

بررسی تطبیقی نفقه زوجهٔ مفقود خارج شده از عقد نکاح^۱

علمی - پژوهشی

محمد غلامی علیایی *

رضا رنجبر **

رحیم وکیل زاده ***

علیرضا لطفی ****

چکیده

در برخی از موارد افراد با انگیزه‌های مختلف از جمله کار، مسافرت، اختلاف خانوادگی و یا هر دلیل دیگری اقامتگاه و محل سکونت خود را ترک می‌نمایند و بعد از مدتی خبری دال بر حیات ایشان به دست نمی‌رسد؛ چنین شخصی از نظر فقه و حقوق اسلامی غایب نامیده می‌شود. در این پژوهش به بررسی استحقاق نفقه زوجه ی مفقود که با حکم حاکم، شرعاً از عقد نکاح مفقود خارج شده، از دیدگاه مکاتب خمسسه پرداخته شده است و در ادامه با استفاده از روش توصیفی و تحلیلی درصدد پاسخی مناسب به این پرسش است که آیا زوجه غایب که به حکم حاکم مطلقه می‌شود در ایام عدهٔ مستحق نفقه است؟ یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که اگر جدایی زوجین، ناشی از حکم حاکم شرع به طلاق باشد، زوجه ی مفقود در ایام عدهٔ، مستحق نفقه خواهد بود، چرا که هر زنی در ایام عدهٔ طلاق مستحق نفقه است و هیچ دلیلی بر استثنای زوجهٔ مفقود وجود ندارد ولی چنانکه این جدایی، حاصل حکم به موت فرضی مفقود باشد، طبق قواعد فقهی، زوجه، مستحق نفقه نخواهد بود چرا که زن در ایام عدهٔ وفات مستحق نفقه نیست.

کلید واژه‌ها: نفقه زوجه، مفقود، عقد نکاح، استحقاق یا عدم استحقاق نفقه

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۸/۰۶/۲۰) تاریخ پذیرش: (۱۳۹۹/۰۴/۰۴)

* دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

gholamaliyaei@gmail.com

** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران. (نویسنده

مسئول) r_ranjbar@yahoo.com

*** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

r.vakilzade@bonabiau.ac.ir

**** استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد خوی، دانشگاه آزاد اسلامی، خوی، ایران.

alireza_lfoti@yahoo.com

۱- مقدمه

گاهی ممکن است فردی از محل زندگی خود خارج شود و پس از مدت نسبتاً زیادی خبری از احوال او در دست نباشد؛ چنین شخصی در نگاه فقهی و حقوقی «مفقود» و یا همان «غائب» و همسر وی، زوجه مفقودالایر نامیده می‌شود. بدیهی است که وقتی چنین اتفاقی می‌افتد حقوق فرد مفقود در تعارض با حقوق خانواده اش قرار می‌گیرد، چرا که از جهت رعایت حقوق فرد مفقود، باید تا زمان پیداشدن او یا یقین به مرگش، اجازه هیچ تصرفی در اموال او توسط خانواده‌اش، داده نشود و هشدار داده شود که: "زوجه مفقود حق مطالبه نکاح با مرد دیگر را ندارد و باید تا زمانی که مفقود پیدا و یا یقین به موت وی حاصل شود، صبر پیشه کند و حق جدایی ندارد". اما از جهت رعایت حقوق زن و فرزندان فرد مفقود نمی‌توان زوجه و اولاد مفقود را بالاتکلیف رها کرد؛ لذا از این جهت اموال متعلق به ورثه است و زوجه هم حق ازدواج با فرد دیگر را دارد. شرع مقدس اسلام و به تبع آن حقوق اسلامی، مقوله ای به نام موت فرضی وضع نموده که در صورت وجود شرایطی خاص، حکم به مرده بودن فرد مفقود و به تعبیر بهتر حکم به مرده انگاشتن مفقود می‌کند.

جدایی بین مفقود و زوجه اش به دو صورت تحقق می‌یابد که یکی از طریق حکم به موت فرضی و دیگری از طریق طلاق است که هر دو عمل توسط حاکم شرع و یا ولی مفقود انجام می‌گیرد. مشخص است که عده طلاق و عده وفات از حیث کمیّت زمانی تفاوت دارند چرا که عده طلاق سه طهر^۱ و عده وفات چهار ماه و ده روز است؛ ولی تعبیری که همه فقهاء آورده اند، عبارت «عده الوفاة» است. اما با شرطی که گذشت، بیان شد که منظور فقهای که در عین اعتقاد به طلاق تعبیر به عده وفات کرده اند صرفاً برای بیان بازه زمانی عده است؛ یعنی، همه فقهاء معتقدند که عده زنی که از زوج مفقود خودش جدا شده است، چهار ماه و ده روز است و فرق نمی‌کند که این جدایی به خاطر طلاق زوجه توسط حاکم یا ولی مفقود و یا بخاطر حکم حاکم به موت فرضی زوج مفقودش بوده باشد. براساس نظر مشهور فقهای امامیه اگر غایب اموالی داشته باشد نفقه از آن اموال پرداخت و چنانچه ولی داشته باشد او می‌تواند نفقه زوجه را بپردازد و همچنین اگر شخص ثالث دیگری نیز نفقه

^۱ طهر در لغت به معنای پاکی، مقابل نجاست و حیض آمده است؛ لیکن مراد از آن در کلمات فقهاء پاکی از حیض و نفاس است؛ از این رو، به روزهای پاکی زن از حیض و نفاس «ایام طهر» اطلاق می‌شود.

زوجه را بپردازد، زوجه باید صبر کند اما اگر خبری از غایب نمی رسد و همچنین اموالی جهت پرداخت نفقه نداشته یا اینکه مفقود ولی نداشته باشد که نفقه زوجه را بپردازد، زن می تواند به حاکم رجوع کند و پس از چهار سال صبر طلاق بگیرد. امام خمینی (ره) به پیروی از مشهور فقهای امامیه قائل به این قول می باشند (صفایی و خیریه، ۱۳۹۲، ۱۱۱).

یکی از نویسندگان معاصر در پژوهش خود تحت عنوان بررسی طلاق زوجه غایب مفقودالایر از دیدگاه مذاهب خمس و قوانین موضوعه، از دو منظر فقهی و حقوقی به بررسی موضوع پرداخته و می نویسد: "مفهوم غایب مفقودالایر در دیدگاه فقهای عامه تفاوتی با نظر امامیه و قانون ندارد و در مورد وضعیت طلاق زوجه او در میان فقهای عامه، تفاوت آرای می مشاهده می شود. ابوحنیفه و شافعی، امکان طلاق زوجه چنین فردی را منوط به گذشت مدت زمانی دانسته اند که غالباً فرد امکان حیات نداشته باشد، اما در مقابل مالکیه و حنابله امکان طلاق با توجه به شرایط مطرح در ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی را جایز می شمارند و در صورت بروز عسر و حرج، کمترین زمان درخواست طلاق چنین زوج هایی را حنابله شش ماه و مالکیه سه سال و یا یک سال نیز دانسته اند. ماهیت این طلاق از نظر مالکیه بائن و از دیدگاه حنابله فسخ نکاح شناخته شده است. آیین مقررات کشورهای اسلامی در این رابطه، اکثراً از مذهب مالکی و حنبلی تبعیت کرده است" (دانشپور، ۱۳۹۲، ۶۷).

نواب و همکاران در پژوهش خود تحت عنوان بررسی حکم طلاق بین زن و شوهر مفقودش در مذاهب پنج گانه اسلامی، به بررسی شرایط طلاق زوجه در عصر غیبت زوج پرداخته اند و عمده نتایج آن ها عبارتند از: اولاً طبق نظر فقهای مذاهب اسلامی، خصوصاً فقهای امامیه، مادامی که زن به حاکم مراجعه نکرده است، زوجیت به حال خود باقی است و اگر به حاکم مراجعه کند حاکم از روز مراجعه، به وی امر به انتظار به مدت چهار سال می کند. در مدت انتظار زن، حاکم به جست و جو از شخص مفقود می پردازد، که اگر خبری از او شد، زوجیت به حال خود باقی است ولی اگر خبری نشد و چهار سال گذشت، حاکم بین آن دو، حکم به جدایی می کند. برای جست و جو کردن نیز کیفیت خاصی وجود ندارد، بلکه با توجه به امکانات و وضعیت حاکم در هر زمان متفاوت خواهد بود. ثانیاً در صورتی که زن انتظار را اختیار کند، در مدت انتظار و همچنین در ایام عدّه، نفقه به زن تعلق خواهد گرفت و این نفقه از اموال شخص مفقود داده خواهد شد. اما اگر زوج اموالی نداشته باشد نفقه زوج در ایام

انتظار و عده از بیت‌المال پرداخت می‌شود (نواب و همکاران، ۱۳۹۴، ۴۹).

