

A reflection on the absent, missing, and lost, with an emphasis on Imami jurisprudence and legal issues

Mohammad Mahdi Zarei

Hossein Mirzaei Tabar^۱

- 1- Assistant Professor of Jurisprudence and Law, Mazandaran University, Babolsar, Iran.
- 2- PhD student in Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, University of Mazandaran, Babolsar, Iran.

Abstract.

One of the issues that causes the foundations of the family to shake is the absence of the husband. Jurists and jurists have stated rulings regarding the property and wife of a man who is absent and has no trace. In Imami jurisprudence, his property is kept until it is known whether he is alive or dead and is not divided among the heirs so that if the absent and missing person returns, his property is handed over to him. In the case of an absent and missing wife, if there is a spendthrift for her during her husband's absence, they rule that the wife is married to him. If there is no spendthrift, after issuing a hypothetical temporary ruling, after a certain period has passed, the wife is divorced by the ruling of the judge and then, after observing the waiting period, she marries another person. In the case of fixed rights, the Imami jurisprudence has also followed the well-known opinion regarding property and wife, and the Shafi'i jurisprudence has resorted to istishab and qiyas since they do not have a specific narration regarding the rulings regarding absent and missing persons. In this research, which was developed using a descriptive-analytical method, the existing differences and similarities were mentioned and the legal articles related to absentee rulings were explained and examined.

Keywords: Absent, missing, divorce, presumed death, family rights.

تأملی بر غایب مفقود الاثر با تأکید بر فقه امامیه و حقوق موضوعه

محمد مهدی زارعی^۱

حسین میرزائی تبار^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۸/۰۷ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

چکیده

یکی از مسائلی که باعث تزلزل پایه‌های خانواده می‌باشد غیبت شوهر است. فقها و حقوقدانان در خصوص اموال و زوجیه مردی که غایب مفقود الاثر می‌باشد احکامی را بیان نموده‌اند. در فقه امامیه اموال او را تا زمان معلوم شدن حیات یا ممات نگهداری می‌کنند و بین وارث تقسیم نمی‌کنند تا در صورت برگشتن غایب مفقود الاثر اموالش به او تحویل داده شود و در خصوص زوجیه غایب مفقود الاثر اگر در زمان غیبت شوهرش انفاق کننده‌ای برای زوجیه باشد حکم به زوجیت زوجیه می‌کنند. اگر انفاق کننده نباشد بعد از صدور حکم موقت فرضی، پس از سپری شدن مدت مشخص به حکم حاکم زوجیه را طلاق می‌دهند و سپس بعد از نگهداشتن عده با شخص دیگری ازدواج کند. در حقوق موضوعه نیز از نظر مشهور فقهای امامیه در مورد اموال و زوجیه تبعیت شده است و فقهای شافعیه چون روایت خاصی در مورد احکام غایب مفقود الاثر ندارند به استصحاب و قیاس متوسل شده‌اند. در این پژوهش که به روش توصیفی تحلیلی تدوین شده است، به ذکر اختلافات و اشتراکات موجود پرداخته شده و مواد قانونی که به احکام غایب مفقود الاثر مربوط بوده تبیین و بررسی گردیده است.

واژگان کلیدی: غایب، مفقود الاثر، طلاق، موت فرضی، حقوق خانواده.



^۱ - استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
^۲ - دانشجوی دکتری، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

۱- شرایط تحقق غیبت

الف) غیبت

اولین عنصر تعریف حقوقی غایب، غیبت است یعنی غیبت از اقامتگاه که همان مرکز مهم امور شخص می باشد. (محل سکونت یا محل کار) غیبت در مقابل حضور بکار می رود.

ب) انقضای مدت نسبتاً طولانی

نظر مشهور بر این است که تشخیص موضوع باید، به عرف واگذار شود. برخی مبادرت به بیان نظر عرف نموده اند که انشاء الله در مباحث آتی نظرات مختلف را مورد بررسی قرار خواهیم داد. با توجه به اینکه تشخیص و نظر عرف نسبت به امر واحد در شرایط مختلف و به اعتبار از منہ و امکان متغیر و متفاوت است در وضع قوانین باید به این نکته توجه خاص مبذول داشت. ضبط و احصاء نظرات عرف یک زمان، و تسری دادن آن به آینده همان طوری که قانون مدنی در مواد ۱۰۲۰ و ۱۰۲۱ اعلام می دارد و در بسیاری از کشورها این گونه است مشکلات فراوانی را بوجود خواهد آورد. به هر حال تشخیص اینکه، مدت بالنسبه مدیدی از غیبت غایب، منقضی شده است یا خیر با عرف بلد است و این عرف محل است که تشخیص می دهد زمان غیبت بالنسبه طولانی است و یا اندک و این امر به اعتبار زمان و مکان و شرایط موجود و نظر عرف محل متغیر است.

ج) فقدان خبر حیات یا ممات غایب

مهمترین عنصری که برای ارائه تعریف غایب در نظر گرفته شده است بی اطلاعی از وضعیت غایب و فقدان اطلاعات مربوط به زنده بودن یا مرده بودن غایب است که تقریباً در تمامی تعاریف با مختصر اختلاف تعبیر گنجانده شده است. وگرنه در صورت معلوم بودن وضعیت غایب و وصول اخباری مبنی بر حیات یا ممات وی مطابق مقررات مربوطه عمل خواهد شد. اگر مرگ طبیعی اش مشخص نشود و یا اینکه به استناد ادله قطعی و یا قرائن مفید علم (علم عادی) حیات او محرز و مسلم گردد، در هر دو مورد تکلیف قضیه روشن بوده و

احکام خاص شخص مرده و یا زنده در خصوص وی اعمال خواهد شد. مثلاً اگر شخصی از محل ناشناخته ای مبادرت به ارسال نامه و یا تماس تلفنی و یا ... با اطرافیان و اقرباء خویش بنامید که آنها علم به زنده بودن وی پیدا کرده اما بهیچ وجه امکان، محل اقامت او را تشخیص ندهند، و یا اینکه اسیرجنگی از طریق مراجع بین المللی اخبار مربوط به زنده بودن خود را ارسال نماید هرچند که اسم او از طرف دشمن جزو اسرا اعلام نشده و از مکان حضور وی اطلاعی در دست نباشد، چنین افرادی با اینکه از اقامتگاه قانونی خود غایب و دور هستند اما بدلیل اینکه زنده بودن آنها معلوم گردیده است، غایب مفقود الاثر نیستند. و احکام و مقررات خاص غایب در مورد آنان به مورد اجرا گذاشته نمی شود. بنابراین اموال و دارائی اشخاص اخیرالذکر در ملکیت آنها باقی بوده و زوجیت او با همسرش بقوت خود پا برجاست هرچند که مدت بالنسبه مدیدی از غیبت آنها گذشته باشد. حاصل مطلب این است که هیچکدام از عناصر سه گانه سابق الذکر (غیبت، انقضای مدت نسبتاً طولانی - فقدان خبرحیات و ممات غایب) به تنهایی کافی نیست و باید در معرفی شخص غایب مجموع آنها در نظر گرفته شوند.

۲- بررسی مبانی غایب مفقود الاثر در فقه امامیه

در فقه برای اینکه حکمی صادر شود باید دلیلی از قرآن، سنت، اجماع، عقل و یا اصول عملیه آورده شود تا پشتوانه محکمی برای حکم صادر شده باشد. بنابراین ما دلایلی که می توان از آن برای غایب مفقود الاثر حکمی خارج شود را مورد بررسی قرار می دهیم.

