

دانشگاه بین‌المللی امام خمینی



IMAM KHOMEINI  
INTERNATIONAL UNIVERSITY

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)  
دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی  
گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی

**پایان نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)**

**گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی**

**عنوان:**

بررسی نظریات شهید ثانی در باب طلاق [با اتکاء به کتاب مسالک الافهام، ج ۹، ص ۲۵۳-۱۲۵]  
و تطبیق آن با قانون مدنی

**استاد راهنما:**

دکتر حسین نمازی فر

**استاد مشاور:**

دکتر مهدی رهبر

**نگارش:**

زهرا علیرضائی

تابستان ۸۸

تقدیم بہ سید الشہداء والصدیقین امام حسین (ع)

و

۔۔۔۔ تقدیم بہ پدر و مادر عزیزم ۔۔۔۔

آنان کہ وجودم برایشان ہمہ نچ بود و وجودشان بر ایم ہمہ مہر

توانشان رفت تا بہ توانایی بر رسم و مویشان سپید کشت تا رویم سپید بماند

آنان کہ فروغ نگاهشان، گرمی کلامشان و روشنی رویشان سرمایہ ہامی

جاودانی زندگی من است۔

## سپاسگزاری

سپاس و درود فراوان آن خدای را سزااست که چراغ توفیق و سعادت در سر راهم قرار داد تا بتوانم پژوهشی را که در مقابل  
دریای سیکران علم و دانش استادان گرانمایه، سرمایه ای ناچیز است به اتمام برسانم.  
از زحمات بی شائبه، راهنمایی های ارزنده و مساعدت های استاد گرانقدر جناب آقای دکتر حسین نمازی فربه عنوان استاد اہماکمال  
تشکر را دارم.

ہمچنین از جناب آقای دکتر مهدی رہبر کہ بہ عنوان استاد مشاور در پیشبرد رسالہ می حاضر کمک شایانی نمودند، قدر دانی می کنم.  
در میان از پرسنل کتابخانہ می امام صادق (ع) و تمامی دوستان و عزیزانی کہ در انجام این رسالہ، مریاری نمودند، تشکر و قدر دانی می  
نمایم.

## چکیده

پایان نامه بررسی نظریات شهید ثانی در باب طلاق (با اتکا به کتاب مسالک الأفهام، ج ۹، ص ۱۵۳-۱۲۵ و تطبیق آن با قانون مدنی، عنوان رساله ایی است که تلاش می کند تا نظرات این فقیه بزرگوار را در باب طلاق مورد مطالعه و بررسی قرار داده و ضمن تطبیق آن ها با قانون مدنی، به مبانی فقهی قانون در این خصوص دست یابد و نکات اشتراک و اختلاف آن ها را روشن سازد.

بدین جهت رساله حاضر در ۶ فصل تنظیم گردیده است که فصل اول به بحث کلیات و مفاهیم پرداخته شده است، و در فصل دوم نیز به مسائل پیرامون اقسام طلاق اشاره گردیده است.

در فصل سوم، به مسئله طلاق مریض و آثار مترتب بر این طلاق پرداخته شده که قانون مدنی نیز در مواد ۹۴۰ تا ۹۴۵ به برخی از این مسائل پرداخته است.

در فصل چهارم، به مسأله محلل و شرایط وی و مسائلی که پیرامون آن بحث کرده اشاره داشته و ماده ۱۰۵۷ قانونی نیز در این مورد صحبت می کند...

فصل پنجم، مربوط به طلاق رجعی است که در این فصل رجوع و نحوه آن و مسائل مربوطه بحث و بررسی می گردد که در ماده ۱۱۴۸ به حق رجوع زوج در مدت عدّه اشاره کرده و ماده ۱۱۴۹ نحوه رجوع را بیان می دارد.

در فصل ششم نیز به تعریف عدّه و عدّه طلاق زنان غیر حامل، اعم از زن صغیره، یائسه، ذات الشهور و ذات الأقراء و ... پرداخته شده است که ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی عدّه را تعریف و ماده ۱۱۵۲ به بیان عدّه برخی از زنان غیر حامل می پردازد.

کلید واژه: طلاق مریض، محلل، رجعی، عدّه و...