رستمی و همکاران در تحقیقی تحت عنوان بررسی تطبیقی مبانی تعلق نفقه زوجه در فقه اسلامی و آثار آن در زندگی زناشویی، حق نفقه زن را به عنوان یکی از راهکارهای انسجام بخشی زندگی زناشویی و استحکام خانواده‌ها معرفی و به بررسی علل تعلق نفقه به زوجه می‌پردازد. بخش اصلی پژوهش آنها غالباً به تنقیح مبانی و اسباب ثبوت نفقه که به بیان نویسندگان از حیث ماهوی مقدم و از حیث رتبه نیز اهمیت بیشتری دارند پرداخته است. (رستمی و همکاران، ۱۴۰۱، ۹۹).

اهداف اصلی این پژوهش تبیین استحقاق نفقه زوجه مفقودی است که به حکم حاکم مطلقه می‌شود. همچنین در ادامه به بررسی مطالعه تطبیقی آن پرداخته و نظرات فقها مذاهب اهل سنت و فقه امامیه بصورت تطبیقی مورد بررسی قرار گرفته است.

۲- نفقه زوجه غایب خارج شده از عقد نکاح از دیدگاه فقهای مکاتب خمسسه

۲-۱- دیدگاه مذهب مالکی

مشهور فقهای مالکی بر این باورند که زوجه شخص غایب می‌تواند به حاکم رجوع کند، حاکم از تاریخ رجوع وی، مدت چهار سال به جستجوی غایب می‌پردازد، بعد از این مدت زوجه عده وفات نگه می‌دارد. اموال غایب بین ورثه تقسیم نمی‌شود تا زمانی که اشخاص هم سن غایب عادتاً زنده نماند (ابن رشد، ۱۳۸۸، ۱، ۴۳۵؛ المالک بن انس، جزء ۴، ۴۴۸؛ محمد ابن احمد، ۹، ۶۸). همچنین در صورت حضور غایب در مدت عده و نیز بعد از عده و قبل از ازدواج، امام مالک معتقد است: "غایب حق رجوع دارد. و شروع ضرب الاجل از زمان دستور حاکم است، نه غیبت زوج و نیز زوجه در مدت عده، حق نفقه ندارد، زیرا عده وفات را می‌گذراند" (المالک بن انس، جزء ۴، ۴۵۳ و ۴۵۱).

ابوالحسن تسولی از فقهاء مالکی می‌نویسد: «ینفق علیها حتی تنقضی مدّه التعمیر». منظور از مدّت تعمیر، گذشتن مدّت زمانیست که فرد مفقود، عاده تا آن زمان زنده نمی‌ماند، که برخی از آن به ۹۰ سال تعبیر کرده‌اند (ابوالحسن التسولی، ۱۴۱۸، ۱، ۶۳۹)؛ یعنی، در تمام این مدّت باید نفقه زوجه پرداخت شود؛ اما اگر مالی برای پرداخت نفقه وجود نداشت، حکم اعسار بر مفقود جاری می‌شود؛ یعنی، زوجه‌اش یک ماه صبر می‌نماید، اگر مالی برای پرداخت نفقه پیدا نشد، با توجه به قاعده

تطلق نفسها، " زن خودش را طلاق می دهد. تعبیر به مدّت تعمیر، انتخابی است که " تسولی " به جای تعیین ۹۰ سال برگزیده است. چرا که این عبارت ناظر به تعمیر شخصی است؛ یعنی، فرد مفقود، نسبت به شرایط جسمی و سنی خودش، عادهً بیش از فلان مدّت عمر نمی کند. این مدّت را زمان تعمیر می گویند؛ نه این که یک مدّت نود ساله تعیین کرده و هر مفقودی را در هر شرائطی هست، با همین معیار (سپری شدن ۹۰ سال) سنجیده شود. و در ادامه آورده است که تا زمانی که نفقه پرداخت می شود، زوجه در حبالهٔ زوج مفقود خود است. مفهوم اطلاق این سخن این است که فرقی نمی کند که نفقه از اموال فرد مفقود یا ولیّ مفقود یا اینکه فرد ثالث متبرّع دیگری پرداخت شود. در هر حالتی که نفقه پرداخت شود، زوجیت باقی است. و اما مفهوم مخالف این سخن این است که: اگر نفقه زوجه پرداخت نشود، رابطه زوجیت آنها از بین خواهد رفت تا زوجه بتواند ازدواج کند و کسی باشد که نفقه او را پرداخت نماید. اما این فسخ زوجیت، به کدام یک از طرق شرعی انجام می گیرد؟ از طریق حکم به موت فرضی یا از طریق طلاق توسط حاکم شرع؟ آنچه تسولی به آن معتقد است این است که به دلیل وجود اعسار در زوج، حکم به طلاق داده می شود، سخنی که تسولی آورده است، هم راستا با نظر دیگر فقها بوده مگر اینکه او طلاق را به دست خود زوجه سپرده و گفته است: " زوجه، خودش را طلاق می دهد. " در حالی که آنچه تاکنون از عبارات دیگر فقهاء نقل شده است، ناظر بر این بوده که در هر فرضی از مسأله، طلاق صورت گیرد، یا به دست حاکم و یا ولیّ مفقود جاری خواهد شد و اما آنچه مستقیماً به سؤال طرح شده مربوط است، این است که تعبیر به طلاق، مُشعر به ثبوت نفقه است، چرا که زوجه در ایام عده مستحقّ نفقه است. لکن مشکلی که در این مسأله وجود دارد و مقایسه آن با حالت عادی را سخت می کند این است که مسأله مورد بحث، در مورد فردی است که مفقود شده است و خبری از زنده بودنش نیست و از طرف دیگر مالی برای پرداخت زوجه اش وجود ندارد؛ یعنی، علاوه بر حقوق غیر مالی چون زوجیت و زناشویی، حقوق مالی وی؛ یعنی، نفقه او نیز در معرض ضایع شدن است. و اگر به دلیل دفاع از این حق، حکم به جدایی و فسخ رابطهٔ زوجیت داده شود، معنایی نخواهد داشت که از وجوب نفقه بر ذمهٔ زوج یا ولیّ او در ایام عده سخن گفته شود و از طرفی باید توجه داشت که در حالت عادی وقتی زوجین حاضر هستند و کسی مفقود نشده است، تنها در صورت رجعی بودن طلاق در ایام عده زوجه مستحقّ نفقه است و در صورت بائن بودن طلاق، زوجه مستحقّ نفقه نمی باشد. در این صورت نیز اصل حقّ ثابت و بدیهی است که با وی طبق تمامی

حقوقی که بدهکاران از پرداخت آن عاجز هستند، رفتار می‌شود، و این همان، قاعده اعسار است؛ اما پرداخت نفقه از سوی حاکم و از بیت‌المال، به صورت جداگانه، در تعابیر علماء آمده است. حکم به طلاق مذکور نیز حاصل و متسبب از اعسار، معرفی شده‌است.