۲-۱- قرآن

ظاهراً نص صریحی از قرآن در مورد احکام غایب مفقود الاثر وجود ندارد. ولی تنها آیه ای که از آن می توان حکمی برای غایب به دست آورد آیه وفات می باشد که در سوره بقره آیه ۲۳۴ می باشد البته آن هم در صورتی که عده زن غایب را پس از جدایی عده وفات در نظر

بگیریم

در این آیه شریفه خداوند می فرماید «مردانی که بمیرند و زناشان زنده بمانند . آن زنان باید از شوهرکردن خودداری کنند تا مدت چهار ماه و ده روز بگذرد پس از انقضای این مدت گناهی نیست که آنان در حق خویش کاری شایسته نمایند و خداوند از کردارشان آگاه است» و با توجه به این آیه عده وفات چهار ماه و ده روز است و به جز حامل که نص خاص از کتاب دارد که شامل هرگونه زوجه است و عده طلاق حاکم مانند عده وفات است و از این جهت فرقی بین نکاح دائم و منقطع نیست و غیرمدخوله و یائسه هم مانند عده وفات است یعنی به همان مدت چهار ماه و ده روز.

۲-۲- سنت

برای احکام غایب مفقودالاثار یکی از دلایل مهم همان روایات می باشد. روایات متعددی در این باب وارد شده است که ما آنها را بررسی می کنیم.

۱- روایت یونس بن عبدالرحمان از هشام بن سالم که گفته است: «سؤال شده است از ابابراهیم (امام موسی کاظم) علیه السلام توسط خطاب الاعور و من در مجلس حاضر بودم. سپس خطاب الاعور گفته است: پیش پکارگری کار می کرد بعداً مفقود شده است و قسمتی

از اجرت و مزد او پیش پدرم مانده بود و وارثین او را هم نمی شناسیم چه بکنیم؟

امام فرمودند: بگردید تا پیدایش کنید. خطاب الاعور گفته است، گشتیم ولی او را پیدا نکردیم و درحالی که دستش را حرکت می داد گفت: آیا به مساکین می رسد؟ مجدداً تکرار نمودم امام فرمود بگرد و جد و جهد نما، اگر پیدا کردی فبها و المثل مال خودت است، تا زمانی که برای او طالبی پیدا شود. اگر برای تو حادثه ای پیش آمد وصیت بکن که اگر طالبی برای این مال آمد آن را به او برگرداند.

۲- روایت دوم روایت یونس بن عبدالرحمان از ابن عون از معاویه بن وهب از امام صادق(ع) که میگوید «از ابن عبدالله علیه السلام سوال شد درباره مردی که از او برگردن مرد

دیگری حقی مانده بود و مرد طلبکار مفقود شده است و نمی دانیم در کجا او را بیابیم و از طرفی هم نمی دانیم که او زنده است یا مرده و نمی دانیم که آیا وارث و خویشاوندان و یا فرزندان دارد یا خیر؟ امام فرمود: او را بجوئید. مرد گفت: مفقودیت او طولانی شده است آیا حق او را صدقه بدهیم؟ امام باز فرمود: بجوئید تا او را پیدا کنید» (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۱۷ ص ۵۸۳)

از این دو روایت فهمیده می شود که مال مفقود نباید تقسیم شود و مالکیت مفقود نباید به دیگری انتقال یابد به همین منظور در مقابل سئوالات سائلین در این روایت امام دستور به طلب و تفحص می دهد تا موقعی که علم به موت او پیدا شود. چه به واسطه بینه و یا به واسطه قرائنی که مفید علم و یقین باشد حاصل گردد. بعد از علم به موت مفقود است که اموال او بین وارث تقسیم می گردد.

روایاتی که دلالت بر مدت تربص از غایب می کنند

الف) تربص به مدت ده سال

علامه حلی در کتاب قواعد می گوید «اموال غایبی که خبری از او نیست به ورثه نمی رسد تا این که موت او با بینه شرعی یا با گذشت مدتی که امثال چنین شخصی عادتاً زنده نمی ماند معلوم شود و پس از آن حکم می شود که اموال به ورثه موجود حین حکم موت داده شود و بنابر قولی بعد از ده سال و به قولی دیگر بعد از چهار سال از غیبت، اموال به ورثه داده می شود. همچنین در یک قولی ضعیف آمده که اموالش به ورثاتی که بی نیاز هستند تسلیم می شود (علامه حلی، ۱۳۲۹ هـ ق، ج ۲، ص ۱۶۷) محقق حلی نیز در شرایع الاسلام در کتاب فرائض می فرماید: اموال مفقود الاثر نگهداری می شود و راجع به مدت آن اقوالی ذکر شده است. بعضی بر مبنای روایت عثمان بن عیسی از سماعه از امام صادق (ع) مدت آن را چهار سال گفته اند در حالی که روایت ضعیف است و بعضی بر مبنای روایت علی بن مهزیار از امام باقر (ع) عمل کرده اند و گفته اند که بعد از ده سال اموالش بین ورثه تقسیم می شود و شیخ مفید قول مذکور را اختیار فرموده اند یعنی قول ده سال را ولی استدلال به روایت بی وجه

است و شیخ طوسی در خلاف گفته است که اموال مفقود الاثر تقسیم نمی شود مگر پس از گذشتن مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند و این قول برتر است (محقق حلی، ۱۳۸۹ هـ.ق، صص ۲۹۷ و ۳۰۹)

مستند و مبنای کسانی که قائل به تربص به مدت ده سال را برگزیده اند خبرعلی بن مهزیار است که می گوید: سؤال کردم از امام باقر (ع) از زنی که منزلی داشت همراه با یک دختر و یک پسر، بعد از مدتی پسر در دریا غائب مفقود الاثر گردید و زن هم از دنیا رفت و دختر مدعی است که مادرش این منزل را به او واگذار و برای او قرار داده است، پس دختر قسمتهایی از این منزل را فروخته و قسمتی از این منزل باقیمانده که قسمت باقی مانده هم جوار منزل مسکونی یکی از دوستان است. به این مرد همسایه پیشنهاد خریداری این قسمت از منزل شده است ولی همسایه از خریداری این قسمت امتناع ورزیده و اظهار می دارد که می ترسد خریدن این قسمت از منزل برای او حلال نباشد و اتفاقاً از مفقود هم هیچ خبری نیست امام (ع) پرسید الان چه مدتی است که مفقود شده است مرد گفت: الان چندین سال است که مفقود گردیده است. امام (ع) فرمودند: به مدت ده سال صبرکن بعد از گذشتن ده سال آن قسمت را خریداری کن. مرد گفت: آیا اگر ده سال صبرکنم و سپس خریداری نمایم برای من حلال است امام فرمود: بلی» (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۱۷؛ شیخ طوسی، ۱۳۶۵، ج ۹، ص ۳۸۸)

از اینکه امام (ع) در این روایت حلیت معامله را متوقف بر صبر تا مدت ده سال کرده است فهمیده می شود که مدت تربص در ارث از اموال مفقود ده سال می باشد و بعد از انقضاء ده سال اموال مفقود بین وراثت او تقسیم می شود.

مناقشه در استدلال به حدیث ذکر شده: بعضی از فقها نظرشان بر این است که استدلال به این روایت در این بحث به دلایل ذیل صحیح نمی باشد.

اولاً: حکم به فروش حصه ای از منزل بعد از ده سال دلیلی بر حکم به موت مفقود نیست.

ثانیاً: هیچ دلالتی بر تصرف اموال از سوی ورثه و تقسیم اموال مفقود بین ورثه ندارد.

