

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

اسدالله لطفی^۱، صالح سعادت^۲

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، قانون‌گذار نسبت به برخی از قوانینی که احساس می‌شود به نوعی، بی‌عدالتی در حق زن است، تا جایی که امکان دارد اعمال نظرهایی صورت گیرد، یکی از این موارد، بحث غیبت و مفقودالاثر شدن زوج است که در وضعیت فعلی، قانون‌گذار 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. در این مقاله درصدد هستیم تا با بررسی شرایط و آثار 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 می‌بایست کاهش پیدا کند و در آخر مقاله نیز، پیشنهادهای جهت اصلاح قوانین مرتبط داده شده است.

کلید واژه‌ها: طلاق، غائب مفقودالاثر، نفقه، عسر و حرج، لاجرج.

مقدمه و بیان مسأله

نکاح، از عقود رضایی است که زن و مرد با بیان صریح اراده خویش و با توافق، آن را ایجاد می‌کنند. 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 برخلاف 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^۳ است یک طرفه که از ناحیه زوج صورت می‌گیرد، زیرا صرفاً به اراده مرد یا نماینده اوست که واقع می‌شود و رضایت زن بر آن بی‌تأثیر است. و آیات و روایات وارده در این مورد نیز به صراحت به

Lotfi.asadollah@yahoo.com

Saleh_saadat@yahoo.com

^۱. دانشیار گروه فقه و حقوق دانشگاه بین المللی امام خمینی

^۲. کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی

^۳. عمل قضایی، که به صرف رضایت یک طرف، منشا اثر حقوقی شود، مانند ایجاد حق به نفع غیر.

این مورد اشاره کرده‌اند از جمله این که 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 بَيِّدٌ مِّنْ 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 پیش‌بینی 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 کرده‌اند 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 زوجه می‌تواند درخواست طلاق کند از قبیل: مواد ۱۱۲۹ (ترک انفاق)، ۱۱۳۰ (بروز عسر و حرج برای زوجه از ادامه زندگی زناشویی)، هم‌چنین، مطابق ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: طرفین عقد ازدواج می‌توانند 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 غیرقابل 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 می‌دهد که با اثبات تحقق یکی از شرایط دوازده‌گانه تصریح شده با مراجعه به دادگاه تقاضای طلاق کند. در صورت امضای این شرط‌ها توسط طرفین، این اختیار برای زوجه ایجاد می‌شود. به اضافه این که طرفین طبق ماده اخیر حق اضافه کردن موارد دوازده‌گانه مذکور را دارند و حتی می‌توانند وکالت مطلق زوجه را در طلاق در ضمن عقد نکاح ذکر کنند. مورد دیگر که موضوع نوشتار حاضر را نیز تشکیل می‌دهد، مفقودالاثر بودن زوج وفق مقررات ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی است، که طبق این ماده، زوجه باید در صورت غیبت شوهر چهارسال صبر کند 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 می‌تواند 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 سال‌های متمادی غایب، ولی مشخص باشد که در قید حیات است، زوجه به استناد این ماده نمی‌تواند طلاق بگیرد، زیرا در این حالت، زوج مفقودالاثر محسوب نمی‌شود. (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 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 می‌باشد که در این صورت اگر شوهر مالی داشته باشد، نفقه زوجه از همان مال تأمین می‌شود 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 می‌کند (سبزواری، ۱۴۱۷: ج ۱۲۴، ۲۵؛ روحانی، ۱۴۱۴: ج ۳، ۷۸؛ شهیدثانی، بی‌تا: ج ۶، ۶۵؛ فاضل هندی، ۱۴۲۲: ج ۱۲۴، ۱۸؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۲۲۳).

