

## مبانی فقهی و قانونی طلاق زوجه غایب مفقودالاثر به علت انقضای چهار سال از تاریخ غیبت یا عسرو حرج با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)

سید حسین صفایی<sup>۱</sup>

زینب خیریه<sup>۲</sup>

چکیده طلاق زوجه غایب مفقودالاثر از جمله حقوق غیرمالی زوجه محسوب می‌شود. در مواردی به علت غیبت زوج، زن از جهت امور مالی مانند نفقه و امور غیرمالی مانند ارضای نیازهای طبیعی جنسی و عاطفی در عسر و حرج ناشی از غیبت زوج قرار می‌گیرد.

براساس نظر مشهور فقها و قانون مدنی، اگر مرد چهار سال غایب مفقودالاثر باشد، همسر او می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید. سپری شدن مدت چهار سال از غیبت زوج در رابطه با طلاق زوجه‌ای که در حرج و مشقت است، مسأله‌ای است که به بررسی آن پرداخته می‌شود. برخی از فقهای معاصر مانند طباطبایی یزدی قائلند که، چنانچه بقای زوجه بر زوجیت موجب وقوع او در حرام و معصیت شود، خواه این وقوع قهری یا اختیاری باشد برای حفظ زن از وقوع در معصیت، طلاق لازم است. در مسأله مفقود، اگر انجام اقدامات مقرر و فحص و جستجو از غایب موجب قرار گرفتن زن در معصیت گردد، جایز است، بدون طی شدن مقدمات و گذشتن چهار سال، زن توسط حاکم طلاق داده شود. این حکم روشنگرانه، با توجه به مقتضیات زمان و مکان و بروز مسائل مستحدثه، می‌تواند اجتهادی نو قلمداد گردد که نمونه‌های آن در برخی از استفتائات امام خمینی مشاهده می‌شود.

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

۱. استاد دانشگاه تهران

e-mail: hsafaii@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی e-mail: abrar61@yahoo.com

این مقاله در تاریخ ۱۳۹۱/۶/۲۳ دریافت گردید و در تاریخ ۱۳۹۱/۷/۲۹ مورد تأیید قرار گرفت.

## مقدمه

طلاق زوجه غایب مفقودالاثَر یکی از حقوق غیرمالی زوجه است. براساس قول مشهور فقها، اگر مرد گم شود، به گونه‌ای که هیچ خبری از او در دست نباشد و فوت و حیاتش معلوم نگردد. اگر مالی از او باقی مانده یا ولی‌ای داشته باشد که امور او را سرپرستی نماید، یا متبرعی باشد که برای زوجه او خرج کند، بر زوجه واجب است که صبر کند؛ در غیر این صورت مسأله طلاق زوجه مطرح می‌گردد. براساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثَر باشد، زن او می‌تواند، تقاضای طلاق کند...» این در صورتی است که زن دچار عسر و حرج نشده باشد، اما در صورت قرارگرفتن زن در مشقت و سختی غیرقابل تحمل، از حیث امور مالی و غیرمالی، آیا باز هم باید قائل به جستجو در مدت چهار سال و گذشت مهلت‌های مقرر در قانون مدنی بود یا خیر؟ یا اینکه اگر نفقه زوجه به طریقی تأمین گردد، آیا در این صورت زوجه باید صبر کند یا حاکم و ولی زوج در صورت نیاز زوجه به همسر می‌توانند تصمیم دیگری اتخاذ نمایند.

احکام و قوانین شریعت اسلامی، براساس مصالح و مفاسد ملزمه و عدالت پایه‌ریزی شده است و در تشریح قوانین اسلامی، هیچگونه ضرر و حرجی ملاحظه نمی‌گردد و هرگونه ضرر و مشقتی مرفوع است. این مسأله به خوبی از ادله فقهی قابل استفاده است. چنانچه در برخی از آیات قرآن کریم می‌خوانیم «... مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج: ۷۸). «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» (بقره: ۱۸۵).

یکی از مصادیق عسر و حرج غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر است. به گونه‌ای که گاهی پای‌بندی به پیمان زناشویی موجب ضرر و حرج زوجه می‌گردد. با توجه به مسائلی که قبلاً ذکر شد و با توجه به شرایط موجود فعلی که در مواردی مردان مفقودالاثَر می‌شوند و هیچ‌گونه اثر و اطلاعی از آنان در دست نیست، و این امر منشأ ایجاد ابتلائات و گرفتاری‌های گوناگون است که از جمله آنها قرارگرفتن زوجه در وضعیت عسر و حرج غیرقابل تحمل است، و با توجه به ظرفیت فقه در پاسخگویی به مسائل هر زمان و استخراج و استنباط احکام جدید و تأثیر زمان و مکان در استنباط، می‌توان به احکام نو و جدید در موضوع مورد بحث نائل آمد.

در این نوشتار در صدد مطالعه مبانی فقهی و قانونی طلاق زوجه غایب مفقودالاثَر به علت انقضای چهار سال از تاریخ غیبت یا عسر و حرج می‌باشیم.

ابتدا به مطالعه اجمالی طلاق زوجه غائب مفقودالاثراً در فقه و قانون مدنی و مبانی فقهی و حقوقی انقضای چهار سال از غیبت پرداخته شده و سپس تأثیر عسرو حرج در طلاق زوجه غائب را بررسی می‌نماییم.

## الف) طلاق زوجه غائب در فقه و قانون مدنی و مبانی فقهی و حقوقی انقضای چهار سال

### ۱) طلاق زوجه غائب در فقه

در فقه زنی که همسرش غائب است اعم از اینکه غائب مفقودالخبر باشد یا به علت دیگری مانند مسافرت و حبس غیبت نموده باشد، فرقی ندارد که مفقود در داخل شهر یا در سفر یا در جنگ باشد و کسی از حال او اطلاع نداشته باشد؛ زیرا نصوص شامل همه این موارد می‌شود در صورتی که غایب مال و دارایی داشته باشد که از آن نفقه زن تأدیه شود یا متبرعی نفقه او را پردازد باید صبر کند تا وضعیت او روشن شود، اما اگر غایب هیچ‌گونه مالی برای تأمین نفقه زوجه برجای نگذاشته باشد و متبرعی هم نباشد که نفقه او را پردازد، زوجه می‌تواند بعد از گذشت چهار سال از جستجوی شوهر و یأس از پیدا شدن او از حاکم درخواست طلاق نماید. بعد از طلاق زن به دستور حاکم عده نگه می‌دارد و پس از سپری شدن عده می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۲: ۲۸۷). حاکم می‌تواند بعد از درخواست زن و جستجو در مدت چهار سال، زن را طلاق دهد. اعم از اینکه خود مستقلاً به این امر مبادرت بورزد یا به ولی غایب یا شخص دیگر امر کند که این کار را بکند. البته بهتر است که بگوییم امر ولی بر تصدی حاکم مقدم است. شهید ثانی (شهید ثانی ۱۴۱۰ ج ۶: ۶۵)، فخرالمحققین (فخرالمحققین ۱۳۸۷ ج ۳: ۳۵۳)، شیخ مفید (شیخ مفید ۱۴۱۳: ۵۳۷)، حلی (محقق حلی ۱۴۰۸ ج ۲: ۳۸۵) معتقدند، با امکان اذن ولی لازم است از او اجازه بگیرند و اگر وی اجازه نداد، حاکم خود به تنهایی طلاق را به عهده گرفته و زن را مطلقه می‌کند.

