

احکام همسر مفقود الأثر از منظر فقه امامیه و شافعیه و تطبیق آن با قانون مدنی کشور اندونزی

معصومه نژاد موسوی^۱، آیوالبتول القدری^۲

چکیده

بر اساس دیدگاه مذاهب اسلامی، اگر زوجی مفقود شود، برای همسر او احکامی وجود دارد. هدف اصلی این تحقیق، تبیین کامل دیدگاه فقهاست. بنابراین، سؤال اصلی تحقیق این است که احکام فقهی همسر مفقود الأثر از دیدگاه برخی مذاهب اسلامی و قانون اندونزی چیست؟ مقاله حاضر با روش توصیفی-تحلیلی و با رویکرد فقهی نوشته شده است. از دستاوردهای تحقیق این است که از دیدگاه امامیه در صورت معلوم-بودن حیات مفقود، اگرچه وظیفه اولیه زوجه صبر است، اما در برخی موارد با توجه به وجود عسر و حرج برای زوجه، می توان طبق قاعده عسر و حرج عمل کرده و این حکم را منتفی دانست، البته ترک زندگی خانوادگی به تنهایی نمی تواند موجبی برای طلاق باشد و اگر با آثاری مانند نپرداختن نفقه و انجام-ندادن وظایف خاص زناشویی همراه شود، موجب عسر و حرج برای زن شده، می تواند از موجبات درخواست طلاق باشد. اگر حیات مفقود معلوم و نفقه زوجه برقرار نباشد با استناد به دلایل مختلف، قائل به وجود حق درخواست طلاق برای زوجه هستند. در صورتی که زوجه به حاکم مراجعه کند، حاکم از روز مراجعه به وی، امر به انتظار به مدت چهار سال می کند. در مدت انتظار زن، حاکم شخص مفقود را جست و جو می کند و اگر به مدت چهار سال خبری از او نشد، حاکم زن را امر به نگه داشتن عده می کند. زن پس از گذشتن مدت عده، می تواند با شخص دیگری ازدواج کند. در صورتی که زن انتظار را اختیار کند در مدت انتظار و همچنین در ایام عده، نفقه به زن تعلق خواهد گرفت. شافعیه، موضع سختگیرانه ای درباره زوجه مفقود الأثر برگزیده و به طور مطلق، به صبر به مدت طولانی حکم داده اند.

واژگان کلیدی: عده، غیبت، مفقود الأثر، تربص، تفحص.

۱. مقدمه

در فقه شیعه و اهل سنت، احکامی برای همسر مفقود الأثر بیان شده است. این امکان وجود دارد که شوهر به دلایل مختلف مفقود شود، خواه اینکه بر اثر حوادث طبیعی مثل سیل و زلزله و غرق

۱. مدرس گروه علمی - تربیتی فقه و اصول، مجتمع آموزش عالی بنت الهدی، جامعه المصطفی العالمیه، از ایران.

۲. دانش آموخته کارشناسی فقه و اصول، مجتمع آموزش عالی بنت الهدی، جامعه المصطفی العالمیه، از اندونزی.

شدن کشتی وسط دریا ناپدید شود، و چه بر اثر محصول فعل انسان، مانند جنگ که گاهی باعث می‌شود شوهر از خانواده ناپدید شود و خانواده به ویژه زوجه، دچار بی‌اطلاعی و سردرگمی شود که در اصطلاح به آن زوج، مفقود الأثر می‌گویند. از مهمترین تبعات مفقود شدن مرد، مشکلاتی است که در رابطه با زن ایجاد می‌شود. از یک طرف، شاید زن نفقه نداشته باشد تا هزینه‌های زندگی را بپردازد و از طرف دیگر، ممکن است زوجه در شرایط دشواری به سر ببرد. برخی معتقدند که زوجه باید به حاکم شرع رجوع کند. حاکم به مدت چهار فردی را برای جست‌وجوی مفقود شده می‌فرستد. بعضی دیگر می‌گویند از همان زمانی که مفقود شد، چهار سال او شروع می‌شود. این موضوع در کتاب‌های فقها، ضمن مباحث طلاق و عده بحث شده، ولی تا کنون بحث مستقلی به خصوص به صورت مقارنه‌ای انجام نشده است. تحقیق حاضر در حد خود ابتکاری است که شاید برای اولین بار به صورت تطبیقی، احکام همسرمتی نوشته شده مانند مقاله مفقود از نظر مذهب امامیه و شافعیه و تطبیق آن با قانون مدنی کشور اندونزی. مقاله بررسی احکام و حقوق زوجه مفقود الأثر در مذاهب اسلامی توسط حجت الاسلام محمد عرب شاهی. مقاله بررسی تطبیقی وضعیت غایب مفقود الأثر قبل و بعد از صدور حکم موت فرضی در فقه امامیه. حقوق موضوعه ایران، نوشته فاطمه تقوی علوی کلایی و حسن مبینی سچلمایی و سید مهدی احمدی. مقاله نفقه زوجه غائب مفقود الأثر در فقه و حقوق با رویکردی بر نظر امام خمینی رحمته الله علیه نوشته سید حسین صفایی و زینب خیری. بیشتر مقالات نام برده شده از جهت فقهی و حقوقی بررسی شده است. مقاله حاضر، فقط از دیدگاه شافعیه و امامیه و تطبیق آن با قانون مدنی کشور اندونزی بررسی شده است. اهداف این پژوهش عبارتند از: زمینه‌سازی برای تحقیقات و آگاه‌سازی اجتماع نسبت به احکام این موضوع، تطبیق و تقریب میان مذاهب امامیه و شافعیه با قانون مدنی کشور اندونزی و تبیین دیدگاه‌های فقهی در این مسئله، برای اصلاح قوانین کشور.

۲. مفهوم‌شناسی

۲-۱. عده

عده در لغت از ماده عدد به معنای احصا و شمردن آمده و عده طلاق یا عده وفات، مدت زمانی است که شرع برای زن مشخص کرده که نمی‌تواند در آن مدت ازدواج کند. (انیس، ۱۴۰۸، ص ۵۸۷) در اصطلاح فقها، عبارت است از انتظار شرعی که زن بعد از طلاق و زوال نکاح یا وفات، لازم است مدتی درنگ کرده، سپس شوهر دیگری اختیار کند (عبدالمنعم، بی تا، ۴۸۱/۲). انواع عده عبارت است از: عده طلاق، عده وفات، عده مفقود الأثر، عده آمیزش اشتباهی که زن برای هر کدام از انواع

یاد شده، باید زمانی را در حالت انتظار سپری کند. عده طلاق در ازدواج دائم سه بار پاکی از حیض است و در مورد زنی که حیض نمی بیند، ولی به سن یائسگی نرسیده، سه ماه است، اما عده طلاق در عقد موقت در صورت حیض نشدن در سن حیض، یک ماه و نیم است. در صورت حیض شدن، عده بنا بر مهوور دو حیض است. عده مرگ شوهر بنا بر مشهور، چهار ماه و ده روز است و اگر زن حامل باشد، عده او طولانی ترین زمان بین مدت عده یا وضع حمل اوست. عده آمیزش به اشتباهی، مانند عده طلاق است (نجفی، بی تا، ۲۹۳/۳۲؛ فخرالمحققین، بی تا، ۳۵۵/۳؛ خوانساری، بی تا، ۵۶۶/۴). برخی از اهل سنت نیز معتقدند که عده طلاق در ازدواج دائم، سه طهر است و در مورد زنی که حیض نمی بیند و به سن یائسگی نرسیده، سه ماه است، اما عده طلاق برای زن حامله، تا زمان زایمان است. عده مرگ شوهر بنا بر مشهور، چهار ماه و ده روز است. اگر زن حامل باشد، عده او طولانی ترین زمان بین مدت عده یا وضع حمل اوست و عده آمیزش به اشتباهی، مانند عده طلاق است (بخاری، ۱۴۲۲؛ نیشابوری، ۱۴۱۲).

۲-۲. غیبت

غیبت در لغت، مصدر غاب، یعنی آنچه که از تو پنهان و دور باشد و اسم مصدر اغتیباب، یعنی او را غیبت کرد و بدی هایش را بر شمرد، است. (انیس، ۱۴۰۸، ص ۶۶۷) در فقه، معنای خاصی بر آن بار نشده و در اینجا نیز در همان معنای لغوی خود، یعنی فقدان و نبودن، به کار رفته است. شیخ طوسی در المبسوط، غیبت را به دو صورت منقطعه و غیر منقطعه تقسیم کرده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۲۷۷/۵).

۱-۲-۲. اقسام غیبت

اول) غیبت غیر منقطعه

مقصود از آن، غیبتی است که هنوز خبر غایب، قطعی نشده و محل غیبت او معلوم است. (حجازی مقدسی، بی تا، ۱۱۴/۴) مانند کسی که به شهری رفته و مقیم آنجا شده، و می دانند که زنده است. در این صورت، زوجیت به حال خود باقی بوده و زن نمی تواند مطالبه طلاق کند تا زمانی که یقین به مرگ او کند. همه علمای اهل سنت، قائل به این موضوع هستند (ابن قدامه، بی تا، ۱۳۰/۹). امامیه نیز در این حکم با اهل سنت موافقند (عاملی، بی تا، ۳۶/۲). علامه حلی می گوید: «هنگامی که مردی غایب شود، ولی خبر زنده بودنش می رسد یا نماینده او نفقه زن را می دهد، بر زن واجب است برای همیشه صبر کند» (علامه حلی، ۱۴۱۱، ۷۱/۲).

روایتی که در دعائم الاسلام از جعفر بن محمد از پدرش از آبائش از علی ع آمده، بر آن دلالت

دارد که فرمود: «إذا علم مكان المفقود لم تنكح امرأته؛ زمانی که محل مفقود معلوم باشد، زن حق نکاح ندارد». در این روایت، تصریح شده براینکه زمانی که محل مفقودالأثر معلوم باشد، زوجه حق ازدواج ندارد. بنابراین در غیبت غیر منقطعه که محل مفقودالأثر معلوم است، زن نباید ازدواج دیگری انجام دهد (محدث نوری، ۱۴۰۸، ۱۴/۴۱۸).

