

همایش ملی مطالعات و پژوهش های علمی علوم انسانی

نهاد برگزار کننده همایش: موسسه قانون یار با حمایت معنوی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه
سردبیر علمی و مسئول برگزاری همایش: دکتر بهنام اسدی شماره مجوز: ۴۸۵۳-۷۸۸۶۴
سال برگزاری همایش: ۱۳۹۷ شماره مقاله: ۸۳۵/۱۰۵ رده بندی کنگره: الف ۵۵۱/۹

نگاهی به حقوق زوجه غایب مفقودالاثر در قانون مدنی ایران

مهدی رضایی زاده

مدرس دانشگاه و کارشناس دادگستری در امور خانواده

چکیده

غایب مفقودالاثر یک اصطلاح حقوقی است که مقنن مواد ۱۰۱۱ تا ۱۰۴۰ قانون مدنی و ۱۲۶ تا ۱۶۱ قانون امور حسبی را به این موضوع اختصاص و احکامی را بیان نموده است. علاوه بر آن در فقه موضوع غیبت و غایب مورد بحث و بررسی قرار گرفته و چنین غیبتی را غیبت منقطع و کسی را که به این نحو غیبت نموده غایب مفقود می نامند ولی در قانون مدنی چنین شخصی غایب مفقودالاثر نامیده شده که به نظر می رسد چون غایب دارای اموال و فرزندان و زوجه است و آثار و نشانه هایی از او بر جای مانده، اصطلاح مفقودالخبر مناسب تر از مفقودالاثر باشد. آنچه مراد از این پژوهش است همانا بررسی وضعیت حقوقی زوجه غایب یا حقوق و تکالیفی است که نامبرده در خلال غیبت شوهر دارد درمورد چنین زنی ممکن است سوالات متعددی مطرح شود که هدف از این مقاله پاسخگویی به این سوالات و بررسی تطبیقی مطالب مذکور می باشد.

واژگان کلیدی: غایب مفقودالاثر، حقوق زوجه، غیبت شوهر، نفقه و مهریه

بخش اول: مهریه زوجه قبل و بعد از انحلال نکاح

همانطور که می‌دانیم عقد نکاح به اعتبار جنبه مالی که دارد مانند عقود تملیکی دیگر است لذا در اثر عقد مزبور، مهر که یکی از عوضین است در ملکیت زن داخل می‌گردد و به دستور ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر اینکه قانون استثنا کرده باشد. بنابراین زن می‌تواند قبل از آنکه شوهرمهر را به قبض او بدهد در آن تصرف کند مانند آنکه آن را بفروشد یا اتلاف نماید. این است که ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی می‌گوید: «به مجرد عقد زن مالک مهر می‌شود و می‌تواند هر نوع تصرفی که بخواهد در آن بنماید» و طلاق هیچ گونه تأثیری در مهر زن نمی‌نماید مگر آنکه طلاق قبل از نزدیکی واقع شود چنانکه ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد، زن مستحق نصف مهر خواهد بود و...» آنچه از نظر تحلیلی مورد گفتگو می‌باشد، نحوه مالکیت زن نسبت به مهریه و تأثیر نزدیکی در آن است با توجه به مفاد ماده بالا باید بر آن بود که مالکیت زن نسبت به مهریه مجرد عقد حاصل می‌شود ولی نحوه مالکیت او نسبت به تمامی مهر یکسان نمی‌باشد بلکه مالکیت زن نسبت به نصف آن ثابت و نصف دیگر که قابل برگشت به ملکیت شوهر در اثر طلاق قبل از نزدیکی است به وسیله نزدیکی تثبیت می‌گردد، بنابراین نزدیکی شرط مالکیت زن نسبت به نصف دیگر از مهر می‌باشد.^۱ با عنایت به مطالب مذکور می‌توان نتیجه‌گیری کرد که زوجه غایب پس از طلاق نیز (در صورت وقوع طلاق) مالک مهریه خود می‌باشد و در صورت وقوع نزدیکی، حق مطالبه تمامی آن را از اموال غایب دارد.

بند اول: مهریه زوجه غایب در صورت صدور حکم موت فرضی غایب

فوت شوهر هیچ گونه تأثیری در مهرالمسمی ندارد و چنانچه مهر در زمان حیات شوهر تسلیم نشده باشد زن می‌تواند پس از فوت شوهر همه آن را مطالبه کند، زیرا در اثر نکاح

^۱ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، ۱۳۷۰، صفحه ۳۹۰

مستحق مهرالمسمی شده موجبی برای سقوط حق او یا قسمتی از آن نیست^۱ برخی از فقها بر این باورند که اگر یکی از زوجین قبل از نزدیکی بمیرد همانند مورد طلاق مهرالمسمی تنصیف می‌گردد.^۲ اما این نظر برخلاف قول مشهور است و طبق ماده ۱۰۹۲ قانون مدنی که براساس قول مشهور فقهای امامیه تنظیم گردیده تنها در صورتی که شوهر قبل از نزدیکی زن خود را طلاق دهد زن مستحق نصف مهر می‌باشد و این یک قاعده استثنایی است و نباید آن را به مورد فوت گسترش داد.^۳ پس زوجه غایب در صورت صدور حکم موت فرضی حتی قبل از نزدیکی نیز مستحق تمامی مهریه می‌باشد.

بخش دوم: میراث زوجه غایب و شرایط مربوط به آن

با نظری اجمالی به کتب فقهی، مشاهده میشود که اکثر فقها و مجتهدان اسلامی مبحث ارث را تحت عنوان‌های «کتاب الفرائض» و به ندرت «الموارث» یا «ارث» ذکر کرده‌اند. علت این امر آیه فریضه من... و احادیثی است که از رسول اکرم (ص) نقل شده است از جمله این احادیث، حدیثی است که ابو هریره آن را روایت کرده که پیغمبر (ص) فرمود: «تعلمو الفرائض و عملوها فانها نصف العلم و هویسی و هو اول شی یبزع عن امتی» کلمه «فرائض» جمع «فریضه» و از «فرض» به معنای «قطع» گرفته شده است و معنای دیگر فریضه «مقدره یا مفروضه» است.^۴

بند اول: معنای اصطلاحی ارث

الف: از نظر قانونی: در اصطلاح حقوقی مدنی، ارث انتقال قهری دارایی متوفی به ورثه او میباشد و ترکه، وثیقه دیون است بدون آنکه ورثه شخصاً مدیون آن طلبکاران باشند. ماده

^۱ - صفایی حسین اسدا... امامی، حقوق خانواده، جلد اول، صفحه ۱۸۷

^۲ - موسوی خمینی، روح... تحریر الوسیله، جلد دوم، صفحه ۳۰.

^۳ - باباخانی، زرین، مهریه حقوق خاصه زوجه، صفحه ۷۷.

^۴ - مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، ص ۲۳۵

۱۴۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «تملك حاصل میشود ... ۴- به ارث» بنابراین ارث یکی از اسباب تملك به حساب می‌آید. همچنین ماده ۸۶۷ قانون مدنی می‌گوید: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا میکند.» در اینجا لازم به ذکر است که ارث دارای ۳ رکن است: مورث، وارث، موروث (ترکه) مورث، شخصی را گویند که پس از مرگ، اموال یا حقوقی به جا می‌گذارد. وارث با کسی است که در صورت دارا بودن اسباب و شرط معین و نداشتن مانع، استحقاق ارث بردن از ترکه میت را داشته باشد. مورث (ترکه) با اموال و حقوقی است که از متوفی به جای می‌ماند. ماده ۸۷۲ نیز مقرر می‌دارد: اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمیشوند مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند. پس زمانی که بتوان غایب مفقود الاثر را فوت شده محسوب نمود. در آن زمان، احکام شخصی متوفی نسبت به او جاری میشود از جمله اینکه دیون و بدهی او پرداخت شده و چنانچه پس از کسر آن دارایی مثبتی باقی بماند، بر طبق مقررات قانونی میان بازماندگان و از جمله زوجه غایب تقسیم میگردد. در این خصوص ماده ۸۶۸ می‌گوید: «مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی مستقر نمیشود مگر پس از ادعای حقوق و دیونی که به ترکه میت تعلق گرفته.»

ب: از نظر فقه اسلامی: قبل از اسلام در میان ملل و اقوام متمدن و غیر متمدن دنیا، عادت غالب چنین بود که برای زن به طور عام و برای زوجه متوفی به طور خاص قایل به داشتن حق سهم الارث مستقل نبودند به عنوان مثال در رم زن‌ها اعم از دختر، مادر و زوجه از ارث محروم بودند و علت محرومیت شان این بود که با ازدواج آنان مقداری از ثروت خانواده به خانواده دیگر انتقال می‌یافت بنابراین در رم قدیم اصولاً حق میراث برای زن شناخته نشده بود. در یونان نیز وضع به همین منوال بود. در ملل شریعت محور نیز اصلی

کلی مبتنی بر محرومیت زنان از ارث است.^۱ در آئین مقدس اسلام طبق آیه شریفه «للرجال نصیب مما ترک الوالدان والاقربون مما قل منه او کثر نصیباً مفروضاً» زنان از حق ارث برخوردارند. معنای آیه چنین است: «مردان را از آنچه والدین و نزدیکان به جا نهاده اند نصیبی است کم باشد یا زیاد، سهمی است معین» پس از این حکم کلی، قرآن به بیان سهم الارث زوج و زوجه می پردازد و می فرماید: ولکم نصف ما ترک ازواجکم ان لم یکن لهن ولد فان کان لهن ولد فلکم الربع مما ترکن من بعد وصیه یوصین بها اودین و لهن الربع مما ترکن ان کم یکن... لکم ولد فان کان کلم ولد فلهن المن مما ترکنم...^۲ یعنی نیمی از ترکه زنهاران به شما میرسد اگر فرزند نداشته باشند پس اگر فرزند داشتند یک چهارم از آن شماسست پس از رسیدگی به وصیت و قرض آنها. زنهار یک چهارم ترکه شما را بهره می برند اگر فرزندی نداشته باشید و اگر فرزند داشتید پس بهره زنهار یک هشتم ترکه است.» منظور از ترکه میت موارد زیر است:

۱- آنچه که میت «قبل از فوت» مالک آن بوده است. خواه «عین» باشد یا «دین» و خواه حق مالی نظیر «تحجیر» که هر گاه کسی به قصد احیای زمین مواتی آن را با دیوار یا چیز دیگری مانند کندن چاه تحجیر کند مالک نمیشود بلکه نسبت به دیگران حق اولویت در احیای زمین پیدا میکند.^۳ و مانند حق خیار در خرید و فروش یا حق شفعه یا حق قصاص و جنایت در صورتی که ولی مقتول باشد مثل اینکه شخصی فرزند میت را بکشد و قاتل قبل از قصاص بمیرد که در اینجا قصاص تبدیل به مال میشود که تماماً مانند دین از ترکه قاتل گرفته میشود.