حالت دوم: جایی است که شوهر مفقودالاثر 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 این که شخص ثالثی تحت هر عنوانی حاضر بشود که نفقه زوجه را به عهده بگیرد، زن باید صبر کند تا وضعیت شوهرش معلوم شود، هرچند 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 می‌کنند از جمله روایت صحیح حلی 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 می‌شود، همسر آن مرد است. راوی می‌گوید: به ایشان عرض کردم، زن می‌گوید من آنچه را زنان می‌خواهند، می‌خواهم، فرمودند: چنین حقی برای او نیست» (حرّعاملی، بی‌تا: ج ۱۵، باب ۲۳، ح ۱)؛ هم‌چنین، در صحیح 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 می‌کند، به حال

^۱ اجماع در لغت، به معنی اتفاق است و مقصود از آن در اصطلاح، یک اتفاق خاص می‌باشد که عبارت است از اتفاق فقها مسلمان بر یک 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 شک به از بین رفتن آن داریم، موجود فرض می‌کنیم.

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 ممات زوج معلوم شود» (حرّ عاملی، 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 می‌تواند 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)؛ آیت‌الله خویی در این مورد گفته‌اند:

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 می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند و او چهار سال به این زن مهلت می‌دهد و در طول این مدت، نسبت به شوهر او تحقیق و تفحص می‌کند. اگر معلوم شد که زنده است، باز، زن باید صبر کند و اگر اطلاع حاصل شد که مرده است، عده وفات نگه می‌دارد، و اگر قضیه در پرده ابهام باقی بماند و مدت مقرر سپری شود، حاکم به ولی آن مرد دستور می‌دهد که آن زن را طلاق دهد و اگر او از امتثال این امر سرپیچی کرد، حاکم شرع او را مجبور می‌کند، و اگر برای آن زوج مفقودالاثَر، ولی نبود یا بود، اما اجبار او بر طلاق موّلی علی‌هش ممکن نشد، حاکم شرع، خودش او را طلاق می‌دهد و زن عده وفات نگه می‌دارد (خوئی، بی تا: ج ۲، ۴۱۱).

امام خمینی (ره) نیز در این باره می‌نویسند:

در صورتی که مالی از زوج باقی مانده باشد، باید مخارج همسرش از همان مال تهیه می‌شود، و یا اگر، ولی‌ای برای اداره امور آن مرد وجود دارد، عهده‌دار پرداخت نفقه زوجه او می‌شود، یا اگر شخص متبرّعی 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 نمی‌باشد 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 چهار سال منظور می‌کند و در آن مدت به جست و جوی آن مرد مفقودالاثَر می‌پردازد. بعد از آن مهلت، اگر اطلاعی از او به دست نیامد، و فرد غایب دارای ولی بود، حاکم شرع به او دستور می‌دهد 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، ولی نبود یا بود اما اجبارش بر طلاق زن ممکن نشد، حاکم شرع او را طلاق می‌دهد. (امام خمینی، ۱۳۸۵: ج ۲، ۳۲۳؛ م ۱۱).

موضوع غیبت شوهر در قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از احکام فقهی در ماده ۱۰۲۹ آمده است که مقرر می‌دارد: «هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثَر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق

از دادگاه نماید. البته با رعایت ماده ۱۰۲۳، حاکم او را طلاق می‌دهد». با دقت در این ماده می‌بینیم که قانون‌گذار برخلاف فقها که عدم انفاق را برای درخواست طلاق از سوی زوجه در دوران غیبت شوهر شرط دانسته‌اند، صرف غایب بودن را شرط می‌داند، یعنی آنچه برای قانون‌گذار 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 قانون‌گذار نبوده است. بلکه ملاک و مبنا در نظر قانون‌گذار برای درخواست طلاق دو چیز است:

اول: این که قید مفقودالاثر باید در زوج صدق کند یعنی زمانی زوجه حق جدائی از شوهر، دارد که همسر وی غایب مفقودالاثر باشد، به عبارتی، هیچ خبری از زنده یا مرده بودنش در دست نباشد، بنابراین اگر شوهری سال‌های متمادی غایب بوده، ولی مشخص باشد که در قید حیات است، زوجه به استناد این ماده نمی‌تواند طلاق بگیرد، زیرا در این حالت، زوج مفقودالاثر محسوب نمی‌شود و فاقد شرط اول طلاق است بلکه به نظر می‌رسد این حالت ترک زندگی محسوب می‌شود و زوجه می‌تواند با استناد به تبصره یک الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی، که ترک زندگی را یکی از دلایل عسر و حرج زن می‌داند، درخواست طلاق بکند، بنابراین بین ترک زندگی از سوی شوهر و غیبت تفاوت اساسی وجود دارد، غیبت برخلاف ترک، عملی است غیر ارادی که در اثر عوامل قهری مانند جنگ و یا فوت در شهر یا کشور دیگری رخ می‌دهد، ولی ترک زندگی عملی ارادی است و به حالتی گفته می‌شود 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 می‌کند، باشد، اما در خانه‌ای دیگر به سر می‌برد و از مراجعه به خانه خود امتناع بورزد. و این حالت مستلزم استناد به تبصره یک الحاقی به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی می‌باشد. که از محل بحث ما خارج است.

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

اما در مقابل این گروه، عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند 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 می‌کند 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 ۲۲، باب ۲۳، حدیث ۵۴)؛ بلکه حکم دایر مدار سپری شدن چهار سال است و برای توجیه تعارض این روایات و جمع بین آن‌ها استدلال‌های مختلفی ارائه شده است از جمله این که گفته شده است: در روایت اولی (صحیح به برید بن معاویه و مؤتفه سماعه) مراد آنست که حاکم بدون تعیین مبدء چهار سال به زن مهلت می‌دهد، اگر از موقع غیبت مدت معینی نگذشته باشد، زوجه چهار سال صبر می‌کند. در غیر این صورت، مقداری صبر می‌کند که چهار سال از زمان غیبت کامل شود و به عبارت دیگر، این دو روایت در مقام بیان مدت زمان تعیین شده برای انتظار زوجه‌اند و نه در مقام بیان مبدء 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 می‌کند و اگر خبری مبنی بر حیاتش به دست نیامد بدون این که توجهی به مدت زمان مراجعه زن کند، حکم جدائی را صادر می‌کند. 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 می‌رود قول دوم به انصاف و عدالت نزدیک‌تر باشد، همچنان که اکثر حقوقدانان نیز از این نظر تبعیت کرده‌اند 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 این که ماده ۱۱۲۹ قانون مدنی در مقام بیان بوده و اگر نظرش بر این بوده که بعد از رجوع حاکم محسوب می‌شود حتماً آن را بیان می‌کرد، و چون صرف گذشت چهار سال را ملاک قرار داده، پس این ماده اطلاق داشته و شامل گذشت چهار سال در هر حال است. منتها از تاریخ نخستین اعلام به دادگاه، باید یک سال بگذرد، و بدین وسیله، نوعی جمع بین آرای مختلف می‌شود. بعد از انجام دادن این نوع طلاق، احکامی بر آن مترتب می‌شود که عبارت‌اند:

۱- از آنجائی که طلاق ایقاعی است که با لفظ خاص و شرایط ویژه واقع می‌شود، صرف صدور حکم کفایت نمی‌کند و طلاق زوجه مرد مفقودالاثَر، با توجه به شرایطی که دارد یکی از انواع طلاق‌های قضایی محسوب می‌شود، در این طلاق نیز مانند دیگر طلاق‌ها 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

می‌گیرد که نماینده دادگاه در محضر رسمی طلاق حاضر می‌شود و صیغه مخصوص را نزد دو مرد عادل جاری و دفتر طلاق را امضا می‌کند، بنابراین، حکم دادگاه مقدمه طلاق و منبع الزام آن است و جدایی از زمانی آغاز می‌شود 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 می‌دهد و نظر او به صورت دادنامه به زن ابلاغ می‌شود، آن تشریفات ضرورت ندارد و محضر طلاق نیز با ثبت دادنامه مفاد آن را در شناسنامه زن می‌نویسد، قائل شدند که نیازی به گفتن صیغه طلاق و شهود نیست، و از تاریخ صدور، حکم نکاح منحل، و ایام عده آغاز می‌شود و با کمی مسامحه و عدم جمود بر الفاظ مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۵۶ قانون مدنی که اذعان داشته است: «زنی که شوهر او غایب مفقودالثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد از تاریخ طلاق عده وفات نگاه می‌دارد» می‌توان گفت که ظاهر این مواد موید 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 می‌شود: می‌توان غیبت همسر را نیز در زمره مواردی به شمار آورد که دادگاه گواهی عدم امکان سازش صادر می‌کند، 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، بهتراست 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 چهارسال 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 جِداد 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 موثق سماعه فهمیده می‌شود، آن است که پس از تحقق، طلاق در صورت غیبت شوهر، زوجه باید عده وفات نگه دارد، اما روایت در خصوص این که 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 شاهباغ، 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، ج 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 می‌کند و طلاق می‌گیرد، ولی طبق ظاهر، ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی صرف غایب بودن شرط است، یعنی آنچه برای قانون‌گذار 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 اتفاق به عنوان نتیجه غیبت مرد مورد نظر قانون‌گذار نبوده است، لذا از نظر قانون در هر حالتی، زن می‌تواند 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 این که 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 روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران و یکی از روزنامه‌های محلی سه دفعه متوالی، هر کدام به فاصله یک ماه اعلام می‌کند و از کسانی که ممکن است از غایب خبری داشته باشند، می‌خواهد 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 می‌دهد.

در ادامه، باید بگوئیم از اطلاق ظاهر ماده ۱۰۲۹، این مطلب استنباط می‌شود که در هر صورت، زن باید صبر کند تا این چهار سال، 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 می‌آورد به نحوی که تحمل این وضعیت نه تنها برای او، بلکه برای هر فرد دیگری نیز دشوار و تا حدودی غیرممکن است، برای مثال، زوجه زن جوانی است و مدت زیادی از ازدواج او با مرد نگذشته است، که طی حادثه‌ای شوهرش مفقود می‌شود و یا این که زوجه به علت نیاز جنسی و ترس افتادن در گناه و یا به هر دلیل دیگری که در غیاب شوهر مفقود شده‌اش دچار ضرر و حرج است، متأسفانه مطابق اطلاق این ماده زن، تحت هر شرایطی باید صبر پیشه کند و زودتر از چهارسال نمی‌تواند تقاضای طلاق کند. و بسیاری از فقها با توجه به این که حق جدایی زن از مرد به دلیل غایب مفقودالاثربودن 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 نمی‌دانند، اما به نظر برخی از فقها می‌توان تمام مباحث مطروحه در غایب مفقودالاثربودن را مربوط به جایی دانست که صرف فقدان زوج، مورد بررسی قرار می‌گیرد، ولی وقتی که فقدان زوج برای زوجه ایجاد عسر و حرج می‌کند، به نظر، مطلب چیز دیگری است و می‌توان وارد شرایط و مباحث مذکور در باب غیبت زوج نشده، این گروه در ابتدای بحث خود در ذیل بحث از غیبت شوهر، مقدمه‌ای را مطرح می‌کنند، 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» می‌تواند 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، را ثابت می‌کنیم.

غیبت شوهر از موارد عسر و حرج زوجه

عسر در مقابل یسر و به معنای تنگی و دشواری (دهخدا، ۱۳۱۷: ج ۱۵۸۸۰، ۱۰)؛ تنگ دستی، تهیدستی (معین، ۱۳۷۹: ج ۲، ۲۳۰۰)؛ است همچنان که در نهایت 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 درماندن (معین، ۱۳۷۹: ج ۱، ۱۳۴۷)؛ قرار گرفته است. برای مثال، ابن اثیر در این مورد می‌نویسد: «حرج در اصل به معنای ضیق و مشقت و به معنای گناه و حرام نیز استعمال شده است و گفته‌اند: 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 می‌توان 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 می‌کنند: عسر و حرج آن است که مستلزم مشقت شدید می‌باشد که مردم عادتاً آن را تحمل نمی‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۱۷۴)؛ بنابراین، در

معنای قاعده «نفی عسر و حرج» که از عناوین ثانویه‌ای بوده که در تمام ابواب فقه از جمله عبادات، معاملات و سیاست جاری است، باید گفت هرگاه از اجرای احکام اولیه مشقتی غیرقابل تحمل پدید آید، آن تکلیف برداشته می‌شود. 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 می‌تواند باشد و هم عرف. برای مثال، فاضل مقداد در این مورد می‌نویسد: «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 تکالیفی 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 می‌تواند به حاکم شرع مراجعه و تقاضای طلاق کند، چنانچه عسر و حرج مذکور در محکمه ثابت شود، دادگاه می‌تواند زوج را اجبار به طلاق نماید و در صورتی که اجبار میسر نباشد زوجه به اذن حاکم شرع طلاق داده می‌شود» 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 می‌کند بایستی هنگام طرح دعوا، طلاق و صدور حکم موجود باشد بنابراین، زوجه نمی‌تواند 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 ننماییم. و دلیل آن نیز این است که عناوین وارده در لسان ادله اراده مصادیق شخصی است و اراده حرج نوعی نیازمند قرینه‌ای است که در این ادله موجود نیست و روایاتی هم که ناظر به رفع حرج از نوع مردم است، از مقوله حکمت 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 الْمُدْعَى» 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 غیرقابل 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 مقتضی 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 مبرز بوده است، ایشان در کتاب العروه الوثقی با طرح مسأله طلاق زن در مورد غیبت طولانی شوهر و با اشاره به این مطلب که فقیهان پیش از او طلاق را در چنین وضعیتی مجاز نشمرد و به حدیث «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مِّنْ أَخَذَ بِلِسَانِكَ» استناد کرده‌اند، در برابر این شهرت عظیم به قاعده نفی عسرو حرج متوسل شده‌اند 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 می‌پذیرد «الطَّلَاقُ بَيِّدٌ مِّنْ أَخَذَ بِلِسَانِكَ» 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 می‌تواند 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 عنبسه و صحیحه ابن بصیر از امام باقر (ع) استفاده می‌شود که اگر زوج نفقه نداد، حاکم او را اجبار بر طلاق همسرش می‌کند 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، ۷۶، ۲).

ایشان این حکم را مخصوصاً در موردی که زن جوان است و بایستی تمام مدت عمر را در مشقت شدید صبر کند، مورد تأکید قرار داده‌اند. و سرانجام از مفاد اخبار چنین نتیجه می‌گیرند که هر جا خودداری از طلاق و باقی گذاشتن رابطه زناشویی موجب قرار گرفتن اختیاری یا قهری زن در معصیت و ارتکاب فعل حرام می‌شود، لازم است که برای حفظ او و احتراز از گناه، حکم به طلاق داده شود. حکم مزبور تحول تازه‌ای را ایجاد کرد، به طوری که برخی از فقها و شارحان قانون مدنی کاملاً از این

حکم الهام گرفتند و نظر مشهور را برخلاف شیوه متعارف خود رها ساختند و در تأیید این حکم به ابراز نظرات خود پرداختند، برای مثال، صاحب تحریرالمجله در این مورد بیان داشته‌اند:

وقتی از زوج مفقودالاثراً اطلاعی به دست نیامد و کسی هم حاضر نشد نفقه زوجه‌اش را بدهد، زن می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند و ایشان هم فحص لازم را درباره سرنوشت شوهرش انجام می‌دهد 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 کرده‌اند و آن هم، بدین کیفیت مخصوص. با این که دلیل‌های 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 زوجه‌اش امتناع می‌کند، خواه که خودداری او از روی ظلم و تعدی باشد و یا عدم توانایی... (کاشف الغطاء، ج: ۴۶، ۵).