دوم) غیبت منقطعه

غیبت منقطعه، به معنای مفقودالأثر نیز است و غیبتی را منقطعه می‌گویند که در آن، خبری از شخص غایب در دست نبوده و مکان او نامعلوم است، یعنی شخص، مفقودالأثر شده، مانند شخصی که به جنگ رفته و ناپدید شده است. بنابراین، مفهوم مفقودالأثر، أخص از غایب است. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ۵/۲۷۷)

۲-۳. مفقودالأثر

مفقودالأثر در لغت به معنای غایب شدن است. راغب می‌گوید: «فقد، نبودن شیء است بعد از بودن آن، و آن از عدم اخص است که عدم، به چیزی که به وجود نیامده نیز گفته می‌شود». (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۶۴۱) در معنای اصطلاحی مفقودالأثر، تفاوت‌هایی میان فقهاست. مفقود به کسی می‌گویند که مکانش مشخص نیست (سعدی، ۱۴۰۸، ص ۲۸۸). برخی از فقهای امامیه در تعریف مفقودالأثر گفته‌اند: «کسی که غیبت منقطع دارد که از وطن خود ناپدید شود، خبری از او به ما نمی‌رسد و وضعیت او از جهت حیات یا ممات، بر ما معلوم نیست» (محقق حلی، ۱۴۲۰، ۴/۱۷۲).

از نظر فقهای شافعی، مفقود کسی است که خبری از او نرسیده و مکانش نامعلوم است. غیبت، دو نوع است. یکی غیبتی که ظاهر آن سلامتی شخص است، مانند سفر تجارتنی به جایی که در آنجا جنگ نباشد و دیگری غیبتی که ظاهر آن مرگ شخص است، مانند کسی که در محدوده جنگ مفقود شود یا در ریا حادثه‌ای برایش رخ دهد. (النووی، بی تا، ۱۸/۱۵۹) مفقود به کسی گفته می‌شود که اثرش مندرس شده و خبری از او نباشد و ظن غالب به موتش باشد (دمشقی عثمانی، ۱۴۱۶، ۲/۸۵). مشهور فقهای امامیه، مفقودالأثر را فردی می‌دانند که به علت طولانی شدن مدت غیبت، خبری از او در دست نبوده و زنده یا مرده بودنش معلوم نباشد. در مقابل رأی مشهور که اسباب فقد مفقودالأثر را مطلق معرفی کرده، برخی از فقها بر این نظر هستند که مراد از مفقود در روایات مربوطه، تنها کسی است که برای سفر رفته و خبری از او در دست نیست؛ زیرا در روایات، صحبت از نامه نگاری و ارسال آن به مکان‌های مورد نظر برای فحص است، در حالی که انجام این تشریفات، برای افرادی که در جنگ و یا موارد دیگر مفقود می‌شوند، ممکن نخواهد بود.

۲-۴. فحص

فحص در لغت به معنای جست و جوی دقیق است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۷۱۴) در اصطلاح چنین تعریف شده است: جست و جواز شوهر در جهتی است که غایب شده، اگر آن جهت معلوم و معین باشد، و در غیر این صورت در هر چهار سمت به دنبال او می‌گردد به شرط اینکه چهار طرف احتمال داده شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۴/۹).

۲-۵. صبر

صبر در لغت، خویشتن داری است بر انجام چیزی که عقل و شرع آن را اقتضا می‌کند، یا حفظ خویش از چیزی که عقل و شرع، خویشتن داری از آن را اقتضا می‌کند. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۴۷۴)

۲-۶. تربص

تربص در لغت از ماده ربص به معنای انتظار کشیدن است. برخی واژه‌شناسان، تربص را این‌گونه معنا کرده‌اند: «تربص، انتظار کشیدن است برای چیزی، مانند انتظار کشیدن برای گرانی یا فراوانی متاع یا برای امری که حصول یا زوال آن، محل انتظار است». (راغب اصفهانی، ۱۴۱۶، ص ۳۳۸) این واژه در آیه ۲۲۶ سوره بقره: «الَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبِصَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ» و در آیه ۲۲۸ همین سوره: «وَالْمَطْلُقاتِ يَتْرَبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ» نیز با همین لفظ آمده است. در آیه ۲۳۴ سوره بقره آمده: «وَالَّذِينَ يَتُوقُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَوْجَاباً يَتْرَبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» با همین لفظ، تربص به معنای انتظار کشیدن زن است. تربص در اصطلاح فقه به این معناست که حاکم به زوجه شخصی که غایب است، امری کند که تا چهار سال انتظار بکشد (شیخ طوسی، ۱۳۸۸، ۲۸۷/۵؛ نجفی، بی‌تا، ۲۹۳/۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۴/۹؛ محقق حلی، بی‌تا، ص ۳۱۴). باید توجه داشت که واژه صبر و تربص، هر دو به یک معناست. با این تفاوت که در صبر، پایان انتظار به طور دقیق مشخص نیست، در حالی که تربص، برای انتظاری به کار می‌رود که مدت و آغاز و پایان آن معین است. در عده طلاق یا وفات که در قرآن از آن با واژه تربص یاد شده، آغاز عده 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.

۲-۶-۱. شرایط تربص

اول) عدم منفق

از نظر امامیه، اگر مفقود الأثر مالی برای پرداخت نفقه زوجه داشته باشد یا ولی مفقود الأثر نفقه را

بپردازد یا کسی نفقه را بدهد، زوجه حق درخواست طلاق ندارد. از نظر صاحب جواهر، این نظر به دلیل اصل بقای زوجیت و نیز نصوص، قطعی است؛ زیرا روایات تصریح دارند که تا زمانی که نفقه برقرار باشد، زوجه حق درخواست طلاق ندارد. در غیر این صورت، حاکم ولی را مجبور می‌کند که زوجه را مطلقه کند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۹/۲۸۸)

دوم) مراجعه به حاکم

صاحب جواهر می‌فرماید: «امر طلاق یا اعتداد، متوقف بر مراجعه زوجه به حاکم است. بنابراین، اگر صد سال هم بگذرد، ولی زوجه به حاکم مراجعه نکند، طلاق و عده ندارد، بلکه رابطه زوجیت برقرار است». (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۹/۲۹۱) شهید ثانی نیز می‌فرماید: «اگر حاکم نباشد یا برای او اقدام در این زمینه ممکن نباشد، بر زوجه صبر متعین می‌شود تا زمانی که از نظر شرعی، حکم به موت مفقود الأثر داده شود یا وضعیت او معلوم شود و دلیل این امر، اصالت بقای زوجیت است». پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله در روایتی می‌فرماید: «إمرأة المفقود إمرأة حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه». امام علی عليه السلام می‌فرماید: «هذه إمرأة ابتليت فلتصبر» حمل می‌شود بر جایی که اقدام حاکم برای تفحص ممکن نباشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۹/۲۸۷)

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. 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 کرده که در صورت فقدان زوج و عدم صبر زوجه، حاکم، ولی مفقود الأثر را مجبور می‌کند که زوجه را مطلقه کند، پس از آنکه تربص و تفحص به پایان رسید. بنابراین، حصول تربص و تفحص مد نظر است، پس صاحب حدائق احتیاط را در مراجعه به حاکم دانسته و نتیجه می‌گیرد که در صورت عدم حاکم یا تعذرا، حکم منتفی نمی‌شود، بلکه قیام به این امر، بر افراد عادل از مؤمنان واجب است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۵/۴۸۶). در برخی از روایات تصریح شده بر اینکه زوجه مفقود الأثر می‌تواند صبر اختیار کند. صحیحه برید می‌گوید: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بإمرأته قال ما سكتت عنه و صبرت يخلّى عنها فإن هي رفعت أمرها إلى الوالی أجلبها أربع سنين»، اما اگر زوجه به حاکم مراجعه کند، تربص و تفحص مطرح می‌شود. در همین روایت آمده: «فإن هي رفعت أمرها إلى الوالی أجلبها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذی فقد فيه فليسأل عنه». در موثقه سماعه می‌گوید: «فإنها تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض». این بخش از روایات، لزوم مراجعه زوجه به حاکم را نشان می‌دهند.

سوم) تفحص از مفقود

از میان مذاهبی که قائل به تربص چهار ساله زوجه مفقودالآثر هستند، نظر امامیه آن است که در مدت تربص، باید تفحص درباره مفقود نیز صورت بگیرد و تنها فقهای امامیه به طور مبسوط، به مسائل و احکام مختلف تفحص پرداخته‌اند. از نظر فقهای امامیه، بخشی از روایت برید «ثم یکتب إلى الصقع الذی فقد فیه» و نیز بخشی از روایت حلبی «بعث الوالی أویکتب إلى التاحیه الّتی هو غائب فیها» دلالت دارند بر اینکه فحص در همان مکانی صورت می‌گیرد که زوج مفقود شده است. از طرفی در روایت سماعه آمده: «فیطلب فی الأرض»، که کلمه ارض، مطلق است و قیدی ندارد. بنابراین، روایات قبلی که مکان فحص را مقید آورده، بر جایی حمل می‌شود که 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، به گونه‌ای که قراین نشان دهد که از آنجا به مکانی دیگر نرفته، جست‌وجو در همان شهر یا همان جهت جغرافیایی کافی است، اما اگر معین نباشد که مفقود به کدام شهر یا به کدام سمت رفته، باید در چهار جهت که احتمال وجود مفقود در آنها می‌رود، جست‌وجو شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۷/۹)

اگر برای مثال، یک عراقی از عراق به خراسان سفر کند، تفحص در همان عراق و خراسان و منازل واقع در مسیر کافی است. (خمینی رحمته الله علیه، بی‌تا، ۳۴۲/۲)، پس اگرچه به احتمالات بعید توجه نمی‌شود، فحص باید به میزان متعارف باشد. درباره مدت تفحص، شهید ثانی عقیده دارد که براساس روایات، بیشترین مدت تفحص، چهار سالی است که زوجه به تربص می‌نشیند. بنابراین، اگر قبل از پایان چهار سال تفحص پایان یابد، تربص به تنهایی و بدون تفحص کافی است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۷/۹). صاحب‌جواهر بر شهید ثانی اشکال وارد می‌کند که اجل چهار ساله را تعبدی دانسته، در حالی که این امر با استصحاب منع و احتیاط منافات دارد؛ زیرا ممکن است گاهی چهار سال هم برای تفحص درباره مفقودالآثر کافی نباشد، پس بهتر است که جانب احتیاط رعایت شده و اگر بیشتر از این مدت هم فحص لازم بود، به آن عمل شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹۵/۳۲). مسلم است که چون تفحص مستلزم سفر به مکان‌های مختلف و چه بسا دور و گاهی ارسال با نامه یا نماینده است، به اجرت و هزینه نیاز دارد. از نظر فقهای شیعی، به دلیل اصل عدم وجوب این هزینه‌ها بر زوج، جایز نیست که این هزینه‌ها از مال مفقود پرداخت شود و در نتیجه چنین هزینه‌هایی باید از مال خواهان داده شود (نراقی، ۱۴۱۵، ۱۹/۱۰۱).

چهارم) محدوده تربص (آغاز و مدت زمان تربص)

درباره زمان شروع تربص در آرای فقهای شیعی، دو نظر وجود دارد: یکی آنکه نظر مشهور ابتدای تربص را از زمان مراجعه به حاکم می‌داند. دیگری آنکه ابتدای تربص را از زمان فقدان شخص می‌داند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸۸/۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۴/۹)

۳. احکام فقهی همسر مفقودالأثر

با توجه به اینکه با عقد، ازدواج حقوقی برای زن و مرد ثابت می‌شود از طرفی با مفقودشدن مرد، اگر جدایی جایز نباشد، زن متحمل ضرر می‌شود و از طرفی چون علم به مرگ مرد نیست و اینکه آیا زن را طلاق داده یا نه، پس علقه زوجیت به حال خود باقی بوده و وی، زن او محسوب می‌شود. حال عده‌ای از فقها قائل به صبر، و عده‌ای قائل به انتظار هستند که هر کدام احکام خاص خودش را دارد. فقها در خصوص جداسدن یا نشدن، قائل به دو قول هستند: صبر، انتظار. 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. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۷۷/۳۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۳۸)

۳-۱. صبر

۳-۱-۱. صبر در فقه امامیه

برخی از فقها معتقدند که زوجه مفقودالأثر باید صبر کند، اما در مورد زوال زوجیت، دیدگاه‌ها متفاوت است.

اول) دیدگاه فقهای امامیه درباره صبر

مذاهبی که غیبت زوج را به منقطع و غیر منقطع تقسیم کرده‌اند، یعنی امامیه در غیبت غیر منقطع، حکم به صبر زوجه داده‌اند، یعنی وقتی از زوج خبر می‌رسد، زوجه باید صبر کند، حتی اگر برای مدتی طولانی باشد. (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۳۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۳۸)

الف) عدم زوال زوجیت که بنا بر این قول، مادامی که زن به حاکم مراجعه نکرده، زوجیت به حال خود باقی است، ولی اگر به حاکم مراجعه کند، حاکم از روز مراجعه، به مدت چهار سال، مرد را جست‌وجو می‌کند، اگر خبری از او شد که زن باید صبر کند و اگر خبری نشد و چهار سال گذشت، اگر برای مرد، ولی‌ای باشد که به زن انفاق کند در این صورت تا ابد صبر خواهد کرد، اما اگر در موردی استثنایی، مرد ولی نداشته باشد، حاکم بین آن دو، حکم به جدایی کرده و زن عده

وفات نگه می‌دارد و بعد از عده، زن مالک نفس خود است (طباطبایی، ۱۴۰۴، ۱۸۸/۲؛ حلی، ۱۴۱۱، ۱۴۶/۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۳۵/۱۱).

(ب) زوال زوجیت بعد از چهار سال. براساس این قول، زن باید به مدت چهار سال انتظار بکشد و بعد به مدت چهار ماه و ده روز عده نگه دارد و پس از آن می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند. (حلی، ۱۴۱۱، ۱۴۶/۲)

(ج) زوال زوجیت بعد از هفتاد سال، براساس این قول، زن باید به مدت هفتاد سال انتظار بکشد و بعد عده نگه دارد، سپس می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند و دلیل این قول این است که بنا بر ظاهر، همسر او نمی‌تواند بعد از این مدت زنده باشد. (مقدسی، بی تا، ص ۳۵) بنا بر این، اگر از شوهری که مفقود الاثر شده، خبری در دست نباشد در صورتی که همسر وی کسی را داشته باشد، نفقه‌اش را بدهد، بر زن لازم است که صبر کند تا شوهرش پیدا شود و یا اینکه فوت او ثابت شود و یا اینکه چیزی که به منزله فوت است مانند ارتداد شوهر یا صبرکردن به میزانی که افراد بیش از آن عمر نمی‌کنند، ثابت شود. در صورتی که شوهر ولی‌ای نداشته باشد که نفقه زن را بپردازد و کسی هم نباشد که تبرعی و برای رضایت خدا این کار را انجام دهد در این صورت اگر زن به همین منوال صبر کند و بخواهد انتظار بکشد، هیچ بحثی نبوده و اشکالی ندارد. امامیه برای این حکم دو دلیل دارند. (شیخ مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۳۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۳۸)

دوم) دلایل فقهای امامیه درباره صبر

(الف) استصحاب: استصحاب، حکم به بقای زوجیت متیقن سابق است که به واسطه غیبت زوج، مورد شک واقع می‌شود. (عاملی، بی تا، ۹۳/۸)

(ب) روایات: دلیل دیگر نصوصی است که در این مورد وارد شده که به برخی از آنها استدلال می‌شود. (نجفی، ۱۴۰، ۲۸۸/۳۲)

در خبر سکونی آمده است:

إِنَّ عَلِيًّا عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ فِي الْمَفْقُودِ: لَا تَزُوجِ امْرَأَتَهُ حَتَّى يَبْلُغَهَا مَوْتَهُ أَوْ طَلَاقَ أَوْ لِحْوَاقَ بِأَهْلِ شَرْكَ.

حضرت علی علیه السلام درباره مفقود فرمود: زوجه او ازدواج نمی‌کند تا اینکه به او خبر برسد که زوج مرده است یا زوجه را طلاق داده، یا به مشرکین پیوسته است.

در صحیح بریدین معاویه چنین روایت شده است:

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام عَنِ الْمَفْقُودِ وَكَيْفَ يَصْنَعُ امْرَأَتُهُ قَالَ: مَاسَكْتَتْ عَنْهُ وَصَبْرَتْ يَخْلِي عَنْهَا، فَإِنْ هِيَ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْوَالِيِ أَجْلَهَا أَرْبَعِ سَنِينَ، ثُمَّ يَكْتُبُ إِلَى الصَّقْعِ الَّذِي فَقَدَ فِيهِ،

فیسأل عنه، فإن خبر عنه بحياة صبرت، وإن لم يخبر عنه بشئ حتى تمضى الأربع سنين دعى ولى الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فإن كان له مال انفق عليها حتى يعلم حياته من موته وإن لم تكن له مال قيل للولى أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج وإن لم ينفق عليها أجبره الوالى على أن يطلق تطليقة فى استقبال العدة و هى طاهر فيصير طلاق الولى طلاق الزوج، فإن جاء زوجها من قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الولى فبدأ له أن يراجعها فهى إمرأته وهى عنده على تطليقتين، فإن انقضت العدة قبل أن يجرى أو يراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للأول عليها.

از ابا عبدالله عليه السلام درباره مفقود سؤال شد که با زوجه او چه معامله ای می شود، فرمود مادامی که سکوت کند و صبر پیشه سازد، به او کاری نداریم، پس اگر امر خود را به نزد والی ببرد، برای او اجل چهار ساله تعیین می کند، پس به منطقه ای که در آن مفقود شده، نامه نوشته و درباره او سؤال می کند، پس اگر خبر حیات او برسد، باید صبر کند و اگر خبری از او نرسد تا آنکه چهار سال بگذرد، ولی زوج مفقود را فراموشی خواند، به او گفته می شود که آیا مفقود مالی دارد؟ اگر مفقود مالی نداشته باشد از آن نفقه زوجه پرداخت می شود تا حیات زوج معلوم شود و اگر زوج مالی نداشته باشد، به ولی او گفته می شود که نفقه زوجه را پرداخت کند، اگر ولی این کار را انجام دهد زوجه راهی برای ازدواج ندارد، اما اگر ولی نفقه را نپردازد، والی او را مجبور می کند که زوجه را در حال طهر طلاق دهد، برای نگه داشتن عده، پس طلاق ولی در حکم طلاق زوج است. اگر زوج قبل از انقضای عده بازگردد در صورتی که تصمیم به رجوع بگیرد، زوجه او می باشد و این یک طلاق از سه طلاق محسوب می شود، پس اگر قبل از آنکه زوج برگردد یا رجوع کند، عده منقضی شود، ازدواج برای زوجه حلال شده و راهی برای زوج اول نیست. (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۷/۶؛ عاملی، ۱۴۰۹، ۱۵۶/۲۲)

در موثقه سماعه آمده است:

سألته عن المفقود فقال إن علمت أنه فى أرض فهى منتظرة له أبداً حتى تأتيتها موته أو يأتيتها طلاقه وإن لم تعلم أين هو من الأرض كلها ولم يأتها منه كتاب ولا خبر فإنها تأتى الإمام فبأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب فى الأرض فإن لم يوجد له أثر حتى تمضى الأربع سنين أمرها أن تعد أربعة أشهر و عشرأ فهو أملك برجعتها.

از او درباره 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 یا زوجه را طلاق داده، و اگر نداند که مفقود کجاست و از او نامه و خبری نرسد، به امام مراجعه می کند. امام زوجه را امر می کند که چهار سال به انتظار بنشیند. در این زمان، امام به جست و جو در پی مفقود می پردازد، پس اگر اثری از او نیابد تا آنکه چهار سال بگذرد، به زوجه امر می کند تا چهار ماه و ده روز عده نگه دارد، پس زوج نسبت به رجوع به زوجه سزاوارتر است. (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۸/۶)

روایات با تفصیل میان حالت های معلوم یا مجهول بودن حیات مفقود، زوجه را در حالت

نخست به صبر مکلف دانسته اند، یعنی غایبی که حیانش معلوم است، مثل حاضر است. در صورت مفقود شدن زوج و عدم اطلاع از او، زوجه باید به حاکم شرع رجوع کرده و حاکم نیز زوجه را به چهار سال انتظار امر می کند و در مدت این چهار سال، به جست و جوی مفقود می پردازد. در صورتی که اثری از زوج یافت شد، حاکم شرع زوجه را به نگه داشتن عده امر می کند.

