

واکاوی حقوقی عده وفات در شخص غایب مفقود الاثر

(تاریخ دریافت ۱۴۰۳/۰۴/۲۹، تاریخ تصویب ۱۴۰۳/۰۶/۰۲)

فاطمه شیری

چکیده

موضع حقوقدانان و فقها در خصوص امور غیر مالی غایب مفقود الاثر نظیر اموری همچون عده وفات، نفقه و نکاح یکی از مسائل در خور تاملی است که خود موجب تشتت آرا در خصوص زمان شروع عده و نحوه نگاهداشتن و اثبات آن ایجاد نموده است. از سوی دیگر با پیشرفت تکنولوژی هایی همچون موبایل و راهکارهای جستجوی نوین اثبات مرگ فرضی، ترک خانوادگی و یا مرگ حقیقی غایب مفقود الاثر بسیار آسان گردیده است. حال ابهامی که وجود دارد این است که ماهیت عده غایب مفقود الاثر چیست و موضع فقها و قانونگذار در خصوص مدت، شروع و پایان آن چیست؟ از سوی دیگر شیوه های اثبات موت غایب مفقود الاثر برای زوجه و تاثیر آن بر عده وی چگونه است؟ با توجه به این ابهامات در این نوشتار در پی آنیم که با بررسی تحلیل توصیفی به بیان پاسخ این سوالت پردازیم و در پایان چنین نتیجه گرفتیم که با توجه به اینکه ماهیت عده غایب مفقود الاثر همچون طلاق رجعی است، پس مدت زمان آن چهار سال در نظر گرفته می شود و این مدت از زمان آغاز تفحص و اعلام توسط حاکم تعیین می شود. از سوی دیگر همانند طلاق رجعی چهار دسته از زنان فاقد عده هستند که در عده وفات غایب مفقود الاثر نیز محقق است.

واژگان کلیدی: عده وفات، غایب مفقود الاثر، طلاق، نفقه، موت فرضی

مقدمه

«عده» در اصطلاح حقوقی و فقهی به معنای مقدار زمانی است که زوج پس از انحلال نکاح و یا به جهت مرگ شوهر به لحاظ اطمینان از عدم حاملگی و داشتن فرزند احتمالی و یا به جهت تعبد شرعی با فرض یقین به برائت رحم از حمل، صبر کرده و اصطلاحاً عده نگه داشته و از ازدواج مجدد خودداری نماید. دو مفهوم غایب مفقودالاثر و موت فرضی در حقوق و فقه وجود دارد، در این پژوهش به دنبال این خواهیم رفت که چه ضرورتی وجود دارد که زوج پس از گذر سال‌ها به واسطه موت فرضی، مجدداً باید عده وفات را نیز رعایت کند و آیا این ضرورت به واسطه موت فرضی است یا ضرورت‌های فقهی و حقوقی دیگری نیز وجود دارد و اساساً آیا امروزه به واسطه امکانات مختلف در حوزه تکنولوژی که مربوط به یافت فوری انسان با تکیه بر جی پی اس‌های پیشرفته است، ضرورتی برای این موارد باقی مانده است یا نیازمند اصلاح و بازبینی است. با توجه به احکامی که در حوزه عدم رعایت عده برای زنان وجود دارد، اهمیت و ضرورت دارد که جوانب مختلف این موضوع برای اقشار مختلف جامعه تبیین گردد و پژوهش‌های دانشگاهی در حوزه‌های حقوقی نیز در این مسیر وظیفه دارند تا رویکردهای مختلف، نظریات حقوقی، آرای قضایی و موضع قانونگذار را به نحو شفاف روشن کنند. در این پژوهش فارغ از مباحث عمده عده، در حوزه اختصاصی عده وفات زوج غایب مفقودالاثر به پژوهش خواهیم پرداخت تا نقاط مبهم و مردد نظیر مفهوم غایب مفقودالاثر، نظریه‌های نوین در حوزه یافت انسان‌ها با توجه به تکنولوژی‌های جدید و خالی از مفهوم کردن لزوم عده طولانی برای زن از نظر علمی، چرایی لزوم عده وفات از نظر فقهی و حقوقی و مواردی از این دست را بررسی کنیم تا در برخی از مصادیق روزآمد نظیر جنگ‌ها یا اعزام نیروها برای مقابله با داعش و نظایر آن در کشورهای منطقه نظیر سوریه، حوادث احتمالی نظیر

زلزله‌ها یا حوادث دریایی نظیر کشتی سانچی و مواردی نظیر آن، زنان جامعه که با این مساله مواجه می‌شوند، بیش از پیش به حقوق و تکالیف حقوقی خود آگاه باشند.

۱- ماهیت و مدت عده غایب مفقود الاثر

۱-۱ ماهیت

در خصوص ماهیت عده غایب مفقود الاثر بنا به روایاتی که بر لزوم طلاق از سوی حاکم یا ولی تصریح شده است و اجماع فقهای معاصر شیعه نظیر موسوی خمینی، نوعاً عده غایب مفقود الاثر را عده طلاق می‌دانند. (موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۳۰۵) بنابراین با توجه به تصریح فقها بر وظیفه ولی بر طلاق، تکلیف زوج نیز پس از طلاق نگاه داشتن عده است و در صورت استنکاف ولی، حاکم اختیار طلاق را دارد. لذا اکثریت روایات موجود به استثنای موثقه سماعه که بر عدم لزوم طلاق تاکید دارد و امر به اعتداد را برای غایب مفقود الاثر کافی می‌داند، همان ماهیت عده جاری است. نکته حایز اهمیت در این خصوص آن است که مقدار عده چقدر است. زیرا عده زمانی چهار ماه و ده روز لحاظ شده نه سه طهر، از جهت رعایت احتیاط در باب احتمال فوت غایب است که با اعتداد ابعداً الاجلین حاصل می‌شود و این احتیاط موجب انقلاب عنوان عده از عده طلاق به عده وفات نیست. در اینکه اگر عده تمام شود و زن ازدواج کند و سپس شوهر اول پیدا شود، ازدواج دوم صحیح است و بحث رجوع منتفی است، اختلافی در اقوال ملاحظه نمی‌شود. اما اینکه اگر عده تمام شود و زن هنوز شوهری اختیار نکرده و شخص غایب که شوهر این زن بوده پیدا شود، مساله چه حکمی دارد، موضوع اختلافی است. برخی معتقدند در چنین صورتی شخص پیدا شده دیگر حقی به هسمر سابق خود ندارد، زیرا طلاق واقع شده است و عده نیز منتفی است. (طوسی، ۱۴۰۰: ۲۷۸) در مقابل،

جمع دیگری از فقها نظیر طوسی معتقدند که شخص غایب پس از مراجعه، حتی با انقضای مدت عده به شرطی که زن وی شوهری اختیار نکرده باشد، می تواند به وی رجوع کند.^۱ علامه در این میان در مختلف قائل به تفصیل شده است به این صورت که باید دید که زوجه غایب توسط ولی او طلاق داده شده است یا حاکم امر به اعتداد نموده است. اگر ولی غایب زوجه وی را طلاق داده، این طلاق شرعی است و احکام طلاق بر آن مترتب می شود. پس پیدایش غایب پس از انقضای عده، حقی برای رجوع غایب به همسر سابق وی ایجاد نمی کند. اما اگر حاکم امر به اعتداد کرده که از باب ظن به موت غایب است، حال که شوهر پیدا شده معلوم می شود که ظن حاکم باطل بوده و حکم وی مبنایی نداشته و علقه زوجیت بین طرفین باقی است. (حلی، ۱۴۱، ۱۴۱۴) اگر ماهیت عده را عده طلاق بدانیم، باید به لوازم آن نیز پایبند باشیم. یعنی وقتی قبول کنیم که حاکم و والی به ولایت از ولی مستنکف غایب، یا به ولایت از ولی مستنکف غایب، یا به ولایت از خود غایب، زوجه وی را طلاق می دهد، چاره ای جز اینکه نوع طلاق و عده آن را نیز تابع احکام کلی طلاق بدانیم نداریم. لذا عده چنین طلاق در زمانی رجعی است که اگر شوهر حضور داشت و شخصاً همسرش را طلاق داده بود، عده آن رجعی بود. حال آنکه اگر حاکم نیز زن را طلاق داده، عده این طلاق همان حکم را دارد. ممکن است چنین بیان شود که در روایات باب، به نحو مطلق برای غایب پس از پیدا شدن در ایام عده حق رجوع لحاظ شده است. اما اینکه عده طلاق سه طهر است و شوهر پس از انقضا سه طهر تا انقضای مدت ابعدا لاجلین که چهار ماه و ده روز است حق داشته باشد در فرضی که ماهیت طلاق رجعی است به همسرش رجوع کند از باب تعبد به روایات است. (عاملی، ۱۴۰۶: ۳۹)

^۱ - شیخ در نهاییه، خلاف و ابن براج در مهذب بدین نظرند.

