

مطالعه تطبیقی وضعیت زوجه غایب مفقودالأثر در فقه مذاهب خمس

عبدالله امیدی فرد^۱؛ معصومه سادات فرحی^{۲*}

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات دانشگاه قم

۲. کارشناس ارشد فقه خانواده، دانشکده الهیات دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۹۵/۶/۱۴؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۹/۲۷)

چکیده

این امکان وجود دارد که زوج به دلایل مختلف غایب شود، به گونه‌ای که از او خبری نرسد و در اصطلاح مفقودالأثر شود. دو نظر درباره وظیفه زوجه مفقودالأثر مطرح شده است: یکی صبر و دیگری تربص. امامیه زمانی به صبر حکم می‌دهند که حیات غایب معلوم باشد یا نفقه برقرار باشد و الاً زوجه حق درخواست طلاق دارد. پس از چهار سال تربص و تفحص، زوجه مطلقه می‌شود. حنابله زمانی که ظاهر غیبت، مرگ مفقود باشد و فقهای مالکی درباره مفقود در سرزمین اسلام و در جنگ مسلمانان و کفار، وظیفه زوجه را تربص می‌دانند. حنابله زمانی که ظاهر، سلامتی مفقود باشد و مالکیه در مورد مفقود در سرزمین کفر و شافعیه و حنفیه به‌طور مطلق حکم به صبر داده‌اند.

واژگان کلیدی

تربص، تفحص، صبر، طلاق، غایب، مفقودالأثر.

مقدمه

حوادث چه طبیعی مثل سیل و زلزله و چه محصول فعل انسان همچون جنگ، گاهی سبب می‌شوند افرادی از خانواده، به‌ویژه مردان به سرنوشت نامعلومی دچار شوند و به اصطلاح مفقود شوند. یکی از مهم‌ترین تبعات مفقود شدن مرد مشکلاتی است که در رابطه با زوجۀ وی ایجاد می‌شود. از یک سو شاید زوجه نفقه نداشته باشد تا هزینه‌های زندگی را بپردازد و از سوی دیگر در بلا تکلیفی به سر می‌برد. زوجۀ مفقودالأثر می‌تواند به دو طریق انحلال زوجیت را درخواست کند (امامی، بی تا: ۲۵۱). یکی صدور حکم موت فرضی غایب است که با این حکم زوجیت منحل می‌شود و زوجه عدۀ وفات نگه می‌دارد. قانونگذار مدنی طی مواد ۱۰۱۹ تا ۱۰۲۳ به موضوع موت فرضی و ضوابط ناظر بر آن پرداخته است. طریق دیگر درخواست طلاق از دادگاه دانسته می‌شود. در صورتی که غایب دارایی نداشته باشد تا نفقه زن از آن داده شود و کسی هم نباشد که تبرعاً نفقه وی را پرداخت کند، زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند. در ماده ۱۰۲۹ آمده است: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالأثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند؛ در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد». می‌توان گفت که مواد ۱۰۱۹ تا ۱۰۲۳ قانون مدنی، موت فرضی مفقود را به صورت کلی و عام مورد نظر قرار داده و ماده ۱۰۲۹ به صورت خاص به وضعیت زوجه پرداخته است. حال سؤال مطرح می‌شود که مبنای فقهی مواد قانونی یادشده چیست و فقهای شیعه و اهل سنت نسبت به تکلیف زوجۀ مفقودالأثر چه دیدگاهی دارند؟

مفاهیم

غایب مفقودالأثر

در منابع فقهی به کسی غایب می‌گویند که نزد خانواده‌اش حاضر نباشد (طاهری، ۱۴۱۸: ۸۶). غیبت با توجه به اینکه از او به خانواده وی خبری برسد یا نرسد، دو نوع است:

غیبت غیر منقطعه

در این نوع از غیبت، خبر شخص قطع نشده و مکان او معلوم است، مثل مردی که به

اقتضای شغل خود به شهر یا کشور دیگری رفته یا شخصی که به قصد سیاحت به سفر رفته است.

غیبت منقطعه (مفقودالأثر)

غیبتی را منقطعه می‌گویند که در آن از شخص غایب خبری در دست نیست و مکان او نامعلوم است (طاهری، همان). به عبارت دیگر شخص مفقودالأثر شده است، همانند شخصی که به جنگ رفته و ناپدید شده باشد، لذا مفهوم «مفقودالأثر» اخص از «غایب» است.

در معنای اصطلاحی مفقودالأثر، تفاوت‌هایی میان فقها وجود دارد. برخی از فقهای امامیه در تعریف مفقودالأثر فرموده‌اند: «کسی که غیبت منقطع دارد، خبری از او به ما نمی‌رسد و وضعیت او از جهت حیات یا ممات بر ما معلوم نمی‌باشد» (حلی، ۱۴۲۰: ۱۷۲).

از نظر فقهای شافعی، مفقود کسی است که خبری از او نمی‌رسد و مکان او نامعلوم است و غیبت دو نوع دارد. یکی غیبتی که ظاهر آن سلامتی شخص است، مثل سفر تجارتي به جایی که در آنجا جنگ نباشد و دیگری غیبتی که ظاهر آن مرگ شخص است، مثل کسی که در محدوده جنگ مفقود شود یا در دریا حادثه‌ای برایش رخ دهد (نووی، بی تا: ۱۵۸ - ۱۵۹).

فقهای مالکیه می‌گویند: «مفقودالأثر غایبی است که نمی‌دانیم زنده است که منتظر آمدنش باشیم یا مرده است که به قبر سپرده شده است و چهار قسم دارد: مفقود در بلاد اسلام، مفقود در بلاد کفر، مفقود در زمان وبا و مفقود در قتال مسلمین و کفار یا قتال مسلمین» (دسوقی، بی تا: ۴۷۹).

فقهای حنفی می‌گویند: «مفقود اسم است برای انسانی که به اعتبار حال اولیه‌اش زنده است، اما به اعتبار اینکه اثری از او نیست، همچون میت است» (سرخسی، ۱۴۰۶: ۳۴).

تعریف و تقسیم‌بندی حنابله نیز همانند شافعیه است (عبدالله بن قدامه، بی تا: ۱۳۱ - ۱۳۲).

تربص

«تربص» از ماده «ربص» به معنای انتظار است. راغب می‌گوید: «تربص یعنی انتظار امری که حصول یا زوال آن محل انتظار است» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۳۲۸).

در آیات ایلاء و طلاق برای عدّه واژه «تربص» آمده است. در آیه ۲۲۶ سوره بقره می‌فرماید: «الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ».

در آیه ۲۲۸ همین سوره می‌فرماید: «وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ».

در مورد عدّه وفات نیز در آیه ۲۳۴ سوره مذکور می‌خوانیم که: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذُرُونَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا».

دو واژه «صبر» و «تربص» به معنای انتظار است؛ اما در «صبر» پایان انتظار دقیقاً مشخص نیست، در حالی که «تربص» برای انتظاری به کار می‌رود که مدت و آغاز و پایان آن معین است. در عدّه طلاق یا وفات که در قرآن از آن با واژه «تربص» یاد می‌شود، آغاز عدّه پس از جاری شدن صیغه طلاق یا پس از فوت زوج و پایان آن نیز معین است. تربص از نظر اصطلاحی نیز احکامی دارد که آن را از صبر متمایز می‌کند و در مباحث آتی خواهد آمد.