با مطالعه کتب روایی و فقهی به دو دسته روایت درباره جستجو و تفحص از غایب مواجه می‌شویم که منشأ دو نوع اظهار نظر در فقه گردیده است. بعضی از روایات مانند «صحیح بریدین معاویه» دلالت دارد که از زمان رجوع زن به حاکم چهار سال مدت تعیین می‌گردد. عبارت «... و

از زمانی که زن به حاکم رجوع می‌کند چهار سال مدت تعیین می‌شود.<sup>۱</sup> مشعر بر این معنا است. (شیخ مفید ۱۴۱۳ ج ۳: ۳۵۴) براساس این روایت، فتوای مشهور فقها این است که بعد از مراجعه زن به دادگاه مدت جستجو از غایب آغاز می‌گردد (علامه حلی ۱۴۱۳ ج ۳: ۱۴۵).

در مقابل این روایت برخی از روایات مانند صحیح حلی می‌گویند: ... بعد از گذشتن چهار سال حاکم کسی را به عنوان والی به مکانی که غایب در آنجا مفقود شده می‌فرستد یا اینکه با آنجا مکاتبه و نامه‌نگاری می‌نماید<sup>۲</sup> (کلینی ۱۴۰۷ ج ۶: ۱۴۷).

در این روایت به گذشتن چهار سال بدون بیان مرافعه زن به نزد حاکم اشاره شده است. به نظر می‌رسد گذشتن چهار سال در این روایت موضوعیت داشته باشد.

صرف نظر از اختلاف موجود در روایات، آنچه به عنوان نقطه اشتراک در هر دو دسته از روایات ملاحظه می‌شود، گذشتن مدت چهار سال است. بنابراین برطبق این روایات باید از زمان غیبت غایب چهار سال بگذرد تا همسر او بتواند تقاضای طلاق نماید.

## ۲- طلاق زوجه غایب در قانون مدنی

درباره امور غیرمالی غایب مفقودالایر آنچه مورد توجه قانونگذار واقع شده و احکام خاصی راجع به آن مقرر گردیده است طلاق زن اوست. براساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالایر باشد، زن او می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. در این صورت دادگاه اقدام به نشر آگهی به ترتیب مذکور خواهد کرد و بعد از گذشتن یک سال از تاریخ نخستین آگهی، در صورتی که خبری از غایب نرسیده باشد، به طلاق حکم خواهد داد.

در مورد عده زوجه مطلقه غایب ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی می‌گوید: «زنی که شوهر او غایب بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ طلاق عده وفات نگاه دارد». این قاعده از فقه اسلامی گرفته شده و بدین نحو توجیه می‌شود که ممکن است، شوهر مرده باشد (صفایی و قاسم‌زاده ۱۳۸۰: ۷۸-۷۷).

۱. «وان هی رفعت امرها الی الوالی اجلها اربعین سنین».

۲. «واذا مضی له اربع سنین بعث الوالی او یکتب».

### ۳) انقضای مدت چهار سال

چنانکه بیان شد انقضای مدت چهار سال از غیبت غایب مطلبی است که در فقه و ماده ۱۰۲۹ و قانون مدنی به آن پرداخته شده است به نظر می‌رسد مبنای عقلی و عرفی این قاعده آن است که بعد از این مدت و بحث و فحص از غایب، وی مرده فرض می‌شود. لذا همسر او می‌تواند پس از طلاق و نگه‌داشتن عده ازدواج نماید. عده‌ای که در فقه و قانون مطرح شد عده وفات است. بنابراین با وجود اینکه زن طلاق گرفته، اما باید عده وفات نگه دارد و این امر مشعر بر این مسأله است که زوج مرده فرض شده است.

البته مبنای حکم می‌تواند عسر و حرج فرض شارع و قانونگذار بوده باشد. این بدان معنا است که بعد از انقضای چهار سال شارع و قانونگذار فرض می‌کنند که زن در عسر و حرج واقع می‌شود، لذا پس از سپری شدن مدت مذکور، زوجه غایب می‌تواند درخواست طلاق نماید. توضیحات فوق بر مبنای انقضای مدت چهار سالی است که در فقه و قانون مطرح گردیده است. در مواردی ممکن است عدم لزوم انقضای مدت توجیه گردد، که به بیان آن می‌پردازیم.

### توجیه عدم گذشت چهار سال در جستجو از غایب

در مواردی که زوجه غایب در عسر و حرج مالی و غیرمالی واقع شده است عدم گذراندن چهار سال را می‌توان به دو طریق توجیه نمود:

#### اول: عسر و حرج

بر اساس روایات و قول مشهور فقها و ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، بدون طی شدن مدت چهار سال از غیبت زوج و انتشار آگهی و تشریفات لازم نمی‌توان زوج را طلاق داد. اما با استناد به ادله عسر و حرج و ضرر، در مدت کمتر از چهار سال زن می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید.

#### دوم: طریقت تفحص در مدت چهار سال

به نظر می‌رسد، مدت ذکر شده در روایات طریقت داشته و نه موضوعیت. مدت مذکور باید با ملاحظه شرایط و اوضاع و احوال و اقتضائات و شیوه‌های جستجو در آن عصر مورد توجه قرار گیرد.

امروزه با گسترش وسایل ارتباط جمعی مانند تلفن، پیامک، اینترنت، آگاهی و جستجو آسان و هموار گردیده، لذا تعبد به زمان چهار سال خصوصاً زمانی که زن در عسر و حرج واقع شده است عقلایی به نظر نمی‌رسد. هدف از جستجو دستیابی و اطلاع از وضعیت غایب است. چنانچه با شیوه متعارف و معمول امروزی ظن غالب در این باره حاصل گردد، کفایت می‌کند. در صورت بروز اوضاع و احوال مشقت‌بار برای زوجه و عدم حصول آگاهی از وضعیت زوج در زمان کمتر از چهار سال، گذراندن مدت چهار سال لازم و ضروری نیست.