۲- امدت عده

یکی از مسائل مهم، تخصیص مبدا آغاز چهارساله عده برای زوجه غایب مفقود الاثر است. اینکه آیا این چهار سال از ابتدای انقطاع خبر از غایب محاسبه می شود یا از تاریخی که زوجه غایب برای تعیین تکلیف خود به دادگاه مراجعه می کند. در این خصوص فقهای امامیه دو قول عمده دارند. برخی معتقدند زمان رفع الامر الی الحکام، مبدا این تربص است و اصولاً اگر زوجه، رفع الامر نکرده و ضرب الاجل از سوی حاکم معین نشده باشد، اعتدادی در کار نیست. یعنی برای جواز اعتداد انقضای چهارسال از حین فقدان غایب کافی نیست، بلکه انقضای چهار سال از زمان رفع الامر لازم است. بنابراین اگر زوجه غایب شخصاً و بدون ضرب الاجل حاکم، یکصد سال هم تربص کند مجوز شروع به اعتداد نخواهد بود. (حلی، بی تا، ۳۵۳) از معاصران نیز صاحب وسیله النجاه و حضرت امام در تحریرالوسیله از جمله طرفداران این نظریه هستند. (موسوی خمینی، ۱۴۲۰: ۳۰۵) بر همین اساس، انقضای این چهار سال لزوماً نباید از زمان رفع الامر محاسبه شود، بلکه می تواند زمان انقطاع خبر از غایب باشد، مشروط بر اینکه در هر صورت رفع الامر صورت گرفته باشد و موضوع فحص به دست حاکم سپرده شده و برای حاکم یاس از پیدایش خبر از غایب حاصل شده باشد، گرچه برخی از مدت این چهار سال یا تمام آن قبل از رفع الاثر منقضی شده باشد. (حبیبی تبار، ۱۳۸۵: ۳۵)

۲- آثار وضع عده وفات غایب مفقود الاثر بر زوجه

۱-۲ نفقه

بر اساس نظر مشهور فقهای امامیه نظیرخویی اگر از غایب خبری باشد یا اینکه ولی داشته باشد که نفقه او را پردازد، زوجه باید صبر کند، اما اگر خبری از غایب نمی رسد یا اینکه ولی ندارد که نفقه زوجه او را پردازد، زن می تواند به حاکم رجوع کند و چهار سال صبر نماید تا اینکه همسرش پیدا شود. همچنین در صورتی که فرد متبرعی به زوجه انفاق کند، وی حق درخواست انحلال نکاح را ندارد، بلکه باید وضعیت موجود را تحمل کند تا وضعیت همسرش روشن شود. گرچه بعضی از فقهای معاصر مانند طباطبائی یزدی قائلند که اگر همسر غایب به جهت مانعی نتواند عملیات جستجو از غایب را به بیاورد و کسی هم نباشد که نفقه او را تادیه نماید می تواند از حاکم درخواست طلاق کند. در این صورت بعید نیست که حاکم او را طلاق دهد. قانون مدنی و قانون امور حسبی نفقه زوجه غایب را به عهده امینی می داند که نگهداری و اداره اموای غایب را به عهده دارد. حکم نفقه زوجه ای را که توسط حاکم به دست آورد، طلاق داده می شود می توان با توجه مواد قانونی دیگر نفقه یکی از مهم ترین حقوق مالی زوجه محسوب می شود و غیبت زوج تاثیر فراوانی در نفقه زوجه و ادامه زندگی زناشویی دارد.

۱-۱-۲ عده وفات زن غیر حامل

عده وفات زن غیر حامل، چهار ماه و ده روز می باشد. در فقه امامیه اتفاق نظر وجود دارد که زن غیر حامل در عده وفات نفقه ندارد. (حلی، ۱۴۱۴: ۴۷۴) در قانون مدنی نیز در ماده

۱۱۱۰ سابق نیز به تبعیت از فقه، زوجه را در زمان عده وفات مستحق نفقه از ترکه متوفی نمی دانست. فقهای اهل تسنن نیز مدت وفات زن غیر حامل را چهار ماه و ده روز دانسته و زن را مستحق نفقه و سکنی از ترکه زوج نمی دانند. (سرخسی، ۱۴۲۱: ۱۷۸)

۲-۱-۲ نفقه زوجه حامل در عده وفات

عده وفات زن حامل تا زمان وضع حمل است مشروط بر اینکه فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهارماه و ده روز بیشتر باشد والا عده وفات همان چهار ماه و ده روز یعنی بعدالاجلین است. اکثریت فقهای امامیه با پیروی از این نظر بدلیل شهرت عملی و فتوایی و استناد به روایاتی که عدم وجود نفقه زن حامل در زمان عده وفات را تصریح نموده اند، وی را مستحق نفقه نمی دانند. (عاملی، ۱۴۰۶: ۵۲۱) برخی دیگر قائلاند که در زمان عده وفات نفقه زن حامل واجب است، برخی از فقهای امامیه بر این نظر اند دلیل این فقها روایات هستند که بر وجود نفقه در این زمان دلالت میکند خبر کنانی که از امام صادق نقل کرده است.^۱

۲-۲ ازدواج مجدد

ازدواج مجدد زوجه غایب مفقود الاثر، بنا بر قولی که عده نگاه داشتن زوجه را بدون طلاق و با امر حاکم جایز می داند، هر گاه زوج در زمان عده برگردد حق رجوع دارد. پس از اثبات حیات زوج یا بازگشت وی باید فاصله رجوع وی به زن در زمان عده اعلام شود. زیرا عده نگاه داشتن زن به حکم حاکم بوده و باید آثار شرعی و قانونی خود را داشته حکم حاکم منحل شده، وجود ندارد باشد. بنابراین بدون خواسته زوج و بدون رجوع دلیلی بر عودت زوجیت

^۱ - الحلی المتوفی عنها زوجها ینفق علیها من مال ولدها الذی فی بطنها؛ زن حاملهای که شوهرش مرده، از مال فرزندش که در شکم دارد، به او انفاق میشود

سابق که با حکم حاکم منحل شده وجود ندارد باشد. بنابراین بدونخواسته زوج و بدون رجوع دلیلی بر عودت زوجیت سابق که با حکم حاکم منحل شده وجود ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۶۴) لذا کسانی که عده را عده وفات می دانند، معتقدند احکام مطلقه رجعیه بر چنین زنی بار می شود. بنابراین در ایام عده زن حق ازدواج با دیگری را ندارد. زیرا زمان عده در حکم دوران زوجیت است، علقه زوجیت کاملاً قطع نمی شود و حق ثابتی هم از این بازگردد می تواند به زن رجوع نماید. جهت برای زن متعاقب حکم حاکم به وجود نمی آید. بنابراین اگر زوج در زمان عده باز گردد، می تواند به زن رجوع نماید. اگر شوهر غایب پس از انقضای عده و ازدواج مجدد زن با دیگری برگردد به اجماع فقها و دلالت ظاهر نصوص هیچ راهی برای رجوع به زن ندارد و بنابر قولی هر گاه عده نگاه داشتن زن بدون اجرای صیغه طلاق به امر حاکم باشد و شوهر در اثنای عده برگردد نمی تواند به زن رجوع نماید. در این فرض اگر زن پس از انقضای عده هنوز ازدواج نکرده باشد دو روایت موجود است که مشهورترین آن همان است که شیخ طوسی و به تبعی وی محقق حلی در شرایع به آن عمل کرده اند که بر اساس این روایت مشهور زوج حق رجوع ندارد. مستند این قول روایت سماعه است. هرگاه زن پس از انقضای عده شوهر نکرده باشد زوج غایب پس از بازگشت در رجوع کردن به او از دیگران اولی تر است مثل رجوع در زمان عده، ولی شهید ثانی در مسالک و برخی از فقهای دیگر گفته اند که ما به روایت برنخورده ایم. (تاج، ۱۳۹۷)

۳-۲ عده طلاق

ماده ۱۰۲۹ ق.م طلاق زوجه غایب را منوط به فقدان مال و اموال زوج یا فقدان ولی وی برای انفاق به زوجه یا استنکاف ولی از انفاق ندانسته است. اما فقها به چنین امری قائل هستند تا آنجا

که نصوص و فتاوایی که بر این مبنا متفق هستند فراوان اند. ماده ۱۰۲۹ ق.م طلاق زوجه غایب را منوط به فقدان مال و اموال زوج یا فقدان ولی وی برای انفاق به زوجه یا استتکاف ولی از انفاق ندانسته است. اما فقها به چنین امری قائل هستند تا آنجا که نصوص و فتاوایی که بر این مبنا متفق هستند فراوان اند.

۴-۱۲ انفساخ نکاح

وفق ماده ۱۳۱ق.م اعمال خیار فسخ برای زوجه غایب فوری است، بنابراین در صورتی که در مدت حضور غایب، عالم به فسخ و عالم به حق خود بوده و با وجود آن اقدامی در جهت فسخ به عمل نیاورده باشد، حق فسخ وی ساقط می شود. به نظر می رسد در خصوص عالم بودن یا جاهل بودن زوجه نسبت به حق فسخ باید وضعیت وی را از منظر سطح معلومات و اطلاعات در نظر گرفت، در این خصوص میان فرد حقوقدان و یک فرد عامی این علم متفاوت است. (دیانی، ۱۳۸۷: ۱۵۳) با توجه به اینکه هدف اصلی از فسخ نکاح، رهایی از رابطه زوجیت است و قانونگذار نیز برای این رهایی، مراجعه به دادگاه را ضروری دانسته، لذا زوجه غایب برای فسخ نکاح ناگزیر از مراجعه به دادگاه می باشد، زیرا به موجب قانون دادگاه های مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸، رسیدگی به دعاوی نسخ نکاح در صلاحیت دادگاه های مدنی خاص بوده، همچنین ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۸/۲۸ در این خصوص چنین مقرر می دارد: "از تاریخ تصویب این قانون زوج هایی که قصد جدایی و طلاق دارند باید جهت رسیدگی به اختلافات خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی کنند." بنابراین زوجه غایب برای نکاح باید به دادگاه عمومی مراجعه و اقدام به فسخ کند.

(وکیل زاده و زنجانی، ۱۳۹۸: ۲۲۱)

۵-۱۲ اموال زوج پس از صدور حکم فوت فرضی

با توجه به سکوت قانون مدنی و امور حسبی در مورد اثر حکم فوت فرضی بر اموال غیر مالی غایب مفقود الاثر، در این خصوص اختلاف نظرانی مشاهده می شود. بدیهی است که این اختلاف به اثرات پیدا شدن غایب بعد از صدور حکم فوت فرضی تسری خواهد یافت. در صورتی که بدین قایل شویم که حکم فوت فرضی بر وضعیت زوجه که سابقاً درخواست طلاق نکرده است، تاثیری ندارد، با پیدا شدن شخص، امر حقوقی خاص بوقوع نپیوسته و زوجیت سابق ادامه می یابد. ولی اگر قایل به این نظر باشیم که حکم فوت فرضی باعث انحلال نکاح است، با توجه به این که این نظر بنا به مرجع، اگر همسر غایب، همسر اختیار نکرده باشد در زوجیت غایب باقی است، اگر چه بعد از انقضا عده باشد. چنانچه وی پس از عده شوهر نموده باشد عقدش صحیح است و پیدا شدن شوهر اول بلا تاثیر است زیرا انحلال نکاح و ازدواج بعدی با اجازه، قانون بوده است. (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۸: ۷۸)

۶-۲ میراث مفقود الاثر

در رابطه با میراث مفقود الاثر با عنایت به شرایط خاص عدم حضور وی و عدم قطعیت در خصوص حیات وی، قانونگذار به دادگاه اختیار داده است که از امینی که تعیین می کند، ضامن بگیرد یا تضمینات دیگری اخذ کند تا هرگاه امین در حفظ اموال غایب، تقصیر یا اموال او را حیف و میل کرد، جبران خسارت وارده ممکن باشد. کسی که در زمان غیبت غایب عملاً متصدی امور او بوده است، در تعیین امین برای غایب بر دیگران مقدم خواهد بود. به علاوه در تعیین امین، وراث غایب بر دیگران مقدم هستند؛ مشروط بر اینکه حاضر به دادن ضامن یا تضمین دیگری مطابق نظر دادگاه باشند. امین مکلف به حفظ و اداره اموال غایب است

همچنین باید مصلحت غایب را رعایت کند و از حیف و میل اموال و نیز اعمالی که مضر به حال او است، بپرهیزد. در قانون مدنی، تکلیف دادن نفقه زوجه و اولاد غایب مشخص شده است. ماده ۱۰۲۸ قانون مدنی در این باره می گوید: "امینی که برای اداره کردن اموال غایب مفقودالاثَر معین می شود، باید نفقه زوجه دایم یا منقطع که مدت او نگذشته و نفقه او را زوج تعهد کرده باشد و نیز اولاد غایب را از دارایی غایب تادیه کند. در صورت اختلاف در میزان نفقه تعیین آن به عهده محکمه است." در مرحله بعدی اموال به طور موقت در تصرف ورثه قرار می گیرد از آنجایی که پس از گذشت دو سال از تاریخ آخرین خبر از غایب، احتمال زنده بودن او کمتر است، قانونگذار منافع وراث را در نظر گرفته و به آنها حق داده است که از دادگاه تقاضا کنند که اموال غایب به تصرف موقت آنان داده شود. طبق ماده ۱۰۲۵ قانون مدنی "وراث غایب مفقودالاثَر می توانند قبل از صدور حکم موت فرضی او نیز از محکمه تقاضا کنند که دارایی او را به تصرف آنها بدهد؛ مشروط بر اینکه اولاد غایب مزبور کسی را برای اداره کردن اموال خود معین نکرده باشد و ثانیاً دو سال تمام از آخرین خبر غایب گذشته باشد؛ بدون اینکه حیات یا ممات او معلوم باشد. در این مورد رعایت ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی، راجع به اعلان مدت یک سال حتمی است." همچنین وراث باید ضامن یا تضمینات کافی دیگری بدهند تا در صورت مراجعت غایب یا در صورتی که اشخاص ثالث حقی بر اموال او داشته باشند، از عهده اموال یا حق اشخاص ثالث برآیند. تضمینات مزبور تا موقع صدور حکم موت فرضی غایب باقی خواهد بود. پس از آن که اموال به تصرف موقت ورثه داده شد، وظایف و اختیارات ورثه همان است که برای امین ذکر شد. برای ورثه نیز مانند امین، دادگاه می تواند حق الزحمه مناسبی از درآمد اموال غایب معین کند و حتی در صورتی که اموال غایب درآمدی نداشته باشد، پرداخت حق الزحمه از اصل اموال مجاز است. حکم موت فرضی

غایب و دادن اموال به تصرف قطعی ورثه برابر ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی: "حکم موت فرضی غایب در موردی صادر می شود که از تاریخ آخرین خبری که از حیات او رسیده است، مدتی گذشته باشد که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند. "مدتی که در پایان آن، شخص غایب برابر قانون عادتاً زنده فرض نمی شود و می توان تقاضای صدور حکم موت فرضی کرد، حداقل سه سال و حداکثر ۱۰ سال از تاریخ آخرین خبر غایب است. پس از گذشت مدت مقرر، در صورتی که تقاضای صدور حکم موت فرضی از طرف اشخاص ذی نفع شده باشد، دادگاه پس از رسیدگی اقدام به نشر آگهی کرده و اشخاصی را که ممکن است از غایب خبری داشته باشند دعوت خواهد کرد تا اطلاعات خود را در اختیار دادگاه بگذارند. این آگهی سه دفعه متوالی و هر کدام به فاصله یک ماه در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه های کثیرالانتشار تهران منتشر خواهد شد. دادگاه وقتی می تواند حکم موت فرضی را صادر کند که یک سال از تاریخ نشر آخرین آگهی گذشته و حیات غایب معلوم نشده باشد. (مواد ۱۰۲۳ قانون مدنی و ۱۵۵ قانون امور حسبی) هرگاه ورثه غایب از قبل درخواست کرده باشند که اموال غایب به تصرف موقت آنها داده شود و طبق مقررات آگهی شده باشد، آگهی مجدد لازم نیست. و در مرحله آخر بعد از اینکه حکم موت فرضی داده می شود اموال شخص غائب مفقودالاثر به طور قطعی در تصرف ورثه قرار می گیرد. بعد از صدور حکم موت فرضی غایب مفقودالاثر، اموال غایب به تصرف قطعی ورثه داده خواهد شد و از این پس ورثه مالک اموال مزبور شناخته خواهند شد و می توانند هر نوع تصرفی در آن داشته باشند. پس از قطعیت حکم موت فرضی، تضمیناتی که از امین یا ورثه گرفته شده است، مرتفع خواهد شد. (تیمورزاده و حاجی تبار فیروز جایی، ۱۴۰۱: ۲۹)

۳- استثنائات عده وفات

احکام خاصی در حیات اجتماعی و فردی و عبادی زن به هنگام عادت ماهیانه وجود دارد. و عادت ماهیانه بطور کلی ویژه طبیعت و جسم زن است و از این جهت جزء احکام اختصاص زنان است زن به دلیل عادت ماهیانه به هنگام طلاق باید سه ماه صبر کند که به آن عده طلاق گفته می شود و یا به هنگام فوت شوهر نیز باید تا مدت چهارماه و ده روز از ازدواج مجدد خودداری کند. بیشتر فلسفه عده، پاکی نسبت و طهارت مولد و فرزند می باشد به هر حال در این دوران زن از نظر مخارج و نفقه نیز احکام خاصی دارد و همینطور در سایر حقوق زناشویی. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۳: ۱۰۲)

۱-۳ استثنائات عده وفات در زوجه

در تعیین سن یائسگی میان فقها امامیه اختلاف نظر است، برخی آن را ۶۰ سالگی و گروهی نیز ۵۰ سالگی دانسته اند. (علوی قزوینی، ۱۳۸۷: ۴۵) ولی مشهور فقها به استناد روایات معتبر میان زنان قریشیه و غیر آن تفکیک قائل شده و حد یائسگی را در زنان فرشی ۶۰ سال و در غیر آن ۵۰ سال دانسته اند. (مامقانی، بی تا: ۱۹) همچنین، به اجماع فقهای امامیه، طلاق دختران نابالغ از انواع طلاق های بائن شمرده شده است. (نجفی، بی تا: ۱۲۰) هر چند از روی عصیان عمل آمیزش نیز انجام شده باشد، زیرا در این مورد نیز احتمال حمل و اختلاط انساب وجود ندارد. (بحرانی، بی تا: ۴۳۲) بر اساس این نظریه چنانچه انتساب زن به قریش ثابت نباشد، اصل عدم انتساب است و در نتیجه سن یائسگی ۵۰ سالگی است. به عقیده مشهور فقهای امامیه بر زن یائسه عده واجب نیست. (خوانساری، ۱۳۵۵: ۵۱۸) ولی در مقابل نظریه مشهور، برخی از فقهای امامیه و تمام فقهای اهل سنت عده طلاق زنان یائسه را سه ماه بیان داشته اند. (علم الهدی، ۱۴۱۵: ۵۷۶)

(۳۳۴) از سوی دیگر، هرگاه میان زن و شوهر آمیزش جنسی واقع نشده باشد و به دلیلی غیر از مرگ شوهر، ازدواج منحل شود، بر زن عده واجب نیست. همچنین غیرمدخوله بودن به معنای باکره بودن نیست، بلکه منظور زوجه ای است که شوهر پس از وقوع عقد نکاح بدون نزدیکی، وی را طلاق دهد. (فاضل مقداد، بیتا، ۲۶۲) ذکر این نکته حایز اهمیت است که در مورد عده زنانی که به دلایل پزشکی رحم خویش را خارج ساخته دو دیدگاه متصور است؛ یک دیدگاه آن که اطلاق ادله و روایات شامل این دسته از زنان می شود و دیدگاه دیگر آنکه به دلیل ظاهر برخی از روایات و عمومیت و اطلاق آنها و تنقیح مناط قطعی و اتحاد طریق با زنان یائسه و زنانی که غیرمدخوله مطلقه می شوند لزومی به حفظ عده نیست. نتیجه آنکه زنانی که رحم خویش را خارج کرده به دلیل اتحاد طریق و تنقیح مناط لزوم به حفظ عده ندارند. (ولی زاده و پیردهی، ۱۳۹۷: ۴۵)

۲-۳ استثنائات وفات در غیبت و موت فرضی

بنابه نظر فقهای امامیه، شافعیه و حنابله در جایی که غیبت منقطعه باشد و در اصطلاح زوج مفقودالأثر باشد، از یک سو حق زوجه مطرح است که با مفقود شدن زوج، در عسر و حرج قرار خواهد گرفت و از سوی دیگر حق زوج باید لحاظ شود که چه بسا بدون آنکه خود بخواهد، مفقود شده است و نمی توان به آسانی به زوال زوجیت حکم داد. در اینجا گروهی به صبر زوجه حکم داده اند که این نظر شافعیه و حنابله است، البته شافعیه به طور مطلق و حنابله در مورد غیبت منقطعه ای که ظاهر غیبت سلامتی شخص است، صبر را حکم داده اند. (ابویعلی، ۱۴۰۵: ۲۲۲) لذا نمی توان به آسانی به زوال زوجیت حکم داد. گروه دیگر هم به تربص چهار ساله و سپس اعتداد حکم کرده اند. این نظر از امامیه و نیز از حنابله در مورد آن

غیبت منقطعه ای بوده که ظاهر غیبت، مرگ شخص است. از نظر امامیه در غیبت منقطعه، زوجه میان انتظار یا مراجعه به حاکم مخیر است. در صورتی که به حاکم مراجعه کند، حاکم برای وی مهلت چهارساله تعیین می کند و در این مدت حاکم به تفحص درباره مفقودالأثر می پردازد. اگر از حیات مفقودالأثر خبری به دست آید، وظیفه زوجه صبر است و در غیر این صورت، حاکم ولی مفقودالأثر را فرامی خواند و از او درباره مال مفقودالأثر سؤال می کند. اگر مفقودالأثر مالی داشته باشد، نفقه زوجه از آن پرداخت می شود و اگر مال نداشته باشد، به ولی، امر می شود که نفقه زوجه را پرداخت کند. پس از پایان مدت تربص و تفحص موضوع طلاق مطرح می شود. در میان فقهای امامیه درباره ضرورت طلاق اختلاف نظر وجود دارد. برخی همچون شیخ مفید، شیخ طوسی و ابن ادریس از طلاق ذکری به میان نیاورده اند؛ یعنی اگر پس از چهار سال تربص و تفحص خبری از مفقودالأثر به دست نیاید، زوجه عده وفات نگه می دارد. (شیخ طوسی، ۱۳۹۷: ۵۳۸)

قانون مدنی که قائل به طلاق زوجه بوسیله حاکم است، در ماده ۱۰۳۰ مقرر می دارد: "اگر شخص غایب پس از وقوع طلاق و قبل از انقضا عده مراجعت کند نسبت به طلاق حق رجوع دارد ولی بعد از انقضا مدت مزبور حق رجوع ندارد." از ملاک این ماده می توان چنین برداشت کرد که حکم طلاقی که به موجب ماده ۱۰۲۹ ق.م صادر می شود قطعی و غیر قابل تجدید نظر است. زیرا اولاً فرض بر این است که دسترسی به غایب نیست و خبری از وی نرسیده در نتیجه حاضر نیست تا بتواند شخصا یا توسط وکیل اعتراض کند. همچنین شخصی دیگر در این خصوص ذی نفع نیست تا بتواند اعتراض کند. اگر زوج در مدت عده بازگردد، حق رجوع به زن را خواهد داشت و می تواند اخذ به رابطه زوجیت شود و در این فرض

موردی برای اعتراض باقی نمی ماند. علاوه بر آن اگر غایب پس از انقضای مدت عده باز گردد، چون به شرح ماده فوق ازدواج وی با زوجه اش قطعاً منحل شده فایده ای بر تجدید نظر خواهی مترتب نیست. (امینیان، ۱۳۸۰: ۱۰۴) لذا در فرض طلاق زوجه توسط حاکم، پس از انقضای مدت عده، زوج حق رجوع ندارد در حالی که در صورت بازگشت غایب پس از انقضای عده و قبل از تزویج مجدد در صورت صدور حکم موت فرضی حق رجوع راجع به نظر می رسد. علت تفاوت در این است که چون در مورد طلاق حاکم با رعایت تشریفات و پس از درخواست زوجه حکم داده است پس از انقضای عده جدایی حاصل می شود در حالی که در مورد صدور حکم موت فرضی چون مبنای حکم، فوت شوهر بوده که بعداً خلاف آن ظاهر شده و زن هم ازدواج مجدد نکرده استفرد خود به خود به رابطه زوجیت اخذ می شود و نیاز به رجوع نیست. زیرا اعتداد مبنای حکم غیر معتبر تلقی می شود. (شکاری و همکار، ۱۳۸۹: ۲۴۸)

۴- ضمانت اجراها

۱- ضمانت اجرای عقد نمودن زن در ایام عده

از آنجا که نمی توان با زنی که در عده وفات است نظیر عده طلاق، ازدواج نمود، لذا در صورت عقد نمودن زن در ایام عده حالات مختلفی را فقها متصور شده اند. عده ای نظیر طباطبایی حکیم می گویند موجب حرمت ابدی نیست. زیرا مقتضی حرمت این است که زن معتده یا مزوجه باشد و چنین زنی نه معتده است نه مزوجه. به دلیل فوت همسر، مزوجه نیست و چون از فوت همسر بی اطلاع است، معتده نیست. چون زوجه از فوت شوهر بی اطلاع است، و عده وفات بعد از اطلاع یافتن زوجه از فوت زوج آغاز می شود و چون زوجه بر وفات اطلاع

نیافته است، پس در عده نیست. در نتیجه چنین عقدی سبب حرمت نمی شود. ایم نظر مورد تایید اکثریت فقهای شیعه بوده و تفاوتی نمی کند که مدت سپری شده از زمان فوت تا تاریخ وقوع عقد و دخول، به میزان مدت عده وفات باشد یا خیر. با این حال باید توجه داشت عقدی که در زمان عده صورت گرفته باطل است. زیرا صحت آن عقد با اتخاذ عده و حداد منافات دارد. به بیان دیگر وجوب اتخاذ عده و حداد از زمان رسیدن خبر فوت همسر است و این عمل به لحاظ احترام به متوفی است. از این روی صحت عقد با وجوب عده یا حداد منافات می یابد. در مقابل اکثر فقها، عده ای دیگر معتقدند که این ازدواج موجب حرمت ابدی می شود. استدلال طرفداران این قول نظیر طباطبایی یزدی آن است که اگر فرضاً ازدواج از این پس یعنی پس از اطلاع از فوت اتفاق می افتاد یقیناً موجب حرمت ابدی بود، لذا به طریق اولی ازدواجی که قبل از این تاریخ اتفاق افتاده باید موجب حرمت ابدی باشد، زیرا زمان آن نزدیک تر به وفات است. (طباطبایی یزدی، بی تا: ۲۳۱) قانونگذار نیز با تبعیت از این نظر، در فصل نوزدهم قانون مجازات اسلامی ازدواج با زن در ایام عده جرم دانسته و از جرایم علیه حقوق و تکالیف خانوادگی شمرده و برای مرتکبین آن مجازات تعزیری وضع کرده است.

۲-۴ ضمانت اجرای عقد نمودن زن در ایام عده برای خود

عقد مباشرتی که زوجین خود صیغه عقد نکاح را جاری میسازند در صورت جهل یکی از طرفین و یا هر دو به حرمت ازدواج در ایام عده و انجام عمل مواقعه زوجین بر هم حرام ابدی میشوند و این امر به اجماع فقهای شیعه امر مسلمی است و راه گریزی از حرمت ابدی چنین نکاحی نیست چرا که صیغه عقد نکاح توسط خود زوجین واقع شده لذا هم حکم وضعی ابطال عقد و هم حکم تکلیفی حرمت ابدی را در صورت مواقعه به دنبال خواهد داشت. در عقد

و کالتی که معمولاً اکثر ازدواجها به این طریق انجام میشوند، زوجین اجرای عقد صحیح را بر عهده وکیل میگذارند تا بین آنها جاری سازد. حال اگر وکیل علم به موضوع و حرمت چنین ازدواجی داشته باشد و با این وجود عقد فاسدی را بین زوجین اجرا کند در حالیکه خود زوجین نسبت به این مسأله جهل دارند چنین عقدی چون خارج از محدوده وکالت عقد صحیحی است که بر عهده وکیل قرار داده شده است لذا عقد فاسد و باطل است اما حرمت ابدی بین زوجین ایجاد نمیکند و هرچند واقعه صورت گرفته باشد و فرزند آنها ولد و طی به شبهه محسوب میشود چون گمان میکردند که عقد صحیح واقع شده و علقه زوجیت بین آنها واقع شده است. از جمله فقهای که معیار را در حرمت ابدی زوجین علم و جهل وکیل میدانند نه موکل. طباطبایی در این خصوص چنین بیان می دارد: "اگر ولی با علم به حکم و موضوع اینکه زن در ایام عده دیگری است زوج را به تزویج او در آورد و یا وکیل بدون تعیین زوجه وی را به تزویج در آورد موجب حرمت ابدی نمی شود زیرا ملاک علم زوج است نه علم ولی یا وکیل. در صورتی که وکیل زن معینی را در عده به تزویج وی در آورد ظاهر آن است که زوج مباشرتاً وی را به تزویج خود در آورده است لکن ملاک، علم موکل است نه وکیل." (طباطبایی، ۵۲۲: ۱۳۹۲)

۳-۴ ضمانت اجرای خواستگاری از زن در عده وفات

مسأله خواستگاری در بعض ابعاد بین امامیه و حنفیه مشترک بوده و دیدگاه یکسانی دارند، اما در برخی دیگر، با هم اختلاف دارند. موارد اشتراکی عبارت است از: خواستگاری از زن شوهردار حرام است، خواستگاری از زنی که در عده وفات است، به صورت تعریض جایز، و به صورت تصریح، ممنوع است. خواستگاری از زنی که در ایام طلاق باین به سر می برد، یا

زنی که ازدواج او با همسرش فسخ شده، از سوی زوج تعریض و تصریح، جایز بوده، اما از طرف غیر زوج به صورت تعریض، جایز است. از موارد اختلافی در نزد امامیه، خواستگاری از زنی مطلقه رجعی در ایام عده، از جانب غیر شوهر، به طور صریح و غیر صریح، حرام و ممنوع است، اما نزد حنفیه دو قول وجود دارد. برخی حرام و برخی جایز می دانند. (شاهین، ۱۳۹۸: ۵۶) اگر در ایام عده اقدام به ازدواج شود در دو صورت میان مرد و زن حرمت ابدی به وجود می آید. این دو حالت به تبعیت از فقه در قانون مدنی در مواد ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ متبلور گردیده است. حالت اول عقد کردن زنی که در عده است حتی اگر نزدیکی صورت نگیرد و حالت دوم جهل به عده اما با وقوع نزدیکی است. (بهمن پوری، ۱۴۰۰: ۱۰۷)

بنابراین، هرگاه مردی با زنی که در عده ی رجعی است زنا کند بر وی حرام ابدی میشود؛ بر خلاف بائنه و عده ی وفات، عده ی متعه، وطی به شبهه و فسخ و اگر شک کند که در عده است یا خیر یا در عده ی رجعی است یا بائن، مادامی که بر شک خود باقی است حرمتی وجود ندارد؛ البته اگر بداند در عده ی رجعی است و در انقضا یا عدم انقضای عده، شک کند ظاهر همان حرمت است، به خصوص اگر خود زن به انقضای عده خبر بدهد و فرقی نیست میان اینکه زنا از قبل یا دبر باشد. (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۷۹۲) همچنین اگر جاهل به حرمت معتده باشد، در این صورت وطی به شبهه به حساب می آید و نسب بهویملحق می شود و زنفراوش وی خواهد بود و عده وی از زوج اول قطع می گردد. زیرا فراش زن فراش برای زوج دوم می شود و جایز نیست که فراش یک زوج باشد در حالی که از شخص دیگری عده نگه دارد و بر زن ضروری است که هر کدام از دو عده را به طور انفرادی انجام دهد و دو عده با هم تداخل نمی کند. اگر یکی از آنها عالم و دیگری جاهل باشد بنابراین اگر مرد جاهل و زن

عالم باشد، در این صورت وطی به شبهه است و مرد حد نمی خورد، زن نیز هم فراش وی خواهد بود و نسب به وی ملحق شده و عده بر او واجب می شود. اما زن زانیه محسوب شده و مهریه ای برای وی نیست. اما اگر زن جاهل و مرد عالم باشد، زن زانیه نیست و حدی نمی خورد مهریه نیز برای وی ثابت است. اما مرد، زناکار است و حد بر وی واجب می گردد، نسب هم به وی ملحق نمی شود و برای وی عده واجب نیست. (طوسی، ۱۴۰۰: ۲۴۵)

۴-۴ ضمانت اجرای فسخ نکاح

با توجه به ماده ۱۱۳۱ ق.م.ا.عمال خیار فسخ برای زوجه غایب فوری است، لذا اگر قبلاً در مدت حضور غایب، عالم فسخ و عالم به حق خود بوده و با وجود آن اقدامی در جهت فسخ به عمل نیاورده باشد، حق فسخ او ساقط می گردد. به نظر می رسد در مورد عالم بودن یا جاهل بودن زوجه نسبت به حق فسخ باید وضعیت وی را از لحاظ سطح معلومات و اطلاعات در نظر گرفت. چنانکه بین فرد حقوقدان و یک فرد عامی این علم متفاوت است. (سادات مصطفوی و جلالیان، ۱۳۹۵: ۷۷) بنابراین با توجه به اینکه هدف اصلی از فسخ نکاح، رهایی از رابطه زوجیت است و قانونگذار نیز برای رهایی، مراجعه به دادگاه را لازم دانسته فلذا زوجه غایب برای فسخ نکاح ناگزیر از مراجعه به دادگاه است. زیرا وفق قانون دادگاه های مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ رسیدگی به دعای نسخ نکاح در صلاحیت دادگاه های مدنی خاص بوده و همچنین ماده واحده قانون اصلاح مقررات مربوط به طلاق مصوب ۷۱/۸/۲۸ در این خصوص مقرر می دارد: "از تاریخ تصویب این قانون زوج هایی که قصد جدایی و طلاق دارند باید جهت رسیدگی به اختلافات خود به دادگاه مدنی خاص مراجعه و اقامه دعوی نمایند." چنانکه می دانیم این قوانین بعد از خود فسخ نشده اند و همچنان لازم الاجرا هستند و فقط وظایف

دادگاه های مدنی خاص به موجب قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب عهده دادگاه های عمومی محول شده است. پس در نتیجه زوجه غایب برای نکاح به دادگاه عمومی مراجعه و اقدام به فسخ می نماید. (پوتنه ریگی، ۱۴۰۰) در مورد امور غیر مالی غایب مفقودالاثر، یکی از مسائل مهمی که مورد توجه قانون گذار گرفته و احکام خاصی راجع به آن مقرر گردیده، وضعیت نکاح زوجه و طلاق اوست. زوجه غایب مفقود الاثر در زمان غیبت زوج می تواند زندگی خود را ادامه دهد تا اینکه حیات و یا وفات همسرش برای وی معلوم گردد، یا اینکه درخواست انحلال نکاح کند. برای انحلال نکاح زوجه مفقود الاثر دو طریق ارائه شده است: ۱. طلاق به وسیله دادگاه و ۲. صدور حکم موت فرضی. (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۳۴)

۵- شیوه های اثبات و درک موت حقیقی و فرضی غایب مفقود الاثر

۱-۵ اثبات حق حیات

در رابطه با اثبات حق حیات و عدم وجود خبر از مرگ یا حیات زوج، مشهور فقها معتقدند: "اگر زوج اموال و دارایی داشته باشد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند یا کسی از ناحیه زوج مخارج زندگی همسر را تامین کند، زوجه باید صبر تا وضعیت زوج غایب معلوم گردد. زیرا حیات سابق وی استصحاب می گردد، مگر فوت وی مسلم شود، ولی اگر زوج دارایی نداشته باشد، زن می تواند امر خودش را به حاکم شرع ارجاع دهد و حاکم شرع به زن چهار سال مهلت می دهد و حاکم شرع به زن چهار سال مهلت می دهد، تا تفحص و جستجوی لازم صورت گیرد، اگر وضعیت حیات یا مرگ زوج معلوم نگردد، حاکم شرع، حکم به طلاق زن داده و همسر غایب پس از طلاق باید عده وفات نگاه دارد. (خویی، ۱۳۷۹: ۳۲۶) در مقابل نظریه مشهور، برخی از فقهای امامیه معتقدند نباید حاکم از تاریخ مراجعه زن، ضرب الاجل

معین نماید و بعد از گذشت چهار سال همسر وی را طلاق دهد، بلکه چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج چهار سال گذشته باشد، حاکم می تواند زوجه را طلاق دهد. (محقق داماد، ۱۳۷۹: ۴۶۳) قانون مدنی نیز از رویه اخیر پیروی نموده است و در ماده ۱۰۲۹ چنین اشعار داشته که هر گاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقود الاثر باشد زن وی می تواند تقاضای طلاق کند در این صورت با رعایت ماده ۱۰۲۳ ق.م حاکم وی را طلاق داده باشد، باید از تاریخ عده وفات نگاه دارد. بر همین اساس معتقدیم هر چند عده زوجه غایب مفقود الاثر عده وفات است، اما در این مورد خاص همانند عده طلاق رجعی، اگر شوره در زمان عده برگردد یا پیدا شود، برای شوهر امکان رجوع وجود دارد، ولی هر گاه پس از آن باز گردد، حقی نخواهد داشت. (خویی، ۱۳۷۹: ۳۲۷)

۲-۱۵ اثبات موت در مدت عده

هر گاه به دلیل غیبت بی خبر شوهر زن طلاق داده شود و در خلال عده، مرگ شوهر معلوم گردد، زن باید عده طلاق را قطع کند از تاریخ وفات یا وصول خبر عده وفات نگاه دارد زیرا گفتیم که هر چند مدت این عده چهار ماه و ده روز است ولی ماهیت آن عده طلاق است و به همین جهت نیز زن حق دارد اگر طلاق نباشد از دارایی شوهر نفقه بگیرد. ولی هر گاه طلاق باشد چون در اثر این نوع طلاق رابطه حقوقی زن و شوهر از بین رفته است، مرگ شوهر در زمان عده اثری در آن ندارد و زن باید همان عده پیش را تمام کند. با وجود این برخی از بزرگان فقها نظر داده اند که چون زن عده شرعی را می گذارند به هر حال می تواند همان عده را تمام کند و تنها از نظر احتیاط گفته می شود که عده وفات را از سر بگیرد. (رزمان، ۱۳۹۶: ۱۴۶)

۳-۵ عدم اثبات حیات یا موت

اگر هیچ خبری از مرگ یا حیات زوج نباشد، مشهور فقها معتقدند: اگر زوج اموال و دارایی داشته باشد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند یا کسی از ناحیه ی زوج، مخارج زندگی همسر را تأمین کند، زوجه باید صبر کند تا وضعیت زوج غایب معلوم گردد؛ زیرا حیات سابق وی استصحاب میگردد. (شهید ثانی، ۶۷: ۱۴۱۳) به جهت گسترش شبکه های اجتماعی افراد به جای استفاده از سیم کارت یا سامانه پیامکی بیشتر ترجیح می دهند از پلتفرم ها و نرم افزارهای شبکه های اجتماعی استفاده کنند. سوالی که پیش می آید این است که آیا امکان ردیابی و نقطه زنی در شبکه های اجتماعی مثل واتساپ، اینستاگرام، تلگرام و امثال این ها وجود دارد یا خیر؟ پاسخ منفی است و امکان ردیابی و نقطه زنی شبکه های اجتماعی وجود ندارد. با توجه به اینکه سرورهای این نرم افزارها در خارج از ایران قرار دارد ردیابی و نقطه زنی آنها امکانپذیر نیست. مضاف بر این به جهت امکان ساخت آیدی فیک و جعلی موضوع سخت تر هم می شود. البته شاید بتوان گفت در نرم افزارهای داخلی به مانند سروش و ایتا و امثالهم ردیابی و نقطه زنی قابل انجام است اما همانطور که عنوان شد این امر در هر پرونده ای انجام نمی شود. با وجود اینکه شرایط نقطه زنی به صراحت در ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری آمده است و فقط در شرایط خاص امنیتی و قتل باید صورت بگیرد. اینجا با یک جستجو می بینیم که برای مجازات های کیفری ساده مثلاً درجه ۶ ضرب و جرح یا ترک انفاق کیفری و ... بسیاری از وکلا پاسخ می دهند که "با موافقت قاضی امکان پذیر است". از طرفی در نظریه مشورتی ۱۸۵۹/۹۸/۷ مورخ ۱۱/۱۲/۱۳۹۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه اینطور آمده است که با عنایت به اطلاق عبارت «کنترل ارتباطات مخابراتی افراد» در ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ که در راستای نحوه اعمال اصل بیست و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی

ایران تصویب شده است، ممنوعیت موضوع این ماده علاوه بر محتوای ارتباطات مخابراتی شامل «اخذ پرینت فهرست ورودی و خروجی تماس ها و پیامک های متهم» نیز می شود و ردیابی از طریق تلفن همراه از مفهوم «کنترل ارتباطات مخابراتی افراد» موضوع ماده ۱۵۰ قانون آیین دادرسی کیفری خارج است. یا مطابق نظریه مشورتی شماره ۶۴۲/۹۸/۷ مورخ ۱۳۹۹/۰۱/۳۰ اداره حقوقی قوه قضائیه: پس از اعمال ماده ۳ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب ۱۳۹۴ به دستور قاضی مربوط هرگونه اقدام قانونی لازم برای دستگیری محکوم علیه از جمله ردیابی از طریق تلفن همراه جهت کشف محل اختفاء وی انجام می شود؛ زیرا دستگیری محکوم علیه از لوازم بازداشت وی است و اذن در شئی اذن در لوازم آن نیز هست.

نتیجه گیری

با بررسی موضوع غایب مفقودالاثر بودن زوج به عنوان یکی از موارد حق طلاق زوجه به این نتیجه می رسیم که در صورتی که زوج غایب مفقودالاثر بوده و چهار سال از غیبت وی بگذرد زوجه حق دارد از حاکم تقاضای طلاق نماید. در مذاهب رسمی می توان اینگونه تحلیل کرد که به جز مذهب حنفیه سایر مذاهب با اختلافاتی در شرایط و جزئیات غایب مفقودالاثر بودن زوج را جزء موارد حق طلاق زوجه می دانند. گاهی اتفاق می افتد که انسان با انگیزه های مختلف اقامتگاه و محل سکونت خود را ترک می کند و دیگر هیچ خبری از حیات و ممات او به دست نمی آید چنین شخصی از نظر قانون ایران مفقودالاثر نامیده می شود و برخی از حقوقدانان به تبعیت از فقهای امامیه چنین شخصی را غایب مفقودالاثر الخبر نامیده اند. با استناد به اصل استصحاب بقاء حیات، چنین شخصی، اگر زنده فرض می شود و آثار و احکام شخص زنده در امور مالی و غیرمالی او به اجرا گذاشته می شود. در خصوص وضع

زوجه غایب باید گفت که ازدواج غایب با او همچنان دارای اعتبار و آثار حقوقی است و غیبت او لطمه ای به این ازدواج وارد نمی کند. مطابق ماده ۱۰۲۹ ق.م، زوجه می تواند بعد از گذشت چهار سال تمام از غیبت غایب مفقودالاثر در صورتی که همچنان خبری از مشارالیه در دست نباشد، از دادگاه تقاضای طلاق کند، بدون اینکه نیازی به صدور حکم موت فرضی باشد. در این صورت با انتشار آگهی در یکی از جراید محل و یکی از روزنامه های کثیرالانتشار تهران، در سه دفعه متوالی که فاصله هر کدام از دیگری یک ماه است، همچنین با گذشت یک سال از تاریخ اولین اعلان، دادگاه حکم طلاق را صادر خواهد کرد. در خصوص رابطه زوجیت غایب با همسرش در صورتی که همسری از دادگاه تقاضای طلاق نکند و نهایتاً حکم موت فرضی غایب صادر شود، قانون ساکت است؛ ولی می توان گفت زمانی که قائل بر این امر هستیم که با صدور حکم فوت فرضی همه آثار فوت حقیقی بر آن بار می شود، قطع رابطه زوجیت هم یکی از این آثار است. در واقع زمانی که مردی فوت می کند رابطه زوجیت او با زوجه قطع می شود و زن می تواند ازدواج مجدد داشته باشد همین حکم را باید در موردی که حکم فوت فرضی نیز صادر می شود، پذیرفت. لازم به ذکر است، زمان شروع عدّه‌ی وفات نزد فقهای امامیه از تاریخ اطلاع زن بر مرگ شوهر می باشد و زن تنها پس از رسیدن خبر وفات شوهر میتواند عدّه بگیرد؛ هرچند زمانی طولانی سپری شود. برخی از فقها قائلند: که حکم زنی که طلاق داده میشود و زنی که شوهرش فوت میکند از نظر نگهداشتن عدّه یکسان است؛ یعنی باید هر دو از زمان رسیدن خبر طلاق یا فوت، عدّه بگیرند. هرگاه شخصی غایب مفقود الخبر شود و غیبتی پیدا کند که هیچ خبری از او نباشد، اگر مالی دارد یا ولی ای که امور را اداره می نماید یا شخصی تبرعا نفقه زوجه او را می پردازد زن باید صبر کند؛ زیرا مسلم شدن فوت شوهر حیات او استصحاب می شود، باید نفقه زوجه دائم یا

منقطعه در صورت شرط نفقه که مدت او نگذشته را از دارایی غایب تادیه نماید. با توجه به این که عده طلاق اصولاً رجعیه است می توان گفت زوجه غایبی که توسط حاکم طلاق داده می شود، در زمان عده، مطلقه رجعیه محسوب می شود و مستحق نفقه است و مقصود از ماده ۱۱۵۶ ق.م عده طلاق به اندازه عده وفات است نه عده وفات واقعی که در آن حق رجوع نیست. قانون مدنی درباره نفقه زوجه بعد از صدور حکم موت فرضی حکمی ندارد. در این باره دو دیدگاه مختلف از سوی حقوقدانان ارائه شده است. دیدگاهی که قائل به عدم استحقاق زوجه نسبت به نفقه بعد از صدور حکم موت فرضی است از وجاهت بیشتری برخوردار است.

پرداخت نفقه زوجه از بیت المال از سوی بعضی از فقها مطرح گردیده است. در جامعه کنونی و با وضعیت موجود، پذیرش این نظر محل اشکال است. همچنین پرداخت نفقه زوجه توسط شخص متبرع که از سوی مشهور فقها مطرح گردیده با اشکالات متعددی همراه است. ذکر این نکته ضروری است که بر شخص غایب در زمان عده نفقه‌ای نیست و اگر قبل از انقضای عده حاضر شود اشکال وجود دارد به اینکه حکم کردن به نفقه در عده، از حکم حاکم به جدایی نشأت میگیرد؛ به دلیل آنکه عده، عده ی وفات است و در عده ی وفات نفقه نیست و گرنه به مجرد حکم حاکم به جدایی، سقوط عده واجب نمیگردد؛ زیرا حکم کردن به عده با طلاق رجعی همراه با بقای آن حاصل میگردد. زوجه غایب به هر علتی که نکاحش با غایب منحل شود ملزم به نگه داشتن عده می باشد. شخصی که غایب می گردد و مدت مدیدی از وی واصل نمی شود چنانچه مرگش ثابت شود زوجه اش از تاریخ وصول خبر فوت عده وفات اتخاذ می کند. چنانچه خبر حیات غایب واصل شود ولی معلوم نباشد که

در کجاست زوجه اش باید صبر کند تا منتهی به وصول خبری مبنی بر طلاق و یا مرگ او شود. هرگاه به هیچ وجه از مرگ و یا حیات وی واصل نشود چنانچه زوج غایب اموالی داشته باشد که زوجه بتواند از آن ارتزاق کند زوجه باید صبر کند در غیر این صورت به نظر مشهور فقها می تواند به محکمه رجوع و درخواست طلاق نماید و حاکم از تاریخ درخواست او چهار سال ضرب الاجل تعیین می کند که در این مدت جستجو و فحص لازم به عمل آید و اگر خبری از او به دست نیامد، حاکم زوجه را طلاق می دهد. در مقابل قول مشهور برخی از فقهای امامیه بر این نظرند که چنانچه از تاریخ مفقود شدن زوج چهار سال گذشته باشد و خبری از زوج غایب به دست نیاید حاکم می تواند زوجه را طلاق دهد که قانون مدنی هم نظر دوم را پذیرفته. در فقه عامه نیز اگر زوج غایب شود به نحوی که محل و مسکنش معلوم نباشد و خبری از او به دست نیاید ابوحنیفه و شافعی و احمد می گویند زوجه چنین مفقودی می تواند پس از انقضای مدتی که غالباً تا پایان این مدت شخص زنده نمی ماند ازدواج کند مالک می گوید زوجه چهار سال از تاریخ رجوع به قاضی صبر می کند چنانچه خبری از زوج نرسد چهار ماه و ده روز عده نگه می دارد آنگاه ازدواج بر وی حلال می باشد از سوی دیگر با توجه به ادله نفی حرج، چنانچه در نکاح انقطاعی، شوهر غایب شود و این غیبت، زن را در عسر و حرج غیر قابل تحمل قرار دهد، بذل بقیه مدت نکاح به زن از سوی حاکم به استناد ادله نفی حرج بلا اشکال خواهد بود. قانون مدنی ایران از حیث رجعی دانستن طلاق زوجه غایب مفقود الاثر به نحو مطلق جای اشکال دارد و از حیث وقوع زن منقطعه در عسر و حرج به لحاظ غیبت شوهر دچار سکوت است و توجه به این موارد در اصلاح و تکمیل قانون ضروری است.

پیشنها‌ها

۱- پیشنهاد اصلاح ۳ ماده از قانون مدنی و ۲ ماده از قانون مجازات اسلامی به جهت رفع ابهام و اجمال

۲- بهره گیری از متخصصین علوم رایانه وهوش مصنوعی در یافتن شخص مفقود الاثر

منابع و مآخذ

الف) منابع فارسی

۱. ابویعلی، قاضی ابن الفراء (۱۴۰۵)، المسائل الفقهیه من کتاب الروایتین و الوجیهین، جلد دوم، الرياض، مکتبه المعارف.
۲. بهمن پوری، عبدالله (۱۴۰۰) تحلیل و نقد ماده ۱۰۵۰ و ۱۰۵۱ قانون مدنی (حرمت ابدی ناشی از ازدواج در ایام عده، مطالعات راهبردی زنان، دوره ۲۳، شماره ۹۱، بهار.
۳. پوته ریگی، شکوفه، ۱۴۰۰، زوجه غایب مفقود الاثر و وضعیت حقوقی آن در ایران، اولین کنفرانس بین المللی ایده های نوین در فقه، حقوق و روانشناسی، تهران، ۱۲۴۱۷۸۷/۱۲۴
<https://civilica.com/doc/1241787>
۴. تاج، امیرعلی (۱۳۹۷) بررسی ماهیت عده زوجه غایب مفقود الاثر در فقه و نظام حقوقی ایران، کنفرانس بین المللی پژوهشهای دینی، علوم اسلامی، فقه و حقوق در ایران و جهان اسلام،
۵. تیمورزاده، فاطمه و حاجی تبار فیروز جایی، حسن (۱۴۰۱) احکام و آثار مرگ مغزی و فرضی در فقه و حقوق کیفری ایران، فصلنامه پژوهش های حقوقی میان رشته ای، دوره سوم، شماره اول، بهار.
۶. حبیبی تبار، جواد (۱۳۸۵) تحلیل ماهیت و احکام انحلال نکاح غایب مفقود الاثر، فقه و حقوق، سال سوم، شماره ۱۰، پاییز.

۷. رزمان، علی (۱۳۹۶) بررسی آثار حکم موت فرضی در حقوق موضوعه ایران، فصلنامه علمی-حقوقی قانون یار، دوره سوم، پاییز
۸. سادات مصطفوی، سید مصطفی و جلالیان، ابراهیم (۱۳۹۵) مبانی فقهی و حقوقی پرداخت نفقه به زن در ایام عده وفات، آموزه های حقوقی گواه، شماره دوم، بهار و تابستان.
۹. شاهین، عظمت (۱۳۹۸) خواستگاری از زن در زمان عده از منظر دیدگاه امامیه و حنفیه، مجله پژوهشهای فقهی زنان و خانواده، بهار و تابستان، شماره ۱.
۱۰. طباطبایی یزدی، سید علی بن محمد (بی تا) ریاض المسائل، جلد ۱۱ و ۶، قم، موسسه ال البيت الاحیا التراث، چاپ ۱۱ و
۱۱. علوی قزوینی، سید علی (۱۳۸۷) انواع عده و وضعیت زنان فاقد رحم، مطالعات راهبردی زنان، شماره ۴۰.
۱۲. کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۹۱)، دوره حقوق مدنی خانواده، نکاح و طلاق، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۹۸) جرایم علیه اشخاص، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۱۴. وکیل زاده، رحیم و زنجانی، فاطمه (۱۳۹۸) بررسی تاثیر قاعده لاضرر در انحلال کانون خانواده، فصلنامه علمی-تخصصی علامه، سال دهم، شماره پیاپی ۲۸، پاییز و زمستان.

۱۵. ولی زاده، رحمان و پیردهی، علی (۱۳۹۷) تاملاتی فقهی در واکاویو بازخوانی ادله عده زنان بدون رحم، پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، زمستان، شماره ۱

ب) منابع عربی

۱. جبعی عاملی، زین العابدین (شهید ثانی) (۱۴۱۳) الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه، قم، موسسه اسماعیلیان، جلد ۹.
۲. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا)، ایضاح القواعد، جلد دوم.
۳. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴) مختلف الشیعہ، جلد هفت و نه، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۴. حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴) مختلف الشیعہ، جلد هفت و نه، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۵. خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۹) منهاج الصالحین، جلد دوم، نجف، مطبعه النعمان.
۶. طباطبایی یردی، سید محمد کاظم (۱۳۹۲) غایه القصوی فی ترجمه عروه الوثقی، جلد دوم، تهران، دینا.
۷. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسین حوزه علمیه قم.

۸. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (۱۴۰۰)، التبیان فی تفسیر القرآن، جلد دوم، بی جا، انتشارات مکتب الاعلام الاسلامی.
۹. عاملی، زین الدین (۱۴۰۶) الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۱۰. علم الهدی، مرتضی (۱۴۱۵) الانتصار، قم: انتشارات جامعه مدرسین، قم.
۱۱. مامقانی، عبدالله (بی تا) مناهج المتقین، چاپ سنگی.
۱۲. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۰)، تحریر الوسیله، موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، جلد دوم.
۱۳. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۰)، تحریر الوسیله، موسسه نشر اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، جلد دوم.
۱۴. نجفی، محمد حسن (بی تا) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۲، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

(ج) منابع لاتین

1. Dayani, Abdur Rasool, (2007), "Family Laws", Tehran, Mizan Publications