

مبدأ تربص در طلاق غائب مفقودالاثر

سیدمهدی میرداداشی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۱/۱۷؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۱۰)

چکیده

یکی از موارد طلاق به درخواست زن، موضوع ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی است که اختصاص به غایب مفقودالاثر دارد در حوزه مذکور، مباحث مختلفی قابل طرح است اما رسالت اصلی این مقاله پاسخ به این سوال است که مبدأ تربص ۴ سال، از چه زمانی است؟ از زمان تقدیم دادخواست یا از زمان غیبت زوج؟ اهمیت پاسخ به این سوال از آن جا ناشی می‌شود که ماده ۱۰۲۹ از این حیث مطلق بوده و همین امر باعث ابهام و برداشت‌های متعدد قضات در مقام صدور حکم می‌شود.

کلیدواژگان

سودگر طلاق، مبدأ تربص، غایب، مفقودالاثر.

* استادیار، واحد قم دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران

رایانامه: mirdadashim@yahoo.com

مقدمه

شخصی که غایب می‌گردد و مدت مدیدی از وی خبری واصل نمی‌شود (ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی) از چند حالت خارج نیست؛

الف) مرگش ثابت شده باشد، در این صورت، زوجه‌اش از تاریخ وصول خبر فوت، باید عده وفات نگه دارد؛^۱ هر چند که چند سال هم از فوت وی گذشته باشد. و پس از پایان عده می‌تواند شوهر دیگری انتخاب نماید. (یزدی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ۶۸)

ب) خبر حیاتش واصل شود، ولی معلوم نباشد که در کجاست، بدیهی است که در این صورت، زوجه‌اش باید صبر کند که تا منتهی به طلاق و یا مرگ شود و نمی‌تواند اقدام به ازدواج نماید بلکه اگر مفقود مالی دارد باید از آن محل، نفقه‌ی وی پرداخت شود و الا از محل بیت المال نفقه‌ی وی داده شود. (همان)

ج) هرگاه به هیچ وجه خبری از مرگ و یا حیات وی واصل نشود، چنانچه زوج غایب، اموالی دارد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند، یا آنکه کسی از ناحیه زوج وجود دارد و مخارج او را تأمین می‌کند، زوجه باید صبر کند؛ و در غیر این صورت، زوجه می‌تواند پس از گذشت ۴ سال، با رجوع به محکمه خواستار طلاق شود. ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالایر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی حاکم او را طلاق می‌دهد.» ما در این مقاله درصدد پاسخ به این سوال هستیم که مبدا تربص ۴ سال، از چه زمانی است؟ از زمان تقدیم دادخواست یا از زمان غیبت زوج؟

۱. «... و أما عده الوفاة فان مات الزوج غائبا فهي من حين بلوغ الخبر إليها، ولا يبعد عدم اختصاص الحكم بصورة غيبة الزوج، بل يعم صورة حضوره إن خفي عليها موته لعله، فتعتد من حين إخبارها بموته.» ر. ك: امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۳۴۰

بررسی فقهی موضوع

در فقه گفته شده است (صدوق، ۱۴۱۵ ه.ق، ۳۵۲؛ ابن حمزه، ۱۴۰۸ ه.ق، ۳۲۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق، ج ۵، ۲۷۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۶، ۶۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ه.ق، ج ۴، ۵۶۶) اگر زوج غایب شود طوری که هیچ خبری از زنده بودن و یا مرگ او به دست نیاید چنان که از زوج اموالی باقی باشد که از محل آن، زوجه‌ی نفقه پرداخت گردد یا فردی حاضر است مجانی نفقه زوجه را بدهد، در این صورت زوجه باید صبر نماید تا وضعیت حیات یا مرگ زوج روشن شود. در غیر این صورت، زوجه می‌تواند با رجوع به حاکم شرع، خواستار روشن شدن وضعیت خود گردد حاکم نیز تا ۴ سال افرادی را برای جست و جو درباره وضعیت غایب می‌فرستد و اگر در این مدت خبری از حیات یا مرگ زوج به دست نیامد، حاکم از باب ولایت، به ولی غایب دستور می‌دهد که زوجه را طلاق دهد و در صورت عدم وجود ولی یا امتناع او، حاکم به نیابت، زوجه را طلاق می‌دهد این مطلب مستند به روایت صحیح از امام صادق (ع) است. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲۲، ۱۵۷)

