

غیبت شوهر از مصادیق عُسر و حرج زوجه (نقدی بر ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی)

(۱) دکتر اسدالله لطفی

دانشیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بین المللی امام خمینی

Lotfi.asadollah@yahoo.com ۰۹۱۲۳۸۴۸۳۰۹

(۲) صالح سعادت

کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی

Saleh_saadat@yahoo.com ۰۹۱۴۳۰۴۴۸۵۳



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

چکیده

با تمام تلاش و همتی که در جهت ارتقا و اعتلای حقوق زن از سوی اندیشمندان و نخبگان جامعه اسلامی در جمهوری اسلامی ایران صورت میگیرد، انتظار میرود که در قوانین حاضر، قانون گذار محترم نسبت به برخی از قوانینی که احساس میشود به نوعی، بی عدالتی در حق زن است، تا جایی که امکان دارد اعمال نظرهایی بکند، یکی از این موارد، بحث غیبت و مفقودالاثر شدن زوج است که در وضعیت فعلی، قانون گذار زوجه را به ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی ارجاع داده است، که بر طبق این ماده در صورت غیبت شوهر، زوجه باید چهار سال صبر کند و سپس با رعایت تشریفات خاص طلاق بگیرد، بنابراین ما در این مقاله درصدد هستیم تا با بررسی شرایط و آثار غایب مفقودالاثر شدن زوج، در دیدگاه فقها و حقوقدانان از جهت عسر و حرج زوجه، به این نتیجه برسیم که این مدت چهارسال موضوعیت ندارد، بلکه قابل تغییر است و به ویژه می بایست کاهش پیدا کند و در آخر مقاله نیز، پیشنهادهای جهت اصلاح قوانین مرتبط داده شده است.

واژگان کلیدی: طلاق، غائب مفقودالاثر، نفقه، عسر و حرج، لا حرج.



بیان مسئله

نکاح، از عقود رضایی است که زن و مرد با بیان صریح اراده خویش و با توافق، آن را ایجاد می کنند. البته مقنن به منظور حفظ نظم عمومی و سهولت اثبات عقد نکاح که آثار مهمی در جامعه دارد، مقرراتی را در جهت ثبت آن در نظر گرفته و جنبه تشریفاتی به آن داده است. اما در انحلال عقد نکاح بر خلاف انعقاد آن که منوط به رضایت و توافق طرفین است، به زوج اختیارات بیشتری داده شده است و غیر از موارد فسخ که به طور محصور در قانون مدنی و شرع، احصاء شده است و زن و مرد در این موارد حق فسخ نکاح را دارند، انحلال عقد نکاح با عنوان «طلاق» نیز از حقوق زوج است، به عبارت دیگر ایقاعی^۱ است یک طرفه که از ناحیه زوج صورت می گیرد، زیرا صرفاً به اراده مرد یا نماینده اوست که واقع می شود و رضایت زن بر آن بی تأثیر است. و آیات و روایات وارده در این مورد نیز به صراحت به این مورد اشاره کرده اند از جمله اینکه برخی از آیات و روایات در ضمن باز گو کردن احکام طلاق، مردان را مخاطب و مورد امر و نهی قرار داده است و یا مطابق روایت معروف و مشهوری که شیعه و سنی آن را نقل کرده اند: «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» (حسام الدین هندی، ۱۴۰۹: ج ۹، ۶۴۰)؛ حق طلاق به عهده مرد است.

گرچه دین مقدس اسلام بنا به دلایل متعددی این اختیار را به مرد داده است، لکن چنین نیست که حق زن را در این مورد نادیده گرفته، به طوری که او ناچار باشد تحت هر شرایطی، زندگی زناشویی را تحمل کند و به هیچ وجه حق طلاق نداشته باشد و به قول معروف بسوزد و بسازد، بلکه این دین نجات بخش که همیشه گره گشا و حلال مسائل بشری بوده است با تدبیری خاص نسبت به این وضعیت، شرایطی را پیش بینی کرده است که زن بتواند حق طلاق داشته باشد، و به همین دلیل است که فقهای اسلام با استناد به روایات رسیده از امامان معصوم (ع) مواردی را مشخص کرده اند که زن به حاکم شرع مراجعه کرده و تقاضای طلاق کند که این موارد در فقه و به تبع آن در قانون مدنی مطرح شده است که طبق آن زوج می تواند درخواست طلاق کند از قبیل: مواد ۱۱۲۹ (ترک انفاق)، ۱۱۳۰ (بروز عسر و حرج برای زوج از ادامه زندگی زناشویی)، همچنین، مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که مقرر می دارد: طرفین عقد ازدواج می توانند هر شرطی که مخالف با مقتضای عقد مزبور نباشد، در ضمن عقد ازدواج یا عقد لازم دیگر بنمایند، مثل اینکه شرط کنند هرگاه شوهر در مدت معینی غایب شده یا ترک انفاق کند یا بر علیه حیات زن سوء قصد یا سوء رفتاری کند که زندگانی زناشویی غیر قابل تحمل شود، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در محکمه و صدور حکم قطعی، خود را به طلاق بائن مطلقه سازد. بر اساس همین ماده است که شورای عالی قضایی شرایطی را در سند نکاحیه گنجانده است که در آن، زوج به زوجه وکالت بلاعزل با حق توکیل به غیر می دهد که با اثبات تحقق یکی از شرایط دوازده گانه تصریح شده با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق کند. در صورت امضای این شرط ها توسط طرفین، این اختیار برای زوج ایجاد می شود. به اضافه این که

^۱ - عمل قضایی، که به صرف رضایت يك طرف، منشا اثر حقوقی شود، مانند ایجاد حق به نفع غیر.

طرفین طبق ماده اخیر حق اضافه کردن موارد دوازده گانه مذکور را دارند و حتی می توانند وکالت مطلق زوجه را در طلاق در ضمن عقد نکاح ذکر کنند. مورد دیگر که موضوع نوشتار حاضر را نیز تشکیل می دهد، مفقودالایر بودن زوج وفق مقررات ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی است، که طبق این ماده، زوجه باید در صورت غیبت شوهر چهارسال صبرکند و بعد از گذشت این مدت و با وجود شرایطی اقدام به طلاق کند. بنابراین ما در این نوشتار درصدد این هستیم که با تتبع در آراء و نظرات فقهاء و حقوقدانان، ببینیم آیا راهی وجود دارد که بتوان با استناد به آن و با توجه به رعایت حقوق شرعی و قانونی زوجه، این مدت چهارسال انتظار را کاهش بدهیم، تا زوجه بتواند زودتر از این مدت، درخواست طلاق کند.

غیبت شوهر

همان طور که اشاره شد یکی از مواردی که زن می تواند از دادگاه درخواست طلاق کند موردی است که شوهر مفقود شود و هیچ خبری از زنده یا مرده بودنش در دست نباشد. بنابراین، اگر زوج سال های متمادی غایب، ولی مشخص باشد که در قید حیات است، زوجه به استناد این ماده نمی تواند طلاق بگیرد، زیرا در این حالت، زوج مفقودالایر محسوب نمی شود. (صابری صفایی، ۱۳۴۵: ۵۹)؛ همچنین، حتماً باید از غیبت شوهر چهارسال گذشته باشد و با اتمام چهارسال، زن به دادگاه رجوع و تقاضای طلاق کند (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ج ۱، ۳۷۵؛ صفایی، امامی، ۱۳۸۲: ۲۱۶؛ صفار، ۱۳۸۴: ۱۲۴)؛ در متون فقهی، در مورد زوج غایب گفته شده است: فردی که غیبت طولانی کرده است، امکان دارد که مرگ یا حیات او معلوم باشد و نیز این امکان وجود دارد که خبری از فوت یا زنده بودنش در دست نباشد، و احکام هر کدام از این حالات، نسبت به زوجه فرق میکند و به همین جهت در فقه برای غایب دو حالت تعیین شده است:

حالت اول: جایی است که خبری از شوهر غایب مبنی بر زنده بودن وی موجود می باشد که در این صورت اگر شوهر مالی داشته باشد، نفقه زوجه از همان مال تأمین می شود و در نبود شوهر یا خویشاوندان او و یا در صورت نبود آنها، حاکم تا زمان مشخص شدن وضعیت زن، از بیت المال، نفقه وی را پرداخت می کند (سبزواری، ۱۴۱۷: ج ۲، ۲۴؛ روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۷۸؛ شهیدثانی، بی تا: ج ۶، ۶۵؛ فاضل هندی، ۱۴۲۲: ج ۱، ۱۲۴؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۳۲۳).