عبدری مالکی در کتاب "التاج و الاکیل" تعبیر متفاوتی داشته و می‌نویسد: اگر مالی برای پرداخت نفقه وجود دارد، زوجه باید چهارسال صبر کند (عبدری، ۱۴۱۶، ۴، ۱۵۵). نکته ی اول این تعبیر چنین است که فرقی نمی‌کند چه کسی نفقه را پرداخت می‌کند، لذا اگر مفقود یا ولیّ او مالی برای پرداخت نفقه زوجه وی نداشته باشند ولی فرد ثالث متبرّع از مال خودش نفقه را پرداخت‌کند، زوجه تا چهار سال باید صبرکند؛ یعنی، تقاضای طلاق از سوی زوجه و مطالبه ازدواج با فرد دیگر تا پایان چهار سال، مسموع نیست. نکته ی دوم در تعبیر عبدری بدین صورت است که توجّه او به هر دو بُعد حقوق زوجه است؛ این دو بعد عبارتند از: حقوق مالی و حقوق غیرمالی؛ حقوق مالی حقوقی است که زوجه از نظر شرع‌اسلامی برگردن زوج دارد که عبارتند از: پرداخت مهریه، پرداخت نفقه، تأمین مادیات زندگی متناسب با شأن اجتماعی زوجه و حقوق غیرمالی که مربوط به حقوق ناشویی زوجه است، چنانچه در احکام‌شرعی بیان شده‌است: زوج حق ندارد بیش از چهار روز متوالی همخوابگی و بیش از چهار ماه، مجامعت با زوجه خود را ترک‌کند، و چنانچه مشخص است، مفقود شدن زوج، هر دو قسم حقوق زوجه را در معرض ضایع شدن قرار می‌دهد. لذا برای مدت تربص زوجه هم زمانی تعیین‌شده- است؛ یعنی، هر چند پرداخت نفقه از سوی ولی یا منفق متبرّع، سال‌ها قابلیت پرداخت داشته‌باشد، زوجه حق دارد بعد از چهار سال با وجود امکان پرداخت نفقه، تقاضای جدایی و فسخ عقد نکاح و ازدواج با فرد دیگر را داشته باشد چرا که تمام حقوق او منحصر در حقوق مالی مثل نفقه نیست، اما مسأله مهم‌تر و نکته ی سوم این است که: اگر بعد از چهار سال، زوجه مایل به صبر بیشتر نبود و خواستار جدایی از رابطه زوجیت با مفقود و ایجاد رابطه زوجیت با مرد دیگر شد، این جدایی تحت چه عنوان شرعی باید صورت بپذیرد؟ آیا او به سبب حکم به موت فرضی زوج خود از رابطه زوجیت با مفقود رها می‌شود یا به وسیله طلاق توسط حاکم یا ولی مفقود یا خود زوجه؟ چرا که اگر فسخ رابطه زوجیت به وسیله حکم بموت فرضی باشد، پرداخت نفقه معنی نخواهد داشت. زیرا زن در ایام عده وفات مستحقّ نفقه نیست و زنی که حکم بموت فرضی همسرش داده می‌شود باید به جای عده ی طلاق، عده ی وفات نگه دارد. اما اگر فسخ رابطه زوجیت متسبب و ناشی از صدور حکم طلاق باشد،

در صورت رجعی و باین نبودن طلاق و لزوم عده، وجوب نفقه ثابت است؛ اما اگر طلاق به نوعی باشد که محتاج به عده نیست، مثل کسی که قبل از مباشرت با همسرش و بلافاصله بعد از عقد، مفقود یا ربوده شده و چهار سال از این واقعه گذشته باشد، بدیهی است که در این صورت بحث نفقه، موضوعاً منتفی است، اما روشن است که تعبیر عبدری عاری از جواب به این مسأله است. نکته پایانی تعبیر عبدری در مورد نفقه این است که: مدت زمان چهارساله، بیانگر حداقل بازه زمانی وجوب پرداخت نفقه است، نه تعیین حداکثر برای آن؛ لذا اگر زوجه بخواهد بیش از چهار سال صبر کند، پرداخت نفقه ادامه خواهد یافت. چرا که چهارسال بعنوان زمان وجوب تربص و نه بعنوان زمان جواز تربص معرفی شده است. لذا در بحث نفقه و حقوق مالی نیز، حق انتخاب با زوجه است و اگر او نخواهد رابطه زوجیت خود با زوج مفقودش را برهم بزند، نفقه ی او باید پرداخت شود؛ یعنی، تا زمانی که بخواهد، مستحق نفقه است.

قرطبی نیز تعبیری مشابه را در کتاب "الکافی فی فقه اهل المدینه" آورده است؛ او مینویسد: «در فرصت چهارساله، زوجه مستحق نفقه است» (القرطبی، ۱۳۹۸، ۲، ۵۶۸). آنچه روشن است این است که وجوب نفقه در این بازه زمانی چهارساله به این دلیل است که حکم صبر برای زوجه، جبری است و او حق ازدواج در این مدت را ندارد. لذا منبع شرعی برای نفقه، غیر از زوج ندارد. چنانچه از تسولی مالکی نقل شد، در صورت طلاق نیز فرقی نمی کند که به دست حاکم، بوسیله ولی مفقود یا توسط خودش طلاق داده شود؛ چرا که اگر طلاق زوجه موجب عده شود، او شرعاً در ایام عده مستحق نفقه خواهد بود. اما در اینجا سوالی مطرح می شود اینکه آیا مفقودشدن زوج و به نوعی جبری بودن جدایی زوجه از او، باعث می شود که زوجه در هر صورت مستحق نفقه باشد؟ چنین خصوصیتی در تعابیر علمای مذاهب اسلامی به چشم نمی خورد. اگرچه در نگاه اول مفقود بودن زوج در لزوم استحقاق نفقه، در هر صورت امری ضروری به نظر می رسد، چون اگر حاکم شرع با بررسی شرایط مسأله، طبق فروضی که در ابتدای بحث ذکر شد، حکم به موت فرضی مفقود دهد، زوجه او از عقد زوجیت با او خارج می شود و باید عده وفات نگه دارد. در این صورت، زوجه نفقه دوران وفات را طبق شرع از دست داده است، چرا که زن در ایام عده وفات، مستحق نفقه نیست و این در حالی است که او دخالتی در مفقودی زوج خود نداشته است ولی در باب نفقه متضرر شده است. لذا نکته اصلی در رابطه با این سؤال این است، حکم جدایی که توسط حاکم شرع صادر میشود، اگر تحت عنوان حکم به موت فرضی

باشد، طبق اصول شرعی و قواعد حقوقی، زوجه در ایام عده مستحق نفقه نخواهد بود.

۲-۲- دیدگاه مذهب شافعی

فقه شافعی در این خصوص دو قول مشهور دارد که تحت عنوان قول قدیم و قول جدید در

کتاب "الام" "

آورده شده است. شافعی در قول قدیم خود می‌گوید: «زن چهارسال صبر می‌کند و بعد از آن به نزد حاکم می‌رود تا حاکم امر به جدایی کند؛ سپس عده وفات نگه می‌دارد و می‌تواند ازدواج کند. او در نظر جدیدش می‌نویسد: "زن باید تا ابد در زوجیت مرد باقی بماند، تا اینکه یقین به وفات او پیدا کند (شافعی، ۱۴۱۰، جزء ۵، ۲۴۰؛ الماوردی، ۱۴۱۴، جزء ۱۱، ۷۱۷؛ النووی، جزء ۱۸، ۱۵۸).

ابوالحسن ماوردی در کتاب "الحاوی الکبیر" می‌نویسد: "زوجه مفقود، حق نفقه دارد هرچند مستمتع بها نباشد، چون منع از طرف مفقود است، نه از طرف زوجه؛ و اگر زوجه فقط تقاضای نفقه داشته باشد و طالب ضرب الاجل نباشد، حق او ثابت است؛ اما اگر حاکم صلاح را بر ضرب الاجل ببیند، در تمام مدت تربص چهار سال زوجه مستحق نفقه خواهد بود" (الماوردی، ۱۴۱۴، جزء ۱۱، ۳۲۲). ماوردی در ادامه و در بیان علت این حکم مینویسد: چون زوجه در این مدت زمان چهار سال، به نفع زوج محبوس شده، لذا اگر در این مدت مفقود برگردد، زوجه متعلق به او خواهد بود. به چند نکته مهم در تعبیر ماوردی باید توجه داشت:

نکته اول: طبق قاعده «إذا انتفی الشرط انتفی المشروط»، هرگاه یک یا چند مورد از شروط تحقق یک پدیده منتفی شود، مشروط و یا همان تحقق آن پدیده نیز منتفی خواهد بود. در فقه اسلامی، ناشزه نبودن و تکمین به عنوان شرط پرداخت نفقه عنوان شده است؛ با تطبیق این مسأله با قاعده فوق، این نتیجه حاصل می‌شود که اگر تمکین منتفی شود؛ یعنی، زوجه تمکین نکند یا به عبارتی ناشزه باشد، مشروط که وجوب نفقه است نیز منتفی می‌شود؛ یعنی زوجه‌ای که با شوهرش رابطه زناشویی نداشته باشد، شرعاً مستحق نفقه نیست. اما در مانحن فیه و مسأله مفقود، باید توجه داشت که عدم وقوع رابطه زناشویی، امری است که ناشی از فقدان شخص زوج و نه عدم تمکین و وجود نشوز از طرف زوجه است. لذا عادلانه نخواهد بود اگر زوجه از حقی محروم شود که شرعاً برای او

ثابت است. ماوردی به این مهم توجه داشته و بیان می‌کند: «و ان لم تکن مستمتعاً بها». هر چند زوجه مستمتع^۱ بها نباشد، مستحق^۲ نفقه است. چرا که عدم استمتاع از زوجه، ناشی از فقدان زوج است و مانع استمتاع از سوی زوجه نیست لذا قاعده «اذا انتفی الشرط انتفی المشروط» را نمی‌توان بر این قاعده فقهی در مورد مسأله مفقود تطبیق داد، چراکه انتفای شرط از سوی زوجه نیست فلذا موجب انتفای مشروط یا انتفای نفقه نمی‌گردد، و در نتیجه، مطلقاً زوجه مستحق نفقه است، چه مستمتع بها باشد و چه نباشد.

نکته دوم: اگر مفقود، دارای اموالی برای پرداخت نفقه زوجه نیست و فرد ثالث متبرع نیز پرداخت نفقه را تقبل نکرده باشد، اما زوجه نیز قصد جدایی از زوج خود و ازدواج با مرد دیگر را نداشته باشد، حق^۳ نفقه ثابت است. روشن است که ماوردی در این فتوا، رعایت حقوق زوجه را در اولویت قرار داده است و وقتی اصل حق^۴ نفقه شرعاً ثابت شد، روشن است که در صورت توان مالی مفقود، از اموال وی پرداخت می‌شود.

نکته سوم: بارزترین نکته تعبیر ماوردی وجه افتراق او از دیگران در این است که او معتقد است اگر زوجه، صبرکردن را اختیار کند و نخواهد از شوهرش جدا شود اما حاکم شرع مصلحت را در جدایی وی از مفقود ببیند، می‌تواند حکم به شروع مدت تریص کند؛ یعنی علی‌رغم میل زوجه، عقد زوجیت او و مفقود را فسخ نماید. مصالحی که ممکن است شرعی در این امر لحاظ کند ممکن است برخی مربوط به خود زوجه و نظریه شرایط وی و پیشگیری از ایجاد بستر گناه برای او باشد.

در این پژوهش، بررسی نظرات علمای مذهب شافعی را با نقل سخن از رئیس مذهب شافعی که به کتاب الأم^۵ ختم شده را ادامه می‌دهیم. شافعی می‌نویسد: در حدیثی آمده است که «علی الزوج نفقه إمرأته» (بر هر زوجی، پرداخت نفقه همسرش واجب است). سه نکته مهم^۶ در تعبیر شافعی عبارتند از:

نکته اول: امام شافعی با استناد به اینکه الف و لام در الزوج که در روایت فوق آمده است، الف و لام استغراق حقیقی می‌باشد و طبق اطلاق این حدیث، نفقه هر زوجه‌ای بر زوج او واجب است و فرقی نمی‌کند که این زوج حاضر یا مفقود شده باشد چراکه الزوج؛ یعنی، هر زوجی، چه حاضر و چه مفقود؛ لذا می‌نویسد: "مسلمانان هیچ اختلاف‌نظری در این مورد ندارند که حق^۷ نفقه هر زوجه ای بر

^۱ به زوجه‌ای اطلاق می‌شود که همسرش با او جماع کرده باشد.

گردن زوج خود ثابت است، چه زوج او حاضر باشد و چه مفقود شده باشد." ^{۱۱}

نکته دوم: شافعی در ادامه گفتار خود به یک اشکال مقدّر جواب می دهد؛ اشکالی که می نویسد: ثبوت نفقه، فرع بر وجود زوجیت است و در ما نحن فیه، مسأله زوجیت بخاطر مفقود و مجهول الحیاة بودن زوج، در هاله‌ای از ابهام است، لذا نمی‌توان حکم به ثبوت نفقه داد؛ به بیان دیگر، همه فقهاء اجماع دارند که تا رابطه زوجیت میان یک زن و مرد برقرار نباشد، بر آن مرد واجب نیست مالی را به عنوان نفقه به آن زن بپردازد، چراکه نفقه را به زوجه پرداخت می نماید و نه به هر زن بیگانه‌ای. در مسأله مفقود نیز، از آنجایی که اطمینانی نیست که زوج زنده باشد، و رابطه زوجیت هنوز هم باقی باشد، نمی‌توان حکم به وجوب نفقه داد. امام شافعی در جواب به این اشکال می نویسد: «و هم چنین مسلمین هیچ اختلافی ندارند در اینکه برهیچ زنی عده واجب نمی‌شود، مگر به سبب طلاق یا وفات». روشن است که او به اصل استصحاب اشاره کرده است؛ یعنی، در ما نحن فیه، ما یک یقین سابق داریم که یقین به وقوع عقد نکاح بین فرد مفقود و زوجه اش و یک شک لاحق که شک در زنده یا مرده بودن زوج که منجر به شک در بقای رابطه زوجیت مذکور می‌شود و این مورد دقیقاً محل جریان اصل استصحاب است لذا استناد به بقای زوجیت شده و گفته می‌شود: طبق «لاتنقض الیقین بالشک» و «لاتنقض الیقین الا بیقین آخر»، تا زمانی که یقین به وجوب عده بر زوجه نشود، رابطه زوجیت باقی و روشن است که حکم به وجوب عده یا باید مستند به صدور طلاق باشد و یا مستند به موت زوج و در ما نحن فیه، نه یقین به وقوع طلاق و نه یقین به موت او داریم. لذا حکم به بقاء زوجیت کرده و در نتیجه، فرقی میان زوجه‌ی مفقود و زوجه حاضر در استحقاق نفقه وجود نخواهد داشت.

نکته سوم: مضافاً بر اینکه در عبارت شافعی تأکید شده است که این نفقه باید از مال مفقود پرداخت شود، ذکر این نکته لازم است که بحث نفقه در مورد دو بازه زمانی مورد بحث است؛ اولاً، مدت چهارساله تربص که در عبارت شافعی به تصریح بیان شده است که زوجه، در مدت تربص مستحق نفقه است؛ «ان أجلها اربع سنين، انفق علیها فیها». اگر در شرایطی حاکم شرعی حکم به تربص چهار ساله صادر کرد، در این چهار سال نیز باید نفقه زوجه پرداخت شود. گرچه اشاره‌ای به منبع پرداخت نفقه نشده است ولی اطلاق آن مقتضی این است که اگر زوج دارای مال نبود، حاکم شرعی باید نفقه این چهار سال را از بیت‌المال تأمین و پرداخت نماید؛ ثانیاً، ایام عده؛ آیا زوجه که با حکم حاکم شرعی

از همسر مفقود خود جدا شده و امر به نگهداشتن عده شده است، در این ایام عده هم مستحق نفقه است؟ شافعی در جواب به این سوال می نویسد: «کذلک من مال زوجها». زن در ایام عده نیز از اموال زوج خود مستحق نفقه است. روشن است که اگر بعد از چهارسال و پیدانشدن زوج، حاکم شرع، حکم به موت فرضی بدهد، عده ی زوجه، عده وفات خواهد بود و اگر زوجه را طلاق بدهد، عده زوجه، عده طلاق خواهد بود و چنانچه بیان شد، زن در عده طلاق مستحق نفقه است ولی در عده وفات مستحق نفقه نیست. در حالیکه شافعی فرقی میان این دو قائل نشده و گفته است: "زوجه مفقود در ایام عده، مستحق نفقه است."

۲-۳- دیدگاه مذهب حنفی

در مذهب حنفی با توجه به استصحاب حیات غایب، فقهای حنفی معتقدند: " اموال شخص غایب، بین ورثه تقسیم نمی شود و بین زوج و زوجه افتراق حاصل نمی شود." در همین راستا به روایتی که از حضرت علی علیه السلام وارد شده استناد می کنند: (هی امراه ابتلیت فلتصبر حتی یتبین موته او طلاقه). مشهور در فقه حنفی، قائل به رجوع زوجه به حاکم و تعیین ضرب الاجل از سوی او و نیز تربص و طلاق حاکم نیستند. ابوحنیفه معتقد است باید مدت زمانی از غیبت غایب بگذرد که عاداتا مثل این شخص زنده نماند و این مدت صد و بیست سال است، پس از این مدت حکم به وفات غایب داده می شود و اموالش بین ورثه موجود در این زمان، تقسیم می شود و زوجه مفقود، عده وفات نگه می دارد (شیخ طوسی، ۱۳۸۸، جزء ۱۳، ۸۵؛ عثمان ابن علی، جزء ۱۰، ۱۱۵ و ۱۱۶؛ الکاسانی، ۱۳۲۷، جزء ۱۴، ۵۹؛ البابرتی، جزء ۸، ۲۳۲).

