

## بررسی انفساخ عقد نکاح ناشی از موت فرضی و آثار آن بر روابط زوجین در

ایران و مصر\*

علمی - پژوهشی

هاجر مشیدی<sup>□</sup>

محمدباقر عامری نیا\*\*

علی پورجواهری\*\*\*

### چکیده

انفساخ به عنوان یکی از علل انحلال عقد نکاح به این معنا است که عقد نکاحی که ابتدا به طور صحیح منعقد شده، بدون قصد و اراده ی طرفین و به موجب حکم قانون از بین برود؛ لذا انفساخ عقد نکاح، انحلال قهری است بدین معنا که عقد نکاح بدون نیاز به عمل حقوقی دیگر و خود به خود از بین می رود و حق انتخاب برای دادگاه و طرفین عقد باقی نمی گذارد. نکاح به واسطه فوت یکی از زوجین منفسخ می گردد؛ که در فرض بحث، صدور حکم موت فرضی همانند سایر موارد انفساخ عقد نکاح، موجب انحلال قهری عقد از تاریخ صدور حکم شده و چنانچه عدم اعتبار حکم موت فرضی مشخص گردد، آثار صدور حکم تا جایی که ممکن باشد بلاثر می گردد؛ لذا در بحث نکاح، در صورت اثبات حیات غایب و مراجعت وی اگر زن غایب شوهر نکرده باشد؛ زن در زوجیت مرد باقی مانده و مرد حق رجوع دارد؛ اما اگر زن غایب، شوهر کرده باشد عقد زناشویی دوم صحیح خواهد بود، زیرا به موجب قانون صورت گرفته است. اصل تسری حکم موت فرضی به رابطه زوجیت که در حقوق مصر صراحتاً پذیرفته شده در حقوق ایران نیز با اصول حقوقی و فقهی موافق است و با صدور حکم، آثار و احکام آن بر روابط زوجین از جمله نفقه، ارث، مهریه، عده و حضانت و سرپرستی طفل مشترک اعمال خواهد شد.

**کلید واژه‌ها:** انفساخ، عقد نکاح، غایب مفقود الاثر، موت فرضی

\* تاریخ وصول: ۱۳۹۹/۰۸/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۱۸

† - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یاسوج، یاسوج، ایران

†† استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یاسوج، یاسوج، ایران،

نویسنده مسئول Mohamadamerinia@gmail.com

††† استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد یاسوج، یاسوج، ایران

## ۱- مقدمه

نکاح در لغت به معنای زناشویی، امتزاج طبایع، عقد زناشویی بستن (معین، ۱۳۶۳، ۴۷۹) و ضم و پیوستن و نزدیکی کردن (نراقی، ۱۴۱۹، ۴۴۶) به کار رفته است. در ترمینولوژی حقوقی نکاح چنین تعریف شده است: عقدی است که به موجب آن مرد و زن لااقل بر نفی محرومیت جنسی (مانند نکاح منقطع) یا علاوه بر نفی آن محرومیت به منظور تشکیل خانواده و زندگی مشترک خانوادگی قانونا با هم متحد می شوند (مانند نکاح دائم). (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ۷۲۱) برخی از فقهای عامه عقد نکاح را به اینگونه تعریف کرده‌اند: «نکاح، عقدی است که به موجب آن زن و مردی به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی با یکدیگر متحد می‌شوند» عقد نکاح نظیر هر عقد دیگری پایانی دارد. انحلال نکاح مانند هر عقد دیگری در مواردی اتفاق می‌افتد که، عقد با تمام شرایط لازم به وجود می‌آید و آثار نکاح درست را به جا می‌گذارد و پس از مدتی منحل می‌شود. در این فرض رابطه زن و شوهر در دورانی که با هم به سر برده‌اند مشروع است و فرزندانشان نسب مشروع دارند. در عقد نکاح، پاره‌ای از شیوه‌های انحلال سایر عقود پذیرفته شده مثل فسخ و انفساخ و پاره‌ای از شیوه‌های اختصاصی و ویژه همچون طلاق که مخصوص عقد دائم است و بذل مدت و انقضا مدت که وسیله خاص انحلال عقد موقت است نیز وجود دارد. اما از آنجا که حاکمیت اراده در عقد نکاح محدود گردیده به همین جهت زوجین در انحلال نکاح با موانع و محدودیت‌هایی مواجهند. مثلا نکاح اقاله ناپذیر است و توافق زوجین بر انحلال آن بی‌تاثیر است. (صفار، ۱۳۹۳، ۱۲۵) بنابراین اسباب انحلال عقد نکاح در حقوق ایران عبارتند از: فسخ، انفساخ، طلاق، انقضا مدت و بذل مدت.

انفساخ مصدر باب (انفعال) از ریشه ی (فسخ) به معنای شکسته شدن، برانداختن، تباه شده و متلاشی شده است. از نظر اصطلاحی معنی این واژه با مفهوم لغوی آن تقارن زیادی دارد و آنچه در اصطلاح انفساخ گفته می‌شود، حالتی است که یک عمل حقوقی خود به خود و بدون تاثیر اراده ی افراد از بین برود. چرا که این کلمه مصدر باب انفعال است و این مصدر نشان دهنده ی حالتی است که هیچ کس آن را بوجود نیاورده و خود به خود ظاهر شده است. بنابراین انفساخ به این معنا است که رابطه ی ناشی از قرارداد بدون قصد و اراده ی طرفین معامله و به موجب حکم قانون از بین برود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ۹۵) انفساخ عقد نکاح انحلال قهری است یعنی عقد نکاح بدون نیاز به عمل حقوقی دیگر و خود به خود از بین می‌رود و حق انتخاب برای دادگاه و طرفین عقد باقی نمی‌گذارد. ازدواج، در میان پیروان تمام ادیان، با قاعده‌های متفاوت وجود دارد. اما دین اسلام ازدواج را یک امر جدی اخلاقی، اجتماعی و شرعی دانسته، بنابراین به جزئیات در این مورد پرداخته و چارچوب مشخصی را برای ازدواج تعیین کرده است و تحقق یا نفوذ عقد نکاح را منوط به این شرایط دانسته است. شروط اساسی صحت عقد نکاح در یک تقسیم بندی کلی به دو دسته شروط مثبت و منفی

تقسیم می شوند. شروط مثبت شروطی هستند که وجود آنها در زمان انعقاد عقد نکاح لازم و ضروری بوده و بدون آنها عقد نکاح واقع نمی شود. اما شروط منفی یا همان موانع نکاح عواملی هستند که وجود آنها مانع از تحقق عقد نکاح می گردد. برخی از شروط صحت نکاح مانند ایجاب و قبول و توالی عرفی بین آنها، شرایط مربوط به عاقد و نحوه جاری شدن صیغه نکاح مربوط به تشکیل و وقوع صحیح عقد نکاح می باشند و ابتدا وجود یا عدم آنها از شرایط صحت عقد نکاح محسوب می گردد. اما برخی از شروط صحت نکاح همانند حیات، اختلاف جنس، محرمیت که ناشی از قرابت طرفین می باشد، اسلام و لعان، نه تنها وجود یا عدم آنها ابتدا شرط صحت عقد نکاح می باشد بلکه تداوم آنها نیز شرط صحت عقد نکاح می باشد. به همین دلیل است که قانونگذار نیز در برخی موارد تحقق مواردی که موجب خلل به این موارد می باشد را موجهی برای انفساخ عقد نکاح دانسته است. که بارزترین آن شرط حیات زوجین است.

## ۲- موت

پدیده مرگ از نظرگاه حقوقی دارای آثار معتابیهی است؛ از همین رو تعیین زمان مرگ متوفی همواره به عنوان یکی از مسائل مهم فقهی و حقوقی مطرح بوده است. نکاح پیوند میان زنده ها است و از عقود است که به مناسبت شخصیت زن و شوهر بسته می شود. آثار این پیمان نیز محدود به رابطه آنهاست و پس از فوت به ارث منتقل نمی گردد. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۴۵۱) بنابراین می توان گفت همان طور که اولین شرط صحت هر عقد نکاحی حیات و زنده بودن طرفین است؛ اولین و بارزترین مورد انفساخ عقد نکاح نیز موت یکی از زوجین می باشد چرا که مطابق قانون هر انسان متمتع از حقوق مدنی خواهد بود، اما کسی نمی تواند حق خود را به اجرا بگذارد مگر اینکه برای این امر اهلیت داشته باشد (ماده ۹۸۵ قانون مدنی) و اهلیت برای دارا شدن حقوق با زنده متولد شدن انسان آغاز و با مرگ او پایان می یابد (ماده ۹۵۶ قانون مدنی). بنابراین با حدوث موت برای احدی از زوجین عقد نکاح به حکم قانون و بدون اراده طرفین آن منفسخ می گردد؛ که به نظر می رسد به دلیل بدیهی بود آن قانونگذار از ذکر آن به عنوان یکی از موارد انحلال عقد نکاح که موجب انفساخ آن می گردد خودداری نموده است. اما علی رغم بدیهی بودن با بررسی فقه و قانون مشخص می گردد، عدم ذکر برخی نکات ظریف در خصوص انواع موت و ویژگی های آن موجب تشدد آرا در این خصوص گردیده است. مطابق ماده ۸۷۶ قانون مدنی پایان شخصیت به دوگونه موت حقیقی یا طبیعی و موت فرضی است؛ اما باید به موارد مذکور موت حکمی یا مدنی و موت مغزی را بیفزاییم. بنابراین در یک تقسیم بندی کامل موت را می توان به حقیقی، فرضی، حکمی و مغزی تقسیم نمود.

## ۳- موت فرضی

انسان گاهی با انگیزه های مختلف و علل متفاوت خواسته یا ناخواسته از اقامتگاه خود دور می شود و

دیگر خبری از او بدست نمی آید. بنظر می رسد که حتی پیشرفتهای نسبی علوم بشری و توسعه تکنیک و صنایع جدید و تسهیل وسایل ارتباطی نه تنها نتوانسته از آمار غایب ها و مفقودان بکاهد بلکه به علت سوء استفاده از این وسایل و افزایش جمعیت، روز به روز بر آمار آنها افزوده شده است؛ چنین شخصی که برخی از حقوقدانان او را غایب مفقود الخبر و قانون مفقود الاثر نامیده است (ماده ۱۰۱۱ قانون ومدنی و ماده ۱۲۶ به بعد قانون امور حسبی)، زنده فرض می شود و آثار و احکام شخص زنده در امور غیر مالی و امور مالی او به اجرا گذاشته می شود. اما ممکن است غیبت مدتها ادامه یابد و از حیات یا مرگ غایب خبری نرسد. در این صورت دادگاه صالح به تقاضای ورثه یا اشخاص ذینفع به مساله غیبت رسیدگی نموده، پس از نسب امین، احتمالاً دادن اموال به تصرف موقت ورثه و جری سایر مراحل قانونی در صورت تحقق شرایط لازم حکم موت فرضی غایب را صادر می کند. در این صورت بدون تردید اموال غایب بین ورثه تقسیم می گردد و به تصرف قطعی آنها داده می شود. حال این سوالی که مطرح می شود این است که اگر همسر غایب طلاق نگرفته باشد و از راهی که قانون گذار در این باره از فقه اسلامی مقرر داشته است استفاده نکند، آیا می تواند یا ملزم است به استناد همین حکم عده نگاه داشته و پس از انقضای آن ازدواج کند یا اثر حکم موت فرضی فقط در امور مالی است و موجب انحلال نکاح نمی گردد و زوجه غایب علیرغم صدور حکم موت فرضی در صورت تمایل باید از دادگاه صالح تقاضای طلاق کرده و از این طریق پس از اخذ حکم طلاق و نگاه داشتن عده خود را از زوجیت سابق برهاند تا بتواند با شخص دیگری ازدواج بکند. همان گونه که بیان شد با توجه به اهمیت و ارزش مذهبی و اجتماعی نکاح، قانون گذار اسلام عقد ازدواج را از سایر قراردادهای بویژه قرار دادهای مالی ممتاز ساخته و همه شیوه های معمول برای انحلال و سقوط قرار دادهای را در ازدواج نپذیرفته است. یعنی انحلال نکاح فقط با استفاده از شیوه های که قانون گذار تجویز کرده است امکان پذیر است. یکی از طریق که به طور قهری به انحلال نکاح می انجامد مرگ (موت طبیعی) است و با مرگ زوج رابطه زوجیت قطع شده و زن باید عده وفات نگاه دارد و پس از انقضای آن - به مدت چهار ماه و ده روز است - می تواند با شخص دیگری ازدواج کند؛ چرا که با مرگ شخص، شخصیت حقوقی او زایل شده و اموال و دارایی او به طور قهری به قبه ورثه منتقل شده و نکاح میت نیز منحل می گردد. اما سوال این است که در مواردی که یکی از زوجین غایب مفقود الاثر می گردد و زوج دادخواست طلاق را مطرح نموده و از اختیار قانونی که دارد برای مراجعه به دادگاه و درخواست طلاق به دلیل غیبت طولانی زوج استفاده ننماید و حکم موت فرضی صادر گردد؛ صدور حکم موت فرضی همان آثار موت حقیقی را خواهد داشت یا خیر. قانون گذار ما در قانون مدنی و قانون امور حسبی در خصوص امور مالی غایب مفقود الاثر تعیین تکلیف نموده اما درخصوص مسائل غیر مالی و بخصوص نکاح چنین شخصی اظهار نظر ننموده است. لذا پس از تعریف غایب مفقود الاثر و شرایط آن به بیان نظریات ارائه شده در این خصوص و تبیین آنها خواهیم پرداخت.

در صورت غیبت فرد هنگامی مشکل ایجاد می‌گردد که هیچ دلیلی که دال بر مرگ غایب باشد در دست نیست و قرینه و اماره ای هم بر زنده بودن غایب وجود ندارد. لذا مطابق حقوق اسلامی از آنجا که هر جا دلیل قطعی بر امری نباشد و اماره و قرینه ای هم که دلالت بر آن نماید یافت نشود اصول عملیه در مقام رفع تحیر به کار گرفته می‌شود. که در بحث ما به کمک اصل استصحاب می‌توان قائل به زنده بودن غایب مفقود الاثر تا زمان صدور حکم موت فرضی توسط دادگاه شد اما با گذشت مدتی که فرد با انقضای آن شرایط عاداتا زنده تصور نمی‌شود حکم موت فرضی صادر می‌گردد. بنابراین گذشت مدت مذکور از نظر قانونی اماره بر فوت محسوب شده و اماره نیز بر اصل مقدم است زیرا اماره مبتنی بر ظن و غلبه است در حالی که اصل عملی در موارد شک برای خروج از تحیر به کار می‌رود. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۲، ۷۱) موت فرضی، موتی است که به موجب حکم دادگاه درباره شخصی که غایب مفقود الاثر شده است فرض می‌شود. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۴، ۶۹۷) همچنین موت فرضی مرگی است که به منظور جریان آثار حقوقی موت برای غایب مفقود الاثر فرض می‌شود که به لحاظ شرایط موجود، عاداتا نمی‌تواند زنده باشد بدون اینکه موت حقیقی او مسلم باشد. غایب مفقود الاثر یک اصطلاح حقوقی است که در قانون مدنی و قانون امور حسبی از آن استفاده شده است. (شهیدی، ۱۳۸۵، ۴۰) ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: غایب مفقود الاثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد. بدین گونه غایب مفقود الاثر از نظر حقوقی، کسی است که نه تنها در اقامتگاه خود حاضر نیست بلکه، ناپدید گشته است و از مرگ و زندگی او هیچ آگاهی و خبری نداریم. (ساکت، ۱۳۸۶، ۹۳) در فقه چنین غیبتی را «غیبت منقطعه» گویند و کسی که به این نحو غیبت نموده باشد غایب مفقود الخبر نیز نامیده می‌شود. البته با تعریفی که قانون مدنی از چنین شخص ارائه داده، انتخاب اصطلاح مفقود الاثر برای معرفی این شخص خالی از اشکال نیست زیرا به هر حال از او اثر و نشانه ای باقی مانده و اگر غایب هیچ اثری از خود باقی نگذاشته باشد بحث حقوقی مفید و موثری درباره او مطرح نمی‌شود. (رزمان، ۱۳۹۶، ۱۴۲) بدین سان غایب کسی است که نمی‌دانیم شخصی که اموال و دارایی و یا کسانی بالاتکلیف برجا گذاشته است و مرده است یا زنده چرا که در صورتی نظام قضایی به غیبت فرد واکنش نشان می‌دهد که اموال یا اشخاصی را بالاتکلیف رها نموده باشد؛ و منظور از غیبت، غیبت از اقامتگاه است یعنی محل سکونت یا محل کار که همان مرکز مهم امور شخص می‌باشد.

هر گاه احتمال مرگ غایب مفقود الاثر از زنده بودنش بیشتر باشد؛ قانونگذار برای رعایت حقوق ورثه، اصدار حکم موت فرضی غایب و تصرف قطعی و همیشگی دادن اموال او به ورثه شرایطی را پیش بینی کرده است. ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی گذشتن مدتی را پس از آخرین خبر از زندگی غایب لازم دانسته است (مدتی که برابر عادت، فرض زنده بودن وی نمی‌رود) ماده ۱۰۲۰ تا ۱۰۲۲ قانون مدنی پاره ای از امارات قانونی را برای زنده نبودن غایب معرفی نموده است. بنابر ماده ۱۰۲۰، اگر ۱۰ سال از

تاریخ خبر حیات غایب بگذرد و پس از آن سن وی از ۷۵ سال گذشته باشد و یا اگر یکی از افراد نیروهای مسلح یا رزمندگان در زمان جنگ مفقود شود و سه سال از تاریخ قرارداد صلح بگذرد و از او خبری نرسد و یا قرارداد صلحی منعقد نگردد و پس از گذشت ۵ سال از پایان جنگ خبر از او نرسد یا اگر فردی در مسافرت دریایی سوار بر کشتی شده است و کشتی در آن مسافرت تلف شود و سه سال از تاریخ شدن کشتی گذشته بدون آنکه از آن مسافر خبری باشد چنین کسی برابر عادت زنده نخواهد بود.

برابر ماده ۱۰۲۱، اگر در موارد بالا با انقضاء مدتهای ذیل که مبدء آن از روز حرکت کشتی محسوب می‌شود کشتی به مقصد نرسیده باشد و در صورت حرکت بدون مقصد به بندری که از آن جا حرکت کرده برنگشته و از وجود آن به هیچ وجه خبری نباشد کشتی تلف شده محسوب می‌شود: ۱. برای مسافرت در بحر خزر و داخل خلیج فارس یک سال. ۲. برای مسافرت در بحر عمان، اقیانوس هند، بحر احمر، بحر سفید (مدیترانه)، بحر سیاه و بحر آزوف دو سال. ۳. برای مسافرت در سایر بحار سه سال.

ماده ۱۰۲۲ قانون مدنی پیش بینی می‌کند اگر کسی در نتیجه واقعه‌ای به غیر از جنگ یا مسافرت دریایی دچار خطر مرگ گشته و مفقود شده و یا در هواپیما بوده و هواپیما مفقود شده باشد وقتی می‌توان حکم موت فرضی او را صادر نمود که پنج سال از تاریخ دچار شدن به خطر مرگ بگذرد بدون این که خبری از حیات مفقود رسیده باشد.

بنابراین در صورت درخواست صدور حکم موت فرضی غایب از سوی ورثه یا ذی نفعان، محکمه پس از آنکه 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 و گذشت یک سال از تاریخ آخرین (طبق ماده ۱۳۹ قانون امور حسبی) اعلان و عدم اثبات حیات غایب، حکم موت فرضی غایب را صادر نماید.

#### ۴- اثر صدور حکم موت فرضی بر عقد نکاح

چنانکه اشاره شد قبل از صدور حکم موت فرضی غایب زنده فرض می‌شود اما با گذشتن مدتی که به طور متعارف چنین شخصی زنده نمی‌ماند، غایب مرده فرض می‌شود و با صدور حکم مقتضی اموال او را به تصرف قطعی ورثه می‌دهند. اما اگر خلاف این فرض ثابت شود، تا آن جایی که امکان دارد وضع غایب به حالت قبل از صدور حکم برگردانده می‌شود. به همین دلیل است که ماده ۱۰۲۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «بعد از صدور حکم موت فرضی نیز اگر غایب پیدا شود، کسانی که اموال او را در مورد وراثت تصرف کرده اند باید آنچه را که از اعیان یا عوض یا منافع اموال مزبور حین پیدا شدن غایب موجود می‌باشد مسترد دارند». همچنین است هرگاه مرگ غایب مسلم گردد؛ بنابراین: «در هر مورد که موت حقیقی یا زنده بودن غایب معلوم شود، اقداماتی را که راجع به موت فرضی او به عمل

آمده است بلا اثر خواهد شد، مگر اقداماتی را که برای حفظ و اداره اموال غایب شده است». (ماده ۱۶۱ قانون امور حسبی). اما در مورد اینکه آیا موت فرضی، عقد نکاح غایب را نیز قهراً منحل می‌کند و زن می‌تواند به استناد آن عده نگاه داشته و پس از انقضای آن ازدواج نماید، در حقوق موضوعه ایران نص صریحی وجود ندارد و مساله اختلافی و قابل تامل و بررسی است. همچنین فقه اسلامی و قانونگذار ما در مواردی نیز که غایب زوجه است و زوج از حق خود مبنی بر طلاق زوجه استفاده ننماید و حکم موت فرضی زوجه صادر گردد سخنی به میان نیاورده. لذا هرچند به دلیل حق طلاق زوج و عدم لزوم نگه داشتن عده و حق زوج مبنی بر مراجعت به محاکم جهت اخذ اجازه ازدواج مجدد در پی عدم حضور و تمکین زوجه همچنین عدم ایجاد اشکال شرعی در صورت ایجاد وضعیت چند همسری برای زوج در حالت مراجعت زوجه؛ این بحث در خصوص غیبت زوجه جز در مواردی بسیار نادر چندان جای بحث ندارد و قانونگذاران نیز به همین دلیل صحبتی در این خصوص ننموده اند؛ تعیین تکلیف زوجه در این خصوص لازم به نظر می‌رسد.

در حقوق قدیم فرانسه حکم موت فرضی موجب انحلال نکاح نمی‌شد، ولی امروزه هرگاه دادگاه حکم موت فرضی را صادر نماید، ازدواج همسر وی منحل گردیده (بند یک ماده ۱۲۸ قانون ۱۹۷۷) و همسر او می‌تواند ازدواج مجدد نماید (بند دو همان ماده) و هرگاه حیات غایب مسلم شود، حکم موت فرضی ملغی می‌گردد ولی ازدواج او همچنان معتبر باقی می‌ماند (ماده ۱۳۲ همان قانون). اما در حقوق سوییس به موجب حکم موت فرضی اموال او تقسیم می‌گردد و همسر وی نیز می‌تواند سهم الارث خویش را دریافت بدارد، با وجود این رابطه زوجیت گسسته نمی‌شود. در حقوق مصر نیز زن با صدور حکم موت فرضی عده وفات نگاه داشته و پس از انقضاء آن می‌تواند ازدواج نماید. اما چنانچه اشاره شد، در حقوق ایران، قانون مدنی و قانون امور حسبی در این باره ساکت است. اما در خصوص اثر صدور حکم موت فرضی بر نکاح سه نظر مختلف از سوی حقوقدانان ارائه شده که پس از بررسی نظریه‌ها و آثار مترتب بر آنها، اقدام به معرفی نظر برگزیده می‌نماییم.

#### ۱-۴ عدم سرایت حکم موت فرضی بر رابطه زوجیت

براساس این نظریه قانونگذار اداره امور مالی غایب و امور مربوط به نکاح وی را تحت دو نظام جداگانه قرار داده و برای هر یک مقررات خاصی را مقرر داشته است. مقررات مربوط به حکم موت فرضی ناظر بر امور مالی و نگهداری اموال او است و به طور کلی از مسایل مربوط به زوجیت منصرف است زیرا نماینده غایب یا امین منصوب فقط امور مالی و امور مربوط به محجورین تحت ولایت غایب را اداره می‌کنند در صورتی که رابطه زوجیت او مساله جداگانه ایست و همسر غایب علی‌الاصول نیاز به ولی ندارد (مگر اینکه محجور باشد) و این رابطه فقط از طریق طلاق یا فسخ (در مواردی که قانونگذار پیش بینی کرده است) منحل می‌گردد و به همین دلیل که مواد ۱۰۲۹ و ۱۱۵۶ قانون مدنی ترتیب دیگری را برای طلاق زن پیش بینی کرده است تسری حکم مزبور به امور

غیر مالی خالی از اشکال نیست. در فقه نیز چنانکه اشاره شد هرگاه برای زوج مالی باشد و یا شخص دیگری حاضر به پرداخت نفقه زن باشد زن باید منتظر بماند در غیر این صورت پس از چهار سال انتظار هرگاه خبری از زوج نرسد حاکم یا ولی زوج او را طلاق می دهد و زن عده وفات نگه می دارد بنابراین عدم تاثیر حکم موت فرضی نسبت به ازدواج با اصول حقوقی بیشتر وفق دارد. بنابراین هنگامی که حکم موت فرضی صادر می شود، اموال غایب را به تصرف قطعی ورثه می دهند و سهم الارث زن را هم به او می پردازد اما دلیل کافی برای قطع رابطه زوجیت وجود ندارد. زیرا فرض موت به تصریح قانون گذار می تواند در امور مالی موثر باشد و از موجبات تحقق ارث باشد و تسری اثر آن بر زوجیت محتاج دلیل و نص صریح است. (رزمان، ۱۳۹۶، ۱۴۲)

تنها اشکال این نظر این است که چگونه می توان غایب را مرده انگاشت و اموال او را تقسیم نمود حتی سهم الارث همسرش را نیز تادیه کرد اما قایل به عدم قطع رابطه زوجیت شد؟ درست است که قانونگذار ما وضعیت اموال غایب مفقودالاثر را که در نتیجه صدور حکم موت فرضی به وراثت او داده شده است، در صورت مراجعت غایب تعیین نموده و مقرر داشته است که پس از مراجعت غایب باید هر آنچه از اموال، عوض یا منافع آن موجود باشد به او مسترد گردد. همچنین وضعیت انحلال نکاح زوجه او در صورتی که پس از گذشت چهار سال از غیبت مفقودالاثر طبق قانون طلاق داده شود، تعیین کرده و برای زوج پس از مراجعت در ایام عده حق رجوع شناخته است؛ ولی برای انحلال نکاح بر اثر موت فرضی، در صورت مراجعت غایب مفقودالاثر حکمی تعیین نکرده است؛ اما از این وضعیت نمی توان نتیجه گرفت اثر موت فرضی منحصر به انتقال اموال میت به وراثت او است. زیرا مقررات مربوط به صدور حکم موت فرضی در قانون مدنی و امور حسبی اطلاق دارند و صرفاً به امور مالی غایب اختصاص نیافته اند.

## ۲-۴ سرایت حکم موت فرضی بر رابطه زوجیت و انحلال آن

مطابق این نظر اولاً: حکم موت فرضی به منزله موت حقیقی است، زیرا حکم موت فرضی غایب هنگامی صادر می شود که چنین شخصی عادتاً زنده نمی ماند. (ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی). ثانیاً با قبول این نظریه و اجرای آن بین امور مالی و امور غیر مالی غایب هماهنگی ایجاد می شود و از دوگانگی یاد شده پرهیز می شود. ثالثاً مقررات مربوط به موت فرضی در قانون امور حسبی اطلاق دارد و حق درخواست صدور حکم موت فرضی برای وراثت غایب، در ماده ۱۵۳ قانون امور حسبی به طور مطلق شناخته شده که زوجه را نیز بی تردید می توان احد از وراثت دانست. رابعاً مقررات ماده ۱۰۲۹ تاسیس خاصی است که هرگز دلالت بر انحصار راه انحلال نکاح زوجه غایب به وقوع طلاق ندارد بلکه برای تعیین تکلیف زوجه غایب پیش از فراهم آمدن حکم موت فرضی پیش بینی شده است که از زمان وقوع طلاق مزبور، طبق ماده ۱۱۵۶ قانون مدنی زوجه مکلف است عده وفات نگه دارد نه عده طلاق. شهیدی، ۱۳۸۵، ۱۰۲ و ساکت، ۱۳۸۶، ص ۱۱۲ و تقوی علویکلایی؛ مبینی سوچلمایی و احمدی،



۱۳۹۴، ۵) بنابراین انحلال نکاح به سبب فوت یکی از زوجین نه تنها در فوت طبیعی بلکه در فوت فرضی مسلم بوده و با صدور حکم موت فرضی نکاح خود به خود منحل می‌گردد و زن می‌تواند پس از گذشتن عده وفات، شوهر دیگر اختیار کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۲۵۱) بر اساس این نظریه همسر غایب مانند سایر ورثه سهم الارث را (ثمن یا ربع) از ترکه غایب می‌گیرد و بدون اینکه صیغه طلاق جاری شود مبادرت به نگه داشتن عده کرده و پس از انقضای چهار ماه و ده روز می‌تواند با شخص دیگری ازدواج کند.

هیات عالی مرکز آموزش قوه قضاییه نیز در تایید این نظریه آورده است: در شرایطی که حکم موت فرضی صادر شده باشد، انحلال نکاح واقع شده و نکاح نیازی به طلاق ندارد؛ عده این انحلال نیز عده وفات است نه طلاق. بدیهی است هرگاه پس از صدور حکم موت فرضی اطلاعی از حیات شوهر حاصل آید، معلوم می‌شود که نکاح منحل نشده و شوهر نیازی به رجوع ندارد و تا زمانی که زن شوهر نکرده است، می‌تواند زندگی زناشویی را با او ادامه دهد. ([www.neshast.org](http://www.neshast.org))

برخی از حقوقدانان اشکالاتی را به این نظریه وارد، و بیان نموده‌اند: این نظریه به ظاهر مستدل و منطقی است و با ضوابط اخلاقی نیز سازگار می‌باشد اما با توجه به حصری بودن راههای انحلال نکاح و سکوت قانونگذار و ضرورت رعایت احتیاط در نکاح و طلاق به ویژه در صورت عدم تقاضای زن قابل ایراد است. از طرف دیگر ممکن است پس از صدور حکم موت فرضی نیز، غایب برگردد، در این صورت گاهی مشکلات دیگری نیز ظاهر می‌شود. از جمله اینکه: اولاً؛ هر گاه پیش از تقاضای عده یا پس از انقضای آن و قبل از ازدواج زن برگردد رابطه زوجیت او قطع نشده است و می‌تواند به زندگی خود با همسر خویش ادامه دهد زیرا با برگشتن غایب بطلان حکم موت فرضی و نگاه داشتن عده کشف می‌گردد و معلوم می‌شود که رابطه زوجیت مثل گذشته برقرار است. ثانیاً؛ هر گاه غایب پس از انقضای عده و ازدواج زن با شخص دیگر برگردد، در این صورت نیز بطلان حکم صادره و عده مبتنی بر آن و ازدواج بعدی محرز و مسلم می‌باشد زیرا تمامی اقدامات بر اساس حکمی بوده است که بطلان آن با آمدن غایب ثابت گردیده است پس باید کلیه آثار آن مرتفع گردد (مستفاد از ماده ۱۰۲۷ ق.م و ماده ۱۶۱ ق.ا.ح). بنابراین با کشف بطلان ازدواج لاحق، معلوم می‌شود که زن هنوز در قید زوجیت شوهر سابق (غایب) باقی است و رابطه موجود قطع نگردیده است. البته فرزندان حاصل از ازدواج ناشی از شبهه به شمار آمده و در حکم بچه‌های مشروع قرار می‌گیرند و از این جهت مشکل قانونی ندارد اگر چه از دید عرف و مسایل عاطفی و آموزشی مشکلات جدی خواهند داشت. (قاسم زاده، ۱۳۷۵، ۹۰) لذا جهت بر طرف سازی اشکالات وارده نظریه تسری اثر حکم موت فرضی بر عقد نکاح با اجرای یک صیغه احتیاطی طلاق را مطرح نموده‌اند.

**۳-۴ تسری حکم موت فرضی بر عقد نکاح با اجرای یک صیغه احتیاطی طلاق**  
مطابق این نظریه قطع رابطه زوجیت نیازمند یک سبب قانونی است و این اسباب به طور صریح و

حصری از طرف قانون گذار احصا شده اند و موت فرضی جزو این اسباب نمی باشد و رسیدگی به امور مالی که به خواسته ورثه احتمالی و اشخاص ذینفع صورت گرفته و حکم موت فرضی منتهی شده است هیچگونه ملازمه ای با رابطه زوجیت وی ندارد زیرا ممکن است همسر غایب علاقه ای به این جدایی نداشته باشد و بدون درخواست وی نباید او را به نگه داشتن عده وادار نمود. در فقه نیز گفته اند: «هر گاه غایب مالی داشته باشد که نفقه زوجه از محل آن داده شود یا ولی غایب امور همسر وی را اداره نماید و هزینه زندگی او را بدهد یا حتی متبرعی باشد که این هزینه ها را بپردازد بر زن واجب است صبر کند و انتظار بکشد و ابداً بر او جایز نیست که ازدواج نماید مگر اینکه فوت شوهر یا طلاق او را بدهد...» وانگهی هر گاه گفته شود که زن به موجب حکم دادگاه عده نگاه داشته و با انقضای عده رابطه او با غایب قطع گردیده است پس ازدواج مجدد او بدون اشکال است و ازدواج زن شوهر دار محسوب نمی شود باید گفت که طبق قانون اقداماتی که راجع موت فرضی به عمل آمده است بلا اثر خواهد شد مگر اقداماتی که برای حفظ و اداره اموال غایب شده است (ماده ۱۶۱ قانون امور حسبی) و یکی از این اقدامات نگاه داشتن عده و اقدامات بعدی است که باید به دستور این ماده بلا اثر گردد. از طرف دیگر ایجاد هماهنگی بین امور مالی و امور غیر مالی شیوه مطلوبی است اما نباید بخاطر ایجاد هماهنگی دست از ضوابط حقوقی مسلم برداشت و موجبات انحلال نکاح را توسعه داد و ویژه هر گاه زن هم به این جدایی تمایل نداشته باشد. برفرض که چنین استدلالی مقبول باشد و حکم موت فرضی بتواند سبب گسسته شدن قهری رابطه زوجیت گردد، به خاطر رعایت مصالح خانواده و اهمیت مذهبی و اجتماع عقد نکاح نباید آن را پذیرفت زیرا گذشته از فقد نص صریح و ناظر بودن حکم موت فرضی به امور مالی، در صورت ثبوت مرگ به ویژه ثبوت حیات غایب، در نتیجه کشف غلط بودن حکم موت فرضی، آثار متفرع بر آن از جمله عده و احیاناً ازدواج مجدد او نیز باطل می گردد و آثار سوئی از خود بر جای می گذارد پس صلاح در این است که در صورت تقاضای زن حاکم او را طلاق بدهد تا بدین وسیله با یک سبب مشروع جدایی حاصل گردد.

همچنین پذیرش این نظر واجد امتیازات و آثاری است که عبارتند از اینکه: اولاً: موجب افزایش و توسعه اسباب حصری انحلال نکاح نمی گردد. ثانیاً: در صورت ثبوت غلط بودن فرض موت به ویژه در صورت بازگشت غایب و حیات وی در هر صورت هیچگونه مشکل قانونی برای همسر او بوجود نمی آید یعنی هر گاه زن در ایام عده باشد زوج حق مراجعه به او را دارد زیرا به وسیله ولی یا حاکم طلاق داده شده است که این طلاق یک طلاق رجعی است اگر چه عده آن از باب احتیاط به عدد عده وفات یعنی چهار ماه و ده روز است. و اگر شوهر غایب پس از انقضای عده مراجعه نماید، چون زن شرعاً طلاق گرفته و عده نگاه داشته است لذا رابطه زوجیت با انقضای عده قطع می گردد و غایب حق مراجعه به او را ندارد. البته در صورت تراضی طرفین (و در صورتی که زن ازدواج مجدد نکرده باشد) می توانند مجدداً با هم ازدواج نمایند. بالاخره هر گاه غایب پس از انقضای عده زن و ازدواج او

با دیگری برگردد حق رجوع ندارد زیرا رابطه زوجیت سابق با طلاق شرعی که یک راه قانونی برای انحلال نکاح است قطع گردیده است و ازدواج دوم پس از سپری شدن عده، ازدواج زن شوهر دار محسوب نمی‌شود و یک ازدواج قانونی است. (قاسم زاده، ۱۳۷۵، ۹۰)

اما نظریه ارائه شده دارای اشکالاتی است که از آن جمله می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:  
اولاً: درست است که موارد انحلال عقد نکاح از نظر قانون و فقه حصری بود و تنها در مواردی که قانونگذار اعلام نموده امکان انحلال عقد نکاح وجود دارد؛ اما همان گونه که قبلاً بیان گردید صرف نظر از اینکه قانونگذار در ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی اسباب انحلال نکاح را محدود به موارد خاصی نموده و در این باره می‌گوید: «عقد نکاح به فسخ یا طلاق یا بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌شود»؛ از انقضاء مدت که یکی از موجبات انحلال ازدواج منقطع است ذکر نشده، اما ماده ۱۱۳۹ از آن نیز یاد کرده است. همچنین از انفساخ عقد نکاح، یعنی انحلال و برهم خوردن ازدواج به یک علت قانونی و بدون اراده زوجین، به عنوان یکی از طرق انحلال عقد نکاح نیز ذکر شده است. با این وجود قانونگذار در بند ۹ ماده ۴ قانون جدید حمایت خانواده از انفساخ نکاح در کنار طلاق، فسخ، بذل مدت و انقضای آن نام می‌برد. بنابراین اسباب انحلال عقد نکاح در حقوق ایران عبارتند از: فسخ، انفساخ، طلاق، انقضاء مدت و بذل مدت. انفساخ عقد نکاح به معنای انحلال و برهم خوردن ازدواج به یک علت قانونی و بدون اراده زوج و زوجه می‌باشد؛ و چنانچه عقد نکاحی که به طور صحیح واقع گردیده با یکی از اسباب انفساخ عقد مواجه گردد منفسخ شده و عقد نکاح از آن لحظه منحل می‌گردد و آثار زوجیت و عقد نکاح نیز از بین می‌رود. همچنین مطابق قانون تحقق انفساخ نکاح بعنوان یکی از عوامل انحلال نکاح نیازمند پیدایش اسبابیست که بارزترین آن موت یکی از طرفین عقد نکاح است. چرا که با تحقق موت اولین شرط صحت عقد نکاح که همان حیات طرفین عقد است به دلیل زوال اهلیت شخص زایل گردیده (ماده ۹۵۶ قانون مدنی) و عقد نکاح قهراً و به حکم قانون منفسخ می‌گردد. قانونگذار در ماده ۸۷۶ نیز همانند مرگ طبیعی، موت فرضی را پایان بخش شخصیت و اهلیت فرد دانسته است. لذا مطابق قانون موت فرضی نیز از مواردی است که قانونگذار آن را موجب انفساخ و انحلال عقد نکاح دانسته و تسری حکم آن به نکاح زوجین موجب افزایش موارد حصری انحلال نکاح نخواهد شد.

ثانیاً: انحلال نکاح به سبب هر یک از انواع فوت یکی از زوجین، به حکم قانون قهری است و نیازی به درخواست و تمایل زن ندارد و حکم موت فرضی قائم مقام موت طبیعی شده و آثار آن را در بر دارد؛ بنابراین بر زن واجب است که عده وفات نگاه دارد و اراده او در این زمینه دخالتی ندارد. ثالثاً: همانگونه که پیشتر بیان شد اثر موت فرضی منحصر به انتقال اموال میت به وراثت او نیست. زیرا مقررات مربوط به صدور حکم موت فرضی در قانون مدنی و امور حسبی اطلاق دارند و صرفاً به امور مالی غایب اختصاص نیافته‌اند.

رابعاً: بیان این مطلب که رسیدگی به امور مالی ربطی به نکاح ندارد و با برگشت شخص طبق قانون اقداماتی که راجع موت فرضی به عمل آمده است بلا اثر خواهد شد مگر اقداماتی که برای حفظ و اداره اموال غایب شده است (ماده ۱۶۱ قانون امور حسبی) و یکی از این اقدامات نگاه داشتن عده و اقدامات بعدی است که باید به دستور این ماده بلا اثر گردد و در صورت ثبوت مرگ به ویژه ثبوت حیات غایب، در نتیجه کشف غلط بودن حکم موت فرضی، آثار متفرع بر آن از جمله عده و احیاناً ازدواج مجدد او نیز باطل می گردد و آثار سوئی از خود بر جای می گذارد پس صلاح در این است که در صورت تقاضای زن حاکم او را طلاق بدهد تا بدین وسیله با یک سبب مشروع جدایی حاصل گردد؛ صحیح به نظر نمی رسد، چراکه مطابق قانون رسیدگی به امور مالی غایب مفقودالاثراً قبل از صدور حکم موت فرضی توسط مدعی العموم جهت حفظ منافع وی به آن دلیل که تا لحظه تعیین شده در حکم موت فرضی شخص زنده فرض می شود الزامی است؛ اما لزوم حفظ اموال غایب بدین معنا نیست که صدور حکم موت فرضی آن هم بعد از گذشت مواعد قانونی تنها مختص به اموال غایب بوده و نقشی در نکاح و امور غیر مالی او ندارد. بلکه به این معنا است که با صدور حکم موت فرضی غایب قانوناً زنده فرض نمی شود و شخصیت و اهلیت قانونی او از بین رفته و به همین دلیل با او همانند فرد مرده برخورد شده و همچنین تکلیف حفظ اموال توسط مدعی العموم مرتفع می گردد. لذا وقتی قانون فردی را مرده فرض می کند نمی توان به دلیل اینکه ممکن است در آینده مشکلاتی ایجاد گردد با او برخوردی دوگانه داشت و از لحاظ مال او را مرده انگاشت و اموال او را میان وراثت تقسیم نمود ولی با وجود پرداخت سهم الارث به همسر غایب از نظر امور شخصی و نکاح او را مخیر به تداوم نکاح یا درخواست صدور اجرای صیغه طلاق نمود. حال آنکه صدور حکم طلاق مطابق قانون در مواردی خاص پیش بینی شده و در فرض ما همسر غایب با وجود تصریح قانونی از حق خود برای مراجعه به دادگاه و صدور حکم طلاق استفاده ننموده است. لذا چون اجرای این صیغه الزامی نیست، پس نمی تواند ضمانت اجرای مطمئنی داشته باشند. به ویژه در مواردی که زن تقاضای طلاق و جدایی هم نکند چگونه می توان مبادرت به اجرای صیغه نمود. همچنین عدم تصریح حکم موت فرضی به نکاح موجب می گردد که تکالیف زوج نسبت به زوجه همانند لزوم انفاق، تهیه مسکن، وسایل زندگی و ... بر ذمه کسی قرار گیرد که از نظر مالی فوت نموده و به واسطه تقسیم اموالش میان وراثت مالی جهت انجام این تکالیف قانونی نداشته باشد. بنابراین درست است که به مطابق ماده ۱۶۱ قانون امور حسبی در صورتی که موت حقیقی یا زنده بودن غایب معلوم شود، از حکم صادره به علت رفع اثر عدم مطابقت با واقع، رفع اثر می شود و اقداماتی که راجع به موت فرضی او به عمل آمده است به جز اقداماتی که برای حفظ و اداره اموال غایب شده است، بلااثر خواهد شد و ورثه مکلف خواهند شد هر آنچه از اموال را که تصرف کرده اند و به هنگام پیدا شدن غایب موجود است به او بازگردانند؛ ولی اگر وراثت اموال را مصرف یا تلف کرده باشند عوض آن را نمی دهند، چرا که ورثه،

وصی یا موصی له به حکم قانون و به دستور دادگاه در اموال غایب دخل و تصرف کرده اند. لذا بازگشت و بلااثر شدن اقدامات انجام شده راجه به موت فرضی (اعم از اقدامات انجام شده در راستای امور مالی یا غیر مالی غایب) در صورتی بلااثر خواهد شد که امکان آن باشد. بنابراین در صورت لغو حکم موت فرضی اگر زن غایب شوهر نکرده باشد؛ زن در زوجیت مرد باقی مانده و مرد حق رجوع دارد. اما اگر زن غایب شوهر کرده باشد عقد زناشویی دوم صحیح خواهد بود، زیرا به موجب قانون صورت گرفته است.

خامساً: در حقوق ایران نمی توان با سکوت قانون گذار، قایل به انفساخ نکاح دوم شد زیرا فسخ و انفساخ احکام استثنایی هستند که نیاز به نص صریح دارند و با قواعد و مقررات موجود سازگار نیستند. سادساً: قانونگذار در این بحث با توجه به امارات موجود حکم به موت کسی می دهد که به احتمال قوی وفات یافته است. بنابراین حکم قانونگذار تمام آثار خود را خواهد گذاشت؛ کما اینکه در بحث موت حکمی ناشی از ارتداد با وجود علم به حیات مرتد قانونگذار چنین شخصی را مرده محسوب و تمام احکام شخص مرده را بر او حمل می نماید؛ یعنی پس از کسر دیون و بدهی ها مرتد، اموالش بین وراث تقسیم و عقد نکاح او نیز قهراً منحل می گردد و توبه و بازگشت او به اسلام پس از صدور حکم موت حکمی در برگشتن زوجه و اموالش تاثیری ندارد؛ هرچند توبه اش نسبت به بعضی از احکام قبول، بدنش پاک، عبادتش قبول گردیده و می تواند مالک اموالی شود که از آن پس به دست می آورد شود و نه تنها جواز ازدواج با زن مسلمان را خواهد داشت بلکه حق دارد بر زوجه سابقش تجدید عقد نماید. همچنین چنانچه اشکال شود که عدم امکان رجوع در موت حکمی ناشی از صحت حکم بود و امکان رجوع در موت فرضی ناشی از مشخص شدن عدم تطابق حکم صادره است با واقع است، باید گفت: با صدور حکم موت فرضی، حکم اثر خود را گذاشته و نکاح را قهراً منحل می نماید اما در صورت مشخص شدن عدم صحت حکم تا جایی که امکان داشته باشد اثر حکم مرتفع می گردد اما در فرضی که زوجه ازدواج نموده باشد با توجه به اینکه ازدواج دوم به حکم قانون بوده و امکان اعلام بطلان به دلیل عدم وجود حکمی در این خصوص و حصری بودن موارد انحلال نکاح، وجود ندارد قابل ابطال نبوده و امکان رجوع وجود ندارد. در حقوق مصر نیز که از فقه حنفی استفاده کرده اند زن با صدور حکم موت فرضی عده وفات داشته و پس از انقضای آن می تواند ازدواج نماید. مطابق ماده ۲۱ و ۲۲ قانون احوال شخصیه مصر مصوب ۱۹۸۵ چنانچه پس از گذشت چهار سال از غیبت غایب خبری از او به دست نیاید، حکم موت فرضی او صادر می گردد، و مرده فرض شده و احکام مرده در مورد وراث و همسر او اجرا می گردد. همچنین به مفقود در صورتی که بعد از صدور حکم موت فرضی و ازدواج زوجه برگردد تنها در صورتی امکان رجوع می دهد که زوج دوم زناشویی نکرده باشد و یا حتی در صورت زناشویی، با علم به حیات مفقود در حین عقد یا در حین زناشویی، نکاح و زناشویی واقع شده باشد (ماده ۸ قانون احوال شخصیه مصر ۱۹۲۰).

بنابراین در جمع بندی باید گفت هرچند در فقه امامیه تا آنجا که ما بررسی کرده ایم به این مسائل تصریح نشده ولی با استفاده از قواعد و مقررات فقهی و حقوقی می توان گفت موت فرضی همانند سایر موارد انحلال عقد نکاح موجب انحلال قهری عقد نکاح شده و چنانچه عدم اعتبار حکم موت فرضی مشخص گردد. آثار صدور حکم تا جایی که ممکن باشد بلاثر می گردد لذا در بحث نکاح، در صورت اثبات حیات غایب و مراجعت وی اگر زن غایب شوهر نکرده باشد؛ زن در زوجیت مرد باقی مانده و مرد حق رجوع دارد. اما اگر زن غایب شوهر کرده باشد عقد زناشویی دوم صحیح خواهد بود، زیرا به موجب قانون صورت گرفته است. بنابراین باید گفت در شرایط کنونی اصل تسری حکم موت فرضی به رابطه زوجیت با اصول حقوق موافق است اما شایسته است قانونگذار ایران با توجه احتمالی بودن بازگشت غایب به گونه ای که در سایر کشورها حکم آن را مقرر نموده اند قانون گذاری کند.

### ۵- بررسی آثار انفساخ ناشی از موت فرضی بر عقد نکاح

همان گونه که بیان شد با حدوث موت برای احدی از زوجین عقد نکاح به حکم قانون و بدون اراده طرفین آن منفسخ می گردد. پدیده مرگ از نظرگاه حقوقی دارای آثاری است، از همین رو در عقد نکاح نیز پس از وقوع و تعیین زمان مرگ متوفی آثار آن بر روابط زوجین اعم از مهریه، نفقه، ارث، حضانت و ولایت به عنوان یکی از مسائل مهم فقهی و حقوقی مطرح و مورد بررسی قرار می گیرد؛

#### ۵-۱ مهریه

در حقوق ایران و مصر مهریه یا صداق مالی است که به مناسبت نکاح، مرد ملزم به دادن آن به زن می شود، الزام مربوط به مهر ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد به همین دلیل سکوت زوجین در عقد و حتی تراضی طرفین بر اینکه زوجه مستحق مهریه نباشد تاثیری بر تکلیف زوج به پرداخت مهریه ندارد.

فوت هر یک از زوجین هیچ تاثیری در مهر المسمی ندارد و چنانچه کل یا بخشی از مهر قبل از فوت پرداخت نشده باشد پس از فوت قابل مطالبه است، چرا که فوت یکی از زوجین موجب تثبیت کل مهر می شود، خواه قبل از آمیزش و خلوت باشد یا بعد از آمیزش و خلوت باشد؛ زیرا مهر با عقد ثابت می شود تا مسقطی برای مهر به وجود آید و با فوت، وجود مسقط منتفی می شود و کل مهر ثابت می گردد. ( بدران، بی تا، ۲۰۵). بعضی از فقها بر خلاف نظر مشهور فقها امامیه و شافعیه در مورد فوت شوهر قبل از نزدیکی قائل به تنصیف مهر شده اند، (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۳۱۴ و محقق الحلی، ۱۹۸۳، ۶۱۸) ولی قانون ایران و مصر از نظر مشهور پیروی کرده و تنصیف مهر را فقط در مورد طلاق قبل از نزدیکی پذیرفته است؛ چرا که این قاعده استثنایی است که نباید آن را به مورد فوت گسترش داد. بنابراین اگر زوج فوت کند زوجه مهریه یا ما بقی آن را قبل از تقسیم ترکه بین وراثت از ترکه می گیرد؛ زیرا مهریه دین است و بر حق ورثه مقدم است. همچنین فوت زوجه قبل از نزدیکی موجب استقرار حق او نسبت به نصف مهر متزلزل است و همه مهر مال زن خواهد بود البته در این

صورت حق زن نسبت به مهر به ورثه او انتقال می‌یابد. (صفایی و امامی، ۱۳۸۰، ۱۶۸)

هرگاه مهریه در عقد دائم ذکر نشود یا عدم مهر در عقد شرط گردد و بعد از نزدیکی زوج فوت نماید زوجه مستحق مهرالمثل خواهد بود زیرا با وقوع نزدیکی قبل از تعیین مهر زن مستحق مهرالمثل گردیده و اگر قبل از تعیین مهر توسط زوجین نکاح منحل گردد لطمه‌ای به حق زن وارد نخواهد آمد و موجبی هم برای سقوط حق او وجود ندارد. (صفایی و امامی، ۱۳۸۰، ۱۶۸) اما اگر قبل از نزدیکی و تعیین مهریه هر یک از زوجین فوت نمایند بنا به قول اجماعی فقها زن مستحق هیچ گونه مهری نیست (ماده ۱۰۹۳ قانون مدنی) زیرا بنا بر مفروض نه ضمن عقد و نه بعد از عقد مهریه تعیین نگردیده و استحقاق مهر المثل هم منوط به نزدیکی است که انجام نگردیده است. مهر المتهه نیز یک امر استثنایی و مخصوص به طلاق است و قابل تعمیم به مورد فوت نمی‌باشد؛ پس زن مستحق هیچ گونه مهری نیست. (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۳۱۴ و صفار، ۱۳۹۳، ۲۷) در عقد نکاح موقت از آنجا که ذکر مهریه ضروری است؛ صورت عدم ذکر مهریه و فوت یکی از زوجین قابل تصور نمی‌باشد. اما در خصوص مهر تعیین شده باید گفت فوت زن در اثنای نکاح موجب سقوط مهر نمی‌شود و همچنین اگر شوهر تا آخر مدت با او نزدیکی نکند (ماده ۱۰۹۶ قانون مدنی) و به نظر می‌رسد فوت زوج نیز موجب سقوط مهریه نمی‌شود.

## ۵-۲-عده

عده مدت زمانی است که زن پس از جدایی یا مرگ شوهرش باید از ازدواج خودداری کند. این مدت با توجه به نوع پایان ازدواج (مرگ همسر یا طلاق یا فسخ نکاح)، نوع ازدواج (دائم یا موقت) و شرایط باروری زن یا بارداری او متغیر است.

عده وفات مدتی است که زن بعد از مرگ شوهر باید برای اختیار شوهر دیگر صبر کند که این مدت بر اساس نص صریح قرآن کریم، چهار ماه و ده روز تعیین شده است. این حکم قرآنی دقیقاً در فقه اسلامی نیز منعکس شده و بر این اساس در ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی آمده است: عده وفات چه در دائم، چه در منقطع در هر حال چهار ماه و ده روز است. اما اگر زنی از شوهرش باردار باشد و همسر وی در حین بارداری زن فوت کند، در این صورت عده زن تا زمان وضع حمل ادامه خواهد داشت. مشروط بر اینکه فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت همان چهار ماه و ده روز خواهد بود. همانند قانون مدنی ایران، قانونگذار مصر در قانون احوال شخصیه مصر، مصوب ۱۹۲۹م و اصلاحیه سال‌های ۱۹۷۹ و ۱۹۸۵ در بخش مربوط به طلاق، بر وجوب شرعی و قانونی نگهداری عده برای زنان، تاکید دارد. در این قانون مدت عده برای زنانی که نکاحشان به واسطه فوت شوهر منحل می‌شود، چهار ماه و سه روز اعلام شده است. همچنین مدت عده برای زنان حامله تا تاریخ وضع حمل می‌باشد. قانونگذار مصر در تعیین مدت عده زن حامله، در مورد طلاق و فوت قائل به تفکیک نشده است. لذا از آن جا که قانونگذار مدت عده زنان باردار پس از بیان مدت عده زنان

مطلقه و بیوه بیان نموده، به نظر می‌رسد وضع حمل، ملاک پایان مدت عده در هر دو مورد طلاق و فوت می‌باشد. بنابراین با انفساخ عقد نکاح به جهت وقوع موت حقیقی یا طبیعی، موت مغزی و موت فرضی زوجه متوفی باید عده وفات که چنانچه باردار نباشد مطابق قانون ایران چهار ماه و ده روز و مطابق قانون مصر چهار ماه و سه روز است نگه دارد. اما اگر زوجه متوفی باردار باشد مطابق قانون ایران و مصر تا وضع حمل عده نگاه دارد؛ با این تفاوت که در حقوق ایران وضع حمل در صورتی موجب اتمام عده وفات می‌گردد که فاصله بین فوت شوهر و وضع حمل از چهار ماه و ده روز بیشتر باشد و الا مدت عده همان چهار ماه و ده روز خواهد بود (ماده ۱۱۵۴ قانون مدنی) اما در قانون مصر وضع حمل در هر صورت موجب خاتمه عده وفات خواهد شد. هر چند که در فرض بحث به دلیل غیبت غایب و مدت های تعیین شده برای صدور حکم موت فرضی امکان حامل بودن زوجه غایب موت شده فرضی وجود ندارد.

### ۵-۳ نفقه

نفقه در لغت به معنای «آنچه صرف هزینه عیال و اولاد کنند، هزینه زندگی زن و فرزندان، روزی و مایحتاج معاش» (دهخدا، ۱۳۴۷، ۶۷۳) آمده است. همچنین در تعریف دیگری آمده است: «ما انفقت و استنفقت علی العیال و نفسک»، یعنی آنچه برای خود و خانواده هزینه می‌شود. (فراهیدی، ۱۴۱۰ هـ ق، ۱۷۷) نفقه معنای مطلق دارد که شامل انفاق بر زوجه، اولاد و نزدیکان می‌شود. در فقه و حقوق اسلامی بر اساس ماهیت و احکام متفاوت، دو نوع نفقه وجود دارد: ۱. نفقه زوجه: انفاقی که شوهر باید به همسر خود بپردازد. ۲. نفقه اقارب: انفاقی که شخص در حالت نیازمندی والدین و فرزندان باید هزینه کند. ازدواج امری است که در همه ادیان با دیده تقدس و احترام به آن نگریسته اند. با ازدواج زوجین نسبت به یکدیگر حقوق و تکالیف مالی و غیر مالی پیدا می‌کنند. یکی از مسائل مهمی که بعد از ازدواج مطرح میشود؛ مسئله تأمین هزینه و معاش خانواده است. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ۱۷۰) از نظر اسلام تأمین هزینه خانواده و از جمله مخارج شخصی زن به عهده مرد است و زن هیچ‌گونه مسؤلیتی ندارد. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۲۸۹) بنابراین تکلیف مرد در دادن نفقه زن، یک تکلیف یک جانبه است و دارا بودن زن یا عدم دارا بودن وی تأثیری در آن ندارد و زن الزامی ندارد که از اموال شخصی خویش مخارج و مایحتاج زندگی خود را تأمین کند. تکلیف شوهر به دادن نفقه از توابع ریاست او بر خانواده است. در نکاح دائم این وظیفه مرد ناشی از حکم قانون است و ریشه قراردادی ندارد (ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی). در عقد منقطع دین شوهر بر دادن نفقه متکی به تراضی زن و شوهر است یعنی شوهر در صورتی نفقه زن را می‌پردازد که یا به صراحت شرط شده باشد یا عقد مبنی بر آن جاری شود (ماده ۱۱۱۳ قانون مدنی) در هر حال نفقه زن در زمره دیون مرد است و نه تنها نفقه گذشته را می‌تواند مطالبه نماید بلکه حق دارد از دادگاه بخواهد که مقدار نفقه آینده او را تعیین نماید (مواد ۱۱۱ و ۱۲۰۶ قانون مدنی)



پرداخت نفقه مبتنی بر دو چیز است: ۱. دائم بودن نکاح: که در ماده ۱۱۰۶ و ۱۱۱۳ قانون مدنی به صراحت عنوان شده و مورد تأکید واقع شده است و در فقه مورد اجماع فقهای امامیه است. و قول مخالفی در مورد آن وجود ندارد. ۲. تمکین: مطابق ماده ۱۱۰۸ قانون مدنی هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود. در این ماده پرداخت نفقه منوط به تمکین شده است. تمکین شامل تمکین خاص (انجام وظایف زناشویی و مقاربت) و تمکین عام (اطاعت زن از شوهر در امور روزمره زندگی مشترک بنحو متعارف و متناسب) است.

مطابق قانون احوال شخصیه شماره ۲۵ مصوب ۱۹۲۰ مصر نفقه زوجه شامل هزینه های زوجه اعم از هزینه های لازم غذایی، پوشاک، مسکن، خدمات و معالجه و سایر مواردی که توسط شرع تجویز شده است می باشد. نفقه همسر برای شوهرش در صورتی که زن تمکین نماید واجب است اعم از اینکه زوجه مسلمان یا غیرمسلمان، مصری یا غیر مصری باشد و زوج تمکن داشته باشد یا نه. نفقه زوجه به دلیل بیماری وی ساقط نمی گردد، در این صورت هزینه های درمان بخشی از هزینه های ناشی از آن است. اما چنانچه زوجه مرتد گردد یا تمکین ننماید نفقه ساقط می گردد. دلیل وجوب نفقه از تاریخ وقوع عقد نکاح صحیح قبول زندگی با زوج در یک زندگی مشترک است. بنابراین سبب وجوب نفقه زوجه بر زوج، مطابق قانون این کشور عقد صحیح، مشروط به وجود احتباس (بودن زن در منزل شوهر و دسترسی به او) است؛ بنابراین عقد ازدواج سبب مباشر برای وجوب نفقه زوجه بر زوج نیست (چنانکه در مهر، خود عقد باعث وجوب است) بلکه احتباس زوجه و تمکین و اطاعت زوجه از زوج سبب وجوب نفقه است تا زوج بتواند از حقوق زوجیت استفاده کند. تحقق احتباس به این است که زوجه خود را حقیقتاً یا حکماً تسلیم نماید؛ یعنی مهبیای رابطه جنسی و اطاعت از زوج باشد. اگر زوج فوت نماید نفقه ساقط می گردد. در عده طلاق رجعی که نفقه زوجه با زوج است نیز اگر زوج فوت نماید و عده تبدیل به عده فوت گردد نفقه ساقط می گردد. اما در عده طلاق بائن اگر زوجه باردار نباشد و عده فوت زوج چه زن حامل باشد چه نباشد نفقه تعلق نمی گیرد. (الجزیری، ۱۴۱۹، ۶۷۲)

بنابراین شرایط وجوب نفقه در قانون این کشور عبارتند از: وجود عقد ازدواج صحیح، توانایی برای آمیزش، تمکین زن، عدم ارتداد و انجام فعل موجب حرمت مصاهره توسط زن و معتده بودن زن به عده وفات می باشد. همچنین برای تعیین میزان نفقه به حال زوجه توجه می شود و اگر در عقد ازدواج شرط شود که نفقه خاصی پرداخت نشود به این شرط عمل نمی شود و زوجه می تواند درخواست تعیین نفقه نماید.

در خصوص اثر فوت زوج بر نفقه زوجه باید گفت: قانونگذار ایران و مصر تامین معاش خانواده را به عهده شوهر گذارده است. بنابراین الزام به پرداخت نفقه تا زمانی ادامه دارد که عقد نکاح ادامه داشته و منحل نشده باشد؛ زیرا پس از انحلال نکاح اصولاً شوهر تکلیفی در پرداخت نفقه ندارد مگر در موارد استثنایی که قانون تعیین نموده است (نفقه زوجه در عده طلاق رجعی در صورتی که طلاق در حال

نشوز نباشد و در طلاق بائن و فسخ نکاح در صورتی که زوجه باردار باشد تا زمان وضع حمل). با توجه به موارد فوق الذکر در صورت فوت زوج در عده وفات در حقوق ایران مطابق ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی مخارج زندگی زوجه عندالمطالبه از اموال اقاربی که پرداخت نفقه بر عهده آنان است (در صورت عدم پرداخت) تامین می گردد؛ بنابراین نفقه زوجه در عده وفات بر عهده زوج متوفی نبود و از ما ترک او پرداخت نمی گردد.

قانونگذار در خصوص موردی که زوجه در عده وفات باردار باشد تعیین تکلیف ننموده است. در این خصوص سه نظریه ارائه گردیده است: بعضی از حقوقدانان معتقد هستند ماده ۱۱۱۰ قدیم که مقرر می نمود در عده وفات زن حق نفقه ندارد ناظر بر زن غیر باردار است و زن باردار تا زمان وضع حمل استحقاق نفقه از ما ترک زوج را دارد. (امامی، ۱۳۸۸، ۴۴۱) بعضی نیز اینگونه آورده اند که زوج فوت کرده و تکلیف انفاق ندارد و از طرف دیگر رابطه مالکیت نسبت به اموالش ندارد. نفقه ای که به زن باردار داده می شود، نفقه زوجیت یا اقارب نیست، بلکه متعلق به جنین است، که از مال خودش به وی انفاق می شود و از آنجا که راه تغذیه جنین مادر است، به وی داده می شود. (حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ۳۲۱) اما بعضی از حقوقدانان بیان نموده اند که تکلیف مربوط به انفاق ویژه شوهر است و در فرض ما دارایی شوهر بعد از وفات به وراثت او رسیده است و وراثت تکلیفی در پرداخت نفقه زن مورث خود ندارند و این نفقه هم مربوط به آینده است و نفقه گذشته نیست که به عنوان دین به ماترک تعلق بگیرد. حتی در فرضی که زوج در حین عده طلاق رجعی فوت نماید موقعیت قانونی زن تغییر پیدا کرده و دیگر او را نمی توان مطلقه رجعی دانست و از این پس احکام زوجه متوفی به زن بار شده و از آن تاریخ نفقه به او تعلق نمی گیرد؛ لذا ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی هیچ استثنایی ندارد. (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۴، ۱۸۲) البته طبق مفاد قانون مدنی سابق و نظر مشهور فقها نیز، نفقه به طور مطلق از زن نفی شده است و در اصلاحیه قانون مدنی نیز بحث جدیدی در مورد نفقه زن در عده وفات مطرح نشده و به محل تأمین نفقه رفته و نفقه اقارب را مطرح نموده است. مشهور فقها متأخر نیز بر عدم استحقاق نفقه برای زوجه متوفی چه حامل باشد چه نباشد نظر داده اند و حتی ادعای عدم خلاف نیز مطرح نموده اند. (موسوی خمینی، ۱۳۹۰، ۳۱۲؛ نجفی، ۱۴۱۲، ۳۲۵؛ محقق الحلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، ۱۹۸۳، ۲۹۳ و العاملی، ۱۴۱۳، ۴۵۳) در استفتایی که از مراجع معاصر در خصوص متن سابق ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی شده بود، بیشتر فقها به عدم استحقاق نفقه فتوا داده اند. (نرم افزار گنجینه استفتات قضایی، سوال ۹۰۴۰) بنابراین به نظر می رسد در زمان عده وفات، زوجه چه حامل باشد چه حامل نباشد به اتفاق نظر فقها نفقه ندارد و سایر نظریات مطرح شده از نظر فقهی به هیچ عنوان قابل قبول نمی باشد. (میر داداشی، ۱۳۹۱، ۱۹۶) لذا شایسته است قانونگذار ایران مانند قانونگذار مصر که به صراحت در خصوص نفقه زمان عده مقرر نموده زوجه در زمان عده وفات مستحق نفقه نخواهد بود چه حامل باشد چه نباشد (ماده ۱ قانون شماره ۲۵ احوال شخصیه مصوب

۱۹۲۰): در این خصوص تعیین تکلیف نماید.

#### ۴-۵ حضانت و ولایت

حضانت کلمه ای عربی و در لغت به معنای پروردن است و در اصطلاح عبارت است از نگهداری مادی و معنوی طفل توسط کسانی که قانون مقرر داشته است به طور خلاصه، به معنای حق یا تکلیف در نگهداری و سرپرستی کودک است.

اگرچه قانون مدنی تعریفی از حضانت ارائه نکرده است، اما به موضوع نگاهداری و تربیت اطفال در مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی و مواد ۴۰ تا ۴۷ فصل پنجم قانون جدید حمایت خانواده پرداخته شده است. حضانت طفل بر اساس قانون مدنی و قانون حمایت خانواده برای پسر و دختر تا هفت سالگی با مادر است. حضانت فرزند از هفت سالگی تا سن بلوغ با پدر است دختر تا نه سالگی و پسر تا پانزده سالگی. بعد از سن بلوغ خود فرزند تعیین می کند که با چه شخصی زندگی کند و از حضانت خارج می گردد. البته بعد از هفت سالگی در صورت حدوث اختلاف حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه است. بنابراین، حضانت طفل پس از هفت سالگی به طور مطلق به پدر واگذار نمی شود، بلکه هرگاه بین پدر و مادر طفل در مورد حضانت او اختلاف شود معیار تعیین حضانت کننده صرفاً مصلحت طفل است. چه بسا علیرغم نبود عیب و نقصی در پدر به تشخیص دادگاه مصلحت طفل اقتضا می کند حضانت او بر عهده مادرش باشد.

در صورت فوت یکی از ابوین، حضانت کودک (صغیر یا محجور) با پدر و یا مادری که زنده است خواهد بود؛ هرچند متوفی پدر طفل بوده و برای او قیم معین کرده باشد. مثلاً با فوت پدر، حضانت طفل با مادر است؛ نه پدر بزرگ طفل. بنابراین حضانت فرزندی که پدرشان فوت شده با مادر آنهاست؛ مگر آنکه دادگاه به تقاضای ولی قهری یا دادستان، اعطای حضانت به مادر را خلاف مصلحت فرزند تشخیص دهد. در صورتی که پدر و مادر هر دو فوت کرده باشند، حضانت با جد پدری و پس از آن با سایر خویشاوندان طفل بر مبنای ترتیب ارث است.

به موجب قانون احوال شخصیه مصر، در صورت جدایی پدر و مادر، مادر حق حضانت پسر را تا هفت سالگی و دختر را تا نه سالگی دارد، اما قاضی می تواند، در صورتی که مصلحت طفل اقتضا کند، حضانت پسر را تا پانزده سال و دختر را تا زمان ازدواج به مادر واگذار کند. در صورت فوت پدر حضانت با مادر است. اما بنا به نظر فقهای حنفی، به استناد احادیث، در صورت مرگ مادر یا فقدان صلاحیت او برای حضانت، حضانت کودک به ترتیب قرابت و مراتب ارث برعهده زنان خویشاوند قرار می گیرد. (ابن همام، ۱۴۰۶، ۱۸۵ و ابن عابدین، ۱۴۰۷، ۶۳۸) به صورت سنتی همیشه در مصر حضانت اولیه فرزندان با مادر بوده است. در قانونی که در سال ۲۰۰۷، انجمن ملی زنان به تصویب رساندند، مردان مطلقه اجازه دسترسی و ملاقات فرزندان تحت حضانت همسران قبلیشان را به دست آوردند که میزان آن حداقل ۳ ساعت در هفته بود. حضانت دختر تا ۱۲ سالگی و پسر تا ۱۰ سالگی با مادر است که

قاضی ممکن است آن را تمدید هم بکند یعنی تا ۱۵ سال برای پسران و تا زمان ازدواج برای دختران. «ولایت» در لغت به معنای حکومت کردن، تسلط پیدا کردن، یاری دادن و تصرف کردن آمده است. «قهری» نیز در لغت به معنای جبری و اضطراری است. در اصطلاح حقوق مدنی، ولایت قدرت و اختیاری است که برابر قانون به یک شخص صلاحیت‌دار برای اداره امور محجور واگذار شده است. ممکن است ولایت به حکم مستقیم قانون به شخصی داده شده یا به موجب وصایت واگذار شده یا به حکم دادگاه برقرار شده باشد. ولایتی که به حکم مستقیم قانون واگذار شده باشد، در اصطلاح ولایت قهری نامیده می‌شود. ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی می‌گوید: «هر یک از پدر و جد پدری، نسبت به اولاد خود ولایت دارند.» هر گاه محجور، ولی خاص نداشته و ولایت از طرف دادگاه به شخصی واگذار شده باشد، این ولایت را قیومت گویند که دارای احکام ویژه‌ای است» بنابراین ولی قهری شخصی است که به حکم قانون تعیین می‌شود و سمت خود را مستقیماً از قانون می‌گیرد و ولایت او یک وظیفه خانوادگی و اجتماعی و به تعبیر دیگر، اجباری است؛ نه اختیاری و شاید به همین جهت آن را قهری نامیده‌اند. ولایت قهری، حق و تکلیفی است که قانونگذار برای اداره اموال صغیر، مجنون و سفیه که جنون و سفه آنها متصل به زمان صغر (کودکی) باشد، به پدر و جد پدری واگذار می‌کند و این حق و تکلیف فقط برای پدر و جد پدری شناخته شده است. ولایت بین پدر و جد پدری متساوی است و هر دو در یک ردیف قرار دارند. کودک تا زمانی که به سن رشد برسد، تحت ولایت پدر و جد پدری است و به عبارت دیگر پدر و جد پدری نسبت به کودک حق ولایت دارند. با فوت پدر، حضانت فرزندان طبق قانون با مادر است اما اداره اموال یا پرداخت نفقه آنان بر عهده مادر نیست بلکه اگر جد پدری زنده باشد، اداره اموال یا پرداخت نفقه فرزندان با او است و اگر جدی پدری فوت کرده باشد، این وظیفه با وصی خواهد بود. در غیر این صورت دادگاه صالح اقدام به تعیین قیم خواهد کرد.

در صورتی که طفل پدر و جد پدری داشته باشد و یکی از آنها محجور یا به علتی ممنوع از تصرف شود، حق ولایت او ساقط شده و پس از رفع حجر یا رفع اشکال و مانع به طور مجدد حق ولایت اعاده می‌شود. در صورتی که ولی قهری به علت خیانت یا نداشتن لیاقت لازم در اداره اموال یا در اثر بیماری، ضعف دماغی یا لابلالی‌گری نتواند دارایی مولی علیه را اداره کند، حق ولایت او ساقط می‌شود. البته موردی که باید به موارد سقوط ولایت افزود، موت ولی است؛ چرا که سمت ولایت و حق و تکلیف ناشی از آن منوط به این است ولی زنده باشد چون تمتع از حقوق مدنی منوط به زنده بودن فرد است بنابراین با موت فرد ولایت او بر مولی علیه نیز ساقط می‌گردد.

## ۵-۵ ارث

ارث در فقه به معنای استحقاق مال یا حقی است که با مرگ یا حکم به موت دیگری حاصل می‌شود. وارثان پس از ادای حقوق و دیون متوفی، طبق طبقات ارث سهم الارث خود را مالک می‌شوند. موجبات ارث دو عامل نسب (رابطه از طریق ولادت) و سبب (رابطه بر اساس عقد نکاح دائم و ولأء)

است (ماده ۸۶۱ قانون مدنی ایران و ماده ۷ قانون ارث شماره ۷۷ سال ۱۹۴۳ مصر). کفر، قتل، بردگی، لعان، حمل، غایب بودن و زنا طبق شرایطی از موانع ارث هستند. زوج و زوجه از یکدیگر ارث می‌برند، با دیگر وارثان شریکند و طبق موارد مختلف، سهم الارث متفاوتی دارند. قرآن در آیات ارث با رویکردهای مختلف اعتقادی، اخلاقی و آیات الاحکام به موضوع ارث پرداخته و بخشی از قوانین مهم ارث در اسلام را (مانند طبقات وراث و سهم الارث آنها و کلاله) بیان کرده است. جزئیات بیشتر قانون ارث در روایات فقهی آمده است. مطابق ماده ۹۰۰ و ۹۰۱ قانون مدنی ایران و ماده ۳۰ قانون ارث مصر فرض زوج اگر زوجه دارای اولاد نباشد یک دوم و در صورت وجود اولاد یک چهارم ترکه است و فرض زوجه در صورت نبود اولاد برای متوفی یک چهارم و در صورت وجود اولاد یک هشتم ترکه است. همچنین در صورت فوت هر یک از زوجین در عده طلاق رجعی دیگری از او ارث می‌برد اما اگر مدت عده به اتمام رسیده باشد یا طلاق بائن باشد زوجین از یکدیگر ارث نمی‌برند.

مطابق ماده ۹۴۴ قانون مدنی اگر شوهر در حال مرض زن خود را طلاق دهد و ظرف یک سال از طلاق به همان مرض بمیرد زوجه از او ارث می‌برد مشروط بر اینکه زن شوهر نکرده باشد. اما مطابق بخش اخیر ماده ۷ قانون ارث مصر چنانچه زوج در زمان مرض زوجه را طلاق بائن دهد و زوجه هم راضی به طلاق نباشد و زوج در زمان عده و از همان مرض فوت نماید زوجه از او ارث می‌برد. تفاوت دیگر قانون مدنی ایران و قانون ارث مصر در بحث وراثت زوجین در مورد عدم وجود وارث به جز زوج یا زوجه برای متوفی است. مطابق ماده ۹۴۹ قانون مدنی در صورت نبودن هیچ وارث دیگری غیر از زوج یا زوجه شوهر تمام ترکه زن متوفی خود را می‌برد و لیکن زن فقط نسیب خود را می‌برد و بقیه ترکه شوهر در حکم مال اشخاص بلاوارث خواهد بود. اما مطابق ماده ۳۰ قانون ارث مصر اگر زوج یا زوجه تنها وارث باشد و وراثت اقوام یا ارحام دیگری وجود نداشته باشد کل ترکه به او می‌رسد. بنابراین برخلاف حقوق ایران که در این مورد بین زوج و زوجه تفاوت قائل شده است قانونگذار مصر فرقی میان زوجین قائل نشده است. مطابق قانون مدنی در نکاح منقطع ارث راه ندارد و شرط توارث در نکاح منقطع نیز به دلیل تعارض با قواعد امری ارث باطل است.

## ۶- نتیجه گیری

نکاح پیوند میان زنده‌ها است و از عقود است که به مناسبت شخصیت زن و شوهر بسته می‌شود. آثار این پیمان نیز محدود به رابطه آنهاست و پس از فوت به ارث منتقل نمی‌گردد. بنابراین می‌توان گفت همان‌طور که اولین شرط صحت هر عقد نکاحی حیات و زنده بودن طرفین است؛ اولین و بارزترین مورد انفساخ عقد نکاح نیز موت یکی از زوجین می‌باشد. در یک تقسیم بندی کامل موت به چهار قسم حقیقی، فرضی، حکمی و مغزی تقسیم می‌شود غایب مفقودالثر کسی است که از غیبت او مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد. قبل از صدور حکم موت فرضی غایب زنده فرض می‌شود اما با گذشتن مدتی که به طور متعارف چنین شخصی زنده نمی‌ماند، غایب

مرده فرض می شود و با صدور حکم مقتضی اموال او را به تصرف قطعی ورثه می دهند. اما اگر خلاف این فرض ثابت شود، تا آن جایی که امکان دارد وضع غایب به حالت قبل از صدور حکم برگردانده می شود. اما در اینکه آیا موت فرضی، عقد نکاح غایب را نیز قهراً منحل می کند و زن می تواند به استناد آن عده نگاه داشته و پس از انقضای آن ازدواج نماید، اختلاف نظر وجود دارد اما در مجموع باید گفت: در شرایط کنونی اصل تسری حکم موت فرضی به رابطه زوجیت با اصول حقوقی موافق است. موت فرضی همانند سایر موارد انحلال عقد نکاح موجب انحلال قهری عقد نکاح شده و چنانچه عدم اعتبار حکم موت فرضی مشخص گردد. آثار صدور حکم تا جایی که ممکن باشد بلااثر می گردد لذا در بحث نکاح، درصورت اثبات حیات غایب و مراجعت وی اگر زن غایب شوهر نکرده باشد؛ زن در زوجیت مرد باقی مانده و مرد حق رجوع دارد. اما اگر زن غایب شوهر کرده باشد عقد زناشویی دوم صحیح خواهد بود، زیرا به موجب قانون صورت گرفته است. اما شایسته است قانون گذار ایران با توجه احتمالی بودن بازگشت غایب به گونه ای که در قانون مصر و سایر کشورها حکم آن را مقرر نموده اند قانون گذاری کند. بنابراین با تحقق مرگ فرضی عقد نکاح منفسخ و آثار انفساخ عقد از لحظه صدور حکم موت فرضی بر روابط زوجین اعمال خواهد شد. بدین معنا که نفقه ساقط شده و زوجه متوفی ملزم به نگهداری عده خواهد شد؛ همچنین انفساخ عقد نکاح دائم هیچ تاثیری در استحقاق زن نسبت به دریافت کل مهرالمسمی یا مهر المثل ندارد. اما چنانچه انفساخ نکاح قبل از تعیین مهر و نزدیکی صورت پذیرد بنا به قول اجماعی فقها زن مستحق هیچ گونه مهری نیست.

## منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن عابدین، محمد امین، (۱۴۰۷)، ردالمحتار علی الدر المختار، جلد ۲، بیروت: انتشارات دارالفکر.
۳. ابن همام، ابو عبدالله (۱۴۰۶) شرح فتح القدر للعاجز الفقیر، جلد ۴، بیروت: انتشارات دارالفکر.
۴. الجزیری، عبد الرحمان، (۱۴۱۹)، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۴، بیروت: دارالتقلین.
۵. العاملی، زین الدین بن العاملی، (۱۴۱۳)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، جلد ۸، قم: موسسه معارف اسلامی.
۶. امامی، سید حسن، (۱۳۸۸)، حقوق مدنی، جلد ۴، تهران: انتشارات اسلامیه.
۷. بدران، ابوالعینین بدران، (بی تا)، الفقه المقارن للاحوال الشخصیه، جلد ۱، بیروت: دارالنهضة العربیه.
۸. زمانی، زری و نقیبی، سیدابوالقاسم، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، (۱۳۹۱)، سال پنجم، شماره نهم، بهار و تابستان، ص ۹۱ تا ۱۲۰.
۹. تقوی علویکالی، فاطمه، مبینی سوچلمایی، حسن و احمدی، سیدمهدی، (۱۳۹۴)، بررسی تطبیقی وضعیت غایب مفقود الاثر قبل و بعد از صدور حکم موت فرضی در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، تهران، مرکز همایشهای توسعه ایران منتشر شده در سایت: [https://www.civilica.com/Paper-LAWI۰۱-LAWI۰۱\\_۴۳۲.html](https://www.civilica.com/Paper-LAWI۰۱-LAWI۰۱_۴۳۲.html)

۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۴)، ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۱. .... (۱۳۸۸)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. جلالی، سید مهدی، (۱۳۹۴)، ذقوق خانواده ۱، تهران: انتشارات خرسندی.
۱۳. حسینی روحانی، سید محمد صادق، (۱۴۱۴)، فقه الصادق، جلد ۲۲، قم: موسسه دارالکتاب.
۱۴. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۴۷)، لغت نامه دهخدا، جلد ۲۴، تهران: چاپخانه دانشگاه تهران.
۱۵. رزمان، علی، (۱۳۹۶)، بررسی آثار حکم موت فرضی در حقوق موضوعه ایران، فصلنامه علمی حقوقی یار، دوره سوم، پاییز، صص ۱۴۱ تا ۱۶۰.
۱۶. محمد، معین، (۱۳۶۳)، فرهنگ معین، جلد ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۱۷. ساکت، محمد حسین، (۱۳۸۶)، شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، تهران: انتشارات جنگل.
۱۸. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، سقوط تعهدات، تهران: انتشارات جنگل.
۱۹. صفار، محمد جواد، (۱۳۹۳)، درسهایی از حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل.
۲۰. صفایی، سید حسن و امامی، اسد الله، (۱۳۸۰)، مختصر حقوق خانواده، تهران: انتشارات دادگستر،
۲۱. صفایی، حسن و قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: انتشارات سمت.
۲۲. فراهیدی، خلیل، (۱۴۱۰)، کتاب العین، جلد ۵، قم: نشر هجرت.
۲۳. قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۷۵)، تسری اثر حکم موت فرضی بر نکاح و مشکلات ناشی از آن، فصلنامه دیدگاههای حقوق قضایی، بهار، شماره ۱، ص ۷۵ تا ۱۰۲.
۲۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، حقوق خانواده، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۵. گنجینه استفتات قضایی، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی معاونت آموزش قوه قضائیه، سوال ۹۰۴۰.
۲۶. محقق الحلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، (۱۹۸۳)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، نجف اشرف: چاپ الاداب.
۲۷. محقق داماد، مصطفی، (۱۳۸۴)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۸. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۳۹۰)، تحریر الوسیله، تهران: انتشارات مجد.
۲۹. میر داداشی، سید مهدی، (۱۳۹۱)، نفقه در عده وفات، مجله فقه اهل البیت، سال ۱۸، شماره ۷۰، ص ۱۹۲ تا ۲۰۸.
۳۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۹)، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، جلد ۲، مشهد: انتشارات موسسه آل البيت، الطبعة الاول.
۳۱. نجفی، محمد حسن، (۱۴۱۲)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۳۱، بیروت: موسسه النشر الاسلامی.