حالت دوم: جایی است که شوهر مفقودالایر شده و خبری از او نباشد و کسی نیز نداند که او زنده یا فوت کرده است که در این وضعیت فقهاء عقیده دارند اگر زوج مالی داشته باشد به نحوی که برای تأمین نفقه زوجه کفایت کند و یا اینکه شخص ثالثی تحت هر عنوانی حاضر بشود که نفقه زوجه را به عهده بگیرد، زن باید صبر کند تا وضعیت شوهرش معلوم شود، هر چند که این حالت، مدت زمان

زیادی طول بکشد، در این خصوص، استناد به دلیل اجماع^۱ و استصحاب^۲ حیات زوج کرده و نیز روایاتی هم در تأیید بر آن ذکر می کنند از جمله روایت صحیحہ حلبی از امام صادق(ع) است که ایشان در پاسخ به سوالی در خصوص تکلیف زنی که شوهرش غایب است، فرمودند: «تا مادامی که نفقه او پرداخت می شود، همسر آن مرد است. راوی می گوید: به ایشان عرض کردم، زن می گوید من آنچه را زنان می خواهند، می خواهم، فرمودند: چنین حقی برای او نیست» (حرعاملی، بی تا: ج ۱۵، باب ۲۳، ح ۱)؛ همچنین، در صحیحہ برید بن معاویه از امام صادق(ع) آمده است: «از امام سوال کردم وظیفه زنی که شوهرش مفقود است، چیست؟ فرمودند: مادامی که زن ساکت است و این امر را تحمل می کند، به حال خود باشد و از متولی امور زوج سوال شود که آیا زوج دارای مالی هست یا نه؟ اگر وی مالی داشت، نفقه زن پرداخت شود تا حیات و ممانت زوج معلوم شود» (حرعاملی، بی تا: ج ۱۵، باب ۲۳، ح ۳)؛ ولی اگر در این وضعیت - شوهر مفقود است و خبری هم از او در دست نباشد - نه شوهر مالی داشته باشد و نه کسی باشد که نفقه زن را به عهده بگیرد، از نظر فقها، زن می تواند با مراجعه به حاکم و طی تشریفات خاص از شوهر خود جدا شود (سبزواری، ۱۴۱۷: ج ۲۵، ۱۲۴؛ علامه حلی، ۱۳۸۹: ج ۳، ۳۵۳؛ روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۷۸؛ فاضل هندی، ۱۴۲۲: ج ۱۸، ۱۲۴)؛ آیت الله خویی در این مورد گفته اند:

نسبت به مرد غایبی که زنده و محل زندگی او معلوم است، زنش باید صبر کند و باز اگر اطلاعی از مرد در دست نباشد ولی زوج از مال خودش نفقه زن را بدهد، باز هم باید صبر کند، ولی اگر برای شخص غایب مالی نبود و ولی او هم از مال خودش نفقه زن را نداد، در این فرض اگر زن صبر کرد، مشکلی نیست، ولی اگر حاضر نشد با این وضعیت بسازد، نظر مشهور فقها این است که زن می تواند به حاکم شرع مراجعه کند و او چهارسال به این زن مهلت می دهد و در طول این مدت، نسبت به شوهر او تحقیق و تفحص می کند. اگر معلوم شد که زنده است، باز، زن باید صبر کند و اگر اطلاع حاصل شد که مرده است، عدّه وفات نگه می دارد، و اگر قضیه در پرده ابهام باقی بماند و مدت مقرر سپری شود، حاکم به ولی آن مرد دستور می دهد که آن زن را طلاق دهد و اگر او از امتثال این امر سرپیچی کرد، حاکم شرع او را مجبور می کند، و اگر برای آن زوج مفقودالثر، ولی نبود یا بود، اما اجبار او بر طلاق موّلی علیهمش ممکن نشد، حاکم شرع، خودش او را طلاق می دهد و زن عدّه وفات نگه می دارد (خوئی، بی تا: ج ۲، ۴۱۱).

^۱ - اجماع در لغت، به معنی اتفاق است و مقصود از آن در اصطلاح، يك اتفاق خاص می باشد که عبارت است از اتفاق فقها مسلمان بر يك حکم شرعی.

^۲ - استصحاب در لغت به معنای گرفتن چیزی همراه خود یا درخواست همراهی چیزی است و در اصطلاح عبارت است از این که: چیزی را که یقیناً وجود داشته یا در حکم چیزی است که یقیناً وجود داشته و اکنون شك به از بین رفتن آن داریم، موجود فرض می کنیم.

امام خمینی(ره) نیز در این باره می نویسد:

در صورتی که مالی از زوج باقی مانده باشد، باید مخارج همسرش از همان مال تهیه می شود، و یا اگر، ولیّ ای برای اداره امور آن مرد وجود دارد، عهده دار پرداخت نفقه زوجه او می شود، یا اگر شخص متبرعی پیدا شود و هزینه زندگی آن زن را تامین کند، بر او واجب است که صبر کند و منتظر بماند و به هیچ وجه مجاز به ازدواج نمی باشد تا این که یقین به مرگ شوهرش یا مطلقه شدن خود از ناحیه زوج پیدا کند و اگر چنین نبود و صبر کرد، پس باکی بر او نیست و اگر صبر نکرد و خواست ازدواج کند، باید به حاکم شرع مراجعه کند و از زمان مراجعه، حاکم چهارسال منظور می کند و در آن مدت به جست و جوی آن مرد مفقودالاثرا می پردازد. بعد از آن مهلت، اگر اطلاعی از او به دست نیامد، و فرد غایب دارای ولیّ بود، حاکم شرع به او دستور می دهد زن موّلی علیه یا موکلش را طلاق دهد و اگر او اقدام نکرد، حاکم او را بر انجام دادن طلاق مجبور میکند، و اگر برای آن مرد، ولیّ نبود یا بود اما اجبارش بر طلاق زن ممکن نشد، حاکم شرع او را طلاق می دهد(امام خمینی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۳۲۳، ۱۱).

موضوع غیبت شوهر در قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از احکام فقهی در ماده ۱۰۲۹ آمده است که مقرر می دارد: «هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثرا باشد، زن او می تواند تقاضای طلاق از دادگاه نماید. البته با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می دهد». با دقت در این ماده می بینیم که قانون گذار بر خلاف فقها که عدم انفاق را برای درخواست طلاق از سوی زوجه در دوران غیبت شوهر شرط دانسته اند، صرف غایب بودن را شرط می داند، یعنی آنچه برای قانون گذار اهمیت دارد، فقدان شوهر و عوارضی است که به علت غیبت او برای زن ایجاد می شود که ممکن است یکی از آنها مشکلات مالی زوجه و هزینه زندگی او باشد، بنابراین، صرف عدم انفاق به عنوان نتیجه غیبت مرد مورد نظر قانون گذار نبوده است. بلکه ملاک و مبنا در نظر قانونگذار برای درخواست طلاق دو چیز است:

اول: اینکه قید مفقودالاثرا باید در زوج صدق کند یعنی زمانی زوجه حق جدائی از شوهر، دارد که همسر وی غایب مفقودالاثرا باشد، به عبارتی، هیچ خبری از زنده یا مرده بودنش در دست نباشد، بنابراین اگر شوهری سال های متمادی غایب بوده، ولی مشخص باشد که در قید حیات است، زوجه به استناد این ماده نمی تواند طلاق بگیرد، زیرا در این حالت، زوج مفقودالاثرا محسوب نمی شود و فاقد شرط اول طلاق است بلکه به نظر می رسد این حالت ترک زندگی محسوب می شود و زوجه می تواند با استناد به تبصره یک الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، که ترک زندگی را یکی از دلایل عسر و حرج زن می داند، درخواست طلاق بکند، بنابراین بین ترک زندگی از سوی شوهر و غیبت تفاوت اساسی وجود دارد، غیبت بر خلاف ترک، عملی است غیر ارادی که در اثر عوامل قهری مانند جنگ و یا فوت در شهر یا کشور دیگری رخ می دهد، ولی ترک زندگی عملی ارادی است و به حالتی گفته می

شود که مرد، زندگی خانوادگی را فدای اغراض دیگری کرده است و برای رسیدن به آن، خانه را ترک کند چه خبری از او باشد و یا نباشد، از این رو، ممکن است شخصی در همان شهری که همسرش زندگی می کند، باشد، اما در خانه ای دیگر به سر می برد و از مراجعه به خانه خود امتناع بورزد. و این حالت مستلزم استناد به تبصره یک الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی می باشد. که از محل بحث ما خارج است.

دوم: اینکه چهارسال از زمان غیبت شوهر گذشته باشد، ولی در مورد اینکه مبدأ شروع این چهارسال از چه زمانی است قانون ساکت است ولی مشهور فقهاء (علّامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۲، ۲؛ طباطبایی ۱۹۹۲: ج ۱۱، ۱۳۷؛ فاضل هندی، ۱۴۲۲: ج ۱۸، ۱۲۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: باب الطلاق، ۱۷۲؛ شیخ یوسف، بی تا: ۳۵۸)؛ قائل بر این اند که زمان شروع، وقتی است که زن به حاکم مراجعه می کند و تا زمانی که به حاکم مراجعه نکرده است، هر چند سال های متمادی طول بکشد زمان چهارسال شروع نمی شود. و در این نظر خود به روایاتی استناد کرده اند که در آن به صراحت ارجاع امر به امام و تعیین مدت چهارسال توسط ایشان شده است (حرعاملی، بی تا: ج ۲، ۲۲، باب ۲۳، ح ۱) امام خمینی نیز با بیان این عبارت که: «حاکم از هنگام ورود درخواست زن به او چهارسال مهلت می دهد...» (امام خمینی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۳۲۳)؛ با این نظر مشهور موافقت کرده اند.

اما در مقابل این گروه، عدّه ای دیگر بر این عقیده اند که آنچه در غیبت شوهر ملاک است گذشت چهار سال است خواه، این زمان قبل از رجوع زن به حاکم یا قبل از آن باشد (روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۸۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۲: ج ۲، ۷۱؛ بحرانی، ۱۴۰۹: ج ۲۵، ۴۸۷)؛ به نظر این گروه، رجوع به حاکم لازم نیست و تنها احتیاط اقتضا می کند که به حاکم رجوع شود و مدعی ایشان ظهور صحیحه حلبی و خبر ابی الصلاح کنانی است که در آن الزامی به گذشت چهار سال از زمان رجوع به حاکم وجود ندارد (حرعاملی، بی تا: ج ۲، ۲۲، باب ۲۳، حدیث ۵ و ۴)؛ بلکه حکم دایر مدار سپری شدن چهار سال است و برای توجیه تعارض این روایات و جمع بین آنها استدلال های مختلفی ارائه شده است از جمله اینکه گفته شده است: در روایت اولی (صحیحه برید بن معاویه و موثقه سماعه) مراد آنست که حاکم بدون تعیین مبداء چهار سال به زن مهلت می دهد، اگر از موقع غیبت مدت معینی نگذشته باشد، زوجه چهار سال صبر می کند. در غیر این صورت، مقداری صبر می کند که چهار سال از زمان غیبت کامل شود و به عبارت دیگر، این دو روایت در مقام بیان مدت زمان تعیین شده برای انتظار زوجه اند و نه در مقام بیان مبدأ این زمان (روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۸۳)؛ یا گفته شده است: برای جمع بین این اخبار ظاهر این است که بگوئیم اگر زن پس از گذشت چهار سال از زمان غیبت شوهر به حاکم رجوع نموده است، حاکم از مرد جست و جو می کند و اگر خبری مبنی بر حیانتش به دست نیامد بدون این که توجهی به مدت زمان مراجعه زن کند، حکم جدائی را صادر می کند. اما اگر از همان ابتدای فقدان زوج به حاکم رجوع کرده باشد، واجب است که مدت چهار سال صبر کند و پس

از آن حاکم رای به جدائی خواهد داد و این که در روایت «برید و سماعه» ذکر از رجوع به حاکم شده است، از باب تمثیل است و نه حصر (بحرانی، ۱۹۸۵، ج: ۲۵، ۴۸۷).

گمان می رود قول دوم به انصاف و عدالت نزدیک تر باشد، همچنان که اکثر حقوقدانان نیز از این نظر تبعیت کرده اند و هدف قانون نیز بر این است که قبل از رجوع به دادگاه، مدت غیبت قابل احتساب است. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج: ۱، ۳۷۵؛ صفایی، امامی، ۱۳۸۲، ۲۱۶؛ صفار، ۱۳۸۴، ۱۲۴)؛ با توجه به اینکه ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی در مقام بیان بوده و اگر نظرش بر این بوده که بعد از رجوع حاکم محسوب می شود حتماً آن را بیان می کرد، و چون صرف گذشت چهارسال را ملاک قرار داده، پس این ماده اطلاق داشته و شامل گذشت چهارسال در هر حال است. منتها از تاریخ نخستین اعلام به دادگاه، باید یک سال بگذرد، و بدین وسیله، نوعی جمع بین آرای مختلف می شود. بعد از انجام دادن این نوع طلاق، احکامی بر آن مترتب می شود که عبارت اند:

۱- از آنجائی که طلاق ایقاعی است که با لفظ خاص و شرایط ویژه واقع می شود، صرف صدور حکم کفایت نمیکند و طلاق زوجه مرد مفقود الاثر، با توجه به شرایطی که دارد یکی از انواع طلاق های قضایی محسوب می شود، در این طلاق نیز مانند دیگر طلاق ها طبق رویه معمول در کشور، دادگاه به عنوان ولایت از سوی غایب و مجری عدالت، صرفاً حکم طلاق را صادر میکند (صفار، ۱۳۸۴، ۱۲۶)؛ و از آنجائی که طلاق عمل تشریفاتی است که نیاز به صیغه خاص دارد و بایستی نزد دو مرد عادل انجام شود، و همچنین بایستی در دفتر رسمی طلاق ثبت شود، اجرای حکم دادگاه بدین صورت انجام می گیرد که نماینده دادگاه در محضر رسمی طلاق حاضر می شود و صیغه مخصوص را نزد دو مرد عادل جاری و دفتر طلاق را امضا می کند، بنابراین، حکم دادگاه مقدمه طلاق و منبع الزام آن است و جدایی از زمانی آغاز می شود که صیغه طلاق جاری شود. اما برخی به این استدلال که هدف از تشریفات طلاق اثبات آن و جلوگیری از اختلاف درباره وقوع آن است، پس در جایی که حاکم زن را طلاق می دهد و نظر او به صورت دادنامه به زن ابلاغ می شود، آن تشریفات ضرورت ندارد و محضر طلاق نیز با ثبت دادنامه مفاد آن را در شناسنامه زن می نویسد، قائل شدند که نیازی به گفتن صیغه طلاق و شهود نیست، و از تاریخ صدور، حکم نکاح منحل، و ایام عده آغاز می شود و با کمی مسامحه و عدم جمود بر الفاظ مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۵۶ قانون مدنی که اذعان داشته است: «زنی که شوهر او غایب مفقود الاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد از تاریخ طلاق عده وفات نگاه می دارد» می توان گفت که ظاهر این مواد موبد این است که قانون مدنی نیز نظر دوم را پذیرفته است و بنابر نظر قانون، نیازی به اجرای دوباره تشریفات طلاق نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ج: ۱، ۳۷۶؛ جلالی، ۱۳۸۸، ۹۲).

اما در جواب نظر فوق گفته می شود: می توان غیبت همسر را نیز در زمره مواردی به شمار آورد که دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می کند، و بدیهی است که این گواهی

حکم طلاق نیست و تنها مقدمه آن قرار می‌گیرد و نیاز به اجرای جداگانه دارد و این نظر با احتیاط نیز موافق است. بنابراین، بهتر است قانون‌گذار هرچه سریع‌تر نسبت به رفع این اجمال مواد قانونی که موجب برداشت‌های متفاوتی می‌شود اقدام کند و اگر گفته شود که این وضعیت تخصیصی است بر عموم نحوه اجرای طلاق، می‌گوئیم: اولاً، دلیلی بر این تخصیص نیست و ثانیاً اجرای صیغه در این طلاق نیز موافق با احتیاط بوده است و از مشکلات آتی احتمالی پیشگیری می‌کند.