## فہرست مطالب:

۱..... مقدمہ

## فصل اول: کلیات و مفہیم

۱-۱: کلیات..... ۵

۱-۱-۱: تعریف سائل..... ۵

۱-۱-۲: طرح سوال..... ۵

۱-۱-۳: طرح فرضیہ..... ۶

۱-۱-۴: پیشینہ تحقیق..... ۶

۱-۱-۵: روش کار تحقیق..... ۷

۱-۱-۶: فصول تحقیق..... ۷

۱-۲: مفہیم..... ۸

۱-۲-۱: مفہوم طلاق..... ۸

## فصل دوم: اقسام طلاق

۱-۲-۱: تقسیم طلاق..... ۱۰

۱-۲-۲: مسائل شش گانہ..... ۱۱

۱-۲-۲-۱: سائل اول: طلاق غیر عدلی..... ۱۱

۱-۲-۲-۱-۱: نظر فقہاء..... ۱۱

۱۵..... ۲-۱-۲-۲: نظر مختار قانون و شارحان آن

۱۷..... ۲-۲-۲: مسأله دوم: طلاق زن باردار در نوبت دوم

۱۷..... ۱-۲-۲-۲: نظر فقهاء

۲۳..... ۲-۲-۲-۲: نظر قانون مدنی و شارحان آن

۲۳..... ۳-۲-۲: مسأله سوم: طلاق دوم زن حائل

۲۴..... ۱-۳-۲-۲: نظر فقهاء

۳۳..... ۲-۳-۲-۲: نظر قانون مدنی و شارحان آن

۳۴..... ۴-۲-۲: مسأله چهارم: شک مرد مطلق در طلاق

۳۴..... ۱-۴-۲-۲: نظر فقهاء

۳۶..... ۵-۲-۲: مسأله پنجم: ادعای طلاق از مرد غائب پس از انجام نزدیکی

۳۶..... ۱-۵-۲-۲: نظر فقهاء

۳۷..... ۶-۲-۲: مسأله ششم: ازدواج مرد مطلق با زن چهارم

۳۷..... ۱-۶-۲-۲: نظر فقهاء

۳۹..... ۲-۶-۲-۲: نظر مختار قانون مدنی و شارحان آن

### فصل سوم: طلاق مریض

۴۲..... ۱-۳: صحت طلاق مریض

۴۲..... ۱-۱-۳: نظر فقهاء

۴۳..... ۲-۱-۳: نظر مختار قانون و شارحان

- ۳-۲: توارث در طلاق رجعی و بان..... ۴۳
- ۳-۲-۱: نظر فقهاء..... ۴۳
- ۳-۲-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۴۶
- ۳-۳: ادعای سه طلاق نمودن زوج..... ۴۹
- ۳-۳-۱: نظر فقهاء..... ۴۹
- ۳-۳-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۵۱
- ۳-۴: زوج لعان شده در مرض موت..... ۵۳
- ۳-۴-۱: نظر فقهاء..... ۵۳
- ۳-۴-۲: نظر مختار قانون و شارحان آن..... ۵۴
- ۳-۵: دلیل ارث بردن زن مطلقه..... ۵۶
- ۳-۵-۱: نظر فقهاء..... ۵۶
- ۳-۵-۱-۱: اشکال به صاحب شرایع..... ۵۸
- ۳-۵-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۵۹
- ۳-۶: ادعای ورثه مبنی بر طلاق زن در زمان صحت زوج..... ۶۰
- ۳-۶-۱: نظر فقهاء..... ۶۰
- ۳-۶-۲: نظر مختار قانون و شارحان آن..... ۶۱
- ۳-۷: طلاق چهار زن در حال مرض و از دواج با چهار زن دیگر..... ۶۲
- ۳-۷-۱: نظر فقهاء..... ۶۳