### ب) طلاق به درخواست زوجه غایب به علت عسر و حرج

در مواردی زوجه غایب مفقودالاثراثر در عسر و حرج مالی و غیرمالی ناشی از عدم حضور و غیبت همسرش قرار می‌گیرد ادامه وضعیت زوجیت، وی را در عسر و حرج قرار می‌دهد. به دنبال این مسأله امر طلاق زوجه غایب مفقودالاثراثر به علت عسر و حرج مطرح می‌شود. در این بخش به درخواست طلاق زوجه به علت ترک انفاق و عدم ایفای وظایف زناشویی ناشی از وضعیت دشوار و مشقت‌بار حاصل از غیبت زوج می‌پردازیم.

### ۱) درخواست طلاق به علت امتناع یا عجز از تأدیه نفقه

#### ۱-۱) فقه

در مواردی ممکن است، به علت غیبت طولانی و بی‌اطلاع شوهر، زوجه به علت ترک انفاق در مشقت و حرج باشد. همانطور که مشهور فقهای امامیه گفته‌اند، زنی که شوهر او غایب مفقودالاثراثر شده می‌تواند به حاکم مراجعه و بعد از فحص و جستجو از وضعیت او در مدت چهار سال از حاکم درخواست طلاق نماید (امینی و آبتی ۱۳۷۷: ۳۵۶) اما در صورتی که غیبت زوج باعث شود که زن از جهت تأمین نفقه در مضیقه و مشقت و عسر و حرج واقع شود، تکلیف زوجه او چیست؟ بعضی از فقها در این باره می‌نویسند: نباید درخواست طلاق از سوی زن را منحصر به موردی دانست که زوج مفقودالاثراثر است؛ زیرا ادله عام و خاص فراوانی داریم که برابر آنها حاکم شرع در بسیاری از ضرورت‌های دیگر که ضرر و مشقت شدید از باقی ماندن زوجه بر همسری 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 می‌کند (آل کاشف‌الغطاء بی‌تاج ۵: ۹۵) بعضی دیگر از فقها می‌گویند: «از نظر فقهی قوی است که در صورتی که زن از نفقه محروم باشد، برای رعایت

مصلحت اساسی او که از جمله آن مصالح، حق مالی و جنبه اقتصادی آن یعنی نفقه است، براساس قواعد عامه و آنچه از اطلاق روایات حاصل می‌شود، زن را طلاق دهد.<sup>۱</sup> (صدر ۱۴۲۰: ۳۵۴-۳۵۳) طباطبایی یزدی که از فقهای معاصر می‌باشد معتقد است که بعید نیست قاضی حق داشته باشد زوجه مردی را طلاق دهد که علم دارد مرد در جایی محبوس است که هرگز بر نمی‌گردد، همچنین در موردی که مرد حاضر و ناتوان از پرداخت نفقه است، البته با این شرط که زوجه برنگرفتن نفقه صبر نمی‌کند. در تمامی این موارد و اشباه و نظایر آن، مثل اینکه مرد مفقود باشد یا در مکانی حبس ابد باشد، ظاهر کلام فقها این است که زن نمی‌تواند از همسرش جدا شود و حاکم هم نمی‌تواند زن را طلاق دهد، مگر اینکه گفته شود که با استناد به قاعده نفی عسر و حرج و ضرر زن می‌تواند طلاق بگیرد. در صورت عدم پرداخت نفقه می‌توان زوج را مجبور به طلاق دادن کرد و اگر این امکان به علت عدم وجود زوج وجود نداشته باشد، امام معصوم<sup>(ع)</sup> و در عصر حاضر و در زمان غیبت حاکم شرع از جانب امام نایب است که زن را طلاق می‌دهد (طباطبایی یزدی ۱۴۱۴ ج ۱: ۷۴) آیت‌الله خویی درباره مردی که قدرت بر دادن نفقه دارد، اما در عین حال از پرداخت نفقه استنکاف می‌ورزد و اجبار او به انفاق ممکن نیست می‌نویسد: بعضی از فقها گفته‌اند حاکم شوهر را ملزم می‌کند که یا نفقه زن را بپردازد یا اینکه او را طلاق بدهد و اگر از هر دو امتناع کرد، حاکم خود طلاق را واقع می‌سازد (خویی ۱۴۱۰ ج ۲: ۲۸۰) ایشان در ادامه می‌گویند: جایز است که زن به حاکم شرع مراجعه نماید و حاکم شرع زوج را امر به طلاق کند و اگر از طلاق دادن امتناع ورزد، حاکم شرع خودش طلاق می‌دهد، و اگر شوهر از انفاق کردن امتناع ورزد و انفاق زن از مال شوهر امکان نداشته باشد، جایز است که حاکم، زن را طلاق دهد و در این حکم فرقی میان حاضر و غایب وجود ندارد. ولی اگر زوج مفقود باشد، اما زن علم به حیات و زنده بودن او داشته باشد، بر او واجب است که صبر کند و نمی‌تواند تقاضای طلاق نماید، هر چند نه از شوهر مالی وجود داشته باشد و نه دیگری نفقه زن را بدهد.

این بیان از ایشان مایه شگفتی و تعجب است، چگونه درباره مردی که حاضر است و از انفاق امتناع می‌ورزد در حالی که توانایی بر دادن نفقه همسرش را دارد یا اینکه مردی به بیان ایشان حاضر یا غایب باشد و نفقه همسرش تأمین نمی‌شود و امکان انفاق از مال شوهر امکان‌پذیر نیست، حاکم می‌تواند زن را طلاق بدهد، اما درباره زنی که شوهرش مفقود است و خبری از حیات و ممات او ندارد و شوهر مالی ندارد که از محل آن نفقه زن تأدیه شود و کسی هم نباشد که نفقه او

را پردازد و زن در سختی و حرج ناشی از مشکلات مالی و اقتصادی به سر می‌برد، محکوم به صبر باشد و حق تقاضای طلاق نداشته باشد. برچه مبنا و اساسی زن در چنین مواردی محکوم به صبر است؟ اگر زنی خود شرایط سختی و مشقت را بپذیرد و حاضر باشد که باوجود تمام مشکلات مالی، همچنان به پیمان زناشویی وفادار بماند، حرفی نیست، اما اینکه حکم کنیم که در صورت عدم تأمین نفقه، زن موظف و مکلف به صبر است، آن هم در شرایطی که در عسر و حرج به سر می‌برد با روح قوانین اسلام و عدالت سازگار نیست.

## ۲-۱) حقوق

براساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، زنی که شوهرش چهار سال تمام غایب مفقودالایثر باشد، می‌تواند تقاضای طلاق نماید. چنانکه ملاحظه می‌گردد، این ماده قانونی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه گذشتن مدت چهار سال از غیبت زوج را برای درخواست زن جهت طلاق از دادگاه معتبر دانسته است. از طرف دیگر در ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی می‌خوانیم: «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه».

این ماده با دیدگاه بعضی از فقها مانند طباطبایی یزدی و خوئی، سازگاری دارد که در محل مناسب به مقایسه و ارزیابی دیدگاه فقها و قانون مدنی در این باره می‌پردازیم.

## ۲) طلاق به درخواست زوجه ناشی از عدم ایفای وظایف زناشویی

### ۲-۱) دیدگاه فقها

زنی که شوهر او مفقود شده است تنها مشکل او عدم پرداخت نفقه نیست، بلکه گاهی عدم انجام وظایف زناشویی از جانب شوهر مشکلاتی را به وجود می‌آورد که در بعضی از روایات از جمله صحیح حلی وارد شده است که: «راوی از امام<sup>(ع)</sup> سؤال می‌کند که زن می‌گوید چیزی را می‌خواهم که سایر زنان می‌خواهند»<sup>۱</sup> (کلینی ۱۴۰۷ ج ۶: ۱۴۷). هر چند این عبارت مفهومی مبتنی بر اینکه حاکم بتواند تصمیم مقتضی در امر طلاق زوجه را اتخاذ نماید، ندارد، اما به نظر می‌رسد،

۱. «... فانی ارید ماتریدالنساء».



در صورت درخواست زوجه و حادث شدن 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 امر ضروری محسوب می‌گردد.

حضرت امام (امام خمینی ۱۳۷۹ ج ۱ و ۲: ۷۳۳ م ۱۰)، صاحب **جواهر** (نجفی بی تاج ۲۰۷: ۳۱)، صاحب **حدائق** (بحرانی بی تاج ۲۴: ۶۱۹) و سید ابوالحسن اصفهانی (اصفهانی ۱۴۲۲ ج ۲: ۳۰۶) گفته‌اند در صورت امتناع شوهر از انجام دستور دادگاه مبنی بر رعایت حقوق زوجه و انجام وظایف زوجیت، دادگاه می‌تواند حکم طلاق صادر نماید.

فقیه معاصر طباطبایی یزدی می‌نویسد: چنانچه بقای زوجه بر زوجیت موجب وقوع او در حرام شود، خواه این وقوع قهراً یا اختیاراً باشد، برای حفظ زن از قرار گرفتن در معصیت، طلاق لازم است. ممکن است درباره مسأله مفقود گفته شود اگر انجام عملیات مذکوره و تعیین ضرب‌الاجل [مدت چهار سال] و فحش و جستجو از حال مفقود، موجب وقوع او در معصیت شود، جایز است که بدون طی این مقدمات زن توسط حاکم طلاق داده شود. این همان روشنگری است که در بیان این فقیه معاصر مشاهده می‌شود که با استفاده از عناوین ثانویه ضرر و 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 داده‌اند.

بعضی دیگر از فقها به نظر طباطبایی اشکال وارد کرده می‌گویند: برخی از بزرگان گفته‌اند در صورت عدم تمکین زوجه غایب که حیاتش معلوم باشد، حاکم می‌تواند زوجه‌اش را طلاق دهد و همین طور درباره محبوس‌ی که به حبس ابد محکوم شده است، ولی آنچه ایشان ذکر کرده‌اند بعید است و ابعاد از آن عقیده ایشان درباره مفقودی است که اعمال کیفیات مذکور [مدت و تفحص]، درباره او ممکن است، اما اعمال اینگونه کیفیات موجب وقوع زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام می‌گردد که به نظر ایشان بدون اعمال آن کیفیات زوجه توسط حاکم طلاق داده می‌شود. لازمه کلام صاحب **عروه** (طباطبایی) جواز مبادرت به طلاق زوجه بدون اذن زوج است، هنگامی که معلوم گردد بقای زوجه به زوجیت موجب وقوع در معصیت است و ضعف این نظر واضح است (طباطبایی حکیم ۱۴۰۰ ج ۲: ۳۲۱).

به نظر می‌رسد، این اشکال چیزی از ارزش فتوای طباطبایی کم نمی‌کند. چه بسا که ارزش فتوای ایشان امروزه مشهود و قابل ملاحظه است. چگونگی ایشان در صورت عدم ایفای وظایف زناشویی از جانب مردی که حاضر است، قول بزرگان فقه را در حق طلاق زن می‌پذیرند. اما فتوای طباطبایی از نظر ایشان بعید است. در حالی که ملاک حکم به طلاق درباره مردی که غایب مفقودالاثراست و همسر او در عسر و حرج به سر می‌برد به طریق اولی وجود دارد. بنابراین در صورت جوان بودن زوجه و عسر و حرج او و ترس از وقوع او در معصیت و حرام، قائل شدن به طلاق او براساس حکم عقل و شرع موجه و صحیح است و مصلحتی که در این حکم وجود دارد امری است واضح که نیازی به استدلال ندارد.

برخی دیگر از فقها می‌گویند: فقیه امامی جایز است در صورت وجود شرایط لازم، زن را طلاق دهد و کسی حق ندارد تا زمانی که عمل فقیه موافق اصل اسلام و مذهب است بر او اعتراض کند. عده‌ای از فقها که از طلاق دادن خودداری می‌کنند به دلیل رعایت جانب احتیاط و خداترسی آنان است؛ اگرچه خود به حکم فقهی و شرعی صحیح دست پیدا کرده‌اند، اما جانب تقوا و احتیاط را رعایت می‌کنند و هم اینکه تقوا و ترس آنان بدین جهت است که مبادا کسانی که اهل علم و فقیه دین نبوده و شریعت را امین نیستند، بدون اینکه شرایط لازم برای طلاق فراهم شده باشد مبادرت به انشای حکم طلاق بنمایند. این مسأله مانعی برای صدور حکم طلاق از جانب فقها است (مغنیه بی تا ج ۲: ۴۵۴-۴۵۲). البته برای گریز از چنین مشکلی می‌توان راه حل معقول ارائه داد و اینکه مراجع فرد امین و مورد اطمینانی را وکیل خود کرده و شروط و قیودی برای او معین کنند تا در چهارچوب آن شرایط طلاق را انشاء کند. همان طور که سیدابوالحسن اصفهانی چنین کردند.