۲- در مورد نوع عده زنی که شوهرش مفقود شده و با مراجعه به حاکم طلاق گرفته است بین فقها اختلاف وجود دارد، طبق نظر مشهور فقهاء وقتی که پس از گذشت چهار سال زوجه طلاق داده شد، او باید عده نگه دارد و این عده هم، عده طلاق محسوب می‌شود، گرچه میزان آن به اندازه عده وفات است بنابراین، زوجه در این مدت مستحق نفقه است و ملزم به حداد نیست (علامه حلی، ۱۳۸۹: ج ۳، ۳۵۵؛ روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۸۴؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۱۷۲)؛ و در توجیه این نظر خود گفته‌اند: آنچه از موثقه سماعه فهمیده می‌شود، آن است که پس از تحقق، طلاق در صورت غیبت شوهر، زوجه باید عده وفات نگه دارد، اما روایت در خصوص اینکه طلاق داده می‌شود یا نه، مطلق و ساکت است. بنابراین می‌توان این روایت را با اخباری که دلالت بر لزوم طلاق دارد، مقید نمود به این معنی که زوجه پس از طلاق عده نگه دارد و به رغم این که میزان عده، معادل عده وفات است و در روایت سماعه نیز به این نام نامیده شده است، اما ماهیت آن، عده طلاق است و اشکالی هم ندارد که برای طلاق، عده وفات نگه داشته شود، زیرا این طلاق، طلاق خاصی است که عده آن از نظر مدت، مشابه عده وفات است، و مفاد ماده ۱۱۵۶ هم که اذعان داشته... از تاریخ طلاق عده وفات نگاه می‌دارد، دلالت بر همین امر می‌کند. (حائری شاهیباغ، ۱۳۷۶: ج ۲، ۷۳).

۳- این نوع طلاق، طلاق رجعی محسوب می‌شود، بنابراین، اگر در این مدت زوج قبل از اتمام عده مراجعه کند، حق رجوع به زوجه را خواهد داشت، ولی اگر بعد از انقضای عده مراجعت کند در هر حالتی، چه زوج شوهر کرده باشد و چه شوهر نکرده باشد، زوج، دیگر حق رجوع ندارد. و دلیل این امر هم روایات وارده در این مورد است (حرعاملی، بی تا: کتاب الطلاق، باب اقسام طلاق، ح ۲)؛ همچنین، باید بگوئیم که حکم شارع به جدایی، به منزله طلاق است و گرنه فرقی بین جدایی و غیر آن نبود و این حکم به تسلیط بعد از قطع سلطه مرد نسبت به زن نیازمند دلیل است که در مانحن فیه موجود نیست (هندی، ۱۴۲۲: ج ۱۸، ۱۲۵؛ روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۸۴؛ طباطبایی، ۱۹۹۲: ج ۱۱، ۱۴۰؛ میرزای قمی، ۱۳۷۹: ج ۲، ۲۴۰) قانون مدنی هم، در ماده ۱۰۳۰ به این مورد پرداخته است و مقرر می‌دارد: «اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضای مدت عده مراجعت نماید، نسبت به طلاق حق رجوع دارد، ولی بعد از انقضای مدت مزبور حق رجوع ندارد» و اعلام رجوع ولو به صورت غیابی کفایت می‌کند و

مقصود از کلمه مراجعت در این ماده مدلول ظاهری آن نیست بلکه اعم است (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۸۷۲).

نتیجه کلی بحث این شد که طبق نظر مشهور در فقه امامیه، هرگاه چهار سال از غیبت شوهری که هیچ نام و نشانی از او نیست، بگذرد و مالی از شوهر موجود نباشد که زن از آن امرار معاش کند و کس دیگری نیز اعم از بستگان یا غیر نباشد که نفقه زن را بدهد، در این صورت، زن به دادگاه مراجعه می کند و طلاق می گیرد، ولی طبق ظاهر، ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی صرف غایب بودن شرط است، یعنی آنچه برای قانون گذار اهمیت دارد، فقدان شوهر و عوارضی است که به علت غیبت او برای زن ایجاد شود که ممکن است یکی از آنها مشکلات مالی زوجه و هزینه زندگی او باشد، بنابراین صرف عدم انفاق به عنوان نتیجه غیبت مرد مورد نظر قانون گذار نبوده است، لذا از نظر قانون در هر حالتی، زن می تواند بعد از گذشت چهار سال از غیبت شوهر خواه کسی باشد که نفقه او را بدهد یا نه، به دادگاه مراجعه و تقاضای طلاق کند، و با توجه به اینکه در ماده ۱۰۲۹ مقرر شده است که دادگاه باید با رعایت تشریفات ماده ۱۰۲۳ زن را طلاق دهد، دادگاه به تجویز این ماده مراتب را در یکی از روزنامه های کثیرالانتشار تهران و یکی از روزنامه های محلی سه دفعه متوالی، هر کدام به فاصله یک ماه اعلام می کند و از کسانی که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، می خواهد تا به دادگاه اطلاع دهند. هرگاه، یک سال از انتشار اولین اعلان بگذرد و خبری از غایب به دست نیاید، دادگاه به درخواست زوجه، او را طلاق می دهد.

در ادامه، باید بگوییم از اطلاق ظاهر ماده ۱۰۲۹، این مطلب استنباط می شود که در هر صورت، زن باید صبر کند تا این چهارسال، بگذرد و قبل از چهار سال حاکم معذور از صدور طلاق است، اما باید بگوئیم، مواردی وجود دارد که فقدان مرد برای زن شرایط خیلی سخت و دشواری را پیش می آورد به نحوی که تحمل این وضعیت نه تنها برای او، بلکه برای هر فرد دیگری نیز دشوار و تا حدودی غیر ممکن است، برای مثال، زوجه زن جوانی است و مدت زیادی از ازدواج او با مرد نگذشته است، که طی حادثه ای شوهرش مفقود می شود و یا اینکه زوجه به علت نیاز جنسی و ترس افتادن در گناه و یا به هر دلیل دیگری که در غیاب شوهر مفقود شده اش دچار ضرر و حرج است، متأسفانه مطابق اطلاق این ماده زن، تحت هر شرایطی باید صبر پیشه کند و زودتر از چهارسال نمی تواند تقاضای طلاق کند. و بسیاری از فقها با توجه به اینکه حق جدایی زن از مرد به دلیل غایب مفقودالاثرا بودن مرد، دارای مبنای فقهی بوده و در فقه شیعه و اکثر مذاهب اهل سنت با شرایط خاص پذیرفته شده است، تغییر در زمان آن و نوع تفریق را صحیح نمی دانند، اما به نظر برخی از فقها می توان تمام مباحث مطروحه در غایب مفقودالاثرا را مربوط به جایی دانست که صرف فقدان زوج، مورد بررسی قرار می گیرد، ولی وقتی که فقدان زوج برای زوجه ایجاد عسر و حرج می کند، به نظر، مطلب چیز دیگری است و می توان وارد شرایط و مباحث مذکور در باب غیبت زوج نشده، این گروه در ابتدای بحث خود در ذیل بحث از غیبت شوهر، مقدمه ای را مطرح می کنند، بدین ترتیب که: یکی دیگر از مواردی که زن با

مراجعه به حاکم شرع تقاضای طلاق میکند موردی است که زندگی زناشویی برای او موجب عسر و حرج باشد، که زن با استناد به قاعده «نفی عسر و حرج» می تواند تقاضای طلاق کند و امور مختلفی به عنوان موارد عسر و حرج در فقه شمرده شده است، که در ادامه با تبیین این مقدمه و ارتباط آن با بحث غیبت شوهر، مطلوب خود را ثابت می کنیم.

غیبت شوهر از موارد عسر و حرج زوجه

عسر در مقابل یسر و به معنای تنگی و دشواری (دهخدا، ۱۳۱۷: ج ۱۰، ۱۵۸۸۰)؛ تنگ دستی، تهیدستی (معین، ۱۳۷۹: ج ۲، ۲۳۰۰)؛ است همچنان که در النهایه نیز آمده: عسر ضد گشایش و راحتی است و آن عبارت است از تنگی و دشواری و سختی (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ج ۳، ۲۳۵)؛ و «حرج» نیز در معنایی مشابه عسر یعنی تنگدستی و سختی، تنگدل شدن و به کار در ماندن (معین، ۱۳۷۹: ج ۱، ۱۳۴۷)؛ قرار گرفته است. برای مثال، ابن اثیر در این مورد می نویسد: «حرج در اصل به معنای ضیق و مشقت و به معنای گناه و حرام نیز استعمال شده است و گفته اند: حرج، ضیق شدیدتر است» (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ج ۱، ۳۴۸)؛ بنابراین، مراد از حرج مطلق سختی است و هر تکلیفی از تکالیف الهی که مشقت داشته باشد با دلیل نفی حرج می توان آن تکلیف را برداشت و لازم نیست که مشقت خیلی شدید باشد یا به حدی برسد که انسان نتواند آن را تحمل کند. در متون فقهی این دو کلمه با هم و به صورت مترادف استعمال شده است و آن را چنین تعریف می کنند: عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدید می باشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۱۷۴)؛ بنابراین، در معنای قاعده «نفی عسر و حرج» که از عناوین ثانویه ای بوده که در تمام ابواب فقه از جمله عبادات، معاملات و سیاسات جاری است، باید گفت هرگاه از اجرای احکام اولیه مشقتی غیر قابل تحمل پدید آید، آن تکلیف برداشته می شود. بنابراین آنچه نفی شده است، سختی است که از حد طبیعی فراتر رود و معیار تشخیص مرز بین سختی معمولی با سختی فراتر از حد معمول، هم خود شخص می تواند باشد و هم عرف. برای مثال، فاضل مقداد در این مورد می نویسد: «معیار در مشقت و سختی که رافع تکلیف است چیزی است که شرع مقدس، آن را مشخص کرده... و مراد تکلیفی نیست که انسان از انجام آن عاجز باشد، بلکه مراد تکلیفی است که برای انسان مشقت دارد» (فاضل مقداد، ۱۴۰۳: ۷۸)؛ و به تبعیت از فقه، قانون مدنی ایران نیز در ماده ۱۱۳۰ بیان داشته: «در صورتی که دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه باشد، وی می تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می شود» در تفسیر ماده مذکور گفته شده: «اجرای ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی (مبتنی بر عسر و حرج) مشروط به شرایطی است: الف: سببی که زندگی زناشویی را تلخ و دشوار و برای زن مشقتی ناگوار ایجاد می کند بایستی هنگام طرح دعوا، طلاق و صدور حکم موجود باشد بنابراین، زوجه نمی تواند به واسطه علتی که سابقاً موجب عسر و حرج وی از زندگی زناشویی شده است و در حال حاضر رفع شده، درخواست

طلاق کند. زیرا «هدف دادرسی، کیفر دادن شوهر به دلیل رفتار ناشایست او در گذشته نیست، طلاق وسیله مجازات نیست، ریسمان رهایی است» و علت درج چنین شرطی، آن است که در چنین وضعیتی، دوام زوجیت موجب عسر و حرج زوجه نیست و هدف ماده موضوع بحث، جلوگیری از حرج و ضرر موجود است، نه جبران ضررهای معنوی و مادی گذشته، ب: ضابطه تشخیص عسر و حرج زوجه، معیار شخصی است و با توجه به وضعیت مادی، روحی، روانی و شخصیت زوجه احراز می‌شود. اما این مانع از آن نیست که در تشخیص تنگی و مشقت به عرف نیز مراجعه نماییم. و دلیل آن نیز این است که عناوین وارده در لسان ادله اراده مصادیق شخصی است و اراده حرج نوعی نیازمند قرینه ای است که در این ادله موجود نیست و روایاتی هم که ناظر به رفع حرج از نوع مردم است، از مقوله حکمت حکم محسوب می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۱۹۸)؛ ج: زن تمام ارکان عسر و حرج را در دادگاه ثابت کند» و احراز این امر توسط دادگاه صورت می‌گیرد و مطابق قاعده «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى» زن باید در جهت اثبات آن اقامه دلیل کند تفکیک ظریفی در این باب لازم است و آن اینکه آوردن دلیل بر زن است و احراز عسر و حرج با دادگاه، پس زوجه لازم نیست حالت عسر و حرج خویش را به دادگاه بنمایاند، بلکه کافی است دلایلی را که به ادعای وی موجب بروز عسر و حرج شده است، در محضر دادگاه اثبات کند و پس از اثبات این علل از جمله ترک انفاق، سوء معاشرت غیر قابل تحمل زوج و... دادگاه با توجه به وضعیت و شخصیت زن و دید عرف به بررسی این موضوع می‌پردازد که آیا چنین عواملی به طور معمول و عادتاً موجب عسر و حرج زنی با این وضعیت و شخصیت می‌شود یا خیر؟ بنابراین، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی به زوجه اجازه داده است در مواردی که ادامه زندگی زناشویی، وی را در وضعیت عسر و حرج قرار دهد، با مراجعه به حاکم و اثبات حالت عسر و حرج، درخواست طلاق کند. و زن طبق این ماده فقط باید عسر و حرج خود را در دادگاه ثابت کند.

این گروه، با طرح این بحث (قاعده عسر و حرج) در ادامه مبحث غیبت شوهر، مدعی شده است مقتضای نفی عسر و حرج و ضرر این است که در صورتی که نبود شوهر مستلزم ضرر و عسر و حرج برای زن باشد او قبل از اتمام چهارسال می‌تواند درخواست طلاق را از حاکم کند، کسی که اولین بار این بحث را مطرح کرد مرحوم سیدمحمدکاظم یزدی بود که ایشان از نظر توجه به عرف و رعایت انصاف، فقیه مبرزی بوده است، ایشان در کتاب العروه الوثقی با طرح مسئله طلاق زن در مورد غیبت طولانی شوهر و با اشاره به این مطلب که فقیهان پیش از او طلاق را در چنین وضعیتی مجاز نشمردند و به حدیث «الطَّلَاقُ بِبَيْدٍ مِّنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» استناد کرده اند، در برابر این شهرت عظیم به قاعده نفی عسر و حرج متوسل شده اند و می‌نویسند:

بعید نیست حاکم شرع بتواند در مورد شوهر مفقودی که زنده بودن او معلوم است، ولی همسرش نمی‌تواند صبر کند، در صورت درخواست زن، او را طلاق دهد. همچنین، شوهری که در حبس ابد به سر می‌برد و امکان نجات او وجود ندارد و شوهر معسر است و توانایی دادن نفقه را ندارد و زن هم نمی‌تواند بر این حال صبر کند... هر چند کلمات فقهاء عدم

تجویز این امر است، زیرا طلاق به دست مرد انجام می پذیرد «الطَّلَاقُ بِيَدِ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ» ولی ممکن است گفته شود به استناد قاعده نفی عسر و حرج، مخصوصاً اگر زن جوان باشد و صبر کردنش مستلزم مشقت شدید برای او باشد، حاکم شرع می تواند او را طلاق دهد و به خاطر آنچه از بعضی روایات، مثل صحیحه ربعی و فضیل بن یسار، و صحیحه ابن ابی عمیر از جمیل بن دراج از عنیسه و صحیحه ابن بصیر از امام باقر(ع) استفاده می شود که اگر زوج نفقه نداد، حاکم او را اجبار بر طلاق همسرش می کند و اگر مرد حضور نداشت تا اجبارش کنند، امام(ع) و یا حاکم شرع به نیابت از او متولی امر خواهد شد و اگر باقی گذاردن زن بر زوجیت چنین شوهری، موجب شود که او قهراً و یا به اختیار خود مرتکب حرام شود، به طریق اولی، بلکه از جهت محافظت او و پیشگیری از افتادنش به دامن گناه، طلاق او لازم است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۲: ج ۶۸، ۲، ۷۶).

ایشان این حکم را مخصوصاً در موردی که زن جوان است و بایستی تمام مدت عمر را در مشقت شدید صبر کند، مورد تاکید قرار داده اند. و سرانجام از مفاد اخبار چنین نتیجه می گیرند که هر جا خودداری از طلاق و باقی گذاشتن رابطه زناشویی موجب قرار گرفتن اختیاری یا قهری زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام می شود، لازم است که برای حفظ او و احتراز از گناه، حکم به طلاق داده شود. حکم مزبور تحول تازه ای را ایجاد کرد، به طوریکه برخی از فقها و شارحان قانون مدنی کاملاً از این حکم الهام گرفتند و نظر مشهور را بر خلاف شیوه متعارف خود رها ساختند و در تأیید این حکم به ابراز نظرات خود پرداختند، برای مثال، صاحب تحریرالمجله در این مورد بیان داشته اند:

وقتی از زوج مفقودالاثراطلاعی به دست نیامد و کسی هم حاضر نشد نفقه زوجه اش را بدهد، زن می تواند به حاکم شرع مراجعه کند و ایشان هم فحوص لازم را درباره سرنوشت شوهرش انجام می دهد و بعد از سپری شدن مدت مقرر شرعی (چهارسال) و ناامید شدن از او، همسرش را طلاق میدهد... و طلاق به وسیله حاکم شرع را فقها فقط به همین مورد منحصر کرده اند و آن هم، بدین کیفیت مخصوص. با این که دلیل های عام و خاص فراوانی دلالت بر این دارد که حاکم شرع در موارد مختلفی ولایت بر طلاق دادن زن دیگران دارد که جامع آن موارد این است که باقی ماندن زن بر زوجیت شوهر موجب مشقت شدید و متضرر شدن او بشود» مثل شوهر غایبی که جا و مکان او معلوم است، ولی از پرداخت نفقه زوجه اش امتناع می کند، خواه که خودداری او از روی ظلم و تعدی باشد و یا عدم توانایی... (کاشف الغطاء، ج: ۵، ۴۶).

امامی هم ذیل نظریه سید محمد کاظم طباطبایی می نویسد: «می توان گفت حاکم میتواند از قاعده نفی حرج و قاعده لاضرر، زن را طلاق بدهد، مخصوصاً که زن جوان باشد و انتظار او موجب شود که دچار ناراحتی سختی شود» (امامی، ۱۳۷۴: ج ۴، ۵۰)؛ کاتوزیان در این مورد می نویسد: «هرگاه شوهری

زندگی خانوادگی را ترک کند و به دنبال حادثه به کشور دیگر پناه ببرد و زن و خویشان را بی خبر گذارد یا در مسافرتی ناپدید شود و زن نتواند معاش خود را به وسیله‌ای فراهم سازد یا جان و شرافت خود را حفظ کند، نگهداری او در آن وضع عادلانه به نظر نمی‌رسد» (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ج ۱، ۳۷۶)؛ به نظر ایشان در این فرض، پیش از گذشتن چهار سال و انجام تشریفات آگهی و جست‌وجوی یک ساله نمی‌توان زن را طلاق داد، ولی عنوان عسر و حرج می‌تواند مورد استثنا قرار گیرد و زن به منظور نجات از قیدی که زندگی را برای او دشوار و تحمل‌ناپذیر کرده است، طلاق داده شود و هرگاه ندادن طلاق زن، نگهداشتن او در قید زوجیت موجب شود که به طور قهری یا اختیاری در معرض فعل حرامی قرار گیرد، بهتر و شاید لازم است که به منظور جلوگیری از وقوع گناه از آن قید رها شود. از فقهای معاصر، آیت الله فاضل لنکرانی نیز در پاسخ سوالی در این مورد می‌نویسند:

در صورتی که زوجه برای نداشتن شوهر در حرج است، نه از جهت نفقه، به طوری که در صبر کردن در معرض فساد است، حاکم پس از یأس از گذشت، قبل از گذشت مدت چهار سال می‌تواند طلاق بدهد، بلکه اگر در مدت مذکور نیز در معرض فساد و رجوع به حاکم نکرده است، جواز طلاق برای حاکم در صورت یأس بعید نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹: ج ۱، ۴۵۴م ۱۶۰۴).

به نظر می‌رسد بهتر باشد در این مورد قائل به تفصیل بشویم، بدین نحو که اگر مشکل همسر مرد مفقودالاثرا نرسیدن نفقه و دریافت نکردن خوراک و پوشاک باشد، در این صورت زن ابتدا می‌تواند با تمسک به ماده ۱۱۲۹ که اذعان داشته است: «در صورت استنکاف شوهر از دادن نفقه و عدم امکان اجرای حکم محکمه و الزام او به دادن نفقه، زن می‌تواند برای طلاق به حاکم رجوع کند و حاکم شوهر را اجبار به طلاق می‌کند. همچنین است در صورت عجز شوهر از دادن نفقه» با مراجعه به حاکم شرع در خواست طلاق خود را بکند، پس، اینکه مشهور فقها گفته‌اند اگر در مورد زوجه مرد مفقودالاثرا کسی نباشد که نفقه او را پرداخت کند، در این صورت باید چهار سال صبر کند به نظر میرسد با استفاده از این ماده قانونی قابل رفع باشد، چون از نظر ماده مذکور در صورتی که شوهر وجود داشته باشد و نفقه زن را ندهد زن می‌تواند الزام او به پرداخت نفقه را از حاکم بخواهد و در صورتی که مرد باز حاضر به پرداخت نباشد حاکم می‌تواند طلاق زن را صادر کند، بنابراین به طریق اولی می‌توان این حالت را در مورد مردی که حضور ندارد و مالی هم از او موجود نیست و یا کس دیگری هم وجود ندارد که نفقه زن را به عهده بگیرد، واجب کرده و اقدام به صدور حق طلاق برای زن کرد. بنابراین، در جایی که شوهر غایب نفقه زن را نمی‌دهد بدون نیاز به دلیل دیگری زن می‌تواند طلاق بگیرد، اما بحث اصلی ما، همچنان که قانون نیز از این طریق تبعیت می‌کند در مواردی است که زن با اینکه توسط شوهر و یا فرد ثالثی نفقه خود را دریافت میکند ولی به دلایل دیگری قادر به تحمل اوضاع فعلی خود در نبود شوهر نیست که در این حالت باید بگوئیم، ۱- بی شک دلیل نفی عسر و حرج و لاضرر از احکام ثانویه است و بر ادله احکام اولیه حکومت دارد، بنابراین هر حکمی از

احکام اولیه اسلام برای مکلف ضرر داشته باشد یا موجب عسر و حرج وی شود، به وسیله این دو دلیل، رفع می شود، لذا، با استناد به این دلایل، اطلاق و عموماً قابل تخصیص است و احکام اولیه در صورتی که دوام زندگی زناشویی، زوجه را دچار عسر و حرج می کند و یا باعث زیان و ضرر وی شود با ادله لاجرح و لاضرر برداشته می شود و زن می تواند بدون رضایت شوهر مقدمات طلاق خود را فراهم نماید و از حاکم شرع تقاضای طلاق کند و اگر واقعاً برای محکمه ثابت شود که زن از زندگی با این زوج در عسر و حرج است، می تواند وی را طلاق دهد، ۲- از آنجائیکه ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی حکمی عام است که راه را برای نفوذ عدالت در قانون باز می کند و با توجه به آن می توان معنایی را که با انصاف سازگارتر است به آن داد و به همین خاطر قابلیت آنرا دارد که نیازهای تازه ای را که با تحول اخلاقی و اقتصادی و... جامعه صورت می گیرد، تأمین کند و با توجه به همین ماده قانونی هیچ مانعی ندارد که پیش از تحقق شرایط طلاق در صورت غیبت، که این وضعیت زوج مستلزم عسر و حرج برای زن می باشد به نحوی که بقای این زن در این حالت به هر علتی معیشت و آبروی او را در خطر انداخته، بتوان حکم به طلاق زن داد. ۳- وقتی زنی به امید زندگی با مرد دلخواه خود به ازدواج او در می آید، چنانچه شوهر او به هر علتی مفقود شود و زن مجبور باشد سالهای زیادی را بدون شوهر سپری کند، ادامه این زندگی برای زن احتمال دارد از نظر غریزه جنسی در فشار و سختی باشد و احتمال صدور گناه و کشیده شدن به فساد در وی برود، مخصوصاً در مورد زن جوانی که باید در این صورت بهترین ایام زندگی خود را در مشقت شدید صبر نماید، این حکم باید بیشتر مورد تأکید حاکم باشد. همچنانکه رویه قضایی دادگاههای مدنی خاص نیز یا دست کم بعضی از شعبه‌ها آن این تحلیل را پذیرفته است، چنانکه در رأی شماره ۳۵-۱۱۳/۱۱/۶۳ شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی مدنی خاص، زنی که شوهر او به هنگام جنگ مفقود شده، پیش از گذشتن مدت چهارسال از تاریخ غیبت و بدون اعلان در روزنامه تهران و محلی و گذشتن یک سال، طلاق داده شده، این حکم حاوی هیچ مستندی از قوانین نیست و صرفاً بر مبنای عسر و حرج به استناد ماده ۱۱۳۰ ق.م. ایران صادر شده است. رای مذکور این است: «...و خواسته خواهان نسبت به طلاق که زن جوان است مشمول بخشنامه شماره ۶۲/۲۷-۱/۴۱۹۶۵ خواهد بود.» به نظر جوانی زن مورد صدور حکم واقع شده و این نظریه الهام از فتوای سیدمحمدکاظم طباطبایی گرفته است. ۴- قانونگذار محترم در ماده ۱۱۳۰ بعد از شمارش موارد عسر و حرج مقرر میدارد که «...موارد مندرج در این ماده مانع از آن نیست که دادگاه در سایر مواردی که عسر و حرج زن در دادگاه احراز شود، حکم طلاق را صادر نماید» بنابراین طبق این ماده در هر وضعیتی که عسر و حرج زن برای دادگاه احراز شود حاکم میتواند با استناد به این ماده اقدام به طلاق زن نماید، پس در مشقت و سختی بودن زن نیز در صورت غیبت شوهر میتواند یکی از مواردی باشد که زن ادعای عسر و حرج خود را بکند. ۵- با توجه به آیه «فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ» می توانیم در این حالت، حکم به جواز رجوع زن برای طلاق به نزد حاکم قبل از اتمام چهار سال بدهیم و دلیل این امر، حکومت ادله نفی حرج بر ادله لزوم نکاح و بنابر احتیاط است، ۶- همچنان که که قبلاً اشاره شد، برای انجام طلاق غایب مفقودالاثراً رعایت تشریفات در ماده ۱۰۲۳

الزامی است، که این خود مستلزم گذشت حداقل یک سال می باشد و به نظر می رسد همین مدتی که برای انجام دادن تشریفات این طلاق لازم است، برای رعایت انصاف و عدالت در حق طرفین کفایت کند، بنابراین عسر و حرج حکم کلی و عمومی، و بر موارد عدیده صادق است. در هر حالتی که بتوان سختی و مشقت غیر قابل تحمل زوجه را احراز نمود، صرف نظر از علت ایجاد آن، اعمال ماده ۱۱۳۰ ق.م.جایز است، لذا صدور حکم بر طلاق زوجه در مواردی که شوهرش غایب مفقودالایر شده و مدت غیبت به حدی نرسیده است که مشمول ماده ۱۰۲۹ ق.م.شود یا در حالتی که زوجه به علت ترک انفاق دچار عسر و حرج شده، منافاتی با قوانین مربوط ندارد. به عبارت دیگر، نسبت مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ ق.م. با ماده ۱۱۳۰، نسبت عموم و خصوص من وجه است. چه بسا مواردی که مشمول ماده ۱۰۲۹ و ۱۱۲۹ باشد، اما موجب عسرحرج زوجه نشود و برعکس.

بنابراین، اگر زوجه به علت غایب مفقودالایر بودن همسرش، در وضعیتی قرار بگیرد که مستلزم عسر و حرج او است می تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند، و برای این درخواست، باید دادخواستی به دادگاه مدنی خاص آخرین اقامتگاه غایب بدهد و دلایل مربوط به زوجیت، غیبت شوهر و عسر و حرج خود را ارائه کند و دادگاه هم پیش از هر اقدام دیگر، به این دلایل رسیدگی می کند و شهادت گواهان را می شنود و هرگاه غیبت شوهر و عسر و حرج برای زوجه را احراز کند، به درخواست زوجه، او را با استناد به قاعده نفی عسر و حرج پیش از گذشت چهار سال، و با رعایت تشریفات مندرج در ماده ۱۰۲۳ که می تواند مدتی باشد برای رعایت انصاف و عدالت در مورد شوهر غایب، طلاق میدهد. البته در صورتی که نبود شوهر برای زن عسر و حرجی نداشته و زن نیز خود راضی به صبر کردن باشد، می تواند چهارسال صبر و بعد از گذشت مدت، به حاکم مراجعه کند و با استناد به ماده ۱۰۲۹ طلاق بگیرد.

نتیجه گیری

۱. اگرچه مطابق مبانی فقهی، طلاق ایقاع و از حقوق زوج محسوب می شود ولی در مواردی در فقه و به تبع آن در قانون مدنی ایران مشخص شده است که در این حالات، زن بتواند از حاکم تقاضای صدور حکم طلاق کند، و حاکم زوج را ملزم به طلاق می کند یا به ولایت شرعی خود، زوجه را مطلقه می سازد که یکی از این موارد غیبت زوج است به نحوی که محل و مسکنش معلوم نباشد و خبری از او بدست نیاید که در این حالت فقها معتقدند: اگر غایب، خود مالی دارد که می توان از آن، نفقه زوجه را پرداخت کند یا ولی او نفقه زوجه را بپردازد، زوجه باید تا زمانی که به وفات یا طلاق خود از سوی زوج به هر نحوی علم پیدا نکرده است منتظر بماند، در غیر این صورت، می تواند به حاکم، رجوع کند و حاکم هم چهار سال مهلت می دهد و در این مدت به جست و جوی غایب می پردازد اگر خبری از غایب به دست نیامد، چنانچه غایب ولی یا وکیل داشته باشد آنها را ملزم به طلاق زوجه می کند و در

صورت امتناع آنها راساً زوجه را مطلقه اعلام می‌دارد. و زوجه باید پس از این طلاق چهار ماه و ده روز عده نگه دارد.

۲. در اینکه مدت این چهارسال که زن باید صبر کند از چه زمانی آغاز می‌شود بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقهاء قائل اند که حاکم از تاریخ درخواست و مراجعه زن به دادگاه، چهار سال ضرب الاجل تعیین میکنند، که در این مدت فحص و جست وجوی لازم بعمل آید و اگر در این مدت خبری از همسر او نشد حاکم، زوجه را طلاق می‌دهد، اما در مقابل این قول مشهور، برخی از فقهاء از جمله صاحب حدائق به استناد بعضی از روایات معتقد شدند که لازم نیست حاکم از تاریخ مراجعه وی ضرب الاجل تعیین کند و لزوماً چهارسال بگذرد تا زن را طلاق دهد، بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج چهار سال گذشته باشد حاکم می‌تواند زن را طلاق دهد. تفاوت دو قول کاملاً مشهود است، زیرا به موجب نظر مشهور در هر زمان که زوجه تقاضای طلاق را بکند، از همان تاریخ حاکم لزوماً ضرب الاجل خواهد داد هرچند که چندین سال از مفقود شدن زوج گذشته باشد، در حالی که به موجب قول دوم، معیار تاریخ مفقود شدن شوهر است و زن هر موقعه که مراجعه کند باز مبنای شروع غیبت را از روز مفقود شدن مرد قرار می‌دهند، با مراجعه به ماده ۱۰۲۹ ق.م.می بینیم که قانون هم از نظریه اخیر پیروی کرده است. چون با توجه به اینکه ماده مذکور در مقام بیان می‌باشد، بنابراین، اگر نظر قانون گذار بر این بود که چهارسال بعد از رجوع به حاکم محسوب شود حتماً آنرا ذکر می‌کرد، و از آنجائی که صرف گذشت چهارسال را ملاک قرار داده، پس این ماده اطلاق داشته و شامل گذشت چهارسال در هر حال می‌باشد.

۳. از زمان شروع عده وفات، اگر قبل از اتمام عده زوج مراجعه کند، حق رجوع به زوجه را دارد، زیرا طلاق در این حالت، طلاق رجعی محسوب می‌شود و قبل از انقضای عده زن از حباله نکاح مرد خارج نشده است و روایات هم بر این امر تاکید کرده اند، ولی اگر بعد از انقضای عده مراجعه کند و زوجه ازدواج کرده باشد، زوج حق رجوع ندارد.

۴. طبق نظر مشهور فقها در غیبت شوهر، اگر کسی باشد که نفقه زن را بدهد زن حق طلاق ندارد و این حق زمانی برای زن ثابت است که مرد مالی نداشته باشد و کسی هم نباشد که نفقه او را بپردازد، ولی در قانون مدنی طبق ظاهر ماده ۱۰۲۹ ق.م. صرف غایب بودن شرط است، یعنی آنچه برای قانون گذار اهمیت دارد، فقدان شوهر و عوارضی است که به علت غیبت او برای زن ایجاد می‌شود که ممکن است یکی از آنها مشکلات مالی زوجه و هزینه زندگی او باشد، بنابراین صرف عدم انفاق به عنوان نتیجه غیبت مرد مورد نظر قانون گذار نبوده است و مبنای قانون فعلی صرف غیبت استمی باشد خواه کسی باشد که نفقه زن را بدهد و یا کسی نباشد.

۵. طبق اطلاق ماده ۱۰۲۹، زن باید در هر صورت صبر کند تا چهار سال طی شود و بعد با مراجعه به حاکم تقاضای طلاق بکند، اما امکان دارد که فقدان مرد برای زن شرایط خیلی

سخت و دشواری را پیش آورد به نحوی که تحمل این وضعیت نه تنها برای او بلکه برای هر فرد دیگری نیز دشوار و تا حدودی غیر ممکن است برای مثال، زوجه یک زن جوانی است و مدت زیادی از ازدواج او با مرد نگذشته، که طی حادثه ای شوهرش مفقود می شود و یا اینکه زوجه به علت نیاز جنسی، ترس افتادن در گناه وجود دارد و یا به هر دلیل دیگری زندگی او در غیاب شوهر مفقود شده اش مستلزم ضرر و حرج می باشد، که در این حالت برخی از فقها با طرح قاعده نفی عسر و حرج مدعی شدند که مقتضی این قاعده این است که اگر بقای زن در این حالت به هر دلیلی مستلزم ضرر و حرج برای او باشد، می توان حکم به جواز فسخ کرد، و دلیل آن هم حکومت ادله نفی حرج بر ادله لزوم نکاح است. بنابراین بر اساس قاعده نفی عسر و حرج، برای زوجه ای که همسرش غایب مفقودالاثراست، حق درخواست طلاق وجود دارد و قاضی هم می تواند با رعایت تشریفات ماده ۱۰۲۳ زن را طلاق بدهد.

پیشنهادهات

۱- افزودن ماده قانونی در قانون جدید خانواده مصوب ۱۳۸۸، تحت عنوان: «در موارد زیر زن یا شوهر حسب مورد میتواند از دادگاه تقاضای صدور گواهی عدم امکان سازش کند و دادگاه در صورت احراز آن موارد، گواهی عدم امکان سازش را صادر خواهد کرد» و موارد اشاره شده در ماده ۸ قانون حمایت از خانواده قبلی (۱۳۵۳) را مورد توجه قرار دهد، و در مورد غایب مفقودالاثرا، زوجه را به ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی که در ادامه پیشنهاد داده شده است، ارجاع بدهد.

۲- ظاهر ماده ۱۰۲۹ و مفاد ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی که مقرر داشته است زن باید بعد از طلاق عده وفات نگه دارد، موید این است که صدور حکم طلاق توسط دادگاه در صورت مفقودالاثرا بودن زوج سبب جدایی است و به عبارتی، حکم دادگاه تنها جنبه تأسیسی ندارد، بلکه چهره اعلامی نیز پیدا میکند و کاشف از موت فرضی زوج است و نیازی به اجرای جداگانه آن ندارد. اما از آنجائی که طلاق در قانون مدنی ایران ایقاعی است که با لفظ و شرایط ویژه واقع می شود، صرف صدور حکم نمی تواند جایگزین اجرای صیغه طلاق بشود به اضافه، این که در نظام حقوقی و قضایی ایران، قاضی صادر کننده حکم، هیچ گاه مجری آن نیست، لذا این طلاق هم می تواند یکی از انواع طلاق های قضایی باشد، همانند طلاق به علت عسر و حرج و... که دادگاه صرفاً حکم طلاق را صادر میکند و این حکم باید در دفترخانه رسمی طلاق اجرا و ثبت شود تا از مشکلات احتمالی آینده پیشگیری شود. در این راستا، پیشنهاد می شود قانون گذار در جهت رفع ابهام موجود در مواد قانونی اقدام و ماده ۱۱۵۶ را بدین صورت اصلاح کند: «زنی که شوهر او غایب مفقودالاثرا بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ ثبت رسمی طلاق، عده وفات نگه دارد».

۳- آوردن تبصره ای ذیل ماده ۱۰۲۹ تحت عنوان «البته اگر این حالت مستلزم عسر و حرج برای زوجه باشد، او می تواند با استناد به ماده ۱۱۳۰ تقاضای طلاق کند و حاکم هم میتواند با رعایت مفاد ۱۰۲۳ از زن را طلاق دهد» که اضافه کردن تشریفات ماده ۱۰۲۳ بدین خاطر است که برای انجام دادن این تشریفات حداقل یک سال لازم است، که این مدت می تواند دلیلی باشد بر رعایت انصاف و عدالت در حق زوج غایب و نیز فرصتی باشد مبنی بر اینکه مقدمات ازدواج دیگر برای زوجه فراهم شود.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- اصفهانی، محمد بن حسن (فاضل هندی) (۱۴۲۲ق)، **کشف اللثام**. قم: موسسه نشر اسلامی.
- ابن اثیر (۱۳۶۴) **النهايه في غريب الحديث**. قم: موسسه اسماعیلیان.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴ش) **حقوق مدنی**. تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- بحرانی، یوسف (۱۹۸۵م) **الحدائق الناظره**. بیروت: دارالاضواء، چاپ سوم.
- حائری شاهباغ، سید علی (۱۳۷۶ش) **شرح قانون مدنی**. تهران: انتشارات گنج دانش.
- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۹۸۵م) **المختصر النافع**. بیروت: دارالاضواء، چاپ سوم.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۲ق) **قواعد الاحکام**. قم: موسسه نشر اسلامی.
- (۱۳۸۹ق) **ایضاح الفوائد**. قم: نشر مطبعه العلمیه.
- حلی، حسین (۱۴۱۵ق) **بحوث الفقهیة**. بیروت: المنار، چاپ چهارم.
- حسینی روحانی، سید محمد صادق (۱۴۱۴ق) **فقه الصادق**. قم: موسسه دارالکتاب، چاپ دوم.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ق) **منهاج الصالحین**. قم: مدینه العلم.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۱۷ش) **لغت نامه دهخدا**. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۷ق) **مهذب الاحکام**. بیروت: موسسه المنار، چاپ چهارم.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳ق) **نضد القواعد الفقهیة**. قم: مکتبه آیه الله العظمی مرعشی نجفی.
- صابری صفایی، عبدالعلی (۱۳۴۵ش) **موجبات و آثار طلاق در حقوق ایران، فرانسه، شوروی و مصر**. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صانعی، شیخ یوسف (۱۳۸۰ش) **فقه الثقلین**. قم: نشر موسسه اسلامی.
- صفار، محمدجواد (۱۳۸۴ش) **باز پژوهی حقوق زن**. تهران: انتشارات روز نو.
- صفایی، سیدحسن و اسدالله، امامی (۱۳۸۲ش) **مختصر حقوق خانواده**. تهران: نشر میزان.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۹۹۲م) **ریاض المسائل**. قم: موسسه الهادی.
- طباطبایی، حکیم، سیدمحسن (۱۹۸۰م) **منهاج الصالحین**. بیروت: نشر دارالتعارف للمطبوعات.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۲ق) **عروه الوثقی**. قم: موسسه دارالکتب.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق) **تفضیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (طلاق و موارد)**. قم: مرکز فقه الائمه اطهار.
- (۱۳۷۹ش) **جامع المسائل**. قم: چاپ مهر.
- کاشف الغطاء، محمد حسین (بی تا) **تحریر المجله**. تهران: مکتبه النجاج.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱ش) *حقوق مدنی خانواده*. تهران: بهمن برنا، چاپ سوم.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق) *القواعد الفقهیه*. نشر امام علی (ع).
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۸۵ش) *تحریر الوسیله*. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (بی تا) *منهاج الصالحین*. قم: نشر مدرسه امام باقر العلوم (ع).
- (۱۹۹۶م) *المسائل الشرعیه*. بیروت: موسسه المنار، چاپ دوم.
- میرزای قمی (۱۳۷۹ش) *جامع الشتات*. تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- معین، محمد (۱۳۷۹ش) *فرهنگ معین*. تهران: موسسه انتشارات امیر کبیر.
- هندی، علی المتقی بن حسام الدین (۱۴۰۹ق) *کنز العمال*. بیروت: موسسه الرساله.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی

The husband being absent from evidences of the wife s hardship

- **asadollah lotfi:** associate professor of department of the islamic jurists prudence of imam Khomeini s international university

- **saleh saadat:** M.S of Islamic jurist prudence and basis s of Islamic law

Abstract

With all effort and ambition that is done by the thinkers and elites of Islamic society for elimination and exaltation in Islamic republic of iran it expects that in the current rules the respected lawmaker reviews about some rules that are a kind of injustice for women. One of these cases is the subject of absence and being lost of husband that in the current condition lawmaker refers wife to article ۱۰۲۹ of the civil law. In according to this article if husband is absent his wife should be waiting ۴ years. Then divorce by regarding to the special rituals so we are decided in this article by considering of conditions and results of husband being absent and lost in the view of Islamic jurists and lawyers about the husband hardship conclude that this ۴ years is changeable specially should be decreased and in the end of this article has been given some suggestions for correction of the relevant rules.

Key words: divorce, being absent and lost, hardship, maintenance, unhardship.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی