

این قول مشهور است، ولی برخی از فقها گذشت چهار سال را از هنگام مفقود شدن شوهر حساب می‌کنند.<sup>۱</sup> قانون مدنی جمهوری اسلامی از قول اخیر استفاده کرده و گذشت چهار سال را از هنگام مفقود شدن شوهر محاسبه می‌کند.

### تفاوت ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی با بند هشتم

این ماده و بند هشتم مندرج در عقدنامه تفاوت هایی دارند که عبارتند از :

الف) ماده ۱۰۲۹ قانون مدنی، حق درخواست طلاق برای زوجه را منوط به غیبت زوج نموده است. منظور از غایب شخصی است که، از محل سکونت خود مدت نسبتاً مدیدی دور شده و دوستان و آشنایان وی خبری از او نداشته باشند.<sup>۲</sup> ماده ۱۰۱۱ قانون مدنی غایب را این گونه معرفی می‌کند: «غایب مفقودالآثر کسی است که از غیبت وی مدت بالنسبه مدیدی گذشته و از او به هیچ وجه خبری نباشد». بند هشتم ترک زندگی و غیبت زوج را سبب حق درخواست طلاق برای زوجه می‌داند، تفاوت غیبت مندرج در این بند با غیبت مندرج در ماده ۱۰۱۱ و ۱۰۲۹ قانون مدنی در مدت آن می‌باشد. در قانون مدنی مدت غیبت به طور نسبی با توجه به وضعیت شغلی و کاری فرد، معین شده است و صدور حکم فوت فرضی نیز برای چنین فردی با توجه به مدتی که شخص معمولاً زنده فرض نمی‌شود و با عنایت به چگونگی غیبت و وضعیت وی در غیبت مشخص می‌گردد. اما غیبت مندرج در شرط هشتم مقید به مدت شش ماه است و علت تفاوت نیز در چگونگی درج غیبت به عنوان شرطی برای طلاق در عقد نامه ها و قانون مدنی است. زیرا شروط ضمن عقد نکاح با توافق زوجین ایجاد می‌گردد؛ اما در طلاق زوجه غایب، توافقی بین زوجین صورت نگرفته و مطابق اصول کلی، حق طلاق هنوز به زوج اختصاص دارد. لذا این حاکم است که برای جلوگیری از عسرو حرج زوجه به ولایت

<sup>۱</sup> - شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (۱۴۱۰ق)، قم: کتابفروشی داورى، ج ۲، ص ۱۳۹؛ خمینی، همان، ج ۲، ص ۳۴۰؛ حکیم، محسن، منهاج الصالحین (۱۴۱۰ق)، بیروت: دارالعارف للمطبوعات، ج ۲، ص ۳۲۶؛ نجفی، همان، ج ۳۲، ص ۲۸۸.

<sup>۲</sup> - جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۸۶.

از زوج، طلاق را جاری می‌سازد. ماده ۱۰۲۳ قانون مدنی با عبارت «حاکم او را طلاق می‌دهد» به این معنا اشاره دارد.

علت دیگری که در بند هشتم سبب حق طلاق می‌گردد، «ترک زندگی» است که مفهومی متفاوت با غیبت دارد.<sup>۱</sup>

در «ترک زندگی» بر خلاف «غیبت» از زوج خبری در دست است و حتی می‌تواند محل زندگی او مشخص باشد، اما وی زندگی مشترک و زوجه را ترک نموده و در جای دیگر به دور از آنها زندگی کند. حتی اگر زوج که زندگی را ترک نموده، مخارج زندگی زوجه را تأمین کند باز تأثیری در تحقق شرط هشتم ندارد. زیرا زوجه دارای حقوق واجبه دیگری از جمله حق قسم و همخوابگی می‌باشد که با ترک زندگی، آنان نیز فوت می‌شود.<sup>۲</sup>

ب) برطبق این بند در خواست طلاق منوط به عدم ارائه عذر موجه از طرف زوج در توجیه غیبت خویش می‌باشد. بنابراین چنانچه غیبت زوج به دلایلی از جمله حبس، توقیف، بیماری یا سفری که به علل غیر ارادی تا به حال بازنگشته باشد، موجب درخواست طلاق برای زوجه نمی‌گردد. اما قانون مدنی در ایجاد حق درخواست طلاق برای زوجه غایب، علت غیبت را مورد توجه قرار نداده است.

ج) در این بند، بازگشت زوج به زندگی پس از انقضای مدت مربوطه، تأثیری در تحقق شرط نداشته و حق ایجاد شده زوجه را در اجرای حق طلاق از بین نمی‌برد. اما مقررات قانون مدنی تا زمانی است که طلاق جاری نشده یا مدت عده منقضی نگردیده باشد، لذا هر گاه زوج غایب مراجعت نماید در صورت عدم اجرای طلاق، حق زوجه ساقط می‌گردد و اگر طلاق جاری شود، اما مدت عده هنوز منقضی نشده باشد، زوج حق رجوع به زوجه را دارد.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> - همان، ص ۱۴۸.

<sup>۲</sup> - اسدی، مقاله شرط ضمن عقد، کتاب زنان، ص ۱۵ - ۱۷.

<sup>۳</sup> - ماده ۱۰۳۰ ق. م.

د) با توجه به مدلول ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی طلاق زوجه غایب مفقودالاثراثر از نوع رجعی است. اما نوع طلاق مندرج در شروط ضمن عقد نکاح وفق صدر بند «ب» به انتخاب زوجه می باشد. ی) طلاق زوجه غایب مفقودالاثراثر توسط حاکم از طرف زوج غایب اجرا می شود. اما طلاق ناشی از شروط ضمن عقد، راساً یا توکیل به غیر، اجرا می شود.

با توجه تفاوت های فوق الذکر معلوم می شود، احکام طلاق زوجه غایب مفقودالاثراثر با بند هشتم مندرج در عقدنامه ها از این جهت که در هر دو حالت باید غیبت زوج متوالی و غیر منقطع باشد شبیه یکدیگر است.<sup>۱</sup>

بند ۹- «محکومیت قطعی زوج در اثر ارتکاب جرم و انجام هر گونه مجازات اعم از حد و تعزیر در اثر ارتکاب جرمی که مغایر با حیثیت خانوادگی و شئون زوجه باشد. تشخیص اینکه مجازات مغایر با حیثیت و شئون خانوادگی است با توجه به وضع و موقعیت زوجه و عرف و موازین دیگر با دادگاه است.»

این بند از دیگر مواردی است که باعث ایجاد حق استفاده از وکالت در طلاق برای زوجه خواهد شد.

در اینجا باید گفت منظور از محکومیت قطعی، صدور حکم بر محکومیت شخص است، به هر گونه ای که امکان اعتراض به آن، طبق روال عادی ممکن نباشد. مطابق ماده ۲۳۲ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری، اصل بر قطعی بودن آراء صادره از محاکم است؛ مگر مواردی که استثناء شده است. محدوده استثنائات مصرحه در ماده ۲۳۲، آن چنان گسترده است که اکثریت قریب به اتفاق آراء صادره قابلیت تجدید نظر دارند. همچنین آراء غیابی، وفق ماده ۲۱۷، پس از ابلاغ واقعی، ظرف ده روز قابل واخواهی در دادگاه صادر

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۴۳۵.

کننده حکم بوده و پس از آن نیز ظرف بیست روز قابل تجدید نظر در مرجع مربوطه می‌باشد.<sup>۱</sup> احکام غیر قطعی دادگاه‌های عمومی و انقلاب پس از طی مراحل فوق و انقضای مهلت‌های مذکور و عدم وصول لایحه و خواهی یا تجدید نظر از حکم (حسب مورد) قطعی می‌گردد. اگر چه آراء قطعی محاکم، به طرق استثنایی از جمله اعلام اشتباه قاضی<sup>۲</sup> و اعاده دادرسی<sup>۳</sup>، قابلیت بازنگری مجدد دارند؛ اما منظور از محکومیت قطعی، همان قطعیت حکم و طی شدن مراحل عادی اعتراض می‌باشد.

حال سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که، چنانچه پس از صدور حکم قطعی بر محکومیت زوج، زوجه از دادگاه، درخواست طلاق نماید و پس از صدور حکم طلاق و قطعیت آن، حکم محکومیت زوج از طرق استثنایی نقض گردد، تکلیف حکم صادره مبنی بر طلاق چیست؟

در پاسخ باید گفت: به نظر می‌رسد، اگر چه شرط نهم، « محکومیت قطعی زوج » را مبنای ایجاد حق طلاق قرار داده است؛ البته محکومیتی که صحیح باشد، اما چنانچه حکم صادره به عللی از جمله اشتباه قاضی یا اعاده دادرسی، نقض گردد، چنین محکومیتی سبب حق درخواست طلاق برای زوجه نمی‌باشد. قسمت اخیر شرط که فلسفه حق را « مغایرت جرم و مجازات با حیثیت و شئون زوجه » بر شمرده، مؤید این نظر می‌باشد و با توجه به اینکه مبنای

<sup>۱</sup> - هرگاه متهم یا وکیل او در هیچ یک از جلسات دادگاه حاضر نشده و یا لایحه نفرستاده باشند، رأی صادره غیابی است. در کلیه جرائم مربوط به حقوق الناس و نظم عمومی که جنبه حق الهی ندارد دادگاه می‌تواند رأی غیابی صادر نماید.

<sup>۲</sup> - ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (مصوب ۱۳۸۱) مقرر می‌دارد: «...در مورد آراء قطعی جز از طریق اعاده دادرسی یا اعتراض ثالث به نحوی که در قوانین مربوط مقرر است نمی‌توان رسیدگی مجدد نمود مگر اینکه رأی خلاف بین قانون یا شرع باشد که در آن صورت به درخواست محکوم علیه (چه در امور مدنی و چه در امور کیفری) یا دادستان مربوطه (در امور کیفری) ممکن است مورد تجدید نظر قرار گیرد...».

<sup>۳</sup> - موارد اعاده دادرسی از احکام قطعی دادگاه‌ها اعم از اینکه حکم اجرا شده باشد یا خیر در ماده ۲۷۲ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در هفت بند احصاء گردیده است.

صدور حکم طلاق، احراز تحقق شرط بر اساس حکم اشتباه بوده، حکم طلاق نیز اشتباه و قابل نقض است<sup>۱</sup>.

این شرط، با محکومیت زوج و اجرای هر گونه مجازات اعم از حد و تعزیر محقق می‌گردد. ماده ۱۲ قانون تعزیرات ۱۳۶۲، مجازات های مقرر در این قانون را به پنج قسم تقسیم کرده است: «حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات های بازدارنده». شرط فوق، محکومیت به جرائم مستوجب قصاص (قتل یا جرائم تمامیت جسمانی که به عمد واقع می‌شود) یا جرائم مستوجب دیه، (جرائم علیه تمامیت جسمانی که به نحو خطائی<sup>۲</sup> یا شبه عمد<sup>۳</sup> واقع می‌شوند.) را موجب تحقق حق طلاق برای زوجه نمی‌داند که این موضوع جای بحث دارد. زیرا جرائمی مانند قتل عمد بیشتر مورد تقبیح وجدان عمومی جامعه است تا جرائم قابل تعزیر، مثل خیانت در امانت. انتخاب مجازات حد و تعزیر در شرط نهم و عدم اشاره به مجازات های قصاص و دیه (با توجه به اینکه در جرائم علیه تمامیت جسمانی که به طور عمد واقع می‌شود در مواردی از جمله مواد ۲۲۰، ۲۲۲ و ۲۷۷ قانون مجازات اسلامی به علت عدم امکان قصاص، دیه به عنوان مجازات بدلی در نظر گرفته شده است.) ترجیح بلا مرجح می‌باشد.

در اینجا لازم است که مواد فوق بیان شود. ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی در این باره می‌گوید: «پدر یا جد پدری که فرزند خود را بکشد قصاص نمی‌شود و به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد».

ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی در این باره مقرر می‌دارد: «هر گاه عاقل دیوانه‌ای را بکشد قصاص نمی‌شود بلکه باید دیه قتل را به ورثه مقتول بدهد.....».

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۱، ص ۴۵۰.

<sup>۲</sup> - بند «الف»، ماده ۲۵۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در جرائم علیه تمامیت جسمانی که مرتکب در ارتکاب جرم، اراده آگاه نسبت به انجام فعل بر مجنی علیه را نداشته و نتیجه حاصله را پیش بینی نمی‌کرده و خواستار نبوده است، جرم از نوع خطائی است».

<sup>۳</sup> - بند «ب» ماده ۲۵۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در این نوع جرم جانی قصد فعلی را که نوعاً سبب جنایت نمی‌شود داشته ولی قصد جنایت نسبت به مجنی علیه را ندارد».