جریان فتوای تاریخی سیدابوالحسن اصفهانی به این صورت است که در زمان ایشان سیدمحسن امین نزد ایشان آمده اظهار می‌کنند ۵۰۰ نفر از زنان لبنانی چند سال است که شوهرانشان رهایشان کرده‌اند به گونه‌ای که ایشان جوان هستند و از جهت امور مالی و نیازهای طبیعی جنسی و عاطفی در سختی و حرج به سر می‌برند. ایشان، سیدمحسن امین را وکیل می‌کنند که از طرف ایشان زنان را مطلقه نماید. این چیزی است که در بعضی از کتب به عنوان راه حل معقول مطرح شده و عملکرد سیدابوالحسن اصفهانی از مصادیق عملی این راه حل معقول است.

## ۲-۲) دیدگاه حقوق

شوهری که زندگی خانوادگی را ترک می‌گوید و به دنبال حادثه به کشور دیگر پناه برده و زن و خویشان او هیچ‌گونه خبر و اطلاعی از او ندارند و زن نمی‌تواند مخارج زندگی خود را تأمین نماید یا اینکه جان و شرافت خود را حفظ کند، نگهداری او عادلانه به نظر نمی‌رسد. زن به منظور نجات از قیدی که زندگی را برای او دشوار و تحمل‌ناپذیر کرده است طلاق داده می‌شود. این حکم نتیجه جمع ماده ۱۰۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی است. عدم ایفای وظایف زناشویی در بند ۱ ماده ۱۱۳۰ پیشین هم ذکر شده بود، اما پس از اصلاحات انجام شده در تاریخ ۶۱/۱۰/۸، این بند در ماده اصلاحی حذف گردید و ضرر و حرج را به عنوان یکی از موجبات عام طلاق به درخواست زن تلقی کرد. شاید بدین جهت که با ذکر عنوان عسر و حرج که شامل عدم ایفای وظایف زناشویی هم می‌شود، دیگر نیاز به ذکر آن به عنوان سبب مستقل تقاضای طلاق نبوده است. البته به منظور جلوگیری از برخورد سلیقه‌ای و استنباطات گوناگون و ایجاد وحدت رویه، قانونگذار در تاریخ ۷۰/۸/۱۴ به اصلاح ماده مزبور همت گماشت و الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی را پیشنهاد کرد. تبصره ماده ۱۱۳۰ مقرر می‌دارد: «عسر و حرج موضوع این ماده عبارت است از به وجود آمدن وضعیتی که ادامه زندگی را برای زوجه با مشقت همراه ساخته و تحمل آن مشکل باشد». همچنین مواردی را به عنوان مصادیق عسر و حرج مطرح کرده است. البته قانونگذار در صدر تبصره و در قسمت آخر آن تصریح کرده که موارد مذکور حصری نیستند، بلکه از مصادیقند و دادگاه می‌تواند در موارد دیگر با احراز عسر و حرج حکم طلاق را صادر کند. گویا قانونگذار مجدداً به موجبات عام عسر و حرج عدول کرده است.

نکته‌ای که برای تعیین مصادیق عسر و حرج مطرح می‌شود این است که ضابطه تشخیص عسر و حرج زوجه چیست؟ آیا این ضابطه نوعی است. به این معنا که اگر عرفاً و نوعاً شرایط پیش آمده باعث عسر و حرج گردیده و موجب درخواست زوجه برای طلاق می‌شود در صورت پذیرش این دیدگاه بدیهی است که اثبات عسر و حرج توسط زن لازم نیست. در مقابل این دیدگاه قول دیگری مطرح است که معیار و ضابطه تشخیص عسر و حرج را شخصی می‌داند. چنانکه بعضی از فقها قائل به این نظر هستند که تشریح احکام شرعی به نحو توسعه و رفع حرج از مکلفین است و ملاک عسر و حرج افراد مکلفین در زمان‌ها و مکان‌های مختلف و اصناف و گروه‌های گوناگون است که با توجه به شرایط زمانی و مکانی و فردی و صنفی با یکدیگر تفاوت

دارند و آنچه از ادله باب عسر و حرج حاصل می‌شود این است که حرج شخصی است و نه نوعی. (مکارم شیرازی ۱۳۸۰ ج ۱: ۱۹۶).

به نظر می‌رسد در موضوع مورد بحث دیدگاه اخیر قابل پذیرش باشد و احراز عسر و حرج باتوجه به وضعیت مادی و روحی و روانی و شغلی و خانوادگی زوج 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.

حکم ماده ۱۱۳۰ نسبت به مفاد ماده ۱۰۲۹ عام است و مانعی ندارد که پیش از تحقق شرایط طلاق در صورت غیبت بی‌خبر، به دلیل احراز وضع ناگوار و بار تحمل‌ناپذیر که ادامه زندگی زناشویی بر دوش زن نهاده است حکم به طلاق داده شود. تحقق شرایط ماده ۱۰۲۹ در مورد غیبت شوهر، این فرض قانونی را به وجود می‌آورد که زن دچار عسر و حرج شده است و قطع قید زناشویی برای جلوگیری او احترازناپذیر است (کاتوزیان ۱۳۷۵ ج ۲: ۲۶۱).

رویه قضایی دادگاه‌های مدنی خاص سابق یا دست کم بعضی از شعبه‌های آن این تحلیل را پذیرفته است. به موجب رأی شماره ۳۵-۶۳/۱۱/۱۳ شعبه ۱۰۵ دادگاه مدنی خاص زنی که شوهر او به هنگام جنگ مفقود شده، پیش از گذشتن چهار سال از تاریخ غیبت و بدون اعلان در روزنامه‌های تهران و محلی و گذشتن مهلت یک سال طلاق داده شده است. این حکم براساس ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی صادر شده است. در این حکم می‌خوانیم: «... و خواسته خواهان نسبت به طلاق که زنی جوان است مشمول بخش نامه شماره ۱/۴۱۹۶۵، ۶۲/۹/۲۷ خواهد بود.»<sup>۱</sup> این توجیه می‌رساند که جوانی زن و عسر و حرج او، سبب صدور حکم قرار گرفته و دادگاه از فتوای سیدمحمدکاظم طباطبایی الهام گرفته است.

۱. شورای عالی قضایی در بخش نامه شماره ۱/۴۱۹۶۵، با استناد به فتوای امام خمینی که طلاق زوجه غایب مفقودالآثر را به علت در فساد قرار گرفتن زوجه قبل از انقضای مدت چهار سال توسط حاکم جایز دانسته‌اند 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، اطلاق ماده ۱۰۲۳ و ۱۰۲۹ ق.م.م. از استماع دعوای عسر و حرج بر فرض مذکور نمی‌باشد». شورای عالی قضایی در بخش نامه فوق قضات محاکم را ملزم کرده است باتوجه به فتوای امام دعوای عسر و حرج زوجه غایب مفقودالآثر را پیش از انقضای چهار سال بپذیرند و حکم طلاق را صادر نمایند.

بنابراین می‌توان با الحاق تبصره به ماده ۱۰۲۹ ق.م.ک: «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 و قبل از انقضای مدت چهار سال می‌تواند زوجه را طلاق دهد»، به حکم جدید و مناسبی درباره طلاق زوجه غایب مفقودالایثر دست یافت. همانگونه که روشن است این حکم قانونی براساس فتوای امام خمینی و سید کاظم طباطبایی تنظیم شده و ایراد فقهی ندارد.

### مقایسه و ارزیابی در فقه و حقوق

براساس فتوای بعضی از فقها در صورتی که مرد مفقود باشد و زن نتواند از همسرش طلاق بگیرد و حکم هم نتواند زن را طلاق دهد به گونه‌ای که بروز این شرایط مشکلات اقتصادی و مالی دشوار و تحمل ناپذیری را برای زن فراهم آورد، زن می‌تواند تقاضای طلاق نماید و حاکم با احراز شرایط عسر و حرج و ضرر می‌تواند زن را طلاق دهد. در قانون مدنی در ماده ۱۰۲۹ گذشت چهار سال از غیبت زوج برای تقاضای طلاق لازم دانسته شده است. به نظر می‌رسد براساس ملاک ماده ۱۱۲۹ ق.م.ک که مقرر می‌دارد: «در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه». حکم ماده ۱۱۲۹ ق.م.ک را می‌توان به زوجه غایب مفقودالایثری که به علت غیبت همسرش در مشقت مالی ناشی از عدم انفاق قرار گرفته تسری داد. از طرفی می‌توان عدم تأدیه نفقه و عجز شوهر را از مصادیق عسر و حرج دانست. عسر و حرجی که فرض قانونی است و نیازی به اثبات در دادگاه ندارد.

همچنین در مواردی غیبت طولانی و بی‌خبر شوهر، که باعث قرار گرفتن زن در عسر و حرج ناشی از عدم ارضای وظایف زناشویی می‌گردد. در صورت عدم پاسخگویی به نیاز مشروع زنان در چنین مواردی که در مورد آن بحث شد، چه بسا باعث بروز فساد شود که می‌تواند موجبات خسران زن، نهاد خانواده و جامعه را به دنبال داشته باشد. لذا در صورت بروز عسر و حرج همان طور که بعضی از فقهای معاصر مانند طباطبایی گفته‌اند که به علت خوف از وقوع زن در معصیت نیاز به اعمال مقدمات جستجو و مدت چهار سال نیست، زن می‌تواند تقاضای طلاق نماید. با توجه به ادله آن و ماده قانونی ۱۱۳۰ ق.م. و فتاوی برخی از فقها، می‌توان قائل به عدم طی شدن مقدمات و تشریفات و گذشت چهار سال از غیبت زوج شد. لذا در زمان کمتر از چهار سال زن می‌تواند

تقاضای طلاق کرده و بر حاکم لازم است که در صورت احراز عسر و حرج زوجه را طلاق دهد و صبر کردن زوجه واجب نیست و چه بسا طلاق او به علت احتمال وقوع او در حرام واجب باشد.

### تأثیر عنصر زمان و مکان در دیدگاه امام

شریعت در طول تاریخ بشر رو به تکامل بوده است، تا اینکه به شریعت اسلام رسیده است و از آنجا که اسلام خاتم ادیان الهی است، کامل ترین شریعت ارزانی شده به بشر است. از منظر امام خمینی از مهم ترین ویژگی های اسلام ناب جامعیت و کمال آن است. ایشان می فرماید:

*اسلام... مکتبی است که برخلاف مکتبهای غیر توحیدی، در تمام شئون فردی و اجتماعی و مادی و معنوی و فرهنگی و سیاسی و نظامی و اقتصادی دخالت و نظارت دارد و از هیچ نکته، ولو بسیار ناچیز که در تربیت انسان و جامعه و پیشرفت مادی و معنوی نقش دارد فروگذار ننموده است؛ و موانع و مشکلات سر راه تکامل را در اجتماع و فرد گوشزد نموده و به رفع آنها کوشیده است (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۲۱: ۴۰۳-۴۰۲).*

همان طور که می دانیم فقه دو دسته احکام دارد: احکام اولیه و احکام ثانویه. عسر و حرج از مفاهیمی است که جزو احکام ثانویه قرار می گیرد در تحقق عسر و حرج عوامل زیادی دخالت دارد و از جمله آنها عنصر زمان و مکان است؛ زیرا ممکن است عملی در یک زمان خاص یا در یک مکان معین عسر و حرج نداشته باشد، اما در زمان و مکان دیگر عسر و حرج داشته باشد. زمان و مکان نقش اساسی در دگرگونی موضوعات احکام و عناوین واقع شده در ادله داشته و در مواقعی به طور کلی ممکن است تغییرات اساسی و بنیانی باشد. تغییرات و تحولات عمدتاً در بستر زمان و مکان صورت می گیرد و تحول ابزار و امکانات موجود فنی و عوامل بهره برداری های گوناگون در آن مؤثر است. بنابراین یک مجتهد جامع الشرایط و آشنا به موازین اجتهاد و آگاه به شرایط زمان و مکان و تمام ضرورتها و نیازهای جامعه در استنباط احکام الهی از متون و نصوص دینی باید به همه اینها توجه کامل و دقیق مبذول داشته و با توجه به آنها راه حل های اساسی را به دست آورده و ارائه نماید. لازمه تفکر و اندیشه فقهی شیعه و امام این است که رویدادها و حوادث هر قدر که تحت شرایط تحول و تطور متغیر گردند، تغییر می کنند. چون انسان به طور جامع و همه نگر با آنها برخورد می نماید و در ارائه راه حل مناسب به همه زوایا نظارت داشته و به طور

طبیعی راه حل مناسب را ارائه می دهد. بنابراین در دیدگاه امام حوادث و رویدادهای زمان محکوم به احکام الهی و فقه اسلامی هستند (بیات ۱۳۷۴ ج ۱: ۳۳۶).

حضرت امام، در موضوع مورد بحث با طباطبایی هم عقیده اند و در صورتی که ادامه زندگی زناشویی برای زوجه غایب موجب عسر و حرج باشد، معتقدند وی می تواند از دادگاه درخواست طلاق نماید و دادگاه نیز حکم طلاق را بر این مبنا صادر می نماید. در این باره استفتایی از محضر امام صورت گرفته که حائز اهمیت و جالب توجه است. این سؤال از چند بخش تشکیل شده است: (۱) درباره زوجه ای که همسرش مفقود شده اگر علم پیدا شد به اینکه «فحص» بی فایده است، آیا گذشت چهار سال لازم است و موضوعیت دارد یا خیر؟

(۲) آیا شرط است که گذشت چهار سال، بعد از رفع امر به حاکم باشد؟ یا مطلقاً ولو قبل از رجوع کافی است؟ و همین معنی مقتضای صحیحی حلی است. «عن ابی عبدالله<sup>(ع)</sup> آنه سنئل عن المفقود فقال: المفقود اذا مضى له اربع سنين بعث الوالی او یکتب الی الناحیه الی هو غائب فیها فان لم یوجد له اثر امر الوالی ولیه ان ینفق علیها إلی قوله<sup>(ع)</sup> امره ان یطلقها فکان ذلک علیها طلاقاً واجباً».

(۳) آیا عسر و حرج در این باب هم، باعث جواز طلاق برای حاکم می شود مخصوصاً اگر غیبت به وسیله رفتن و فرار کردن خود زوج باشد یا موردی که منقعی نیست که نفقه زوجه را بدهد یا اینکه عسر و حرج مربوط به غیر این مقام از موارد حضور زوج است که بر فرض جواز، قبل از چهار سال هم بتوان طلاق داد؟ و این مطلب مختار مرحوم سید در مسأله ۳۳۳ از مسائل عده وفات ملحقات ۵ و ۶ است.

امام در جواب فرموده اند:

حکم همان است که در تحریروالوسیله ذکر شده است: در صورتیکه زوجه برای نداشتن شوهر در حرج است - نه از جهت نفقه - بطوری که در صبر کردن معرضیت فساد است حاکم پس از یأس، قبل از مضيّ مدّت چهار سال می تواند طلاق دهد. بلکه اگر در مدّت مذکور نیز در معرض فساد است و رجوع به حاکم نکرده است جواز طلاق برای حاکم بعید نیست در صورت یأس (امام خمینی بی تاج ۳: ۱۴۵).

## رأی دادگاه

در پایان یک رأی دادگاه درباره زوجه‌ای که همسرش زندگی مشترک را ترک کرده است و او بدون نفقه و بلا تکلیف مانده است را می‌خوانیم:

رأی شماره ۷۷- تاریخ رسیدگی ۷۳/۵/۳۱. شماره دادنامه ۷۴۸، مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۵ دادگاه مدنی خاص استان تهران.

رأی دادگاه در خصوص دادخواست بانو زهرا.... فرزند تقی به طرفیت آقای ابوالفضل..... فرزند علی‌اکبر به خواسته طلاق. خواهان مدعی است زوج وی را پس از ۸ سال زندگی مشترک ترک کرده و دو فرزند را به مادر شوهرش داده چون بیش از یک سال بدون نفقه و بلا تکلیف است. با بذل کلیه حقوق مادی خود تقاضای طلاق نموده است و دادگاه با عنایت به رونوشت عقدنامه پیوست، علقه زوجیت طرفین را احراز و با عنایت به اظهارات زوجه و تحقیقات انجام شده و گزارش مددکاری اجتماعی و توجه به اظهارات مادر زوج [خواننده] و اظهارات شاهد دیگر به نام فرشته.... از منسویین نزدیک زوج که همگی دلالت بر صحت ادعای خواهان دارد و توجه به تعهداتی که زوج در ضمن عقد لازم خارج داده است و توجه به ماده ۱۱۱۹ ق.م. و اینکه زوجه جوان است و از طریق کسان دیگر هزینه‌اش تأمین می‌شود و بلا تکلیفی وی تالی فاسد داشته و از نظر شرعی وضع موجود زوجه کراهت داشته و خطرات انحراف در کمین زوجه است و در نتیجه عسرو حرج وی از نظر دادگاه محرز است و اینکه زوج به علت مجهول‌المکان بودن از طریق درج آگهی در روزنامه‌های کثیرالانتشار و رسمی دعوت و در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نگردیده و اظهارات زوجه مصون از تعرض باقی مانده است و اینکه دسترسی به زوج نیست تا نامبرده را مجبور به حضور در دفترخانه جهت امر طلاق نموده و اینکه تخلف وی [زوج] از شرایط ضمن عقد محرز است بنابه مراتب دادگاه به زوجه خانم زهرا به موجب این حکم اجازه می‌دهد که با رجوع به یکی از دفاتر طلاق و با استفاده از وکالت حاصله با بذل کلیه مهریه و حقوق مادی دیگر خود و قبول بما بذل به وکالت از طرف زوج خود را مطلقه نماید... این رأی غیابی و بعد از دادخواهی فرجام‌پذیر است (بازگیر ۱۳۸۲: ۱۳۱).

در تحلیل رأی مذکور توضیح این مطلب لازم است که ماده ۱۱۱۹ ق.م. که مقرر می‌دارد:

طرفین عقد ازدوج می‌توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور

نباشد در ضمن عقد ازدواج یا عقد دیگر بنمایند: مثل اینکه شرط شود



هرگاه شوهر زن دیگر بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق کند یا علیه حیات زن سوء قصد یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنها با یکدیگر غیرقابل تحمل شود زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم نهایی خود را مطلقه سازد.

ناظر بر شرط وکالت زن در طلاق در ضمن عقد نکاح است. بنابراین شوهر می‌تواند حق طلاق برای زن را به صورت شرط نتیجه ضمن عقد نکاح یا شرط عقد لازم دیگر قرار دهد. هرگاه زوجه غایب به طور مطلق وکالت در طلاق داشته باشد، می‌تواند با مراجعه به دادگاه و اثبات وکالت خود و بدون نیاز به اثبات غیبت شوهر و انقضای چهارسال یا بدون نیاز به اثبات عسر و حرج مبادرت به مطلقه کردن خود نماید. وکالت در ضمن عقد ازدواج یا در ضمن عقد خارج لازم، ممکن است به این صورت باشد که پس از تحقق امر معینی در خارج و اثبات آن در دادگاه بتواند خود را مطلقه نماید. این مطلب از عبارت: «... یا در مدت معینی غایب شود ...» (ماده ۱۱۱۹) استفاده می‌شود. به علاوه طبق شروط مندرج در قباله‌های نکاح هرگاه زوج زندگی خانوادگی را بدون عذر موجه ترک کند زوجه حق وکالت در طلاق دارد. تشخیص ترک زندگی خانوادگی با دادگاه است. و نیز در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه به مدت ۶ ماه به هر عنوان و عدم الزام او به تأدیه نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به دادگاه مراجعه کند.

در صورتی که وکالت برای طلاق به علت عسر و حرج باشد، حقی افزون بر ماده ۱۱۳۰ ق.م برای زن به وجود نمی‌آورد؛ زیرا عسر و حرج به موجب این ماده سبب ایجاد حق طلاق می‌شود و نیازی به وکالت زوجه در امر طلاق ندارد. همچنین در صورت وکالت زوجه در طلاق به علت وجود یکی از شروط ضمن عقد، نیازی به استناد به عسر و حرج توسط دادگاه نیست. بنابراین استناد دادگاه به عسر و حرج، با اینکه برخی از موارد مندرج در شروط ضمن عقد محرز بوده و دادگاه نیز ادعای زن را در زمینه ترک انفاق و ترک زندگی خانوادگی تأیید کرده است، ضروری نبوده ولی دادگاه از باب تأکید و احتیاط به آن نیز استناد کرده است.

### نتیجه

اگر زوجه غایب مفقودالاثار در سختی و مشقت ناشی از عدم تأدیه نفقه و عجز شوهر از پرداخت آن و عدم ایفای وظایف زناشویی به علت غیبت شوهر قرار گیرد، به گونه‌ای که تحمل این شرایط او را دچار عسر و حرج کند، صبر کردن او منافی عدالت و مصلحت است.

ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی گذشت چهار سال از غیبت زوج را برای درخواست طلاق زوجه پذیرفته است. این ماده با توجه به فتوای مشهور فقهای امامیه است. در این ماده ذکر نکاتی چند لازم است:

(۱) تحقق شرایط ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی مبتنی بر این فرض قانونی است که زن دچار عسر و حرج شده است. لذا براساس مبانی عقلی و عرفی بعد از فحوص و جستجو از غایب در مدت چهار سال و انقضای مدت، وی مرده فرض می‌شود و همسرش می‌تواند پس از طلاق و سپری شدن عده ازدواج نماید.

(۲) با اذعان به این مطلب که فحوص از وضعیت غایب و صبر کردن زوجه جهت روشن شدن وضعیت همسرش امر عقلایی است، نباید از نظر دور داشت که اولاً، این مدت طریقت دارد نه موضوعیت. در شرایط کنونی با پیشرفت وسایل و امکانات ارتباط جمعی، این زمان می‌تواند به کمتر از چهار سال تقلیل پیدا کند. ثانیاً، تعدد به انقضای چهار سال درباره زوجه‌ای که به علت غیبت همسرش در عسر و حرج است، هیچگونه توجیه عقلی و شرعی ندارد. بلکه حکم عقل سلیم و شرع مقدس بر رفع حرج قائم است. عدم لزوم صبر در مدت چهار سال به جهت رعایت مصلحت زوجه غایب مفقودالاثَر حکمی عقلایی است که مورد امضای شارع است.

(۳) براساس فتوای امام خمینی و سید محمد کاظم طباطبایی در مواردی که زن جوان است و نمی‌تواند صبر کند، و چه بسا صبر کردن موجب وقوع وی در حرام و معصیت می‌گردد. پیش از انقضای چهار سال جایز است که حاکم شرع زوجه را طلاق دهد. مستند طلاق حاکم (قضائی) در حقوق ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی است.

نکته‌ای که درباره به وجود آمدن شرایط عسر و حرج باید مورد توجه قرار گیرد این است که عسر و حرج موضوع بحث شخصی است و نه نوعی. به این معنا که شرایط مادی، روحی- روانی، خانوادگی و شغلی زوجه برای تحقق عسر و حرج باید در نظر گرفته شود. زن باید برای اثبات عسر و حرج اقامه دلیل نماید و دادگاه پس از بررسی دلایل عسر و حرج آن را احراز می‌کند.

### منابع

- آل کاشف الغطاء محمدحسین. (بی تا) *تحریرالمجله*، نجف اشرف: المکتبه المرتضویه، چاپ اول.
- اصفهانی، سیدابوالحسن. (۱۴۲۲ق) *وسیله النجاة*، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.

- امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۷۹) *تحریر الوسیله*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ اول.
- \_\_\_\_\_ . (۱۳۸۵) *صحیفه امام* (دوره ۲۲ جلدی)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چاپ و نشر عروج، چاپ چهارم.
- \_\_\_\_\_ .. (بی تا) *استفتانات از محضر امام خمینی*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- امینی، علیرضا و محمدرضا آینی. (۱۳۷۸) *تحریر الروضه فی شرح اللمعه*، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی، چاپ دوم.
- بازگیر، یدالله. (۱۳۸۲) *آرای قطعیته یافته دادگاه‌ها در امور مدنی*، تهران: انتشارات بازگیر.
- بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا) *الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بیات، اسدالله. (۱۳۷۴) «مبانی فقهی نقش زمان و مکان در اجتهاد»، *کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی (ره)*، مجموعه مقالات، *نقش زمان و مکان در اجتهاد*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خوبی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۰ق) *منهاج الصالحین*، قم: نشر مدینه العلم.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی جبعی عاملی. (۱۴۱۰ق) *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- شیخ مفید، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ق) *من لایحضره الفقیه*، قم: دارالاحیاء التراث العربی، چاپ دوم.
- صدر، سیدمحمدباقر. (۱۴۲۰ق) *ماوراء فقه*، بیروت: بی تا، چاپ اول.
- صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم زاده. (۱۳۸۰) *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*، تهران: انتشارات سمت، چاپ اول.
- طباطبایی حکیم، سیدمحسن. (۱۴۰۰ق) *منهاج الصالحین*، بیروت: دارالتعریف للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم. (۱۴۱۴ق) *ملحقات عروه الوثقی*، قم: کتابفروشی داوری، چاپ اول.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۱۳ق) *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- فخرالمحققین، ابوطالب محمد بن حسن حلی. (۱۳۸۷) *ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۵) *حقوق خانواده*، تهران: نشر یلدا.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق) *کافی*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق) *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
- مغنیه، محمدجواد. (بی تا) *الفقه علی المذاهب الخمسه*، بیروت: دارالتیاء الجدید.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰) *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام علی (ع).
- نجفی، محمد بن حسن. (بی تا) *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت: دارالاحیاء التراث، چاپ هفتم.