امامی هم ذیل نظریه سید محمدکاظم طباطبایی می‌نویسد: «می‌توان 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 ۵۰، ۴)؛ کاتوزیان در این مورد می‌نویسد: «هرگاه شوهری زندگی خانوادگی را ترک کند و به دنبال حادثه به کشور دیگر پناه ببرد و زن و خویشان را بی‌خبر 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 ۳۷۶، ۱)؛ 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 ندان 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 فقه‌های معاصر، آیت‌الله 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 ۴۵۴، ۱۶۰۴).

به نظر می‌رسد بهتر باشد در این مورد قائل به تفصیل بشویم، بدین نحو که اگر مشکل همسر مرد مفقودالاثراً 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، این که مشهور فقها گفته‌اند اگر در مورد زوجه مرد مفقودالاثَر 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 این که توسط شوهر 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- بی‌شک 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 می‌شود، لذا، با استناد به این دلایل، اطلاعات و عمومات قابل تخصیص است و احکام اولیه در صورتی که دوام زندگی زناشویی، زوجه را دچار عسر و حرج می‌کند و یا باعث زیان و ضرر وی شود با ادله لاضرر و حرج و لاضرر برداشته می‌شود و زن می‌تواند 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، می‌تواند وی را طلاق دهد، ۲- از آنجائی که ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی حکمی عام است که راه را برای نفوذ عدالت در قانون باز می‌کند و با توجه به آن می‌توان معنایی را که با انصاف سازگارتر است به آن داد و به همین خاطر قابلیت آنرا دارد که نیازهای تازه‌ای را که با تحول اخلاقی و اقتصادی و... جامعه صورت می‌گیرد، 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 می‌باشد 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 می‌آید، 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. همچنان که رویه قضایی دادگاه‌های مدنی خاص نیز

یا دست کم بعضی از شعبه‌ها آن این تحلیل را پذیرفته است، چنان‌که در رأی شماره ۳۵-۱۳/۱۱/۶۳ شعبه ۱۰۵ دادگاه عمومی مدنی خاص، زنی که شوهر او به هنگام جنگ مفقود شده، پیش از گذشتن مدت چهار سال 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 سید محمد کاظم 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» می‌توانیم 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 مفقودالاثَر رعایت تشریفات در ماده ۱۰۲۳ الزامی است، که این خود مستلزم گذشت حداقل یک سال می‌باشد و به نظر می‌رسد 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 غیرقابل 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 مفقودالاثَر شده و مدت غیبت به حدی نرسیده است که مشمول ماده ۱۰۲۹ ق.م. شود یا در حالتی که زوجه به علت ترک اتفاق 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 عسر و حرج زوجه نشود و برعکس.

بنابراین، اگر زوجه به علت غایب مفقودالاثَر بودن همسرش، در وضعیتی قرار بگیرد که مستلزم عسر و حرج او است می‌تواند 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 می‌کند و شهادت گواهان را می‌شنود 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 می‌تواند 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، می‌تواند چهارسال صبر و بعد از گذشت مدت، به حاکم مراجعه کند و با استناد به ماده ۱۰۲۹ طلاق بگیرد.

نتیجه‌گیری

۱. اگرچه مطابق مبانی فقهی، طلاق ایقاع و از حقوق زوج محسوب می‌شود ولی در مواردی در فقه و بالطبع 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 می‌کند یا به ولایت شرعی خود، زوجه را مطلقه می‌سازد 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 می‌توان 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، می‌تواند به حاکم، رجوع کند و حاکم هم چهار سال مهلت می‌دهد و در این مدت به جست و جوی غایب می‌پردازد اگر خبری از غایب به دست نیامد، چنانچه غایب ولی یا وکیل داشته باشد آن‌ها را ملزم به طلاق زوجه می‌کند 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 این که مدت این چهارسال که زن باید صبر کند از چه زمانی آغاز می‌شود بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، مشهور فقهاء قائل‌اند که حاکم از تاریخ درخواست و مراجعه زن به دادگاه، چهار سال ضرب الاجل تعیین می‌کند، که در این مدت فحص و جست و جوی 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 موقع که مراجعه کند باز مبنای شروع غیبت را از روز مفقود شدن مرد قرار می‌دهند، با مراجعه به ماده ۱۰۲۹ ق.م.می‌بینیم که قانون هم از نظریه اخیر پیروی کرده است. چون با توجه به این که ماده مذکور در مقام بیان می‌باشد، بنابراین، اگر نظر قانون‌گذار 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 تأکید کرده‌اند، 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 قانون‌گذار 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 قانون‌گذار نبوده است و مبنای قانون فعلی صرف غیبت است می‌باشد 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 غیرممکن است برای مثال، زوجه یک زن جوانی است و مدت زیادی از ازدواج او با مرد نگذشته، که طی حادثه‌ای شوهرش مفقود می‌شود و یا این که زوجه به علت نیاز جنسی، ترس افتادن در گناه وجود دارد و یا به هر دلیل دیگری زندگی او در غیاب شوهر مفقود شده‌اش مستلزم ضرر و حرج می‌باشد، 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، می‌توان 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 زوجه‌ای که همسرش غایب مفقودالاثراست، حق درخواست طلاق وجود دارد و قاضی هم می‌تواند 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 مفقودالاثر، 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 مفقودالاثر 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 می‌شود، صرف صدور حکم نمی‌تواند جایگزین اجرای صیغه طلاق بشود به اضافه، این که در نظام حقوقی و قضایی ایران، قاضی صادرکننده حکم، هیچ گاه مجری آن نیست، لذا این طلاق هم می‌تواند یکی از انواع طلاق‌های 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 می‌شود قانون‌گذار در جهت رفع ابهام موجود در مواد قانونی اقدام و ماده ۱۱۵۶ را بدین صورت اصلاح کند: «زنی که شوهر او غایب مفقودالاثر بوده و حاکم او را طلاق داده باشد باید از تاریخ ثبت رسمی طلاق، عده وفات نگه دارد».

۳- آوردن تبصره‌ای ذیل ماده ۱۰۲۹ تحت عنوان «البته اگر این حالت مستلزم عسر و حرج برای زوجه باشد، او می‌تواند با استناد به ماده ۱۱۳۰ تقاضای طلاق کند و حاکم هم می‌تواند با رعایت مفاد ۱۰۲۳ 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 می‌تواند دلیلی باشد بر رعایت انصاف و عدالت در حق زوج غایب و نیز فرصتی باشد مبنی بر این که مقدمات ازدواج دیگر برای زوجه فراهم شود.

منابع

اصفهانی، محمدبن حسن (فاضل هندی) (۱۴۲۲ق)، کشف اللثام. قم: موسسه نشر اسلامی.

ابن اثیر (۱۳۶۴) /النهایه فی غریب الحدیث. قم: موسسه اسماعیلیان.

امامی، سید حسن (۱۳۷۴ش) حقوق مدنی. تهران: کتابفروشی اسلامیه.

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.

حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۳۸۹ق) /ایضاح الفوائد. قم: نشر مطبعه العلمیه.

حلی، حسین (۱۴۱۵ق) بحوث الفقهی. 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) *مذهب الاحکام*. بیروت: موسسه المنار، چاپ چهارم.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳ق) *نزد القواعد/الفقهیه*. 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 محمدکاظم (۱۴۱۲ق) *عروه الوثقی*. قم: موسسه دارالکتب.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق) *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (طلاق و موارد)*. قم: مرکز فقه الاثمه اطهار.
- فاضل لنکرانی، محمد (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).
- موسوی خوئی، سید ابوالقاسم (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.