زیبیدی از مشاهیر علماء مذهب حنفی در کتاب "الجواهره النیره" آورده است: «هر کسی نفقه اش بدون حکم قاضی بر کسی واجب باشد، در حال غیبتش نیز، به همین منوال خواهد بود» (زیبیدی، ۱۳۲۲، ۳، ۴۱۴). میدانیم که وجوب پرداخت نفقه زوجه بر ذمه زوج، نیاز به حکم قاضی ندارد و امری است که از اصل شریعت ثابت شده است. زیبیدی به عموم این وجوب، تحت یک قاعده استناد کرده است که نفقه زوجه بر زوج خود واجب است و فرقی بین زوج حاضر در بلد و زوجی که مفقود شده است وجود ندارد. اشاره و استناد به این اطلاق، تکلیف استحقاق نفقه در ایام عده را نیز روشن می کند. چراکه اگر فرقی بین زوج حاضر و زوج غایب وجود نداشته باشد و عده زوجه او عده طلاق باشد

مستحقّ نفقه خواهد بود. بسیاری دیگر از علمای حنفی همچون کمال‌الدین حنفی در کتاب فتح‌القدیر (حنفی، ۱۴۱۴، ۱۳، ۴۲۲) و قدوری در کتاب مختصر (القدوری، ۱۴۱۸، ۱، ۱۳۸) و شیخی‌زاده کلیولی در کتاب مجمع‌الأنهر (شیخی‌زاده، ۱۴۱۹، ۶، ۵۳۸) بر همین نظر هستند.

۲-۴- دیدگاه مذهب حنبلی

علمای حنبلی دو نظر مشهور دارند که عبارتند از: "گروه اول که بر این باورند که مراجعه به حاکم لازم نیست و زوجه بعد از چهارسال 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. برطبق نظر گروه دیگری، مراجعه به حاکم لازم است، زیرا فقدان زوج موضوعی است که به استبحاث و اجتهاد نیاز دارد، چنانکه در بیماری عنّه و اعسار در پرداخت نفقه نیز زوجه باید به حاکم مراجعه کند" (ابن قدامه، جزء ۱۷، ۴۷۹ و ۴۸۰؛ بهوتی، ۱۴۱۸، ۴۲۱).

مرداوی در کتاب "الانصاف" می‌نویسد: «حقّ نفقه زوجه، بر گردن زوج است» (مرداوی، ۱۳۷۵، ۹، ۲۶۲). حجاوی مقدسی در باب "النفقات" از کتاب "الإقناع" بعد از تعریف نفقه، آورده است که «یلزم ذلك الزوج الزوجه»: نفقه، بر گردن هر زوجی نسبت به زوجه‌اش واجب است و فرقی میان زوج حاضر و مفقود وجود ندارد (حجاوی مقدسی، ۱۴۳۱، ۴، ۱۳۸). بهوتی حنبلی در الروض الریبع آورده است. بدهی‌های فرد مفقود و هکذا نفقه زوجه او در طول مدّت تربّص، از اموال مفقود پرداخت می‌شود، چراکه جز بعد از پایان زمان انتظار، حکم به موت او داده نمی‌شود؛ یعنی، در مدّت چهار ساله، باید نفقه زوجه به او پرداخت شود، چرا که او هنوز به عنوان زوجه مفقود شناخته می‌شود و این زوجیت از بین نمی‌رود مگر با حکم به موت فرضی همسر او، و حکم به موت نیز قبل از اتمام زمان تربّص و انتظار صادر نمی‌شود. لذا در طول زمان انتظار، به حکم بقای زوجیت، پرداخت نفقه واجب است. ولی بعد از آن که حکم به موت فرضی مفقود صادر می‌شود، زوجه مستحقّ نفقه نخواهد بود، چراکه زن در ایام عدّه‌وفات مستحقّ نفقه نمی‌باشد (بهوتی، ۱۴۳۶، ۱، ۳۹۳). در نهایت می‌توان نتیجه گرفت که زوجه مفقود الاثر مستحقّ نفقه است و لذا می‌توان از اموال مفقود نفقه وی را پرداخت کرد. همچنین لازم به ذکر است زوجه فقط در مدت چهارسال انتظار مستحقّ نفقه است و بعد از حکم به موت فرضی، زوجه مستحقّ نفقه نخواهد بود.

۵-۲- دیدگاه مذهب امامیه

مشهور فقهای امامیه گفته اند که اگر از غایب خبری موجود و 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 نیامد، یا اینکه غایب ولی نداشته باشد، زن می تواند به حاکم رجوع کند و چهارسال صبر کند تا اینکه همسرش پیدا شود. در صورت پیدا نشدن شوهر و انقضای مدت چهارسال حاکم زن را طلاق می دهد. سپس زن عده وفات نگه می دارد و بعد از آن می تواند ازدواج کند. همان گونه که فقهاء گفته اند این عده، عده طلاق اما به اندازه عده وفات می باشد (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۲۰۱، ۲۱ و ۷۷۶؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۱، ۷۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ۳، ۲۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ۲، ۷۳۶؛ علامه حلی، الف ۱۴۱۳، ۳، ۱۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۶، ۶۶-۶۵).

اکثرفقها به صرف مراجعه زن به دادگاه قائل به حق انحلال زوجیت برای زن نیستند، بلکه در چنین صورتی دو حالت را در نظر می گیرند:

الف) 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 می شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۶، ۶۵).

ب) اگر زوج ولی نداشته باشد تا به زن انفاق کند یا اینکه فرد متبرعی یافت نشود تا نفقه زوجه را بپردازد، در این صورت مسأله طلاق زوجه مطرح می شود که باید با توجه به شرایطی که وجود دارد در این زمینه تصمیم گیری شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۱، ۲۰۱ و ۳، ۲۸).

در صورتی که غایب ولی نداشته باشد، حاکم باید زوجه را طلاق دهد (شیخ صدوق، ۱۴۱۵، ۱۱۹). بعضی از فقهاء در این باره صحبتی از طلاق به میان نیاورده اند، بلکه تصریح کرده اند که حاکم به زوجه امر می کند که عده وفات نگه دارد و اگر خواست می تواند ازدواج کند (علامه حلی، ب ۱۴۱۳، ۷، ۳۷۴؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷، ۲، ۲۲۷؛ طبرسی، ۱۴۱۰، ۲، ۲۷۶).

در خصوص اخبار مربوط به غایب مفقودالأثر جمعا شش روایت وجود دارد که سه روایت آن درباره نفقه زوجه غایب است:

۱- صحیح حلی: در این روایت بیان شده است که اگر از مدت غیبت مفقود چهارسال گذشته باشد، حاکم، شخصی یا نوشته ای به محلی که مفقود در آنجا غایب شده می فرستد. در صورتی که اثری از مفقود به دست نیامد حاکم، ولی او را امر به انفاق می کند^۱ (حراعلی، ۲۲، ۱۵۸).

۲- روایت ابی الصباح الکنانی: مضمون روایت بدین صورت است که اگر زنی شوهرش چهارسال غایب شده و نفقه نداده و خبری دال بر مرگ و زنده بودن او در دست نیست، بنا به فرموده ی امام(ع)، ولی زوج مجبور به طلاق زوجۀ می شود و اگر زوج ولی نداشته باشد حاکم زوجۀ را طلاق می دهد و اگر ولی بگوید که نفقه زوجۀ را می پردازد، مجبور به طلاق دادن وی نمی شود. ۲ (کلینی، ۱۴۰۷، ۶، ۱۴۷).

۳- صحیح حلی برید بن معاویه: ظاهر صحیح این است که اگر مفقود مالی داشته باشد نفقه زوجۀ از آن محل پرداخت و اگر مالی نداشته باشد به ولی او امر می شود که نفقه زوجۀ مفقود را بدهد. مادامی که نفقه زوجۀ داده می شود، او حق ازدواج ندارد و اگر ولی امور از انفاق استنکاف کرد حاکم او را مجبور می کند که زوجۀ را در حال طهر طلاق بدهد و زوجۀ عده نگه می دارد. ۳ (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ۳، ۳۵۴).

نعمان بن محمد مغربی در "دعائم الاسلام" روایتی نقل کرده است که تا زمانی که زوجۀ مفقود، صبر را برگزیند و خواستار طلاق از مفقود نباشد کسی حق تعرض به او را ندارد و در ادامه روایت آمده است «ان کان للمفقود مالٌ قبل للولی، انفق علیها من ماله و لاسبیل لها الی التزویج ما انفق علیها» (مغربی، ۱۳۸۵، ۲، ۱۰۷). (اگر مفقود مالی برای پرداخت نفقه از خود بجا گذاشته است، حاکم شرع به ولی مفقود امر می کند نفقه زوجۀ وی را از اموال او پرداخت کند و تا زمانیکه ولی مفقود نفقه را می پردازد، زوجۀ حق ازدواج ندارد.) البته متذکر شده است که فرقی نیست بین اینکه، ولی مفقود از مال خودش انفاق کند یا از اموال مفقود، لذا تا زمانی که نفقه زوجۀ پرداخت می شود، نمی تواند

^۱ عن حماد بن حلی عن ابی عبدالله (ع): «انه سئل عن المفقود فقال المفقود اذا مضی له اربع سنین بعث الوالی او یکتب الی الناحیه الی الی هو غائب منها فان لم یوجد له اثر امر الوالی ولیه ان ینفق علیها...».

^۲ عن ابی الصباح الکنانی عن ابی عبدالله (ع) فی امرأه غاب عنها زوجها اربع سنین ولم ینفق علیها و لم تدرحی هو ام میت؟ ایجبر ولیه علی ان یطلقها. قال (ع) : نعم و ان لم یکن له ولی یطلقها السلطان قلت قال الوالی انا انفق علیها قال فلا یجبر علی طلاقها...».

^۳ «... فان کان المفقود مال انفق علیها حتی یعلم حیاته من موته و ان لم یکن له مال قبل للولی: انفق علیها. فان فعل فلا سبیل لها الی ان تزوج ما انفق علیها و ان ابی ان ینفق علیها اجبره الوالی علی ان یطلق تطلیقه فی استقبال العده و هی طاهر...».

تقاضای جدایی از مفقود و نکاح با فرد دیگر را مطرح کند. اما اگر مفقود دارای مال نباشد و یا ولی مفقود از پرداخت نفقه ابا کند، حاکم شرع او را امر به طلاق زوجه می کند. آنچه مستقیماً به سوال این پژوهش مربوط می شود، این قسمت از تعبیر می باشد که در آن بحث از طلاق شده است. لذا معلوم است که اگر قرار باشد زوجه، عده نگه بدارد، عده او عده طلاق خواهد بود. زن نیز در عده طلاق مستحق نفقه است ولی آیا فرقی بین طلاق توسط ولی زوج و طلاق توسط خود زوج در اصل استحقاق نفقه در ایام عده وجود دارد؟ در تعبیر فقهای دیگر به این مسأله پرداخته شده است. بعنوان نمونه، ابن جنید در مجموعه الفتاوی خود گفته است: «فإن طلقها وقع طلاقه موقع طلاق زوجها» (ابن جنید، ۱۴۱۶، ۱، ۲۷۳). اگر ولی مفقود، زوجه وی را طلاق دهد، دقیقاً مثل طلاق توسط خود زوج خواهد بود. و این یعنی، از حیث آثار شرعی، فرقی با طلاقی که توسط زوج صادر می شود، نخواهد داشت. بنابراین زوجه، در این فرض مستحق نفقه خواهد بود. شیخ صدوق نیز بر همین نظر است و در کتاب "المقنع" آورده است: «یصیر طلاق الولی طلاق الزوج»؛ طلاقی که توسط ولی صادر می شود، مثل طلاق توسط خود زوج است (شیخ صدوق، ۱۴۱۵، ۱، ۳۵۳). اما فاضل آبی در کتاب "کشف الرموز" نظر دیگری دارد، او می نویسد: "اگر حکم به جدایی زوجه از مفقود صادر شود، زوجه باید عده وفات نگه دارد" (فاضل آبی، ۱۴۰۸، ۲، ۲۸۸). در توضیح سخن فاضل آبی باید این مطلب را در نظر داشت چنانچه پیشتر نیز اشاره شد جدایی بین زوجین یا با طلاق است و یا با موت أحد الطرفین که می توانند واقعی یا فرضی باشند، که حاصل آن چهار قسم است:

- موت واقعی احد الطرفین
- موت فرضی احد الطرفین
- طلاق واقعی توسط زوج یا ولی یا حاکم
- طلاق فرضی.

روشن است که ما چیزی به عنوان طلاق فرضی در شریعت اسلامی نداشته و لذا منشأ جدایی و فسخ رابطه‌ی زوجیت منحصر در سه قسم دیگر است. در ما نحن فیہ، یقین به موت واقعی زوج نداشته و از طرفی یقین به وقوع طلاق از سوی زوج هم نیست. آنچه میماند حکم به موت فرضی است. لذا اگر قرار باشد زوجه مفقود، شرعاً از او جدا شود، باید از طریق حکم به موت فرضی زوج مفقود باشد. این مسأله را فاضل آبی تحت عنوان وجوب عده وفات آورده است که ناشی از حکم به موت فرضی زوج

و نه ناشی از طلاق است؛ چرا که به عده‌وفات و نه به عده‌طلاق فتوا داده است.

محقق حلی نیز تعبیری مشابه در کتاب "شرائع الاسلام" آورده است: «اگر رفع حکم بسوی حاکم شود و او امر به اعتداد کند، حکم به عده‌وفات خواهد کرد» (حلی، ۱۴۰۸، ۳، ۲۹). اطلاق عبارت محقق، مُشعر به این است که اگر تحت هر شرائطی، مثل عدم وجود مال برای پرداخت نفقه یا اتمام مدّت فحص در پی مفقود یا تربص، قرار باشد حاکم شرعی، حکم به جدایی و فسخ رابطه زوجیت که مستلزم وجوب عده بر زوجه است صادر کند، این فسخ باید به خاطر حکم به موت فرضی باشد و نه بخاطر طلاق، که باید زوجه را امر کند که عده‌وفات نگه دارد. و هکذا اطلاق عبارت دال بر این است که فرقی بین زوجه مفقود و دیگر زن ها در عدم استحقاق نفقه در ایام عده‌وفات وجود ندارد. لذا او مستحق نفقه نخواهد بود. جمع دیگری از فقهاء شیعه همانند ابن سعید حلی در کتاب الجامع للشرایع (ابن سعید حلی، ۱۴۰۵، ۱، ۴۷۴) و فخرالمحققین در کتاب ایضاح الفوائد (حلی، ۱۳۸۷، ۳، ۳۵۴) بر همین نظر قائل هستند. اگرچه شهید اول در کتاب لمعه از این رأی تعبیر به قول مشهور کرده است که مشعر به وجود اختلاف است (مکی‌العاملی، ۱۴۱۰، ۱، ۱۹۶).

شیخ یوسف بحرانی از بزرگان فقهاء شیعی در کتاب خود تحت عنوان "الحدائق الناضره" می نویسد: "قول به سقوط نفقه که قول اکثریت فقهای شیعه است، مبتنی بر این سخن مشهور است که حکم شرعی درباره‌ی مفقود این است که حاکم، به زوجه او امر می کند که عده‌وفات نگه دارد و لذا احکام زنی را خواهد داشت که همسرش مرده است، پس نفقه نخواهد داشت" (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۵، ۴۹۷) و تعبیر علماء در این باب به دو نحو است: گروه اول بر این باورند که زوجه مفقود، نفقه ندارد. و در مقابل برخی از صاحب نظران عده زوجه مفقود را عده‌وفات می دانند.

مسأله‌ای که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفته است این است که کدام یک از این دو گزاره، علت و منشأ دیگری است؟ آیا چون زوجه مفقود، مستحق نفقه نیست پس عده‌اش عده‌وفات است؟ چون زوجه در عده وفات مستحق نفقه نیست یا با توجه به این که عده‌اش عده وفات است این نتیجه حاصل می شود که مستحق نفقه نیست؟ مرحوم بحرانی با سخن دوم موافق و با این تعبیر هم تکلیف نفقه را روشن کرده است که زوجه در ایام عده مستحق نفقه نیست، چرا که عده او عده‌وفات است و هم بیان داشته است که سبب و منشأ جدایی و فسخ نکاح آنها حکم به موت فرضی است، چرا

که زوجه موظف به عده‌وفات که حاصل حکم بموت فرضی است شده‌است.