۳-۲. صبر در فقه شافعیه

اول) دیدگاه فقهای شافعیه

فقهای شافعی در مورد غیبت منقطعه، به صبر حکم داده اند. (نووی، بی تا، ۱۵۸/۱۸)

دوم) دلایلی که فقهای شافعیه به آنها استناد کرده اند

- 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 و برای حصول این یقین، شهادت دو عادل لازم است. (نووی، بی تا، ۱۵۸/۱۸)

- برای تقسیم اموال مفقودالأثر، نمی توان به موت او حکم داد. برای نکاح زوجه وی نیز نمی توان به موت حکم کرد. (بکری، ۱۴۱۸، ۹۵/۴)

- دلیل دیگر آیه قرآن است که می فرماید: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا». (بقره: ۲۳۴)

علمای شافعی به این آیه استدلال می کنند که عده برای زوجه، جز در حالات مرگ شوهر یا طلاق از او ثابت نخواهد شد. بنابراین، زوجه مفقودالأثر همسروی باقی می ماند. (شافعی، ۱۴۰۳، ۲۵۰/۵)

- از دیگر دلایل، روایات هستند. پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله می فرماید: «إمرأة المفقود إمرأة حتى يأتيها الخبر؛ زن مفقود، هنوز زنش باشد تا خبری از مفقود آمده باشد». (دارقطنی، ۱۴۱۷، ۲۱۷/۳) روایت دیگری از حضرت علی علیه السلام که می فرماید: «إمرأة المفقود إمرأة ابتليت فلتصبر لاتنكح حتى يأتيها يقين موته؛ زن مفقود مبتلی به زنش، پس باید صبر کند و ازدواج نکند تا خبری یقین و قطعی در مورد مرگش آمده باشد» (بیهقی، بی تا، ۱۵۸/۶).

- روایتی که محمد بن عبدالله العزرمی از حکم از امام علی علیه السلام ذکر کرده که ایشان درباره زنی که شوهرش مفقود شده بود، فرمود: «او زن است که مبتلا شده، پس باید تا زمانی که مرگ شوهر یا طلاق او روشن شود، صبر کند» (محدث نووی، ۱۴۰۸، ۳۳۷/۱۵)؛ زیرا زوجیت، ثبوتش معلوم شده و غیبت موجب جدایی نمی شود و مرگ نیز در حیز احتمال است و زوجیت به سبب شک از بین

نمی‌رود. اشکالی که بر این روایت وارد شده این است که این روایت، مرسل است و در مقابل، خبر مسندی از امیرالمؤمنین علیه السلام است که به صبر به مدت چهار سال دلالت می‌کند (ابن قدامه، بی تا، ۱۳۲/۹). علاوه بر این، روایات دیگری از طریق خاصه وارد شده که از امامان نقل شده و از مفاد آنها دلالت به صبر به مدت چهار سال می‌کند.

- روایتی که محمد بن شریبیل همدانی از مغیره بن شعبه از پیامبر صلی الله علیه و آله روایت کرده که می‌فرماید: «وی همچنان زن اوست تا اینکه بیان برسد». (الموصلی، ۱۴۲۸، ۴۱/۳) براساس این روایت، پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بعد از گذشت چهار سال، باز اجازه طلاق نداده و جدایی را موقوف به رسیدن خبر و بیان کرده و تحقق بیان، به یکی از دو صورت خبر مرگ زوج یا طلاق او صورت می‌گیرد، ولی این روایت را به دلیل وجود محمد بن شریبیل همدانی ضعیف شمرده‌اند که ابن ابی حاتم از پدرش نقل می‌کند که محمد بن شریبیل از مغیره، دروغ‌های زیادی روایت کرده است (السیواسی، ۱۳۵۶، ۱۴۶/۶). اشکال دیگری که بر این روایت وارد شده این است که نویسندگان کتب سنن، این حدیث را ذکر نکرده و صدر این حدیث ثابت نشده است (ابن قدامه، بی تا، ۱۳۴/۹).

- استصحاب، حکم به بقای حکم شرعی یا موضوع حکمی است که بقای آن مشکوک است و جریان استصحاب، مشروط به یقین به حالت سابق است، پس گفته می‌شود چون زنده بودن زوج معلوم بود و حال که در زنده بودنش شک است در این صورت حالت حیات او استصحاب می‌شود. (نووی، بی تا، ۱۸/۱۵۸) استصحاب، نسبت به امارات در مرتبه متأخر است و روایات، دلالت بر طلاق و جدایی می‌کنند، پس معنایی برای استصحاب در این خصوص نیست؛ زیرا استصحاب اصل است و روایات از امارت که مقدم بر اصول هستند، محسوب می‌شوند.

۲-۳. تربص

در این مسئله، دیدگاه فقهای امامیه و شافعیه در جایی که غیبت منقطعیه و در اصطلاح زوج مفقود الأثر باشد، تفاوت دارد. در غیبت منقطعیه از سویی 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 بخواهد، مفقود شده و نمی‌توان به آسانی به زوال زوجیت حکم داد.

۱-۲-۳. دیدگاه فقهای امامیه

فقهای امامیه، قائل به تربص چهار ساله و سپس اعتداد حکم کرده‌اند. نظر امامیه در مورد آن، غیبت منقطعیه‌ای بوده که ظاهر غیبت، مرگ شخص است. از نظر امامیه در غیبت منقطعیه، زوجه میان انتظار یا مراجعه به حاکم مخیر است. در صورتی که به حاکم مراجعه کند، حاکم برای وی

مهلت چهار ساله تعیین می‌کند و در این مدت، حاکم به تفحص درباره مفقود الأثر می‌پردازد. اگر از حیات مفقود الأثر خبری به دست آید، وظیفه زوجه صبراست و در غیر این صورت، حاکم ولی مفقود الأثر را فراخوانده و از او درباره مال مفقود الأثر سؤال می‌کند. اگر مفقود الأثر 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 ببذیرد، وظیفه زوجه صبراست، اما اگر از پرداخت نفقه سرباز زند، حاکم ولی را اجبار به مطلقه کردن زوجه مفقود الأثر می‌کند و سپس زوجه، چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۸۸/۳۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۴/۹)

اول، دلایلی که فقهای امامیه به آنها استناد کرده‌اند

صاحب حدائق می‌فرماید: «گرچه استصحاب زوجیت می‌رساند که صبر بر زوجه واجب است، اما اخباری برخلاف این وارد شده است». (بحرانی، ۱۴۰۵، ۴۷۹/۲۵) روایت دیگر، خبر ابوالصباح الكنانی از امام جعفر صادق علیه السلام است که می‌فرماید:

فی امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولا يدرى أحي هو أم ميت أيجبر وليه على أن يطلقها قال نعم وإن لم يكن له ولي يطلقها السلطان قلت فإن قال الولي أنا أنفق عليها قال فلا يجبر على طلاقها قال قلت أرأيت إن قالت أنا أريد مثل ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا قال ليس لها ذلك ولا كرامة إذا أنفق عليها.

درباره زنی که همسرش چهار سال غایب می‌شود در حالی که کسی نفقه او را نمی‌پردازد و نمی‌داند که او زنده است یا از دنیا رفته است، آیا ولی زوج وادار می‌شود که زوجه را طلاق دهد؟ فرمود: بله و اگر این کار را نکنند، سلطان او را طلاق می‌دهد، گفتم اگر ولی 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. (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۸/۶)

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

أنه سئل عن المفقود فقال المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالی أويكتب إلى التاحية التي هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر أمر الوالی وليه أن ينفق عليها فما أنفق عليها فهي إمرأته قال قلت فإنها تقول فأتى أريد ما تريد النساء قال ليس ذلك لها ولا كرامة فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً. 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، نامه می‌نویسد. پس اگر از او اثری نیابد، والی به ولی 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 ولی یا وکیل زوج نفقه زوجه را نپردازد، ولی به او امر می‌کند که زوجه را طلاق دهد، پس این طلاق برای زن طلاق واجب است». (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۷/۶)

برخی از مذاهب اهل سنت، احادیث مبتنی بر صبر را دلیل بر صبر زوج مفقود الاثر در هر شرایطی می‌دانند. فقهای امامیه دلایلی برای تقیید احادیث مبتنی بر صبر دارند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۹۰/۳۲). دلیل اول، همان روایات مبتنی بر تربص چهار ساله و تفحص است که بر طبق آنها، احادیث مبتنی بر صبر، بر زمانی حمل می‌شود که از حیات مفقود خبر داشته باشند؛ ولی احادیث تربص، حمل می‌شود بر جایی که از حیات مفقود خبری به دست نیاید.

دلیل دیگر آیات هستند، مانند آیه ۱۹ سوره نساء که می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لَتَذَهَبْنَ بِبَعْضِ مَا أَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ». این آیه، قیدی است بر روایاتی که به طور مطلق، به صبر زوجه مفقود الاثر حکم داده‌اند؛ زیرا با فقدان زوج، شرایط دشوار برای زوجه ایجاد شده و زندگی از مباشرت به معروف خارج شده است.

وجود عسرو حرج هم دلیل دیگر است؛ زیرا با فقدان زوج، زوجه در بلا تکلیفی به سر می‌برد و پس از آنکه زوجه چهار سال صبر می‌کند تا تفحص درباره مفقود الاثر صورت بگیرد و باز خبری از او به دست نمی‌آید، ادامه زندگی برای زوجه سبب عسرو حرج است.

۲-۲-۳. دیدگاه فقهای شافعیه
فقهای شافعیه، قایل به صبر زوجه شده‌اند، البته شافعیه به طور مطلق در مورد غیبت منقطعه‌ای که ظاهر غیبت سلامتی شخص است، صبر را حکم داده‌اند. (ابن الفراء، ۱۴۰۵، ۲۲۲/۲)

اول) دلایلی که فقهای شافعیه به آنها استناد کرده‌اند

فقهای مسلمان، به آیات و روایات ادله نفی ضرر و حرج، اولویت، و اجماع تمسک کرده‌اند.