۶۳..... نظر مختار قانون و شارحان آن ۲-۷-۳

## فصل چهارم: محتل

۶۶..... محتل و فلسفه تشریح آن ۱-۴

۶۸..... حرمت پس از طلاق سوم و نهم ۲-۴

۶۸..... نظر فقهاء ۱-۲-۴

۷۰..... نظر مختار قانون و شارحان ۲-۲-۴

۷۰..... در طلاق سوم ۱-۲-۲-۴

۷۱..... در طلاق نهم ۲-۲-۲-۴

۷۲..... شروط محتل ۳-۴

۷۲..... نظر فقهاء ۱-۳-۴

۷۲..... شرط اول ۱-۱-۳-۴

۷۸..... شرط دوم ۲-۱-۳-۴

۸۱..... نظر مختار قانون و شارحان در بیان شرایط محتل ۲-۳-۴

۸۴..... قول به انهدام یا عدم آن ۴-۴

۸۴..... نظر فقهاء ۱-۴-۴

۸۸..... نظر مختار قانون و شارحان ۲-۴-۴

۸۹..... شرط اسلام در محتل ۵-۴

۸۹..... نظر فقهاء ۱-۵-۴



- ۹۰..... ۴-۵-۲: نظر مختار قانون و شارحان.
- ۹۲..... ۴-۶: محفل خصی.
- ۹۲..... ۴-۶-۱: نظر فقهاء.
- ۹۳..... ۴-۶-۲: نظر مختار قانون و شارحان.
- ۹۴..... ۴-۷: مرد شدن محفل.
- ۹۶..... ۴-۷-۱: نظر فقهاء.
- ۹۶..... ۴-۷-۲: نظر مختار قانون و شارحان.
- ۹۸..... ۴-۸-۸: مسائل.
- ۹۸..... ۴-۸-۱: ادعای زن بنی بر تحلیل شدن.
- ۹۸..... ۴-۸-۱-۲: نظر فقهاء.
- ۱۰۰..... ۴-۸-۱-۲: نظر مختار قانون و شارحان آن.
- ۱۰۰..... ۴-۸-۲: انکار نزدیکی از طرف محفل.
- ۱۰۰..... ۴-۸-۲-۱: نظر فقهاء.
- ۱۰۱..... ۴-۸-۲-۲: نظر مختار قانون و شارحان.
- ۱۰۲..... ۴-۸-۳: وطی حرام با محفل.
- ۱۰۲..... ۴-۸-۳-۱: نظر فقهاء.
- ۱۰۴..... ۴-۸-۳-۲: نظر مختار قانون و شارحان.

فصل پنجم: طلاق رجعی

۱۰۶.....	۱-۵: رجوع.....
۱۰۶.....	۱-۱-۵: مفهوم رجعت.....
۱۰۶.....	۲-۱-۵: دلائل و استنادات.....
۱۰۷.....	۳-۱-۵: نحوه رجوع.....
۱۰۷.....	۱-۳-۱-۵: نظر فقهاء.....
۱۱۰.....	۲-۳-۱-۵: نظر مختار قانون و شارحان آن.....
۱۱۵.....	۲-۵: انکار طلاق رجعی.....
۱۱۵.....	۱-۲-۵: نظر فقهاء.....
۱۱۹.....	۲-۲-۵: نظر مختار قانون و شارحان آن.....
۱۱۷.....	۳-۵: شاید گرفتن بر امر رجوع.....
۱۱۷.....	۱-۳-۵: نظر فقهاء.....
۱۱۹.....	۲-۳-۵: نظر مختار قانون و شارحان.....
۱۲۰.....	۴-۵: تعلق در رجوع.....
۱۲۰.....	۱-۴-۵: نظر فقهاء.....
۱۲۱.....	۲-۴-۵: نظر مختار قانون و شارحان.....
۱۲۱.....	۵-۵: حکمی یا تحقیقی بودن زوج مطلقه رجعی.....
۱۲۲.....	۱-۵-۵: نظر فقهاء.....
۱۲۵.....	۲-۵-۵: نظر مختار قانون و شارحان.....

- ۵-۶: رجوع به مطلقه ذمیه..... ۱۲۶
- ۵-۶-۱: نظر فقهاء..... ۱۲۶
- ۵-۶-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۱۲۷
- ۵-۷: انکار دخول پس از رجوع..... ۱۲۸
- ۵-۷-۱: نظر فقهاء..... ۱۲۸
- ۵-۷-۲: نظر قانون و شارحان آن..... ۱۳۰
- ۵-۸: رجوع شخص لال..... ۱۳۱
- ۵-۸-۱: نظر فقهاء..... ۱۳۱
- ۵-۸-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۱۳۱
- ۵-۹: اختلاف زوجین در انقضاء حده..... ۱۳۲
- ۵-۹-۱: نظر فقهاء..... ۱۳۲
- ۵-۹-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۱۳۵
- ۵-۱۰: ادعای عمل از طرف زن مطلقه..... ۱۳۶
- ۵-۱۰-۱: نظر فقهاء..... ۱۳۶
- ۵-۱۰-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۱۳۷
- ۵-۱۱: اختلاف زوجین در زمان رجوع و انقضاء حده..... ۱۳۷
- ۵-۱۱-۱: نظر فقهاء..... ۱۳۷
- ۵-۱۱-۲: نظر مختار قانون و شارحان..... ۱۴۳

۱۲-۵: مسائل متفرقه..... ۱۴۴

۱-۱۲-۵: آیا رجوع امری وکالت پذیر است؟..... ۱۴۴

۲-۱۲-۵: آیا اطلاع دادن رجوع به زن مطلقه لازم است؟..... ۱۴۵

### فصل ششم: عده زن غیرحاله

۱-۶: عده زنان غیرحاله..... ۱۴۸

۱-۱-۶: مفهوم عده..... ۱۴۸

۱-۱-۱-۶: تعریف لغوی عده..... ۱۴۸

۲-۱-۶: عده در اصطلاح فقهی..... ۱۴۸

۳-۱-۶: تعریف عده در قانون و حقوق ایران..... ۱۴۹

۲-۱-۶: دلایل و حکمت تشریح عده..... ۱۵۰

۳-۱-۶: ادله و استنادات عده..... ۱۵۰

۴-۱-۶: اقسام عده..... ۱۵۱

۲-۶: زنان غیرمدخوله مطلقه..... ۱۵۲

۱-۲-۶: عده زنان غیرمدخوله..... ۱۵۲

۱-۱-۲-۶: نظر فقهاء..... ۱۵۲

۲-۱-۲-۶: نظر مختار قانون و شارحان آن..... ۱۵۳

۲-۲-۶: مقصود از دخول و نزدیکی..... ۱۵۴

۱-۲-۲-۶: نظر فقهاء..... ۱۵۴

- ۱۵۵..... نظر مختار قانون و شارحان آن. ۲-۲-۲-۶
- ۱۵۶..... عدم لزوم عده به صرف خلوت نمودن. ۳-۲-۶
- ۱۵۶..... نظر فقهاء. ۱-۳-۲-۶
- ۱۵۷..... نظر مختار قانون و شارحان. ۲-۳-۲-۶
- ۱۵۷..... عده زنان ذات الاقراء. ۳-۳-۲-۶
- ۱۵۷..... نظر فقهاء. ۱-۳-۲-۶
- ۱۵۷..... معنای لغوی قرء. ۱-۱-۳-۶
- ۱۵۹..... معنای تحقیقی قرء. ۲-۱-۳-۶
- ۱۵۹..... منظور آیه از قرء. ۳-۱-۳-۶
- ۱۶۳..... نظر مختار قانون و شارحان آن. ۲-۳-۶
- ۱۶۶..... اتمام عده زمانی که عادت مختلف باشد. ۴-۶
- ۱۶۷..... یک نخط طهر یک قرء است. ۵-۶
- ۱۶۷..... نظر فقهاء. ۱-۵-۶
- ۱۶۸..... نظر مختار قانون و شارحان آن. ۲-۵-۶
- ۱۶۹..... کمترین زمان عده. ۶-۶
- ۱۶۹..... نظر فقهاء. ۱-۶-۶
- ۱۷۰..... نظر مختار قانون و شارحان. ۲-۶-۶
- ۱۷۱..... وقوع طلاق در حیض. ۷-۶

- ۱۷۱..... نظر فقهاء. ۱-۷-۶
- ۱۷۳..... نظر مختار قانون و شارحان. ۲-۷-۶
- ۱۷۴..... ۸-۶: زمان ذات الشهور.
- ۱۷۴..... ۱-۸-۶: عدّه زمان ذات الشهور.
- ۱۷۴..... ۱-۱-۸-۶: نظر فقهاء.
- ۱۷۵..... ۲-۱-۸-۶: نظر مختار قانون و شارحان.
- ۱۷۶..... ۹-۶: زمان يائسه.
- ۱۷۶..... ۱-۹-۶: عدّه زمان يائسه.
- ۱۷۶..... ۱-۱-۹-۶: نظر فقهاء.
- ۱۷۹..... ۲-۱-۹-۶: نظر مختار قانون و شارحان آن.
- ۱۸۱..... ۲-۹-۶: حد يائس.
- ۱۸۱..... ۱-۲-۹-۶: نظر فقهاء.
- ۱۸۳..... ۲-۲-۹-۶: نظر مختار قانون و شارحان.
- ۱۸۴..... ۳-۹-۶: عدّه زمان يائسه ای که امثال او حائض می شوند.
- ۱۸۴..... ۱-۳-۹-۶: نظر فقهاء.
- ۱۸۷..... ۲-۳-۹-۶: نظر مختار قانون و شارحان آن.
- ۱۸۷..... ۱۰-۶: زنی که عدّه اش سه ماه است در ماه سوم.
- ۱۸۷..... ۱-۱۰-۶: نظر فقهاء.

۱۹۳.....	۲-۱۰-۶: نظر مختار قانون و شارحان.
۱۹۴.....	۱۱-۶: یانہ شدن پس از یک حیض.
۱۹۴.....	۱-۱۱-۶: نظر فقہاء.
۱۹۵.....	۲-۱۱-۶: نظر مختار قانون و شارحان آن.
۱۹۶.....	۱۲-۶: عدۃ زنی کہ خون مشبہ می بینند.
۱۹۶.....	۱-۱۲-۶: نظر فقہاء.
۱۹۹.....	۲-۱۲-۶: نظر حقوقدانان.
۲۰۰.....	۱۳-۶: عدۃ زنی کہ هر ۱۵ یا ۶ ماه حیض می بینند.
۲۰۱.....	۱-۱۳-۶: نظر فقہاء.
۲۰۱.....	۲-۱۳-۶: نظر مختار قانون و شارحان.
۲۰۲.....	۱۴-۶: منظور از ماه حلالی.
۲۰۲.....	۱-۱۴-۶: نظر فقہاء.
۲۰۳.....	۲-۱۴-۶: نظر مختار قانون و شارحان.
۲۰۴.....	۱۵-۶: شک بہ حمل در عدۃ.
۲۰۴.....	۱-۱۵-۶: نظر فقہاء.
۲۰۵.....	۲-۱۵-۶: نظر مختار قانون و شارحان.
۲۰۶.....	نتیجہ.....
۲۰۹.....	فہرست منابع.

## مقدمه

شیخ زین الدین عاملی جبعی فرزند نورالدین معروف به ابن الحجه و مشهور به شهید ثانی فقیه و عالم بزرگ جهان تشیع است که در سال ۹۱۱ هجری قمری در جبع از توابع جبل عامل چشم به جهان گشود. ایشان از همان ابتدا به فراگیری علوم و فنون و ادب پرداختند و در حوزه درسی شیخ علی بن عبدالعالی کرکی، شرایع و ارشاد و قواعد علامه حلّی را در محضر ایشان آموختند، از جمله دیگر اساتید ایشان می توان سید حسن بن سید جعفر، شیخ علی میسی، شمس الدین محمد بن مکی، شیخ احمد بن جابر را نام برد.

در سال ۹۶۴ ه.ق در شهر مقدس کربلا به درجه والای اجتهاد نائل گشتند و از آن پس شاگردان بسیاری اعم از شیعه و سنی از محضر ایشان بهره می بردند و رفته رفته آوازه ایشان در محافل و مجامع علمی و دینی بلند گردید به طوریکه مرجعیت اعظمی از شیعیان و ریاست مذهبی علماء شیعه را نیز به خود اختصاص دادند<sup>۱</sup>.

صاحب «أمل الأمل» در مورد ایشان می نویسد: « شیخ اجل زین الدین بن علی شاگرد علامه ابن مشرف عامل جبعی، شهید ثانی در وثاقت و دانش و فضل و پارسایی و عبادت و پرهیزگاری و تقوا و تحقیق و تبخّر و جلالت قدر و عظمت مقام و همگی فضائل و کمالات مشهورتر از آن است که توصیف شود و شایستگی ها و اوصاف پسندیده او بیشتر از آن است که به شماره در آید و آثار او هم فراوان و هم مشهور است»<sup>۲</sup>.

سرانجام ایشان در سال ۹۶۵ ه.ق در زمانی که دشمنی و کینه مذهبی بین عثمانیان و ایرانیان به اوج اعلای خود رسیده بود بر اثر فتوای قاضی صیدا که حکم به تکفیر او داده بود در نهایت قساوت به دست دولت عثمانی شهید شدند.

از ایشان نزدیک به ۵۱ اثر به چاپ رسیده است که از جمله مهمترین این آثار به کتاب «مسالك الأفهام فی تنقیح الشرایع الإسلام»، «الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه»، «تمهید القواعد الأصولیه تفریح الأحكام الشرعیه، حقائق الإیمان، منیه المرید فی الاداب المفید، روض الجنان، حاشیة الإرشاد، البدایه فی علم الدرایه و ... می توان اشاره نمود.

<sup>۱</sup> - احمد، صدر، حاج سید جواد و جمعی از نویسندگان، دائرة المعارف شیعه، ج ۱۰، ص ۱۵۱.

<sup>۲</sup> - به نقل از: افندی اصفهانی، میزا عبدا...، ریاض العلماء و حیاض الفضلاء، ترجمه محمد باقر ساعدی، ص ۴۲۴.



کتاب مسالک الأفهام از منابع غنی فقهی به شمار می رود که دارای چاپ های مختلفی می باشد و نسخه مورد استفاده در این رساله دوره ۱۶ جلدی آن از انتشارات مؤسسه معارف اسلامی (چاپ سوم ۱۴۲۵ ه.ق) می باشد و متن این کتاب شرحی است بر کتاب «شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام» که از تألیفات فقیه بزرگ مرحوم محقق حلی است که در آن به بیان تمامی ابواب فقه پرداخته شده است.

هر چند که نهاد خانواده چه در اصل تشکیل و چه در تداوم آن، در دین مقدس اسلام از اهمیت خاصی برخوردار است ولیکن از آنجایی که در برخی موارد تحمل زندگی زناشویی با مشقت و سختی همراه خواهد بود و حتی تحمل وضعیت نابسامان آن گاهاً اثراتی مخرب تر از طلاق بر جای خواهد گذاشت دین مبین اسلام رویه متعادلی را نسبت به آن در پیش گرفته و آن را به عنوان مغبوض ترین و منفورترین حلال بر می شمارد و به تبع آثار و احکامی را بر آن مترتب می داند. شهید ثانی نیز در باب طلاق در کتاب مسالک الأفهام با تمام سعی و کوشش به زوایا و مسائل گوناگون آن پرداخته است به طوریکه در این باب به مسائل بسیار مهم و ارزشمندی پیرامون طلاق پرداخته شده که می توان گفت نظریات و دقت نظر و نحوه استدلال ایشان در میان دیگر فقها تحسین بر انگیز است.

از سوی دیگر از آنجایی که منبع اصلی حقوق و قانون مدنی فقه می باشد و اکثر مواد قانونی بر طبق نظر مشهور فقهای امامیه تدوین گشته است ولیکن با کمی تأمل و توجه در موارد قانونی بدین نتیجه می رسیم که در بسیاری از موارد و مسائل، قانون مدنی ساکت بوده و یا در عبارات آن ابهام و اجمال وجود دارد و در این موارد بایستی با مطالعه و دقت نظر عمیق در منابع فقهی و فتاوی فقها و همچنین آگاهی و درک کامل از قانون مدنی، توأم با یکدیگر، در جهت تکمیل قانون مدنی، به حل مسائل و نارسایی های قانونی پردازیم.

البته شاید چنین ایراد گرفته شود که با توجه به ماده ۳ آئین دادرسی مدنی چنین کاری ضروری به نظر نرسد چرا که با توجه به این ماده در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد مراجع قضایی و قضات با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد باید حکم قضیه را صادر نمایند، بنابراین زمانی که می توان با رجوع به منابع فقهی نقصان قانون را جبران نمود، تکمیل قانون مدنی ضرورتی نخواهد داشت.

اما در جواب بایستی گفت از آنجایی که فتاوی فقها در بعض مسائل مختلف می باشد قاضی می تواند با هر نظری که موافق بوده، برای آن در فقه مستندی پیدا کند و این امر موجب پدید آمدن بی نظمی در آراء و رویه های قضایی خواهد شد و اگر دادرس به فتوا یا کتاب معتبری برای تأیید نظر خود استناد کند، در

مرحله تجدیدنظر نمی توان به استناد اجتهاد مخالفی که در فتوا یا کتاب معتبر دیگری آمده است، آن را نقض کرد و در این صورت حتی دیوان عالی کشور نیز که وظیفه « وحدت رویه قضایی» را بر عهده دارد نمی تواند حکمی که به فتوا یا منبع معتبری استناد شده را تعدیل یا نقض نماید و تنها نسبت به اعتبار منبع می تواند نظارت نماید<sup>۱</sup>. لیکن اگر با مطالعه و تحقیق و پژوهش در کتب فقهی و نظرات مشهور به تکمیل و تصحیح قانون مدنی بپردازیم از آنجا که قانون بر تمامی منابع و مستندات فقهی تقدم دارد با مراجعه به قانون در مسائل قضایی، این بی نظمی در آراء و رویه قضایی بوجود نخواهد آمد.

در این رساله نیز سعی بر این شده که علاوه بر نظرات شهید ثانی در باب طلاق و بیان ادله و استدلالات ایشان به بیان نظرات دیگر فقهای مشهور نیز پرداخته شود و دلایل ایشان نیز مورد بررسی و بحث قرار گیرد و سپس نظر قانون در مورد آن مسئله نیز بیان داشته شده تا بدین وسیله نقاط قوت و ضعف قانون در مسائل مربوط به طلاق روشن گردد و در بعضی از موارد نیز ماده قانونی اصلاحی در مسائلی که قانون دارای ضعف و یا سکوت بوده، پیشنهاد شده است.

به هر صورت امید است که تلاش و کوشش خالصانه اینجانب مورد رضایت اساتید محترم و دانش پژوهان فقه و حقوق قرار گیرد.

---

<sup>۱</sup> - کاتوزیان، ناصر، به نقل از مجله کانون وکلا، شماره ۱۰، مقاله.

## فصل اول:

# کلیات و مفاهیم

## ۱-۱: کلیات

### ۱-۱-۱: تعریف مسأله

از جمله فقهای عالیقدر و برجسته علوم اسلامی، زین الدین علی عاملی معروف به شهید ثانی (رحمه الله علیه) است و یکی از کتب ارزشمند فقهی ایشان «مسالك الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام» می باشد که شهید ثانی، نظرات محقق حلی را تحلیل و تشریح نموده اند. کتاب «شرایع الاسلام» در تمامی ابواب فقهی تدوین شده که یکی از ابواب آن، باب طلاق است که در آن مسائل مربوط به طلاق را به صورت مستدل مورد بررسی قرار داده و به ذکر مبانی استدلالی و تحلیلی آن پرداخته و فروع جدید آن را مطرح و تبیین می نماید.

از سویی با توجه به این نکته که قانون مدنی از اساس فقه امامیه تدوین شده است آگاهی از درک کامل آن مستلزم شناخت مبانی فقهی و تطبیق آن با آراء فقهاء می باشد لذا با توجه به آراء مستدل شهید ثانی و ضرورت آگاهی دادگاه ها و قضات و دانشجویان فقه و حقوق از مسائل مربوط به طلاق و دسترسی آنان به منابع قوی و اصیل فقهی، بررسی نظرات ایشان و تطبیق آن با قانون مدنی حائز اهمیت است هر چند در این تحقیق در حد وسیع سعی بر آن بوده است که علی رغم نظرات شهید ثانی، نظر سایر فقها نیز مورد بررسی قرار گیرد تا از این رهگذر خواننده علاوه بر آشنایی با نظرات شهید ثانی از نظرات و نکات اختلافی که بین فقهای عظام در زمینه مسائل مطرح شده وجود دارد آگاهی و بهره مند شود.

همچنین از آن جا که قانون مدنی در باب طلاق دارای برخی نقاط قوت و ضعف می باشد، در بعضی مسائل نیز سکوت کرده و حکمی صادر ننموده است لذا بررسی تطبیقی میان فقه و قانون، نقاط قوت آن را نمایان تر می سازد و راهکارهای مناسب و مبتنی بر نظرات مشهور فقهی برای نقاط سکوت یا ابهام قانون مدنی ارائه می نماید.

### ۱-۱-۲: طرح سؤال

۱- آیا مردی که در مرض رو به موت به سر می برد می تواند همسر خود را طلاق دهد؟ و آیا در این فرض زن از او دیگر ارث نخواهد برد؟