مرحوم سید احمدخوانساری نیز در "جامع المدارک"، همین سخن را تأیید کرده و گفته است: «اگر قرار بر عده باشد، مدت آن چهار ماه و ده روز خواهد بود» (خوانساری، ۱۴۰۵، ۴، ۵۶۶). و این؛ یعنی، عامل فسخ نکاح مفقود و زوجه او، منحصرأً حکم به موت فرضی مفقود است، چرا که عده زوجه او را چهار ماه و ده روز معرفی کرده‌است و روشن است که مدت مذکور، عده‌وفات است چرا که عده‌طلاق، سه طهر است و در نتیجه زوجه در ایام عده مستحق نفقه نخواهد بود. بعضی از فقها در مقابل گفته اند: اگر غایب در زمان عده برگردد واجب است که نفقه زن را بپردازد. امام خمینی(ره) نیز در این باره می‌نویسد: «ظاهر آن است که عده‌ای که بعد از طلاق می‌شود، عده طلاق است، اگرچه به اندازه عده وفات باشد و طلاق رجعی است، پس زن نفقه را در ایام عده مستحق می‌باشد» (امام خمینی، ۱۳۷۹، ۱، ۷۷۶).

۳- قانون مدنی و قانون امور حسبی

قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران نیز به تبع دیدگاه فقهای اسلامی طی ماده ۱۰۲۹، ۱۰۲۳ و ۱۱۵۶ و همچنین قانون امور حسبی در مواد ۱۴۷ و ۲۷ به بررسی این موضوع پرداخته است. یکی از مصادیق عسر و حرج که زن می‌تواند با استناد به آن، از دادگاه تقاضای طلاق کند، ترک زندگی مشترک توسط زوج است؛ زیرا در صورتی که زوج زندگی مشترک را ترک کند، نمی‌تواند تکالیفی را که در مقابل همسر خود دارد، ایفا کند. در فرض غیبت زوج یا مجهول‌المکان بودن او و عدم دسترسی زوجه به نشانی و آدرس وی، زن می‌تواند به طرفیت خوانده مجهول‌المکان دادخواست طلاق تقدیم کند. زوجه با دادن درخواست به محاکم عمومی که طبق قانون آیین دادرسی مدنی صلاحیت رسیدگی به دعاوی را دارند، تقاضای طلاق می‌کند و به همراه دادخواست، ادله خود را دال بر غیبت شوهر پیوست می‌نماید و آن عموماً برگ استشهادیه‌ای است که اشخاص مطلع بر غیبت شوهر و مدت آن را گواهی داده اند، دادگاه به ادله پیوست رسیدگی می‌نماید. با استناد به ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی که مقرر داشته است هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثراً^۱ باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ حاکم او را طلاق می‌دهد. بر اساس ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی،

^۱ غایب مفقودالاثراً کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد.

دادگاه پس از تقدیم دادخواست طلاق از طرف زن در یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار، سه دفعه متوالی به فاصله یک ماه آگهی می‌کند و اشخاصی را که ممکن است اطلاعاتی راجع به غایب داشته باشند را دعوت می‌کند تا دادگاه را از شرایط غایب مطلع کنند. نفقه همسر غائب نیز باید از وجوه نقد یا منافع اموال او داده شود و در صورت عدم کفایت، از اموال منقوله فروخته خواهد شد و اگر اموال منقول هم کافی نباشد از اموال غیر منقول فروخته می‌شود (ماده ۱۴۷ قانون امور حسبی). همچنین قانون گذار در مورد عده زن غائب مفقودالامر که حاکم او را طلاق داده است، بیان داشته است که زن باید از تاریخ طلاق عده وفات نگه دارد (ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی). چنانچه پس از صدور حکم، حیات غایب معلوم شود و او یا هر ذینفع دیگری درخواست الغای حکم موت فرضی به دادگاهی که حکم مزبور را صادر کرده دهند و ادله‌ای که ثابت نماید که غایب زنده است، به درخواست پیوست خواهند نمود. ممکن است خود غایب برگردد یا گواهان معتبر، بر زنده بودن وی گواهی دهند یا سند معتبری دال بر حیات وی ارائه شود. در هر حال، دادگاه پس از بررسی و تحقیقات لازم چنانچه ادله ابرازی و تحقیقات را کافی دانست، حکم موت فرضی را الغا می‌نماید (ماده ۲۷ قانون امور حسبی).

در مورد ضمانت اجرای خودداری یا ناتوانی شوهر از دادن نفقه ماده ۱۱۲۹ ق.م.مقرر می‌دارد:

در صورت استتکاف شوهر از دادن نفقه و عدم اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌نماید. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه.

همچنین ماده ۱۲۰۵ جدید (مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴) چنین مقرر می‌دارد:

در موارد غیبت یا استتکاف از پرداخت نفقه، چنانچه الزام کسی که پرداخت نفقه برعهده اوست ممکن نباشد، دادگاه می‌تواند با مطالبه افراد واجب‌النفقه، به مقدار نفقه از اموال غایب یا مستتکف در اختیار آنها یا متکفل مخارج آنان قرار دهد و در صورتی که اموال غایب یا مستتکف در اختیار نباشد، همسر وی یا دیگری با اجازه دادگاه می‌تواند نفقه را به عنوان قرض بپردازد و از شخص غایب یا مستتکف مطالبه نماید.

بنابراین، در صورتی که محرز شود الزام کسی که پرداخت نفقه به عهده او قرار دارد ممکن نیست دادگاه با درخواست خواهان می‌تواند به میزان و معادل نفقه استحقاقی از اموال غایب یا

مستتکف در اختیار واجب‌النفقه یا متکفل مخارج وی قرار دهد. باتوجه به کلمه الزام که در ماده ۱۲۰۵ جدید به کار رفته است و با استفاده از ملاک مواد ۱۱۱۱ و ۱۱۱۲ ق.م.می‌توان گفت دادگاه باید بدو حکم الزام منفق به پرداخت نفقه را صادر کند و در صورت عدم اجرای حکم مزبور دادگاه می‌تواند به افراد واجب‌النفقه اجازه دهد تا به حساب منفق (متعهد به انفاق) استقراض کنند و همسر یا اقارب و حتی اجانب می‌توانند با اجازه دادگاه، نفقه افراد واجب‌النفقه را به عنوان قرض به حساب منفق پرداخت کنند که در این صورت بین مقرض و غایب یا مستتکف از پرداخت نفقه که به موجب قانون مقرض محسوب می‌شود، رابطه حقوقی به وجود خواهد آمد و مقرض حق دارد آنچه را به افراد واجب‌النفقه پرداخته از منفق مطالبه نماید (صفایی و امامی، ۱۳۹۰، ۱، ۱۶۰).

درباره غایب مفقودالاثراً استتکاف از پرداخت نفقه معنا ندارد، اما عنوان «عجز از پرداخت نفقه» درباره او صادق است. حکم ماده ۱۱۲۹ ق.م. درباره مردی که غایب است و بر اثر غیبت او زوجه‌اش بدون نفقه مانده قابل تسری است.

اگر همسر غایب نتواند عملیات مقدماتی جستجو را به جهت مانعی از موانع برای خلاصی خود از شوهرش انجام دهد، اگرچه به خاطر نداشتن نفقه در فاصله چهار سال هم نباشد، و کسی هم نباشد که نفقه او را تأدیه نماید می‌تواند از حاکم درخواست طلاق نماید. در این صورت بعید نیست که حاکم او را طلاق دهد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۲، ۷۵). همین نظر از ماده ۱۱۲۹ ق.م. قابل استنباط است.

۴- نتیجه گیری

مسأله مفقود شدن زوج و حکم به موت فرضی و مسائل مرتبط آن، علی‌رغم اهمیتی که از جهت مبتلا به بودن دارد، مورد بی‌مهری فقهای مذاهب واقع شده است. مسأله فوق مانند بسیاری از فروع فقهی دیگر، نه تنها مورد اختلاف نظر علمای یک مذهب با علمای مذهب دیگر، بلکه مورد اختلاف نظر علمای یک مذهب واحد با یکدیگر است و منشأ اصلی اختلاف هم عدم وجود ثبوت کافی راجع به این مسأله و فروع مربوط به آن که باعث شده است جوانب این بحث به خوبی طرح و تنقیح نشود و هر فقیهی با در نظر گرفتن جنبه‌ای از مسأله و غفلت از جنبه‌های دیگر، فتوایی بدهد و استدلالی برای نظر خود بیاورد. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که صرف نظر از اقوال ضعیف در هر کدام از مذاهب و با نگاه به رأی اکثریت فقهای هر یک از مذاهب خمس می‌توان گفت که فقهای

حنفی و مالکی و حنبلی معتقدند که زوجه در فرض سوال؛ یعنی، برای ایام جدایی که برخی از آن به عنوان عده‌ی طلاق و برخی عده‌ی وفات یاد کرده‌اند، مستحقّ نفقه نیست، چرا که سبب جدایی او از همسرش، حکم به موت فرضی است، در نتیجه او باید عده‌ی وفات نگه‌دارد و زن در ایام عده‌ی - وفات مستحقّ نفقه نیست. اما از نگاه شافعی، زوجه در فرض مذکور مستحقّ نفقه است؛ چرا که با حکم حاکم به طلاق از زوج مفقود خود جدا شده‌است نه با حکم حاکم به موت فرضی او، لذا زوجه موظف است عده‌ی طلاق نگه‌دارد و زن در عده‌ی طلاق مستحقّ نفقه است. اکثر فقهای شیعه نیز با حنفی‌ها و مالکی‌ها و حنابله هم نظر هستند و عده‌های از آن‌ها نیز عقیده‌ای مانند شافعی در این مسأله دارند.

فهرست منابع

قرآن کریم.

۱. ابن بابویه، محمد بن علی «صدوق»، (۱۴۱۵)، المقنع، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم.
۲. ابن رشد، محمد ابن احمد، (۱۳۸۸)، بدایه المجتهد نهائیه المقتصد، مطبعة المعاهد، قاهره.
۳. ابن سعید، یحیی بن احمد، (۱۴۰۵)، الجامع للشرایح، مؤسسه سیدالشهداء (ع)، قم.
۴. ابن قدامه، المغنی، (بی تا)، فصل احکام العده زوجه المفقود، جزء ۱۷، مکتب الشامله.
۵. ابوالحسن توسلی، علی بن عبد السلام بن علی، (۱۴۱۸)، البهجة فی شرح التحفة، دار الکتب العلمیة، لبنان.
۶. ابو عبدالله، محمد ابن احمد، (بی تا)، منح الجلیل شرح المختصر الخلیل، جزء ۹، موقع الاسلام.
۷. اسکافی بغدادی، محمد ابن احمد، (۱۴۱۶)، مجموعه الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی، قم.
۸. أصبیحی، مالک بن أنس، (بی تا)، المدونه الكبرى جزء ۴، مکتبه المثنی، بغداد.
۹. امام خمینی، سید روح الله، (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(س)، تهران.

۱۰. البابرتی، محمد ابن محمود، (بی تا)، العنايه شرح الهدايه كتاب المفقود، جزء ۸.
۱۱. بحرانی، شیخ یوسف، (۱۴۰۵)، الحدائق الناضره، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.
۱۲. بهوتی، علامه منصور بن یونس، (۱۴۳۶)، الروض المربع شرح زاد المستقنع مختصر المقنع، دار الیسر للنشر و التوزیع، بیروت.
۱۳. حجاوی مقدسی، موسی بن احمد، (بی تا)، الاقناع فی فقه الامام احمد، دارالمعرفه، بیروت.
۱۴. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۰۹)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، مؤسسه آل بیت، چاپ اول، قم.
۱۵. حلّی، حسن بن یوسف، « علامه »، (الف ۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، قم.
۱۶. حلّی، حسن بن یوسف، « علامه »، (ب ۱۴۱۳)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، قم.
۱۷. حلّی، محمد بن حسن بن یوسف « فخر المحققین »، (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۱۸. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن « محقق حلّی »، (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم.
۱۹. حنفی، کمال الدین « ابن همام »، (۱۴۱۴)، فتح القدر، دار ابن کثیر، دار الكلم الطیب، بیروت.
۲۰. خوانساری، أحمد، (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، مکتبه الصدوق، تهران.
۲۱. دانشپور، افتخار، (۱۳۹۲)، بررسی طلاق زوجه غایب مفقود الاثر از دیدگاه مذاهب خمس و قوانین موضوعه، دوفصلنامه فقه مقارن، شماره دو، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.
۲۲. دمشقی صالحی، علاء الدین مرداوی، (۱۳۷۵)، الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف، داراحیاء التراث العربی، بیروت.
۲۳. رستمی، سهیلا، حفیدی، وریا، احمدی، ابوبکر، (۱۴۰۱)، بررسی تطبیقی مبانی تعلق نفقه زوجه

- در فقه اسلامی و آثار آن در زندگی زناشویی، مجله پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷۰، زمستان ۱۴۰۱.
۲۴. زبیدی، رضی‌الدین الحدادی، (۱۳۲۲)، جوهرة النيرة علی مختصر القدوری، دار الکتب العلمیة، بیروت.
۲۵. شافعی، محمد بن ادريس. (۱۴۱۰)، الام، دارالفکر، بیروت.
۲۶. شافعی، محمد بن ادريس، (۱۴۲۴)، الأم، دار قتیبة للطباعة و النشر و التوزيع، بیروت.
۲۷. شهيد ثانی، زين الدين بن علی، (۱۴۱۰)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، کتابفروشی داوری، چاپ اول، قم.
۲۸. شيخ صدوق، محمد بن علی بن بابويه، (۱۴۱۳ق) من لايحصره الفقيه، دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم، قم.
۲۹. شيخ صدوق، محمد بن علی بن بابويه، (۱۴۱۵)، المقنع، مؤسسه امام هادی (ع)، چاپ اول، قم.
۳۰. شیخی زاده، العلاء، (۱۴۱۹)، مجمع الأنهر فی شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى، دار الکتب العلمیة، بیروت.
۳۱. صفای، سیدحسین، امامی، اسدالله، (۱۳۹۰)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوازدهم.
۳۲. صفای، سیدحسین، خیریه، زینب، (۱۳۹۲)، نفقه زوجه غایب مفقودالایر در فقه و حقوق با رویکردی بر نظر امام خمینی(س)، پژوهشنامه متین، شماره پنجاه و نه، تابستان ۹۲.
۳۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، (۱۴۱۴)، عروة الوثقی، کتابفروشی داوری، چاپ اول، قم.
۳۴. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۴۱۰)، امین الاسلام، الموتلف من المختلف بین الائمة السلف و هو منتخب الخلاف، مشهد: مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول.
۳۵. طوسی، ابن جعفر محمد بن الحسن بن علی، (۱۳۸۸)، المبسوط فی فقه الامامیه، مطبعه الحیدریه.

۳۶. عبدری، أبو عبد الله المواق المالکی، (۱۴۱۶)، التاج والإکلیل لمختصر خلیل، دار الکتب العلمیة، بیروت.
۳۷. عثمان ابن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقایق، کتاب المفقود، جزء ۱۰، موقع الاسلام.
۳۸. علامه حلی، (۱۴۱۳)، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
۳۹. قدوری حنفی، احمد بن محمد، (۱۴۱۸)، مختصر القدوری فی الفقه الحنفی، دارالکتب العالمیه، بیروت.
۴۰. قرطبی أبو عمر، یوسف، (۱۳۹۸)، کافی فی فقه أهل المدينة المالکی، مکتبة الرياض الحديثة، ریاض.
۴۱. الکاسانی، ابوبکر ابن مسعود، (۱۳۲۷)، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرايع، جزء ۱۴، مطبعه الجمالیه.
۴۲. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷)، کافی، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، تهران.
۴۳. ماوردی، أبو الحسن، (۱۴۱۴)، الحاوی الكبير فی فقه مذهب الإمام الشافعی وهو شرح مختصر المزنی، دار الکتب العلمیة، بیروت.
۴۴. محمد بن احمد، ابو عبدالله المالکی، (بی تا)، منح الجلیل شرح مختصر خلیل، جزء ۹، موقع الاسلام.
۴۵. مغربی، نعمان بن محمد، (۱۳۸۵)، دعائم الاسلام، مؤسسه آل البيت، قم.
۴۶. مکی، ابی عبدالله محمد بن جمال الدین «شهید اول»، (۱۴۱۰)، اللمعه دمشقیه، دارالعلم الاسلامیه، بیروت.
۴۷. نواب، سید ابوالحسن، شاکر سلماسی، مجید، موسوی زاده، سیدیاسین، محمد جعفری، چمران، (۱۳۹۴)، بررسی حکم طلاق بین زن و شوهر مفقودش در مذاهب پنج گانه اسلامی، پژوهشنامه مذاهب اسلامی، شماره سه، بهار و تابستان ۱۳۹۴.

۴۸. النووی، ابوزکریا محیی‌الدین بن شرف، (بی تا)، المجموع شرح المهذب، ج ۱۸، بیروت،

دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع.

۴۹. یوسفی، زین‌الدین «فاضل الآبی»، (۱۴۰۸)، کشف الرموز، مؤسسه النشر الإسلامی، قم.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی