‌نیاز می‌باشد. بنابراین تعبد به زمان چهار سال خصوصاً زمانی که زن در عسر و حرج واقع شده، عقلایی به نظر نمی‌رسد و چنانچه امر تفحص با شیوه‌های متعارف و معمول امروزی و ظن غالب در این باره

حاصل گردد، کفایت می‌کند. به نظر برخی فقها، صدق عنوان عرفی چهار سال کافی است و نیازی نیست این مدت اتصال داشته و به طور پیوسته صورت بگیرد (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۷۹۰).

برخی مراجع معاصر نیز در این باره می‌نویسند: «مقدار و فحص به حسب زمان چهار سال است و اتصال کامل در آن معتبر نیست، بلکه ظاهراً نظیر معرفی لقطه در یک سال کامل است، پس همین که عرفاً صدق کند که در این مدت تفحص شده، کفایت می‌کند» (خمینی، ۱۴۰۳ق، ۳۴۱/۲).

بنابراین مراد در این رأی، عدم نیاز به اتصال فحص در مدت چهار سال است، نه عدم نیاز به اتصال مدت، و به ویژه در شرایط عسر و حرج امکان وقوع طلاق قبل از مدت مذکور و با توجه به احراز شرایط لازم به نظر می‌رسد.

### ۳- عده طلاق یا وفات؟ (حکم موت فرضی و اجرای طلاق)

اختلاف آرای که در عده طلاق یا عده وفات در میان فقها به وجود آمده، به علت تشتت موجود در اخبار وارده است، از جمله آنکه آنچه از موثقه سماعه برمی‌آید، کفایت امر حاکم به نگاه داشتن عده است و نامی از طلاق در آن برده نشده است. معصومان (ع) فرموده‌اند: «... پس از گذشتن چهار سال، وظیفه زن این است که به مدت چهار ماه و ده روز عده نگه دارد...». این در حالی است که در صحیحه برید بن معاویه امر به طلاق حاکم بیان گردیده، بنابراین می‌توان این معنا را استظهار نمود که مقصود از عده، عده طلاق باشد. روایت دلالت دارد بر اینکه وقتی شوهر در ضمن عده بازگردد، بدون رجوع به زن نسبت به او حقی ندارد و در صورت سپری شدن عده و عدم رجوع، زن از وی جدا می‌شود، برخی از فقها این امر را از لوازم حکم طلاق در نظر گرفته‌اند (شهید ثانی، بی تا، ۶/۶۷).

به هر حال احادیث دیگری نیز وجود دارد که همگی آنها به غیر از خبر سماعه، به مسئله عده طلاق اشاره نموده‌اند و به همین جهت توجیهاات مختلفی از جانب برخی فقها اظهار شده است. برخی بر این باورند: «مقصود از عده در موثقه سماعه، عده وفات است؛ چون تصریحی به عده مطلقه نشده است و نیز ضعف سند آن با شهرت حاصله از جانب فقها جبران می‌شود و اختیار

نمودن عده طلاق فاسد می‌باشد» (شهید ثانی، ۱۲۷۳ق، ۶۷۰). برخی دیگر از فقها نیز در تأیید این نظر، مسئله را مرتبط با فحص حاکم دانسته و چنین می‌گویند: «منافاتی ندارد که ما عده را عده وفات بگیریم؛ چون شاید بتوان این عده را برای طلاق لحاظ کرد و اینکه مقدار عده را عده وفات در نظر گرفته است، احتمالاً بدین دلیل می‌باشد که حاکم فحص نموده و سپس تصمیم بر طلاق گرفته است، اما مدت عده را وفات لحاظ کرده است. علاوه بر این در هیچ‌یک از نصوص دیده نشده که حاکم به موت شخصی حکم کند؛ چون در این صورت نگاه داشتن عده بر او واجب می‌شود، حال آنکه همه بر این امر معتقدند که بعد از تأجیل و فحص حاکم، زن در صورت تمایل می‌تواند باز هم صبر کرده و باقی بر زوجیت خود بماند» (نجفی، بی‌تا، ۲۹۳/۳۲ و ۲۹۴).

برخی دیگر از بزرگان نیز حکم به عده وفات را به مقتضای احتیاط معرفی کرده‌اند (فخرالمحققین، بی‌تا، ۳/۳۵۵ و ۳۵۶؛ خوانساری، بی‌تا، ۴/۵۶۶). در بین مراجع معاصر در مقابل این آرا برخی چنین ارائه نظر کرده‌اند: «ظاهر این است که عده واقع شده بعد از طلاق عده طلاق است، اگرچه به اندازه عده وفات باشد» (خمینی، ۱۴۰۳ق، ۲/۳۴۳). به نظر می‌رسد، وفات دانستن عده، لازمه‌اش عدم رجوع زوج در مدت عده باشد، حال آنکه مفهوم روایات حتی موثقه سماعه، اشاره به امکان رجوع در زمان عده دارند. به همین جهت بسیاری از فقها گفته‌اند: اولاً؛ حاکم باید طلاق بدهد، ثانیاً؛ عده هم عده طلاق است نه عده وفات و مستند آنان چند روایت است که در بعضی تصریح به طلاق شده و در برخی در صورت مراجعه شوهر در زمان عده، حق رجوع به مرد داده شده است (محقق داماد، ۱۳۷۹ش، ۴۶۴).

ثمره این مسئله در نفقه و حداد (ترک زینت عرفی در زمان عده توسط زن) و مدت عده، ظاهر می‌شود و آن‌چنان که مشهور است، قانون مدنی این احکام را طبق احکام عده وفات سنجیده است. اما شاید بتوان حتی با فرض پذیرفتن خبر سماعه، تنها «مدت» را در این عده وفات از موارد خاص دانست که شارع به آن اشاره کرده و در سایر خصوصیات، باید مانند طلاق رجعی با آن عمل شود، به گونه‌ای که حق نفقه و حق توارث زوجین در آن محفوظ بماند و تنها به جهت مشخص نبودن حیات یا ممات مفقود، براساس رعایت جانب احتیاط مقدار و مدت عده وفات را

برای آن در نظر گرفته‌اند. با اقتباس از رأی مشهور فقها، در این رابطه ماده ۱۵۶ ق.م می‌گوید: «زنی که شوهر او غایب مفقودالاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد، باید تا رفع طلاق، عده وفات نگه دارد». با توجه به نظر برخی حقوق دانان، عده مذکور در این ماده از نظر ماهیت حقوقی نیز، عده طلاق است، لیکن مدت آن به قدر عده وفات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶ش، ۲۹۲).

### بررسی دیدگاه قوانین موضوعه

بر طبق مفاد ماده ۱۰۲۹ ق.م «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد». با توجه به این ماده، دادگاه هنگامی می‌تواند حکم طلاق صادر کند که پس از دریافت درخواست طلاق از جانب زن در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران سه دفعه متوالی هرکدام به فاصله یک ماه آگهی کند. اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، دعوت نماید که اگر خبری دارند، به اطلاع دادگاه برسانند، هرگاه یک سال از تاریخ نشر اولین آگهی بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، دادگاه حکم طلاق صادر می‌کند. مطابق نظر برخی حقوق دانان، از مفاد این ماده، چنین برمی‌آید که قبل از گذشت لاقلاً پنج سال از تاریخ آخرین خبر غایب دادگاه نمی‌تواند حکم طلاق به علت غیبت شوهر صادر کند (صفایی، ۱۳۷۸ش، ۲۸۳/۱).

عده‌ای از حقوق دانان (دیانی، ۱۳۸۷ش، ۲۴۱)، بر این باورند که بر طبق مفاد ماده ۱۰۲۳ ق.م، مطابق ماده واحده سال ۱۳۷۶ش، درج چنین آگهی برای صدور حکم موت فرضی کسانی که در جریان انقلاب اسلامی و یا دفاع مقدس مفقودالاثر شده‌اند، ضرورت ندارد و گواهی عالی‌ترین مقام اجرایی بنیاد شهید کافی است. همچنین بر طبق احکام اولیه، به دلیل طولانی شدن مدت غیبت شوهر، زن نمی‌تواند بدون مراجعه به دادگاه و اهمال شرایط ماده ۱۰۲۹ ق.م و جریان صیغه طلاق توسط دادگاه شوهر کند؛ زیرا وطی دوم بر طبق قاعده شرعی «انما الفروج لا تستباح بالاحتمال»؛ یعنی کسی که مبادرت به وطی با زنی نماید، باید قطع به حلیت وطی مزبور داشته باشد و به نوعی

اباحه زوج اذن شرعی می‌خواهد (نجفی، بی‌تا، ۲۴۱/۲۹ و ۲۴۲) و این در حالی است که با عنوان عام عسر و حرج حتی غیبت متجاوز از نه ماه را نیز یکی از مصادیق ماده ۱۱۳۰ ق.م. به شمار آورده‌اند (دیانی، ۱۳۸۷ش، ۲۴۲).

مطابق با این رأی نیز برخی اندیشمندان علم حقوق در فرض این مورد، عنوان عام عسر و حرج را مورد استناد قرار داده‌اند و معتقدند که زن به منظور نجات از قیدی که زندگی را برای او دشوار و تحمل‌ناپذیر کرده است، طلاق داده می‌شود و این حکم را نتیجه جمع ماده ۱۰۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۵ش، ۲۵۸).

عدم انجام وظایف زناشویی در بند ۱ ماده ۱۱۳۰ در سابق ذکر شده بود، اما بعد از اصلاحات انجام شده در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۱۸ش این بند در ماده اصلاحی حذف گردید و حرج را به عنوان یکی از موجبات عام درخواست زن تلقی کرد. شاید به این جهت که با ذکر عنوان عسر و حرج که شامل عدم ایفای وظایف زناشویی هم می‌شود، دیگر نیازی به ذکر آن به عنوان سبب مستقل تقاضای طلاق نبوده است. به منظور جلوگیری از برخورد سلیقه‌ای و استنباط گوناگون و ایجاد وحدت رویه، قانون‌گذار در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ش به اصلاح ماده مزبور همت گماشت و الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی را تصویب کرد. تبصره ماده ۱۱۳۰ مقرر می‌دارد: «عسر و حرج موضوعات این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه سازد و تحمل آن مشکل باشد» (محقق داماد، ۱۳۷۹ش، ۳۷۰ و ۳۷۱).

همچنین مواردی را به عنوان مصادیق عسر و حرج مطرح کرده است. البته قانون‌گذار، صدر تبصره و قسمت آخر آن تصریح کرده که موارد مذکور حصری نیستند، بلکه از مصادیق هستند و دادگاه می‌تواند در موارد دیگر با احراز عسر و حرج حکم طلاق را صادر کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۰ش، ۱۷۹-۱۸۰).

با توجه به شخصی دانستن معیار و ضابطه عسر و حرج از سوی برخی فقها (موسوی بجنوردی، ۱۴۲۴ق، ۲۶۵/۱؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۰ش، ۱۹۶/۱)، احراز عسر و حرج با توجه به وضعیت مادی، روحی، روانی، شغلی و خانوادگی زوجه صورت می‌گیرد. در این صورت زن باید جهت

اثبات عسر و حرج، اقامه دلیل نماید و دادگاه پس از بررسی دلایل عسر و حرج آن را احراز می‌کند. همچنین در احراز این ادله، عرف خاص مدخلیت دارد نه عرف عام، به این معنا که چه بسا در عرف محل و محیطی مواردی از مصادیق عسر و حرج باشد، اما عرف محل دیگر، همان موارد را از مصادیق عسر و حرج به شمار نیاورد. به عبارت دیگر، عرف خاص از آنجا که عادتاً ملازمه عرفی و عقلایی با عسر و حرج دارد، بار اثبات آن را آسان‌تر می‌نماید. بنابراین با جمع میان عسر و حرج شخصی و عرف خاص می‌توان به نظریه تعدیل شده عرفی در احراز عسر و حرج دست یافت. رویه قضایی دادگاههای مدنی خاص، یا دست کم بعضی از تبصره‌های آن این تحلیل را پذیرفته‌اند. چنان که در رأی شماره ۳۵ تاریخ ۱۳/۱۱/۱۳۶۳ ش شعبه ۱۰۵ دادگاه مدنی خاص، زنی که شوهر او به هنگام جنگ مفقود شده است، پس از گذشتن چهار سال از تاریخ غیبت و بدون اعلان در روزنامه تهران و محلی و گذشتن مهلت یک سال طلاق داده شده است. این حکم حاوی هیچ مستندی از قوانین نیست، ولی در صورتی قابل توجیه به نظر می‌رسد که بر مبنای عسر و حرج و به استناد ماده ۱۱۳۰ صادر شده باشد. وانگهی در متن حکم عبارتی دیده می‌شود که این استنباط را تأیید می‌کند. در رأی شماره ۳۵ می‌خوانیم: «... و خواسته خواهان نسبت به طلاق که زنی جوان است، مشمول بخشنامه شماره ۱/۴۱۹۶۵-۶۲/۹/۲۷ خواهد بود». این توجیه می‌رساند که جوانی زن سبب صدور حکم قرار گرفته و دادگاه از فتوای سید محمدکاظم طباطبایی الهام گرفته است.<sup>۳</sup>

ماده ۱۰۲۹ ق.م با فتوای مشهور امامیه اختلافاتی دارد، از جمله اینکه نسبت به تفصیل رأی مشهور در مورد تأمین نفقه زن یا عدم تأمین آن و شرایط تفصیلی مطرح در هر مورد، اطلاق داشته

۳. شورای عالی قضایی در بخشنامه شماره ۱/۴۱۹۶۵ با استناد به فتوای امام خمینی (ره) که طلاق زوجه غایب مفقودالاثر را به علت در فساد قرار گرفتن زوجه قبل از انقضای مدت چهار سال، توسط حاکم جایز دانسته، به اطلاق قانون مدنی مبنی بر لزوم انقضای مدت چهار سال برای طلاق اشکال گرفته و بیان نموده است: «در مورد زوجه مفقود عنها، زوجها با توجه به فتوای امام خمینی (ره) اطلاق ماده ۱۰۲۳ و ۱۰۲۹ ق.م مانع از استماع دعوی عسر و حرج بر فرض مذکور نمی‌باشد».

و با احراز مفاد ماده ۱۰۲۳ طلاق زوجه غایب را جایز می‌شمرد (به نوعی براساس موثقه سماعه تنظیم شده است).

همچنین نویسندگان قانون مدنی برخلاف نظر مشهور فقها، گذشتن مدت چهار سال را پیش از رجوع به حاکم پذیرفته‌اند، لیکن مقرر کرده‌اند که از تاریخ نخستین اعلان دادگاه یک سال بگذرد. بنابراین با توجه به اینکه مقررات قانون مدنی در مورد طلاق زوجه غایب مبتنی بر فقه امامیه بوده و تشریفات مذکور در ماده ۱۰۲۳.م در کتب فقهی دیده نمی‌شود و فقها تنها در مورد فحص از غایب سخن به میان آورده‌اند، قانون مدنی نیز با توجه به مقتضیات زمان، شیوه خاصی برای آن مقرر داشته که این روش با اصول و قواعد فقهی منافاتی ندارد. همان‌گونه که برخی فقهای بزرگ گفته‌اند: «فحص کیفیت خاصی را دارا نمی‌باشد، بلکه مراد بر طلب جستجو است تا از مفقود، خبری به دست آید، چه با نوشتن، چه با تلگراف و سایر وسایل متداول در هر عصر حاصل بشود» (خمینی، ۱۴۰۳، ۱/۲، ۳۴۱). برخی فقیهان نیز در تأیید این نظر می‌گویند: «فرقی بین کیفیت فحص و طرز رسیدن آن و بین تعیین مدت وجود نداشته و هر دو موکول به حاکم شرعی است؛ چون به هر حال اطلاع پیدا کردن از غایبان به حسب حال آنها مختلف است. بعضی با درج خبر در مجلات و برخی دیگر با ارسال فرستاده‌ای برای ایصال خبر اطلاع از آنها ممکن خواهد شد (بحر العلوم، ۱۳۷۳، ۱۳۱۴).

به نظر می‌رسد، قانون مدنی در موارد متعددی غایب مفقودالامر را گاه به حکم موت فرضی و زمان دیگر به طلاق محکوم نموده است. آن‌گونه که مشخص است، طبق نظر اول مدت زمان چهار سال مطرح نبوده و با سنجش موقعیتهای مختلف، شخص مفقود از جهت وضعیت جسمی و یا وقوع او در مکانهای متفاوت، حکم به موت فرضی داده و نیز با موازین عرفی عقلایی، مدت زمان فحص را تعیین می‌نمایند، اما طبق ماده ۱۰۲۹ زمانی که هیچ‌یک از شرایط حکم موت فرضی غایب موجود نباشد، در عین حال خبری هم از او نباشد، چهار سال را به عنوان جستجو از زوج تعیین نموده‌اند تا پس از آن بتوان حکم به طلاق داد.



در عصر حاضر که با پیشرفت تکنولوژی و صنعت، امکان دستیابی به اطلاعات لازم در مدت زمان کوتاه میسر شده است، محدود کردن دادگاه به صرف انتشار سه بار آگهی، می‌تواند در بعضی موارد مفید و کارگشا باشد. البته ماده ۱۰۲۳ ق.م. را نیز می‌توان با ماده ۱۵۷ ق.ا.م تفسیر نمود. در ماده اخیر چنین آمده است: «دادگاه می‌تواند هرگونه تخفیف که مقتضی بداند، بنماید و پس از احراز موجبات صدور حکم موت فرضی، حکم می‌دهد». می‌توان شیوه قانون مدنی را با روشهای متداول امروزی سازگار نمود؛ زیرا براساس عبارت «... و هرگونه تخفیف که مقتضی بداند...»، تفحص را حتی منحصر به انتشار آگهی نیز ندانست.

بنابراین می‌توان با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال و اقتضائات و شیوه‌های جستجو در عصر حاضر و گسترش وسایل ارتباطی، به ویژه زمانی که زن در عسر و حرج واقع شده است، با الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۲۹ ق.م. بدین شرح که «در صورتی که زوجه برای نداشتن شوهر در حرج باشد، به طوری که در صورت صبر کردن در معرض فساد قرار گیرد، حاکم پس از یأس از پیدا شدن غایب و قبل از انقضای مدت چهار سال می‌تواند زوجه را طلاق دهد»، می‌توان به حکم جدید و مناسبی درباره طلاق زوجه غایب مفقودالاثر دست یافت. همان‌گونه که روشن است، این حکم قانونی براساس فتوای مراجعی چون امام خمینی(ره) و طباطبایی یزدی تنظیم شده و با ملاکات احکام در فقه منافاتی ندارد. از طرف دیگر نیز، حکم ماده ۱۱۲۹ ق.م. را که بیان‌کننده یکی از مصادیق طلاق حاکم، در صورت استنکاف زوج از پرداخت نفقه است، می‌توان براساس وحدت ملاک به زوجه غایب مفقودالاثری که به علت غیبت همسرش در مشقت مالی ناشی از عدم انفاق قرار گرفته نیز تسری داد.

### بررسی دیدگاه مذاهب عامه

مراد اهل سنت از مفقود، فرد غایبی است که معلوم نیست زنده است، تا منتظرش بمانند، یا مرده است که به خاکش بسپارند، مثل کسی است که روز یا شب از خانه خارج شده یا به نماز جماعت رفته است و دیگر برنگشته و امثال اینها (زحیلی، ۱۴۱۸ ق، ۷۱۸۷/۹).

درباره وضعیت زوجه چنین غایبی نیز از سوی فقهای اهل سنت، اظهار نظرهایی صورت گرفته است. ابوحنیفه و شافعی بر این اعتقادند که زوجه این مفقود با دیگری نمی‌تواند ازدواج کند، مگر اینکه غالباً مدتی بگذرد که امکان حیات شخص غایب ممکن نباشد. ابوحنیفه این مدت را ۱۲۰ سال و شافعی ۹۰ سال تعیین کرده است (مغینه، ۱۳۷۷ش، ۴۳۸؛ انصاری، ۱۴۱۸ق، ۱۴۸/۸)، اما مالکیه و حنابله قائل هستند همسر مفقود چهار سال انتظار می‌کشد و سپس چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد. دلیل این حکم روایتی منقول از خلیفه دوم بدین مضمون می‌باشد: «همسر مرد مفقودی، در حالی که خبری از او ندارد، نزد عمر آمده و عرض حال می‌کند. عمر به وی می‌گوید: برو چهار سال منتظر بمان و او هم انجام داده و مجدداً نزد خلیفه آمده و خلیفه به او توصیه می‌کند که چهار ماه و ده روز انتظار بکشد. او نیز چنین کرده و نزد خلیفه می‌آید. این بار خلیفه می‌پرسد: ولی مفقود کیست؟ او را آورده و خلیفه از او درخواست می‌کند تا زن را طلاق دهد. آن‌گاه خلیفه رو به زن می‌گوید: با هر که می‌خواهی ازدواج کن».

شایان توجه آنکه مالکیه و حنابله، طلاق قاضی به واسطه غیبت زوج را در صورت متضرر شدن زوجه قبول داشته و تفصیلی را برای بودن یا نبودن حال غایب و همچنین تأمین یا عدم تأمین نفقه برای زوجه قائل نشده‌اند. بنابراین حتی در صورت تأمین نفقه نیز زوجه می‌تواند خواستار طلاق قضایی باشد (ابوزهره، ۱۹۵۷م، ۳۶۶). در صورتی که مکان زوج مجهول باشد، قاضی فوراً زن را طلاق می‌دهد و در صورت معلوم بودن مکان وی، با ارسال پیک از حال او باخبر می‌شود (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ۷۰۶۸/۹).

برخی از فقهای عامه، علت جواز چنین جدایی را چنین بیان نموده‌اند: «این زن ممکن است به گناه و معصیت افتد و بدون همدم و مونس زندگی کردن، خود ضرری است بر او، در حالی که در اسلام، ضرر و ضرار منفی است؛ همچنین وقتی «امساک بمعروف» نباشد، «تسریح باحسان» متعین شده و اگر خود زوج اقدام به این کار نکند، قاضی به عنوان قائم مقام او چنین می‌کند (ابوزهره، ۱۹۵۷م، ۳۶۷).

کمترین زمانی که چنین زوجه‌ای می‌تواند درخواست جدایی کند، از نظر احمد بن حنبل شش ماه و از نظر مالک سه سال است. به او یک سال نیز نسبت داده شده و قانون مصر مصوب سال ۱۹۲۹م ماده ۱۲ و ۱۳ و نیز قانون سوریه، ماده ۱۰۹ براساس همین یک سال تدوین شده است که در مباحث آتی ذکر خواهند شد (ابوزهره، ۱۹۵۷م، ۳۶۷؛ زحیلی، ۱۴۱۸ق، ۷۰۶۷/۹).

درباره ماهیت طلاق نیز مالک آن را باین دانسته، اما این جدایی از نظر حنابله فسخ نکاح دانسته شده است؛ زیرا از ناحیه زوج صادر نمی‌شود و جنبه تفویضی هم ندارد و تنها از جانب زوجه می‌باشد (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ۷۰۶۷/۹؛ ابن‌قدامه، بی‌تا، ۵۸۸/۷؛ سابق، ۱۳۹۳ق، ۲۵۰/۲؛ شیخ الاسلامی، ۱۳۷۰ش، ۴۷۰).

برخی اندیشمندان عامه بر این رأی هستند که «اگر غیبت غایب غیرمنقطعه باشد و خبری از غایب واصل می‌شود، همسرش نمی‌تواند ازدواج کند. البته می‌تواند، درخواست فسخ نکاح نماید؛ اما اگر غیبت منقطعه باشد، به این معنا که خبری از غایب نمی‌رسد، دو حالت به وجود می‌آید: ۱. وضعیت غیبت به گونه‌ای است که به ظاهر می‌توان گفت که زوج سالم است. در این صورت زوجیت تا ثبوت فوت به قوت خود باقی است. ۲. برخلاف صورت نخست، غیبت در وضعیتی است که غالباً مهلک است. در این صورت، زوجه عده وفات نگه می‌دارد و بعد از آن می‌تواند ازدواج کند. درباره ابتدای مدت تربص اختلاف نظر وجود دارد. بعضی آن را از زمان غیبت و بعضی از زمان مراجعه زوجه به حاکم می‌دانند. درباره رجوع زوج گفته شده است اگر قبل از ازدواج زوجه باشد، نکاح به قوت خود باقی است، اما بعضی دیگر گفته‌اند، بعد از مدت انتظار نکاح باطل می‌شود (زحیلی، ۱۴۱۸ق، ۷۰۶۶/۹).

### بررسی مقررات برخی کشورهای اسلامی

به طور اختصار به قوانین برخی کشورهای اسلامی در این زمینه که برگرفته از فقه مذاهب عامه است، اشاره می‌شود:

## ۱- مصر

قانون مصر به هنگام تعذر در پرداخت نفقه، به جواز جدایی بین زن و شوهر صریحاً حکم کرده است. این قانون در ابتدا براساس مذهب حنفی عمل می‌کرد که بین زن و مرد غایب، جدایی حاصل نمی‌شود، مگر پس از سپری شدن زمان طولانی، سپس از مذهب حنفی عدول نمود و حکمی تلفیقی از مذهب مالکی و حنفی را اخذ نموده است (شلیبی، ۱۳۹۷ق، ۵۸۹).

طبق مواد ۱۴ و ۱۳ قانون احوال شخصیه مصر، غیبت بدون عذر موجه شوهر به مدت یک سال یا بیشتر، مجوز تقاضای طلاق زوجه از دادگاه است. زوجه پس از انقضای مدت می‌تواند درخواست طلاق نماید، حتی اگر زوج مالی داشته باشد که نفقه زوجه از محل آن تأدیه شود. علت عدول مجلس مصر از مذهب حنفی به مذهب مالکی این بوده است که زنی که مدت طولانی از شوهرش دور باشد و بتواند عفت و شرف خود را حفظ کند، امری است که غالباً رعایت آن برای اغلب افراد بشر دشوار بوده و پذیرش چنین شرایطی غیرقابل تحمل می‌باشد.

## ۲- سوریه

قانون احوال شخصیه سوریه، مبدأ جدایی در غیاب زوج را از مذهب مالکی و حنبلی اخذ کرده است. این قانون به زوجه حق می‌دهد که از همسر غایبش جدا شود، خواه این غیبت بدون عذر باشد یا اینکه زوج در زندان به سر برد و یک سال از غیبت او بگذرد. همچنین در مواردی که مدت محکومیت زوج سه سال باشد، همین حکم جاری است. ملاک جدایی در فرض غیبت و زندانی بودن زوج به دلیل ضرری است که به زوجه وارد می‌شود. این قانون میان زندانی به سبب جرم و غیر آن فرق نگذاشته است که زندانی مجرم در آینده مورد عفو قرار گیرد و یا حتی در موعد نزدیک از زندان آزاد شود، باز هم برای زوجه حق درخواست طلاق وجود دارد (صابونی، ۱۹۷۸م، ۸۵/۲-۸۷).

### ۳- لبنان

قانون لبنان در مواد ۱۲۶ و ۱۲۷ بین صورتی که زوج غایب شود و مالی از خود به جا نگذاشته باشد که از طریق آن نفقه زوجه تأمین شود و بین حالتی که مرد غایب شده، اما مالی باقی گذاشته تا اینکه زوجه بتواند از آن در مدت غیبت ارتزاق کند، فرق گذاشته است. در صورت دوم، اگر زن درخواست طلاق نماید، قاضی پس از انجام تحقیقات و یأس از یافتن مکان زوج، حکم طلاق را جاری می‌نماید. اگر زوج در جنگ مفقود شده باشد، بعد از گذشتن یک سال از جنگ و دو سال از زمانی که اسیران طرفین به محل زندگیشان برمی‌گردند و چهار سال در زمانهای عادی، حکم جدایی صادر می‌نماید (شلیبی، ۱۳۹۷ق، ۵۹۱).

### نتیجه

۱. فتوای مشهور امامیه در مورد وضعیت طلاق زوجه غایب مفقودالاثر، براساس مجموعه‌ای از اخبار پایه‌ریزی شده است که قبل از ورود آنها در باب تعارض ادله و امکان جمع عرفی، می‌توان از طریق برخی مرجحات و طبق مستندات، راجحی را در بین آنها در نظر گرفت و براساس آن وضعیت طلاق چنین زوجه‌ای را حتی در حالت تأمین نفقه نیز جایز شمرد.

۲. علاوه بر استدلال مذکور، با توجه به پیشرفت امکانات در عصر حاضر و امکان اطلاع از وضعیت غایب در کوتاه‌ترین زمان و با توجه به پویایی فقه و مطابقت آن با عدالت و مصالح و مفاسد ملزمه شرعی و مبتنی نبودن احکام اسلام بر پایه حرج و سختی، در مواردی که زن در عسر و حرج واقعی از غیبت همسر به سر می‌برد و امکان به خطر افتادن شرافت و کرامت او کاملاً واضح است، عقل و شرع حکم می‌کند که بنا به خواسته زوجه، قاضی می‌تواند براساس عسر و حرج، وی را مطلقه نماید. هرچند از مدت غیبت غایب چهار سال نگذشته باشد. این موضوع هیچ‌گونه منافاتی با مفاد ماده ۱۱۳۰ق.م نداشته و دادگاه می‌تواند بر این اساس حکم طلاق زوجه را صادر نماید. بنابراین می‌توان با الحاق تبصره‌ای حاوی این مضامین به ماده ۱۰۲۹ق.م به حکم جدید و مناسبی درباره طلاق زوجه غایب مفقودالاثر دست یافت.

۳. عسر و حرج مطرح در این بحث، شخصی است نه نوعی، به این مفهوم که شرایط متفاوت شغلی، خانوادگی، روانی و غیره زوجه برای تحقق عسر و حرج باید در نظر گرفته شود. دادگاه باید پس از بررسی دلایل ارائه شده و اثبات آنها از طرف زوجه، به امر طلاق اقدام نماید. بدیهی است ملاک احراز عرف خاص در نظر گرفته می‌شود، نه عرف عام.

۴. ماهیت عده واقع شده بعد از زوجه غایب مفقودالاثار توسط دادگاه، عده طلاق بوده و بنابر احتیاط صرفاً به لحاظ مدت، به قدر عده وفات می‌باشد و در سایر احکام و خصوصیات، تابع شرایط عده طلاق (عدم ثبوت حداد، ثبوت نفقه و حق توارث و غیره) است.

۵. مفهوم غایب مفقودالاثار در دیدگاه فقهای عامه تفاوتی با نظر امامیه و قانون ندارد و در مورد وضعیت طلاق زوجه او در میان فقهای عامه، تفاوت آرای می‌شود. ابوحنیفه و شافعی، امکان طلاق زوجه چنین فردی را منوط به گذشت مدت زمانی دانسته‌اند که غالباً فرد امکان حیات نداشته باشد، اما در مقابل مالکیه و حنابله امکان طلاق با توجه به شرایط مطرح در ماده ۱۰۲۹ق.م را جایز می‌شمرند و در صورت بروز عسر و حرج، کمترین زمان درخواست طلاق چنین زوجه‌ای را حنابله شش ماه و مالکیه سه سال و یا یک سال نیز دانسته‌اند. ماهیت این طلاق از نظر مالکیه بائن و از دیدگاه حنابله فسخ نکاح شناخته شده است. آیین مقررات کشورهای اسلامی در این رابطه، اکثراً از مذهب مالکی و حنبلی تبعیت کرده است.

## فهرست منابع

- قرآن کریم.

- ابن‌ادریس حلی، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، بی‌تا.

- ابن‌بابویه، من لا یحضره الفقیه، ۱۴۱۳ق.

- ابن‌براج، عبدالعزیز، *المهدب*، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.

- ابن‌زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق، بی‌تا.

- ابن‌قدمه، عبدالله، *المعنی*، بیروت، دارالاحیاء التراث، بی‌تا.

- ابوزهره، محمد، *الاحوال الشخصیه*، دارالفکر العربی، ۱۹۵۷م.

- اصفهانی، ابوالحسن، *وسیلة النجاة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره)، ۱۴۲۲ق.

- انصاری، زکریا بن محمد، *الغرر البهیه*، بیروت، دارالکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، انتشارات دهاقانی، چاپ چهارم، ۱۳۷۶ش.
- بحر العلوم، عزالدین، *بحوث فقهیه*، قم، مؤسسه المنار، ۱۳۷۳ق.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *حدائق الناظره فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *حقوق خانواده*، کتابخانه گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۷۶ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، مؤسسه آل البیت (ع)، ۱۴۰۹ق.
- حلّی، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۰۳ق.
- خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، بی تا.
- خوبی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- دیانی، عبدالرسول، *حقوق خانواده*، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷ش.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الاسلامی و ادلته*، دمشق، دارالفکر المعاصر، ۱۴۱۸ق.
- سابق، سید، *فقه السنه*، دارالبیان، ۱۳۹۳ق.
- شلبی، محمدمصطفی، *احکام الاسرة فی الاسلام، دراسة مقارنة بین الفقه المذهب السنیة و المذهب الجعفریة و القانون*، بیروت، دارالنهضة العربیة، ۱۳۹۷ق.
- شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة دمشقیة*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بی تا.
- هسو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، قم، مؤسسه معارف اسلامی، چاپ اول، ۱۲۷۳ق.
- شیخ الاسلامی، اسعد، *احوال شخصیه (ازدواج و پایان آن در مذاهب چهارگانه اهل سنت)*، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ اول، ۱۳۷۰ش.
- صابونی، عبدالرحمن، *شرح قانون الاحوال الشخصیه السوری فی الزواج و الطلاق*، ۱۹۷۸م.
- صفایی، حسین، *حقوق خانواده*، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۷۸ش.
- طباطبایی حکیم، محسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دارالصفوه، چاپ اول، ۱۴۱۵ق.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، *عروة الوثقی*، قم، کتاب فروشی دآوری، چاپ اول، ۱۴۱۴ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *النصایح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، بی تا.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۵ش.
- کاشف الغطاء، محمدحسین، *تحریر الحجّة*، مکتبه المرتضویه، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب، *الکافی*، دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ق.
- مجلسی، محمدباقر، *مرآة العقول فی شرح اخبار آل الرسول*، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۹۷ق.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، بی تا.
- محقق داماد، مصطفی، *تحلیل فقهی حقوق خانواده - نکاح و انحلال آن*، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ هفتم، ۱۳۷۹ش.

- مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، تهران، مؤسسة الصادق، چاپ چهارم، ۱۳۷۷ش.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعه*، بیروت، دارالمفید، ۱۴۱۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقیه*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ پنجم، ۱۳۸۰ش.
- موسوی بجنوردی، حسن، *القواعد الفقیه*، قم، انتشارات دلیل ما، چاپ اول، ۱۴۲۴ق.
- موسوی بجنوردی، محمد، *اندیشه‌های حقوقی (۱)*، حقوق خانواده، تهران، انتشارات مجد، چاپ دوم، ۱۳۹۰ش.
- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، داراحیاء التراث، چاپ هفتم، بی تا.