وظیفه زوجه غایب مفقودالأثر

در مورد وظیفه زوجه مفقودالأثر دو رأی وجود دارد که یکی صبر زوجه تا معلوم شدن وضعیت زوج و دیگری تربص زوجه برای مدت معلومی و پس از آن طلاق است (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۵۳۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸).

صبر

مذاهبی که غیبت زوج را به منقطعه و غیرمنقطعه تقسیم کرده‌اند؛ یعنی امامیه، شافعیه و حنابله، در غیبت غیرمنقطعه حکم به صبر زوجه داده‌اند؛ یعنی وقتی از زوج خبر می‌رسد، زوجه باید صبر کند، حتی اگر برای مدتی طولانی باشد (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۳۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۵۳۸؛ نووی، بی تا: ۱۵۸؛ عبدالرحمن بن قدامه، بی تا: ۱۲۷؛ بهوتی، ۱۴۱۸: ۴۹۵).

امامیه برای این حکم دو دلیل دارند. دلیل نخست استصحاب بقای زوجیت متیقن سابق است که به واسطه غیبت زوج مورد شک واقع می‌شود. دلیل دیگر نصوص وارد شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸). از جمله این نصوص خبر «سکونی» است: «إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ فِي الْمَفْقُودِ: لَا تَزْوِجْ إِمْرَأَتَهُ حَتَّى يَبْلُغَهَا مَوْتَهُ أَوْ طَلَاقَ أَوْ لِحُوقَ بِأَهْلِ شَرْكَ» (عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۸)؛ «حضرت علی علیه‌السلام درباره مفقود فرمود: زوجۀ او ازدواج نمی‌کند تا اینکه به او خبر برسد که زوج مرده است یا زوجۀ او را طلاق داده است یا به مشرکین پیوسته است». در صحیح «بریدبن معاویه» هم آمده است: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْمَفْقُودِ وَكَيْفَ يَصْنَعُ إِمْرَأَتَهُ قَالَ: مَا سَكَّتْ عَنْهُ وَصَبْرَتْ يَخْلَى عَنْهَا، فَإِنْ هِيَ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْوَالِيِ أَجْلَهَا أَرْبَعِ سَنِينَ، ثُمَّ يَكْتُبُ إِلَى الصَّخْعِ الَّذِي فَقَدَ فِيهِ، فَيَسْأَلُ عَنْهُ، فَإِنْ خَبَرَ عَنْهُ بِحَيَاةِ صَبْرَتْ، وَ إِنْ لَمْ يَخْبَرَ عَنْهُ بِشَيْءٍ حَتَّى تَمْضِيَ الْأَرْبَعِ سَنِينَ دَعَى وَلِيَّ الزَّوْجِ الْمَفْقُودِ فَقِيلَ لَهُ هَلْ لِلْمَفْقُودِ مَالٌ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ انْفَقَ عَلَيْهَا حَتَّى يَعْلَمَ حَيَاتَهُ مِنْ مَوْتِهِ وَ إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ مَالٌ قِيلَ لِلْوَالِيِ انْفَقَ عَلَيْهَا، فَإِنْ فَعَلَ فَلَا سَبِيلَ لَهَا إِلَى أَنْ تَزْوِجَ وَ إِنْ لَمْ يَنْفَقْ عَلَيْهَا أُجْبِرَهُ الْوَالِيِ عَلَى أَنْ يَطْلُقَ تَطْلِيقَهُ فِي اسْتِقْبَالِ الْعَدَّةِ وَ هِيَ طَاهِرٌ فَيَصِيرُ طَلَاقَ الْوَالِيِ طَلَاقَ الزَّوْجِ، فَإِنْ جَاءَ زَوْجَهَا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْضَى عِدَّتُهَا مِنْ يَوْمِ طَلَّقَهَا الْوَالِيِ فَبَدَأَ لَهُ أَنْ يَرَا جَعَهَا فَهِيَ إِمْرَأَتُهُ وَ هِيَ عِنْدَهُ عَلَى تَطْلِيقَتَيْنِ، فَإِنْ انْقَضَتِ الْعَدَّةُ قَبْلَ أَنْ يَجِيءَ أَوْ يَرَا جَعَهَا فَقَدْ حَلَّتْ لِلزَّوْجِ وَلَا سَبِيلَ لِلزَّوْجِ عَلَيْهَا» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۴۷؛ عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵۶)؛ «از اباعبدالله علیه‌السلام درباره مفقود سؤال شد که با زوجۀ او چه معامله‌ای می‌شود، فرمودند: مادامی که سکوت کند و صبر پیشه سازد، به او کاری نداریم. پس اگر امر خود را به نزد والی برود برای او اجل چهارساله تعیین می‌کند، پس به منطقه‌ای که در آن مفقود شده است، نامه می‌نویسد و درباره او سؤال می‌کند، پس اگر خبر حیات او برسد، باید صبر کند و اگر خبری از او نرسد تا آنکه چهار سال بگذرد، ولیّ زوج مفقود را فرا می‌خواند، به او گفته می‌شود که آیا مفقود مالی دارد؟. اگر مفقود مالی داشته باشد، از آن نفقه زوجۀ او پرداخت می‌شود تا حیات زوج معلوم شود و اگر زوج مالی نداشته باشد، به ولیّ او گفته می‌شود که نفقه زوجۀ او را پرداخت کند. اگر ولیّ این کار را انجام دهد، زوجۀ او برای ازدواج ندارد، اما اگر ولیّ نفقه را نپردازد، والی او را مجبور می‌کند که زوجۀ او را در حال طهر طلاق دهد،

برای نگاه داشتن عدّه، پس طلاق ولیّ در حکم طلاق زوج است. اگر زوج قبل از انقضای عدّه بازگردد، در صورتی که تصمیم به رجوع بگیرد، زوجه او می‌باشد و این یک طلاق از سه طلاق محسوب می‌شود. پس اگر قبل از آنکه زوج برگردد یا رجوع کند، عدّه منقضی شود، ازدواج برای زوجه حلال می‌شود و راهی برای زوج اول وجود ندارد». همچنین در موثقه «سماعه» آمده است: «سألته عن المفقود فقال إن علمت أنه في أرض فهی منتظرة له أبداً حتّى تأتيها موته أو يأتيها طلاقه و إن لم تعلم أين هو من الأرض كلّها ولم يأتيها منه كتاب ولا خبر فإنّها تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض فإن لم يوجد له أثر حتّى تمضي الأربع سنين أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر و عشرّاً فهو أملك برجعتها» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۴۸)؛ «از او دربارهٔ مفقود سؤال کردم، پس فرمود: اگر بداند که مفقود زنده است، زوجه باید منتظر او بماند تا اینکه خبر برسد که مفقود از دنیا رفته است یا زوجه را طلاق داده است، و اگر نداند که مفقود کجا است و از او نامه و خبری نرسد، به امام مراجعه می‌کند. امام زوجه را امر می‌کند که چهار سال به انتظار بنشیند. در این زمان امام به جست‌وجو در پی مفقود می‌پردازد، پس اگر اثری از او نیابد تا آنکه چهار سال بگذرد، به زوجه امر می‌کند تا چهار ماه و ده روز عدّه نگاه دارد، پس زوج نسبت به رجوع به زوجه سزاوارتر است».

روایات با تفصیل میان حالت‌های معلوم یا مجهول بودن حیات مفقود، زوجه را در حالت نخست به انتظار مکلف دانسته‌اند، یعنی غایبی که حیاتش معلوم است، مثل حاضر به حساب می‌آید.

فقهای شافعی در مورد غیبت منقطعه، به صبر حکم داده‌اند. اولین دلیل ایشان آن است که نکاح امر یقینی است و برای آنکه زوجه بتواند ازدواج کند، باید یقین پیدا شود به موت مفقودالأثر یا به اینکه او زوجه را طلاق داده است و برای حصول این یقین، شهادت دو عادل لازم خواهد بود. دلیل دیگر آن است که همان‌طور که برای تقسیم اموال مفقودالأثر نمی‌توانیم به موت او حکم بدهیم، برای نکاح زوجه وی نیز نمی‌توانیم به موت حکم کنیم (بکری، ۱۴۱۸: ۹۵). دلیل سوم آیه قرآن است که می‌فرماید: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» (بقره: ۲۳۴).

علمای شافعی به این آیه استدلال می‌کنند که عدّه برای زوجۀ، جز در حالات مرگ شوهر یا طلاق از او ثابت نخواهد شد و لذا زوجۀ مفقودالأثر همسر وی باقی می‌ماند (ابن ادریس شافعی، ۱۴۰۳: ۲۵۰). دلیل بعدی روایات هستند که از جمله آنها روایتی از پیامبر اکرم ﷺ است: «إمرأة المفقود إمرأته حتى يأتيها الخبر» (دارقطنی، ۱۴۱۷: ۲۱۷). روایت دیگر از حضرت علی رضی الله عنه است: «إمرأة المفقود إمرأة ابتليت فلتصبر لانتكح حتى يأتيها يقين موته» (بیهقی، بی تا: ۱۵۸).

حنابله از دو قسم غیبت منقطعه در قسم اول که ظاهر غیبت، سلامتی غایب است، به صبر حکم داده‌اند و صبر باید تا زمان یقین به موت مفقود باشد (عبدالله بن قدامه، بی تا: ۱۳۰).

فقهای مالکی از انواعی که برای مفقودالأثر برشمرده‌اند، در مورد زوجۀ مفقود در سرزمین کفر، حکم به صبر زوجۀ داده‌اند و صبر باید تا مدت تعمیر زوج باشد، یعنی تا زمانی که مفقود به‌طور متعارف عمر می‌کند، به این علت که در سرزمین کفر امکان ندارد که به جست‌وجوی مفقود برویم. البته شرط صبر آن است که نفقه زوجۀ برقرار باشد یا خوف وقوع در زنا نباشد. دلیل این شرط قاعده «لاضرر و لاضرار» است و می‌خواهیم از ایجاد ضرر برای زوجۀ جلوگیری کنیم (دسوقی، بی تا: ۴۸۲؛ خلوتی، بی تا: ۶۹۵).

فقهای حنفی در مورد زوجۀ مفقودالأثر به‌طور مطلق به صبر حکم کرده‌اند. صبر باید تا زمانی باشد که زوجۀ یقین کند که زوج از دنیا رفته یا اینکه زوجۀ را طلاق داده؛ زیرا نکاح امری ثابت است و غیبت موجب جدایی نیست. دلیل بعدی روایات هستند، از جمله روایتی که از پیامبر اکرم ﷺ نقل شده است که: «إمرأة المفقود إمرأته حتى يأتيها البيان». این روایت را «العینی» در کتاب خود به نقل از «سنن دارقطنی» آورده است (عینی، ۱۴۲۰: ۳۶۳). روایت دیگر از حضرت علی رضی الله عنه است که درباره زوجۀ مفقود فرموده‌اند: «هی إمرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت أو طلاق» (عینی، همان).

تربص

نظر فقهای امامیه، شافعیه و حنابله در جایی که غیبت منقطعه باشد و در اصطلاح زوج

مفقودالأثر باشد، تفاوت دارد. از یک سو حق زوجه مطرح است که با مفقود شدن زوج، در عسر و حرج قرار خواهد گرفت و از سوی دیگر حق زوج باید لحاظ شود که چه بسا بدون آنکه خود بخواید، مفقود شده است و نمی‌توان به آسانی به زوال زوجیت حکم داد. در اینجا گروهی به صبر زوجه حکم داده‌اند که این نظر شافعیه و حنابله است، البته شافعیه به‌طور مطلق و حنابله در مورد غیبت منقطعه‌ای که ظاهر غیبت سلامتی شخص است، صبر را حکم داده‌اند (ابویعلی ابن الفراء، ۱۴۰۵: ۲۲۲). گروه دیگر هم به تربص چهارساله و سپس اعتداد حکم کرده‌اند. این نظر از امامیه و نیز از حنابله در مورد آن غیبت منقطعه‌ای بوده که ظاهر غیبت، مرگ شخص است.

از نظر امامیه در غیبت منقطعه، زوجه میان انتظار یا مراجعه به حاکم مخیر است. در صورتی که به حاکم مراجعه کند، حاکم برای وی مهلت چهارساله تعیین می‌کند و در این مدت حاکم به تفحص درباره مفقودالأثر می‌پردازد. اگر از حیات مفقودالأثر خبری به‌دست آید، وظیفه زوجه صبر است و در غیر این صورت، حاکم ولی مفقودالأثر را فرامی‌خواند و از او درباره مال مفقودالأثر سؤال می‌کند. اگر مفقودالأثر مالی داشته باشد، نفقه زوجه از آن پرداخت می‌شود و اگر مال نداشته باشد، به ولی، امر می‌شود که نفقه زوجه را پرداخت کند. در صورتی که ولی بپذیرد، وظیفه زوجه صبر است، اما اگر از پرداخت نفقه سر باز زند، حاکم ولی را اجبار به مطلقه کردن زوجه مفقودالأثر می‌کند و سپس زوجه چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۴). فقهای امامیه در این نظر به روایات استناد می‌کنند. صاحب «حدائق» می‌فرماید: «گرچه استصحاب زوجیت می‌رساند که صبر بر زوجه واجب است، اما اخباری برخلاف این وارد شده است» (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۷۹). از جمله روایات در این زمینه صحیحه «بریدبن معاویه» و موثقه «سماعه» است که در بخش قبل ذکر شدند. روایت دیگر خبر «ابوالصباح الكنانی» از امام جعفر صادق علیه السلام است که: «فی إمراة غاب عنها زوجها أربع سنين و لم ينفق عليها ولا يدري أحي هو أم ميت أيجبر وليه على أن يطلقها قال نعم و إن لم يكن له ولي طلقها السلطان قلت فإن قال الولي أنا انفق عليها قال فلا يجبر على طلاقها قال قلت رأيت إن قالت أنا أريد مثل ما

ترید النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا قال ليس لها ذلك ولا كرامة إذا أنفق عليها» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۴۸)؛ «درباره زنی که همسرش چهارسال غایب می‌شود در حالی که کسی نفقه او را نمی‌پردازد و نمی‌داند که او زنده است یا از دنیا رفته است، آیا ولیّ زوج وادار می‌شود که زوجه را طلاق دهد؟ فرمود: بله و اگر این کار را نکند، سلطان او را طلاق می‌دهد، گفتم اگر ولیّ بگوید نفقه او را می‌دهم، چگونه است، فرمود: دیگر وادار نمی‌شود که طلاق دهد. راوی می‌گوید به حضرت عرض کردم: نظرتان چیست اگر زن بگوید من همان چیزی را که زنان دیگر می‌خواهند، می‌خواهم و صبر نمی‌کنم و به انتظار نمی‌نشینم؛ کما اینکه سؤال من هم این است. فرمود: چنین حقی برای او وجود ندارد و هنگامی که مورد انفاق قرار بگیرد، اختیاری ندارد».

روایت بعدی از «حلبی» از امام جعفر صادق علیه السلام است که:

«أنه سئل عن المفقود فقال المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالی أویکتب إلی الناحیه التي هو غائب فیها فإن لم یوجد له أثر أمر الوالی ولیّه أن ینفق علیها فما أنفق علیها فهي إمرأته قال قلت فإنها تقول فإنی أرید ما ترید النساء قال لیس ذلک لها ولا کرامة فإن لم ینفق علیها ولیّه أو وکیله أمره أن یطلقها فکان ذلک علیها طلاقاً واجباً» (کلینی، همان: ۱۴۷)؛

«از او درباره مفقود سؤال شد، پس فرمود: اگر چهار سال از فقدان مفقود بگذرد، والی شخصی را برمی‌گزیند یا به ناحیه‌ای که مفقود غایب شده است، نامه می‌نویسد. پس اگر از او اثری نیابد والی به ولیّ زوج امر می‌کند که نفقه زوجه را بپردازد. مادامی که نفقه زوجه را می‌پردازد، زوجه مفقود باقی می‌ماند. راوی می‌گوید که به حضرت عرض کردم که زوجه می‌گوید که من هم آنچه سایر زنان می‌خواهند، می‌خواهم. فرمود: چنین حقی برای او وجود ندارد و اختیاری ندارد، پس اگر ولیّ یا وکیل زوج نفقه زوجه را نپردازد، والی به او امر می‌کند که زوجه را طلاق دهد، پس این طلاق برای زن طلاق واجب است».

همان‌طور که مذکور افتاد، برخی از مذاهب اهل سنت احادیث مبتنی بر صبر را دلیل بر

صبر زوجه مفقودالأثر در هر شرایطی می‌دانند. فقهای امامیه دلایلی برای تقیید احادیث مبتنی بر صبر دارند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۰). دلیل اول همان روایات مبتنی بر تربص چهارساله و تفحص است که بر طبق آنها احادیث مبتنی بر صبر را بر زمانی حمل می‌کنیم که از حیات مفقود خبر داشته باشیم؛ ولی احادیث تربص را حمل می‌کنیم بر جایی که از حیات مفقود خبری به دست نیاید. دلیل دیگر آیات هستند، از جمله آیه ۱۹ سوره «نساء» که می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْتُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...»

آیه مبارکه قیدی است بر روایاتی که به‌طور مطلق، به صبر زوجه مفقودالأثر حکم داده‌اند؛ زیرا با فقدان زوج شرایط دشوار برای زوجه ایجاد شده و زندگی از مباشرت به معروف خارج شده است. وجود عسر و حرج هم دلیل دیگر است، چون با فقدان زوج، زوجه در بلا تکلیفی به سر می‌برد و پس از آنکه زوجه چهار سال صبر می‌کند تا تفحص درباره مفقودالأثر صورت بگیرد و باز خبری از او به دست نمی‌آید، ادامه زندگی برای زوجه سبب عسر و حرج است.

فقهای حنبلی در غیبت منقطعه که ظاهر آن موت مفقودالأثر است، به تربص چهارساله حکم داده‌اند؛ مثل اینکه مفقودالأثر به جنگ برود (ابویعلی ابن الفراء، ۱۴۰۵: ۲۲۲). بر طبق نظر آنها حدیثی که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده، حدیث ضعیفی است؛ زیرا کسی از روایت موثق آن را نقل نکرده‌اند. حدیثی هم که از حضرت علی علیه السلام نقل شده، مرسل است و قابل اعتماد نیست. بنابراین ما این احادیث را حمل می‌کنیم بر جایی که ظاهر غیبت، سلامتی مفقودالأثر را نشان می‌دهد، مثل وقتی که مفقود به سفر تجارتي یا سیاحتی رفته باشد (عبدالله بن قدامه، بی تا: ۱۳۰).

نظر فقهای مالکی در مورد زوجه مفقودالأثر در بلاد اسلام و نیز زوجه مفقودالأثر در جنگ مسلمانان و کفار مشابه امامیه است، با این تفاوت که زوجه مفقودالأثر در بلاد اسلام باید چهار سال انتظار بکشد و بعد عدّه نگه دارد، ولی زوجه مفقودالأثر در جنگ مسلمانان

و کفار قبل از عدۀ باید یک سال انتظار بکشد. دلیل اول تعبد محض است؛ زیرا «عمرین خطاب» این گونه عمل می‌کرد و دلیل دیگر اجماع صحابه است (ازهری، ۱۴۱۵: ۴۱). علت صبر زوجۀ مفقود در بلاد کفر برای مدت زیاد آن است که در بلاد کفر برخلاف سرزمین‌های اسلامی امکان جست‌وجو و یافتن مفقود وجود ندارد (ازهری، همان: ۴۲). علت تفحص دربارهٔ مفقود در جنگ مسلمانان و کفار آن است که احتمال اسارت او می‌رود و امکان کسب خبر از او وجود دارد. البته نظر مشهور فقهای مالکی آن است که تربص از زمان یأس از یافتن مفقود است نه از زمان مراجعۀ زوجۀ به حاکم، یعنی ابتدا حاکم به تفحص می‌پردازد و اگر از پیدا شدن مفقود مأیوس شد، برای زوجۀ اجل تعیین می‌کند (ازهری، همان). مالکیه دربارهٔ زوجۀ مفقودالأثر در زمان وبا و زوجۀ مفقودالأثر در جنگ میان مسلمانان به دلیل غلبۀ ظن به موت مفقود، به صبر زوجۀ نیازی نمی‌بینند. بنابراین بعد از پایان بیماری عدۀ نگه می‌دارد. زوجۀ مفقودالأثر در جنگ بین مسلمانان، از روز جدا شدن صفوف جنگ عدۀ نگه می‌دارد، زیرا احتمال دارد که مفقودالأثر در آخر جنگ کشته شده باشد (ازهری، همان). البته نظر مالک، روز رویارویی صفوف جنگ بوده و تعبیر «التقاء الصفین» را آورده است، اما فقهای مالکیه آن را این گونه تأویل می‌کنند که مراد مالک آخرین روز برخورد صفوف جنگی است که در واقع روز جدا شدن آنها و روز پایان جنگ هم هست (خلوتی، بی تا: ۶۹۹).

بر طبق آنچه گفته شد، مذاهبی که قول به صبر دارند، عبارتند از:

امامیه در غیبت غیر منقطعۀ، شافعیه در غیبت غیر منقطعۀ و منقطعۀ، حنابله در غیبت غیر منقطعۀ و غیبت منقطعۀ ای که ظاهر غیبت، سلامتی غایب باشد، مالکیه در مورد مفقودالأثر در سرزمین کفر و حنفیه در هر نوع غیبتی.

مذاهبی که قول به تربص دارند، عبارتند از:

امامیه در غیبت منقطعۀ، حنابله در غیبت منقطعۀ ای که ظاهر غیبت شخص، مرگ اوست و مالکیه دربارهٔ مفقودالأثر در بلاد اسلام و مفقودالأثر در قتال بین مسلمانان و کفار.

شرایط تربص

برای حکم به تربص شرایطی لازم است. شرط اول عدم منفق خواهد بود که این شرط رأی فقهای شیعی است. شرط دیگر لزوم مراجعه زوجه به حاکم است که فقهای امامیه و مالکیه و اکثر فقهای حنبلی آن را لازم می‌دانند. شرط سوم تفحص مفقود است که توسط حاکم انجام می‌گیرد و امامیه و مالکیه از آن سخن گفته‌اند، اما حنابله آن را مطرح نکرده‌اند.

الف) عدم منفق

از نظر امامیه، اگر مفقودالأثر مالی برای پرداخت نفقه زوجه داشته باشد یا ولی مفقودالأثر نفقه را بپردازد یا کسی تبرعاً نفقه را بدهد، زوجه حق درخواست طلاق ندارد. از نظر «صاحب جواهر» این نظر به دلیل اصل بقای زوجیت و نیز نصوص قطعی است؛ چون روایات تصریح دارند که تا وقتی نفقه برقرار باشد، زوجه حق درخواست طلاق ندارد. در غیر این صورت حاکم ولی را مجبور می‌کند که زوجه را مطلقه کند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۸۸).

فقهای حنبلی شرط عدم انفاق را نیاورده‌اند، پس همینکه غیبت از نوع منقطع‌ای باشد که ظاهر آن مرگ شخص است، زوجه می‌تواند به حاکم مراجعه کند. فقهای حنبلی به این موضوع بیشتر از جنبه ضرر زوجه توجه کرده‌اند و حتی اگر معلوم شود که زوج از غیبت خود قصد ضرر زدن به همسرش را دارد، برای زوجه حق فسخ نکاح وجود دارد (حجاوی، بی تا: ۱۱۴).

ب) مراجعه به حاکم

روایات تصریح دارند بر اینکه زوجه مفقودالأثر می‌تواند صبر اختیار کند. صحیحه «برید» می‌گوید: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بإمرأته قال ما سكت عنه و صبرت يخلّي عنها فإن هي رفعت أمرها إلى الوالی أجّلها أربع سنين...». اما اگر زوجه به حاکم مراجعه کند، تربص و تفحص مطرح می‌شود. در همین روایت آمده است: «... فإنی هی رفعت أمرها إلى الوالی أجّلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصّقع الذی فقد فيه فليسأل عنه...». در موثقه «سماعه» می‌گوید: «... فإنّها تأتی الإمام فیأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب فی الأرض...». این بخش از روایات لزوم مراجعه زوجه به حاکم را نشان می‌دهند.

«صاحب جواهر» می‌فرماید: «امر طلاق یا اعتداد، متوقف بر مراجعهٔ زوجه به حاکم است و لذا اگر صد سال هم بگذرد ولی زوجه به حاکم مراجعه نکند، طلاق و عدّه ندارد، بلکه رابطهٔ زوجیت برقرار است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۱). «شهید ثانی» می‌فرماید: «اگر حاکم نباشد یا برای او اقدام در این زمینه ممکن نباشد، بر زوجه صبر متعین می‌شود تا زمانی که شرعاً حکم به موت مفقودالأثر داده شود یا وضعیت او معلوم شود و دلیل این امر اصالت بقای زوجیت است. بنابراین روایتی که از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله نقل شده است که: «إمرأة المفقود إمرأته حتی یأتیها یقین موته أو طلاقه» و نیز روایتی که از حضرت علی علیه‌السلام نقل شده است که: «هذه إمرأة ابتلیت فلتصیر» حمل می‌شود بر جایی که اقدام حاکم برای تفحص ممکن نباشد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۷).

صاحب حدائق بر نظر شهید ثانی اشکال وارد می‌کند که این حالت برای زوجه ضرر است و ضرر بر اساس آیات و روایات نفی شده است. از طرفی برخی روایات بر لزوم مراجعه به حاکم دلالت دارند، اما در برخی روایات هم ذکری از آن نیامده است. ایشان به نظر محدث کاشانی در «الوافی» نیز استناد می‌کند که در صورت فقدان زوج و عدم صبر زوجه، حاکم ولی مفقودالأثر را مجبور می‌کند که زوجه را مطلقه کند پس از آنکه تربص و تفحص به پایان برسد. لذا حصول تربص و تفحص مد نظر است. پس صاحب حدائق احتیاط را در مراجعه به حاکم می‌داند و نتیجه می‌گیرد که در صورت عدم حاکم یا تعذر وی، حکم منتفی نمی‌شود؛ بلکه قیام به این امر بر افراد عادل از مؤمنان واجب است (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸۶ - ۴۸۸).

علمای حنبلی دربارهٔ رجوع به حاکم دو قول دارند. از نظر برخی مراجعه به حاکم لازم نیست و زوجه بعد از چهار سال انتظار عدّه نگه می‌دارد؛ زیرا فقدان ظهور در موت شخص دارد و دلیل تعیین اجل چهارساله آن است که ازدواج برای زوجه مباح شود و این امر به حکم حاکم نیاز ندارد. بر طبق نظر گروه دیگری، مراجعه به حاکم لازم است، زیرا فقدان زوج موضوعی است که به استباحت و اجتهاد نیاز دارد، چنانکه در بیماری عدّه و اعسار در پرداخت نفقه نیز زوجه باید به حاکم مراجعه کند (بهوتی، ۱۴۱۸: ۴۲۱).

فقه‌های مالکی همانند فقه‌های امامیه به لزوم مراجعه‌ی زوجه به حاکم رأی می‌دهند، چنانکه «مالک بن انس» گفته است: «اگر زوجه بیست سال هم صبر کند و بعد نزد حاکم برود، باز حاکم اجل چهارساله تعیین می‌کند» (اصبحی، بی تا: ۳۱). اگر حاکم نباشد، زوجه به والی مراجعه می‌کند و در صورت نبودن، به جماعتی از مسلمانان و اگر هیچ‌کدام از این افراد وجود نداشته باشند، زوجه می‌تواند به همسایگان صالح مراجعه کند (جنیدی، ۱۴۲۶: ۱۳۱).

ج) تفحص از مفقود

از میان مذاهبی که قائل به تربص چهارساله‌ی زوجه مفقودالأثر هستند، نظر امامیه و مالکیه آن است که در مدت تربص، باید تفحص درباره‌ی مفقود نیز صورت بگیرد. اما حنابله صرفاً گذشتن چهار سال و سپس اعتداد را برای حلّیت ازدواج زوجه کافی می‌دانند. از فقه‌های مالکیه و امامیه نیز تنها فقه‌های امامیه به‌طور مبسوط به مسائل و احکام مختلف تفحص پرداخته‌اند.

از نظر فقه‌های امامیه بخشی از روایت «برید» (... ثمّ یکتب إلى الصّقع الذی فقد فیہ...) و نیز بخشی از روایت «حلبی» (... بعث الی والی أو یکتب إلى النّاحیة الّتی هو غائب فیها...) دلالت دارند بر اینکه فحوص در همان مکانی صورت می‌گیرد که زوج مفقود شده است. از طرفی در روایت «سماعه» می‌خوانیم: «... فیطلب فی الأرض...»، که کلمه «ارض» مطلق است و قیدی ندارد. لذا روایات قبلی که مکان فحوص را مقید آورده است، بر جایی حمل می‌شود که بدانیم زوج در همان مکانی که مفقود شده، مانده و به مکان دیگری نرفته است. شهید ثانی می‌فرماید:

«اگر شخصی در شهری معین یا در جهت جغرافیایی معین مفقود شده باشد، به‌گونه‌ای که قراین نشان دهد که از آنجا به مکانی دیگر نرفته است، جست‌وجو در همان شهر یا همان جهت جغرافیایی کافی است. اما اگر معین نباشد که مفقود به کدام شهر یا به کدام سمت رفته است، باید در چهار جهت که احتمال وجود مفقود در آنها می‌رود، جست‌وجو شود» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۴ و ۲۸۷).

اگر به عنوان مثال یک عراقی از عراق به خراسان سفر کند، تفحص در همان عراق و خراسان و منازل واقع در مسیر کافی است (خمینی، بی تا: ۳۴۲). پس گرچه به احتمالات بعید توجه نمی شود، فحوص باید به میزان متعارف باشد.

درباره مدت تفحص، شهید ثانی عقیده دارد که بر اساس روایات، حداکثر مدت تفحص چهار سالی است که زوج به تربص می نشیند، بنابراین اگر قبل از پایان چهار سال تفحص پایان یابد، تربص به تنهایی و بدون تفحص کافی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۷). صاحب جواهر بر شهید ثانی اشکال وارد می کند که اجل چهارساله را تعبدی دانسته است، در حالی که این امر با استصحاب منع و احتیاط منافات دارد، چرا که ممکن است گاهی چهار سال هم برای تفحص درباره مفقودالأثر کافی نباشد، پس بهتر است که جانب احتیاط را نگه داریم و اگر بیشتر از این مدت هم فحوص لازم بود، به آن عمل کنیم (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۵).

مسئله است که چون تفحص مستلزم سفر به مکان های مختلف و چه بسا دور و گاهی ارسال نامه یا نماینده است، به اجرت و هزینه نیاز دارد. از نظر فقهای شیعی به دلیل اصل عدم وجوب این هزینه ها بر زوج، جایز نیست که این هزینه ها از مال مفقود پرداخت شود و در نتیجه چنین هزینه هایی باید از مال خواهان داده شود (نراقی، ۱۴۱۵: ۱۰۱).

فقهای مالکی درباره مکان فحوص تعبیر «جست و جو در نواحی» را آورده اند و گفته اند که جست و جو در مکان هایی لازم است که ظن رفتن مفقود به آنها وجود دارد. ایشان مدت فحوص را معین نکرده اند، زیرا تفحص را قبل از تربص می دانند یعنی ابتدا حاکم به فحوص می پردازد و وقتی به نتیجه برسد که از مفقود خبری به دست نمی آورد، زوج را به تربص امر می کند (ازهری، ۱۴۱۵: ۴۱). اگر زوج مالی داشته باشد، هزینه تفحص با اوست، در غیر این صورت این هزینه ها از بیت المال پرداخته می شود (تسولی، ۱۴۱۸: ۶۴۲).

مبدأ و مدت تربص

درباره زمان شروع تربص در آرای فقهای شیعی دو نظر وجود دارد. نظر مشهور ابتدای تربص را از زمان مراجعه به حاکم می داند و نظر دیگر ابتدای تربص را از زمان فقدان

شخص می‌داند. از نظر صاحب جواهر در صورتی مبدأ تربص زمان مراجعه به حاکم است که قبل از آن فحص صورت نگرفته باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۵). این سخن شاید به زمانی اشاره داشته باشد که حاکم به هر دلیلی به تفحص پرداخته باشد، مثل آنکه مفقود از افراد حکومتی باشد یا فردی مورد تعقیب باشد و یافتن وی یا کسب خبر از وی برای حکومت مهم باشد.

به دلیل وجود روایاتی که مبدأ تربص را مراجعه به حاکم می‌دانند، روایات معارض را مقید می‌کنیم و مبدأ را زمان مراجعه می‌دانیم. البته «صاحب حدائق» ظاهر از جمع میان اخبار را آن می‌داند که اگر زوجه پس از چهار سال یا بیشتر از زمان فقدان زوج به حاکم مراجعه کند، حاکم به فحص می‌پردازد تا از مفقود خبر بگیرد و در صورت عدم علم به حیات وی، به طلاق حکم می‌دهد و دیگر به تعیین مدت نیازی نیست. اما اگر زوجه از ابتدای غیبت زوج و قبل از سپری شدن چهار سال به حاکم مراجعه کند، زوجه باید چهار سال صبر کند یا چهار سال را تمام کند (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۸۵ - ۴۸۶).

فقه‌های حنبلی دو نظر درباره ابتدای تربص دارند. نظر اول بر ابتدای تربص از زمان قطع خبر شخص و نظر دیگر، از زمان تعیین حاکم است. دلیل نظر اول آن است که چون اولاً برای مفقود مدت تعیین می‌شود و ثانیاً امر مفقود بر موت وی حمل می‌شود، این دو به منزله دو شاهد برای موت شخص هستند و برای تعیین مدت به حکم حاکم نیاز نیست. دلیل نظر دوم حدیث «ابن ابی لیلی» است که بر اساس آن زوجه مفقودی نزد «عمر بن خطاب» رفت و وی از زوجه پرسید که زوج از چه زمانی مفقود شده است و زوجه در پاسخ گفت چهار سال است. با وجود این عمر بن خطاب چهار سال دیگر برای تربص زوجه تعیین کرد. پس زوجه نمی‌تواند منفرداً اقدام کند (عبدالله بن قدامه، بی تا: ۱۳۶؛ ابویعلی ابن الفراء، ۱۴۰۵: ۲۲۴).

بر دلیل نظر اول این اشکال وارد است که تعیین مدت و حمل امر مفقود بر موت وی، دو امر جدا نیستند؛ بلکه حمل امر مفقود بر موت وی غایت و نتیجه تعیین مدت است. فقه‌های مالکی درباره ابتدای زمان تربص نظری مشابه امامیه دارند و شروع تربص را

زمان مراجعۀ زوجه به حاکم می‌دانند؛ ولی بهتر می‌دانند که تعیین زمان شروع تربص توسط حاکم از روز یأس باشد. به عبارت دیگر ابتدا حاکم به تفحص می‌پردازد و در صورت یأس از کسب خبر از مفقودالأثر حکم به تربص می‌دهد (دسوقی، بی‌تا: ۴۸۵؛ ازهری، ۱۴۱۵: ۴۱).

طلاق زوجۀ غایب و احکام آن

پس از پایان مدت تربص و تفحص موضوع طلاق مطرح می‌شود. سؤال این است که آیا به اجرای طلاق نیازی است و در صورت لزوم طلاق، چگونه صورت می‌گیرد.

در میان فقهای امامیه درباره ضرورت طلاق اختلاف نظر وجود دارد. برخی همچون شیخ مفید، شیخ طوسی و ابن ادریس از طلاق ذکری به میان نیاورده‌اند؛ یعنی اگر پس از چهار سال تربص و تفحص خبری از مفقودالأثر به دست نیاید، زوجه عدۀ وفات نگه می‌دارد (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۵۳۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۵۳۸). «صاحب شرائع» می‌فرماید: «اگر از مفقود خبری به دست نیاید، زوجه وی با امر امام عدۀ نگه می‌دارد» (حلی، ۱۴۰۸: ۲۸). نظر مقابل، لزوم طلاق است که حاکم به ولی مفقودالأثر امر می‌کند که زوجه را مطلقه کند و در صورت عدم ولی، حاکم زوجه را طلاق می‌دهد. شهید ثانی در «مسالک» این دو نظر را به همراه دلایل قائلان به آنها آورده است. یکی از دلایل قائلان به عدم لزوم طلاق آن است که وقتی پس از تفحص خبری از مفقود به دست نمی‌آید، گویی او مرده است، پس حاکم به موت او حکم می‌دهد و زوجه را به اعتداد امر می‌کند. دلیل دیگر آن است که عدۀ زوجه مفقودالأثر چهار ماه و ده روز یعنی به میزان عدۀ وفات است، پس وجهی برای طلاق وجود ندارد و اگر طلاق لازم بود، عدۀ هم عدۀ طلاق می‌بود. شهید ثانی روایت «سماعه» را مؤید این مطلب می‌داند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۲۸۵).

قائلان به لزوم طلاق هم از اخبار و روایات دلیل می‌آورند، مثل صحیحۀ «بریدبن معاویه» که گفته است: «... أجبّره الوالی علی أن یطلق تطلیقه فی استقبال العده وهی طاهر، فیصیر طلاق الولی طلاق الزوج...» و روایت «حلبی» که در آن آمده است: «... فإن لم ینفق علیها ولیّه أو وکیلها أمره أن یطلقها و کان ذلک علیها طلاقاً واجباً». دلیل دیگر آن است که

موت مفقود ثابت نشده و احدی به موت وی شهادت نداده است. دلیل سوم اصل بقای زوجیت است و زوجیت مگر به امری شرعی مثل موت یا طلاق، زائل نمی‌شود. بنابراین طلاق لازم است (شهید ثانی، همان). نظر صاحب جواهر هم لزوم طلاق است: «اگر حاکم خبری از مفقود به دست نیاورد، زوجه وی را امر به اعتداد می‌کند و پس از انقضای عدّه، ازدواج برای وی حلال می‌شود. در این مسئله اختلافی نیست، نه در نصوص نه در فتاوی و اجماع از هر دو قسم آن هم مؤید این امر است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۹۳). در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی نیز می‌خوانیم: «هرگاه شخصی چهار سال تمام مفقودالأثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد».

فقه‌های حنبلی موضوع لزوم طلاق زوجه مفقودالأثر را فقط به صورت لزوم طلاق ولی مطرح کرده‌اند و در این زمینه دو قول دارند. قول اول آنکه طلاق به دو دلیل لازم است. دلیل اول همان حدیث «عمر بن الخطاب» که بر طبق آن عمر به ولی مفقودالأثر امر کرد که زوجه وی را مطلقه کند (عبدالرحمن بن قدامه، بی تا: ۱۲۰). دلیل دیگر آنکه نظر احمد بن حنبل آن بوده است که زوجه را ولی زوج مطلقه می‌کند (عبدالرحمن بن قدامه، همان)؛ قول دوم آنکه طلاق به دو دلیل لازم نیست. دلیل اول آنکه ولی زوج برای طلاق دادن زوجه او ولایتی ندارد و نمی‌تواند زوجه را مطلقه کند و دلیل دوم آن است که عدّه زوجه مفقودالأثر عدّه وفات است، پس به طلاق نیازی نیست (عبدالرحمن بن قدامه، همان: ۱۲۰).

فقه‌های مذهب مالکی از طلاق ذکری نیاورده‌اند و فقط گفته‌اند که زوجه مفقودالأثر پس از تمام شدن فحوص و انقضای اجل، در زمان عدّه داخل می‌شود و عدّه او نیز همانند زوجه متوفی است (ازهری، ۱۴۱۵: ۴۱).

فقه‌های شافعی در نظر جدید خود سخن از طلاق نیاورده‌اند، چون فرض بر آن است که تعیین مدت برای عمر زوج به معنای تعیین زمان مرگ وی خواهد بود و به حکم حاکم نیازی نیست.

فقه‌های مذهب حنفی به طلاق رأی نداده‌اند، چرا که نظر ایشان آن است که اساساً غیبت موجب جدایی نمی‌شود و نمی‌توان بین مفقود و همسرش جدایی ایجاد کرد، بلکه پس از

سپری شدن مدت تعیین شده، به موت مفقود حکم داده می شود و پس از آن زوجۀ وی عدۀ وفات نگه می دارد (غنیمی، بی تا: ۲۱۷؛ شیخ نظام، ۱۴۱۱: ۳۰۰؛ حنفی، ۱۳۵۶: ۳۸).

نتیجه گیری

در نظر فقهای شیعی درباره وظیفۀ زوجۀ مفقودالأثر نظم و ترتیب خاصی دیده می شود. آنها در صورت معلوم بودن حیات مفقود یا برقرار بودن نفقۀ زوجۀ وی، وظیفۀ زوجۀ را صبر می دانند، حتی اگر برای مدت طولانی باشد. گرچه این نظر از آن جنبه اشکال دارد که وضعیت دشوار برای زوجۀ، فقط عدم نفقه فرض شده است؛ در حالی که شاید در صورت وجود نفقه هم زوجۀ در شرایط دشوار به سر ببرد، اما این اشکال با استناد به قاعدۀ عسر و حرج رفع شدنی است، چرا که یکی از موارد طلاق حاکم، وجود عسر و حرج برای زوجۀ در ادامه زندگی است. فقهای شیعی در صورتی که حیات مفقود معلوم و نفقۀ زوجۀ برقرار نباشد، با وجود آنکه با استناد به دلایل مختلف قائل به وجود حق درخواست طلاق برای زوجۀ هستند، به دو بعد مهم موضوع توجه داشته اند. اول آنکه حق درخواست طلاق فقط متعلق به زوجۀ است؛ دوم آنکه برای رعایت حق زوج طی مراحل لازم خواهد بود. چهار سال تربص و تفحص فرصت مناسبی است تا هم از وضعیت زوج اطمینان حاصل شود و هم اگر زوج به طریقی از مراجعۀ زوجۀ به حاکم مطلع شود، در هر زمان از این چهار سال و حتی پس از مطلقه شدن زوجۀ و تا قبل از انقضای عدۀ، حق رجوع دارد. فقهای حنبلی و مالکی بیشتر از سایر مذاهب اهل سنت به عسر و حرج ایجادشده برای زوجۀ توجه کرده اند و در برخی از انواع مفقود طی مسیر تربص و تفحص را کافی دانسته اند. در نظریات علمای مالکی دو اشکال وجود دارد. اول آنکه مبنای تقسیم بندی ایشان از مفقودالأثر معلوم نیست و دیگر آنکه احکامی که درباره برخی از انواع مفقود صادر کرده اند، مستند و مستدل نیست. به عنوان مثال ایشان در مورد حکم به صبر زوجۀ مفقود در سرزمین کفر، به قاعدۀ «لاضرر» استناد کرده اند، ولی مدتی طولانی برای صبر تعیین کرده اند که همین صبر طولانی شاید برای زوجۀ سبب ضرر باشد. درباره حکم به تربص یکسالۀ زوجۀ مفقود در جنگ مسلمان و کفار، دلیلی ارائه نکرده اند و معلوم نیست مدت یک سال

را چگونه تعیین کرده‌اند. شافعیه و حنفیه موضع سختگیرانه‌ای دربارهٔ زوجۀ مفقودالأثر برگزیده‌اند و به‌طور مطلق به صبر به مدت طولانی حکم داده‌اند. در حالی که اساساً یکی از دلایل بحث‌های مطرح دربارهٔ زوجۀ مفقودالأثر، رفع عسر و حرج ناشی از فقدان زوج است، اما نظر دو مذهب اخیر فی نفسه برای زوجۀ عسر و حرج است. در نحوۀ استدلال نیز بین مذاهب خمسۀ تفاوت‌هایی وجود دارد. فقهای امامیه بیشتر به روایات استناد کرده‌اند و تعداد روایات بیشتری را هم مورد توجه قرار داده‌اند. آنها همچنین به قاعدۀ عسر و حرج استناد کرده‌اند. اما فقهای اهل سنت اساساً به روایات مورد استناد شیعه توجه نکرده‌اند و استدلال آنها اغلب بر اساس دو روایت نبوی و علوی است که البته برخی از خود اهل سنت به این دو روایت اشکال وارد کرده‌اند. ایشان بر عمل و قضاوت صحابه هم بسیار تأکید دارند.

منابع

١. ابن قدامه، أبو محمد عبدالله بن قدامه (بي تا). المغنى، ج ٩، بيروت: دارالكتاب العربي للنشر و التوزيع.
٢. ابن قدامه، عبدالرحمن بن قدامه المقدسى (بي تا). الشرح الكبير، ج ٩، بيروت: دارالكتاب العربي للنشر و التوزيع.
٣. أبو يعلى، قاضى ابن الفراء (١٤٠٥). المسائل الفقهيه من كتاب الروايتين و الوجهين، ج ٢، الرياض: مكتبة المعارف.
٤. الأزهرى، شهاب الدين احمد بن سالم النفراوى (١٤١٥). الفواكه الدوانى على رساله ابن أبي زيد القيروانى، ج ٢، بي جا: دارالفكر.
٥. الأصبهى، مالك بن أنس (بي تا). المدونه الكبرى، ج ٢، بيروت: دارالكتب العلمية.
٦. امامى، سيد حسن (بي تا). حقوق مدنى، ج ٤، تهران: انتشارات اسلاميه.
٧. بحراني، يوسف بن ابراهيم آل عصفور (بي تا). الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، ج ٢٥، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
٨. البكرى، ابن السيد محمد شطا اللمياطى (١٤١٨). إعيانه الطالبين، ج ٤، بيروت: دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع.
٩. البهوتى، شيخ منصور بن يونس (١٤١٨). كشاف القناع، ج ٥، بيروت: دارالكتب العلمية.
١٠. البيهقى، احمد بن الحسين (بي تا). السنن البكرى، ج ٦، بي جا: دارالفكر.
١١. التسولى، ابوالحسن على بن عبد السلام (١٤١٨). البهجة فى شرح التحفة، ج ١، بيروت: دارالكتب العلمية.
١٢. الجندى، خليل بن اسحاق (١٤٢٦). مختصر العلامة الخليل، ج ١، قاهره: دارالحديث.
١٣. الحجاوى، شرف الدين موسى أحمد بن أبو النجا (بي تا). الإقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل، ج ٤، بيروت: دارالمعرفة.

١٤. حر عاملی، محمدبن حسن (١٤٠٩). وسائل الشیعه، ج ٢٠، قم: مؤسسه آل‌البتیة.
١٥. حلّی، حسن بن یوسف (١٤٢٠). تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، ج ٤، مؤسسه امام صادق (ع).
١٦. حلّی، نجم‌الدین (محقق) (١٤٠٨). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ٣، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
١٧. الحنفی، مجدالدین أبو الفضل (١٣٥٦). الاختیار لتعلیل المختار، ج ٣، قاهره: مطبعة الحلبي.
١٨. الخلوئی، أبو العباس احمد بن محمد (بی‌تا). بلغة السالك لأقرب المسالك، ج ٢، (بی‌جا): دارالمعارف.
١٩. خمینی، سید روح‌الله (بی‌تا). تحریر الوسیله، ج ٢، قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
٢٠. الدارقطنی (١٤١٧). سنن الدارقطنی، ج ٣، بیروت: دارالکتب العلمیه.
٢١. الدسوقی، علامه شمس‌الدین الشیخ محمد عرفه (بی‌تا). حاشیة الدسوقی، ج ٢، بی‌جا: دارالاحیاء الکتب العربیة.
٢٢. راغب‌اصفهانى، حسین بن محمد (١٤١٢). مفردات ألفاظ قرآن، سوریه: دارالعلم، بیروت: الدار الشامیة.
٢٣. السرخسی، شمس‌الدین (١٤٠٦). المبسوط، ج ١١، بیروت: دارالمعرفة للطباعة و النشر و التوزیع.
٢٤. الشافعی، أبو عبدالله محمد بن ادريس (١٤٠٣). الأمّ، ج ٥، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
٢٥. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (١٤١٣). مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج ٩، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
٢٦. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (١٤٠٧). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوى، بیروت: دارالکتب العربی.

۲۷. شيخ مفيد، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳). المقنعه، بی جا: كنگره جهانی هزاره شيخ مفيد.
۲۸. الشيخ نظام (۱۴۱۱). الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان، ج ۲، بی جا: دارالفكر.
۲۹. طاهرى، حبيب الله (۱۴۱۸). حقوق مدنى (طاهرى)، ج ۱، قم: دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۳۰. العینی، أبو محمد بدرالدين (۱۴۲۰). النباية شرح الهداية، ج ۵، بيروت: دارالکتب العلمیه.
۳۱. الغنيمى، عبدالغنى بن ابراهيم (بی تا). اللباب فى شرح الكتاب، ج ۲، بيروت: المكتبة العلمیه.
۳۲. کلینی، ابوجعفر محمد بن يعقوب (۱۴۰۷). الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۶، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۳۳. عاملى، حرّ، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشيعه، ج ۲۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۳۴. نراقى، مولى احمد (۱۴۲۲). مستند الشيعه فى احكام الشريعه، ج ۱۹، قم: مؤسسه آل البيت العلمیه.
۳۵. نجفى، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۳۲، بيروت: دارالإحياء التراث العربی.
۳۶. النووى، الإمام أبوزكريا محبى الدين بن شرف (بی تا). المجموع، ج ۱۸، بيروت: دارالفكر للطباعة و النشر و التوزيع.