چرا که ممکن است حکم امام در مورد فروش قسمتی از منزل بعد از مدت ده سال تربص

و انتظار را حمل بر استحباب نمود. به این معنا که ممکن است اموال مفقود در حال تلف شدن باشد و فروش مال در چنین موقعی خود حفظ مال مفقود خواهد بود و مصلحت ایجاب می کند که اموال به فروش برسد و ثمن مورد معامله در دست یکی از افراد (مثلاً خواهر در این مسئله) همراه با ضمانت او حفظ گردد.

الف) تربص به مدت چهار سال

قائلین به تربص به مدت چهارسال به چند دلیل و مبنا استناد کردند که عبارتند از:

الف) روایت اسحاق بن محمد سماعه از علی بن رباط و عبدالله بن جبلة از اسحاق بن عمّار که گفته است «در مورد اموال مفقود چهارسال باید صبر کرد و انتظار کشید و بعد از انقضاء مدت چهار سال اموال بین وراثت تقسیم می شود.» (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق، ج ۱۷، ص ۵۸۳)

ب) روایت محمد بن یحیی از محمد بن الحسین از عثمان بن عیسی از سماعه از حضرت صادق (ع) که فرمود: اموال مفقود به اندازه ای نگهداری می شود که در مدت چهار سال جهت تعیین وضعیت او به جستجو پردازد. در این مدت چهار سال اگر او را یافتند اموال در اختیار او قرار می گیرد و بحثی در آن نیست و اما اگر جستجو کردند و مفقود را نیافتند. در این صورت اموال او بعد از انقضاء مدت تربص، به مدت چهارسال بین ورثه تقسیم می شوند. در ضمن در این مدت چهارسال اگر مفقود فرزندی داشته باشد، از همین اموال بر او انفاق خواهد شد و هزینه عائله مفقود از همین اموال تأمین می شود» (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق، ج ۱۷، ص ۵۸۴)

ج) از دلایلی که قائلین به قول چهارسال مدت تربص به آن استناد کرده اند، اعتداد زوجه مفقود بعد از چهارسال است که زوجه مفقود بعد از احراز مفقودیت باید به مدت چهارسال صبر کند و بعد از انقضاء مدت تربص به مقدار چهار سال و انجام تفحص، حاکم شرع زوجه را امر به اعتداد می نماید. زوجه بعد از انقضاء عده می تواند ازدواج نماید. که مشروح مسئله در باب خودش (طلاق زوجه مفقود) بیان خواهد شد. این مطلب می تواند مؤید بر مدت تربص به مدت چهارسال در ارث از اموال مفقود باشد. (طباطبایی، ۱۹۸۱م، ج ۲، کتاب المواریث)

د) از دلایل دیگری که فائیلین به قول چهارسال تربص به آن استناد کرده اند اجماع علمای امامیه بر این قول می باشد .

روایات مربوط به زوجه و امور غیر مالی غایب مفقود الاثر

بعد از ذکر احادیث راجع به اموال غایب مفقود الاثر موضوعی که باید بررسی کنیم زوجه و امور غیر مالی مفقود می باشد که شاید از امور مالی غایب مهمتر است. در این قسمت نیز روایاتی ذکر شده که آنها را بیان می کنیم قبل از بیان روایاتی که مبنای احکام غیرمالی غایب قرار می گیرند باید حالات مختلف غایب مفقود الاثر را بیان کنیم. حالات مختلف غایب الاثر به این صورت است که گاهی حیات مفقود مشخص است و خبر زنده بودنش به همسرش رسیده است. که در این صورت زوجه غایب مفقود الاثر هیچگونه اختیاری برای طلاق و ازدواج مجدد ندارد. که این حکم را عقل سلیم نیز قبول می کند و چندان مشکلی وجود ندارد و گاهی اتفاق می افتد که به هیچ وجه خبری از حیات و ممات زوج و اصل نباشد تحت عنوان مفقود الاثر خواهد بود. لذا چنانچه زوج غایب اموالی دارد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند یا اگر کسی باشد که از ناحیه زوج مخارج زوجه را تأمین کند. زوجه باید صبر کند بنابراین این هر گاه ولی غایب سرپرستی او را بر عهده بگیرد و یا متبرعی باشد که برای زوجه خرجی دهد. بر زن واجب است که صبر کند. بخاطر استصحاب حیات مرد که مقتضی عدم جواز تجویز طلاق زن می باشد (خوانساری، ۱۴۰۵هـ. ق، ج ۴، ص ۵۹۳) البته علماء برای صبر زوجه غایب مفقود الاثر دلایلی ذکر کرده اند.

مستندات و مبانی فائیلین به صبر زوجه در صورت وجود منفق (انفاق کننده) و یا خبری از مفقود و عدم خیار زوجه برای طلاق عبارتند از:

الف) اصل بقاء حیات یا استصحاب که در جای خود توضیح داده خواهد شد.

ب) روایاتی که دلالت دارند بر عدم خیار زوجه برای طلاق و ازدواج مادامی که انفاق کننده ای وجود داشته باشد.

از جمله روایات صحیح حلبی است که می فرماید: «از امام صادق (ع) درباره مفقود سؤال

شد. پس امام فرمود: مفقود وقتی چهار سال از مفقودیتش گذشته باشد والی کسی را برای پیدا کردن وی به ناحیه‌ای می‌فرستد که او در آنجا مفقود گردیده‌است و یا برای آن ناحیه نامه‌هایی را می‌نویسد که اگر کسی از مفقود اطلاعی دارد به او خبر بدهد. در این صورت اگر او را پیدا نکرد والی به ولی مفقود امر می‌کند که زوجه او را انفاق کند، تا مادامی که ولی بر زوجه انفاق می‌کند، زوجه، زوجه مفقود است و حق طلاق و ازدواج مجدد را ندارد من گفتم که، زن می‌گوید من میخواهم ازدواج کنم، امام (ع) فرمودند: چنین حقی ندارد و کرامتی برای او نیست که با وجود انفاق کننده برای او خواهان طلاق و ازدواج شود. آری اگر ولی و یا وکیل مفقود بر زوجه وی انفاق نکند در این صورت والی، ولی یا وکیل را امر می‌کند که زوجه مفقود را طلاق دهد. این طلاق، طلاق است که برای رفاه و نفع زوجه واجب است که زوجه به واسطه این طلاق رهائی پیدا می‌کند. (حرعاملی، ۱۳۹۱ هـ.ق، ج ۱۵، ص ۳۹۰، حدیث ۴)

از این روایت استنباط می‌شود تا مادامی که زوجه مفقود، انفاق کننده دارد حق طلاق و ازدواج مجدد را ندارد و باید تا مادامی که خبر موت مفقود به او نرسیده است صبر کند.

روایت دیگر صحیح برید بن معاویه است که می‌فرماید: از امام صادق (ع) سؤال کردم که زوجه مفقود چه باید بکند؟ امام فرمودند تا زمانی که زوجه سکوت کند و صبر نماید پس او را رها کن و اما صبر نکرد و به حاکم و والی مراجعه کرد، حاکم چهار سال برای او مدت تعیین می‌کند و در این مدت چهار سال نامه‌هایی می‌نویسد و یا افرادی را به آن نواحی که مفقود در آن منطقه مفقود شده است می‌فرستد و از اهالی آن ناحیه درباره مفقود سئوالاتی می‌شود. اگر خبری از مفقود یافت که وی زنده است در این صورت زوجه باید صبر کند و اگر خبری از حیات مفقود نیافت و چهار سال تربص و جستجو هم تمام شد. در این موقع حاکم و والی، ولی مفقود را دعوت کرده و از او سؤال می‌کند که آیا مفقود مالی دارد؟ اگر مفقود مالی داشت با این مال بر زوجه مفقود انفاق می‌شود، تا مادامی که خبر موت مفقود برسد. اما اگر مالی نداشت به ولی مفقود گفته می‌شود که بر زوجه مفقود انفاق کند. اگر ولی مفقود بر زوجه غائب انفاق کرد در این صورت تا مادامی که زوجه توسط ولی انفاق می‌شود

هیچگونه اختیاری برای زوجه در طلاق و ازدواج وجود ندارد، اما اگر ولی مفقود از دادن نفقه زوجه مفقود امتناع ورزد، حاکم ولی را مجبور می سازد که زوجه مفقود را طلاق دهد، تا شروع به عده نماید در حالی که پاک شود. در این صورت طلاق ولی، طلاق خود مفقود خواهد بود. پس اگر قبل از انقضاء عده مفقود مراجعت نماید، در این صورت حق رجوع برای مفقود محفوظ و زوجه، زوجه مفقود خواهد بود. در این موقع زوجه نزد شوهر بر دو طلاق می باشد. (یعنی حق دو طلاق دیگر را دارد) در صورتی که قبل از آمدن مفقود عده تمام شده باشد، برای شوهران دیگر ازدواج با او حلال خواهد بود و شوهر اول حقی بر او ندارد. (یعنی حق تقدم نسبت به دیگران ندارد) (حرعاملی، ۱۳۹۱ هـ. ق، ج ۱۵، ص ۳۸۹، حدیث ۱)

لازم به ذکر است که گفته می شود مفقود حق رجوع ندارد به این معنا نیست که در صورت تمایل زوجه با عقد و صیغه مجدد هم نتواند با او ازدواج نماید. بلکه حق رجوع که در طلاق رجعی حق زوج است را ندارد. ولی در صورت تمایل زوجه مفقود می تواند با عقد مجدد با او ازدواج نماید. پس در نتیجه ملاحظه می فرمائید که این روایت نیز بر عدم اختیار زوجه در طلاق و ازدواج مجدد تا مادامی که نفقه برای او فراهم است دلالت دارد.

روایت دیگری که در این زمینه وجود دارد روایت ابی الصباح الکنانی است که از امام جعفر صادق (ع) نقل می کند: «زنی است که شوهرش به مدت چهار سال مفقود الاثر گردیده و بر زوجه هم انفاق می شود و از طرفی معلوم نیست که مفقود زنده است یا مرده است. آیا در این صورت باید ولی مفقود را مجبور به طلاق زوجه بنماید؟ امام صادق (ع) فرمودند: آری، ابی الصباح می گوید: من گفتم چه می فرمایید در صورتی که زن خواستار طلاق و ازدواج شود. امام فرمودند: هیچگونه حق طلاق و ازدواج ندارد و برای او پسندیده نیست تا زمانی که انفاق کننده داشته باشد» ملاحظه می فرمائید که روایت ابی الصباح هم مثل روایات قبلی تا زمانی که زوجه مفقود انفاق کننده داشته باشد، هیچگونه حق طلاق و ازدواجی را برای او قائل نیست. (شیخ طوسی، ۱۳۲۹، ج ۵، ص ۳۷۸؛ محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۳، ص ۳۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۶۵).

اما اگر هیچگونه راهی برای انفاق وجود نداشت. در این صورت نیز گاهی زوجه مفقود با همین وضع موجود سازگار است و صبر می کند و هیچگونه دعوی جهت طلاق و ازدواج مجدد ندارد و گاهی نمیخواهد صبر کند. بلکه دعوی انفاق و ازدواج مجدد دارد. در صورت اول بحثی نیست و همسر صبر می کند تا موت و یا حیات مفقود مشخص شود. اما در صورت دوم که صبر نمی کند بلکه دعوی طلاق و ازدواج مجدد دارد و به حاکم مراجعه می نماید و حاکم شرع چهارسال مدت تعیین می کند و در این مدت چهار سال در طلب مفقود به جستجو می پردازد. اگر در مدت این چهارسال و در حین فحوص و جستجو مفقود را یافت که مطلوب حاصل است و اما اگر بعد از انقضاء چهار سال فحوص و تربص مفقود پیدا نشد در این صورت اگر مفقود دارای ولی شرعی باشد حاکم شرع ولی مفقود را طلب کرده و او را امر می کند که زوجه مفقود را طلاق بدهد. اگر ولی از دادن طلاق امتناع ورزید حاکم شرع خود، زوجه را طلاق داده و او را امر به عده می نماید و بعد از طلاق و انقضاء عده زوجه می تواند ازدواج مجدد نماید.

آیت الله سید علی طباطبایی نیز می فرماید: «ظاهراً هم چنانچه عبارت شیخین (مفید و طوسی) و قاضی و ابن ادریس قائل شده اند در عده اکتفاء به امر عده است و لو بدون طلاق بر خلاف عده ای از متأخرین به تبع شیخ صدوق و اسکافی که صراحت به طلاق را لازم دانسته اند و آیه الله طباطبایی نیز این نظر را می پسندند، زیرا تصریحی بر عدم طلاق نمی باشد. (طباطبایی، ۱۹۸۱م، ج ۱۱، ص ۱۳۷) آیه الله خویی نیز می فرماید: در این صورت حاکم او را طلاق می دهد. سپس عده وفات نگه می دارد. (خویی، ۱۳۹۵ه.ق، ج ۲، ص ۳۰۰) همان طور که ملاحظه شد بزرگانی چون شهید اول، شهید ثانی، صاحب جواهر، امام خمینی (ره) و آیت اله طباطبایی و خویی و بزرگان دیگر به طلاق می باشد و امر به اعتداد بدون طلاق را کافی نمی دانند.

قائلین به اشتراط طلاق نیز برای خودشان مستنداتی دارند که به آنها اشاره می گردد.
الف) مستنداتشان همان روایت حلبی از امام صادق (ع) و برید بن معاویه و

ابی‌الصالح‌الکنانی است که قبلاً ذکر گردیده و به مناسبتی به آنها تمسک جستیم و برای ملاحظه اختصار از ذکر دوباره آنها جلوگیری می‌کنیم (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق، ج ۱۵، صص ۳۸۹-۳۹۰)

ب) مستند دیگر همان اصل استصحاب یا اصل بقاء حیات مفقود بعد از انقضاء مدت تربص و اتمام فحص است. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۲، ص ۲۹۳)

۳- عده همسر غایب مفقود الاثر

در گفتار قبل گفته شد که در رابطه با زوجه مفقود بعضی از فقها قائل به کفایت امر به عده از سوی حاکم شدند و بعضی دیگر اشتراط طلاق را در زوجه مفقود شرط دانستند که در این رابطه نظرات و مبنا و مستندات آنها را بیان داشتیم. حال باید دید که نظر فقها درباره عده زوجه مفقود چه می‌باشد. آیا عده وی عده طلاق است یا عده وفات محسوب می‌گردد.

مشهور بین اصحاب این است که عده، عده وفات است همانطور که خیر سماعه بر آن دلالت دارد (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق، باب ۴۴ از ابواب ما یحرم بالمصاحره ؛ کلینی، ۱۳۴۷هـ.ق، ج ۶، ص ۱۴۸) به نحوی که در این روایت بحثی از طلاق نشده بلکه فقط گفته شده «پس از گذشت چهار سال او را امر می‌کند که ۴ ماه و ۱۰ روز عده نگه دارد. البته ظاهراً باقی روایات در این جهت دلالت دارند که عده باید عده طلاق باشد چون در روایات به این صورت آمده «یطلقها ثم تعتد» اول او را طلاق داده بعد شروع به عده بکند (حرعاملی، ۱۳۹۱هـ.ق، ج ۱، کتاب طلاق باب ۲۳ از احکام طلاق)

ظاهر امر این است که عده ای که بعد از طلاق واقع می‌شود، عده طلاق باید باشد، همانطور که عده بعد از وفات هم باید عده وفات باشد. (شهیدثانی، ۱۴۱۰هـ.ق، ج ۶، ص ۶۶)

با توجه به تعارض روایات در این خصوص مشهور فقها طبق قاعده «الجمع اولی من الملوح مهما امکن» در مقام جمع بین روایات متعارض بر آمده و بیان کرده اند که حاکم زن را طلاق می‌دهد و زن باید عده وفات نگهدارد. و این مطلبی که از ظاهر روایات فهمیده می‌شود. ولی قائلی ندارد و کسی را ندیدیم که فتوا داده باشد که عده زوج مفقود بعد از طلاق عده

طلاق باشد. حتی آنهایی که قائل به اشتراط طلاق بودند، نیز عده را عده وفات می دانند. (شهید ثانی، ج ۶، ص ۶۶) و علت این امر را در فتاوی خود چنین بیان کرده اند.

مرحوم فخر المحققین در کتاب خود می فرماید: «اقرّب این است که بعد از مدت چهارسال به جهت روایات صحیحه ای که موجود است زن را طلاق دهد و به جهت احتیاط در این رابطه عده وفات نگاه دارد. (فخرالمحققین، ۱۹۷۹م، ج ۲، ص ۳۵۵ و ۳۵۶)

و جمله صاحب جواهر در جواهر الکلام در این رابطه چنین است: «من می گویم اینکه قائل به طلاق شدیم، هیچ منافاتی ندارد که عده، عده وفات باشد چرا که ممکن است بگوئیم در همه جا عده طلاق سه ماه است اما در اینجا عده طلاق به مقدار عده وفات است چرا که چهار ماه و ده روز خواهد بود. و شاید هم سراین مطلب به جهت ملاحظه مرگ مفقود باشد به اعتبار اینکه چهارسال وقت گذاشته شده است. و در کلیه نواحی که احتمال وجد غائب می رفت، در پی مفقود جستجو شده و پیدا نشده است. این خود انقضاء عادت است و موت مفقود را متحمل و یا در بعضی از موارد متیقن می سازد و الا اگر حیات می داشت در طول این چهار سال فحوص و تربص باید اثری از حیات او یافت می شد. پس هیچ منافاتی ندارد که طلاق باشد و عده طلاق در اینجا عده وفات و یا به قدر عده وفات باشد به همین جهت است که عده طلاق در اینجا به مقدار عده وفات و یا بقدر عده وفات باشد به همین جهت است که عده طلاق در اینجا به مقدار عده وفات است و کسانی که قائل به طلاق هستند تصریح کردند و فتوی دادند که عده، عده وفات است. همچنین در هیچ یک از نصوص دیده نشده که حاکم به موت شخص حکم بکند چون در این صورت عده بر او واجب می شد و حال اینکه همه بر این معنا معتقد هستند که بعد از فحوص حاکم، در صورت تمایل زن باز هم می تواند صبر کرده و باقی بر زوجیت باشد (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۳۲، صص ۲۹۴-۲۹۳)

به نظر می رسد که فتوای صاحب جواهر و نظرش اندک تفاوتی با نظر بقیه فقها داشته باشد. چرا که مشهور از اصحاب و فقها قائل به عده وفات گشته اند و دسته ای دیگر ظاهر روایات را بر این حمل نموده اند که عده باید عده طلاق باشد. اگرچه تصریحی به این قول

وجود ندارد. در این میان صاحب جواهر مطلب سومی را مطرح فرمودند و آن اینکه عده، عده طلاق بوده ولی عده طلاقی که در رابطه با مفقود به مقدار عده وفات است. و این قول تقریباً جمع بین دو قول (عده وفات و عده طلاق) و روایات وارده در این باب است. و طبق قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الطرح» جمع بین دو چیز بهتر از رها کردن یکی است. این نظر صاحب جواهر اقرب به نظر می‌رسد.

آیه الله خوانساری نیز چنین می‌فرماید: «اقتضای جمع بین اخبار مذکور طلاق است به اینکه خبر سماعه را بر باقی اخبار مقید بکنیم لذا وقتی طلاق واقع شود عده وفات گرفته و پس از آن زن می‌تواند ازدواج بکند که این مقتضای احتیاط می‌باشد (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۵۶۶)

۴- ماهیت طلاق حاکم در غایب مفقود الاثر

در بحث ماهیت طلاق حاکم که آیا طلاق است یا عده وفات، نظر مشهور فقها این است که حکم حاکم طلاق است ولی به جهت جمع بین روایات متعارض وارد شده در این خصوص و رعایت جانب احتیاط مدت و مقدار عده، همانند عده وفات است. پس آنچه معلوم است این است که چنانچه قبل از مدت، زوج پیدا شود حق رجوع دارد. در روایات عبارت «مالک به رجعت و اینکه اگر زوج از انقضای عده از روز طلاق بیاید و مراجعه کند او زوجه اش می‌باشد» که به حق رجوع مرد در صورتی که قبل از انقضای عده پیدا شود اشاره دارد. (کلینی، ۱۳۴۷. ش، ج ۲، ص ۱۴۸، حرعاملی، ۱۳۹۱. ه. ق، ج اول، کتاب طلاق، باب ۲۳، از اقسام طلاق)

بنا به نظر فقها نیز مقصود از جدایی از بین بردن ضرر به زن است که بتواند با دیگری ازدواج بکند لذا در صورتی که زوج در زمان عده پیدا شود ضرر فوق زائل شده و زوج سزاوار به زن می‌باشد. (شیخ طوسی، ۱۳۲۹. ه. ش، ج ۵، ص ۲۷۸)

ولی مسئله ای که در این خصوص وجود دارد این است که عده زوجه تمام شود و زوجه ازدواج نکرده باشد که دو قول در رجوع به زوجه بعد از انقضای عده وجود دارد که مشهور

فقها حکم به عدم جواز رجوع زوج به زوج داده اند. (فخرالمحققین، ۱۹۷۹م، ج ۳، ص ۳۵۳، شهید ثانی، ۱۴۱۰ه.ق، ج ۶، ص ۶۷، امام خمینی، ۱۳۷۳ه.ش، ج ۲، ص ۳۴۳)

در مقابل عده‌ای از فقها به جواز رجوع مرد به زن در صورت انقضاء مدت و عدم ازدواج زن قائلند. شیخ مفید می‌فرماید: «اگر زوج بیاید و عده زن گذشته باشد ولی زن ازدواج نکرده باشد حق رجوع دارد. (شیخ مفید، بی تاریخ، ص ۵۳۷)

لذا ایشان تنها ازدواج زوجه را مانع از رجوع می‌دانند. شهیدثانی حق رجوع مرد در صورت انقضاء مدت عده و عدم ازدواج زوجه را چنین بیان می‌کند: «دلیل قول به جواز رجوع شوهر آن است که با آمدن شوهر گمان فوت شوهر باطل شده است. در نتیجه حکم مترتب بر آن نیز باطل می‌گردد. و این دلیل در صورتی تمام است که طلاق دادن زن را پس از چهارسال فحوص از شوهر لازم ندانیم اما اگر طلاق را لازم بدانیم این دلیل موجه نیست. (شهید ثانی، ۱۴۱۰ه.ق، ج ۶، ص ۶۸)

بنابراین با توجه به فرمایش شهید ثانی در صورتی که بدون طلاق حکم به جدایی زن داده شود دلیل فوق موجه خواهد بود ولی با توجه به نظرات مشهور فقها حکم به طلاق زوجه داده اند و فقط به جهت احتیاط مدت عده را مانند عده وفات گرفته اند و این بدین جهت است که حیات و ممات مرد مردد است لذا نظر مشهور فقها این است که پس از انقضاء مدت عده چنانچه زوج پیدا شود حق رجوع به زن را ندارد. و در صورت تمایل باید به عقد مجدد، زوجه را اختیار کند.

۵- مراجعه به حاکم توسط همسر غایب مفقود الاثر

مسئله دیگری که در رابطه با زوجه مفقود الاثر مطرح می‌شود این است که آیا مدت تربص از ابتدا مراجعه به حاکم شرط است یا صرف انقضاء مدت چهار سال از مفقودیت مفقود و تفحص در طلب آن کفایت می‌کند. به عبارت دیگر اگر زوجه مفقود از ابتدا قصد ازدواج داشت و منتظر بازگشت مفقود نشد، باید مراجعه به حاکم شرع نماید و حاکم شرع

مدت چهار سال برای او وقت تعیین بکند؟ در این مدت خود حاکم زوجه و غیر زوجه را در طلب مفقود به جستجو و ادا ساخته و بعد از انقضای تربص و فحص حکم به طلاق زوجه صادر می نماید. یا اینکه بعد از احراز مفقودیت و انقضای چهارسال تربص وقتی مراجعه به حاکم شرع می نماید، حاکم شرع می تواند به همان چهارسال قبل از مراجعه و تفحص زوجه اکتفا نموده و حکم طلاق زوجه را صادر نماید. حال کدام یک از این دو صحیح است؟

قول مشهور فقها این است که در مدت تربص و فحص مراجعه به حکم شرط است به طوری که اگر مراجعه به حاکم نباشد، حتی اگر چندین سال از مفقودیت مفقود هم بگذرد زوجه نمی تواند وارد در عده شود. از جمله فقهای که مراجعه به حاکم را شرط دانسته اند مرحوم فاضل هندی است که در کشف اللثام این گونه می فرماید: «زوجه باید مراجعه به حاکم نماید و حاکم برای او مدت چهارسال تعیین کند. پس اگر زوجه مراجعه به حکم ننماید هیچ عده ای برای زوجه وجود ندارد تا زمانی که حاکم برای او مدتی تعیین نماید و پس از انقضای مدت می تواند عده را شروع کند. حتی اگر صدسال هم از مفقودیت مفقود بگذرد. تا مراجعه به حاکم نکند هیچ عده ای برای او نخواهد بود.» (فاضل هندی، ۱۴۰۵ه.ق، ج ۱، ص ۱۳۵)

و شهید ثانی نیز در شرح لمعه عبارتی این چنین دارد: «اگر زوجه مفقود صبر نکرد و مراجعه به حاکم شرع نمود تا در امر مفقود به جستجو بپردازد، در این صورت حاکم از زوجه می خواهد که چهارسال صبر کند و این چهارسال از حین مراجعه به حاکم است و از ابتدای فقد (غایب شدن) مفقود نمی باشد.» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ه.ق، ج ۶، ص ۶۵)

شهید ثانی نیز مراجعه به حاکم را در مدت تربص شرط دانسته و مدت تربص را از ابتدای مراجعه به حاکم می داند و از ابتدای فقد مفقود مدت تربص را محاسبه نمی کند و همچنین مرحوم سیدعلی صاحب ریاض المسائل در این رابطه چنین می فرماید: «اگر زوجه مفقود صبر نکند و مراجعه به حاکم نمود در این صورت حاکم شرع برای او چهارسال مدت تعیین می کند و بنابر قول اظهرواشهر بین اصحاب، چهارسال از موقعی شروع می شود که مراجعه به حاکم نماید و از زمان غایب شدن مفقود و یا احراز مفقودیت او شروع نمی شود»

(ریاض المسائل، ۱۴۰۴ه.ق، ج ۲، کتاب طلاق)

در این عبارت نیز زمان تربص از زمان مراجعه به حاکم بیان شده است نه از زمان فقد مفقود و این قول مشهور فقهاست (شیخ طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۵۵۱، ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۳۶، شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۶، ص ۶۵، فخرالمحققین، ۱۹۷۹ م، ج ۳، ص ۳۵۳، خواساری، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۵۶۳).

مستندات و مبانی فقهی قائلین به قول اشتراط مراجعه به حاکم در مدت تربص یکی صحیحه برید بن معاویه و دیگری موثقه سماعه است که مفاد این دو روایت این است که باید برای مدت تربص و فحص مراجعه به حاکم صورت گیرد، در غیر این صورت هیچ عده ای از زوجه پذیرفته نیست. (حکیم، ۱۳۷۱ه.ق، ج ۲، ص ۲۳۱ و خویی، ۱۳۹۵ ه.ق، ج ۲، ص ۳۳۰؛ امام خمینی، ۱۳۷۳ه.ش، ج ۲، ص ۳۴۰)

در مقابل بعضی از فقها مثل فیض کاشانی و محقق بحرانی و مرحوم کاشانی (به نقل از سید یزدی) در مدت تربص و فحص مراجعه به حاکم را شرط ندانسته اند. بلکه صرف انقضای چهارسال بدون مراجعه به حاکم را کافی می دانند (سید یزدی، ۱۳۶۳ه.ش، ج ۲، صص ۶۸ و ۶۹، فیض کاشانی، ۱۴۰۱ه.ق، ج ۲، ص ۳۵۱، محقق بحرانی، ۱۴۰۵ه.ق، ج ۲۵، ص ۴۸۱)

صاحب عروه الوثقی با اینکه در فتوای خود قائل به اشتراط مراجعه به حاکم است ولی در دنباله فتوای خودش عباراتی دارد که تمایل او را به نظرات صاحب حدائق و مرحوم کاشانی نشان می دهد. ایشان می فرمایند: «لکن انصاف این است که آنچه را صاحب حدائق به متابعت از مرحوم کاشانی فرموده اند خیلی بعید نیست، یعنی صرف گذشت چهارسال در مدت تربص کفایت می کند و در مدت تربص مراجعه به حاکم شرط نیست و همینطور فحص هم از ناحیه هرکس که انجام پذیرد کافی است اگرچه از طرف غیر حاکم باشد چون آنچه مهم است تحقق فحص و گذشت چهارسال است. حال از ناحیه هرکسی که فحص انجام پذیرد و زوجه هم چهارسال بعد از مفقودیت مفقود صبر کند و اگر بگوئی که با خبر برید بن معاویه و موثقه سماعه که مراجعه به حاکم را شرط می دانستند چه می کنند؟ در

جواب می‌گوییم: این دو خبر را حمل بر تمثیل می‌کنیم نه حصر، یعنی به این معنا که امام این دو مورد را به عنوان مثال در موضوع و مصداق ذکر فرمودند نه به این عنوان که در همه جا فقط با مراجعه به حاکم مدت تربص شروع شده و انجام پذیرد. بنابراین اگر مراجعه به حاکم در مدت تربص را شرط ندانیم مدت تربص از زمان فقد مفقود و انقطاع خبر او می‌باشد» (سید یزدی، ۱۳۶۳ ه. ش، ج ۲ و ۳، ص ۷۱)

مسئله دیگر: زمان آغاز مدت تربص غایب مفقود الاثر مسئله‌ای که بحث از آن ضروری به نظر می‌رسد این است که مدت تربص زوجه از چه زمانی شروع می‌شود؟ آیا از زمان فقد مفقود شروع می‌شود یا از زمانی که زوجه به حاکم مراجعه نماید؟

به نظر می‌رسد جواب این سؤال به تبع مسئله قبلی روشن شده باشد. یعنی هریک از فقها که مراجعه به حاکم را شرط دانستند و گفتند زوجه در طلاق و یا در عده خودش و همینطور در مدت تربص باید مراجعه به حاکم نماید، مدت تربص را از زمانی می‌دانند که مراجعه به حاکم نموده و حاکم برای او مدت چهارسال تعیین نموده است. (محقق بحرانی، ۱۴۰۵ ه. ق، ج ۲۵، ص ۴۸۱)

اما هر یک از فقها که مراجعه به حاکم را در عده و ازدواج مجدد زوجه مفقود شرط ندانستند، زمان شروع مدت تربص را از وقتی می‌دانند که مفقود فقدانش احراز گردیده است. چرا که در این صورت مراجعه‌ای به حاکم صورت نگرفته تا مبدأ مدت تربص قرار گیرد.

(فیض کاشانی، ۱۴۰۱ ه. ق، ج ۲، ص ۳۵۱، محقق بحرانی، ۱۴۰۵ ه. ق، ج ۲۵، ص ۴۸۱)

به نظر می‌رسد که ثمره بحث روشن باشد. یعنی اگر مبدأ مدت تربص را از زمان مراجعه به حاکم حساب کنیم در این صورت اگر مفقود چندسال هم مفقود شده باشد و زوجه بعد از چندین سال مراجعه به حاکم نماید از ابتدا باید به مدت چهارسال صبرکند تا مدت تربص منقضی گردد و بعد از انقضاء مدت تربص می‌تواند عده نگه دارد و ازدواج مجدد نماید. و اما اگر مبدأ تربص را فقد مفقود و احراز مفقودیت گرفتیم زوجه در اینجا صرفاً باید چهارسال تربص همراه با فحص داشته باشد و اگر این چهارسال را در ابتدای مفقودیت شروع بکند بعد

از چهارسال هر وقت که خواست می تواند طلاق گرفته و ازدواج مجدد نماید. پس نتیجه لزوم صبر دوباره در نظر دوم منتفی است برخلاف نظر اول که ممکن است مشکلاتی را برای زوجه به بار آورد. در نهایت خلاصه بحث به این صورت است که وقتی غایب مفقود الاثر مفقودتیش محرز شد در این صورت باید دید که آیا زوجه منقعی (انفاق کننده) دارد یا خیر؟ اگر به هر طریقی انفاق شده و نفقه او فراهم باشد هیچگونه اختیار طلاق و ازدواج مجدد ندارد. (شیخ طوسی، ۱۳۲۹ه. ش، ج ۵، ص ۲۸۷، امام خمینی، ۱۳۷۳ه. ش، ج ۲، ص ۳۴۰)

و اما اگر نفقه او فراهم نباشد در این صورت اگر با وضع موجود بسازد و صبر کند بحثی نیست و اما اگر نخواهد صبر بکند باید مراجعه به حاکم نماید و حاکم مدت چهارسال برای او تعیین می کند و زوجه از زمان مراجعه به حاکم به مدت چهارسال صبر می کند و بعد از انقضای مدت چهارسال (مدت تربص) و اتمام فحص، حاکم، ولی مفقود را امر به طلاق زوجه می نماید و در صورت فقدان و یا امتناع ولی مفقود، خود حاکم اقدام به طلاق زوجه نموده و او را امر به عده می کند و بعد از انقضای عده، زوجه می تواند ازدواج مجدد نماید. (شهید ثانی، ۱۴۱۰ه. ق، ج ۶، ص ۶۵، حکیم، ۱۳۷۱ه. ش، ج ۲، ص ۲۳۱)

و مستند و مبنای کسانی که قائل هستند از زمان مراجعه به حاکم چهارسال شروع می شود خبر برید بن معاویه و موثقه سماعه می باشد که در آنجا مراجعه به حاکم را شرط می دانستند. (حرعاملی، ۱۳۹۱ه. ق، صص ۳۸۹-۳۹۰)

و کسانی که قائل هستند از زمان غیبت مفقود چهارسال تربص کافی است روایت صحیح حلبی است که در آنجا رجوع به حاکم را شرط نمی دانند. و هرکدام از این دو قول طرف دار خاص خود را دارد که البته قول به رجوع حاکم مشهور می باشد و بیشتر فقها آن را قبول می کنند. (حرعاملی، ۱۳۹۱ه. ق، ج ۱۵، ص ۳۹۰)

۶- بررسی احکام و آثار مالی غایب مفقودالاثر در فقه امامیه

قبلاً در مقدمه نیز گفته شد که گاهی غایب برای اداره اموال خود کسی را تعیین می کند و گاهی برای اداره اموال خود کسی را تعیین نمی کند. اگر برای اداره اموال خود کسی را تعیین کرده باشد که به اصطلاح قیم می نامند، پس از شروع غیبت غایب، قیم منصوب شده مثل گذشته وظایف قانونی خویش عمل خواهد نمود. بنابراین رسیدگی مجدد و مداخله دیگران حتی وراث لزومی ندارد.

۶-۱- نصب امین برای اداره اموال غایب مفقودالاثر

قبل از شروع بحث بهتر است معنای امانت و امین را مشخص کنیم. امانت عبارت است از بودن مال شخص در نزد دیگری بنحوی که حفظ و نگهداری آن برای شخص دوم واجب باشد که اصطلاحاً چنین شخصی را امین می نامند. و امین باید غبطه و مصلحت صاحب مال را بکند و نمی تواند به ضرر صاحب مال اقدام کند و در صورت تعدی و تفریط ضامن خواهد بود. در حقوق ایران برای اداره اموال غایب مفقودالاثر چهار مرحله پیش بینی شده است:

مرحله اول: حفظ اموال غایب قبل از تعیین امین.

مرحله دوم: نصب امین برای اداره اموال غایب.

مرحله سوم: دادن اموال به تصرف موقت ورثه.

مرحله چهارم: حکم موت فرضی غایب و دادن اموال به تصرف قطعی ورثه.

(صفایی، ۱۳۸۴هـ.ش، ج ۱، ص ۳۲)

۶-۲- ارث بردن غایب مفقودالاثر از میت

قبلاً در رابطه با ارث بردن وارث از اموال مفقود بحثهایی را کردیم و درباره آن اقوالی را شرح داده و توضیحاتی را بیان داشتیم که خلاصه آن این است که ارث بردن از اموال مفقود

بعد از تحقق موت و یا انقضاء مدتی است که افراد به مثل او عادتاً زنده فرض نمی‌شوند. به عبارت دیگر بعد از صدور حکم موت فرضی اموال مفقود بین وارث او تقسیم می‌شود.

نتیجه‌گیری

بسیاری مواقع از موت طبیعی شخص غایب بنا به علل مختلف نمی‌توان باخبر شد. حتی پیشرفت علم بشری هم در همه موارد نتوانسته است کارگشا باشد. هرچند در بسیاری از موارد غایب می‌تواند بوسیله تماس تلفنی و ارسال نامه و ایجاد ارتباط با فاکس و پیام کوتاه و ایمیل و غیره زنده بودن خودش را اعلام نماید، اما مشکل بی‌خبری اقوام و خویشان غایب و مراجع قضائی حتی با پیشرفت و تمدن ظاهری انسان کنونی بیشتر گردیده است. ای بسا افرادی که بنا به عللی در زندان‌های معمولی و سیاسی محبوس گشته و یا در جنگ‌ها و حوادث ناشی از گسترش تکنیک‌های موجود مفقود گردیده‌اند. استفاده غلط و سوء قدرت‌های استکباری از این وسایل مزید برعلل و عوامل قبلی گردیده و باعث بی‌خبری از شخص غایب شده است. به‌رحال برای کلیه مواردی که شخص از خانه و کاشانه خود دور شده و خبری از وی در دست نیست فقط به فکر چاره جوئی افتاده و با دادن حکم «موت فرضی» راه را هموار کرده‌اند و مقنن هم احکام و قوانین را به تبع فقها تدوین کرده است و علماء شافعی هم احکامی را صادر کرده‌اند مورد بررسی قرار خواهد کرد گذشت زمان و فقد اطلاع از غایب و کبر سن و اوضاع و احوال و شرایط آخرین محل اقامت وی از عوامل مهم و اماراتی هستند که عرف با توجه به آنها شخص غایب را زنده فرض نمی‌کند. پایه و اساس این فرض بر روی بی‌اطلاعی از وضعیت غایب بنا نهاده شده و معیار هم در زمان‌ها و مکانهای مختلف عرف مردم است. ولی از آنجا که داوری در موضوع به عرف واگذار گردیده است، تشخیص عرف حجیت خواهد داشت. لذا می‌توان با تمسک به قرائن و اماراتی که مقبول عرف واقع می‌شوند به ظن نوعی که غالباً «کشف از واقعیت هم می‌کند» رسید با این تفاسیر اماره بدست آمده که در هر زمان معیارهای آن از طرف عرف ارائه می‌شود قدرت مقابله با یقین سابق را خواهد

داشت. زیرا اصل عملی استصحاب که به آن تمسک می‌جستیم تنها برای تعیین تکلیف و رفع تحیر و سرگردانی بود و تنها موقعی می‌تواند چاره ساز باشد که هیچگونه دلیلی در دست نباشد. اما ظن نوعی حاصله از تشخیص عرف که نظر مشهور در بین فقها و نظر حقوقدانان و اکثر فقهای شافعیه است در مورد غایب مبنی بر اینکه با انقضاء فلان مدت و تحت فلان شرایط نوعاً افراد زنده نمی‌مانند، یک اماره است. بنابراین اصل عمل تاب مقاومت در مقابل اماره را نخواهد داشت. بطور خلاصه باید گفت که حکم موت فرضی مبتنی بر یک اماره قانونی است، بدین معنی که حکم موت فرضی غایب زمانی صادر می‌شود که از آخرین خبر غایب مدت زمانی گذشته باشد که به تشخیص عرف عادتاً چنان شخصی زنده نمی‌ماند و فرق اماره با اصل عمل این است که در اصل عملی کاشفیت از واقعیت وجود ندارد ولی در اماره کاشفیت از واقعیت وجود دارد.

در صورتی که شخص از اقامتگاه خود دور شده باشد و هیچگونه خبری از حیات و ممات او در دسترس نباشد، طبق اصل استصحاب حکم به زنده بودن او می‌شود و آثار و احکام شخص زنده در خصوص وی جاری می‌گردد. نمی‌توان اموال او را تقسیم نمود و زن وی هم نمی‌تواند شوهر دیگری اختیار نماید. اما همانطور که قبلاً اشاره کردیم عمل نمودن به اصل استصحاب تا موقعی است که شک ما در رافع و یا در رافعیته موجود باشد. در صورتی که شک از نوع شک در مقتضی باشد آنوقت اعتبار و حجیت اصل عملی سست شده و نمی‌توان با تمسک به آن حکم به ترتیب آثار و احکام شخص زنده در خصوص غایب مفقودالاثار نمود. بنابراین بحث ما پیرامون استعداد و صلاحیت شخص غایب در ماندن است. به عبارت دیگر آیا غایب در صورت عدم مانع و فقد حدوث رافع می‌تواند عادتاً زنده بماند یا به اصطلاح اقتضای زنده ماندن را دارد یا خیر؟

مشهور فقهای عظام امامیه همانطور که قبلاً ذکر شد موضوع را به عرف مردم ارجاع داده‌اند. یعنی باید در یک زمان و دوره خاص به زندگی معمولی و عادی مردم مراجعه نمود و دید که عادتاً چند سال یک شخص به طور معمولی زنده می‌ماند. پس اگر شخص غیبت نمود

نمی توان اموال او را تقسیم نمود و ... زیرا مطابق اصل عمل یاد شده حکم به زنده بودن وی می شود مگر اینکه غیبت آنقدر طول بکشد که امثال او به طور عادی زنده نمی مانند. این معیار که به عرف مردم ارجاع نموده است قول مشهور فقهای امامیه است

در فقه امامیه چون ملاک صدور حکم موت فرضی را عرف قرار داده اند و عرف تشخیص می دهد که چه زمانی می توان برای غایب حکم موت فرضی صادر نموده و در عرف هم ملاک اکثر این است که چنین شخصی زنده فرض نمی شود. بنابراین اکثر فقها این بحث را در کتب خود متذکر نشده اند.

منابع و مأخذ:

- قرآن کریم.
- امامی، حسن؛ حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸.
- حائری شاهباغ، علی، شرح قانون مدنی، تهران، وزارت دادگستری، ۱۳۸۸.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، چاپخانه مجلس، ۱۳۶۳.
- سیدی بنابی، باقر، ارث و حل مسائل آن، قم، مجمع ذخائر اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- صفایی، حسین، حقوق مدنی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۴.
- خزائلی، محمد؛ احکام قرآن، چاپ انتشارات جاویدان، تهران، ۱۳۷۴.
- قربانی، فرج الله، مجموعه نظرات مشورتی فقهی و حقوقی دیوان عالی کشور، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۲.
- قربانی، فرج الله، مجموعه آرای وحدت رویه حقوقی دیوان عالی کشور طی سالهای ۱۳۶۸ الی ۱۳۷۹، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱.
- کردستانی، سید محمد، راهنمای مذهب شافعی، تهران، چاپ چهارم، ۱۳۷۹.

- محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط فقهی، تهران، نشر میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۴.
- ابن عابدین، محمد امین، حاشیه ردالمختار علی الدرالمختار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۱.
- ابن قدامه، موفق الدین ابومحمد عبدالله بن احمد؛ المغنی، المنار بالقاهره، ۱۳۴۸.
- الآمدی، علی بن محمد؛ الاحکام فی اصول الاحکام، لبنان، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۶.
- بحرانی، یوسف؛ حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، بیروت، دارالاضواء، ۱۳۷۵.
- شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، قم، موسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۶.
- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن؛ شرایع الاسلام، ۱۴۱۵.
- حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، المختصر النافع، قم، موسسه المطبوعات الدینی، ۱۴۱۲.
- حلی، ابوطالب محمد بن حسن (فخرالمحققین)؛ ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
- حلی، محمد بن ادريس؛ السرائر التحریر الفتاوی، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰.