

تحلیل ماهیت و احکام انحلال نکاح غایب مفقود الاثر

تاریخ دریافت: ۱۳۸۵/۷/۹

تاریخ تأیید: ۱۳۸۵/۸/۱۵

جواد حبیبی تبار*

۳۴

فقه و حقوق / سال سوم / شماره ۱۰ / پاییز ۱۳۸۵

چکیده

یکی از اسباب انحلال نکاح، موت یکی از زوجین است. این امر در مرگ واقعی بدون اشکال می‌باشد. اما نظریات مختلفی وجود دارد در مورد اینکه آیا موت فرضی که با تحقق شرایطی - از جمله غیبت طولانی مدت زوج - صورت می‌پذیرد، حکم موت واقعی را دارد و موجب انحلال نکاح می‌گردد یا به انشای طلاق از سوی ولی غایب و یا حاکم و یا بادل مدت از سوی آنها نیازمند است. نوشتار حاضر با اثبات اینکه موت فرضی کفایت نمی‌کند و نیاز به انشای طلاق و یا بادل مدت است، به بررسی احکام آن می‌پردازد.

واژگان کلیدی: انحلال نکاح، موت فرضی، طلاق، طلاق قضایی، غایب مفقود الاثر، نکاح دائم، نکاح انقطاعی.

* مدرس حوزه علمیه قم و استاد مدعو دانشگاه قم، پردیس قم دانشگاه تهران

(j-habibitabar@hawzah.net)

مقدمه

در متون فقهی در مقام مفاهمه، طلاق ابتدائاً به طلاق سنی و بدعی تقسیم شده است. مراد از طلاق سنی طلاق سنی است که شرایط و ارکان صحت در آن تمام باشد و منظور از طلاق بدعی آن است که نحوه اجرای آن منطبق با سنت اسلامی نبوده و در آن نوآوری فاقد منشأ دینی وجود داشته باشد. البته طلاق بدعی خود شامل اقسامی است که برخی انواع آن بر اساس اعتقاد همه مسلمانان باطل و بعضی اقسام آن اختلافی است.

طلاق سنی نیز یا بائن است و یا رجعی. طلاق بائن به طلاق گفته می‌شود که برای شوهر حتی در صورت ذات‌العهده بودن طلاق، حق رجوع وجود ندارد. البته در برخی موارد از طلاق بائن، اصولاً عده‌ای وجود ندارد تا به تبع آن حق رجوعی وجود داشته باشد. طلاق بائن بر شش دسته است: طلاق قبل از وقوعه، طلاق صغیره و طلاق یائسه، که این سه مورد فاقد عده هستند و طلاقهای خلع، مبارات و سه طلاقه (موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۲۹۶).

اما راجع به اینکه طلاق ماهیت قضایی داشته یا نداشته باشد، در متون فقهی تقسیم مدونی به نظر نرسیده، گرچه در هر مورد احکام مربوط به مناسبت ذکر شده است. از این منظر طلاق به دو قسم غیر قضایی و قضایی قابل تقسیم است. طلاق غیر قضایی شامل تمام اقسام یاد شده اعم از بائن و رجعی می‌شود. زیرا برای اینکه طلاق ماهیت قضایی نداشته باشد، وجود یا تحصیل رضایت زوج برای طلاق کافی است. وجود رضایت زوج مصداق ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی و تحصیل رضایت او از مصادیق مواد ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷ قانون مزبور است. البته باید توجه داشت در مواردی که زوجه در اجرای ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی و به لحاظ تحقق شرط، حق اعمال وکالت خود در طلاق را پیدا می‌کند، این نیز طلاق با ماهیتی غیر قضایی است.

طلاق قضایی طلاق است که حضور زوج یا رضایت او شرط تحقق طلاق نمی‌باشد و از طرفی مبتنی بر رضایت اولیه زوج از باب توکیل زوجه در طلاق خودش نیست. با این توضیح طلاقهایی که از مصادیق مواد ۱۱۳۰، ۱۱۲۹، ۱۰۲۹ قانون مدنی هستند طلاق قضایی محسوب می‌شوند. البته اقسام طلاق قضایی که در قانون مدنی ذکر شده، اخص از مفهوم طلاق قضایی است. زیرا طلاق قضایی در مفهوم گسترده خود شامل مواردی می‌شود که

حاکم، شوهر را به لحاظظهار یا ایلاء در مضیقه و فشار قرار می‌دهد تا یکی از دو راه بازگشت به زندگی مشترک و یا طلاق را بپذیرد (و یا بر اساس بعضی فتاوای فقهی در صورت عدم تأثیر حبس و تضییق، حاکم رأساً زوجهٔ چنین شخصی را طلاق می‌دهد). در این مقاله صرفاً به بررسی یکی از موارد طلاق قضایی یعنی طلاق زوجهٔ غایب مفقود الاثر* پرداخته می‌شود.

مادهٔ ۱۲۰۹ ق.م. در این زمینه مقرر می‌دارد:

هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت مادهٔ ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد.

سیر مطالب این نوشتار چنین است که ابتدا به بررسی فقهی (الف) و حقوقی (ب) موضوع می‌پردازیم. آن‌گاه در مورد غیبت زوج در نکاح منقطع به بحث می‌پردازیم و مسئله را از دو زاویهٔ فقهی (ج) و حقوقی (د) بررسی می‌نماییم.

الف. بررسی و تحلیل فقهی موضوع

فقه‌های اهل سنت نوعاً از باب استصحاب حیات زوج، قائل به بقای زوجیت هستند و گفته‌اند که این علقه تا وصول خبر مرگ زوج یا وصول این خبر که شوهر غایب، زن خود را طلاق داده و یا انقضای مدتی که معمولاً چنین فردی زنده نمی‌ماند باقی است. در کتاب خلاف این فتوا به شافعی، و ابن عباس و احمد و اسحاق است (همان: ۶۰). بنابراین مقررات مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۳۰ قانون مدنی مبتنی بر فقه شیعی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴: ۶۸؛ نجفی، ۱۳۸۱: ۲۸۸).

پس چنانچه مرافعهٔ قضایی راجع به زن و شوهری باشد که هر دو سنی مذهب باشند، در خصوص مورد، اعمال مادهٔ ۱۰۲۹ قانون مدنی تقریباً منتفی است و در چنین موضوعی باید بر اساس مقررات قانون رعایت احوال شخصیهٔ ایرانیان غیر شیعه عمل نمود و چنانچه یکی از آنها شیعه و دیگری از اهل سنت باشد، حسب مورد و مصداق باید قاعدهٔ الزام مورد عمل قرار گیرد.

* بعضی از حقوقدانان عنوان غایب مفقود الخبر را بر مفقود الاثر ترجیح داده‌اند، اما به نظر می‌رسد این نزاع لفظی است.

فقه‌های شیعه به استناد روایات مأثوره از معصومان علیهم‌السلام در جواز انحلال نکاح زوجۀ غایب مفقود الاثر تقریباً متفق القول هستند، ولی در این عرصه در چند مسئله گفت‌وگو دارند: بعد از مدت انتظار چهار ساله و مراجعه به حاکم، آیا قاضی باید حکم به اعتداد بدهد یا انجام طلاق توسط حاکم ضرورت دارد؟ (الف - ۱)؛ برای تحقق شرط انتظار چهار ساله آیا مراجعه به حاکم موضوعیت دارد تا حاکم در آن مدت از غایب تفحص کند یا انقضای مدت چهار سال قبل از رجوع به حاکم نیز کفایت می‌کند؟ (الف - ۲)؛ آیا فحوص شخص زوجۀ از غایب کفایت از فحوص دادگاه می‌نماید یا خیر؟ (الف - ۳)؛ جواز طلاق، مطلق است یا مقید؟ (الف - ۴)؛ ماهیت عده در این مقام چیست؟ (الف - ۵).
ذیلاً سؤالات فوق از منظر فقهی و حقوقی بررسی و پاسخ داده می‌شود.

الف - ۱. طلاق یا اعتداد؟

سؤالی که در اینجا مطرح این است که آیا با پایان یافتن چهار سال انتظار برای غایب، انشای طلاق لازم است به این معنا که در صورت وجود ولی غایب، ولی و در صورت نبود او حاکم طلاق را جاری سازند، یا اینکه بدون اینکه نیاز به انشای طلاق باشد، صرفاً لازم است زوجۀ بنا به حکم حاکم عده نگه دارد تا با پایان یافتن آن بتواند با مرد دیگری ازدواج نماید. در اینجا اختلاف عقیده وجود دارد.

بعضی از فقه‌های بزرگ شیعه بر این عقیده هستند که پس از انتظار چهار ساله و رجوع زوجۀ غایب به حاکم، صرفاً اعتداد زوجۀ مطرح است و حکم طلاق لازم نیست. از جمله شیخ طوسی رحمته‌الله می‌نویسد:

و ان لم يعرف له خبر بعد اربع سنين من يوم رفعت امرها الى الامام اعتدّت من الزّوج عده المتوفّى عنها زوجها (طوسی، ۱۳۴۲: ۵۳۸).

ابن ادریس حلی نیز به همین مضمون فتوا داده است:

فان لم يعرف له خبر حتى انقضت اربع سنين من يوم رفعت امرها الى الامام امرها الامام بالاعتداد عنه اربعة اشهر و عشرة ايام عده المتوفى (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۴۰).

مرحوم محقق در شرایع (حلی، ۱۴۰۹: ۳۹) و ابن برّاج (ابن برّاج، بی‌تا: ۳۳۸)

چنین عقیده‌ای دارند.

جمع دیگری از فقه‌های امامیه در خصوص مورد، طلاق ولی (در صورت موجود بودن)

را لازم دانسته‌اند و حین فقد ولی، قائل به لزوم حکم به طلاق از سوی حاکم شده‌اند. از جمله می‌توان به ابن حمزه اشاره کرد که می‌نویسد:

و ان لم یجد له خبرا بموت و لایحیة امر الحاکم بعد انقضاء اربع سنین ولی الغایب بتطلیقها فان لم یکن له ولی طلقها الحاکم فاذا طلقها اعتدت عنه عدة الوفاة (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۳۲۴).

شیخ صدوق نیز چنین عقیده دارد (صدوق، ۱۴۱۵: ۱۱۹). ابن جنید اسکافی بر اساس نقل علامه حلی در بیان خود، بین وظیفه حاکم و طلاق ولی غایب تفاوت قائل شده و گفته آنجا که غایب ولی دارد، حاکم او را مجبور به طلاق مولی علیه می‌نماید، اما آنجا که ولی ندارد، حاکم صرفاً زوجه غایب را به اعتداد موظف می‌کند و در پایان عده، ازدواج برای این زن مباح است (حلی، ۱۴۱۷: ۴۱).

بعضی دیگر از فقها، طلاق را چه از ناحیه ولی و چه از ناحیه حاکم، لازم شمرده‌اند و عده چنین طلاق را نیز عده طلاق دانسته‌اند، مانند شهید در مسالک (عاملی، بی تا: ۵۰).

دلیل قول اول موثقه سماعه است که می‌گوید: از امام علیه السلام در خصوص غایب مفقود

سؤال کردم. حضرت فرمود:

اگر زن او می‌داند که شوهرش در گوشه‌ای از زمین به سر می‌برد (حیات او معلوم است) باید انتظار او را بکشد تا زمانی که یا خبر مرگ او و یا خبر طلاق خود به دست شوهرش را دریافت کند و اما اگر این زن نمی‌داند که شوهرش کجاست و هیچ خبری از او در دست نیست، زن می‌تواند به امام علیه السلام مراجعه کند و امام به او دستور می‌دهد تا مدت چهار سال منتظر بماند و در این مدت از شخص غایب تفحص می‌کند و چنانچه خبری از او دریافت نشد و چهار سال منقضی گشت، امام به زوجه غایب دستور اعتداد چهار ماه و ده روز می‌دهد و با پایان این عده، زن برای ازدواج بر مردان حلال می‌شود و اگر در طول مدت عده شوهرش بیاید حق رجوع دارد، ولی در پایان این مدت دیگر حق رجوعی نخواهد داشت (عاملی، ۱۴۱۶، ۱۴: ۳۹۰).

اما یکی از دلایل قول دوم در این جهت که طلاق ولی یا والی را لازم دانسته‌اند، روایت

ابی‌الصلاح کنانی از امام صادق علیه السلام است. او می‌گوید:

از امام در خصوص زنی که شوهرش غایب شده و چهار سال از او خبری نیست و نفقه‌ای به همسرش نپرداخته و مشخص نیست که شوهرش زنده است یا مرده، سؤال کردم که آیا می‌توان ولی این مرد را به طلاق همسرش مجبور کرد. حضرت در پاسخ فرمود: «بله و اگر ولی هم نداشت سلطان او را طلاق می‌دهد (عاملی، همان، ۱۵: ۳۹۰).

اما دلیل قول شهید و فرزندش در خصوص لزوم طلاق، همان دلیل قول دوم یعنی روایت ابی‌الصلاح کنانی است. ولی در خصوص ماهیت این عده که شهید آن را عده طلاق دانسته، در جای خود به آن خواهیم پرداخت.

دلیل قول به تفصیل، یعنی اینکه اگر شخص غایب ولی دارد او باید زوجه غایب را طلاق بدهد، مبتنی بر حدود اختیارات ولی خاص است که از جمله این اختیارات، طلاق زوجه موالی علیه ولی خاص غایب است و دلیل اینکه اگر نوبت به حاکم رسید، حاکم باید بدون اینکه نیاز به طلاق باشد امر به اعتداد کند، همان موثقه سماعه است.

با توجه به روایات باب که به بعضی از آنها اشاره شد، ملاحظه می‌شود که این احادیث به لزوم طلاق تصریح دارند. پس وجهی برای اینکه موثقه سماعه را (که ظهور در عدم لزوم طلاق داشت) بر سایر روایات ترجیح دهیم وجود ندارد. زیرا صریح اکثر روایات بر ظاهر موثقه سماعه مقدم است. حتی می‌توان ظاهر موثقه سماعه را با صریح اکثر روایات جمع کرد، به این نحو که از روایاتی مثل روایت ابی‌الصلاح کنانی صریح آن را اخذ و ظاهر روایاتی مثل موثقه سماعه را که دلالت بر عدم لزوم طلاق دارد طرح نماییم. مؤید این جمع آن است که حتی در ذیل موثقه سماعه سخن از رجوع در ایام عده به میان آمده که اگر موضوع طلاق منتفی باشد، بحث رجوع نیز منتفی خواهد بود. از سوی دیگر برای جمع بین این روایات، ظهور روایاتی را مانند روایت ابی‌الصلاح کنانی که دلالت بر لزوم اعتداد از عده طلاق دارد، رها می‌کنیم و به صریح موثقه سماعه که لزوم اعتداد از عده وفات را مورد حکم قرار داده تمسک می‌نماییم.

البته قبول داریم که این جمع یک جمع عرفی نیست، بلکه از باب قدر متیقن از جمیع روایات است، زیرا در صورتی که زوجه غایب، طلاق داده شود، از سوی دیگر عده وفات را نگه دارد، یقیناً تکلیف او ساقط و پس از اتمام عده، ازدواج او جایز است. اگر این جمع به لحاظ عرفی نبودن پذیرفته نباشد و خدشه سندی و دلالتی بر دو دسته روایات مذکور وارد نباشد و این اخبار در عین تعارض تکافؤ داشته باشند از ظهور موثقه سماعه صرف‌نظر و به صریح اکثر روایات باب تمسک می‌نماییم و قائل به لزوم طلاق توسط حاکم می‌شویم که همین وجه صحیح به نظر می‌رسد.

الف - ۲. مبدأ محاسبه چهار سال

بحث دیگری که در این خصوص مطرح است مبدأ انتظار چهار سال است که آیا این چهار سال از ابتدای انقطاع خبر از غایب محاسبه می‌شود یا از تاریخی که زوجه غایب برای تعیین تکلیف خود به دادگاه مراجعه می‌کند. در این خصوص فقهای امامیه دو قول عمده دارند. بعضی معتقدند زمان رفع الامر الی الحاکم، مبدأ این تربص است و اصولاً اگر زن، رفع الامر نکرده و ضرب الاجل از سوی حاکم معین نشده باشد، اعتدادی در کار نیست. یعنی برای جواز اعتداد انقضای چهار سال از حین فقدان غایب کافی نیست، بلکه انقضای چهار سال از زمان رفع الامر لازم است. بنابراین اگر زوجه غایب شخصاً و بدون ضرب الاجل حاکم، یکصد سال هم تربص کند مجوز شروع به اعتداد نخواهد بود (حلی، بی تا: ۳۵۳). از معاصران نیز صاحب وسیلة النجاة و حضرت امام در تحریرالوسیلة از جمله طرفداران این نظریه هستند (موسوی خمینی، همان: ۳۰۴).

۳۹

فقه و حقوق / تحلیل ماهیت و احکام انحلال نکاح غایب / مفقود الاثر

مستند این نظر روایاتی است از جمله صحیحۀ برید بن معاویه، که راجع به وظیفه زوجه غایب مفقود الاثر از امام صادق علیه السلام سؤال کرده است. امام در پاسخ فرمود: هر مقدار که شخصاً انتظار کشیده برای او سودمند نیست مگر که او رفع الامر به حاکم نموده و حاکم تعیین اجل چهار ساله کرده باشد ... (عاملی، همان، ۱۵: ۳۸۹).

بعضی دیگر از فقهای امامیه انقضای چهار سال از زمان فقدان غایب را مجوز شروع به اعتداد دانسته‌اند و معتقد شده‌اند که اگر تاریخ انقطاع خبر از غایب برای حاکم محرز شود، مبدأ تربص همان تاریخ انقطاع خبر است و با انقضای چهار سال و فحوص از غایب و یأس از پیدایش او حاکم می‌تواند ولی غایب را مجبور به طلاق کند و در صورت فقدان ولی یا استنکاف او از طلاق، رأساً طلاق زوجه غایب را به انجام برساند. از جمله این فقها صاحب حدائق است و از جمله مستندات این قول، ظهور صحیحۀ حلبی است که از آن مرور چهار سال بدون لزوم تعیین اجل از سوی حاکم فهمیده می‌شود (عاملی، همان، ۱۵: ۳۹۰).

مستند دیگر این قول اطلاق روایاتی مانند صحیحۀ کنانی است، زیرا در این دسته روایات صرفاً انقضای چهار سال مورد توجه است و قیدی راجع به شروع و محاسبه آن از حین رفع الامر ندارد (عاملی، همان، ۱۵: ۳۹۰).

علامه بحرانی می‌نویسد:

روایات ظهور در این ندارد که طلاق، متوقف بر تربص چهار سالی باشد که شروع آن با ضرب الاجل حاکم صورت بگیرد. بلکه روایات ظهور در وجوب تربص چهار ساله دارد،

خواه رفع الامر الی الحاکم شده باشد و خواه نشده باشد. پس مبدأ تربص همان زمان انقطاع خبر از غایب است (بحرانی، بی تا: ۴۸۶).

به نظر می‌رسد جمع بین این دو دسته روایات نیز ممکن است. به این نحو که از روایاتی که بر لزوم تربص سنوات اربع تأکید کرده‌اند، لزوم این تربص را اخذ کنیم و از روایاتی که لزوم رفع الامر الی الحاکم را تصریح کرده‌اند، لزوم رفع الامر را اخذ کنیم. بنابراین صرف تربص سنوات اربع، برای شروع به اعتداد کافی نیست، اما اگر هر دو حاصل شود، یعنی هم تربص صورت گرفته باشد - خواه قبل از رفع الامر و خواه پس از رفع الامر و خواه بخشی از مدت تربص قبل از رفع الامر و بعضی دیگر پس از رفع الامر صورت گرفته باشد - این برای شروع به اعتداد کافی است، البته این جمع به نحو قدر متیقن خواهد بود. صاحب حدائق نیز به همین مضمون فتوا داده است:

انها اذا رفعت امرها الی الحاکم بعد الاربع سنين من حين الفقد یکفی ذلک الا انه یتفحص عنه فیجری علیه الحکم و ان رفعت امرها فی اثنائها فانه یجب علیها التریص حتی یتمّ الاربع و تضمّ لیها المدّة الباقیة ثم یجری الحکم (بحرانی، همان: ۴۸۶).

نگارنده این سطور نیز که این نظر را ترجیح می‌دهد، برای حل مشکل چنین زنانی در اجتماع، با بعضی از مراجع عظام تقلید معاصر ملاقات کرده و موضوع را مورد بحث قرار داده و سپس کتباً از حضرات استفتا نموده است و بعضی از آن بزرگان نیز لاشرط و بعضی بشرط اینکه زن به لحاظ مسائل زناشویی در عسر و حرج باشد، محاسبه مبدأ تربص از حین فقد انقطاع خبر از غایب را پس از رفع الامر الی الحاکم کافی دانسته‌اند.*

الف - ۳. فحص از غایب توسط زوجه یا دادگاه

آنچه در عبارات برخی فقها آمده است، در این معنا ظهور دارد که فحص از غایب در زمره وظائف حاکم می‌باشد (موسوی خمینی، همان: ۳۰۴). لیکن روشن است که حاکم برای انتخاب وسیله جست‌وجو مختار است. بعضی فقهای معاصر تصریح دارند که از امکانات رسانه‌ای امروز دنیا می‌توان برای فحص از غایب استفاده کرد (همان). ظاهراً حاکم می‌تواند خود زوجه را نیز مأمور فحص نماید، ولی فحص زوجه زمانی مؤثر است که به امر حاکم و بعد از رفع الامر صورت گرفته باشد (همان).

* فتاوی‌ای حضرات آیات فاضل لنکرانی، مکارم شیرازی و... که در پاسخ به استفتای نگارنده صادر شده است.

ظرف زمانی فحوص از غایب همان چهار سال می‌باشد، ولی برای این فحوص کیفیت خاصی در فقه لحاظ نشده است و صدق عرفی فحوص در خصوص هر مورد و مناسب با آن کافی است. اما قاعدتاً از نظر مکانی، فحوص در جایی صورت می‌گیرد که احتمال حصول خبر از غایب در آنجا وجود داشته باشد. البته اگر حاکم، علم و یقین پیدا کند که فحوص و جست‌وجو از غایب بی‌نتیجه است، و جوب فحوص ساقط می‌شود و صرفاً انقضا مدت چهار سال کافی است (موسوی خمینی، همان: ۳۰۶).

بر مبنای نظریه‌ای که آن را اختیار کردیم، انقضای این چهار سال لزوماً نباید از زمان رفع الامر محاسبه شود، بلکه می‌تواند زمان انقطاع خبر از غایب باشد، مشروط به اینکه در هر صورت رفع الامر صورت گرفته و موضوع فحوص به دست حاکم سپرده شده و برای حاکم یأس از پیدایش خبر از غایب حاصل شده باشد، گرچه بعضی از مدت این چهار سال یا تمام آن قبل از رفع الامر منقضی شده باشد.

دلیل این مطلب آن است که اولاً از روایات چنین برداشت نمی‌شود که وجوب فحوص از غایب امری تعبدی است و وقتی واجب تعبدی نباشد، در چنین موردی ادامه وجوب فحوص (با فرض یقین به عدم نفع) لغو و عبث خواهد بود. با توجه به آنچه گذشت، فحوص همسر غایب از شوهرش، به تنهایی کفایت از فحوص حاکم نمی‌کند، بلکه باید این فحوص به امر حاکم باشد. حال اگر حاکم زوجه را مأمور فحوص کرد و زوجه نزد قاضی وثاقت داشت، خبر او از نتیجه فحوص کافی است، زیرا در شخص مبعوث برای فحوص، عدالت شرط نیست (همان، ۳۰۴).

الف - ۴. اطلاق یا تقييد جواز طلاق

ماده ۱۰۲۹ ق.م. طلاق زوجه غایب را منوط به فقدان مال و اموال زوج یا فقدان ولی او برای انفاق به زوجه یا استنکاف ولی از انفاق ندانسته است. اما فقها به چنین امری قائل‌اند تا آنجا که نصوص و فتاوایی که بر این مبنا متفق هستند فراوان‌اند.

از جمله روایات باب، صحیحه برید بن معاویه است. او می‌گوید: از امام صادق علیه السلام راجع به زنی که شوهرش غایب مفقود الاثر شده سؤال کردم. امام فرمود:

اگر از حیات غایب خبری رسید زن مکلف به انتظار است. ولی اگر تا چهار سال خبری از حیات غایب نشد، ولی مرد غایب را احضار می‌کند و از او می‌پرسند آیا شخص غایب

مالی دارد، اگر مالی داشت از محل آن مال، نفقهٔ زوجه او را می‌پردازند تا زمانی که موضوع حیات و ممات غایب روشن شود. اما اگر مالی نداشت، از ولی غایب می‌خواهند تا مخارج همسر غایب را بپردازد. اگر ولی غایب نفقهٔ زوجه او را پرداخت تا زمانی که نفقه به او پرداخت می‌شود زن راهی برای ازدواج ندارد و چنانچه ولی از پرداخت نفقه خودداری کند، حاکم او را به طلاق آن زن مجبور می‌کند... (عاملی، همان، ۱۵: ۳۸۹).

گرچه روایاتی مثل روایت سماعه و مرسلهٔ فقیه (همان، ۱۴: ۳۹۰) صرفاً امر به اعتدال را مطرح کرده‌اند و از لزوم طلاق حاکم در آنها سخنی به میان نیامده است و گرچه در روایاتی مثل روایت حلبی (همان، ۱۵: ۳۹۰) و روایت ابی‌الصلاح کنانی (همان) که در آنها طلاق مطرح شده است، تفریع طلاق بر بحث انفاق وجود ندارد، اما اطلاق این ادله با قیود روایاتی مثل صحیحۀ برید بن معاویه تقیید می‌خورد.

آنچه در اینجا معمولاً به ذهن می‌رسد این است که آیا نیاز یک زن صرفاً راجع به نفقه (مانند مسکن، لباس، درمان و خوراک) است و به امور دیگر مانند مسائل غریزی و طبیعی راجع به زناشویی نیازمند نیست. ظاهراً روایات باب پاسخ این معنا را داده است. در صحیحۀ کنانی آمده که به امام عرض کردم: چه می‌فرمایید اگر زن بگوید من آنچه را که زنان به آن مایل هستند می‌طلبم و زنی چون من بدون شوهر صبر نمی‌کند؟ امام علیه السلام فرمود: «چنین حقی ندارد» (همان: ۳۸۹). مضمون همین مطلب در صحیحۀ حلبی نیز آمده است (همان: ۳۹۰).

با توجه به این روایات اگر اموالی از شخص غایب در دسترس، یا ولی غایب حاضر به انفاق است، در شرایط عادی امکان طلاق دادن زوجهٔ غایب وجود ندارد.

حال این سؤال مطرح است: آیا در فرض حرجی شدن وضعیت برای زن، به نحوی که ادامهٔ آن موجب شود تا او به فساد اخلاقی کشیده شود، باز هم مسوغی برای طلاق او نیست؟ ممکن است گفته شود در موضوع طلاق زوجهٔ غایب، عنوان حرج اخذ شده است، بنابراین ما نمی‌توانیم با انطباق عنوان حرجی بودن، حکم ثانوی غیر از مؤدای ادله بر آن پیاده کنیم. ولی به نظر می‌رسد عنوان طلاق زوجهٔ مفقود، مانند عناوین دیات و احکام غرامات نیست که بر اساس ضرر و حرج وضع شده باشند، بلکه ناظر به شرایط عادی هستند. پس ما می‌توانیم دو صحیحۀ یاد شده را بر موردی حمل کنیم که صبر کردن و تحمل این وضعیت برای زوجهٔ غایب امری شاق، حرجی و غیر قابل تحمل نباشد. زیرا شریعت اسلامی، شریعت سهله و سمحه است و در دینی که اجازه می‌دهد غسل و وضوی

حرجی ترک شود، چگونه حکمی وضع می‌شود که زن جوانی تا زمانی نامعلوم مجبور به مجرد بشود و نیاز جنسی او سرکوب گردد، حتی اگر به لحاظ این وضعیت مجبور باشد به حرام بیفتد! پس چنانچه زوجه از نظر مسائل جنسی و غریزی در حرج باشد، حتی اگر از غایب مالی وجود داشته باشد و یا ولی غایب حاضر به انفاق باشد، می‌توان زوجه غایب را طلاق داد. اما اگر عنوان مزبور صادق نباشد، طلاق زوجه صحیح نخواهد بود.

نکته‌ای که باید اضافه کنم موضوع انفاق متبرع است که در فتاوی‌ای برخی معاصران به آن پرداخته شده، که به موجب آن حتی اگر متبرعی برای انفاق به چنین زنی وجود داشته باشد، بر زن فرض است که انتظار شوهرش را بکشد (موسوی خمینی، همان: ۳۹۰).

این قید در روایات باب در حد مراجعه ما مشاهده نمی‌شود و اینکه از قید وجود مال غایب یا تحقق انفاق از سوی ولی غایب، بخواهیم قید انفاق از سوی متبرع را استفاده کنیم، چون مناط واحدی ندارد بی‌اشکال نخواهد بود. زیرا انفاق از مال غایب یا ولی غایب که تکلیف به انفاق دارند بی‌منت است، اما انفاق از سوی متبرع چنین نیست و در اکثر روایات نیز قید وجود مال غایب یا وجود ولی غایب که متصدی انفاق شود ذکر و بر آن تأکید شده است. پس چنین نتیجه می‌گیریم که طلاق زوجه غایب در فرضی صحیح است که مالی از غایب موجود نباشد یا غایب ولی نداشته یا ولی از انفاق به زوجه، ناتوان یا مستنکف باشد و یا زن علی‌رغم انفاق به او از حیث مسائل جنسی در حرج باشد. لذا جواز طلاق در خصوص مورد مقید است نه مطلق.

الف - ۵. ماهیت عده

فقه‌های معاصر شیعه نوعاً عده را در اینجا عده طلاق می‌دانند (موسوی خمینی، همان: ۳۰۴). دلیل این قول آن است که در روایاتی که به لزوم طلاق از سوی ولی غایب یا والی تصریح شده، نوعاً بحث از لزوم طلاق ولی مطرح شده است. پس وقتی وظیفه ولی، طلاق است، تکلیف زوجه پس از طلاق نیز عده طلاق است و در صورت استنکاف ولی، نوبت به این می‌رسد که حاکم طلاق بدهد. باز آنچه واقع می‌شود، طلاق می‌باشد. پس وظیفه زوجه اعتداد از طلاق است.*

* همان‌طور که گذشت، این قول را ترجیح دادیم که وظیفه حاکم نیز طلاق است نه امر به اعتداد.

لازمه اینکه وظیفه حاکم را امر به اعتداد بدانیم آن است که در این مقام عده را - پس از انتظار چهار ساله توسط زوجه غایب و فحوص و یأس از او - عده وفات بدانیم. ولی قبلاً بیان شد که اکثر روایات باب که بر لزوم طلاق دلالت دارند، مقدم بر مؤثقه سماعه هستند که در عدم لزوم طلاق ظهور دارد و امر به اعتداد را کافی می‌داند. آری، اگر امر به اعتداد (بدون طلاق) را کافی بدانیم، ماهیت عده در اینجا عده وفات خواهد بود، علاوه بر این، مؤثقه سماعه، مضمرة است.

اما اینکه مقدار عده در خصوص مورد، عده زمانی چهار ماه و ده روز لحاظ شده نه سه طهر، از جهت رعایت احتیاط در باب احتمال فوت غایب است که با اعتداد ابعداً الاجلین حاصل می‌شود و این احتیاط موجب انقلاب عنوان عده از عده طلاق به عده وفات نیست. در اینکه اگر عده تمام شود و زن ازدواج کند و سپس شوهر اول پیدا شود، ازدواج دوم صحیح است و بحث رجوع منتفی است، اختلافی در اقوال ملاحظه نشد. اما اینکه اگر عده تمام شود و زن هنوز شوهری اختیار نکرده و شخص غایب که شوهر این زن بوده پیدا شود، مسئله چه حکمی دارد، موضوع اختلافی است. برخی قدما و معاصران معتقدند در چنین صورتی شخص پیدا شده دیگر حقی به همسر سابق خود ندارد، زیرا طلاق واقع شده و عده نیز منقضی شده است (طوسی، ۱۳۵۱: ۲۷۸؛ صدوق، همان: ۱۱۹؛ ابن حمزه، همان: ۳۲۴؛ ابن ادریس، همان: ۳۴۰؛ موسوی خمینی، همان: ۳۰۶). در مقابل، جمع دیگری از فقها معتقدند که شخص غایب پس از مراجعه، حتی با انقضای مدت عده به شرطی که زن او شوهری اختیار نکرده باشد، می‌تواند به او رجوع کند. شیخ در نهاییه (طوسی، ۱۳۴۲: ۵۳۸) و خلاف (طوسی، ۱۴۲۰: ۶۱) و ابن برآج در مهذب (ابن برآج، همان: ۳۳۸) چنین نظری دارند. در این میان علامه در مختلف قائل به تفصیل شده است به این صورت که باید دید که زوجه غایب توسط ولی او طلاق داده شده است یا حاکم امر به اعتداد نموده است. اگر ولی غایب زوجه او را طلاق داده، این طلاق شرعی است و احکام طلاق بر آن مترتب است. پس پیدایش غایب پس از انقضای عده، حقی برای رجوع غایب به همسر سابق او ایجاد نمی‌کند. اما اگر حاکم امر به اعتداد کرده که از باب ظن به موت غایب است، حال که شوهر پیدا شده معلوم می‌شود که ظن حاکم باطل بوده و حکم او مبنایی نداشته و علقه زوجیت بین طرفین باقی است (حلی، ۱۴۱۷: ۴۱).

بررسی و تحقیق پیرامون این اقوال نشان می‌دهد که هیچ نص و روایتی دال بر قول دوم وجود ندارد، بلکه آنچه در صحیحه برید بن معاویه و موثقه سماعه آمده صراحتاً بر قول اول دلالت دارد: «و ان انقضت العدة قبل ان یجىء و یراجع فقد حلت للزواج و لاسبیل للاول علیها» (عاملی، همان: ۱۵).

اما تفصیل علامه زمانی صحیح است که ما دوران امر بین طلاق ولی یا امر به اعتداد از سوی حاکم را بپذیریم، در حالی که در محل خود ثابت کردیم دوران امر بین طلاق ولی غایب به عنوان ولی خاص و طلاق حاکم به عنوان ولی بر مستنکف یا ولی بر غایب، حسب مورد است. پس ماهیت عمل حقوقی در هر دو صورت طلاق است و صرف امر به اعتداد که حکایت از ظن حاکم بر مرگ غایب داشته باشد کافی نیست. در مقام تعارض بین اکثر ادله باب که بر لزوم طلاق حاکم و والی دلالت داشتند با موثقه سماعه که در عدم لزوم طلاق ظهور داشت، موثقه یقیناً مطروح است، مگر بگوییم موضوع به نحو قدر متقین قابل جمع است. گرچه انصاف آن است که اینجا وجه جمع یاد شده عرفی نیست. پس از نظر فهم عرفی، این روایات متعارض است و صریح اکثر روایات یاد شده بر ظهور موثقه سماعه مقدم می‌شود.

حال اگر ماهیت عده را عده طلاق بدانیم، باید به لوازم آن نیز پایبند باشیم. یعنی وقتی قبول کنیم که حاکم و والی به ولایت از ولی مستنکف غایب، یا به ولایت از خود غایب، زوجه او را طلاق می‌دهد، چاره‌ای نداریم جز اینکه نوع طلاق و عده آن را نیز تابع احکام کلی طلاق بدانیم. پس می‌گوییم در چنین مواردی اگر شوهر غایب حاضر بود و خود رأساً همسرش را طلاق می‌داد و زوجه او صغیره یا غیر مدخوله یا یائسه بود، طلاق بائن بود. حال هم که حاکم به ولایت از غایب یا ولی مستنکف او، زوجه غایب را طلاق می‌دهد و این زوجه، صغیره یا غیر مدخوله یا یائسه است، طلاق از نوع بائن خواهد بود و حسب قواعد کلی، این طلاقها عده ندارد تا در طول مدت عده امکان رجوع وجود داشته باشد. ولی اعتداد در اینجا از باب احتمال فوت است که تکلیف شرعی از زوجه برداشته شود. پس در طول مدت عده در این موارد، حق رجوعی برای غایب پیدا شده وجود ندارد.*

* نگارنده این موضوع را با برخی مراجع عظام معاصر حضوراً مطرح کرده و فتاوی آن بزرگان را مبنی بر اینکه در این موارد طلاق بائن می‌باشد تحصیل نموده است.

بنابراین، عدهٔ چنین طلاق در زمانی رجعی است که اگر شوهر حضور داشت و شخصاً همسرش را طلاق داده بود، عدهٔ آن رجعی بود. حال نیز که حاکم زن را طلاق داده، عدهٔ این طلاق همان حکم را دارد. ممکن است گفته شود در روایات باب، به نحو مطلق برای غایب پس از پیدا شدن در ایام عده حق رجوع لحاظ شده است. به نظر می‌رسد سؤال راوی و پاسخ امام علیه السلام بر اساس حمل بر غالب صورت گرفته، به قرینهٔ اینکه راوی بعضاً از زن جوانی که نیاز به شوهر دارد سؤال نموده است. اما اینکه عدهٔ طلاق سه طهر است و شوهر پس از انقضا سه طهر تا انقضای مدت ابعداً الاجلین که چهار ماه و ده روز است حق داشته باشد در فرضی که ماهیت طلاق رجعی است به همسرش رجوع کند از باب تعبد به روایات است (عاملی، همان، ۱۴: ۳۹).

ب. بررسی حقوقی موضوع

پیش‌تر اشاره کردیم که موضوع طلاق غایب مفقود الاثر در مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م. مطرح شده است. مطابق این ماده:

هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت مادهٔ ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد. یقیناً موضوع این ماده از مصادیق طلاق قضایی است. البته نباید موضوع مادهٔ ۱۰۲۹ ق.م. را با مواردی خلط نمود که دادگاه به لحاظ تحقق شرط و به علت غایب شدن زوج در مدت معین، به همسر او اجازهٔ وکالت برای تحقق طلاق می‌دهد؛ زیرا این موارد از مصادیق طلاق غیر قضایی است.

مندرجات ذیل مادهٔ ۱۰۲۹ یاد شده، طلاق دادن حاکم را منوط به رعایت مادهٔ ۱۰۲۳ قانون مدنی نموده که این ماده ناظر به چگونگی صدور حکم موت فرضی است و قانونگذار صدور حکم موت فرضی را منوط به نحوهٔ خاصی از نشر آگهی نموده است. ابهامی که این احاله به وجود آورده آن است که بعضی از قضات محترم صدور حکم طلاق را منوط به جریان جمیع تشریفات راجع به صدور حکم موت فرضی* انگاشته‌اند، در

* راجع به موضوع موت فرضی و چگونگی صدور حکم آن و عدم ارتباط این موضوع به بحث طلاق زوجهٔ غایب مفقود الاثر، به کتاب گام به گام با امور حسبی از همین نویسنده مراجعه فرمایید (حبیبی تبار، ۱۳۸۳، ۲۳۱ به بعد).

حالی که چنین تصویری نادرست است. زیرا در اینجا اصل، استصحاب حیات است که دارای دو اثر می‌باشد: اثر اول، حرمت تقسیم اموال غایب به عنوان میراث و اثر دوم، حرمت ازدواج زوجة غایب. اثر دوم به موجب دلیل خاص زائل و حرمت آن با شرایطی برداشته شده است. اما اثر اول به قوت خود باقی است. بنابراین، تقسیم اموال غایب به عنوان ترکه، منوط به صدور حکم موت فرضی است، به خلاف طلاق دادن همسر او.

اگر به ظاهر ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی توجه کنیم، باید بگوییم از نظر قانون مدنی اگر مردی در طول چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد، حتی اگر در این مدت زن او به دادگاه مراجعه و تقاضای طلاق نکرده باشد، برای دادگاه در اجرای ذیل ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی لازم است تا در یکی از جراید محلی و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار در سه نوبت متوالی اعلانی را به چاپ برساند که فاصله هر اعلان از اعلان دیگر، یک ماه باشد و در آن اعلان از اشخاصی که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نماید که اگر خبری دارند به اطلاع دادگاه برسانند و چنانچه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود، دادگاه می‌تواند در اجرای ماده فوق حکم طلاق همسر شخص غایب را صادر نماید. با توجه به این ظهور، مدتی که دادگاه از غایب تفحص می‌کند یک سال خواهد بود و تریص این یک سال از زمان رفع الامر است، نه تریص چهار سال که در روایات باب وارد شده است. شبیه سؤالاتی که در بررسی فقهی به آنها پرداخته شد، در بررسی حقوقی نیز مطرح می‌شوند که می‌توان به پاسخ آن سؤالات پرداخت.

ب - ۱. طلاق یا اعتداد

برخی استادان در مورد ماهیت انحلال ازدواج زوجة غایب مفقود الاثر با بیان اینکه قانون مدنی در خصوص ماده ۱۰۲۹ از قول مشهور فقها پیروی کرده، در نتیجه ضرورت طلاق حاکم برای تحقق انحلال نکاح را نیز به مشهور نسبت داده و لزوماً موضوع را از مصادیق طلاق دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۷۶: ۶۳). در مقابل، بعضی دیگر از استادان حقوق به این مطلب تمایل پیدا کرده‌اند که حکم دادگاه به اعتداد کافی است و نیازی به اجرای طلاق با شرایط آن وجود ندارد. مستند این نظر ظاهر مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۵۶ قانون مدنی است و چنین استدلال شده که از طرفی قانون مدنی برای این انحلال، عده وفات

منظور کرده است و از طرف دیگر عده وفات برای موردی ضروری است که قانونگذار مرگ شوهر را فرض می‌کند. بدین ترتیب حکم دادگاه جنبه تأسیسی ندارد و چهره اعلامی پیدا می‌کند و کاشف از موت فرضی (نه واقعی) است و نیازی به اجرای جداگانه ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۳۷۶).

به نظر می‌رسد این تحلیل با اشکالاتی روبه‌روست. از جمله اینکه اصل حقوقی در خصوص این مورد، استصحاب حیات غایب است و قول به جواز طلاق به لحاظ دلیل خاص بیان شده، ولی سایر آثار مثل تقسیم اموال غایب منوط به صدور حکم موت فرضی است، در حالی که صدور حکم طلاق در اجرای ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی منوط به صدور حکم موت فرضی نیست. مرحوم دکتر سید حسن امامی نیز صریحاً همین نظر را پذیرفته است (امامی، ۱۳۷۷: ۳۱۱).

علاوه بر این، گر چه قانون مدنی در ماده ۱۱۵۶، عده این طلاق را عده وفات دانسته است، اما باید دانست که این موضوع از جهت رعایت ابعاد الاجلین و رعایت احتیاط در باب احتمال فوت است. لذا در ماده ۱۰۳۰ همان قانون به حق رجوع غایب در صورت مراجعت تصریح شده است. این در حالی است که اگر ماهیت اقدام حاکم طلاق نباشد، موضوع حق رجوع نیز منتفی است. مضافاً ظهور لفظ طلاق در معنای خاص خود روشن‌تر از آن است که بتوان این عبارت را به امر به اعتداد تفسیر کرد.

قانونگذار نیز در قانون حمایت خانواده، مفاد ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی را دارای ماهیت طلاق دانسته بود، زیرا مطابق بند ۱۴ ماده ۸ قانون مزبور دادگاه را در این مورد مکلف به صدور گواهی عدم امکان سازش نموده است که لازمه آن تحقق طلاق بعد از این گواهی است. در حال حاضر نیز بر اساس رویه قضایی موجود، دادگاه صیغه طلاق را جاری می‌نماید.*

* دکتر کاتوزیان در کتاب قانون مدنی در نظم حقوق کنونی ذیل ماده ۱۰۲۹ چنین آورده است: «طلاق با صدور حکم واقع نمی‌شود و اجرای آن با گفتن صیغه طلاق نزد دو مرد عادل در دفتر طلاق توسط نماینده دادگاه صورت می‌پذیرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۶۳۶). اگر چه ایشان در کتاب حقوق خانواده خود خلاف این نظر را ترجیح داده است.

ب - ۲. مبدأ محاسبه چهار سال

در مورد مبدأ محاسبه مدت انتظار زوجه، نوعاً حقوقدانان مبدأ را بر اساس ظاهر ماده ۱۰۲۹ ق.م. همان زمان انقطاع خبر از غایب دانسته‌اند:

هر گاه یک سال از تاریخ نشر اولین آگهی بگذرد و حیات غایب ثابت نشود دادگاه حکم طلاق صادر می‌کند. بنابراین قبل از گذشتن لااقل پنج سال از تاریخ آخرین خبر از غایب دادگاه نمی‌تواند حکم طلاق به علت غیبت شوهر صادر کند (امامی و صفایی، ۱۳۸۲: ۲۰۹).

دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسد:

دادگاه پیش از هر اقدام دیگر به این دلایل رسیدگی می‌کند و شهادت گواهان را می‌شنود و هر گاه غیبت شوهر را در چهار سال مورد ادعا احراز کند، مراتب را در یکی از روزنامه‌های محلی و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران سه دفعه متوالی هر کدام به فاصله یک ماه اعلان می‌کند و از کسانی که ممکن است از غایب خبری داشته باشند می‌خواهد تا به دادگاه اطلاع دهند. هر گاه یک سال از تاریخ انتشار اولین اعلان بگذرد و خبری از غایب به دست نیاید، دادگاه به درخواست خواهان حکم به طلاق صادر می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۳۷۷).

به نظر نگارنده این تحلیل حقوقی تا آنجا که تجویز محاسبه مدت تریبص از زمان انقطاع خبر از غایب باشد، پس از اینکه رفع الامر صورت بگیرد منعی ندارد. ولی عبارت دکتر کاتوزیان که لازمه طرح دعوی را انقضای مدت چهار سال می‌داند،* با اصول حقوقی و قواعد آیین دادرسی مدنی سازگار نیست. زیرا گرچه ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی چنین آورده است: «هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند...»، اما این عبارت دارای مفهوم نیست. یعنی قانونگذار درصدد بیان این مطلب نیست که قبل از انقضای چهار سال از انقطاع خبر از غایب، تسلیم دادخواست و طرح دعوی طلاق مسموع نیست، بلکه در مقام بیان این نکته است که صدور حکم دادگاه منوط به انقضای مدت مزبور است.

در این زمینه باید توجه داشت که مشهور فقها در محاسبه شروع مدت چهار ساله، زمان

* مشابه این مطلب را مرحوم دکتر سید حسن امامی آورده است که اشکال یاد شده به ایشان نیز وارد است. (امامی، ۱۳۷۷: ۳۱۲)

مراجعه به حاکم را معتبر می‌دانند، لذا از باب رعایت احوط و انساب و جمع بین اقوال نیز این تفسیر به صواب نزدیک‌تر است. بنابراین مدت تربص از زمان فقدان خبر از غایب قابل محاسبه است، ولی این محاسبه صرفاً پس از رفع الامر الی الحاکم معنا پیدا می‌کند و دیگر تفاوتی وجود ندارد بین اینکه تمام چهار سال قبل از رفع الامر منقضی شده باشد یا بخشی از آن قبل از رفع الامر منقضی شده و بقیه مدت پس از رفع الامر سپری شود.

ب - ۳. فحص از غایب توسط زوجه یا دادگاه

اکنون بحث در این است که آیا فحص زوجه کفایت از جست‌وجوی دادگاه در مورد غایب می‌نماید یا خیر. همان‌طور که قبلاً گفته شد، از نظر فقهی جست‌وجوی غایب بدون نظارت و دستور حاکم، فاقد اثر شرعی است. اما از نظر حقوقی، دادگاه در هر صورت - اعم از اینکه زوجه شخصاً شوهر مفقودش را جست‌وجو کرده یا نکرده باشد یا مؤسسات و یا اداراتی متکفل جست‌وجوی غایب شده یا نشده باشند و یا در مورد غیبت غایب جداگانه در شعب بازپرسی یا دایاری، یا اداره سرپرستی امور صغار و محجورین در دادسرا و یا در محاکم عمومی و یا جزایی، تحقیقاتی شده یا نشده باشد - تکلیف دارد تا با اعمال مقررات ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی از حیث نشر آگهی با تشریفات خاص و یک سال انتظار از تاریخ نشر اولین آگهی، مستقلاً راجع به غایب جست‌وجوی خاصی را به عمل آورد و ظاهراً اختلاف نظری در آثار حقوقی در این مورد وجود ندارد (امامی، همان: ۳۱۲؛ محقق داماد، همان: ۴۶۳؛ حبیبی تبار، ۱۳۸۳: ۴۲۳؛ کاتوزیان، همان: ۳۷۷؛ امامی و صفایی، همان: ۲۰۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۲۹۱ و طاهری، بی تا: ۲۹۳).

ب - ۴. اطلاق یا تقیید جواز طلاق

در بررسی فقهی موضوع به این نظریه رسیدیم که حاکم نمی‌تواند زوجه غایب را حتی پس از انقضای چهار سال از انقطاع خبر از او طلاق بدهد، بلکه اگر غایب مالی دارد یا ولی غایب، حاضر به انفاق به او می‌باشد، همسر غایب مکلف به انتظار است، مگر در صورتی که حرج زوجه در مورد نیازهای غریزی ثابت شود که در این صورت نیز طلاق او منوط به انقضای مدت چهار سال مزبور است. ولی از نظر حقوقی موضوع چگونه است؟

ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی از این جهت اطلاق دارد و به وجود مال یا آمادگی ولی غایب برای انفاق به زوجه او توجهی ننموده است. حقوقدانان نوعاً با تمسک به اطلاق ماده ۱۰۲۹، قید فقهی موضوع را نادیده گرفته‌اند (امامی و صفایی، همان: ۲۰۹)؛ گرچه نوعاً اذعان دارند که از نظر فقهی جواز طلاق مقید است نه مطلق.

بعضی دیگر، از آنجا که صرفاً به دنبال تحلیل فقهی موضوع بوده‌اند، راجع به اطلاق این ماده نظری نداده‌اند (محقق داماد، همان: ۶۳). ما اجمالاً در کتاب گام به گام با حقوق خانواده (حبیبی تبار، همان: ۲۳) به اطلاق ماده مزبور اشکال کرده‌ایم و برای عمل به اطلاق آن زمینه فقهی و فتوای مناسب حال نیافته‌ایم.

ب - ۵. ماهیت عده

ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی چنین مقرر داشته است:

زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد، باید از تاریخ طلاق عده و فوات نگاه دارد.

و در ماده ۱۰۳۰ نیز آمده است:

اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای مدت عده، مراجعت نماید نسبت به طلاق، حق رجوع دارد ولی بعد از انقضای مدت مزبور حق رجوع ندارد. مرحوم دکتر حسن امامی در این زمینه چنین اظهار نظر نموده است:

چنانچه از ماده بالا (۱۰۳۰ ق.م.) که حق رجوع در مدت عده به شوهر می‌دهد، با توجه به ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی که زن را به نگاهداری عده و فوات راهنمایی نموده، معلوم می‌گردد طلاق مزبور یک طلاق مخصوص است در حکم طلاق رجعی (امامی، همان: ۳۱۳).

آقای دکتر کاتوزیان از لحن ماده ۱۰۲۹ و مفاد ماده ۱۱۵۶، اعلامی بودن حکم طلاق دادگاه را که نتیجه آن امر به اعتداد است استفاده نموده و حکم دادگاه را کاشف از موت فرضی غایب دانسته است. این مبنا با باین بودن عده ملازمه دارد، ولی این موضوع با صریح ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی قابل جمع نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۳۷۶). علاوه بر این، قانون مدنی در ماده ۱۱۴۵ مصادیق طلاق باین را به نحو حصری برشمرده است و طلاق غایب مفقود الاثر از زمره موارد برشمرده نیست.

بعضی حقوقدانان از تعرض به این موضوع و بحث از آن صرف نظر کرده‌اند (امامی و

صفایی، همان: ۲۰۹). آنچه در این مقام به نظر می‌رسد آنکه ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی که طلاقهای بائن را بر شمرده است، در مقام احصای طلاقهایی بوده که زوج شخصاً در آن دخیل بوده و از جهت طلاق حاکم در مقام بیان نبوده است و ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی که مدت عده را ابعداً تعیین نموده، یقیناً برای رعایت احتیاط است و الا بنا به صریح ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، موضوع از مصادیق طلاق است نه از مصادیق موت فرضی و رعایت ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی نیز از جهت تعیین نوع و نظام مشخصی در مورد فحص از غایب توسط حاکم است. اما ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی که برای شوهر در صورت مراجعه در مدت عده حق رجوع به همسرش را قائل شده، مبتنی بر مورد اغلب است؛ یعنی موردی که زن غایب، مدخوله و یا غیر صغیره و یا غیر یائسه باشد. از طرفی قانون مدنی در ماده ۱۰۲۹ ولایت حاکم بر غایب را پذیرفته است و اقدام دادگاه در طلاق به قائم مقامی زوج غایب صورت می‌پذیرد. حال اگر زوجه غایب، یائسه، صغیره و یا غیر مدخوله باشد، چگونه می‌توان چنین طلاق را رجعی دانست؟

البته از نظر قواعد حقوقی، اخذ به اطلاق ماده ۱۰۳۰ و رجعی بودن عده این طلاق، خصوصاً از باب اتکا به فتاوی‌های مشهور فقهی که تعبداً عده این طلاق را رجعی دانسته‌اند قول ضعیفی نیست. لیکن در مقام بحث فقهی نیز رجعی بودن همه مصادیق این طلاق را نپذیرفتیم.

ج. بررسی فقهی حکم غیبت زوج در نکاح منقطع

از نظر فقهی مشروعیت نکاح انقطاعی مورد اتفاق فقهای امامیه است. لیکن در مورد اینکه اگر نکاح انقطاعی برای مدت نسبتاً طولانی واقع شده و زوج، غایب مفقود الاثر باشد تکلیف زوجه چه خواهد بود، تا قبل از مرحوم صاحب جواهر کسی متعرض موضوع نگردیده و ایشان نیز به این مسئله به نحو اجمالی پرداخته است (نجفی، همان، ۲۹۶). پس از صاحب جواهر سایر فقها به تبع ایشان این مسئله را مورد بحث قرار داده‌اند و در مجموع به دو وجه بلکه به دو قول رسیده‌اند که ذیلاً تبیین و نقد و بررسی می‌شوند.

ج - ۱. عدم جواز بذل مدت از سوی حاکم

نظر اول - نظر صاحب جواهر و جمعی دیگر از فقها به تبعیت از ایشان - این است که حاکم شرع نمی‌تواند به دلیل اینکه مردی غایب و مفقود شده، باقیمانده مدت نکاح

انقطاعی او را به همسرش بذل نماید (نجفی، همان: ۲۹۶؛ طباطبایی یزدی، همان: ۷۲؛ سیستانی، بی تا: ۱۸۰؛ سبزواری، ۱۳۸۲: ۱۳۵).

دلیل این قول آن است که آنچه رجوع به حاکم برای انحلال نکاح در مورد موضوع زوج مفقود را تسویغ و تشریح می کند چیزی نیست جز روایات مأثوره از معصومان علیهم السلام. این روایات محفوف به قرائنی است که حکم موضوع را منحصر به نکاح دائمی می نماید. مانند آنکه در روایات بحث از طلاق و انفاق به میان آمده که از خصائص نکاح دائم است. ولی در نکاح انقطاعی طلاق راه ندارد و با بذل یا اتمام مدت نکاح منحل می شود.

مرحوم آیت الله سبزواری رحمته الله در مهذب چنین تصریح نموده است:
 یختص الحكم بالدوام فلا یجری فی المتعة ولو كان زمان التمتع كثيراً للادلة المتقدمة المشتملة علی الانفاق و الطلاق المختصین بالدوام (سبزواری، همان: ۱۳۵).

از طرفی در روایات باب نیز هرگاه موضوع انحلال نکاح به لحاظ غیبت زوج مطرح شده، بر روی دو عنوان انفاق و طلاق تأکید شده است. همان گونه که در آغاز این بحث روایات باب مورد توجه قرار گرفت، در روایاتی که امر به اعتداد می کرد، موضوع انفاق مطرح بود و در روایاتی هم که امر به طلاق می نمود، طلاق و انفاق مورد تأکید قرار داشت (عاملی، همان، ۱۴).

از سوی دیگر ادعای اجماع شده که در نکاح انقطاعی طلاق راه ندارد و با بذل یا اتمام مدت، نکاح منحل می شود (بحرانی، همان: ۹۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۶: ۳۴۱؛ کرکی، ۱۴۱۱: ۳۴) و نیز در خصوص اینکه وجوب انفاق از خصائص نکاح دائم است، ادعای عدم خلاف شده است (بحرانی، همان: ۹۸؛ اراکی، بی تا: ۲۵۰). بنابراین طلاق و انفاق که در روایات باب آمده، مربوط به نکاح دائم است و در نتیجه حکم مسئله نیز منحصر به نکاح دائم خواهد بود. پس موضوع غایب شدن شوهر در نکاح انقطاعی از شمول روایات باب خارج می باشد و مداخله حاکم در بذل مدت، مستلزم وجود دلیل است که در خصوص مورد وجود ندارد.

ج - ۲. جواز بذل مدت از سوی حاکم

بنا بر نظر دوم، زوجه منقطعه حق دارد در صورت غیبت شوهرش به حاکم مراجعه و درخواست بذل بقیه مدت را بنماید و حاکم نیز حق دارد از باب ولایت بر غایب، در مورد بذل بقیه مدت در فرضی که زوجه در عسر و حرج است اقدام نماید. دلیل این نظر که

مختار بعضی از معاصران است (شیرازی، ۱۴۱۲: ۲۲۲)، ادله طلاق زوجه غایب نیست تا گفته شود به قرینه لفظ انفاق و طلاق که از مختصات نکاح دائم است، اجازه طلاق فقط راجع به نکاح دائم در این مسئله وارد شده است؛ بلکه دلیل آن حکومت قاعده نفی حرج بر حکم اولی اختیار بذل مدت توسط شوهر است. چون قاعده نفی حرج به عنوان یک حکم ثانوی در سرتاسر فقه جاری است (همان: ۲۰۰) و نمی توان آن را منحصر در نکاح دائم دانست. از این رو بعضی از مراجع عظام تقلید معاصر نیز در پاسخ به استفتائات به عمل آمده، در فرضی که زوجه در عسر و حرج شدید ناشی از بقای زوجیت منقطع بوده و شوهر زوجه، غایب باشد، برای حاکم حق بذل مدت از سوی شوهر را قائل شده‌اند.*

ج - ۳. بررسی دو دیدگاه و تحلیل آن

نظر اول این بود که براساس روایات که قید انفاق و طلاق در آن به کار رفته و با عنایت به اینکه این دو خصوصیت به اجماع فقها از ویژگیهای نکاح دائم است، پس حکم مسئله نیز که اجازه وقوع طلاق توسط حاکم است، به نکاح دائم منحصر می‌باشد. این استدلال از جهت عدم امکان تسری حکم به نکاح موقت بر مبنای روایات باب، متقن و استوار است و اینکه بعضی مدعی شده‌اند با الغای خصوصیت از نکاح دائم، تنقیح مناط می‌کنیم، قابل پذیرش نیست. زیرا الغای خصوصیت، مربوط به جایی است که قرینه معینه وجود نداشته باشد. درحالی که در این روایات دو قرینه انفاق و طلاق وجود دارد که نمی‌توان از آنها صرف نظر نمود.

از سوی دیگر اصولاً تنقیح مناط در جایی جایز است که مناط حکم برای ما روشن و واضح باشد. اما این ملاک برای ما روشن نیست، زیرا نهایت چیزی که می‌تواند به عنوان مناط تلقی شود، نفی عسر و حرج از زوجه دائمی است، که اگر چنین باشد، ادله نفی حرج شامل آن می‌شود و نیازی به روایات باب غیبت نداریم. اما اینکه بعضی مدعی شده‌اند که حکم، دائر مدار لفظ زوجه است که شامل دو نوع دائمه و منقطع می‌شود نیز مسموع نیست. زیرا در روایات، لفظ «مرأة» آمده، که با توجه به قرائن یاد شده، این لفظ منصرف به زوجه دائمه است نه منقطع. لذا مرحوم صاحب عروه می‌نویسد: «... ثم ان الزوجة منصرفة

* حضرات آیات: مکارم شیرازی، فاضل لنکرانی، موسوی اردبیلی و نوری همدانی.

الی الدائمة فشمول الحكم للمنقطعة مشکل» (طباطبایی یزدی، همان: ۷۸). تا اینجا روشن شد که دلیل مستدللین نظریه اول قابل دفاع و استوار است.

اما نظر دوم این بود که قاعده نفی حرج در اسلام قاعده‌ای عام و فراگیر است و اگر نتوانیم بر اساس احکام اولیه مبتنی بر روایات باب، از حکم راجع به زوجه دائمه، تنقیح مناط کنیم، می‌توانیم با اجرای حکم ثانوی و با حکومت قاعده نفی حرج بر حکم اولی - که در اینجا همان اختیار شوهر در بذل باقیمانده مدت است* - به حاکم اجازه بذل بقیه مدت را بدهیم.

جریان این استدلال در ما نحن فیه، منوط به این است که تحقق عسر و حرج شدید در نکاح انقطاعی متصور باشد. ممکن است بعضی بگویند در نکاح انقطاعی (که انفاق واجب نیست و شوهر تکلیفی در بیتوته با زن ندارد و واقعه با وی نیز وجوبی ندارد) چگونه ممکن است زنی که به چنین ازدواجی تن در داده در عسر و حرج قرار گیرد.

در پاسخ باید گفت: اولاً: ممکن است نکاح انقطاعی به نحو مشروط واقع شده و ضمن عقد، شرط انفاق و یا واقعه شده باشد که عموم ادله شرط شامل مورد خواهد شد.

ثانیاً: ممکن است وضعیت خاصی که باعث حرج برای زن شده، طاری بر نکاح و غیبت شوهر باشد و در نفی حرج، فعلیت حرج مطرح است نه قابل تصور بودن آن حین عقد نکاح. پس اگر زن به نحو مطلق و بدون اشتراط به زوجیت انقطاعی مردی در آمد ولی شوهرش مفقود شد و زن ملاحظه نماید که از نظر مسائل جنسی تحت فشار قرار دارد و ممکن است مرتکب حرام شود، همین مقدار برای تحقق فعلیت عسر و حرج کافی است و ادله نفی حرج قابل استناد است. این قول قوی به نظر می‌رسد.

بنابراین نظر دوم صحیح است. در عین حال تذکر چند نکته لازم است:

۱. زن در نکاح انقطاعی به لحاظ غیبت شوهرش و به استناد ادله عسر و حرج نمی‌تواند شخصاً بقیه مدت را از سوی شوهر، به خودش بذل نماید، بلکه باید به حاکم رجوع کند و حاکم باید تحقق عسر و حرج شدید زوجه را احراز کند و سپس بقیه مدت را در حق زوجه بذل نماید.

* که در اینجا همان اختیار شوهر در بذل باقیمانده مدت است.

۲. ادعای بعضی نویسندگان در خصوص مورد اعم از دلیل است. یعنی آنچه از ادله نفی حرج در خصوص موضوع قابل استدلال است، جواز بذل مدت در مورد زنی است که به سبب غیبت شوهرش در عسر و حرج شدید قرار گرفته باشد، در حالی که برخی این حکم را به نحو مطلق بیان کرده‌اند که پذیرش آن بسیار سخت است.

۳. وقتی پذیرفتیم که نکاح انقطاعی، پس از غیبت شوهر، از باب ادله نفی حرج قابل انحلال است، دیگر بحث تربص چهار سال و احکام خاص راجع به غیبت زوج در نکاح دائم در این مورد منتفی خواهد بود.

د. بررسی حقوقی حکم غیبت زوج در نکاح منقطع

گرچه قانون مدنی در ماده ۱۰۷۵ نکاح انقطاعی را به رسمیت شناخته است، اما راجع به آن خصوصاً در مورد انحلال آن به اختصار در ماده ۱۱۴۵ سخن گفته است. به هر حال راجع به غیبت زوج در نکاح منقطع، در کتب و آثار استادان حقوق، مطلبی ملاحظه نگردید. به ناچار باید سراغ قواعد و قوانین رفت تا از آنها حکم مسئله را دریابیم.

قانون مدنی در کتاب هفتم از ماده ۱۰۳۴ تا ماده ۱۱۵۷ به موضوع نکاح و طلاق پرداخته است. یکی از این موارد، ماده ۱۱۳۰ قانون مزبور می‌باشد که بیان می‌دارد:

در صورتی که دوام زوجیت، موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود.

سپس در اصلاحات به عمل آمده در قانون مدنی مصوب سال ۱۳۸۱ مجمع تشخیص مصلحت نظام، موارد ذیل به عنوان مصادیقی از وقوع زن در عسر و حرج آمده است:

۱. ترک زندگی خانوادگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی یا نه ماه متناوب در یک سال بدون عذر موجه.

۲. اعتیاد زوج به یکی از انواع مواد مخدر و یا ابتلای وی به مشروبات الکلی که به اساس زندگی خانوادگی خلل وارد کرده و امتناع و یا عدم امکان الزام وی به ترک آن در مدتی که به تشخیص پزشک برای ترک اعتیاد لازم بوده است.

۳. محکومیت قطعی زوج به حبس پنج سال یا بیشتر.

۴. ضرب و شتم یا هر گونه سوء رفتار مستمر زوج که عرفاً با توجه به وضعیت زوجه قابل تحمل نباشد.

۵. ابتلای زوج به بیماریهای صعب العلاج روانی یا بیماری و هر عارضه صعب العلاج دیگری که زندگی مشترک را مختل نماید.*

یکی دیگر از این مواد، ماده ۱۰۲۹ قانون یاد شده است که مقرر می‌دارد:
هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند.
در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد.
در ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی نیز سخن از پیدا شدن شخص غایب و حق رجوع او به زوجیت در طول مدت عدۀ طلاق است.

همان طور که ملاحظه شد، مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۳۰ بحث غایب شدن زوج و حکم آن را به نکاح دائم اختصاص داده‌اند. این موضوع از الفاظ «طلاق»، «عده» و «رجوع» قابل استنباط و استظهار است. تنقیح مناط از حکم این ماده به نکاح انقطاعی نیز به لحاظ عدم وجود ملاک واحد و نیز فقدان فهم کافی از ملاک آن ممکن نیست و اگر ملاک حکم را نجات زوجه غایب از عسر و حرج بدانیم، باید به سراغ تنقیح مناط از ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی برویم که موضوع آن مستقیماً عسر و حرج است، نه ماده ۱۰۲۹ که بر خلاف مؤدای اصل استصحاب حیات غایب و به استناد روایات باب، حکم خاصی را ایجاد نموده است.

اما آیا حکم ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی در خصوص نکاح انقطاعی و به لحاظ غیبت شوهر جریان دارد یا خیر؟ در این ماده نیز ملاحظه می‌کنیم که از الفاظی مانند طلاق و اجبار زوج به طلاق و یا تحقق طلاق با اذن حاکم استفاده شده است و گفتیم که لفظ طلاق مختص به نکاح دائم است. پس قدر متیقن از این ماده شمول حکم در مورد ازدواج دائمی است؛ خصوصاً که در تبصره الحاقی نیز مواردی به عنوان مصادیق عسر و حرج زوجه آمده که نوعاً در مورد نکاح دائم قابل انطباق است. حال باید دید که حکم این مسئله قابل تنقیح به نکاح انقطاعی هست یا نه. برای روشن شدن موضوع بیان چند نکته ضروری است.

۱. در کتاب نکاح قانون مدنی در ماده ۱۰۷۵ نکاح موقت به عنوان نوعی از نکاح

* قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی مصوب ۱۳۷۹/۷/۳ مجلس شورای اسلامی و ۱۳۸۱/۴/۲۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام، مندرج در روزنامه رسمی ۱۶۷۶۸ مورخه ۱۳۸۱/۶/۳۱.

معرفی شده است. بنابراین هر حکمی که راجع به نکاح در این قانون آمده باشد و به سبب وجود قرینه‌ای مختص به نکاح دائم نباشد، شامل نکاح موقت نیز خواهد شد.

۲. شکی نیست که احکامی مثل خواستگاری (موضوع ماده ۱۰۳۴ قانون مدنی)، استیذان از ولی در جواز نکاح باکره (موضوع ماده ۱۰۴۳ همان قانون)، ممنوعیت نکاح به اسباب مختلف (موضوع مواد ۱۰۴۵ تا ۱۰۶۱ قانون مزبور)، شرایط صحت نکاح (موضوع مواد ۱۰۶۲ تا ۱۰۷۰ قانون یاد شده) و امثال این احکام نوعاً شامل نکاح انقطاعی نیز می‌شود.

۳. اگر در ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی لفظ طلاق نیامده بود، بدون تردید اطلاق لفظ نکاح و انحلال آن، احکام راجع به وقوع زن در عسر و حرج را شامل نکاح انقطاعی نیز می‌نمود.

۴. جای هیچ تردیدی نیست که در هیچ ماده‌ای از قانون مدنی، حکم جواز انحلال نکاح در مورد عسر و حرج زوجه به عنوان حکم اختصاصی نکاح دائم بیان نشده است.

۵. با توجه به آنچه گذشت، اگر مناط ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، لزوم خلاصی زوجه از عسر و حرج ناشی از زوجیت باشد، این مناط قابل تنقیح و تسری به نکاح موقت نیز خواهد بود. النهایه اگر کسی از این تنقیح مناط استعجاب کند، می‌توان گفت در این صورت قانون مدنی در خصوص امکان بذل مدت نکاح انقطاعی توسط حاکم، در موارد ابتلای زن به عسر و حرج ساکت است که در چنین فرضی امکان مراجعه به منابع فقهی وجود دارد که به فتاوی‌ای برخی از مراجع تقلید معاصر در خصوص مورد در بحث فقهی اشاره کردیم.

به نظر نگارنده چون موضوع مورد بحث از مصادیقی نیست که در قانون مدنی از احکام خاص نکاح دائم باشد، با الغای خصوصیت از لفظ طلاق به لحاظ وجود مناط واحد قابل درک (نفی حرج از زوجه)، می‌توانیم حکم انحلال در نکاح دائم (طلاق) را به صورت انحلال در نکاح موقت (بذل بقیه مدت) تسری دهیم.

نتیجه

انحلال نکاح بین زوجه غایب مفقود الاثر و شخص غایب که بر اساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی اتفاق می‌افتد با ماهیت طلاق است نه امر به اعتداد، و عده‌ای که موضوع ماده ۱۰۳۰ همین قانون است، در واقع و نفس الامر عده طلاق است نه عده وفات. اینکه طول مدت عده، چهار ماه و ده روز بر مبنای عده وفات است، از جهت احتیاط و به این جهت

است که حتی در صورت فوت غایب، زن به تکلیف خود در خصوص اعتداد عمل کرده باشد. این عده به نحو مطلق رجعی نیست، بلکه در مصادیقی رجعی تلقی می‌شود که اگر خود شوهر حاضر بود و همسرش را طلاق داده بود، نوع طلاق رجعی می‌بود. بنابراین در مواردی که زوجه، غیر مدخوله، یائسه و یا صغیره باشد و شوهرش غایب شده و حاکم زن را طلاق داده باشد، چون از حیث طلاق اصولاً عده ندارد، رجعی بودن طلاق مفهومی ندارد، بلکه طلاق در این موارد باین است و اعتداد از حیث احتیاط و امری تبعیدی و به اعتبار احتمال مرگ شوهر است.

از سوی دیگر با توجه به ادله نفی حرج، چنانچه در نکاح انقطاعی، شوهر غایب شود و این غیبت، زن را در عسر و حرج غیر قابل تحمل قرار دهد، بذل بقیه مدت نکاح به زن از سوی حاکم به استناد ادله نفی حرج بلا اشکال خواهد بود. قانون مدنی ایران از حیث رجعی دانستن طلاق زوجه غایب مفقود الاثر به نحو مطلق جای اشکال دارد و از حیث وقوع زن منقطعه در عسر و حرج به لحاظ غیبت شوهر دچار سکوت است و توجه به این موارد در اصلاح و تکمیل قانون ضروری است.

منابع

۱. ابن ادريس، محمد، السرائر، مؤسسة النشر الاسلامي، دوم، ۱۴۱۰ ق.
۲. ابن براج، قاضي، المهذب، جامعه مدرسين حوزه علميه قم، بي تا، ج ۲.
۳. ابن حمزه، ابو جعفر طوسي، الوسيلة الى نيل الفضيلة، مكتبة آية الله العظمى مرعشي نجفي، ۱۴۰۸ ق.
۴. اراكي، محمد علي، رسالتان في الارث و النفقة، بي تا، ۲۵۰.
۵. امامي، اسدالله و صفائي، سيد حسين، مختصر حقوق خانواده، نشر ميزان، ۱۳۸۲ ش.
۶. امامي، سيد حسن، حقوق مدني، انتشارات اسلاميه، ۱۳۷۷ ش، ج ۴.
۷. بحراني، شيخ يوسف، الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة، مؤسسة نشر اسلامي، بي تا، ج ۲۵.
۸. جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، حقوق خانواده، كتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۹. حبیبی تبار، جواد، گام به گام با امور حسبی، نشر گام به گام، دوم، ۱۳۸۳ ش.
۱۰. حبیبی تبار، جواد، گام به گام با حقوق خانواده، نشر گام به گام، دوم، ۱۳۸۳ ش.
۱۱. حسینی شیرازی، سيد محمد، الفقه، مؤسسة الفكر الاسلامي، ۱۴۱۲ ق، ج ۷۰.
۱۲. حلّی، جعفر بن حسن، سرائع الاسلام، انتشارات استقلال، دوم، ۱۴۰۹ ق، ج ۳.
۱۳. حلّی، حسن بن يوسف بن مطهر، المختلف الشيعية في احكام الشريعة، مكتب الاعلام الاسلامي، ۱۴۱۷ ق.
۱۴. حلّی، حسن بن يوسف بن مطهر، ايضاح القواعد، بي تا، ج ۳.
۱۵. خوانساری، سيد احمد، جامع المدارك، مكتبة الصدوق، ۱۳۹۴ ق.

۱۶. سبزواری، سید عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، فجر ایمان، ۱۳۸۲ ش، ج ۲۶.
۱۷. سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، بی تا، ج ۳.
۱۸. صدوق محمد بن علی بن الحسین، *المقنع*، مؤسسة امام الهادی علیه السلام، ۱۴۱۵ ق.
۱۹. طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا، ج ۵.
۲۰. طباطبایی سید علی، *ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل*، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۱.
۲۱. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، *عروة الوثقی*، مدینه العلم آیت الله خویی، ۱۴۱۴ ق.
۲۲. طوسی، محمد بن حسن بن علی، *الخلاف*، مؤسسة النشر الاسلامی، دوم، ۱۴۲۰ ق، ج ۳.
۲۳. طوسی، محمد بن حسن بن علی، *المبسوط*، المکتب المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۵۱ ش، ج ۵.
۲۴. طوسی، محمد بن حسن بن علی، *النهاية*، دانشگاه تهران، ۱۳۴۲ ش.
۲۵. عاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام* (چاپ سنگی)، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، ج ۲.
۲۶. عاملی، زین الدین بن علی، *مسالك الافهام*، مؤسسة المعارف الاسلامیة، اول، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۴.
۲۷. عاملی، شیخ حر، *وسائل الشیعة*، مؤسسة آل البيت علیهم السلام، سوم، ۱۴۱۶ ق، ج ۱۴ و ۱۵.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۵ ش، ج ۱.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، نشر میزان، ۱۳۸۲ ش.
۳۰. کرکی، شیخ علی بن الحسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسة آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۱ ق.
۳۱. محقق داماد، سید مصطفی، *بررسی فقهی حقوق خانواده*، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶ ش.
۳۲. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسيلة*، مؤسسة نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، ۱۴۲۰ ق، ج ۲.
۳۳. موسوی عاملی، سید محمد بن علی، *مدارک الاحکام فی شرح شرایع الاسلام*، مؤسسة آل البيت، اول، ۱۴۱۰ ق.
۳۴. نجفی، شیخ محمد بن حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱ ش، ج ۳۲.