^۱ -مهر پور، حسین، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام، و ایران (تحلیل فقهی و حقوقی ارث زن از دارایی شوهر) چاپ موسسه اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۶۸، صفحه ۱۸-۱۶

^۲ -سوره نساء آیه ۱۲

^۳ ماده ۱۴۲ قانون مدنی مقرر می دارد: «شروع در احیا از قبیل سنگ چیدن اطراف زمین یا کندن چاه و غیره، تحجیر است و موجب مالکیت نمیشود ولی برای تحجیر کننده، ایجاد حق اولویت در احیا میکند.»

۲- آنچه میت «به واسطه فوت» مالک آن میشود مانند دیه قتل خطایی یا قتل عمد در صورتی که اولیای دم به عوض قصاص قاتل، دیه بگیرند. بنابراین دیه حکم سایر اموال میت را دارد که تمام وراثت حتی زوج و زوجه از آن ارث می‌برند.^۱

۳- آنچه میت «پس از فوت» مالک آن میشود مانند صیدی که در تور واقع میشود و میت آن تور را در زمان حیات خود بر پا کرده بوده است و نیز مانند اینکه میت، مدیون بوده و بعد از فوت، صاحب دین او را ابرا کند، یا شخصی تبرعاً دین او را پرداخت کرده باشد و مانند اینکه جانی، پس از فوت جنایتی بر میت وارد کرده باشد که موجب قتل دست و پایش شود و از جانی دیه گرفته شود، تمام این موارد جز ترکه میت محسوب میشود. فقها در حکم ارث غایب مفقود الاثر، اختلاف نظر دارند، عقیده مشهور میان آنان و به ویژه میان متاخران آنان این است که باید مدتی که مانند او به طور عادی تا آن زمان زنده نمی‌ماند، صبر کرد و در آن هنگام به مرگ او حکم داده شود، در این دقت، نزدیکتر به او از او ارث می‌برد.^۲

بند دوم: شرایط تحقق ارث زوجه غایب

ماده ۸۶۴ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «از جمله اشخاصی که به موجب سبب، ارث می‌برند هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد.»

ماده ۸۶۷ نیز می‌گوید: «ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا میکند.

^۱ - صاحب کتاب جواهر الکلام گفته است: بین فقهای امامیه مشهور است که خویشاوند مادری از دیه خطا و عمد ارث نمیرد و هر کس که از مال ارث می‌برد بجز زوج و زوجه، قصاص را به ارث می‌برد اما زوج زوجه از دیه قصاص (که با قصاص مصالحه شده) ارث می‌برند.

^۲ - محقق حلی جعفر بن حسن و شهید ثانی، زین الدین ابن نور الدین الجبعی العاملی ارث (ترجمه دکتر ابوالحسن محمدی) مرکز نشر دانشگاهی، تهران، چاپ اول، ۱۳۶۹، صفحه ۳۳-۳۲

ماده ۹۴۰ نیز مقرر داشته: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشد از یکدیگر ارث می برند.» از جمع بین مواد فوق می توان چنین نتیجه گیری نمود که زوجه غایب در صورت وجود شرایط ذیل از وی ارث می برد.

۱- فوت غایب

۲- علقه زوجیت

۳- بقاء زوجیت در زمان فوت

۴- دائم بودن عقد نکاح

۵- ممنوع نبودن زوجه از ارث

فوت غایب (حقیقی یا فرضی): با توجه به ماده ۸۶۷ مذکور در فوق، اولین شرط برای ارث بردن زوجه غایب از شوهر خود معلوم شدن فوت حقیقی یا فوت فرضی غایب است و تا هنگامیکه این شرط محقق نشده، زوجه مذکور هیچ گونه حقی نسبت به ترکه ندارد. سوالی که در اینجا به ذهن میرسد این است که آیا میان موت حقیقی و موت فرضی تفاوتی وجود دارد. در پاسخ باید گفت که بر خلاف آنچه به نظر می آید، سبب تحقق ارث ۲ عامل گوناگون نیست بلکه یک عامل است که در دو چهره نمایان شده است.^۱

در تعریف موت حقیقی و موت فرضی می توان گفت:

۱- موت حقیقی عبارت است از پایان یافتن فعالیت ها و اعمال حیاتی کلیه ارگانسیم های زنده بدن، که این امر باید توسط پزشک تصدیق شده و گواهی فوت صادر شود.

^۱ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، (نکاح و طلاق)، جلد اول، ۱۳۷۶، صفحه ۳۴

۲- موت فرضی مرگی است که به منظور جریان آثار حقوقی موت برای غایب مفقود الاثری فرض میشود که به لحاظ شرایط موجود عادتاً نمی تواند زنده باشد بدون اینکه موت حقیقی او مسلم باشد.

بنابراین زوجه غایب تا زمانیکه فوت حقیقی غایب مفقود الاثر به ثبوت نرسیده یا حکم موت فرضی نامبرده از دادگاه صادر نشده است هیچ حقی نسبت به ترکه غایب نخواهد داشت.

ماده ۸۷۲ قانون مدنی نیز در این رابطه مقرر می دارد: اموال غایب مفقود الاثر تقسیم نمیشود مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی ماند.

بند سوم: وجود علقه زوجیت

بدیهی است برای اینکه زن بتواند به عنوان زوجه مستحق میراث گردد باید بین او و غایب رابطه زوجیت وجود داشته باشد و رابطه زوجیت با انعقاد عقد نکاح به وجود می آید. برای ایجاد زوجیت باید عقد نکاح به طور صحیح بین زن و مرد واقع شود. ماده ۱۱۰۲ قانون مدنی می گوید: «همین که نکاح به صحت واقع شد روابط زوجیت بین طرفین موجود و حقوق و تکالیف زوجین در مقابل همدیگر برقرار میشود.» از آثار مهم حقوق ناشی از زوجیت که با وقوع عقد نکاح صحیح برقرار میگردد. حق توارث زوجین از یکدیگر است. شرایط صحت نکاح و موانع و اموری که موجب عدم صحت عقد نکاح است. در فصول دوم و سوم و چهارم از باب نکاح قانون مدنی ذکر شده است. در هیچ یک از مواد قانون مدنی تصریحاً یا تلویحاً دخول شرط صحت عقد نکاح دانسته نشده است. همچنین شرط ارث بردن زوجین از یکدیگر نیز در ماده ۹۴۰ صرفاً وجود زوجیت

دائم و ممنوع نبودن از ارث به عنوان قاعده بیان گردیده است.^۱ باید توجه داشت که عقد نکاح صحیح موجب وراثت زوجین از یکدیگر می‌شود بنابراین اگر عقد نکاحی که میان غایب و زوجه او واقع شده به جهتی باطل باشد اصولاً نتیجه‌ای بر آن نیست و زوجه از غایب ارث نمی‌برد. چرا که در نکاح فاسد حق وراثت برای زوجین به وجود نمی‌آید.^۲

بند چهارم: بقاء زوجیت در زمان فوت

برای اینکه زن و شوهر از یکدیگر ارث ببرند علاوه بر وجود رابطه زوجیت باید این علقه در هنگام وفات یکی از طرفین وجود داشته باشد و به وسیله طلاق یا فسخ منقطع نگردیده باشد و چنانچه این رابطه به وسیله جدایی گسسته شود دیگر علی‌الاصول زن و مرد از یکدیگر ارث نمی‌برند.^۳ پس اگر زوجه غایب مفقود الاثر تقاضای طلاق ننماید، در صورت صدور حکم موت فرضی غایب جز وراثت غایب محسوب خواهد شد و به این جهت از غایب ارث خواهد برد.

بند پنجم: دائمی بودن نکاح

اصولاً نکاح منقطع یا «متعّه» مشروعیت آن از مختصات فقه شیعه است. اهل تسنن نکاح منقطع را جایز ندانسته‌اند و عقد ازدواج را منحصر در ازدواج دائم می‌دانند. بنابراین از نظر آنها مسئله میراث زوجه منقطعه مطرح نمی‌گردد زیرا چنین نکاحی در مذهبشان وجود ندارد.

در بین فقهای امامیه چهار عقیده مختلف در این زمینه ابراز شده است:

^۱ - مهر پور، حسین، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، صفحه ۲۶-۲۵

^۲ - شایگان، علی، حقوق مدنی، انتشارات طه، چاپ اول، ۱۳۷۵، صفحه ۲۹۴.

^۳ - شهیدی، مهدی؛ سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، چاپ اول، ۱۳۷۴، صفحه ۱۹.

۱- وجود توارث به طور مطلق

۲- وجود توارث در صورت انتفاء شرط عدم وراثت

۳- وجود توارث با قرار دادن شرط

۴- عدم توارث به طور مطلق

الف- وجود توارث به طور مطلق: در نکاح منقطع مانند نکاح دائم زوجین از یکدیگر ارث می‌برند زیرا مقتضای عقد ازدواج که شامل ازدواج منقطع هم می‌شود برقراری توارث است و حتی شرط عدم توارث هم اگر بشود بلا اثر است و شرط باطل است. همانطور که اگر این شرط در عقد نکاح دائم شود تاثیری ندارد و به طور کلی طبق این نظر در مورد ارث تفاوتی بین عقد دائم و منقطع نیست و احکام آنها یکسان است. در بین فقها تنها کسی که ظاهراً طرفدار این نظر بوده است قاضی ابن البراج صاحب کتاب جواهر فی الفقه المذهب از متقدمین است.

ب- وجود توارث در صورت انتفاء شرط عدم وراثت: نکاح منقطع اقتضاء وراثت دارد مگر آنکه عدم توارث شرط شده باشد. در واقع پیروان این نظر مانند طرفداران نظریه اول معتقدند که نفس عقد نکاح منقطع مانند نکاح دائم اقتضاء برقراری توارث بین زوجین را دارد ولی اگر شرط عدم توارث شد این شرط صحیح است و مطابق آن عمل می‌شود. سید مرتضی در انتصار بر این عقیده است و بنا به نقل صاحب جواهر و میرزای قمی ابن ابی عقیل نیز این عقیده را داشته است.

ج- وجود توارث با قرار دادن شرط: نکاح منقطع فی نفسه اقتضای توارث ندارد ولی اگر شرط شده باشد به همان نحوی که شرط شده ارث برقرار خواهد شد مطابق این نظر اگر در نکاح منقطع شرط شده باشد که هر یک از زوجین از دیگری ارث ببرند، در صورت فوت

هر یک، آنکه زنده است ارث خواهد برد. و اگر فقط به نفع یکی از زوجین شرط شده باشد همان که شرط وراثت به نفع او شده ارث خواهد برد. این نظر در فقه پیروان نسبتاً زیادی دارد و از جمله شهید اول و ثانی در شرح لمعه، شیخ طوسی در استبصار، خویی در منهاج الصالحین و شیخ یوسف بحرانی در حدائق و عده ای دیگر طرفدار آن هستند، استدلال این عده بر صحت شرط توارث و لزوم عمل به آن طبق قاعده «المومنون عند شروطهم» است که بر وفق آن طرفین باید پای بند به شروط خود باشند، بنابراین قاعده کلی شرط قرار دادن ارث بین زوجین در نکاح منقطع صحیح و لازم الاتباع است.

د-عدم توارث به طور مطلق: در عقد الانقطاع زوجین مطلقاً از یکدیگر ارث نمی برند خواه شرط ارث شده باشد خواه نشده باشد. حتی اگر در ضمن عقد نکاح شرط شود که زوجین یا هر یک از آنها در صورت فوت دیگری در مدت نکاح ارث ببرند این شرط باطل و بلا اثر است بسیاری از فقها از جمله ابن ادریس در سرائر بر این عقیده اند و می توان گفت این قول از شهرتی نیرومند برخوردار است.^۱

در باب ارث هم ماده ای که اشعار داشته باشد زن در نکاح منقطع ارث می برد یا در صورت اشتراط ارث خواهد برد وجود ندارد. ماده ۹۴۰ در باب ارث به طور وضوح ارث بردن زوجین از یکدیگر را مقید به دائمی بودن زوجیت آنها نموده و مقرر می دارد: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده و ممنوع از ارث نباشند از یکدیگر ارث می برند» به نظر میرسد با توجه به اینکه قانون مدنی در مقام بیان ارث زوجین صریحاً دائمی بودن زوجیت را شرط توارث آنها قرار داده است و با وجود اینکه در مقام بیان ارث زوجین صریحاً دائمی بودن زوجیت را شرط توارث آنها قرار داده است و با وجود اینکه

^۱ -مهرپور، حین، بررسی میراث زوجه در حقوق اسلام و ایران، صفحه ۸۷-۸۶

در مقام بیان ارث زوجین بوده ولی در هیچ جا اشاره ای به وجود توارث در نکاح منقطع ننموده است و با عنایت به توضیحاتی که از نظر فقهی در مورد عدم صحت شرط توارث قبلاً داده شده و اینکه ارث نبردن زوجین در عقد منقطع به طور مطلق در فقه قولی مشهور و پرتعداد است باید گفت که از لحاظ قانون مدنی زوجه منقطعه مطلقاً ارث نمیبرد و شرط توارث هم صحیح نیست و اثری ندارد.

اشاره ای هم که در ماده ۱۰۷۷ به وراثت شده است و مقرر گردیده:

«در نکاح منقطع، احکام راجع به وراثت زن همان است که در باب ارث گفته شد» هیچ گونه دلالتی بر ثبوت وراثت برای زوجه منقطعه حتی در صورت اشتراط ندارد زیرا همانطور که گفتیم در باب ارث حکمی اثباتی برای وراثت زوجه منقطعه تعیین نشده است. بلکه مفهوم مخالف ماده ۹۴۰ که زوجیت را مقید به دائمی بودن نموده است به خوبی دلالت دارد که در نکاح منقطع توارث وجود ندارد. برخی از استادان حقوق عقیده دارند که اگر در متن عقد نکاح منقطع شرط ارث کنند از نظر قانون مدنی صحیح است و ماده ۹۴۰ قانون مدنی از عقدی بحث میکند که طبع عقد بدون اشتراط ارث با اقتضاء ارث به حکم قانون کند و از این جهت عقد نکاح منقطع طبعاً اقتضا وراثت نمی کند. اما ماده ۹۴۰ قانون مدنی شرط ارث بردن در عقد نکاح منقطع را نفی نکرده است و ماده ۱۰ قانون مدنی ضامن صحت این شرط است زیرا شرط مذکور خلاف صریح هیچ قانونی نمیباشد.^۱ این عقیده صحیح به نظر نمیرسد زیرا اولاً در ماده ۹۴۰ قانون مدنی در مقام بیان شرط وراثت زوجین، دائمی بودن زوجیت آنها قید شده و مفهوم مخالف آن، دلالت بر عدم توارث زوجین در زوجیت غیر دائم می کند. ثانیاً: ارث یک امر جعلی است که از طرف شارع و

^۱ - لنگرودی، محمد جعفر، ارث، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۶۳، صفحه ۲۲۰

مقنن تعیین شده است و در حقوق ما که بر مبنای فقه امامیه است ارث قراردادی وجود ندارد و اگر با قرارداد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی بتوان همسر صیغه ای را جز ورثه منظور کرد پس باید شخص بیگانه ای را هم بتوان با قرارداد طبق ماده ۱۰ قانون مدنی در زمره ورثه آورد زیرا اگر در عقد نکاح منقطع که طبعاً اقتضاء وراثت نمی کند و موجب ارث نمیشود بتوان صرفاً با قرارداد و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی زن متعه را جز وراثت به شمار آورد، چه فرقی بین این شخص و شخص بیگانه دیگر مثل یک نفر دوست فرضاً وجود دارد؟ در هیچ کدام موجب ارث و مقتضی وراثت وجود ندارد و باید با شرط یا قرارداد وراثت را برقرار کرد، در حالیکه بالاجماع هیچ فردی نمی تواند بیگانه ای را با قرارداد وارث خود کند. وقتی در قانون مدنی ماده ۹۴۵ و فقه چنین مقرر شده که اگر مرد در حال مرض زنی را به عقد خود درآورد و قبل از دخول فوت کند. زن از او ارث نمیبرد با این فلسفه و حکمت که این شبهه وجود دارد که مرد می خواسته به سایر وراثت زبانی بزند و کسی را جز آنها و داخل در صف وراثت کند. (یعنی عقد دائم را هم که خود ذاتاً موجب ارث است از اثر ببندازد)

حال چگونه می توان شرط ارث بردن زوجه منقطعه را پذیرفت به علاوه اگر نظر قانون مدنی مبنی بر صحت شرط وراثت در نکاح منقطع بود آنقدر این موضوع اهمیت داشت که آن را صریحاً بیان کند. همانطور که در مورد نفقه به صراحت در ماده ۱۱۱۳ مقرر داشته است:

«در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده باشد یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» مسلماً اگر مسئله ارث اهمیتی بیشتر از نفقه نداشته باشد کمتر از آن نیست

مخصوصاً که جمع کثیری از فحول فقها، شرط وراثت را در عقد انقطاع صحیح ندانسته آن

را بی اثر می دانند.^۱ با عنایت به استدلال مذکور چنانچه غایب مفقود الاثر دارای همسر صیغه ای باشد چنین زوجه ای از میراث زوج خود محروم خواهد بود.

بخش سوم: اثر بازگشت غایب نسبت به ارث زوجه

ماده ۱۰۲۷ قانون مدنی مقرر می دارد: «بعد از صدور حکم موت فرضی نیز اگر غایب پیدا شود، کسانی که اموال او را به عنوان وراثت تصرف کرده اند باید آنچه را که از اعیان یا عوض و یا منافع اموال مزبور حین پیدا شدن غایب موجود می باشد مسترد دارند.» آنچه از ماده فوق بدست می آید عبارت است از:

الف- در فرض فوق زوجه غایب باید آنچه را که به عنوان ارث دریافت داشته و عین آن موجود است مسترد دارد.

ب- آنچه را به عنوان عوض مال مورد ارث دریافت کرده باید به غایب مسترد کند.

ج- آنچه را به عنوان منافع سهم الارث موجود است باید مسترد کند.

آنچه از اعیان و عوض و منافع مصرف شده مسترد نمیشود، زیرا به موجب حکم دادگاه به تصرف زوجه داده شده و وجهه قانونی دارد.^۲

بند اول: اجرت المثل ایام زوجیت

در جلسه ۱۴ بهمن ماه ۱۳۸۰، طرح الحاق یک تبصره به ماده ۹۴۸ قانون مدنی تصویب شد طبق این طرح پس از فوت همسر اجرت المثل زن از ارثیه او پرداخت خواهد شد. پیش از این، مجلس چهارم تصویب کرده بود که زنان در صورت طلاق می توانند اجرت

^۱ -فخر المحققین، شیخ ابی طالب محمد بن حسین بن مطهر حلی شرح ایضاح الفوائد، جلد سوم، بی تا، صفحه ۱۳۲

^۲ -طاهری، حسین حقوق مدنی ۱ و ۲، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۵، صفحه ۱۰۳

کارهایی را که در منزل انجام داده اند از شوهر خود مطالبه کنند. بنابراین یکی دیگر از حقوق مالی زوجه غایب اجرت المثل (یعنی اجرت کارهایی) است که در منزل شوهر انجام داده است و زوجه غایب حق مطالبه و درخواست آن را از اموال غایب خواهد داشت. از آنجا که حق همیشه با تکلیف ملازمه دارد و هر جا حق باشد تکلیفی نیز خواهد بود، بی گمان زوجه غایب در مقابل امتیازات و حقوقی که در زمان غیبت زوج دارد ملزم به انجام تکالیفی نیز می‌باشد که این تکالیف در این فصل تحت دو مبحث حضانت فرزندان و نگهداشتن عده پس از انحلال نکاح مورد بحث واقع می‌شود.

بند دوم: حضانت

نگاهداری و تربیت اطفال را حضانت گویند^۱ بر خلاف حقوق پاره ای از کشورها که در قدیم اقتدار پدری را از توابع ریاست شوهر بر خانواده می شناختند در حقوق ایران بعد از اسلام، هیچ گاه این امتیاز ویژه شوهر نبوده است، در فقه نیز سیاستی که بر تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان حکومت می کرده است، به طور کلی سیاست حمایت از طفل و تامین همبستگی خانوادگی بوده و کمتر حقوق مدنی زن یا طفل دستخوش تامین اقتدار شوهر بر خانواده قرار گرفته است. در مورد حضانت همه فقیهان پذیرفته اند که در دوران شیرخوارگی مادر بر پدر مقدم است زیرا بهتر می تواند از طفل نگهداری کند و این وضع تا هفت سالگی ادامه دارد و از این پس اراده پدر برتر است ولی پس از فوت او حضانت با مادر است و وصی منصوب از طرف پدر یا جد پدری نیز حق معاوضه با او را ندارد.^۲ ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی چنین مقرر می دارد: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف

^۱ -عبادی، شیرین، حقوق کودک (نگاهی به مسائل کودکان در ایران)، چاپ و صحافی بهمن، چاپ چهارم، ۱۳۷۵،

صفحه ۲۱.

^۲ -کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده (نکاح و طلاق)، جلد اول، صفحه ۱۳۳.

ابوین است» همانطور که ملاحظه می‌گردد این ماده دلالت صریح بر استحقاق زوجین بر حضانت فرزندان دارد و ماده ۱۱۶۹ در این رابطه مقرر می‌دارد: «برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت، حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.»

کلیات طرح اصلاح این ماده در جلسه بیست و چهار بهمن ماه ۱۳۸۰ در مجلس به تصویب رسید طبق این طرح پسران نیز تا سن هفت سالگی تحت حضانت مادر قرار می‌گیرند.

همچنین ماده ۱۱۷۱ همین قانون نیز مقرر داشته: «در صورت فوت یکی از ابوین حضانت طفل با آنکه زنده است خواهد بود، هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم تعیین کرده باشد.»

که این ماده، توهم اختلاط بین ولایت و حضانت را از بین می‌برد و نشان می‌دهد که اختیار پدر به عنوان ولی قهری هیچ‌گاه نمی‌تواند مانع از حضانت مادر شود.

این حکم در موردی هم که پس از فوت پدر ولایت به جد پدری می‌رسد قابل اجرا است و دادگاه نیز باید حق تقدم پدر یا مادری را که در چنین وضعی قرار گرفته است محترم بشمارد و تنها به مصلحت طفل بیندیشد. ماده واحده قانون واگذاری حق حضانت فرزندان صغیر یا محجوری را که پدر ندارند به عهده مادر قرار می‌دهد خواه محجور پیش از فوت پدر در ولایت او باشد یا حجر بعد از بلوغ و رشد یعنی پایان ولایت عارض شود.^۱

ماده واحده مذکور مقرر می‌دارد: «حضانت فرزندان صغیر یا محجوری که پدرانشان به مقام والای شهادت رسیده یا فوت شده باشند با مادران آنها خواهد بود و ...»

^۱ - منبع پیشین، صفحه ۱۶۸

تبصره ۲ از همین ماده واحده اشعار می دارد: «ازدواج مادرانی که در ماده واحده ذکر شده مانع از حق حضانت آنها نمیگردد» بنابراین تا هنگامی که زوج و زوجه کنار هم هستند حق حضانت نسبت به اولادشان تنها به آنان اختصاص دارد و هنگامی که زوج بنا به علی غایب شد و هیچ گونه امکانی برای اعمال حق حضانت نسبت به اولادش نداشت این حق قهراً و قانوناً به زوجه او منتقل میشود، بدون اینکه دیگری بتواند نسبت به حضانت اولاد غایب ادعایی بکند.

در تایید این نظر شورای عالی قضایی در جلسه مورخه ۶۳/۷/۱۵ چنین اظهار نظر کرده است.

با توجه به مسئله شماره ۱۷ صفحه ۲۱۳ جلد ۲ تحریر الوسیله «مادامی که زوجه در قید حیات است و دارای تحمل میباشد جد پدری استحقاق تصدی حضانت اطفال را ندارد.» به طور کلی حضانت شامل دو عنصر کلی نگاهداری کودک و تربیت او میگردد و هر کدام حضانت اجرای مخصوص به خود را دارد که در این زمینه توضیحاتی داده میشود.

الف- نگاهداری کودک و ضمانت اجرای آن:

نگاهداری به معنای عام کلمه شامل همه کارهایی است که برای سرپرستی و مواظبت از کودک لازم است قانون نمی تواند لوازم نگاهداری را تعیین کند و برای آن ضمانت اجرا قرار دهد ولی پذیرفتن طفل در کانون خانوادگی یا تهیه محل سکونای مناسب دیگر از جمله اقدام هایی است که نه تنها اجرای آن می تواند به آسانی مورد نظارت قرار گیرد نشانه انجام سایر مواظبت ها نیز هست. کسی که نگاهداری طفل را به عهده دارد، می تواند او را مجبور سازد که در محل انتخاب شده او سکونت کند و طفل تا زمانی که به سن رشد

نرسیده است حق ندارد آن مسکن را ترک کند.^۱ چهره دیگر نگهداری طفل این است که سرپرست مانع از آسیب رساندن دیگران به او میشود. کودک به ویژه در سال‌های نوپایی، اگر آزاد بماند همیشه احتمال دارد که باعث زیان همسایگان شود و حتی در سنین تمیز به اقتضای سن چنانکه باید محتاط نیست و کسی که حضانت او را به عهده دارد باید او را از انجام کارهای خطرناک باز دارد و وادار به دور اندیشی و احترام به حقوق دیگران سازد.^۲

دوم- تربیت کودک

گذشته از نگهداری و تامین معاش کودک، تربیت او نیز به عهده پدر و مادر یا کسی است که دادگاه حضانت را به او می‌سپارد. پدر و مادر بایستی فرزند خویش را آماده زندگی اجتماعی سازند و بر رفتار و معاشرت‌ها و تحصیل او نظارت مستمر داشته باشند و سنن ملی و مذهبی را به او بیاموزند. این وظیفه اخلاقی را به دشواری می‌توان در حقوق تضمین کرد.

با وجود این، قانون به ایجاد حق و تکلیف پدر و مادر در این باب بی‌اعتنا نمانده است.

۱- انتخاب شیوه تربیت فرزند حق پدر و مادر است به موجب بند ۳ از ماده ۲۶ اعلامیه جهانی حقوق بشر، پدر و مادر حق دارند نوع تعلیماتی را که باید به کودکان آنان داده شود انتخاب کنند پدر و مادر می‌توانند مذهب فرزند خود و محیط آموزش و پرورش روحی او را برگزینند، بر رفت و آمدها و ملاقات‌ها و نامه‌های او نظارت کنند، به منظور کارآموزی او را بعد از سن دوازده سال به کار بگمارند^۳ و در صورت لزوم او را به وسیله تنبیه یا استفاده از حکم دادگاه وادار به اطاعت از خود سازند.

^۱ -مستفاد از ماده ۱۱۷ قانون مدنی

^۲ -کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، جلد اول، صفحه ۱۴۱

^۳ -مواد ۲ و ۱۶ قانون کار

۲- تربیت فرزند تکلیف پدر و مادر است. پدر و مادر در عین حال که حق انتخاب شیوه تربیت فرزند خود را دارند، مکلفند او را چنان تربیت کنند که استعدادهایش به هدر نرود، جمع کردن این دو قاعده آسان نیست. در مقام تراحم این حق و تکلیف باید مصلحت طفل یعنی تکلیف را مقدم داشت، حق ابویین محدود به تکلیف آنان است و تاجایی احترام دارد که مخالف با وظایف قانونی و نوعی آنها نباشد. ماده ۱۱۷۸ قانون مدنی، در مقام قاعده کلی تکلیف پدر و مادر مقرر می دارد: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آنها را مهمل بگذارند»

حق تربیت طفل متضمن اختیار در تنبیه اوست، قانونگذار نمی تواند مورد اختیار پدر و مادر را به دقت معین سازد و باید از عرف یاری بگیرد و انگیزه «تادیب» را شرط لازم برای اباحه هر گونه تنبیه قرار دهد.

بر طبق ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق نمی توانند او را خارج از حدود تادیب تنبیه نمایند.» تنبیه کودک ممکن است به صورت ندادن غذا و محبوس کردن موقت در اتاق خاص و ایراد ضرب و شتمات و مانند اینها باشد ولی در همه این موارد باید از خشونت و انتقام جویی پرهیز شود و احترام پدر یا مادر با نوعی ملایمت و انعطاف که لازمه امور تربیتی است همراه باشد. به اضافه تنبیه کودک در صورتی مجاز است که به قصد تادیب انجام شود بنابراین هر گاه پدر یا مادری به منظور وادار کردن فرزند خود به امری نا مشروع به آزار او بپردازد، بر حسب مورد ممکن است به کیفرهای مربوط به ایراد ضرب یا حبس غیر قانونی محکوم شود. در قانون راجع به مجازات اسلامی، در مقام بیان دو رکن لازم برای مباح بودن تنبیه پدر و مادر یا سرپرست طفل،

قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تادیب یا حفاظت آنان انجام شود. مشروط به اینکه در حدود متعارف تادیب و محافظت باشد.^۱ پس اقدامی که به منظور تادیب انجام نشود یا از حدود متعارف تجاوز کند جرم است^۱ با توجه به مطالب مذکور در این بند می‌توان چنین نتیجه‌گیری نمود که حضانت هم حق و هم تکلیف ابوین است و بدین جهت است که ماده ۱۱۷۵ قانون مدنی مقرر داشته است: «طفل را نمی‌توان از ابوین و یا از پدر و مادری که حضانت با اوست گرفت مگر در صورت وجود علت قانونی». بنابراین کسی نمی‌تواند بدون وجود جهات قانونی حق حضانت والدین را نادیده بگیرد. از طرف دیگر حضانت، تکلیف ابوین است و در این خصوص ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر داشته است:

«هیچ یک از ابوین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهده آنهاست از نگاهداری او امتناع کنند و ...» طبق این ماده کسی که قانوناً ملزم به حضانت طفل است اگر از انجام تکلیف قانونی خود سرباز زند به وسیله قیم یا اقربا می‌توان الزام او را به انجام تکلیف قانونی خود دادگاه درخواست نمود. هر گاه، پس از رسیدگی و صدور حکم از طرف دادگاه، محکوم علیه از اجرای حکم سرپیچی نماید به وسیله شخص دیگری که دادگاه معین میکند از طفل نگاهداری خواهد شد. اما هزینه نگاهداری را طبق نص صریح ماده فوق‌الذکر پدر و در صورت فوت او مادر باید پردازد. لازم به تذکر است هر گاه در مدتی که حضانت به عهده اوست از نگاهداری طفل امتناع کند، پس از اجبار و عدم انجام آن در صورت فوت پدر و نیز اجداد پدری یا عدم توانایی آنها طفل به هزینه مادر نگاهداری خواهد شد. در خصوص امتناع از حضانت باید متذکر بود که امتناع زمانی مصداق دارد که فردی که حضانت به عهده اوست به طور کلی از حضانت طفل سرباز زند و به هیچ شکل و

^۱ - منبع پیشین، صفحه ۱۵۶.