منتها در مورد این که مبدأ تربص ۴ سال، از چه زمانی است؟ از زمان تقدیم دادخواست یا از

زمان غیبت زوج؟

در میان فقها دو قول وجود دارد:

قول اول: که مبتنی بر نظر مشهور فقهاست (یزدی، ۱۴۱۴ ه.ق، ج ۱، ۶۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۲۶، ۱۲۷) می‌گوید زوجه می‌تواند به محکمه مراجعه و درخواست طلاق نماید و حاکم از تاریخ درخواست او چهار سال ضرب الاجل تعیین می‌کند، که در این مدت فحص و جستجوی لازم بعمل آید، و چنانچه خبری از وی بدست نیامد حاکم زوجه را طلاق می‌دهد و زن عده و وفات نگاه می‌دارد. (خمینی، بی تا، ج ۲، ۳۴۰؛ خوبی، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۲، ۳۰۰؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ ه.ق، ج ۲، ۳۱۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۲۶، ۱۲۷؛ تبریزی، ۱۴۲۶ ه.ق، ج ۲، ۳۷۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷ ه.ق، ج ۳، ۳۵۳؛ سبحانی، ۱۴۱۴ ه.ق، ۳۰۷) ادله‌ای که بر این قول اقامه شده اولاً؛ استناد به ظاهر روایت صحیحه بریدبن معاویه. (حرّ عاملی، وسائل الشیعه ۲۲، ۱۵۷) و موثق سماعه (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ ه.ق، ج ۲۰، ۵۰۶) است. در بخشی از صحیحه بریدبن معاویه آمده است «...و إن هی

رفعت أمرها إلى الوالی أجلها أربع سنین، ثم یکتب إلى الصقع الذی فقد فیہ فلیسأل عنه...؛ و اگر به زوجه به والی مراجعه کرد، والی چهارسال وقت تعیین می‌کند و به جست و جو از زوج در آن جهتی که مفقود شده می‌پردازد» مشابه همین تعبیر در موثق سماعه آمده است «...فإنها تأتي الإمام فیامرها أن تنتظر أربع سنین فیطلب فی الأرض؛ اگر خبری از مفقود نرسید زوجه، مرافعه به حاکم می‌برد و حاکم به زوجه امر می‌کند تا ۴ سال منتظر بماند تا از مفقود جستجو به عمل آید» از ظاهر این روایات استفاده می‌شود که مبدا انتظار زوجه، بعد از رفع امر به حاکم است. ثانیاً؛ موضوع مورد بحث، بعد از برگشت زوج غایب، در معرض مخاصمه و منازعه است و عادت شرع بر این قرار گرفته که در چنین مواردی باید به حاکم رجوع نمود تا جلوی منازعات گرفته شود و این امر خود موید نظر مشهور است که تحدید مدت باید از زمان رفع امر به حاکم باشد (سبزواری، ۱۳۰۴ه.ق، ج ۲۶، ۱۲۶).

قول دوم: برخی از فقهاء از جمله صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵ه.ق، ج ۲۵، ۴۸۷؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ه.ق، ج ۲۲، ۶۴۲) و سید محمد کاظم طباطبائی (یزدی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ۷۱) باستناد بعضی از روایات معتقدند که لازم نیست حاکم از تاریخ مراجعه زوجه، ضرب الاجل تعیین نماید و لزوماً چهار سال بگذرد تا زن را طلاق دهد، بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج، چهار سال گذشته باشد حاکم می‌تواند طلاق دهد. حتی^۱ از عبارت مرحوم فیض در مفاتیح الشرایع (کاشانی، بی تا، ج ۲، ۳۵۱) استنباط می‌شود که قول دوم مشهور می‌باشد، چون قول اول را اشهر دانسته است عبارت ایشان این است: «و ان رفعت أمرها إلى الحاکم، أجلها أربع سنین للفحص عنه، فان وقع الفحص قبل ذلک، حسب عن الأربع لظاهر بعض الاخبار، و قيل: بل الأجل من حین المرافعة لظاهر آخر، و هو أشهر؛ اگر زوجه به دادگاه دادخواست دهد، حاکم برای جستجو از غایب، ۴ سال مدت تعیین می‌کند، پس اگر قبل از چهارسال، جستجو صورت پذیرفته باشد، آن مدت به خاطر ظاهر

۱. تعبیر به حتی که ترقی را می‌رساند از آن روی است که نسبت یک قول به شهرت قوی تر است از نسبت یک قول به اشهر بودن چون در مقابل مشهور، قول شاذ قرار می‌گیرد در حالی که در مقابل اشهر قول مشهور می‌باشد.

برخی روایات، جزء ۴ سال محسوب خواهد شد. گفته شده بلکه تعیین مدت با زمان دادخواست می‌باشد به علت ظاهر برخی روایات دیگر و این نظر مشهورتر است.»

استدلال این عده نیز استظهار از برخی روایات باب است. مرحوم فیض کاشانی در وافی - که کتابی است روایی - بعد از نقل ۶ خبر در ذیل «باب حکم نکاح المفقود زوجها»، در مقام بیان و بررسی آنها برآمده و ضمن طرح دیدگاه خویش مبنی بر کفایت گذشت ۴ سال از زمان فقد زوج و این که فحص از زوج هرچند از طرف حاکم نیز صورت نگیرد و هرچند قبل از گذشت ۴ سال باشد، کافی است، می‌نویسد: پس قول امام(ع) در خبر اول که می‌فرماید: «هرگاه ۴ سال بگذرد، حاکم کسی را می‌گمارد یا نامه می‌دهد تا از مفقود فحص شود» ناظر به فرضی است که قبل از ۴ سال فحص صورت نگرفته باشد. و قول امام(ع) در خبر دوم که می‌فرماید: «هرگاه زوجه به حاکم مرافعه نماید، حاکم اقدام به تعیین ضرب الاجل ۴ ساله خواهد نمود یعنی در تعیین ۴ سال، باید مدت زمانی که از فقد زوج گذشته نیز محاسبه شود. (کاشانی، ۱۴۰۶ه.ق، ج ۲۲، ۶۴۲) مرحوم سید یزدی منشا اختلاف فقها را روایات وارده می‌داند(یزدی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ۶۹) و آنگاه به نقل خبر صحیح حلی می‌پردازد: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ سُئِلَ عَنِ الْمَفْقُودِ فَقَالَ الْمَفْقُودُ إِذَا مَضَى لَهُ أَرْبَعُ سِنِينَ بَعَثَ الْوَالِي أَوْ يَكْتُمُ إِلَى النَّاحِيَةِ الَّتِي هُوَ غَائِبٌ فِيهَا فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ أَثَرٌ أَمَرَ الْوَالِي وَوَلِيَّهُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا فَمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا فَهِيَ امْرَأَتُهُ قَالَ قُلْتُ فَإِنَّهَا تَقُولُ فَإِنِّي أُرِيدُ مَا تُرِيدُ النِّسَاءُ قَالَ لَيْسَ ذَلِكَ لَهَا وَ لَا كِرَامَةٌ فَإِنْ لَمْ يُنْفَقَ عَلَيْهَا وَوَلِيَّهُ أَوْ وَكِيلُهُ أَمْرُهُ أَنْ يُطَلِّقَهَا فَكَانَ ذَلِكَ عَلَيْهَا طَلَقًا وَاجِبًا؛ حلی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که از آن حضرت در مورد شخص مفقود، سوال شد امام (ع) فرمود: اگر از فقدان مفقود ۴ سال بگذرد، والی کسی را برمی‌گزیند یا نامه‌ای می‌دهد به منطقه‌ای که در آن منطقه، شخص مفقود، غایب شده است پس اگر اثری از وی یافت نشود، والی به ولی غایب امر می‌کند که به زوجه نفقه بدهد پس تا مادامی که نفقه پرداخت می‌شود، وی زوجه غایب است. راوی گوید به امام عرض کردم که زوجه می‌گوید آن چه زنها می‌خواهند من نیز می‌خواهم [کنایه از مسائل جنسی] امام فرمود چنین حقی ندارد و این مساله کرامتی نیز ندارد پس اگر ولی یا وکیل وی بر زوجه انفاق نکند، حاکم به ولی امر می‌کند تا طلاقش دهد و این طلاق بر زوجه واجب است» (کلینی، ۱۴۰۷ه.ق، ج ۶، ۱۴۷) و سپس می‌نویسد: «مقتضاه کفایه مضي المدّة و لو قبل الرفع إلى الحاكم و من غیر تعیینه؛ مقتضای

این روایت، کفایت گذشت ۴ سال هرچند قبل از دادخواست و بدون تعیین حاکم است. «همچنین سید یزدی با ذکر خبر «أبي الصباح الكِنَازي عَن أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع فِي امْرَأَةٍ غَابَ عَنْهَا زَوْجُهَا أَرْبَعَ سِنِينَ وَ لَمْ يُنْفَقْ عَلَيْهَا وَ لَا يُدْرَى أَ حَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ أَمْ يُجَبَّرُ وَ لِيَهُ عَلَى أَنْ يُطَلِّقَهَا قَالَ نَعَمْ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَ لِيٍّ طَلَّقَهَا السُّلْطَانُ قُلْتُ فَإِنْ قَالَ الْوَلِيُّ أَنَا أَنْفَقْتُ عَلَيْهَا قَالَ فَلَا يُجَبَّرُ عَلَى طَلَّاقِهَا قَالَ قُلْتُ أَرَأَيْتَ إِنْ قَالَتْ أَنَا أُرِيدُ مِثْلَ مَا تُرِيدُ النِّسَاءُ وَ لَا أُصْبِرُ وَ لَا أَقْعُدُ كَمَا أَنَا قَالَ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ وَ لَا كِرَامَةٌ إِذَا أَنْفَقْتُ عَلَيْهَا! ابى الصباح کنانی از امام صادق (ع) در مورد زنی که شوهرش برای ۴ سال از وی غایب بوده و بر وی انفاقی نیز صورت نمی‌گیرد و نمی‌داند که وی زنده است یا مرده سوال نمود که آیا ولی وی بر طلاق زوجه اجبار می‌شود امام فرمود بله و اگر ولی نداشته باشد حاکم اقدام به طلاقش خواهد نمود روای گوید به امام عرض کردم اگر ولی بگوید من به زوجه انفاق می‌کنم [چطور؟] امام فرمود در این صورت مجبور به طلاق نمی‌شود روای گوید به امام عرض کردم که زوجه می‌گوید آن چه زن‌ها می‌خواهند من نیز می‌خواهم و صبر نخواهم کرد و ساکت نخواهم نشست چنان که من این گونه هستم [کنایه از مسائل جنسی] امام فرمود چنین حقی ندارد و این مساله کرامتی نیز ندارد در صورتی که به وی انفاق می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۶، ۱۴۸) می‌فرماید: «و ظاهر هذا الخبر أيضا عدم لزوم كون المدة بعد الرفع؛ ظاهر این خبر نیز آن است که لازم نیست مدت بعد از دادخواست باشد.» (یزدی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ۷۰) صاحب عروه در جمع بندی نهائی می‌گوید انصاف آن است که آن چه صاحب حدائق به پیروی از فیض کاشانی ذکر نموده مبنی بر این که گذشت ۴ سال مطلقاً هرچند قبل از دادخواست به حاکم باشد کفایت می‌کند، بعید نیست با این بیان که آن چه که در خبر برید و سماعه آمده را حمل بر تمثیل نمائیم نه حصر (همان، ۷۱)

تفاوت دو قول کاملاً مشهود است، زیرا به موجب نظر اول (مشهور)، در هر زمان که زوجه تقاضای طلاق نماید، از همان تاریخ، حاکم لزوماً ضرب الاجل تعیین خواهد کرد هر چند که چندین سال از مفقود شدن زوج گذشته باشد، درحالی‌که بموجب قول دوم، ضرب الاجل حاکم پس از تقاضای زوج شروع نمی‌شود بلکه معیار تاریخ مفقود شدن زوج است.

بررسی حقوقی موضوع

ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالایثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند. در این صورت، با رعایت ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی حاکم او را طلاق می‌دهد.»

ماده فوق هرچند از فقه اقتباس شده است اما از چند جهت با متون فقهی متفاوت است؛ جهت اول این که بنا بر نظر مشهور فقهاء اگر مفقود، مالی داشته باشد که از آن بتوانند نفقه زوجه را بدهند یا ولی شوهر یا شخص دیگری مجاناً نفقه او را بدهد زن باید صبر کند. (یزدی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ۷۰) اما از قانون مدنی استظهار می‌شود که بعد از انقضاء مدت مقرر، حق طلاق برای زن وجود خواهد داشت چون مقنن با این که در مقام بیان بود، به صورت مطلق با گذشت چهارسال، برای زن حق درخواست طلاق شناخته است اعم از این که مفقود، مالی داشته باشد که از آن بتوانند نفقه زوجه را بدهند یا ولی شوهر یا شخص دیگری مجاناً نفقه او را بدهد یا نه.

جهت دوم این که در فقه، آنگاه که نوبت به طلاق زوجه غایب رسید در صورتی که غایب ولی داشته باشد، حاکم به او دستور می‌دهد تا زوجه غایب را طلاق دهد چنان که وی امتناع کند یا غایب ولی نداشته باشد حاکم از باب ولایت بر ممتنع، زوجه را طلاق می‌دهد اما ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی با وجود این که در مقام بیان بوده به طور کلی مقرر می‌دارد که وقتی نوبت به طلاق رسید حاکم او را طلاق می‌دهد و سخنی از ولی غایب به میان نیاورده است.

جهت سوم که مربوط به بحث ما می‌شود این است که از قانون مدنی استظهار می‌شود مقنن از نظر خلاف مشهور تبعیت نموده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ۳۳۶، شماره ۲۳۹؛ گرجی، ۱۳۸۷ش، ۳۶۱، شماره ۲۷۳؛ قاسم زاده، امور حسبی غایب مفقودالایثر، بی تا، ۲۱۵، شماره ۲۰۶) به این معنی که لازم نیست حاکم از تاریخ مراجعه زوجه ضرب الاجل تعیین نماید و لزوماً چهار سال بگذرد تا زن را طلاق دهد، بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج، چهار سال گذشته باشد حاکم می‌تواند طلاق دهد لیکن مقرر داشته که از تاریخ نخستین اعلان دادگاه نیز باید یک سال بگذرد. ماده ۱۰۲۳ مقرر می‌دارد: «در مورد مواد ۱۰۲۰ و ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲ محکمه وقتی می‌تواند

حکم موت فرضی غایب را صادر نماید که در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار تهران اعلانی در سه دفعه متوالی هر کدام به فاصله یک ماه منتشر کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت نماید که اگر خبر دارند به اطلاع محکمه برسانند. هر گاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذرد و حیات غایب ثابت نشود حکم موت فرضی او داده می‌شود.» به عقیده برخی از حقوقدانان، اتخاذ این رویه از سوی مقنن، در جهت جمع بین عقاید گوناگون بوده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ۳۳۶، شماره ۲۳۹) گفتنی است آقای جعفری لنگرودی در طرح اصلاح قانون مدنی، به شیوه مشهور فقها، مبدا چهار سال را از وقت مراجعه به دادگاه و تظلم خواهی می‌داند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ش، ۱۰۰۰، ماده ۲۷۵۴). نگارنده براین باور است که ادله مشهور قوی‌تر بوده و موافق با احتیاط نیز می‌باشد امری که حتی از نظر صاحب حدائق - که قول خلاف مشهور را برگزیده - نیز مخفی نمانده؛ «هذا ما أدى إليه الفهم القاصر من هذه الأخبار، و إن كان الاحتياط فيما صاروا إليه؛ این آن چیزی است که به نظر قاصر من از اخبار فهمیده می‌شود هر چند احتیاط در آن چیزی است که فقها بدان گرویدند» (بحرانی، ۱۴۰۵ه.ق، ج ۲۵، ۴۸۷) اما از آنجا که قانون مدنی با وجود این که در مقام بیان بوده است، نظر غیر مشهور را پذیرفته است شاید جهت مشی مقنن، دسترسی آسان‌تر زوجه به حقوق خویش باشد به هر حال بر قضاات محاکم است تا بر اساس ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی اقدام به صدور حکم نمایند و معیار تریص را از زمان غیبت زوج محاسبه نمایند.

شایسته ذکر است که رویه قضائی، طلاق زن را حتی پیش از گذشتن چهار سال، البته در قالب عسرو حرج پذیرفته است یعنی اگر انتظار زوجه تا ۴ سال موجب تحمل عسرو حرج شود به گونه‌ای که شرافت زن را تهدید نماید همین عنوان می‌تواند موجب درخواست طلاق از سوی زوجه شود در این خصوص رای شماره ۳۵-۳۳/۱۱/۱۳ شعبه ۱۰۵ دادگاه مدنی خاص قابل ذکر است که براساس آن زنی که شوهر او به هنگام جنگ مفقود شده است، پیش از گذشتن مدت ۴ سال از تاریخ غیبت و بدون اعلان در روزنامه تهران و محلی و گذشتن مهلت یک سال، طلاق داده شده است به عقیده برخی از حقوقدانان این حکم حاوی هیچ مستندی از قوانین نیست، و در صورتی

قابل توجه است که بر مبنای عسروحرج پیش از ۴ سال و به استناد ماده ۱۱۳۰ صادر شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ۳۳۷، شماره ۲۴۰). به نظر می‌رسد آن بخش از رای دادگاه مبنی بر این که «...خواسته خواهان نسبت به طلاق که زنی جوان است مشمول بخشنامه ۱۹۶۵-۶۲/۹/۲۷ خواهد بود» الهام گرفته از فتوای سید یزدی است که فرموده است: «و إذا كان عدم طلاقها و إبقاؤها على الزوجية موجبا لوقوعها في الحرام قهرا أو اختيارا فأولى، بل اللازم فكها حفظا لها عن الوقوع في المعصية، و من هذا يمكن أن يقال في مسألة المفقود إذا أمكن إعمال الكيفيات المذكورة من ضرب الأجل و الفحص لكن كان موجبا للوقوع في المعصية يجوز المبادرة إلى طلاقها من دون ذلك؛ اگر عدم طلاق زوجه و باقی گذاردن وی بر زوجیت موجب این شود که قهراً یا اختیاراتاً در حرام واقع شود پس به طریق اولی شایسته است تا به طلاق اقدام شود بلکه لازم است برای حفظ زوجه از وقوع در معصیت، وی را طلاق داد و از این جاست که در مساله غایب می‌توان گفت اگر اجرای کیفیات مذکور از قبیل تعیین مدت و فحص ممکن باشد ولی این امر موجب وقوع در معصیت شود جایز است بدون رعایت تشریفات مزبور مبادرت به طلاق نمود» (یزدی، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۱، ۷۶).

گفتنی است امروزه با الحاق یک تبصره به ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی از سوی مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۳۸۱/۴/۲۹ توسل به طلاق پیش از ۴ سال امکان اجرائی بیشتری یافته است چه این که مطابق بند ۱ تبصره الحاقی، ترک زندگی توسط زوج حداقل به مدت شش ماه متوالی و یا نه ماه متناوب در مدت یک سال بدون عذر موجه از مصادیق عسروحرج دانسته شده که زوجه بر آن اساس می‌تواند دادخواست طلاق دهد. بدیهی است در این صورت، نیازی به طی کردن مهلت مقرر در ماده ۱۰۲۳ نیست. راه حل دیگری که می‌توان به آن تمسک جست، استفاده از شروط ضمن عقد ازدواج است البته در صورتی که زوج چنین تعهدی داده باشد، در وضع فعلی بند ۱۱ از بخش ب شروط ضمن عقد نکاح در مقام شمارش مواردی که زن می‌تواند حسب مورد از دادگاه تقاضای صدور اجازه طلاق نماید مقرر می‌دارد؛ "در صورتی که زوج مفقودالاثر شود و ظرف ۶ ماه پس از مراجعه زوجه به دادگاه پیدا نشود."

نتیجه

با استظهار از ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، مبدا تریص ۴ سال، از زمان غیبت زوج است که در این صورت، دادگاه اقدام به نشر آگهی به ترتیب مذکور در ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی خواهد نمود و بعد از گذشتن یک سال از تاریخ نخستین آگهی (که عملاً باید از تاریخ غیبت تا صدور حکم ۵ سال و ۲ ماه گذشته باشد)، در صورتی که خبری از غایب نرسیده باشد، حکم به طلاق خواهد کرد. بعد از طلاق، زن عده وفات نگه خواهد داشت. (ماده ۱۱۵۶ ق.م.) و این طلاق، ماهیتاً رجعی خواهد بود (ماده ۱۰۳۰ ق.م.).

منابع و مأخذ

۱. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، جلد ۲۵، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، اول، ۱۴۰۵هـ.ق.
۲. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین، جلد ۲، مجمع الإمام المهدی (عجل الله تعالی فرجه)، قم، اول، ۱۴۲۶هـ.ق.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مجموعه محشی قانون مدنی، گنج دانش، چاپ سوم، ۱۳۸۷، تهران.
۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، اول، ۱۴۰۹هـ.ق، ج ۲۲.
۵. حلّی، فخر المحققین، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم، اول، ۱۳۸۷هـ.ق، ج ۳.
۶. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله؛ ج ۲.
۷. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، مؤسسه اسماعیلیان، قم، دوم، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۴.
۸. خویی، سید ابو القاسم موسوی، منهاج الصالحین، جلد ۲، نشر مدينه العلم، قم، ۲۸، ۱۴۱۰هـ.ق
۹. سبحانی، جعفر، نظام الطلاق فی الشریعه الإسلامیه الغراء، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، اول، ۱۴۱۴هـ.ق
۱۰. سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحكام، جلد ۲۶، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، قم، چهارم، ۱۴۱۳هـ.ق.
۱۱. شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیة، کتابفروشی داوری، قم، اول، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۶.
۱۲. صدوق، محمّد بن علی بن بابویه، المقنع، مؤسسه امام هادی علیه السلام، قم، اول، ۱۴۱۵هـ.ق

۱۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، جلد ۲، دار التعارف للمطبوعات، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۰هـ.ق.
۱۴. طوسی، ابو جعفر، المبسوط فی فقه الإمامیه، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران، سوم، ۱۳۸۷هـ.ق، ج ۵.
۱۵. طوسی، محمد بن علی بن حمزه، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، اول، ۱۴۰۸هـ.ق.
۱۶. قاسم زاده، سید مرتضی، امور حسبی، غایب مفقود الاثر.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (خانواده)، شرکت انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۸، ج ۱.
۱۸. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، دار الکتب الإسلامیة، تهران، چهارم، ۱۴۰۷هـ.ق، ج ۶.
۱۹. کاشانی، فیض، الوافی، جلد ۲۲، کتابخانه امام امیر المؤمنین علی علیه السلام، اصفهان، اول، ۱۴۰۶هـ.ق.
۲۰. کاشانی، فیض، مفاتیح الشرائع، جلد ۲، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، اول.
۲۱. گرجی، ابوالقاسم، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۸۷، تهران.
۲۲. یزدی، سید محمد کاظم طباطبایی، تکملة العروة الوثقی، جلد ۱، کتابفروشی داوری، قم، اول.