

طلاق زوجه غائب مفقودالاثر و آثار آن

روشنعلی شکاری*

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

اسماعیل کریمیان

دانشجوی کارشناسی ارشد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۳/۱۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۳/۱۶)

چکیده:

غایب مفقودالاثر کسی است که از " غیبت او مدت بالنسبه مدید گذشته باشد و از او به هیچ وجه خبری نباشد" (م ۱۰۱۱ ق.م). احکام و آثار غیبت غائب مفقودالاثر که کتاب پنجم قانون مدنی به آن اختصاص یافته، بیشتر از فقه گرفته شد و در واقع مبنای قانون مدنی در این بخش فقه امامیه است. غیبت غائب که در فقه به غیبت منقطع معروف است آثاری در وضعیت دارائی شخص غائب و نیز آثاری در وضعیت زوجه غایب از حیث بقاء زوجیت دارد. آنچه در این سطور به آن پرداخته می شود ماهیت طلاق زوجه غائب مفقودالاثر و آثار آن است.

واژگان کلیدی:

غائب مفقودالاثر، ترخیص، طلاق حاکم، رجوع از طلاق، عده وفات، عسر و حرج، موت فرضی.

مقدمه

شخصی که غائب می‌شود و مدتی مدید از او خبری واصل نمی‌شود چنانچه مرگش ثابت شود، زوجه او از تاریخ خبر فوت عده وفات نگه می‌دارد؛ اگرچه چند سال از فوت شوهر وی گذشته باشد و پس از پایان مدت عده، می‌تواند مجدداً ازدواج کند (علامه حلی، بی تا ۹۰؛ محقق حلی، بی تا، ص ۲۱۷؛ شهید ثانی ج ۹، ص ۲۹۳). و اگر معلوم شود شوهر زنده است ولی معلوم نشود در کدام ارض است زوجه باید صبر کند تا زوج بمیرد یا او را طلاق دهد. هرگاه به هیچ وجه خبری از حیات یا مرگ زوج واصل نشود، غیبت این شخص منقطع نامیده می‌شود و به او غایب مفقودالخبر یا غائب مفقودالاثر می‌گویند. البته این اصطلاح با مسامحه بکار می‌رود چرا که ما از شخص خبری در دست نداریم نه اینکه هیچ اثری از او نیست، زیرا فرزندان، زوجه و اموال او باقی هستند. زوجه غائب مفقودالاثر پس از غیبت شوهر خود با مشکلات عدیده روبرو می‌شود. از یک سو، باید خانواده را اداره کند و از سوی دیگر، نفقه او بر عهده شوهرش بوده که او اکنون در بین نیست و از طرفی وقفه در انجام وظایف زناشویی مشکلاتی برای او پدید می‌آورد که همه اینها باعث می‌شود او به حاکم رجوع کند تا حاکم با رعایت تشریفات او را طلاق دهد. خود این طلاق ماهیتی ویژه دارد؛ قانون مدنی از یک سو در ماده ۱۰۲۹ مقرر می‌دارد «حاکم زوجه را طلاق می‌دهد و از سوی دیگر در م ۱۱۵۶ می‌گوید «زوجه از تاریخ طلاق، عده وفات نگه دارد؛ وانگهی در ماده ۱۰۳۰ مقرر می‌دارد برای زوج در مدت عده حق رجوع است.

۱. غائب

این کلمه در دو معنا به کار رفته: الف. غائب از موطن (محل اقامت معمولی) خود که اصطلاحاً غائب از بلد خوانده می‌شود و انقطاع خبر از او محرز نیست. در این حال، اگر دسترسی به او نباشد و اقدامی در مالی از اموال او لازم شود حاکم ولایت دارد که نصب امین موقت بر غائب کند و امین در این مورد اقدام کند. ب. اگر خبر از او منقطع شود او را غائب مفقودالخبر گویند (نگرودی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۴۵). شیخ طوسی در کتاب مسبوط می‌فرماید: غیبت دو نوع است؛ غیبت منقطعه و غیر منقطعه. غیبت غیر منقطعه، غیبتی است که شخص از شهر خارج شود و ما می‌دانیم به کجا می‌رود و زنده است. حکم این غیبت اینگونه است که زوجیت بین زوجین باقی می‌ماند و زوجه مجاز به ازدواج جدید نیست و بصرف غیبت جدائی حاصل نمی‌شود بلکه اینان برای همیشه زن و شوهر باقی می‌مانند تا اینکه خبر وفات شوهر برسد. در این حکم تردیدی نیست.

و اما غیبت منقطعه، آن است که شوهر مفقود می‌شود و خبر از او قطع می‌شود و نمی‌دانیم زنده است یا مرده (شیخ طوسی، ۱۳۸۸ هـ.ق، ج ۵، ص ۲۸۷).

۲- مرافعه زوجه غائب نزد حاکم و تعیین ضرب الاجل

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه؛ زوجه شخصی که غائب به غیبت منقطعه است باید به حاکم رجوع کند و حاکم از تاریخ رجوع زوجه یک مدت چهار ساله تعیین می‌کند و در این مدت به جستجوی شخص غائب می‌پردازد (طوسی، ۱۳۸۸ هـ.ق، ج ۵، ص ۲۸۷؛ نجفی، بی تا، ۱۳۶۷، ج ۳۲ ص ۲۹۳؛ شهید ثانی ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۸۴؛ محقق حلی، بی تا، ص ۳۱۴ و...). همان طور که دیده می‌شود ابتدای مدت چهار سال از تاریخ رجوع زوجه به حاکم و امر حاکم به تربص است هرچند، چندین سال از غیبت شوهر گذشته باشد. در مقابل قول مشهور، برخی از فقها از جمله صاحب حدائق به استناد برخی از روایات معتقدند که لازم نیست حاکم از تاریخ مراجعه زوجه ضرب الاجل تعیین کند و لزوماً چهار سال بگذرد تا زن را طلاق دهد بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج چهار سال گذشته باشد حاکم می‌تواند وی را طلاق دهد. یعنی ضرب الاجل از تاریخ فقدان شخص شروع می‌شود نه از تاریخ رجوع به حاکم (طباطبایی، ۱۳۸۸، ج ۲؛ ملحقات ص ۷۷). هم چنین شیخ طوسی بیان داشته «روى ذالك عن عمر و ابن عمر و ابن عباس و مالك و احمد..... و ظاهر كلام الشافعي يدل على ان مدة التربص تكون من حين الفقد و الغيبه». (شیخ طوسی، بی تا، خلاف ۷۷)

به نظر می‌رسد قانون مدنی نظر اخیر را برگزیده است؛ ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: هرگاه شخصی چهار سال تمام غائب مفقود الاثر باشد زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این ماده سخنی از بردن واقعه غیبت از سوی زوجه به حاکم نشده تا بحث شروع مدت تربص از زمان رجوع به حاکم پیش بیاید. بلکه قانون مدنی بطور مطلق مقرر داشته شخصی که چهار سال غائب مفقود الاثر است، خواه هم زمان با غیبت، زوجه به حاکم رجوع کند و حاکم تعیین مدت کند یا اینکه چهار سال بگذرد و به حاکم رجوع کند. از این رو طبق قانون مدنی، ملاک شروع چهار سال، زمان شروع غیبت است نه زمان بردن واقعه نزد حاکم. بنابراین، اگر از غیبت شخصی ده سال گذشته باشد و زوجه او به حاکم رجوع کند حاکم با رعایت م ۱۰۲۳ قانون مدنی زوجه را طلاق می‌دهد، در حالی که اگر بخواهیم قول مشهور فقهای امامیه را ملاک قرار دهیم، در این مورد پس از ده سال حاکم باید چهار سال از تاریخ رجوع معین و پس از آن زوجه را طلاق دهد.

۳- کیفیت فحص

در فقه برای فحص، کیفیاتی متناسب با زمان و امکانات آن دوره در نظر گرفته شده که به بررسی آنها می‌پردازیم. در کتاب فقه الامام جعفر صادق (ع) آمده است: «کیفیت فحص آن است که سوال کنند درباره مرد که در چه محلی زندگی می‌کند و از قدمای شهری که احتمال می‌دهند در آنجا هست پرسند و استخبار کنند. بهترین راه برای فحص آن است که حاکم شخصی که مطمئن و مقیم جایی است که می‌تواند سوال کند نائب خودش قرار دهد تا عهده دار جستجو شود و نتیجه را پس از آن برای حاکم ارسال دارد. برای فحص مقداری که در عرف و عادت کفایت می‌کند، لازم است و سوال کردن در هر مکانی ضروری نیست. هرگاه فحص مطلوب به کمتر از چهار سال تمام شود بطوری که بدانیم پی در پی سوال کردن فایده- ای ندارد و جوب فحص ساقط می‌شود و لکن باید طبق عمل به ظاهر چهار سال زن انتظار بکشد و این بخاطر مراعات احتیاط و برگشت مرد است (مغنیه، بی تا، جلد ۶، ص ۶۴).

شهیدثانی در مسالک می‌فرماید: چنانچه زوج در شهری مخصوص یا در جهتی مخصوص از جهات چهارگانه مفقود شده به طوریکه قرائن دلالت کند بر عدم جابجائی مفقود از آن بلد یا آن جهت، کافی است جستجو در آن بلد یا آن جهت، و اگر خبری بدست نیامد باید چهار سال منتظر ماند. حاکم مخیر است بین ارسال رسل به جهتی که شخص مفقود شده یا آنکه حاکم آن سرزمین را مامور فحص کند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ ه. ق، جلد ۹، ص ۲۷۸).

امام خمینی می‌فرماید: برای جستجو و فحص هیچ کیفیت خاصی وجود ندارد و ملاک آن است که عرفا ماموریت، طلب و فحص تلقی شود به علاوه به کتابت و دیگر ابزارها مانند تلگراف و و سایر وسیله های رایج در هر دوره یا بوسیله مسافرین یا حجاج و بطور کلی به هر طریقی که مورد قبول عرف افتد می‌توان از حال غائب جستجو کرد (خمینی، بی تا، جلد ۲، ص ۳۴۱).

اما قانون مدنی در ماده ۱۰۲۳ فقط از روزنامه کثیرالانتشار و روزنامه محلی و نیز دعوت از اشخاصی که ممکن است از غائب خبری داشته باشند نام برده است. به نظر می‌رسد این شیوه در فرضی که غایب از کشور خارج شده کارایی کمی داشته باشد و از سوی دیگر ارسال رسل که در فقه گفته شده است کارایی بیشتر دارد و چه بسا در نقاطی اصلاً روزنامه مورد استفاده قرار نگیرد. لذا بهتر بود قانون مدنی بجای نام بردن یک شیوه تفحص کیفیات این امر بر عهده قاضی می‌نهاد تا او خود با توجه به اوضاع و احوال و امکانات روز درباره طریقه جستجو اعمال نظر می‌کرد.

۴- اقدامات پس از فحص و حکم حاکم

پس از اتمام چهار سال و فحص و جستجو از غائب، اگر خبری از او بدست آمد، چه حیات چه ممات طبق آن عمل می‌شود؛ اگر حیات غائب معلوم شد، زن حقی بر درخواست جدائی ندارد و اگر ممات غائب معلوم شد طبق قول مشهور از تاریخ اطلاع از خبر فوت نه از تاریخ فوت، زوجه باید عده وفات نگه دارد (علامه حلی، ۱۳۷۲ ص ۹۰، محقق حلی، ص ۲۱۷؛ امام خمینی، ج ۲ ص ۳۳۹ و فقهای دیگر...). اما چنانچه پس از چهار سال خبری از حیات یا ممات غائب نشد، زوجه برای درخواست طلاق، باید به حاکم مراجعه کند. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که حکم حاکم به معنای طلاق است یا وفات؟ در این مورد بین فقها اختلاف است و این اختلاف به خاطر احادیثی است که در این زمینه وارد است. برای روشن شدن موضوع لازم است بعضی از احادیث ذکر شود:

الف. محمد بن علی بن الحسین باسناده عن عمر بن اذنیه عن برید بن معاویه قال سئلت ابا عبد الله (ع) عن المفقود کیف تصنع امرته؟ فقال سکتت عنه و صبرت یخلی عنها، و ان هی رفعت امرها الی الوالی اجلها اربع سنین، ثم یکتب الی الصقع الذی فقد فیہ فلیسال عنه، فان خبر عنه بحیاه صبرت، وان لم یخبر عنه بحیاه حتی تمضی الاربع سنین دعی ولی الزوج المفقود فقیل له: هل للمفقود مال؟ و ان کان للمفقود مال انفق علیها حتی یعلم حیاته من موته و ان لم یکن له مال قیل للولی: انفق علیها فان فعل، فلا سبیل لها الی ان تنزوج ما انفق علیها و ان ابی ان ینفق علیها اجبر الوالی ان یطلق تطلیقه فی الاستقبال العده و هی طاهر، فیصیر الطلاق الوالی طلاق الزوج، فان جاء زوجها قبل ان تنقضی عدتها من یوم طلقها الوالی، فبداله ان یراجعها فهی امراته و هی عنده علی تطلیقتین و ان انقضت العده قبل ان یجسیء فقد حلت للزوج و لا سبیل للاول علیها (حرعاملی ۱۴۰۴ هـ ق، جلد ۲۲، باب ۲۳، ص ۱۵۶).

همان طور که ملاحظه می‌شود در این حدیث شریف، ابتدا ولی و در صورت تعذر، حاکم باید زوجه را طلاق دهد و زن عده نگه دارد. از ظاهر عبارات می‌توان استنباط کرد که عده، طلاق است؛ چرا که امام در این روایت می‌فرماید: اگر زوج پیش از آنکه عده منقضی شود، باز گردد به زن حق رجوع دارد و دو طلاق دیگر هم می‌تواند بدهد [و هی عنده علی تطلیقتین] و اگر عده منقضی شود و پس از آن زوج بیاید، دیگر حقی بر رجوع ندارد و زن با هر که خواست می‌تواند ازدواج کند. ناگفته نماند که اگر زوج پیش از انقضای مدت عده بازگردد خود بخود به زوجیت اخذ نمی‌شود، بلکه باید ایقاع رجوع را انشاء کند. [فبداله ان یراجعها]. بنابراین، اگر زوج در اثنای مدت عده بازگردد ولی رجوع را صورت ندهد و مدت عده سپری شود، دیگر حق رجوع ندارد.

ب. خبر دیگر که در این باره وجود دارد خبر سماعه است. قال: *سألته عن المفقود، فقال: ان علمت انه فی ای ارض فهی تنتظر له ابدا حتى یاتیها موته او یاتیها طلاقه و ان لم تعلم این هو من الارض کلها و لم یاتیها منه کتاب و لایخبر فانها تاتی الامام فیامرها ان تنتظر اربع سنین فیطلب فی الارض فان لم یوجد اثر حتى تمضی اربع سنین امرها ان تعتد اربعه اشهر و عسرا ثم تحل الازواج. فان قدم زوجها بعدما تنقضی عدتها فلیس به علیها رجعه و ان قدم زوجها و هی فی عدتها اربع اشهر و عسرا فهو امک برجعته* (حره عاملی، ۱۴۰۴هـ.ق، جلد ۲۰، باب ۴۴، ص ۵۶). همان‌طور که مشاهده می‌شود، در این روایت فقط امر به اعتداد شده و سخنی از طلاق به میان نیامده و زن باید چهار ماه و ده روز عده نگاه دارد بدون آنکه نیازی به طلاق باشد.

- نظر فقها در باب این اختلافات

شهید ثانی در باره این اختلاف می‌فرماید: «از این روایات بر می‌آید که همانا عده، عده طلاق است جز آنکه قائلین به طلاق [ضرورت طلاق بوسیله حاکم] تصریح کرده اند که مدت عده همانند عده وفات، چهار ماه و ده روز است و این خالی از اشکال نیست و روایت سماعه که دلالت بر اعتداد به مدت چهار و ده روز دارد مرفوعه و ضعیف السند است و فایده این بحث در مدت عده، وحداد و نفقه است» (شهید ثانی، بی تا، ج ۶، ص ۶۶ و ۶۷). صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «هر چند طلاق جاری می‌شود ولی منافاتی ندارد که عده، عده وفات باشد بخاطر این احتمال که عده مزبور مخصوص طلاق است که مدت غیبت تا چهار سال به درازا بکشد و شاید سر این مطلب این باشد که غایب در این مدت به اقتضای عادت فوت می‌کند. به همین خاطر است کسانی که قائل به طلاق هستند تصریح کرده‌اند که عده، عده وفات است (نجفی، ۱۳۶۷، جلد ۳۲، ص ۲۹۳، ۲۹۴).

امام خمینی در این باره می‌فرماید: «ظاهر این است که عده واقع شده بعد از طلاق، عده طلاق است اگرچه به اندازه عده وفات» (خمینی، ج ۲، ص ۳۴۲).

البته باید توجه داشت که بعضی از فقها مانند شیخ طوسی در خلاف ص ۷۸، شیخ مفید در المقنعه ص ۵۳۷، و العلامة الحلی در مختلف الشیعه جزء ۱۲، ص ۹۲ و محقق حلی در شرایع، ص ۲۱۴ به طلاق حاکم اعتقادی ندارند، بلکه معتقدند بعد از گذشت چهار سال، حاکم امر به اعتداد به مدت عده وفات می‌دهد. محقق در شرایع می‌فرماید: «... و ان لم یعرف خبره / امرها بالاعتداد و عده الوفاة...».

- قانون مدنی، نظری را پذیرفته که طبق آن بعد از چهار سال غیبت و رعایت تشریفات ماده ۱۰۲۳ ق.م.ا.و.ا، حاکم زوجه را طلاق می‌دهد (م ۱۰۲۹ ق.م) و ثانیا طبق م ۱۱۵۶ ق.م. زوجه باید از تاریخ طلاق، عده وفات نگه دارد و ثالثاً، طبق م ۱۰۳۰ ق.م در صورت رجوع زوج بعد از طلاق و قبل از انقضاء عده، وی حق رجوع دارد و الا نه.

به نظر می‌رسد علت آنکه مشهور فقها روی به طلاق آورده‌اند از یک سو به خاطر روایات در این باب باشد و از سوی دیگر، حتی اگر بخواهیم فقط به روایات سماعه توجه کنیم باز هم نمی‌توانیم طلاق را نادیده بگیریم چرا که غائب در صورت حاضر شدن در مدت عده حق رجوع دارد و این جز در مورد طلاق مصداق ندارد؛ چرا که با وفات تفریق حاصل می‌شود و در صورت کشف حیات زوج، معلوم می‌شود عده‌ای که بوسیله زوجه نگه داشته شده، طبق واقعه‌ای نادرست بوده و لذا بقای زوجیت در این مورد استصحاب می‌شود. لذا برای جمع این روایات با هم، چاره‌ای نیست جز اینکه که حکم به طلاق بوسیله حاکم داده شود و از سوی دیگر شوهر نیز فوت شده فرض می‌شود، لذا زوجه عده وفات نگه می‌دارد.

اگرچه قانون مدنی حکم عده را در این مورد مانند عده وفات چهار ماه و ده روز دانسته ولی به نظر می‌رسد در اینجا فقط مدت عده مانند عده وفات است اما در دیگر خصوصیات مانند طلاق رجعی است همان‌گونه که امام خمینی فرموده: ان العده الواقعه بعد الطلاق عده الطلاق و ان كانت بقدر عده الوفاء و يكون الطلاق رجعيا فستحق الفقهه فی ایامها و ان ماتت فیها یرثها لو كان فی الواقع حیاه و ان تبین موته فیها ترثه و لیس علیها حداد بعد الطلاق (خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۴۳؛ هم‌چنین رک، شهید ثانی، ۱۴۱۳ هـ ق ج ۹، ص ۲۸۹ و ۲۸۷).

بنابراین، طلاق واقع شده طلاق رجعی است و آثار طلاق رجعی مانند نفقه، توارث در مدت عده، عدم لزوم حداد، بر آن مقرر است، ولی به خاطر شک در حیات و ممات جانب احتیاط را رعایت کرده، عده را عده وفات قرار می‌دهیم (رک: الروحانی، بی تا، جزء ۲۵، ص ۷۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۴۶۲).

حال که ماهیت طلاق بوسیله حاکم معلوم شد و گفته شد این طلاق که بوسیله حاکم جاری شود، طلاق رجعی است و به غیر از مدت عده که چهار ماه و ده روز است، باقی آثار طلاق مانند توارث، نفقه، عدم لزوم حداد که در مدت عده مطرح می‌شود، همچون طلاق رجعی است، مسائلی مطرح می‌شود که بسته به اینکه ماهیت طلاق بائن است یا رجعی متفاوت است که به هر یک اشاراتی می‌شود.

الف. همانطور که می‌دانیم طبق ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی طلاق غیر مدخوله و یا ئسه طلاق بائن است و طبق ماده ۱۱۵۵ ق.م.زوجه غیرمدخوله و یا ئسه نه عده طلاق دارد و نه عده فسخ. سوالی که در اینجا مطرح است این است که چنانچه زوجه شخص غائب، غیرمدخوله یا یا ئسه باشد، آیا با این اوصاف باز هم برای زوج حق رجوع است، یا آنکه باید گفت چون طلاق بائن است و زوجه نیز عده ندارد، پس برای زوج حق رجوع قائل نشویم؟ در نگاه نخست شاید نظر دوم موافق واقع به نظر رسد چرا که طبق م ۱۱۴۵ ق.م. طلاق غیرمدخوله و یا ئسه بائن می‌باشد و نیز این ماده با آنکه در مقام بیان بوده استثنائی برای طلاق زوجه غائب ذکر نکرده

است. از سوی دیگر، زوجه غیرمدخوله و یائسه، عده ندارند که بحث رجوع غایب مطرح شود.

ولی باید این انصراف را از ذهن زدود؛ چرا که اولاً، ماده ۱۰۳۰ ق.م.مطلقاً برای زوج حق رجوع دانسته و از سوی دیگر، ماده ۱۱۵۶ ق.م.بلافاصله بعد از ماده ۱۱۵۵ ق.م.مقرر داشته: زنی که شوهر او غایب مفقودالثر بوده و حاکم او را طلاق داده باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد و مدت عده را همانند عده وفات چهار ماه و ده روز دانسته (خواه زوجه غیرمدخوله باشد خواه یائسه). وانگهی انتهای ماده ۱۱۵۵ ق.م.مقرر داشته عده وفات در همه موارد رعایت می‌شود، چه زن یائسه باشد چه غیرمدخوله. و از آنجا که اصل بر رجعی بودن طلاق است، اگر در رجعی یا بائن بودن طلاق شک کردیم موضوع را به اصل برگردانده و طلاق را رجعی تلقی می‌کنیم (ر.ک: امامی، ۱۳۳۲، ج ۴، ص ۲۵۵).

بطور کلی، طلاق زوجه غائب ماهیت خاص و احکام استثنائی دارد و برای بررسی آثار این طلاق ما نمی‌توانیم به قواعد عمومی طلاق تمسک جست و به ناچار باید این طلاق را با توجه به احکام خاص آن بررسی کنیم.

ب. سوال دیگر که مطرح می‌شود این است که چنانچه طلاق حاکم طلاق سوم یا نهم عدی باشد؛ آیا زن بر مرد حرام می‌شود و مرد در مدت عده حق رجوع ندارد یا آنکه ماده ۱۰۵۷ ق.م.منصرف از مورد فوق است و شوهر غائب در مدت عده حق رجوع دارد حتی اگر طلاق حاکم، طلاق سوم یا نهم عدی باشد؟ برخی از حقوقدانان معتقدند: در این فرض زن بر شوهر خود حرام نمی‌شود و مرد می‌تواند در مدت عده رجوع کند چرا که ماده ۱۰۵۷ اراجع به حرام بودن نکاح زن و شوهر با زنی که سه مرتبه متوالی طلاق داده شده و ماده ۱۰۵۸ ق.م.راجع به حرمت ابدی نکاح با زنی که نه طلاق که شش تای آن عدی است داده شده است منصرف از مورد فوق است» (امامی، ۱۳۳۲، ج ۴، ص ۲۵۵). آنچه این استدلال را قوی می‌کند ماهیت خاص طلاق زوجه غائب و نیز اطلاق ماده ۱۰۳۰ ق.م.است. ولی باید دانست همانطور که ماده ۱۰۵۷ مقرر کرده «زنی که سه مرتبه متوالی زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده بر آن مرد حرام می‌شود». در این ماده سخنی از طلاق بوسیله مرد برده نشده بلکه صرفاً گفته شده "سه مرتبه زوجه یک نفر بوده و مطلقه شده"؛ خواه طلاق بوسیله مرد باشد و خواه طلاق بوسیله حاکم. از سوی دیگر، حتی اگر بگوئیم سه طلاق باید از سوی زوج باشد تا حرمت ایجاد شود از ظاهر برخی روایات بر می‌آید که طلاق حاکم در حکم طلاق زوج است. چنانکه در روایت بریدبن معاویه ذکر شد؛ در آنجا امام فرمود: «فیصیر الطلاق الوکی طلاق الزوج» در صورت تعذر طلاق ولی زوج، طلاق حاکم جانشین طلاق زوج غائب می‌شود؛ وانگهی در روایات بریده آمده است «و هی عنده علی تطلیقتین» یعنی در صورت رجوع زوج غائب در مدت عده،

زوجیت برقرار گشته و مرد دو طلاق دیگر نیز می‌تواند بدهد (در فرضی که طلاق حاکم طلاق اول باشد). از این عبارت به روشنی فهمیده می‌شود که چنانچه طلاق حاکم طلاق سوم باشد، غائب در مدت عده حق رجوع ندارد؛ چرا که روایت فرض کرده طلاق حاکم طلاق اول است و مرد با این حساب تا دو طلاق دیگر هم می‌تواند بدهد. به عبارت دیگر، طلاق حاکم در عداد سه طلاق و نه طلاق به حساب می‌آید. از سوی دیگر با دقت در موارد ۱۰۵۷، ۱۰۵۸ ق.م.فهمیده می‌شود که این مواد تنها شامل موردی که شوهر زن خویش را بسته به مورد سه مرتبه یا نه مرتبه که شش تای آن عدی باشد طلاق بدهد، نمی‌شود. بنابراین، اگر طلاق حاکم، طلاق سوم یا نهم عدی باشد در فرض اول زوجه بر زوج حرام می‌شود و زن باید از عده خارج شده و به عقد دائم به ازدواج مرد دیگر در آمده و پس از وقوع نزدیکی با او بواسطه طلاق یا فسخ یا فوت از یکدیگر جدا شده و بعد از انقضای عده، مرد دوباره با زن ازدواج کند و در فرض ثانی زن بر مرد حرام مؤید می‌شود.

ج. سوال دیگر که مطرح می‌شود این است که در صورتی که قبل از انقضای عده زن آگاه شود که شوهر او در مدت عده فوت کرده، آیا زن باید تجدید عده کند و از تاریخ آگاهی از فوت شوهر، عده را نگه دارد یا آنکه نیاز به تجدید مدت عده نیست و همان عده سابق کفایت می‌کند؟ در این خصوص قول مشهور فقهای امامیه این است که چنانکه در اثنای مدت عده؛ فوت حقیقی شوهر معلوم شود زن باید عده سابق را که ماهیتاً عده طلاق رجعی بوده، قطع کند و عده وفات نگه دارد؛ زیرا مشهور فقها ابتدای عده وفات را از تاریخ اطلاع زن از فوت حقیقی شوهر می‌دانند (علامه حلی، بی تا، ۱۳۷۲، ص ۹۰؛ محقق حلی، بی تا، ص ۲۱۷ و امام خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۳۳۹؛ شهید ثانی، ۱۳۴۱ هـ.ق، جلد ۹، ص ۲۹۳).

بنابراین، طبق نظر مشهور چنانچه در اثنای مدت عده طلاق در خصوص زوجه غائب مفقودالاثر، موت حقیقی زوج غائب معلوم شود، زن باید عده طلاق را قطع و از تاریخ اطلاع از فوت حقیقی شوهر، عده وفات را با آثار این عده نگه دارد. البته بعضی از حقوقدانان مانند دکتر امامی معتقدند که زن در این فرض از تاریخ فوت شوهر و نه تاریخ اطلاع عده وفات را نگه می‌دارد (امامی، ۱۳۳۲، جلد ۴، ص ۲۵۵). در این خصوص باید به یک نکته مهم توجه شود و آن هم این است که اگر بعد از اتمام عده و ازدواج زوجه، موت حقیقی زوج در مدت عده یا پس از آن معلوم شود چون بر اساس حکم شرعی و رعایت مدت زمان عده، زوجیت منحل شده تلقی می‌شود؛ تجدید عده ضروری نیست و این امر به ازدواج جدید خللی وارد نمی‌آورد.

در باره کشف موت حقیقی شوهر در اثنای مدت عده طلاق به سبب غیبت، نظری دیگر هم وجود دارد و آن هم این است که چون زن عده شرعی را می‌گذارند، در صورت کشف موت حقیقی غایب، زن می‌تواند همان عده اولیه را به اتمام برساند ولی از نظر احتیاط گفته

شده که عده وفات را از سر می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷۸؛ و همچنین جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، جلد چهارم، ص ۱۴۷). در این خصوص قانون مدنی حکمی روشن ندارد؛ ولی به موجب ماده ۱۶۱ قانون امور حسبی که مقرر داشته: «در هر موقع که موت یا زنده بودن غایب معلوم شود اقداماتی که راجع به موت فرضی او به عمل آمده بلااثر خواهد شد، مگر اقداماتی که برای حفظ و اداره اموال غایب شده است». از آنجا که اعتداد مشمول استثنای انتهای ماده نمی‌شود لذا زوجه باید از تاریخ فوت حقیقی تجدید عده کند.

د. از دیگر آثار طلاق زوجه غایب، تعلق گرفتن نفقه به زوجه در اثنای مدت عده است؛ چرا که ماهیت طلاق حاکم رجعی است اگرچه مدت عده همانند عده وفات چهار ماه و ده روز است. بنابراین، طبق ماده ۱۱۵۹ ق.م.ز.ن در مدت عده مستحق نفقه است (شهبان، ج ۹، ص ۲۷۹؛ امام خمینی، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۲، ص ۳۴۳). البته عده‌ای از فقها بر این عقیده‌اند که زوجه در مدت عده حق نفقه ندارد؛ زیرا ادله‌ای که مطلقه رجعیه را در مدت عده مستحق نفقه می‌کند شامل طلاق زوجه غائب نمی‌شود (الروحانی، جزء ۲۵، ص ۷۹).

هـ. از آثار دیگر طلاق حاکم، مسئله توارث در مدت عده است. در این مورد هم مانند مورد قبل، عمل می‌شود؛ چرا که چون طلاق حاکم ماهیتی رجعی دارد لذا در مدت عده چنانچه هر یک از زوجین فوت کند دیگری که زنده است از او ارث می‌برد (قواعد الاحکام، ج ۳، ص ۱۳۹؛ شهبان، ۱۴۱۳ هـ.ق، ج ۹؛ ص ۲۷۹؛ امام خمینی در تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۳).

و. موضوع دیگر که باید در مورد زوجه غایب مفقودالاثراثر مورد توجه قرار گیرد وضعیت زوجه منقطعه او است. نکته‌ای که از نظر اجتماعی قابل توجه است و باید از نظر حقوقی نیز مورد توجه قرار گیرد، خواه شوهر تعهد به انفاق او کرده باشد خواه خیر؛ طبق قانون مدنی (تا پیش از تصویب مواد ۱۱۳۰ و ۱۱۳۱) زوجه منقطعه ناچار بود صبر کند تا موت حقیقی شوهر مسلم شود؛ یا حکم موت فرضی غائب به موجب درخواست ورثه یا موصی یا موصی له صادر شود و این امر برای زوجه منقطعه در بسیاری از موارد طاقت فرسا بود مخصوصاً هرگاه غایب مالی نداشته باشد که ورثه بتوانند درخواست حکم موت فرضی را بکنند، یا ورثه نخواهند درخواست حکم فرضی را از دادگاه بکنند. این وضعیت را باید چاره جوئی کرد و با توجه به آنکه وضعیت مزبور برای زوجه منقطعه ایجاد عسرو حرج می‌کند، قاعده عقلی لاضرر ایجاب می‌کند بوسیله وضع قانونی به زوجه منقطعه نیز اجازه داده شود که بتواند مانند زوجه دائمه که درخواست طلاق می‌کند، او درخواست بذل مدت کند (به نقل از امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۲۵۶). به نظر می‌رسد در وضع کنونی زوجه منقطعه غائب بتواند بر مبنای قاعده نفی عسرو حرج طبق ماده ۱۱۳۰ ق.م.تقاضای بذل مدت را از دادگاه بنماید و قاضی از جانب شوهر بذل مدت کند [الحاکم ولی الممتنع]. درست است ماده ۱۱۳۰ طلاق را بر مبنای قاعده نفی عسرو حرج

تجویز کرده ولی از این جهت خصوصیتی ندارد و آنچه اهمیت دارد نفی عسرو حرج است، چه زوجه، زوجه دائمه باشد چه منقطعه.

۵- بازگشت غائب مفقود الاثر

مشهور فقهای امامیه چه آنان که طلاق زوجه بوسیله حاکم را لازم می‌دانند (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۳۲، ص ۲۹۲؛ شهید ثانی، ج ۶، ص ۶۶؛ شهید ثانی، ۱۳۴۱ هـ.ق، ج ۹، ص ۲۸۴؛ امام خمینی، ج ۲، ص ۳۴۳ و...)؛ و چه آنان که اعتقادی به طلاق ندارند و می‌گویند، بعد از چهار سال زوجه فقط به مأمور به اعتداد است (شیخ طوسی، ۱۳۸۸، ج ۵، ص ۲۷۸؛ علامه حلی، ج ۲، ص ۷۱؛ محقق حلی، ص ۲۱۷)؛ معتقدند چنانچه زوج در مدت عده باز گردد، به زوجه حق رجوع دارد و الا چنین حقی ندارد [فلا سبیل لها]. البته همانطور که گفته شد زوج، حتی در صورت بازگشت باید ایقاع رجوع را انشاء کند و به صرف بازگشت، ماخوذ به رابطه زوجیت نمی‌شود. هر دو گروه فقها نیز مدت عده را چهار ماه و ده روز می‌دانند. قانون مدنی که قائل به طلاق زوجه بوسیله حاکم است، در ماده ۱۰۳۰ مقرر می‌دارد: «اگر شخص غائب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضاء عده مراجعت کند نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضاء مدت مزبور حق رجوع ندارد». «از ملاک این ماده می‌توان استنباط کرد که حکم طلاق که به موجب ماده ۱۰۲۹ ق.م.صادر می‌شود قطعی و غیرقابل تجدید نظر است. زیرا اولاً، فرض بر این است که دسترسی به غائب نیست و خبری از او نرسیده در نتیجه حاضر نیست تا بتواند شخصاً یا توسط وکیل اعتراض کند؛ ثانیاً، شخصی دیگر در این خصوص ذی نفع نیست تا بتواند اعتراض کند؛ ثالثاً، اگر زوج در مدت عده بازگردد، حق رجوع به زن را خواهد داشت و می‌تواند اخذ به رابطه زوجیت شود و در این فرض موردی برای اعتراض باقی نمی‌ماند؛ رابعاً، اگر غائب پس از انقضای مدت عده بازگردد چون به شرح ماده فوق ازدواج او با زوجه اش قطعاً منحل شده فایده‌ای بر تجدید نظرخواهی مترتب نیست» (امینان، ۱۳۸۰، ص ۱۰۴). به طوری که ملاحظه می‌شود در فرض طلاق زوجه بوسیله حاکم، پس از انقضای مدت عده، زوج حق رجوع ندارد در حالی که در صورت بازگشت غائب پس از انقضای عده و قبل از تزویج مجدد در صورت صدور حکم موت فرضی حق رجوع راجح به نظر می‌رسد. علت تفاوت دو حکم این است که در مورد طلاق چون حاکم با رعایت تشریفات و بعد از درخواست زوجه طلاق داده است، پس از انقضای عده جدائی حاصل می‌شود در حالی که در مورد صدور حکم موت فرضی چون مبنای حکم، فوت شوهر بوده که بعداً خلاف آن ظاهر شده و زن هم ازدواج مجدد نکرده است، مرد خود به خود به رابطه زوجیت اخذ می‌شود و نیاز به رجوع نیست زیرا اعتداد مبنای حکم غیرمعتبر تلقی می‌شود. ماده ۱۶۱ قانون امور حسبی مقرر می‌دارد: «در هر موقع که موت حقیقی یا زنده بودن

غائب معلوم شود اقداماتی که راجع به موت فرضی او به عمل آمده بلااثر خواهد شد؛ مگر اقداماتی که برای حفظ و اداره اموال او بعمل آمده است». بنابراین، در صورت صدور حکم موت فرضی در فرضی که در مدت عده کشف حیات زوج شود و یا بعد از انقضای مدت عده و قبل از نکاح زوجه، حیات زوج معلوم شود، وی خود بخود به رابطه زوجیت اخذ می‌شود. البته در صورت صدور حکم موت فرضی و سپری شدن مدت عده و ازدواج مجدد زن به نظر می‌رسد، نکاح مزبور بحال خود باقی خواهد ماند و غائب نمی‌تواند حکم بطلان آن را به استناد ماده ۱۶۱ ق.ا.ح. مزبور بخواهد؛ زیرا حکم موت فرضی تا قبل از احراز حیات دارای تمامی آثار قانونی بوده و به استناد آن، زن عده وفات نگهداشته و شوهر کرده و طبق قانون نکاح او، از زمان انعقاد صحیح شناخته شده است (امامی، ۱۳۳۲، ج ۴، ص ۲۵۱).

جالب توجه آنکه یکی از حقوقدانان بدون تفاوت نهادن به افتراق به موجب حکم طلاق و افتراق به موجب موت فرضی اظهار نظر کرده است: «اگر مدت عده سپری شود و زن شوهری دیگر نکند و زوج بازگردد و یا حیات او کشف شود اخذ به رابطه زوجیت می‌شود و اثری بر حکم حاکم، مرتبط نیست. ولی اگر زوجه با زوج جدید ازدواج کند، حق زوج اول زائل می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۱۴۷). بنابراین آنچه گفته شد، تفاوت افتراق زوجین به موجب طلاق حاکم و افتراق ایشان به موجب حکم موت فرضی روشن می‌شود. با صدور حکم فوت فرضی وضعیت حقوقی شخص غائب مانند وضعیت کسی است که حقیقتاً مرده است. بنابراین، هم دارائی او بین ورثه تقسیم می‌شود و هم نکاح او از تاریخ صدور حکم موت فرضی منحل می‌شود و زوجه در حکم زنی است که شوهرش حقیقتاً مرده است و از تاریخ صدور حکم طبق ماده ۱۱۵۴ ق.م.عده وفات نگه می‌دارد؛ چه زوجه دائمه باشد و چه منقطع باشد و چهار سال مورد نیاز برای طلاق در اینجا رعایت نمی‌شود و فقط موارد صدور حکم موت فرضی کافی است. «از سوی دیگر، چون صدور حکم موت فرضی در مرحله تجدید نظر مبنی بر تأیید حکم بدوی، کاشف از صحت حکم بدوی است لذا ابتدای مدت عده از تاریخ صدور حکم بدوی است» (امینیان، ۱۳۸۰، ص ۱۰۸).

نکته مهم که قبلاً نیز ذکر شد این است که در صورت کشف حیات شخصی که حکم موت فرضی او صادر شده چه در مدت عده و چه پس از آن [البته در صورتی که زوجه ازدواج مجدد نکرده باشد] این شخص خودبخود به رابطه زوجیت اخذ می‌شود و نیاز به رجوع مانند فرضی که حاکم طلاق می‌دهد نیست. زیرا طبق ماده ۱۶۱ ق.ا.ح حکم موت فرضی القاء می‌شود و بقای زوجیت استصحاب می‌شود.

۶- بررسی مسأله عسرو حرج در مورد زوجه غائب

مواد ۱۰۲۹ و ۱۰۳۰ در قانون مدنی که راجع به زوجه غایب است و شرایط افتراق او از همسر سابق را بیان می‌دارد همه مربوط است به فرضی که پیش از مدت ۴ سال عسر و حرج تحمل ناپذیر زندگی او را تهدید نکند و گرنه همین عنوان تازه می‌تواند مستند طلاق قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷۹). سید محمد کاظم طباطبائی در این خصوص می‌فرماید: هرگاه زن غائب نتواند به جهتی از جهات عملیات مقدماتی را که برای رهائی از شوهرش لازم است انجام دهد و از جمله در مدت چهار سال برای جستجوی مالی نداشته باشد تا بتواند نفقه خود را تأمین کند و کسی هم نباشد که او را انفاق کند آیا می‌تواند قبل از چهار سال از حاکم درخواست طلاق کند؟ در جواب ایشان می‌گوید: و بعید نیست که حاکم بتواند او را طلاق دهد. هم چنین است زنی که شوهرش غائب است ولی زنده بودن او مسلم باشد اما از محلّ او اطلاعی در دست نیست و یا آنکه شوهرش محکوم به حبس ابد است یا آنکه شوهر معسر بوده و تمکن برانفاق زن ندارد و زن نمی‌تواند بر این وضعیت صبر کند. خلاصه در امثال این صور، اگرچه ظاهر کلمات علما و فقها عدم جواز طلاق زن بوسیله حاکم است ولی می‌توان گفت که حاکم بتواند از نظر قاعده «نفی حرج» و قاعده «لا ضرر» زن را طلاق دهد بویژه هنگامی که زن جوان است و انتظار کشیدن باعث ناراحتی فراوان برای او است. سپس ایشان متذکر می‌شوند که هرگاه انجام مقدمات طلاق زنی که شوهرش غائب مفقودالاثر است، موجب می‌شود که زن دچار معصیت شود، امام و نایب او می‌تواند بدون اقدام به آن مقدمات زن را طلاق دهد» (طباطبائی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۷۵).

در تائید گفته صاحب عروه می‌توان گفت که این نظریه در حقوق فعلی ما با توجه به قاعده نفی عسرو حرج مبنای قانونی دارد؛ مبنای قانونی این قاعده، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی است. بر اساس این ماده «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسرو حرج زوجه باشد وی می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند و تقاضای طلاق کند. چنانچه عسرو حرج مزبور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق کند و در صورتی که اجبار میسر نباشد، زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود».

بنابراین، در صورتی که زوجه غائب در خلال مدت چهار سال به هر دلیل دچار عسرو حرج شود، خواه به دلیل عدم انفاق او و خواه به دلیل عدم انجام وظایف زناشویی باشد، می‌تواند بدون تشریفات مندرج در موارد ۱۰۲۹ و ۱۰۳۰ ق.م. به حاکم مراجعه کند و با اثبات عسرو حرج در محکمه، تقاضای طلاق کند. در این مورد حاکم او را طلاق می‌دهد. به طور کلی باید گفت عموم و اطلاق ماده ۱۱۳۰ ق.م شامل این مورد هم می‌شود. سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که ماهیت طلاق‌هایی که طبق ماده ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی صادر

می‌شود چیست؟. شاید گفته شود چون اصل بر رجعی بودن طلاق است، مگر آنکه به بائن بودن آن تصریح شده باشد و چون این طلاقها از جمله طلاقهای مندرج در ماده ۱۱۴۶ ق.م که طلاقهای بائن را احصاء کرده، نیست، لذا شاید ظاهر این باشد که این طلاقها رجعی است. لکن همانگونه که بعضی اساتید حقوق (امامی، ۱۳۳۲، ج ۵، ص ۶۴ و ۶۵) اشاره کرده‌اند «طلاقهای به درخواست زن در موارد چهارگانه مندرج در ماده ۱۱۲۹ ق.م و ۱۱۳۰ ق.م که شوهر به آن اجبار می‌شود بائن است و شوهر نمی‌تواند در مدت عدّه رجوع کند اگرچه این طلاقها ماهیتاً رجعی باشد {طلاق اول یا دوم زوجه مدخوله باشد} زیرا در مواردی که قانون به یکی از جهات معینه به زن اجازه می‌دهد در دادگاه اقامه دعوی کند و اجبار شوهر خود را بخواهد برای آن است که زندگی زناشویی دچار اختلال شده است و ادامه آن برای زن ایجاد عسرو حرج می‌کند. بنابر این، عقلانی نیست گفته شود به اجازه قانون زن بتواند از دادگاه تقاضای طلاق کند و پس از گذشت مراحل قضائی و صدور حکم به اجبار شوهر به طلاق و تحقق طلاق، شوهر بتواند رجوع کند و نکاح را به وضعیت قبل بازگرداند و الا باید معتقد بود که اجازه درخواست اجبار شوهر به طلاق از طرف زن به لغو و مسخره نزدیک تر است تا تاسیس حقوقی».

از این توضیحات، این نتیجه گرفته می‌شود که چنانچه زوجه به عنوان مثال، دو سال بعد از غیبت شوهر بر مبنای عسرو حرج طبق ماده ۱۱۳۰ ق.م از دادگاه تقاضای طلاق کند و با اثبات عسرو حرج، حاکم او را طلاق دهد در مدت عدّه که سه طهر یا سه ماه است، شوهر غائب حق رجوع ندارد؛ چرا که ماهیت این طلاق با طلاقى که در ماده ۱۰۲۹ گفته شد و در ماده ۱۰۳۰ به رجوع شوهر غائب اشاره شد، متفاوت است و در اینجا طلاق حاکم، بائن است.

۷- مطالعه تطبیقی

- فقه عامه

- در مذهب حنفیه با توجه به استصحاب حیات غایب، فقهای حنفی معتقدند اموال شخص غایب، بین ورثه تقسیم نمی‌شود و بین زوج و زوجه افتراق حاصل نمی‌شود. در همین راستا به روایتی که از حضرت علی علیه السلام وارد شده استناد می‌کنند: (هی/امراه/بتلیت فلتصبر حتی یتبین موته او/طلاقه). مشهور در فقه حنفی، قائل به رجوع زوجه به حاکم و تعیین ضرب الاجل از سوی او و نیز تبرص و طلاق حاکم نیستند. ابوحنیفه معتقد است باید مدت زمانی از غیبت غایب بگذرد که عادتاً مثل این شخص زنده نماند و این مدت صد و بیست سال است، پس از این مدت حکم به وفات غایب داده می‌شود و اموالش بین ورثه

موجود در این زمان، تقسیم می‌شود و زوجه مفقود، عده وفات نگه می‌دارد (شیخ طوسی، جزء ۱۳، ص ۸۵؛ عثمان ابن علی، جزء ۱۰، ص ۱۱۵ و ۱۱۶؛ الکاسانی، جزء ۱۴، ص ۵۹؛ البایرتی، جزء ۸، ص ۲۳۲).

از میان فرق اهل سنت، مالک معتقد است زوجه شخص غایب می‌تواند به حاکم رجوع کند، حاکم از تاریخ رجوع وی، مدت چهار سال به جستجوی غایب می‌پردازد، بعد از این مدت زوجه عده وفات نگه می‌دارد. در مورد اموال غایب نیز معتقد است، اموال وی بین ورثه تقسیم نمی‌شود تا مدتی که مثل غایب عادتاً زنده نماند (ابن رشد ص ۴۳؛ المدونه الكبرى جزء ۴، ص ۴۴۸؛ محمدابن احمد، جزء ۹، ص ۶۸). در صورت حضور غایب در مدت عده و نیز بعد از عده و قبل از ازدواج، وی معتقد است: غایب حق رجوع دارد. همچنین است بعد از ازدواج زوجه و قبل از واقعه بین زوجه و شوهر ثانی، ولی بعد از واقعه دیگر حق رجوع ندارد (المدونه الكبرى، جزء ۴، ص ۴۴۸؛ منح الجلیل شرح المختصر الخلیل، جزء ۹، ص ۷۲). مالک معتقد است شروع ضرب الاجل از زمان دستور حاکم است، نه غیبت زوج و نیز معتقد است زوجه در مدت عده، حقه نفقه ندارد، زیرا عده وفات را می‌گذراند (المدونه الكبرى، جزء ۴، ص ۴۵۳ و ۴۵۱).

ظاهر در مذهب حنبلی این است که زوجه باید چهار سال به جستجوی شوهر بپردازد؛ سپس عده وفات نگه دارد. پس از این مدت می‌تواند ازدواج کند (ابن قدامه، جزئی ۱۷، ص ۴۷۹ و ۴۸۰). در فقه حنبلی نیز مانند فقه امامیه، در ماهیت افتراق زوج غایب از زوجه، اختلاف است. برخی قائل به طلاق زوجه بوسیله ولی زوج هستند، برخی نیز اعتقادی به طلاق ندارند و صرفاً امر حاکم به اعتداد، به مدت عده وفات را لازم می‌دانند. هم چنین اختلاف شده، شروع مدت چهار سال، از غیبت غایب شروع می‌شود یا بردن واقعه نزد حاکم و امر وی به تربص (ابن قدامه، ص ۴۸۳ و ۴۸۴). فقهای حنبلی معتقدند چنانچه بعد از انحلال نکاح، مفقود بازگردد، به زوجه حق رجوع دارد. همچنین است بعد از ازدواج زوجه و قبل از دخول. اما در صورت بازگشت زوج اول بعد از دخول، وی مختار است به زوجه رجوع کند یا آنکه مهریه زن را از شوهر ثانی به عنوان غرامت بگیرد. (وان قدم بعد الدخول الثانی بها خیر الاول بین اخداها و بین اخذ صداقها) (ابن قدامه، ص ۴۸۵).

ظاهر در مذهب شافعی این است که زوجه باید چهار سال منتظر شوهر بماند سپس، عده وفات نگه دارد. بعد از این مدت، می‌تواند ازدواج کند. چنانچه بعد از انحلال نکاح، غائب بازگردد به زوجه حق رجوع دارد، همچنین است بعد از ازدواج زوجه و قبل از دخول، اما در صورت بازگشت زوج اول بعد از دخول، وی مختار است به زوجه رجوع کند یا آنکه مهریه زن را از شوهر ثانی به عنوان غرامت بگیرد (شافعی، ۱۳۹۰ هـ.ق، جزء ۷، ص ۴۰۳؛ الماوردی، باب الامراء، جزء ۱۱، ص ۷۱۷؛ النووی، جزء ۱۸، ص ۱۵۸).

حقوق کشورهای اسلامی

در قوانین کشورهای اسلامی وحدت رویه موجود نیست و قوانین و مقررات مختلف در خصوص موضوع وضع شده است. در مصر غیبت زوج به مدت یک سال یا بیشتر بدون عذر موجه، مجوز تقاضای زوجیه برای طلاق از دادگاه است (مواد ۱۲ و ۱۳ قانون احوال شخصیه مصوب ۱۹۲۹) که در صورت طلاق، چنین طلاق رجعی است. در ماده ۴۳ قانون احوال شخصیه کشور عراق مقرر شده: در صورتی که شوهر بدون عذر موجه بیش از ۲ سال غیبت کند زن می‌تواند تقاضای طلاق کند و دادگاه به خاطر اضرائی که به زن وارد شده حکم طلاق، آن هم طلاق بائن صادر می‌کند. در تونس به موجب ماده ۴ قانون احوال شخصیه اگر زوج غیبت کند و نفقه برای زوجه نگذاشته باشد یا مالی برای انفاق وجود نداشته باشد قاضی مهلت یک ماه برای حضور غائب، معین می‌کند پس از سپری شدن این مدت و ادای سوگند از سوی زوجه حاکم او را طلاق می‌دهد. به موجب ماده ۵۷ قانون احوال شخصیه مراکش در صورتی که شوهر بیش از یکسال غیبت کند و امکان اطلاع و برقراری ارتباط با شوهر نباشد، به تقاضای زن قاضی وکیلی برای پیدا کردن زوج معین می‌کند. در صورت عدم دسترسی و یا عدم حضور غائب، دادگاه بدون اطلاع و تعیین وقت دادرسی، زن را مطلقه می‌کند (قاسم زاده، ۱۳۸۰، ص ۲۳۸ و ۲۳۹).

نتیجه

از آنچه گفته شد، چنین نتیجه گرفته می‌شود:

- ۱- طبق قانون مدنی زنی که چهار سال از غیبت شوهر او می‌گذرد می‌تواند به حاکم مراجعه کند و درخواست طلاق کند و حاکم با رعایت ماده ۱۰۲۳ ق.م او را طلاق می‌دهد. بنابراین، بر خلاف قول مشهور فقها، نیاز به تعیین ضرب لاجل چهار ساله از سوی حاکم نیست.
- ۲- بعد از طلاق حاکم، زوجه عده وفات نگه می‌دارد.
- ۳- طلاق حاکم ماهیتی رجعی دارد با تمام آثار آن، از جمله تعلق نفقه در مدت عده و توارث زوجین در مدت عده و عدم لزوم حداد.
- ۴- زوج در مدت عده حق رجوع دارد. هر چند زوجه غیر مدخوله یا یائسه باشد.
- ۵- در صورتی که طلاق حاکم طلاق سوم و یا نهم عدی باشد، در صورت نخست در مدت عده برای زوج حق رجوع نیست و برای نکاح دوباره نیاز به محلل است و در صورت دوم زن و مرد بر هم حرام مؤبد می‌شوند.

۶- با صدور حکم موت فرضی زوجیت منحل می‌شود و وضعیت زوجه مانند وضعیت زنی است که شوهر او واقعاً مرده است، لذا باید از تاریخ صدور حکم موت فرضی عده وفات نگه دارد. در صورت کشف حیات زوج، وی خود بخود به رابطه زوجیت اخذ می‌شود و نیاز به رجوع نیست مگر آنکه زوجه بعد از انتضای عده، نکاح مجدد کرده باشد که در این صورت زوجیت قطعاً منحل می‌شود.

۷- در صورت کشف فوت حقیقی زوج در مدت عده در فرضی که حاکم طلاق داده، به گفته مشهور فقها زوجه باید از تاریخ خبر فوت تجدید عده کند.

۸- طرح مسئله عسر و جرح و اینکه چنانچه در طول مدت عده، زوجه دچار عسر و جرح شود بر طبق ماده ۱۱۳۰ ق.م می‌تواند به حاکم رجوع کند و حاکم او را بر طبق قاعده نفی عسر و جرح طلاق می‌دهد، اگر چه ۲ سال از تاریخ غیبت زوج گذشته باشد.

منابع و مأخذ

۱. ابن رشد، محمد ابن احمد، (۱۳۸۸) ه. ق، *بدایه المجتهد نهایته المقتصد*، قاهره، مطبعه المعاهد، (۱۳۵۳). ه. ق.
۲. ابن عبدالله، محمد ابن احمد، (بی تا) *منح الجلیل شرح المختصر الخلیل*، مکتبه الشامله.
۳. ابن قدامه، (بی تا) *شرح الکبیر*، جزء ۹، مکتبه الشامله.
۴. ابن قدامه، المغنی، (بی تا) *فصل احکام العده زوجه المفقود*، جزء ۱۷، مکتبه الشامله.
۵. امامی، سید محمد حسن، (۱۳۳۲)، *حقوق مدنی جلد ۴*، تهران: انتشارات اسلامی.
۶. امینیان مدرس، محمد، (۱۳۸۰)، *غایب مفقود الاثر با مطالعه تطبیقی*، پایان نامه دکترا.
۷. البایرتی، محمد ابن محمود، (بی تا) *العنايه شرح الهدایه کتاب المفقود جزء ۸*.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۷)، *الفارق*، جلد ۴، انتشارات گنج دانش.
۹. حلّی، ابو القاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (بی تا) *شرايع الاسلام*، چاپ سنگی.
۱۰. حلّی، أبی منصور الحسن بن یوسف، (۱۳۷۲)، *تبصره المتعلمین*، مجمع الذخائر اسلامی.
۱۱. حلّی، أبی منصور الحسن بن یوسف، (۱۴۱۲) ه. ق، *مختلف الشیعه*، تحقیق مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۲. حلّی، أبی منصور الحسن بن یوسف، (۱۴۱۳) ه. ق، *قوائد الاحکام*، جلد ۲، تحقیق مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۳. خمینی، روح الله، (بی تا) *تحریر الوسیله ج ۲*، مکتبه الاسلامیه.
۱۴. زین الدین بن علی العاملی، "الشهید الثانی" (بی تا) *الروضه البهیة فی شرح اللمعه او مشقیه ج ۶*، چاپ خانه مهدیه.
۱۵. زین الدین بن علی العاملی، (۱۴۱۳) ه. ق، "الشهید الثانی" *مسالك الافهام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۶. السرخسی، شمس الدین، مصر (۱۳۲۴) ه. ق *المبسوط (حنفی) حاج محمد افندی*.
۱۷. الشافعی، محمد ابن ادريس، وانشر (۱۳۹۳) ه. ق، *الام*، باب *المفقود*، دارالمعرفه للطباعه.
۱۸. طباطبائی، سید محمد کاظم، (۱۳۸۸)، *ملحقات عروه*، ج ۲، تهران: دارالکتاب اسلامی، ه. ق.
۱۹. طوسی. أبی جعفر محمد بن الحسن بن علی، (۱۳۸۸) ه. ق، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، مطبعه الحیدریه.
۲۰. طوسی. أبی جعفر محمد بن الحسن بن علی، (۱۴۰۷) *الخلاف*، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷.
۲۱. عاملی، حر، (۱۴۰۴) ه. ق، *وسائل الشیعه*، جلد ۲۲، موسسه ال البيت.
۲۲. عاملی، حر، (۱۴۰۴)، *وسائل الشیعه*، جلد ۲۰، باب ۴۴، از ابواب ما یحرم بالمصاهره، موسسه ال البيت.

۲۳. عثمان ابن علی، **تبیین الحقائق شرح کنز الدقایق**، کتاب المفقود، جزء ۱۰. موقع الإسلام.
۲۴. قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۰)، **امور حسبی**، تهران: ققنوس.
۲۵. الکاسانی، ابوبکر ابن مسعود، (۱۳۲۷) ه ق، **بدایع الصنائع فی ترتیب الشرایع**، جزء ۱۴، مطبعه الجمالیه.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، **حقوق خانواده**، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار.
۲۷. المالک ابن انس، (بی تا) **المدونه الكبرى** جزء ۴، **مکتبه المثنی**، بغداد.
۲۸. الماوردی، علی ابن محمد، (بی تا) **الحاوی الکبیر**، باب الامراء، جزء ۱۱، دارالکتب العلمیه.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۰)، **حقوق خانواده**، مرکز نشر علوم اسلامی،
۳۰. محمد ابن احمد، ابو عبدالله، (بی تا) **منح الجلیل شرح المختصر الخلیل**، جزء ۹، موقع الإسلام.
۳۱. مغنیه، محمد جواد، (۱۹۵۶)، **فقه امام جعفر صادق**، جلد ۶، بیروت: مکتبه اندلس.
۳۲. مفید، (بی تا) **المقتنعه**، (چاپ سنگی)، دار الطباعه، اقا محمد تبریزی.
۳۳. نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۷)، **جواهر الکلام**، ج ۳۲، تهران: دار الکتاب اسلامیه.
۳۴. النووی، (بی تا) **المجموع شرح المذهب**، جزء ۱۸، مکتبه الشامه.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«بحثی پیرامون حجیت اخبار آحاد»، سال ۷۳، شماره ۳۲؛ «بحثی پیرامون ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰»، سال ۷۳، شماره ۳۳؛ «شرط ابتدایی»، سال ۷۷، شماره ۳۹؛ «بررسی پاره‌ای از اشتباهات قانون مجازات اسلامی»، سال ۷۸، شماره ۴۳؛ «نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی (عدم النفع) سال ۸۰، شماره ۵۲. «ملازمه بین نفوذ فعل در حق غیر و نفوذ اقرار به آن» سال ۸۴، شماره ۷۰. «مشروعیت عزل دین و آثار آن»، سال ۱۳۸۶، شماره ۴. «استصحاب و اصاله اللزوم» سال ۱۳۸۸، شماره ۱.