نحوی در اعمال او نظارت نداشته باشد والا برای نگاهداری طفل از وجود پرستار و یا موسساتی از قبیل مهد کودک استفاده شود، این موضوع امتناع از حضانت تلقی نمیگردد.^۱ در مورد مادری که حضانت طفل به عهده اوست و به علت اشتغال شخصاً و در تمام ساعات روز نمی تواند از فرزندش نگاهداری کند و او را به مهد کودک یا مادر خود سپرده است تا در غیاب مادر از کودک نگاهداری کند از شورای عالی قضایی استفتاء شده است و این شورا نظر داده که حق حضانت مادر در این موارد ساقط نمیگردد زیرا هم در صورتی که مادر بزرگ از طفل نگاهداری کند و هم در حالتی که بچه را به مهد بسپارد نظارت و تربیت مادر منقطع نمیشود.

مطالب مذکور دال بر ضمانت اجرای تکلیف حضانت بود. گذشته از آن حق حضانت نیز دارای ضمانت اجرا به شرح ذیل میباشد. هر گاه فرزندی از خانه پدری بگریزد یا دیگری او را نزد خود ببرد پدر و مادر می توانند از دادگاه بخواهند تا به بازگشت فرزندشان حکم دهد که اجرای حکم به صورت مستقیم انجام میشود و ماموران اجرا کودک را به اقامتگاه قانونی خود باز میگردانند. از نظر کیفری نیز حق پدر و مادر بدون ضمانت اجرا نمانده است و به موجب ماده ۹۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات): «اگر کسی از دادن طفل که به او سپرده شده، در موقع مطالبه اشخاصی که حق مطالبه دارند امتناع کند به مجازات تا ۷۴ ضربه محکوم خواهد شد. ارتباط با حق تربیت فرزند نیز اگر کسی برخلاف خواسته پدر و یا مادر یکه حضانت با اوست تعلیمات سیاسی یا مذهبی خاص به کودک دهد یا او را به کارهای ناصواب وادار کند گذشته از اینکه ممکن است اقدام انجام شده مذموم محسوب شود سرپرست طفل می تواند او را منع کند و زیان های مادی و معنوی ناشی از این اقدام را از او بخواهد.

^۱ -عبادی، شیرین، حقوق کودک صفحه ۳۲ و ۳۱.

بند سوم: عده زوجه غایب

عده به کسر «عین» و تشدید «دال» در لغت به معنی «احصاء و بر شمردن» است و در اصطلاح شرع عبارت است از مدتی که شارع آن را برای زن معین کرد، که بین او و شوهرش جدایی حاصل شده که در آن مدت زن نمی تواند با مرد دیگری ازدواج کند. به عبارت دیگر بر زنی که از شوهرش جدا شده واجب است که بدون رابطه زوجیت منتظر بماند تا مدت معین شده منقضی گردد اگر جدایی زوجین به واسطه مرگ شوهر باشد زن باید مطلقاً در انتظار بماند خواه مدخول بها باشد خواه نه. هر گاه جدایی به سبب فسخ یا طلاق باشد زن باید منتظر شود در صورتی که این موضوع پس از دخول واقع شده باشد، پس وقتی که مدت سپری میشود ازدواج برای زن حلال خواهد بود. اما مرد پس از جدایی با زنش مجبور نیست که در آن انتظار بماند و هر وقت و با هر کسی که بخواهد می تواند ازدواج نماید مگر اینکه زنی که می خواهد با او ازدواج کند به سبب مانع موقتی که زن سابقش ارتباط پیدا خواهد کرد، برای او حرام باشد، مانند خواهر زن یا دختر برادر و یا دختر خواهرش و امثال آنها. چون جمیع میان محرمین حرام است و یا مثل کسی که چهار زن دارد و یکی از آنها را طلاق میدهد، باید صبر کند تا عده وی منقضی گردد تا مورد بیش از چهار زن پیش نیاید. این انتظار با اینکه معنای عده از آن مستفاد میگردد تا مورد بیش از چهار زن پیش نیاید. این انتظار با اینکه معنای عده از آن مستفاد میگردد ولی اصطلاحاً عنوان عده ندارد. دلیل مشروعیت عده، کتاب، سنت و اجماع است، در سنت نبوی احادیث فراوانی وجود دارد. از جمله حدیثی است که نجاری از مخرمه روایت می کند که سبیهه الاسلامیه بعد از وفات شوهرش و چند شب پس از تولد نوزادش نزد پیامبر (ص) آمد و از ایشان اجازه خواست که شوهر اختیار کند پیغمبر (ص) به وی اجازه داد و او هم ازدواج کرد. حدیث دیگری نقل شد که پیامبر (ص) فرمود: «کسی که به خدا و روز

آخرت ایمان داشته باشد در یک طهر با زن مقاربت نمی کند.» اجماع نیز بر همین اساس از زمان رسول اکرم (ص) منعقد شد و تا به امروز ادامه دارد. عده به سبب یکی از امور زیر واجب می‌گردد:

۱- وفات شوهر پس از ازدواج صحیح. در اینجا فرقی نمی کند که شوهر قبل از دخول یا بعد از آن فوت کرده باشد چون خداوند می فرماید: «والذین یتوفون منکم و یزرون ازواجاً یتربصن بانفسهن اربعه اشهر و عشراً» مردانی که بمیرند و زنانشان زنده بماند آن زنان باید از شوهر کردن خودداری کنند تا مدت چهار ماه و ده روز از این آیه چنین مستفاد می‌گردد که زن باید آن مدت را منتظر بماند، خواه مدخول بها باشد یا نه.

۲- مفارقت به سبب طلاق یا فسخ پس از ازدواج صحیح، که هر گاه مفارقت قبل از دخول باشد عده واجب نیست به دلیل آیه:

«یا ایها الذین آمنوا اذا انکحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لکم علیهن من عده تعتدونها»

ای کسانی که ایمان آورده اید هر گاه، زنان مومن را نکاح کردید و سپس قبل از تماس آنها را طلاق دادید بر آنان عده واجب نیست.

این آیه صراحت دارد که مطلقه پیش از تماس، دخول و خلوت عده ندارد. بدیهی است که فسخ نیز حکم طلاق را دارد.

۳- حدوث مفارقت در نکاح فاسد یا بعد از وطی به شبهه بعد از دخول حقیقی در تشریع عده حکمت‌هایی وجود دارد که به بیان بعضی از آنها می پردازیم:

۱- اطمینان از برائت رحم تا از اختلاط انساب جلوگیری شود، چون غالباً عده در زمان جدایی پس از دخول حاصل می‌شود و این امری است که از فطرت انسان الهام می‌گیرد.

۲- توجه دادن مردم به اهمیت ازدواج و آگاه کردن آنها به اینکه عقد ازدواج با سایر عقود فرق دارد و این عقد حیات است و به مجرد وجود فرقت پایان نمی‌پذیرد بلکه باید زن مدخول بها مدتی کافی در انتظار بماند تا هر یک از زوجین در آن زمان مجال تفکر داشته باشد.

۳- برقراری زمان عده تا زن به علت از دست دادن شوهرش از خود آرایی صرفنظر کند و بدین وسیله از فقدان شوهر ابراز تأثر و تالم نماید و این نشانه‌ای از وفاداری است، زیرا از انصاف و مروت به دور است که زن بعد از وفات شوهرش در انتخاب شوهر دیگر عجله کند، چون در این صورت با ارتباطی که خانواده شوهرش دارد موجبات حزن و تأثر خاطر آنها را فراهم خواهد آورد.^۱

قانونگذار ایران عده را به انواع مختلفی تقسیم کرده از جمله عده طلاق، فسخ نکاح، وفات، نزدیکی به شبهه، از سوی دیگر در مواردی برای مردی که زن او طلاق داده شده و از این حیث در عده است حق رجوع قابل شده و در موارد دیگر این حق را نشناخته است یعنی گاه طلاق رجعی و گاه بائن است.

بخش چهارم: طلاق زوجه غایب در اسلام و حقوق ایران

در حقوق اسلام در فقه امامیه در این مورد که آیا زوجه غایب حق انحلال نکاح با غایب را دارد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. ولی فقهای متأخر اکثراً چنین حقی را برای زوجه

^۱ - شیخ الاسلام، اسعد، ازدواج و پایان آن در مذاهب چهارگانه اهل سنت، مرکز نشر دانشگاهی تهران، چاپ اول،

قابل گردیده‌اند، فقهای عامه نیز اکثراً به زوجه چنین حقی می‌دهند. در فقه امامیه در رابطه با وضعیت زوجه غایب مفقودالاثراً اقوال متعددی وجود دارد مشهور فقهای امامیه معتقدند که در صورتی که امکانی برای پرداخت نفقه، زوجه غایب در فقه امامیه در رابطه با وضعیت زوجه غایب مفقودالاثراً اقوال متعددی وجود دارد مشهور فقهای امامیه معتقدند که در صورتی که امکانی برای پرداخت نفقه، زوجه غایب وجود داشته باشد، نامبرده حق طلاق ندارد بلکه موظف است به رابطه نکاح پای‌بند بماند. چنانکه امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله می‌فرماید: «اگر مرد گم شده و فوت و حیاتش معلوم نباشد پس اگر مالی از او باقی مانده باشد که برای زوجه‌اش خرج شود یا اگر ولی داشته باشد که او را سرپرستی نماید و متصدی انفاق او شود یا متبرعی باشد که برای زوجه او خرج نماید واجب است که زن صبر کند و انتظار بکشد و ابداً برایش جایز نیست که ازدواج کند»^۱. نیز علامه حلی در این رابطه می‌فرماید: «هرگاه زوجه غایب قصد جدایی از شوهر خویش را داشته باشد باید ابتدا درخواست خود را نزد حاکم برد و حاکم تحقیقات لازم را در جهت یافتن خبری از حال غایب انجام می‌دهد و در صورتی که خبر زنده بودن غایب رسید، زوجه وی هیچ حقی برای طلاق نخواهد داشت»^۲. و در جواهرالکلام آمده است که «اگر غایب مفقودالاثراً مالی دارد که زوجه او از محل آن بتواند امرار معاش نماید یا ولی مفقود مخارج زوجه‌اش را به عهده گیرد یا شخص ثالثی تبرعاً حاضر است تا یقین وضع مفقود، مخارج زوجه‌اش را بپردازد، زن حق مراجعه به حاکم و تفضای طلاق را ندارد بلکه موظف است صبر کند»^۳. در مقابل قول فوق برخی از متأخرین چنین نظر داده‌اند که اگر برای زوجه امکان صبر کردن وجود نداشته باشد، طلاق وی جایز است.

^۱ - موسوی خمینی، روح‌ا...، تحریرالوسیله، جلد دوم، ترجمه علی اسلامی، صفحه ۳۰۴

^۲ - شیخ نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام، جلد ۳۱، صفحه ۲۱۸.

^۳ - علامه حلی، ابومنصور حسن سریر بن یوسف بن علی بن مطهر جامع الشرائع، چاپ موسسه سیدالشهداء، صفحه ۴۷۳.

و در منهاج‌الصالحین هم آورده شد که «چنانکه برخی از بزرگان گفته‌اند، اگر حیات غایب معلوم باشد ولی زوجه او نتواند صبر کند حاکم مجاز است که زوجه وی را طلاق دهد».

هرگاه زوجه غایب دعوای خود را مبنی بر طلاق نزد حاکم برد، زن باید از آن تاریخ چهار سال صبر کند و در خلال این چهار سال حاکم حکم به تفحص از حال غایب می‌دهد، حاکم می‌تواند برای این کار شخصی را از جانب خود وکیل کند و تحقیق و تفحص از حال غایب را برعهده او بگذارد، لازم نیست وکیل از همه جهات به عدالت مشهور باشد بلکه اگر شخص موثقی بود و مورد اطمینان قاضی می‌تواند به عنوان وکیل به جستجو از حال غایب پردازد.^۱

هرگاه بعد از تفحص از حال غایب اثری از او بدست نیامد، حاکم می‌تواند زوجه را مطلقه کند. همچنین در مواردی که ممکن است تفحص و جستجو بی‌فایده باشد و هیچ گونه اثری بر آن مترتب نباشد، فقهای امامیه به خصوص متأخرین در این زمینه فحوص را لازم ندانسته و چنین بیان کرده‌اند: در مواردی که جستجو از غایب غیرممکن است، ظاهر این است که لزوم جستجو از بین نمی‌رود و لازم است زوجه صبر کند چه آنکه فحوص و جستجو شرط لازم برای طلاق است. بلی هنگامی که علم پیدا شد که جستجو بی‌فایده است، ظاهر سقوط جستجو است. زیرا مقصود از جستجو، اطلاع پیدا کردن از حال غایب است و هرگاه نفعی در این جستجو نباشد وجوب آن ساقط شده و انقضای مدت کفایت خواهد کرد.^۲ هرگاه برای زوجه غایب به سبب قرائن و اماراتی، مرگ شوهرش مسلم شده نامبرده می‌تواند بعد از نگاه داشتن عده مبادرت به ازدواج کند، بدون اینکه لازم باشد به

^۱ - طباطبائی یزدی، محمد کاظم، عروه الوثقی، جلد دوم، صفحه ۷۲

^۲ - منبع پیشین، صفحه ۷۱

حاکم مراجعه کند و در این مورد کسی حق اعتراض به او ندارد مگر اینکه دروغ وی ثابت شود.^۱ اگر زوج غایب شود به نحوی که محل و مسکنش معلوم نباشد و خبری از او بدست نیاید، ابوحنیفه و شافعی و احمد می‌گویند زوجه چنین مفقودی می‌تواند پس از انقضای مدتی که غالباً تا پایان این مدت شخص زنده نمی‌ماند ازدواج کند و مالک می‌گوید زوجه چهار سال از تاریخ رجوع به قاضی صبر می‌کند چنانچه خبری از زوج نرسد چهار ماه و ده روز عده نگه می‌دارد و آنگاه ازدواج بر وی حلال می‌باشد.^۲

نیز فقهای چهارگانه اهل سنت راجع به حقوق غایب در صورتی که زن او ازدواج کرده باشد و از لحاظ رجوع، اختلاف نظر دارند، ابوحنیفه و شافعی گفته‌اند:

اگر بعد از ازدواج زوجه با دیگری، شوهر اول او از غیبت برگشت، ازدواج دوم او باطل می‌شود حتی اگر دخول صورت گرفته باشد فرزندان نیز به وجود آمده باشند و لذا زوجه از زوجیت شوهر دوم درآمده و به زوجیت شوهر اول باز می‌گردد.

مالک گفته است: میان اینکه زوجه غایب به دیگری شوهر کرده باشد و انجام عمل زناشویی میان آنها صورت گرفته باشد یا نگرفته باشد باید قایل به تفاوت شد، به نحوی که اگر شوهر اول قبل از آنکه شوهر دوم دخول کرده باشد پیدا شود، زن متعلق به شوهر اول است و اگر بعد از دخول پیدا شود، زوجه برای شوهر دوم باقی می‌ماند ولی بر شوهر دوم واجب است صداق شوهر اول را بازگرداند. احمد بن حنبل در این باره مقرر کرده: اگر شوهر دوم به زوجه دخول نکرده باشد زوجه متعلق به شوهر اول است و اگر دخول کرده بود در اینجا شوهر اول مخیر است و اختیار دارد، اگر خواست می‌تواند زوجه را از زوجیت

^۱ - موسوی خمینی، روح...؛ تحریر الوسیله، جلد دوم، صفحه ۳۰۷

^۲ - محقق داماد، سیدمصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، صفحه ۴۷۱

شوهر دوم خارج کرده و صدق او را به شوهر اول بازگرداند یا اینکه زوجه را به شوهر دوم واگذارد و صدق خود را از شوهر دوم بگیرد. به طور کلی بر طبق مذهب حنفی و شافعی غیبت سببی برای جدایی زن و مرد نمی‌باشد، همچنین بر طبق مذهب حنبل غیبت دلیلی برای طلاق نیست مگر اینکه بدون عذر باشد، اما مذهب مالکی جدایی به علت غیبت را مطلقاً جایز می‌داند.^۱

بند اول: طلاق زوجه به علت غیبت شوهر

قبل از ورود به بحث باید خاطر نشان ساخت که انحلال نکاح غایب به وسیله طلاق از طرف دادگاه نیز متفاوت از انحلال نکاح غایب در اثر حکم موت فرضی است که شرح آن خواهد گذشت در حقوق ایران قانونگذار با پیروی از حقوق امامیه چنین مقرر داشته که در صورتی که زن غایب مفقودالاثر نخواهد انتظار تعیین حیات یا فوت شوهر غایب خود را بکشد می‌تواند از دستور ماده «۱۰۲۹» قانون مدنی استفاده کند، این ماده چنین اشعار می‌دارد: «هرگاه شخصی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، زن او می‌تواند تقاضای طلاق کند، در این صورت با رعایت ماده «۱۰۲۳» حاکم او را طلاق می‌دهد». درخواست طلاق از طرف زوجه غایب به وسیله تسلیم دادخواست به دادگاه عمومی که مطابق قانون تشکیل دادگاههای عمومی صالح به رسیدگی هستند تقدیم خواهد شد، زوجه غایب باید ادله خود را بر غیبت شوهر پیوست دادخواست نماید و این ادله معمولاً برگ استشهادی است^۲ که اشخاص مطلع بر غیبت شوهر و مدت آن گواهی داده‌اند، متعاقباً دادگاه به ادله پیوست رسیدگی کرده و چنانچه لازم باشد جلسه‌ای تشکیل می‌دهد و گواهی گواهان را که به آن استناد نمود، استماع می‌نماید و چنانچه محرز گردید

^۱ - بدران، ابوالعین بدران، الفقه للاحوال شخصی، بی‌تا، صفحه ۴۷۷.

^۲ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج چهارم، صفحه ۳۵۳.

که از زمان مفقودالاثر شدن غایب چهار سال تمام گذشته است، به دستور ذیل ماده ۱۰۲۹ یعنی ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی عمل می‌نماید، این ماده مقرر می‌دارد: «... محکمه وقتی می‌تواند حکم موت فرضی غایب را صادر کند 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، هرگاه یک سال از تاریخ اولین اعلان بگذارد حیات ثابت نشود، حکم موت فرضی او داده می‌شود».

البته باید توجه داشت ماده «۱۰۲۹» قانون مدنی صدور حکم طلاق را منوط به صدور حکم موت فرضی ندانسته بلکه تنها رعایت تشریفات منرج در ماده «۱۰۲۳» را برای صدور حکم طلاق مدنظر داشته است. به هر حال دادگاه پس از یک سال از تاریخ اولین اعلان جلسه معین نموده و به پرونده امر رسیدگی می‌نماید و چنانچه خبری از وضعیت غایب رسیده باشد آن را مورد نظر قرار می‌دهد، در صورتی که حیات یا فوت غایب مسلم گردد، اگرچه تاریخش هم معلوم نباشد، دادگاه درخواست طلاق را رد می‌نماید و در صورتی که در نتیجه رسیدگی حیات و یا فوت غایب ثابت نشود و یا آنکه هیچ گونه خبری به دادگاه نرسیده باشد، دادگاه حکم طلاق زن غایب را می‌دهد، سپس به وسیله نماینده که دادگاه به دفتر طلاق معرفی می‌نماید، طلاق داده می‌شود.^۱ چنانچه مشاهده می‌شود، مقررات قانون مدنی در خصوص طلاق زوجه غایب مبتنی بر فقه امامیه است و هرچند تشریفات مقرر در ماده «۱۰۲۳» قانون مدنی راجع به آگاهی در فقه دیده نمی‌شود ولی فقها از فحص از حال غایب سخن گفته‌اند و قانون مدنی با توجه به مقتضیات زمان شیوه خاصی را بر آن مقرر کرده است که مغایرتی با شرع ندارد و حتی همانگونه که گذشت برخی از فقهای جدید بر

امکان استفاده از رسانه‌های گروهی در کسب اطلاع از غایب نظر داده و آن را جایز دانسته‌اند نکته‌ای که باید به آن توجه کرد این است که در خصوص غایب مفقودالاثر حاکم شوهر را مجبور به طلاق نمی‌نماید. زیرا امکان اجرای چنین حکمی وجود ندارد.^۱ بلکه دادگاه با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» و به منظور اجرای عدالت و جلوگیری از سرگردانی زوجه، که در نتیجه غیبت شوهر، حادث می‌شود، زن را طلاق می‌دهد، با توجه به اینکه عمل طلاق یک عمل حقوقی تشریفاتی است، به این عبارت که باید به صیغه طلاق نزد دو مرد عادل انجام شود و همچنین انجام طلاق باید در دفترخانه طلاق به ثبت برسد، لذا نماینده دادگاه برای اجرای چنین حکمی در محضر رسمی حاضر شده و صیغه مخصوص طلاق را نزد دو مرد عادل می‌گوید و دفتر طلاق را امضا می‌کند. از سوی دیگر باید توجه داشت در مورد غایب مفقودالاثر دادگاه برای طلاق دادن زوجه وی، حکم طلاق را صادر می‌کند و نه گواهی عدم امکان سازش، زیرا گواهی عدم امکان سازش در مواردی صادر می‌شود که زن و شوهر به هیچ نحو نتوانند زندگی مشترک خود را ادامه دهند و ادامه این زندگی برای آنها بسیار دشوار باشد ولی در مورد غایب و زوجه او از این حیث هیچ شکلی وجود ندارد بلکه بالعکس علت تقاضای طلاق از طرف زوجه، در اکثر موارد عدم حضور شوهر و سرگردانی است که از این بابت متحمل می‌شود.

بند دوم: اثر عدم رعایت مقررات و تشریفات مربوط به طلاق زوجه غایب:

یکی از سئوالاتی که در خصوص طلاق زوجه غایب مفقودالاثر مطرح می‌شود این است که هرگاه حاکم شرع، شرایط و مقررات قانونی را که برای طلاق زوجه غایب مقرر است رعایت نکند، یا در اجرای آن دچار اشتباه شود، طلاق زوجه چه وضعیتی دارد، فرضاً

^۱ - صفایی، حسین و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج اول، صفحه ۲۸۴.

هرگاه متعاقب صدور حکم موت فرضی، دادگاه به اشتباه دستور نگه داشتن عده طلاق را به زوجه غایب دارد و نامبرده پس از طی این مدت با دیگری ازدواج کرد و بعد از آن غایب پیدا شد، نکاح دوم چه حالتی دارد، به عبارت دیگر آیا زن، هنوز زوجه غایب محسوب می‌شود یا زوجه شوهر دوم خود. در پاسخ باید گفت هرگاه قاضی شرایط لازم را برای صدور دستور نگاه داشتن عده را رعایت نکند یا حتی در شمار روزهای تفحص مرتکب اشتباه شود و پیش از انقضای چهار سال امر به نگه داشتن عده بکند و زن به استناد دستور حاکم عده نگاه داشته و با شخص دیگری ازدواج کند، آن ازدواج باطل است، زیرا ازدواج با زن شوهردار محسوب شده و نیز شرعی است و به فرموده صاحب جواهر نزدیک‌تر به قواعد این است که در صورت وقوع نزدیکی حرمت ابدی هم به وجود می‌آورد.^۱ نظر فوق در پاسخ به یکی از استفتائاتی که از محضر حضرت امام خمینی (ره) نیز در زمینه فوق شده بود مشهود است، در این استفتاء چنین سؤال شده بود، در رژیم طاغوت زنی مدت ده سال شوهرش مفقودالاثربوده، این زن به دادگاه مراجعه نموده و از طرف دادگاه حکم طلاق وی صادر شده است و به حکم دادگاه طلاق داده می‌شود، آنگاه این زن به مرد دیگری شوهر کرده و از دو چند فرزند پیدا کرده است. حال پس از ده سال که در حباله نکاح این مرد بوده، شوهر اولش پیدا شده و آمده، آیا حکمی که دادگاه ده سال قبل صادر کرده صحیح است یا خیر؟ حضرت امام خمینی (ره) در این باره چنین حکم فرموده‌اند: «طلاق اگر زیر نظر حاکم شرع به ترتیبی که در طلاق زوجه غایب مقررات انجام نگرفته باطل است و زوجیت سابق به قوت خود باقی است».^۲ نتیجه‌ای که از مباحث فوق بدست می‌آید این نکته را ثابت می‌کند که برای طلاق زوجه غایب تمامی شرایط

^۱ - شیخ نجفی، محمد حسن جواهرالکلام، جلد ۳۳، صفحه ۳۰۴.

^۲ - به نقل از کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، انتشارات شکوری (قم)، سال ۱۳۶۵، جلد اول،

قانونی و شرعی باید رعایت شود و چنانچه این موارد رعایت نشود طلاقى که به حکم دادگاه صادر می‌شود فاقد اعتبار بوده و موجب انحلال رابطه نکاح سابق نخواهد شد، حتی اگر زوجه غایب با دیگری ازدواج کرده باشد.

بند سوم: عدم تأثیر سن غایب در صدور حکم طلاق

ماده ۸۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: « اموال غایب مفقودالاثر تقسیم نمی‌شود مگر بعد از ثبوت فوت او یا انقضای مدتی که عادتاً چنین شخصی زنده نمی‌ماند» از قسمت اخیر ماده فوق نباید چنین برداشت کرد که صدور حکم طلاق زوجه، همانند تقسیم اموال او، محتاج به انقضای مدتی است که عادتاً غایب زنده نمی‌ماند، اینکه به صراحت ماده فوق این شرط تنها در مورد تقسیم اموال غایب باید رعایت گردد و نه در مورد امکان درخواست طلاق بعد از انقضای این مدت. نظریه مشورتی اداره حقوق در مورد این سئوالی که شوهرانی که برای کار کردن به خارج از کشور می‌روند و خبری از آنان نمی‌رسد و سن آنها در حدی نیست که عادتاً بتوان آنها را مرده به شمار آورد. آیا می‌توان از زوجه درخواست طلاق به علت غیبت را پذیرفت و تکلیف دادگاه در این مورد چیست.

نظریه مشورتی شماره ۷/۲۴/۵۸ مورخه ۱۳۵۹/۶/۸^۱

«چنانچه مدت چهار سال مقرر در ماده «۱۰۲۹» قانون مدنی منقضی گردد، زوجه غایب می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق نماید و سن غایب مؤثر در موضوع نخواهد بود و موجبات طلاق به تقاضای زوجه همان است که در قانون و احکام شرع مقرر گردید، و ا جلسه به موجب مواد ۱۰۲۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ قانون مدنی به زن حق تقاضای طلاق از دادگاه داده شده، لذا پس از تقدیم دادخواست از سوی زوجه غایب، مبنی بر طلاق به علت غیبت در مورد فوق، قبول دادخواست از زوجه الزامی است».

^۱ - شهری، غلامرضا، امیرحسین آبادی، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران در مسائل مدنی (از سال ۱۳۵۸ به بعد) چاپ چاپخانه روزنامه رسمی، بدون تا، صفحه ۲۹۹.

بند چهارم: ابتدا مدت چهار سال مقرر در قانون و فقه

چنانکه ماده «۱۰۲۹» قانون مدنی مقرر کرده، برای اینکه زوجه غایب بتواند تقاضای طلاق کند باید شوهر وی چهار سال تمام غایب مفقودالاثر باشد، حال با توجه به این حکم، این سؤال مطرح می‌شود که آیا ابتدای مدت چهار سال مذکور در قانون از تاریخ رجوع زن به حاکم و تقدیم دادخواست طلاق در نظر گرفته می‌شود یا انقضای این مدت قبل از رجوع زوجه به حاکم نیز مورد قبول است؟ قول مشهور فقهای امامیه بر آن است که چهار سال مدت انتظار زن از تاریخ رجوع به حاکم و تعیین مدت از طرف اوست. لیکن مرحوم فیض کاشانی و صاحب حدائق گذشتن مدت چهار سال را پیش از بردن ترافع به نزد قاضی بنابر پاره‌ای از روایات و اخبار منقوله در این زمینه کافی دانسته‌اند.^۱ به نظر برخی از حقوقدانان قانون مدنی نظر دوم را برگزیده است لکن به نظر می‌رسد، باید نظر آن دسته از حقوقدانانی را پذیرفت که گفته‌اند قانونگذار در واقع جمع بین دو نظر نموده است. بدین توضیح که در مورد گذشتن مدت چهار سال از زمان غیبت زوج نظر فقهای اخیر را پذیرفته، منتها مقرر داشته که از تاریخ نخستین اعلان دادگاه که پس از مراجعه زوجه به محکمه صورت می‌پذیرد، نیز مدت یک سال باید بگذرد.

بند پنجم: نمونه‌ای از آرای محاکم در مورد طلاق زوجه به علت غیبت

شوهر

خواهان مال در ابتدا دادخواست خود را مبنی بر غیبت زوج و دلایل مربوط به رابطه زوجه زوجیت و آخرین اقامتگاه شوهر غایب خود را ضمیمه دادخواست نموده و دادگاه پس از بررسی دلایل موجود و استماع شهادت از شهود تعرفه شده و عنداللزوم صدور قرار تحقیق محلی از مطلعین امر و احراز غیبت بیش از چهار سال خوانده مراتب را سه مرتبه

^۱ - به نقل از سید محمد کاظم طباطبائی یزدی. العروه الوثقی، ج ۲، صفحه ۷۱

متوالی در ی روزنامه محلی و یک روزنامه کثیرالانتشار در تهران آگهی نموده و اشخاصی را که از حال غایب خبری دارند دعوت می‌نماید که دادگاه را مطلع نمایند و در صورتی که مدت یکسال از تاریخ انتشار آگهی بگذرد و از حیات و ممات غایب خبری نباشد، حکم طلاق زوجه به استناد قسمت اخیر ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی صادر می‌شود. در پرونده کلاسه ۵۸۳/۱۱۱/۶۸ خواهان بانو (ز) به طرفیت آقای (ع) دادخواستی به ریاست دادگاههای مدنی خاص تهران تقدیم و ضمن آن تقاضای طلاق به علت غایب مفقود الاثر بودن زوج را نموده است، محکمه پس از طی تشریفات مقرر در فوق از جمله انتشار آگهی در جراید و اقدام تحقیق از مطلعین نهایتاً رای شماره ۲۳۵ مورخ ۱۳۶۵/۲/۹ را به شرح ذیل صادر کرده است:

«خلاصه دعوی خواهان بانو (ز) به طرفیت همسرش آقای (ع) که غایب مفقود الاثر معرفی شده این است که خوانده، مدت هفده سال است که زندگی مشترک خانودگی را ترک و در طول سالیان متولی نفقه‌ای نپرداخته است و هیچگونه مراجعه و ملاقاتی با او نداشته است، به طوری که شخصاً با کارگری در کارخانه (ب) مخارج خود را تأمین کرده است و به شرح دادخواست و توضیحات مندرج در پرونده به علت غیبت شوهر و عسر و حرج ناشی از آن تقاضای صدور حکم طلاق را نموده است، دادگاه با احراز رابطه زوجیت طرفین از آن جا که زوج بنا به تصدیق و اعلام واحد پلیس قضایی به شرح گزارش پیوست پرونده سالیان متمادی همسرش را رها و در خلال این مدت مورد مشاهده واقع نگردیده و حسب شهادت اهالی محل نفقه‌ای به همسرش نپرداخته و مالی از شوهر که بتواند محل استیفاء نفقه‌اش باشد معرفی نشده و از بستگان او نیز کسی نبوده که در غیاب زوج تکفل و تدارک نفقه خواهان را تعهد و تقبل کند خوانده با درج آگهی و احضار از طریق مطبوعات در این دادگاه حضور به هم نرسانیده است و طریق مطمئن و موثری برای تأمین

مقرر می‌دارد: «... و زن منقطعه با انقضای مدت یا بذل آن از طرف شوهر از زوجیت خارج می‌شود».

چنانکه می‌دانیم طبق قاعده کلی هر امری که انجام آن از شخص معینی منظور قانون نباشد، می‌تواند به وسیله دیگری انجام داده شود، از آن جمله است بذل مدت در نکاح منقطع، لذا شوهر می‌تواند وکالت در آن را به هر نحوی که بخواهد به دیگری بدهد، اگرچه زنی باشد که مدت نکاح او بذل می‌شود. وکالت در بذل ممکن است به طور مطلق باشد و یا به صورت شرط ضمن عقد نکاح یا عقد لازم دیگر. بنابراین و بنابر مستنبط از ماده ۱۱۱۹ قانون مدنی زوجین می‌توانند ضمن عقد انقطاع و عقد لازم دیگری شرط نمایند که زن از طرف شوهر وکیل و وکیل در توکیل غیر برای مدت معین باشد که بتواند بقیه مدت نکاح خود را بذل نماید. خواه این بذل در مقابل عوض باشد یا بدون آن. وکالت در بذل مدت، یکی از سه صورت ذیل خواهد بود.

۱- در ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل باشد که در تمام یا قسمتی از مدت هر وقت بخواهد بتواند بقیه مدت خود را بذل نماید.

۲- در ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل باشد که در صورت تحقق امری در خارج و اثبات آن در دادگاه بقیه مدت خود را بذل نماید مانند آنکه هرگاه شوهر زن دیگری بگیرد یا در مدت معینی غایب شود یا ترک انفاق نماید (چنانچه انفاق در عقد شرط شده یا عقد مبنی بر آن واقع شده باشد، یا علیه زن سوء تصویری کند یا سوء رفتاری نماید که زندگانی آنان با یکدیگر غیر قابل تحمل باشد، زن وکیل و وکیل در توکیل باشد که پس از اثبات تحقق شرط در دادگاه و صدور حکم نهایی بقیه مدت را بذل نماید.

در این صورت بدون اثبات تحقق شرط در دادگاه و صدور حکم نهایی زن نمی‌تواند عمل به وکالت نماید. زیرا استفاده از وکالت از طرف زن بر اثبات آن در دادگاه قرار داده شده است.

۳- در ضمن عقد شرط شود که زن از طرف شوهر وکیل باشد، در صورت تحقق امری در خارج بقیه مدت را به خود بذل نماید و تشخیص تحقق آن را در خارج به عهده زن گذارده، خواه این امر تصریح شده باشد یا وکالت مطلق باشد، مانند آنه زن وکیل باشد هر زمان که نمی‌تواند زناشویی را ادامه دهد بقیه مدت را به خود بذل نماید.^۱

۴- بدین ترتیب اگر چنانچه زوج نکاح موقت شرط کرده باشد که هرگاه مرد برای مدتی غایب شد از جانب او برای بذل مدت و انحلال نکاح قبل از موعد عقد، وکالت داشته باشد به راحتی می‌تواند از این طریق برای رهایی از قید زناشویی با غایب اقدام نماید. راه دیگر برای انحلال نکاح موقت، اقدام زوجه از طریق فسخ نکاح می‌باشد.

چنانکه ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی تصریح می‌نماید، نکاح منقطع نیز قابل فسخ است.

به این صورت که:

«عده طلاق و فسخ نکاح و بذل مدت و انقضای آن در مورد نکاح منقطع در غیر حامل دو طهر است مگر اینکه زن به اقتضای سن، عادت زنانگی نبیند که در این صورت چهل و پنج روز است». ممکن است موقت بودن نکاح منقطع موجب توهم گردد که نتوان آن را فسخ نمود، زیرا با انقضای مدت نکاح به خودی خود منحل خواهد گشت و شوهر هم هر زمان می‌تواند بقیه مدت را بذل کند و خود را از زناشویی برهاند، ولی با توجه بیشتری به

^۱ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحه ۱۱۲

آنکه مدت نکاح منقطع گاه طولانی می‌باشد و ادامه زناشویی، زن را دچار زیان غیرقابل جبران می‌نماید و گاه ایجاد عسر و حرج برای زن می‌کند ناچار باید بر آن بود موجباتی که در نکاح دائم حق فسخ می‌دهد هرگاه در نکاح منقطع یافت شود بتوان آن را نیز فسخ نمود بنابراین اگر زنی به عقد نکاح موقت مردی درآمد که دارای یکی از عیوب تصریح شده در قانون بود و متعاقب این وصلت مرد غایب شد، زوجه وی حق داشت با رعایت مقررات و سایر شرایط قانونی رابطه را فسخ کند. چنانچه زوجه غایب نه وکالت در طلاق و نه حق فسخ نکاح هیچ کدام را نداشته و عقد نکاح موقت برای سالیان زیادی منعقد شده باشد تنها راهی که برای خلاصی وی به نظر می‌رسد درخواست طلاق به استناد عسر و حرج ناشی از غیبت زوج می‌باشد. بدین ترتیب که با مراجعه اخیر درخواست انحلال نکاح را بکند و قاضی نیز با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» به جای زوج و به عنوان ولی اقدام به بذل مدت و در نتیجه انحلال نکاح و خلاصی زوجه می‌کند. در صورت انحلال چنین نکاحی زوجه موظف به نگه داشتن عده طبق قانون می‌باشد و چنانچه شوهر در این مدت مراجعه نماید، حق رجوع به وی را نخواهد داشت زیرا حکم به رجوع یک حکم استثنایی است و مختص انحلال نکاح دائم از طریق طلاق آن هم طبق شرایط ویژه.

منابع و مأخذ

۱. اباذری فومشی، منصور، نحوه عملی رسیدگی به دعاوی خانوادگی در محاکم و دادسرا، چاپ سوم، انتشارات خرسندی، سال ۱۳۸۷.
۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، تهران کتابفروشی اسلامی، چاپ ششم، سال ۱۳۷۰.
۳. امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، تهران کتابفروشی اسلامی، چاپ پنجم.
۴. اباذری فومنی، منصور، ۱۳۷۷، انحلال نکاح دائم از نظر قانون مدنی ایران، نشر خیام، چاپ اول، سال ۱۳۷۷.
۵. بهنود، یوسف، ۱۳۶۹، احوال شخصیه از دیدگاه قوانین، انتشارات انزلی، چاپ اول، ۱۳۶۹.
۶. باباخانی، زرین، ۱۳۷۷، مهریه حقوق خاصه زوجه، نشر رامین، چاپ اول، سال ۱۳۷۷.
۷. شهری، غلامرضا و امیر حسین آبادی، مجموعه نظرهای مشورتی اداره حقوقی دادگستری جمهوری اسلامی ایران، در مسائل مدنی از سال ۱۳۵۸ به بعد، ناشر روزنامه رسمی چاپ روزنامه رسمی کشور، بی تا.
۸. صفایی، حسین و اسد...، امامی، ۱۳۷۹، حقوق خانواده، جلد اول، انتشارات دانشگاه تهران چاپ هفتم، سال ۱۳۷۹.
۹. طاهری، حسین، حقوق مدنی ۱ و ۲، دفتر نشر اسلامی، چاپ اول، سال ۱۳۷۵.

۱۰. عبادی، شیرین، حقوق کودک (نگاهی به مسائل کودکان در ایران) چاپ و صحافی بهمن، چاپ چهارم، سال ۱۳۷۵.
۱۱. فرشتیان، حسن، نفقه زوجه در حقوق ایران و مطالعه تطبیقی، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، سال ۱۳۷۱.
۱۲. مکارم شیرازی، ناصر، جمعی از محققین، تفسیر نمونه، ج ۳، چاپ ۲۶، سال ۱۳۷۳، دارالکتب الاسلامیه، در ۲۷ مجلد.
۱۳. محقق، محمد باقر، حقوق مدنی زوجین، بنیاد قرآن، کتابخانه دانشگاه امام صادق.
۱۴. محقق داماد، مصطفی، بررسی فقهی حقوق خانواده، نکاح و انحلال آن، چاپ و صحافی سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ چهارم، سال ۱۳۷۲.
۱۵. نوین، پرویز، حقوق مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول، سال ۱۳۷۸.
۱۶. ابراهیم، انیس، عبدالحلیم، نظام النفقات، چاپ قاهره، سال ۱۳۴۹.
۱۷. بدران، ابوالعینین بدران، الفقه للاحوال الشخصیه، دارالنهضة العربیه، بی تا.
۱۸. بحرانی، حسن بن علی بن الحسین بن شعبه، نحف العقول، جلد چهارم، بی تا.
۱۹. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد چهارم، مصر مطبعه دارالامون، ۱۳۷۵ هـ.ق.
۲۰. شیخ طبرسی، ابوعلی الفضل بن الحسین، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۳، انتشارات معارف اسلامی، در ده مجلد، با تعلیقات حاج سید هاشم رسولی محلاتی.

۲۱. شیخ طوسی، ابی جعفر بن محمد بن حسن، الخلاف، چاپ سربی، انتشارات آیت
...، سید طاهر کاظمینی بروجردی، قم، در سه مجلد، بی تا.
۲۲. علامه حلی، ابومنصور حسن سریر بن یوسف بن مطهر حلی، جامع الشرائع، چاپ
موسسه سیدالشهداء، ۱۴۰۵ هـ. ق.
۲۳. فخرالمحققین، ح، ۱۳۸۹ هـ. ق، ایضاح الفوائد، جلد سوم، موسسه اسماعیلیان،
چاپ اول
۲۴. فخرالمحققین، شیخ ابی طالب محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر حلی، شرح
ایضاح الفوائد، جلد سوم، قم، چاپخانه علمی، بی تا.
۲۵. فیروزآبادی، مجد الدین، القاموس المحيط، ج ۳، تحقیق مکتبه تحقیق التراث،
فی موسسه الرساله، الطبعة الثالثة، بیروت، ۱۹۹۳ میلادی.
۲۶. مغنیه، محمد جواد، الزواج و الطلاق چاپ بیروت، ۱۹۶۶ میلادی.
۲۷. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۹۸۱ م، جواهر الکلام، دارا احیاء، التراث العربی
(بیروت)، ۱۹۸۱ میلادی.