الف) آیات

قرآن کریم می‌فرماید: «طلاق، دو بار قابل رجوع است، پس باید با نیکی و سازگاری، زن را نگه داشت یا به نیکی او را رها کرد». (البقره: ۲۲۹) همچنین می‌فرماید:

هرگاه زنان را طلاق دادید و به پایان زمان عده نزدیک شدند از آنان به خوبی نگهداری کنید یا به خوبی رهایشان کنید، مبادا آنان را به گونه‌ای زبان آور نگهداری کنید تا بر آنان

ستم روا دارید، هر کس چنین کند، همانا بر خود ستم کرده است. (بقره: ۲۳۱)

همچنین می‌فرماید: «پس چون به پایان زمان عده نزدیک شدند، یا آنان را به خوبی نگهدارید یا به خوبی از آنان جدا شوید». (طلاق: ۲) از مجموع این آیات چنین استنباط می‌شود که شوهر در ارتباط با همسر خود، باید یک روش را در پیش گیرد، یا حقوق او را به طور کامل ادا کند، یعنی امساک به معروف کند و یا او را مطابق مقررات شرع طلاق دهد، یعنی تسریح به احسان، و راه سومی در این زمینه وجود ندارد. از آیه ۲۳۱ سوره بقره چنین استفاده می‌شود که نگهداری همسر به گونه‌ای که باعث ضرر و زیان زن نشود، مشروع نیست. خواه این ضرر، ناشی از تقصیر اختیاری شوهر باشد مانند ترک انفاق، نداشتن حسن معاشرت و...، یا ورود ضرر قهری و غیر اختیاری مانند قدرت نداشتن بر انفاق که در صورت مفقود الاثر بودن، تمامی این ضررها بر زن وارد می‌شود. اشکالی که به دلالت آیه ۲۲۹ سوره بقره وارد شده این است که تسریح به احسان خطابش شامل مفقود نمی‌شود. به این اشکال چنین پاسخ داده‌اند که در این خصوص تصمیم‌گیرنده حاکم است و مشخص کردن مصلحت، به عهده حاکم است و بر حاکم جایز است به نفع یا بر ضرر غایب حکم کند (زیدان، ۱۴۱۵، ۲/۴۵۳).

ب) ادله نفی ضرر و حرج

قاعده لاضرر از قواعد مشهور فقهی است که در بسیاری از ابواب فقه کاربرد داشته و مضمون آن این است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد و هرگونه ضرر و اضرار در اسلام نفی شده و دلیل آن، برخی آیات و روایات است. از جمله آنها آیه ۲۳۱ سوره بقره و روایتی از رسول اکرم ﷺ است که فرمود: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (عاملی، ۱۴۱۶، ۱۴/۲۶). با توجه به این آیه و برخی اخبار، ضرر در اسلام نفی شده است. صبر زن تا ابد از مصادیق ضرر و حرج است و می‌توان طبق این قاعده عمل کرد و صبر کردن زن منتفی می‌شود، البته ترک زندگی خانوادگی به تنهایی نمی‌تواند موجهی برای طلاق باشد و اگر با آثاری دیگر مانند نپرداختن نفقه و انجام ندادن وظایف خاص زناشویی همراه شده و موجب عسر و حرج برای زن شود، می‌تواند از موجبات درخواست طلاق باشد. در واقع، نتیجه ترک زندگی خانوادگی، یعنی عسر و حرج زن، موجب طلاق است و یکی از مصادق‌های اجرای قاعده نفی عسر و حرج است.

ج) مفهوم اولویت

توضیح آن در این بحث این است که در موقعیت‌هایی مانند ایلاء و نفقه ندادن بر زن که حکم به جدایی به دلیل مشقت و ضرر داده، جدایی به دلیل ناپدید شدن شوهر به طریق اولی، جزء مصادیق مشقت و ضرر است؛ زیرا فقدان شوهر تا ابد استمرار می‌یابد، به خلاف دیگر موقعیت‌هایی

که گفته شد. بر این مطلب اشکال وارد شده که مناط و دلیل جدایی در موقعیت‌های فوق، وجود ادله است.

امام خمینی رحمته الله علیه می‌فرماید:

برای جست‌وجو و فحص، هیچ کیفیت خاصی وجود ندارد و ملاک آن است که به صورت عرف، مأموریت، طلب و فحص تلقی شود. به علاوه به کتابت و دیگر ابزارها مانند تلگراف و سایر وسیله‌های رایج در هر دوره یا به وسیله مسافری یا حجاج و به طور کلی به هر طریقی که مورد قبول عرف افتد، می‌توان از حال غایب جست‌وجو کرد. (خمینی رحمته الله علیه، بی‌تا، ۳۴۱/۲)

۴. حکم طلاق همسر مفقودالأثر

۴-۱. دیدگاه فقه امامیه

پس از اتمام چهار سال و فحص و جست‌وجو از غایب، اگر خبری از حیات یا ممات غایب نشد، اینجا وظیفه زوجه مورد اختلاف است:

- قول اول، عدم زوال زوجیت که بنا بر این قول، مادامی که زن به حاکم مراجعه نکرده، زوجیت به حال خود باقی است، ولی اگر به حاکم مراجعه کند، حاکم از روز مراجعه به مدت چهار سال، مرد را جست‌وجو می‌کند و اگر خبری از او شد، زن باید صبر کند و اگر خبری نشد و چهار سال گذشت، اگر برای مرد ولی‌ای باشد که به زن انفاق کند، تا ابد صبر خواهد کرد، اما اگر مردی استثنایی، مرد ولی نداشته باشد، حاکم بین آن دو، حکم به جدایی کرده و زن عده وفات نگه می‌دارد و بعد از عده، زن مالک نفس خود است. (طباطبایی، ۱۴۰۴، ۱۸۸/۲؛ حلی، ۱۴۱۱، ۱۴۶/۲؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۳۵/۱)

- قول دوم، زوال زوجیت بعد از چهار سال که بنا بر این قول، زن باید به مدت چهار سال انتظار بکشد و بعد به مدت چهار ماه و ده روز عده نگه دارد و پس از آن می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند. (حلی، ۱۴۱۱، ۱۴۶/۲)

- قول سوم، زوال زوجیت بعد از هفتاد سال که بنا بر این قول، زن باید به مدت هفتاد سال انتظار بکشد و بعد عده نگه دارد، سپس می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند و دلیل این قول این است که بنا بر ظاهر، همسر او نمی‌تواند بعد از این مدت زنده باشد. (مقدسی، بی‌تا، ص ۳۵)

۴-۱-۱. صدور امر طلاق در فقه امامیه

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 مانند شیخ مفید، شیخ طوسی و ابن ادریس از طلاق اسمی نیاورده‌اند، یعنی اگر پس از چهار سال تربص و تفحص، خبری از مفقود الأثر به دست نیاید، زوجه عده وفات نگه می‌دارد. (مفید، ۱۴۱۳، ص ۵۳۷؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۵۳۸) صاحب شرائع می‌فرماید: «اگر از مفقود خبری به دست نیاید، زوجه وی با امرامام، عده نگه می‌دارد» (حلی، ۱۴۰۸، ۲۸/۳).

روایات می‌تواند به عنوان عام فوقانی و اصل در مسئله مطرح شود:

- روایت سکونی: «عن السکونی عن جعفر عن أبیه علیه السلام أن علیاً علیه السلام قال فی المفقود: لاتتزوج امرأته حتی یبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرک». (طوسی، ۱۴۰۷، ۴۷۸/۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۵۸/۲۲)

- روایت ابوبصیر: «عن أبی بصیر یعنی المرادی قال سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول من کانت عنده امرأة فلم یکدها ما یواری عورتها و یطعمها ما یقیم سلبها کان حقا علی الامام أن یفرق بینهما». (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۵۰۹/۲۱)

روایت اول، وظیفه زنی که شوهرش ناپدید شده را صبر و انتظار همیشگی می‌داند. روایت دوم، صورت عدم انفاق زوج برای حاکم و ایجاد فرقه و جدایی بین زن و شوهر است که با توجه به عمومیت موضوع، روایت سکونی نسبت به روایت ابو بصیر که صورت خاص حالت فقدان یا عدم انفاق زوج را مطرح کرده، باید روایت سکونی را عام فوقانی اول، و روایت ابو بصیر را عام فوقانی دوم دانست. در مجموع، دو دسته روایات است که مطابق یکی، بهتر است که حاکم ابتدا به ولی شوهر امر کند که زن را طلاق دهد، و در صورت امتناع وی یا ولی نداشتن شوهر، حاکم خودش این کار را انجام دهد؛ زیرا روایات صحیح‌ه‌ای بر این امر دلالت می‌کند و حاکم پس از آن، یعنی پس از گذشتن مدت چهار سال و بازگشتن فرستادگان و یا چیزی که در حکم فرستادگان است، برای مثال عدم اطلاع از شوهر را به وسیله نامه به حاکم اعلام کردند، زن را طلاق داده و مطابق دسته دوم، امر حاکم به نگه داشتن عده چهار ماه و ده روزه برای تحقق جدایی کافی است. مقتضای جمع صحیح این است که اگر ولی شوهر حاضر به طلاق است یا می‌توان او را وادار کرد، طلاق بر عهده اوست، اما اگر ولی نباشد، حاکم باید زن را طلاق دهد و در مورد ولی غیر قابل اجبار، حاکم زن را به نگه داشتن عده امر می‌کند که این امر، حکم حکومتی بر ابطال عقد است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۷۸/۹)

نظر مقابل، لزوم طلاق است که حاکم به ولی مفقود الأثر 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 داده و زوجه را به اعتداد امر می‌کند. دلیل دیگر آن است که عده زوجه مفقود الاثر، چهار ماه و ده روز، یعنی به میزان عده وفات است، پس وجهی برای طلاق نیست و اگر طلاق لازم بود، عده زوجه عده طلاق می‌بود. شهید ثانی روایت سماعه را مؤید این مطلب می‌داند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۵/۹) قائلان به لزوم طلاق هم از اخبار و روایات دلیل می‌آورند، مانند صحیحه برید بن معاویه که گفته است: «أجبره الوالی علی أن یطلق تطلیقة فی استقبال العدة وهی طاهر، فیصیر طلاق الولی طلاق الرّوج» و روایت حلبی که در آن آمده: «فإن لم ینفق علیها ولیه أو وکیله أمره أن یطلقها و کان ذلک علیها طلاقاً واجباً». دلیل دیگر آن است که موت مفقود ثابت نشده و احدی به موت او شهادت نداده است. دلیل سوم، اصل بقای زوجیت است و زوجیت مگر به امری شرعی مانند موت یا طلاق، زائل نمی‌شود. بنابراین، طلاق لازم است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۸۵/۹) نظر صاحب جواهر هم لزوم طلاق است:

اگر حاکم خبری از مفقود به دست نیاورد، زوجه او را امر به اعتداد کرده و پس از انقضای عده، ازدواج برای او 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، ۲۹۳/۳۲)

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

۴-۲. حکم طلاق در فقه شافعیه

شافعیه معتقد است که زوجه بعد از اینکه اطلاع پیدا کرد که زوج مفقود شده، بدون بررسی و جست‌وجو، زن می‌تواند عده نگهدارد؛ زیرا آیات و روایات، مدت زمانی درباره مفقود شدن زوج معین نکرده‌اند.

۵. حکم عده همسر مفقود الاثر

۵-۱. دیدگاه فقه‌های امامیه در عده همسر مفقود الاثر

اختلاف آرایه‌ای که در عده طلاق یا عده وفات در میان فقها به وجود آمده، به علت تشبث موجود در اخبار وارده است از جمله آنکه آنچه از موثقه سماعه برمی‌آید، کفایت امر حاکم به نگه داشتن عده بوده و نامی از طلاق در آن برده نشده است. معصومان علیهم‌السلام می‌فرمایند: «پس از گذشتن چهار سال، وظیفه زن این است که به مدت چهار ماه و ده روز عده نگه دارد». این در حالی است که در

صحیحه بریدبن معاویه، امر به طلاق حاکم بیان شده است. بنابراین، می‌توان این معنا را استظهار کرد که مقصود از عده، عده طلاق باشد. روایت، دلالت دارد بر اینکه وقتی شوهر در ضمن عده بازگردد، بدون رجوع به زن، نسبت به او حقی ندارد و در صورت سپری شدن عده و عدم رجوع، زن از وی جدا می‌شود. برخی از فقها این امر را از لوازم حکم طلاق در نظر گرفته‌اند. (شهید ثانی، بی‌تا، ۶/۶۷)

برخی بر این باورند که مقصود از عده در موثقه سماعه، عده وفات است؛ زیرا تصریحی به عده مطلقه نشده و نیز ضعف سند آن با شهرت حاصله از جانب فقها جبران می‌شود و اختیار عده طلاق، فاسد است. (شهید ثانی، ۱۲۷۳، ۹/۶۷۰) برخی دیگر از فقها نیز در تأیید این نظر، مسئله را مرتبط با فحص حاکم دانسته و چنین می‌گویند:

منافاتی ندارد که ما عده را عده وفات بگیریم؛ زیرا شاید بتوان این عده را برای طلاق لحاظ کرد و اینکه مقدار عده را عده وفات در نظر گرفته است، به این دلیل است که حاکم فحص کرده و سپس تصمیم بر طلاق گرفته است، اما مدت عده را وفات لحاظ کرده است. علاوه بر این در هیچ یک از نصوص دیده نشده که حاکم به موت شخصی حکم کند؛ زیرا در این صورت نگاه داشتن عده بر او واجب می‌شود، حال آنکه همه بر این امر معتقدند که بعد از تأجیل و فحص حاکم، زن در صورت تمایل می‌تواند باز هم صبر کرده و باقی بر زوجیت خود بماند. (نجفی، بی‌تا، ۳۲/۲۹۳)

برخی دیگر از بزرگان نیز حکم به عده وفات را به مقتضای احتیاط معرفی کرده‌اند. (فخرالمحققین، بی‌تا، ۳/۳۵۵؛ خوانساری، بی‌تا، ۴/۵۶۶) در بین مراجع معاصر، برخی می‌گویند: «ظاهراً این است که عده واقع شده بعد از طلاق، عده طلاق است، اگرچه به اندازه عده وفات باشد» (خمینی، ۱۴۰۳، ۲/۳۴۳). به نظر می‌رسد که وفات دانستن عده، لازمه اش عدم رجوع زوج در مدت عده باشد، حال آنکه مفهوم روایات، حتی موثقه سماعه، اشاره به امکان رجوع در زمان عده دارند. به همین دلیل بسیاری از فقها گفته‌اند:

حاکم باید طلاق بدهد و عده هم عده طلاق است نه عده وفات، و مستند آنان چند روایت است که در بعضی تصریح به طلاق شده و در برخی در صورت مراجعه شوهر در زمان عده، حق رجوع به مرد داده شده است. (محقق داماد، ۱۳۷۹، ص ۴۶۴)

ثمره این مسئله در نفقه و حداد، یعنی ترک زینت عرفی در زمان عده توسط زن و مدت عده ظاهر می‌شود و چنان‌که مشهور است، قانون مدنی، این احکام را طبق احکام عده وفات سنجدیده، اما شاید بتوان حتی با فرض پذیرفتن خبر سماعه، تنها مدت را در این عده وفات از موارد خاص دانست که شارع به آن اشاره کرده و در سایر خصوصیات، باید مانند طلاق رجعی با آن عمل شود،

به گونه‌ای که حق نفقه و حق توارث زوجین در آن محفوظ بماند و تنها به دلیل مشخص نبودن حیات یا ممات مفقود، براساس رعایت جانب احتیاط مقدار و مدت عده وفات را برای آن در نظر گرفته‌اند.

۵-۱-۱. ادله نظریه امر حاکم به عده وفات

دلیل اول، موثقه سماعه

«عن سماعة قال: سألته عن المفقود فقال: ... فإن لم يجد له خبر حتى تمضي الأربع سنين، أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل للزواج». (حرعاملی، ۱۴۰۹، ۵۰/۲۰) این روایت در مقام بیان تکلیف زنی است که شوهرش مفقودالأثر است و چون در این روایت سخنی از طلاق به میان نیامده، مشخص می‌شود برای تحقق جدایی، امر به نگه داشتن عده از سوی زن کافی است و طلاق لازم نیست.

دلیل دوم، ظاهر حال پس از فحص از شوهر مفقودالأثر و ناامیدی حاکم از یافتن او

ظاهر حال این است که شوهر از دنیا رفته، پس حاکم، ظن به موت داشته و به نگه داشتن عده حکم می‌کند. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ص ۲۹۰)

دلیل سوم، عده وفات بودن عده

مدت زمان عده زنی که شوهرش ناپدید شده در روایات عده وفات تعیین شده است، پس مشخص می‌شود شوهر در حکم میت بوده و نیازی به طلاق نیست. (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۲۹۰/۹) بقیه روایات، مانند روایت ابی الصباح (کلینی، ۱۴۰۷، ۱۴۸/۶) در این باب مطلق هستند و لفظی که بر عده طلاق دلالت کند در آنها نیست، اما ظاهر آنها این است که منظور از عده، عده طلاق است؛ زیرا در این روایات حکم شده به اینکه حاکم، زن را طلاق می‌دهد و سپس عده نگه دارد. روایت حسنه برید (صدوق، ۱۴۱۳، ۵۴۷/۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹، ۱۵۶/۲۲) برای این امر، یعنی عده طلاق دلالت می‌کند؛ زیرا در این روایت آمده:

اگر شوهر قبل از سپری شدن عده، مرد آمد و خواست به زن رجوع کند، آن زن همسر اوست و حق رجوع دارد و می‌تواند زن را دو طلاق دیگر بدهد و اگر قبل از آمدن شوهر رجوع او، عده زن سپری شود، دیگر همسروی نیست و آن زن برای هر کس که بخواهد با او ازدواج کند، حلال است و شوهر اول هیچ تسلطی بر او ندارد.

این روایت همچنین دلالت می‌کند بر اینکه اگر شوهر در طول ایام عده برگردد، فقط در صورت رجوع، نسبت به آن زن اولویت دارد. بنابراین، اگر رجوع نکند تا عده زن تمام شود، آن زن از او جدا

می شود و دلیل این حکم آن است که اولویت نداشتن شوهر، جز به واسطه رجوع از لوازم حکم طلاق صحیح است. علت اینکه شهید ثانی، حکم مذکور، یعنی عده وفات را به مشهور فقها نسبت داده به این دلیل است که مدرک و مستند آن ضعیف است.

۲-۵. حکم عده در فقه شافعیه و دلایل آن

شافعی در این باره دو قول دارد که تحت عنوان قول قدیم و جدید در کتاب الام آمده است. او در قول قدیم خود می گوید:

زن چهار سال صبر می کند و بعد از آن به نزد حاکم امر به جدایی کند، سپس عده وفات نگه می دارد و می تواند ازدواج کند؛ زیرا ظاهر حال این است که شوهر از دنیا رفته و به خاطر اینکه عدم قدرت انفاق زوج و ایفای وظایف زناشویی و زن دچار عسر و حرج می شود. (شافعی، ۱۴۱۰، ۲۴۰/۵)

شافعی در نظر جدیدش می نویسد: «زن باید تا ابد در زوجیت مرد باقی بماند، تا اینکه یقین به وفات او پیدا کند». (شافعی، ۱۴۱۰، ۲۴۰/۵) زوجه این مفقود با دیگری نمی تواند ازدواج کند، مگر اینکه مدتی بگذرد که امکان حیات شخص غایب ممکن نباشد. شافعی این مدت را ۹۰ سال تعیین کرده؛ زیرا کسی که حیاتش معلوم نیست، نه اینکه به حکم وفاتش می شود تا اموالش تقسیم می شود و همسر او می تواند با دیگری ازدواج کند (مغینه، ۱۳۷۷، ص ۴۳۸؛ النووی، ۱۴۳۲، ۲۳۹/۱۹-۲۴۰).

۶. حکم نفقه همسر مفقود الأثر

۱-۶. دیدگاه فقهای امامیه در حکم نفقه همسر مفقود الأثر

مشهور فقهای امامیه گفته اند اگر از غایب خبری باشد یا اینکه ولی ای داشته باشد که نفقه زوجه را بپردازد، زوجه اختیار طلاق یا انحلال نکاح ندارد، اما اگر خبری از غایب به دست نیاید، یا اینکه غایب ولی نداشته باشد، زن می تواند به حاکم رجوع کند و چهار سال صبر کند تا اینکه همسرش پیدا شود. در صورت پیدا نشدن شوهر و انقضای مدت چهار سال، حاکم زن را طلاق می دهد، سپس زن عده وفات نگه داشته و بعد از آن می تواند ازدواج کند. همان گونه که فقها گفته اند این عده، عده طلاق بوده، اما به اندازه عده وفات است. (طباطبایی بیزی، ۱۴۱۴، ۷۳/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲۸/۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۷۳۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۱۴۵/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۶۵/۶) اکثر فقها به صرف مراجعه زن به حاکم، قائل به حق انحلال زوجیت برای زن نیستند بلکه در چنین صورتی دو حالت را در نظر می گیرند: حالت اول، اگر ولی زوج یا فرد متبرعی به زوجه انفاق

کند، زن حق درخواست انحلال نکاح را ندارد بلکه باید با شرایط موجود بسازد تا وضعیت همسرش مشخص شود. اگر غایب مال داشته باشد، نفقه زوجه از مال او پرداخت می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۶/۶۵) در این صورت، حاکم ولی زوج را ملزم به انفاق وی خواهد کرد. حالت دوم، اگر زوج ولی نداشته باشد تا به زن انفاق کند یا اینکه فرد متبرعی یافت نشود تا نفقه زوجه را بپردازد در این صورت مسئله طلاق زوجه مطرح می‌شود که باید با توجه به شرایطی که وجود دارد در این زمینه تصمیم‌گیری شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱/۲۰۱). در صورتی که غایب، ولی نداشته باشد، حاکم باید زوجه را طلاق دهد (شیخ صدوق، ۱۴۱۵، ص ۱۱۹). بعضی از فقها در این باره صحبتی از طلاق نیاورده‌اند بلکه تصریح کرده‌اند که حاکم، به زوجه امر می‌کند که عده وفات نگه دارد و اگر خواست، می‌تواند ازدواج کند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۷/۳۷۴؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ۲/۲۲۷؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ۲/۲۷۶).

گروهی دیگر از فقها، قائل به پرداخت نفقه زوجه از بیت‌المال شده‌اند. اینکه در چه صورتی باید نفقه زوجه از بیت‌المال پرداخت شود، سه نوع اظهار نظر متفاوت در مطالعه دیدگاه‌های ایشان است از جمله:

- در صورتی که زوج ولی نداشته باشد که نفقه زوجه را بپردازد، حاکم باید از بیت‌المال نفقه زوجه را پرداخت کند. (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲/۷۳۶)

- در صورتی که زوجه به حاکم رجوع کند، حاکم چهار سال وقت معین می‌کند تا به جست‌وجوی غایب بپردازد. در مدت جست‌وجو، حاکم باید نفقه زن را از بیت‌المال بپردازد. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳/۱۴۵) اگر از غایب خبری می‌رسد، زن باید صبر کند و بر امام واجب است که نفقه زوجه را از بیت‌المال بدهد. علامه حلی می‌نویسد: «اگر از زوج خبر می‌رسد، یا ولی‌ای دارد که نفقه زوجه را می‌پردازد، زوجه باید تا ابد صبر کند» (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳/۱۴۴).

- در صورتی که خبر زنده بودن زوج می‌رسد، بر زوجه واجب است که برای همیشه صبر پیشه کند. در این صورت، فرق نمی‌کند که نفقه‌اش داده می‌شود یا نه؛ زیرا اصل، بقای زوجیت است و اجماع فقها و نص روایات آن را تأیید می‌کند. (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ۸/۱۲۴)

ظاهر عبارت بعضی از فقها این است که اگر مرد مال داشته باشد، یا ولی زوج به او نفقه می‌دهد، نمی‌تواند به نزد حاکم شکایت ببرد، اما برخی دیگر از فقها بر این باورند که این امر، مانع از مرافعه به حاکم نیست. در دلیل این حکم گفته شده احتمال دارد مال زوج تمام شود یا اینکه ولی زوج، نفقه را قطع کند و این موارد هم قبل از روشن شدن وضعیت حیات و مرگ غایب بوده باشد. (حسینی

سیستانی، ۱۴۱۷، ۱۸/۳) نکته دیگر در مطالعه دیدگاه فقها، پرداخت نفقه توسط مؤسسه حکومتی است. اگر متبرعی یا مؤسسه حکومتی به زوجه نفقه بدهد، آیا مانع درخواست طلاق توسط زوجه می‌شود یا نه؟ ممکن است به نظر برسد که با پرداخت نفقه، وجهی برای طلاق وجود ندارد. همان‌طور که امام خمینی رحمته الله علیه می‌نویسد: «در صورتی که متبرعی باشد که خرجی زوجه را بدهد، واجب است که زن صبر کند و انتظار بکشد و جایز نیست که ازدواج کند» (امام خمینی رحمته الله علیه، ۱۳۷۵، ۱۳۸/۳؛ ۱۳۷۹؛ ۱۳۷۴/۱). البته نظر ایشان، منصرف از موارد عسر و حرج است. بنابراین، اگر زن دچار عسر و حرج شود، حتی قبل از انقضای مدت چهار سال، حق درخواست طلاق را دارد. براساس فتوای بعضی دیگر از فقها بر زوجه واجب نیست که نفقه متبرع یا مؤسسه‌ای را بگیرد (حسینی سیستانی، ۱۴۱۷، ۱۸۱/۳).

۱-۶-۱. نفقه در ایام عده

آیا زوجه غایب که به حکم حاکم مطلقه می‌شود، مستحق نفقه است یا نه؟ اشکال از جایی به وجود می‌آید که طلاق واقع شده، رجعی است و بیشتر فقها در طلاق رجعی، قائل به حق نفقه برای مطلقه رجعی هستند. از طرف دیگر، عده زوجه غایب، عده وفات است و زن در عده وفات، مستحق نفقه نیست. بعضی از فقها در این باره گفته‌اند: «زن در زمان عده، نفقه ندارد، خواه مرد قبل از انقضای عده یا بعد از آن بیاید» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ۱۷۲/۴). در مقابل این قول گفته شده، اگر غایب در زمان عده برگردد، واجب است که نفقه زن را بپردازد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ۳/۳۴۹). برخی دیگر از فقها در وجوب نفقه در زمان عده، تردید دارند (موسوی عاملی، ۱۴۱۱، ۲/۱۰۶). صاحب‌جوهر می‌گوید: «دلیلی برای نفقه در ایام عده، به دلیل ظهور ادله نیست و مقتضی اصل برائت این است که بعد از خروج زن از زوجیت، نفقه زن بر مرد واجب نیست، اگرچه طلاق واقع شده، رجعی است» (نجفی. بی تا، ۳۰۱/۳۲). طلاقی که از ناحیه ولی یا حاکم واقع شود، رجعی بوده و واجب است که نفقه زوجه داده شود (خویی، ۱۴۱۰، ۲/۳۲۷).

۲-۶-۲. حکم نفقه در فقه شافعیه

در زمان عده، غایب و وظیفه‌ای برای پرداخت نفقه زوجه ندارد، هرچند قبل از انقضای عده بیاید. در این مورد فرق نمی‌کند که فوت مرد، قبل از عده یا بعد از عده، یا در اثنای عده روشن شود؛ زیرا حکم به نگه داشتن عده و جدایی بین زن و مرد، بنابر ظاهر است و مستند حکم حاکم، اجتهاد او بوده است. (نووی، ۱۴۱۵، ۳۸۱/۶)

۷. احکام همسر مفقودالأثر در قانون مدنی کشور اندونزی

در بند دو ماده ۱۱۶ قانون مدنی اندونزی، شماره ۳ سال ۲۰۰۶ و قانون شماره ۹ سال ۱۹۷۵ ماده ۱۹ آمده: «هرگاه شخصی دو سال تمام غایب مفقودالأثر باشد، زن می‌تواند تقاضای طلاق کند». (کامپیلای حکم اسلام، ۲۰۰۹، ص ۳۶) با توجه به این ماده، دادگاه هنگامی می‌تواند حکم طلاق صادر کند که پس از دریافت درخواست طلاق از جانب زن در یکی از جراید محل و یا یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار اندونزی و یا رادیو و تلویزیون اعلام شده باشد در قانون حکم پردادانا ماده ۴۶۷ نوشته که اگر زوج تمام پنج سال غایب و مفقودالأثر باشد، اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، دعوت کند که اگر خبری دارند، به اطلاع دادگاه برسانند. به مدت سه ماه، اگر حیات غایب ثابت نشود، دادگاه حکم موت زوج و حکم طلاق صادر می‌کند. (کتاب قوانین حکم پردادانا، ۱۹۹۵، ص ۱۴۴-۱۴۶). مطابق نظر برخی حقوق دانان از مفاد این ماده چنین برمی‌آید که قبل از گذشت پنج سال از تاریخ آخرین خبر غایب، دادگاه نمی‌تواند حکم طلاق به علت غیبت شوهر صادر کند، ولی در مورد عده همسر مفقودالأثر چون از نظر قانون، فسخ نکاح حساب می‌شود و در ماده ۱۵۵ نوشته شد که مدت عده زن به خاطر فسخ نکاح، عده طلاق است. درحالی‌که علمای امامیه و شافعیه موافقتند که همسر مفقودالأثر باید عده طلاق به مدت چهار ماه و ده روزه نگه دارد (قانون مدنی کشور اندونزی، کامپیلای حکم اسلام، ۲۰۰۹، ص ۴۸-۴۹).

۸. نتیجه‌گیری

فقه‌های امامیه درباره وظیفه زوجه مفقودالأثر، نظم و ترتیب خاصی دارند. آنها در صورت معلوم بودن حیات مفقود یا برقرار بودن نفقه زوجه وی، وظیفه زوجه را صبر می‌دانند، حتی اگر برای مدت طولانی باشد. این نظر از آن جنبه اشکال دارد که وضعیت دشوار برای زوجه، فقط عدم نفقه فرض شده، درحالی‌که شاید در صورت وجود نفقه هم، زوجه در شرایط دشوار به سر برسد، اما این اشکال با استناد به قاعده عسر و حرج رفعش شدنی است؛ زیرا یکی از موارد طلاق حاکم، وجود عسر و حرج برای زوجه در ادامه زندگی است. فقه‌های امامیه در صورتی که حیات مفقود معلوم، و نفقه زوجه برقرار نباشد با استناد به دلایل مختلف، قائل به وجود حق درخواست طلاق برای زوجه هستند در صورتی که زوجه به حاکم مراجعه کند، حاکم از روز مراجعه به وی، امر به انتظار به مدت چهار سال می‌کند. در مدت انتظار زن، حاکم به جست‌وجو شخص مفقود می‌پردازد که اگر خبری از او نشد و چهار سال گذشت، حاکم زن را امر به نگه داشتن عده می‌کند که بعد از سپری شدن مدت عده، می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند. در صورتی که زن انتظار را اختیار کند در مدت

انتظار و همچنین در ایام عده، نفقه به زن تعلق خواهد گرفت. ماهیت عده واقع شده بعد از زوجه غایب مفقود الأثر توسط حاکم، عده طلاق بوده و بنابر احتیاط، به لحاظ مدت، به قدر عده وفات است و در سایر احکام و خصوصیات، تابع شرایط عده طلاق، یعنی عدم ثبوت حداد، ثبوت نفقه و حق توارث و غیره است. شافعیه، موضع سختگیرانه‌ای درباره زوجه مفقود الأثر برگزیده و به طور مطلق به صبر به مدت طولانی حکم داده در حالی که یکی از دلایل بحث‌های مطرح درباره زوجه مفقود الأثر، رفع عسر و حرج ناشی از فقدان زوج است، اما نظر شافعیه برای زوجه، عسر و حرج بوده و نفقه نیز به زن تعلق نمی‌گیرد. در نحوه استدلال نیز بین امامیه و شافعیه تفاوت‌هایی است. فقهای امامیه بیشتر به روایات استناد کرده و تعداد روایات بیشتری را مورد توجه قرار داده‌اند. آنها همچنین به قاعده عسر و حرج استناد کرده‌اند، اما فقهای شافعیه به روایات مورد استناد شیعه توجه نکرده و استدلال آنها اغلب براساس دو روایت نبوی و علوی است که البته برخی از خود فقهای شافعیه به این دو روایت اشکال وارد کرده‌اند. ایشان بر عمل و قضاوت صحابه هم بسیار تأکید دارند. مفهوم غایب مفقود الأثر در دیدگاه فقهای شافعیه، تفاوتی با نظر امامیه و قانون نداشته و در مورد وضعیت طلاق زوجه او در میان فقهای شافعیه تحت قول قدیم، تفاوت آرای دیده نمی‌شود، اما شافعیه در دو قول جدید خود گفته که امکان طلاق زوجه چنین فردی، منوط به گذشت مدت زمانی است که فرد، امکان حیات نداشته باشد. از نظر قانون مدنی اندونزی بعد از دو سال از مفقود الأثر شدن شوهر، زن می‌تواند تقاضای طلاق دهد و زن باید عده طلاق نگه دارد؛ زیرا جدایی از شوهر مفقود الأثر، فسخ نکاح حساب می‌شود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 رتال جامع علوم انسانی

فهرست منابع

۱. ابن ادريس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۱). السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲. ابن البراج الطرابلسی، عبدالعزيز (۱۴۰۶). المذهب. قم: مؤسسه نشر اسلامیة انتشارات جامعه المدرسين.
۳. ابن حمزه، محمد بن علی (۱۴۰۸). الوسيله الی نیل الفضيله. قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی.
۴. ابن قدامه، ابو محمد عبدالله بن قدامه (بی تا). المغنی. بیروت: انتشارات دار الکتب العربی.
۵. ابن قدامه، عبد الرحمن بن قدامه (بی تا). الشرح الکبیر. بیروت: انتشارات دار الکتب العربی.
۶. ابوعلی، قاضی بن الفراء (۱۴۰۵). المسائل الفقهیه من کتاب الروایتین والوجهی. الرياض: مکتبه المعارف.
۷. الازهری، شهاب الدین احمد بن سالم النفراوی (۱۴۱۵). الفواکه الدوانی علی رساله ابن ابی زید القیروانی. بیروت: دارالفکر.
۸. موسوی خمینی رحمته الله علیه، روح الله (۱۳۷۹). تحرير الوسيله. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
۹. انیس، ابراهیم (۱۴۰۸). المعجم الوسیط. تهران: نشر فرهنگ اسلامی.
۱۰. بحرانی. یوسف (۱۴۰۹). الحدائق الناضرة. قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی.

۱۱. بخاری، محمد بن اسماعیل (۱۴۲۲). صحیح البخاری، تحقیق: محمد زهیر بن ناصر. بیروت: دار طوق النجاة.
۱۲. البکری، ابن السید محمد شطا الدمیاطی (۱۴۱۸). اعانه الطالبین. بیروت: دار الفکر.
۱۳. بیهقی نیشابوری کیدری، محمد بن حسن (۱۴۱۶). اصباح الشیعه بمصباح الشریعه. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۱۴. البیهقی، احمد بن حسین (بی تا). السنن البکری. بیروت: دار الفکر.
۱۵. جزیری، عبدالرحمن (۱۴۰۶). الفقه علی المذاهب الاربعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۱۶. الجمل، الشیخ سلیمان (۱۲۰۴). حاشیه الشیخ سلیمان الجمل علی شرح المنهج الشیخ زکریا الانصاری. بیروت: دار الفکر.
۱۷. حجازی مقدسی، شرف الدین (بی تا). الاقناع. مصر: انتشارات مصریه الأزهر.
۱۸. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه. قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.
۱۹. حسینی سیستانی، سید علی (۱۴۱۷). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیت الله سیستانی.
۲۰. حلی، احمد بن محمد (۱۴۱۱). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: نشر اسلامی.
۲۱. حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۲). تبصره المتعلمین فی أحكام الدین، تهران، مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲۲. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰). ارشاد الاذهان الی احکام الایمان. قم: نشر اسلامی.
۲۳. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۲). تلخیص المرام فی معرفه الاحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۴. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). قواعد الاحکام فی معرفت الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). تکتة النهایه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰). تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۷. خمینی، سید روح الله (۱۳۷۵). استفتائات از محضر امام خمینی علیه السلام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۸. الخوانساری، السید احمد (۱۳۶۴). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان مکتبه الصدوق.
۲۹. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۷). منهاج الصالحین. نجف: انتشارات نعمان.
۳۰. الدارقطنی (۱۴۱۷). سنن الدارقطنی. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۳۱. دمشقی عثمانی، محمد بن عبدالرحمن (۱۴۱۶). رحمه الامه فی الاختلاف الاثمه. بیروت: دار الفکر.
۳۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۶). مفردات الفاظ القرآن. قم: ذوی القربی.
۳۳. سبزواری، عبدالعلی (۱۴۱۷). مهذب الاحکام فی بیان الحلال والحرام. قم: انتشارات مؤسسه منار.
۳۴. سرخسی، شمس الدین (۱۴۰۶). المبسوط. بیروت: دار المعرفه.
۳۵. سعدی، ابوجیب (۱۴۰۸). القاموس الفقهی لغه واصطلاحا. دمشق: دار الفکر.
۳۶. سیدرضی، محمد بن حسین موسوی (۱۴۲۲). نهج البلاغه. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین.
۳۷. السیوسی، رجب بن ابراهیم (۱۳۵۶). نجم الهدی. بی تا: بی نا.
۳۸. شافعی الصغیر، شمس الدین (۱۴۱۳). نهایه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام. قم: نشر اسلامی.
۳۹. الشافعی، ابی عبدالله محمد بن ادریس (۱۴۳۰). کتاب الام. بیروت: دار الفکر.
۴۰. شاهرودی، سید محمود هاشمی (۱۴۲۶). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
۴۱. شیخ بهایی، محمد بن حسین (۱۴۲۹). جامع عباسی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵). المقنع. قم: مؤسسه الامام الهادی.
۴۳. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۴). العروه الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۴۴. طباطبایی، حکیم سید محسن (۱۴۰۰). منهاج الصالحین. بیروت: انتشارات دارالتعارف.
۴۵. طباطبایی، سید علی (۱۴۰۴). ریاض المسائل. قم: انتشارات رضی.
۴۶. طوسی، ابوجعفر محمد (۱۴۰۰). النهایه فی مجرد الفقه الفتاوی. بیروت: دار الکتب العربی.
۴۷. طوسی، ابوجعفر محمد (۱۳۶۵). تهذیب الاحکام. تهران: انتشارات دارالکتب اسلامی.
۴۸. طوسی، ابوجعفر محمد (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. قم: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
۴۹. عاملی، زین الدین (بی تا). مسالک الافهام فی شرائع الاسلام. قم: انتشارات دارالهدی.
۵۰. عاملی، زین الدین (۱۴۰۳). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه. قم: انتشارات دارالهدی.
۵۱. عاملی، محمد بن علی الموسوی (۱۴۱۳). نهایه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام. قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه

لجماعه المدرسين .

۵۲. عبدالمنعم، محمود عبدالرحمن (بی تا). معجم المصطلحات الالفاظ الفقهيہ . مصر: انتشارات دارالفضيلہ .
۵۳. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷). كشف الرموز فی شرح مختصر النافع . قم: دفتر انتشارات اسلامی .
۵۴. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶). كشف اللثام والابهام عن قواعد الاحكام . قم: دفتر انتشارات اسلامی .
۵۵. فخرالمحققين، محمد بن حسن (بی تا). النصائح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد . قم: مؤسسه اسماعيليين .
۵۶. قاضل مقدار، مقدار بن عبدالله (۱۴۰۴). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع . قم: انتشارات کتابخانه آیت - الله مرعشی نجفی .
۵۷. قانون مدنی کشور اندونزی (۲۰۰۹) کامپیلای حکم اسلام .
۵۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷). الکافی . تهران: دارالکتب الاسلامیه .
۵۹. محدث نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل . قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام .
۶۰. محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۹). تحليل فقهي حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن . قم: مرکز نشر علوم اسلامی .
۶۱. مغنیه، محمد جواد (۱۴۰۲). الفقه علی المذاهب الخمسه . بیروت: انتشارات دارالتیاری الجدید .
۶۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳). المقنعه . بی جا: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید .
۶۳. الموصلي، ابوعلی (۱۴۲۸). مسند ابوعلی الموصلي . بیروت: دارالفکر العربی .
۶۴. نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷). جواهر الکلام . تهران: دارالکتب الاسلامیه .
۶۵. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵). مستند الشيعه فی احکام الشریعه . قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام .
۶۶. النووی، الإمام أبو زکریا محیی الدین بن شرف (۱۴۳۲). المجموع فی شرح المهذب . بیروت: دارالفکر للطباعه و النشر و التوزيع .
۶۷. نووی، یحیی بن شرف (۱۴۱۵). روضه الطالبین وعمده المفتین . بیروت: دارالفکر .
۶۸. نیشابوری، مسلم بن حجاج (۱۴۱۲). صحیح مسلم . مصحح: محمد فؤاد عبدالباقی . قاهره: دارالحديث .



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی