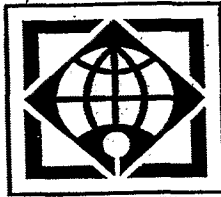


بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دانشگاه بین المللی امام خمینی



IMAM KHOMEINI
INTERNATIONAL UNIVERSITY

دانشگاه بین المللی 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 عده

[با اتکاء به کتاب مسالک الأفهام ج ۹، ص ۳۶۰، ۲۵۳] و تطبیق آن با قانون مدنی

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر حسین نمازی فر

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر مهدی رهبر

نگارش:

معصومه گرمی

زمستان ۸۷

۱۱۳۴۳۱

۱۳۸۸ / ۳ / ۳۱

اطلاعات مرکز علمی بروجرد
حسین مبارک

از رساله خانم معصومه کرمی در جلسه مورخ ۱۳/۱۲/۸۸ با حضور امضاء کنندگان ذیل دفاع به

عمل آمده و با نمره ۱۸/۱۰ و درجه عالی مورد تصویب قرار گرفت.

هجده دینم تمام



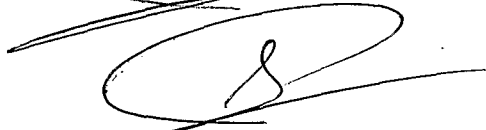
استاد راهنما: دکتر حسن تهرانی فر



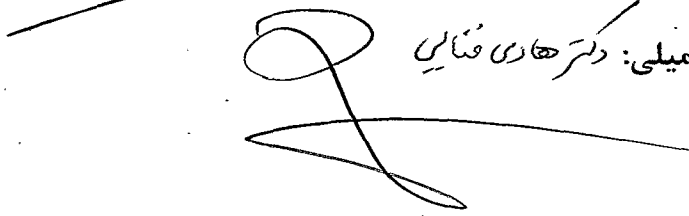
استاد مشاور: دکتر مهدی رحیمی



استاد داور خارجی: دکتر الزهرا زاره



استاد داور داخلی: دکتر اسداله لطفی



مدیر گروه: دکتر اسداله لطفی

نماینده تحصیلات تکمیلی: دکتر هادی قنایی



تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب معصوم کریمی دانشجوی رشته فقه و حقوق اسلامی مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد بدین وسیله اصالت کلیه مطالب موجود و مباحث مطروحه در پایان نامه / تز تحصیلی خود، با عنوان بررسی نظریات محمد باقر در باب طلاق با تکیه بر کتاب مکالمات امام خمینی (ره) را تایید کرده، اعلام می نمایم که تمامی محتوی آن حاصل مطالعه، پژوهش و تدوین خودم بوده و به هیچ وجه رونویسی از پایان نامه و یا هیچ اثر یا منبع دیگری، اعم از داخلی، خارجی و یا بین المللی، نبوده و تعهد می نمایم در صورت اثبات عدم اصالت آن و یا احراز عدم صحت مفاد و یا لوازم این تعهدنامه در هر مرحله از مراحل منتهی به فارغ التحصیلی و یا پس از آن و یا تحصیل در مقاطع دیگر و یا اشتغال و... دانشگاه حق دارد ضمن رد پایان نامه نسبت به لغو و ابطال مدرک تحصیلی مربوطه اقدام نماید. مضافاً اینکه کلیه مسئولیت ها و پیامدهای قانونی و یا خسارات وارده از هر حیث متوجه اینجانب می باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو

امضاء و تاریخ

تقدیم ہے:

سب سے بڑا آرامش

جاری

تا ابدیت.

بہ مہربان ترین چشمان منظر است

وجود نازنین «رحمۃ للعالمین»

حضرت محمد مصطفیٰ (صلی اللہ علیہ وآلہ):

پاسکزاری:

«مَنْ لَمْ يَشْكُرِ الْمَخْلُوقَ لَمْ يَشْكُرِ الْخَالِقَ»

از زحمات اساتید ارجمندی که در طول دوران تحصیل از محضرشان کسب فیض نمودم و از تمامی عزیزانی که به نحوی مراد گردآوری این پایان نامه یاری نمودند و از پرسنل محترم کتابخانه امام صادق (علیه السلام) و تمامی دوستان عزیزم پاسکزارم، بهچنین از بردباری همسر مهربانم که در طول این مدت، باعث دلگرمی من بود، کمال تشکر را دارم.

فرم چکیده پایان نامه دوره تحصیلات تکمیلی

نام خانوادگی دانشجو: کرمی	نام دانشجو: معصومه
استاد یا اساتید راهنما: دکتر حسین نمازی فر	استاد یا اساتید مشاور: دکتر مهدی رهبر
دانشگاه: دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)	رشته: الهیات
گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی	مقطع: کارشناسی ارشد
تاریخ دفاع: ۱۳۸۷ / /	تعداد صفحات:

پایان نامه: بررسی نظریات شهید ثانی در باب طلاق (با اتکاء به کتاب مسالک الأفهام، ج ۹، ص ۳۶۰-۲۵۳ و تطبیق آن با قانون مدنی عنوان رساله ای است که تلاش می کند، با تکیه بر نظریات این فقیه بزرگ در باب عده، قانون مدنی را مورد مطالعه و بررسی قرار داده و از تطبیق بین آن دو، به نکات اشتراک و اختلاف و همچنین نقاط سکوت یا ابهام قانون مدنی پی ببرد. در این رساله که در هفت فصل تنظیم شده است، در ابتدا مختصری در مورد مفهوم عده و تاریخچه عده و همچنین فلسفه تشریح آن صحبت شده است.

مشهور فقهای امامیه انقضای عده زن حامله را به وضع حمل می دانند، که قانون مدنی در این زمینه از نظر مشهور تبعیت کرده و انقضای عده زن حامله را به وضع حمل مقرر داشته است.

همچنین قانون مدنی بنا بر نظر مشهور فقهاء طفل متولد از زنا را ملحق به زانی نمی داند.

بر خلاف وطی به زنا که هیچ احترامی ندارد، قانون مدنی، وطی به شبهه را محترم شناخته و برای آن عده ای چون عده طلاق قرار داده است، و نسب ناشی از وطی به شبهه نیز از نظر قانون محترم است و با تحقق شرایط ملحق به واطی به شبهه می باشد.

در زمینه تداخل و عدم تداخل دو عده، مشهور فقهاء قائل به عدم تداخل هستند، در حالیکه قانون مدنی در این زمینه ساکت است و هیچ اشاره ای به آن ننموده است. در زمینه وفات و مسائل مربوط به آن قانون مدنی از نظر مشهور فقهاء تبعیت کرده و عده وفات را ۴ ماه و ۱۰ روز مقرر کرده است.

در مورد مسأله غایب مفقود الاثر، فقهاء در صورت تقاضای زوجه برای روشن شدن وضعیتش، ۴ سال جستجو را لازم می دانند، در حالیکه قانون مدنی جستجوی یکساله و اعلان در جراید را کافی می داند.

فقهاء امامیه زمان شروع عده وفات غایب مفقود الاثر را از زمان رسیدن خبر فوت غایب می دانند، در حالیکه قانون مدنی اشاره ای به این موضوع نکرده و عده ای از حقوقدانان معتقدند که ملاک برای عده نگاه داشتن زمان فوت حقیقی زوج است نه زمان رسیدن خبر فوت.

همچنین قانون مدنی در زمینه بائن یا رجعی بودن طلاق به حکم دادگاه، نیز ساکت است و هیچ اشاره ای هم به قابل اسقاط بودن یا نبودن حق رجوع مرد در طلاق رجعی ننموده است.

مشهور فقهاء امامیه مطلقه رجعی را در ایام عده مستحق دریافت نفقه و سکنی و ... که قانون مدنی هم مطابق نظر مشهور فقهاء این حقوق را برای زوجه مطلقه رجعی و همچنین مطلقه بائن یا کسی که عقدش را فسخ نموده و حامله است، مقرر داشته است.

کلید واژه:

عده، عده حامل، عده وطی به شبهه، عده وفات، عده غایب مفقود الاثر، و ...

مقدمه ۱

فصل اول: کلیات و مفاهیم

۴	۱-۱ کلیات
۴	۱-۱-۱: تعریف مسأله
۴	۲-۱-۱: طرح سؤالات
۴	۳-۱-۱: طرح فرضیه ها
۵	۴-۱-۱: پیشینه تحقیق
۵	۵-۱-۱: روش کار تحقیق
۵	۶-۱-۱: فصول تحقیق
۶	۲-۱ مفهوم عده
۶	۱-۲-۱: معنای لغوی و اصطلاحی
۶	۲-۲-۱: تاریخچه طلاق و عده
۹	۳-۲-۱: فلسفه تشریح عده و احکام آن
۱۰	۴-۲-۱: حکمت عده زن مطلقه در حالت حاملگی
۱۱	۵-۲-۱: حکمت عده وفات

فصل دوم: عده طلاق زن حامله

۱۶	۱-۲: عده طلاق زن حامله
۱۶	۱-۱-۲: انقضای عده حامل
۱۸	۲-۲: نظرات سایر فقهاء در زمینه عده زن حامله
۱۹	۳-۲: حمل دو قلو
۲۱	۴-۲: ادعای حمل
۲۱	۱-۴-۲: نظرات فقهاء
۲۲	۲-۴-۲: نظرات حقوقدانان در زمینه ادعای حمل
۲۴	۳-۴-۲: قانون مدنی چه می گوید؟
۲۴	۵-۲: سقط جنین
۲۴	۱-۵-۲: نظرات فقهاء

- ۲۴ ۲-۵-۲: نظرات حقوقدانان در این مورد
- ۲۵ ۶-۲: نزدیکی به زنا
- ۲۵ ۱-۶-۲: نظرات فقهاء
- ۲۷ ۲-۶-۲: نظرات برخی از حقوقدانان و شارحان قانون مدنی
- ۲۹ ۳-۶-۲: نسب ناشی از زنا
- ۲۹ ۱-۳-۶-۲: نظر حقوقدانان و شارحان قانون مدنی
- ۳۱ ۴-۶-۲: نفقه فرزند ناشی از زنا
- ۳۴ ۵-۶-۲: اختلاف زوجین در زمان طلاق و زمان وضع حمل
- ۲-۶-۶: اگر بعد از اقرار زن به پایان عده (بعد از ۶ ماه) فرزندی به دنیا آید ملحق به چه کسی است؟
- ۲-۶-۶-۱: مبدأ احتساب، از زمان طلاق است یا طهری که واقعه صورت نگرفته؟
- ۲-۶-۶-۲: آیا در این حکم فرقی بین عده باین و رجعی وجود دارد یا خیر؟

فصل سوم: عده وطی به شبهه

- ۳۱ ۱-۳: تعریف وطی به شبهه
- ۳۹ ۲-۳: عده وطی به شبهه
- ۳۹ ۱-۲-۳: نظرات فقهاء
- ۲-۲-۳: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی در باب مسأله « عده وطی به شبهه »
- ۴۱ ۳-۳: آثار و تبعات وطی به شبهه
- ۱-۳-۳: سؤال اول: تأثیر نگاهداری « عده وطی به شبهه » در روابط زن و شوهر چیست؟
- ۲-۳-۳: سؤال دوم: نگاهداری عده نزدیکی به شبهه تا چه اندازه زن را در روابط زناشویی با دیگران محدود می کند؟
- ۳-۳-۳: سؤال سوم: آیا برای وجوب عده وطی به شبهه اشتباه فقط باید از طرف زن باشد یا خیر؟
- ۴-۳-۳: سؤال چهارم: آیا وجوب عده وطی به شبهه شامل ازدواج موقت نیز می شود؟
- ۵-۳-۳: سؤال پنجم: اگر زن از وطی به شبهه حامله گردد این حمل به چه کسی ملحق خواهد شد؟
- ۱-۵-۳-۳: نظرات فقهاء

- ۴۹-۳-۵-۲: نظر حقوقدانان و شارحان قانون مدنی ۴۹
- ۳-۳-۶: سؤال ششم: آیا وقوع طلاق بعد از وطی به شبهه، موجب تحقق دو عده می شود (عدم تداخل دو عده) یا یک عده؟ ۵۱
- ۳-۳-۶-۱: نظرات فقهاء ۵۲
- ۳-۳-۶-۲: نظرات حقوقدانان در مورد تداخل و عدم تداخل دو عده ۵۴
- ۳-۳-۶-۳: قانون مدنی تابع کدام نظر است؟ تداخل یا عدم تداخل دو عده؟ ۵۵
- ۳-۳-۶-۴: بحث تداخل اسباب در اصول فقه ۵۶

فصل چهارم: عده وفات

- ۴-۱: نظرات فقهاء ۶۰
- ۴-۲: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی در خصوص عده وفات ۶۵
- ۴-۳: مقصود از کلمه «ماه» چیست؟ ۶۸
- ۴-۴: عده زن حامله ای که شوهرش بمیرد ۶۸
- ۴-۴-۱: نظرات فقهاء ۶۸
- ۴-۴-۲: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی در زمینه عده زن حامله ای که شوهرش بمیرد ۷۱
- ۴-۵: مسأله حداد ۷۲
- ۴-۵-۱: نظرات فقهاء ۷۲
- ۴-۵-۲: نظرات حقوقدانان در باب «حداد» ۷۸

فصل پنجم: غایب مفقود الاثر

- ۵-۱: نظرات فقهاء ۸۱
- ۵-۲: دیدگاه حقوقدانان و شارحان قانون مدنی ۸۲
- ۵-۳: مسائل مربوط به غایب مفقود الاثر ۸۳
- ۵-۳-۱: بررسی پاسخهای دو سؤال اول ۸۴
- ۵-۳-۲: بررسی پاسخهای دو سؤال آخر ۹۲
- ۵-۳-۲-۱: نظرات فقهاء ۹۲
- ۵-۳-۲-۲: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی ۹۴
- ۵-۴: موت فرضی ۹۷
- ۵-۴-۱: نظرات فقهاء در مورد موت فرضی ۹۷
- ۵-۴-۲: قانون مدنی در این زمینه چه می گوید؟ ۹۸
- ۵-۴-۳: آیا حکم موت فرضی بر نکاح نیز قابل تسری است یا خیر؟ ۹۸

- ۵-۵: بازگشت زوج ۱۰۰
- ۱-۵-۵: نظرات فقهاء ۱۰۰
- ۲-۵-۵: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی در خصوص بازگشت زوج ۱۰۳
- ۶-۵: تجدید عده ۱۰۵
- ۱-۶-۵: نظرات فقهاء ۱۰۵
- ۲-۶-۵: نظرات شارحان و نویسندگان قانون مدنی در خصوص تجدید عده ۱۰۷
- ۷-۵: نفقه زوجه در ایام غیبت ۱۰۹
- ۸-۵: مسأله ارث بین زوجه و همسر غایب ۱۱۰
- ۱-۸-۵: نظرات فقهاء ۱۱۱
- ۲-۸-۵: نظرات نویسندگان و شارحان قانون مدنی در خصوص مسأله ارث بین زوجه و همسر غایب ۱۱۲
- ۹-۵: اگر ولی شوهر یا شخص دیگری حاضر به پرداخت نفقه زن شود، در این صورت آیا زن می تواند درخواست طلاق کند؟ ۱۱۳
- ۱-۹-۵: قانون مدنی و حقوقدانان در این زمینه چه می گویند؟ ۱۱۵
- ۱۰-۵: اگر بعد از پرداخت نفقه زن در مدت غیبت شوهر، مشخص شود که شوهر در آن زمان مرده بوده، آیا کسی ضامن است یا خیر؟ ۱۱۶
- ۱-۱۰-۵: نظرات فقهاء ۱۱۶
- ۲-۱۰-۵: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی ۱۱۸
- ۱۱-۵: آیا حکم غایب مفقود الاثر اختصاص به زوجه اش دارد یا به غیر او هم سرایت می کند؟ ۱۲۰
- ۱-۱۱-۵: نظرات فقهاء ۱۲۰
- ۲-۱۱-۵: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی ۱۲۲
- ۱۲-۵: الحاق نسب ۱۲۳
- ۱-۱۲-۵: نظرات فقهاء ۱۲۴
- ۲-۱۲-۵: نظر حقوقدانان و قانون مدنی در زمینه سؤال مطرح شده چیست؟ ۱۲۴
- ۱۳-۵: اگر حاکمی وجود نداشت یا دسترسی به او ممکن نبود، تکلیف زنی که شوهرش مفقود شده چیست؟ ۱۲۵
- ۱-۱۳-۵: نظرات فقهاء ۱۲۵
- ۲-۱۳-۵: نظر شارحان قانون مدنی در این زمینه چیست؟ ۱۲۷
- ۱۴-۵: قاعده الحاکم ولی الممتنع ۱۲۹
- ۱-۱۴-۵: شرایط اجرای قاعده ۱۲۹
- ۲-۱۴-۵: ارتباط قاعده «الحاکم ولی الممتنع» با بحث زوجه غایب مفقود الاثر ۱۳۰
- ۳-۱۴-۵: مواد قانونی مربوط به بحث ۱۳۰

- ۱۳۱ ۱۵-۵: آیا طلاق به حکم دادگاه رجعی است یا بائن؟
- ۱۳۱ ۱-۱۵-۵: نظرات فقهاء
- ۱۳۲ ۲-۱۵-۵: نظرات نویسندگان قانون مدنی و حقوقدانان در این زمینه چیست؟
- ۱۳۵ ۱۶-۵: ماهیت حق رجوع در طلاق رجعی
- ۱۳۶ ۱-۱۶-۵: نظرات فقهاء عظام
- ۱۳۶ ۲-۱۶-۵: نظرات حقوقدانان و نویسندگان قانون مدنی

فصل ششم: احکام عده

- ۱۴۱ ۱-۶: حق سکنی
- ۱۴۲ ۲-۶: آیا مطلقه رجعی، می تواند با اذن شوهر از منزل خارج شود یا خیر؟
- ۱۴۲ ۱-۲-۶: نظرات فقهاء
- ۱۴۳ ۲-۲-۶: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی
- ۱۴۶ ۳-۶: نفقه زنی که در عده است
- ۱۴۶ ۱-۳-۶: نفقه زنی که در عده رجعی است
- ۱۴۷ ۲-۳-۶: حق سکنی و نفقه مطلقه باین
- ۱-۲-۳-۶: آیا مطلقه بائن، اگر حامله باشد، مستحق نفقه است یا خیر؟
- ۱۴۹ ۲-۲-۳-۶: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی
- ۱۵۳ ۴-۶: نفقه زن حامله در مدت عده وفات
- ۱۵۳ ۱-۴-۶: نظرات فقهاء
- ۱۵۵ ۲-۴-۶: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی
- ۱۵۸ ۳-۴-۶: آیا نفقه برای حمل است یا حامل؟
- ۱۵۸ ۱-۳-۴-۶: نظرات فقهاء
- ۱۵۹ ۲-۳-۴-۶: نظر حقوقدانان در مورد این مسأله
- ۱۶۲ ۵-۶: ازدواج در زمان عده
- ۱۶۲ ۱-۵-۶: نظرات فقهاء
- ۱۶۴ ۲-۵-۶: نظرات حقوقدانان و شارحان قانون مدنی
- ۱۶۷ ۶-۶: زمان شروع عده
- ۱۶۷ ۱-۶-۶: نظرات فقهاء
- ۱۷۲ ۲-۶-۶: نظر حقوقدانان در این زمینه
- ۱۷۵ نتیجه

مقدمه:

از جمله فقهای عالیقدر و برجسته علوم اسلامی، زین الدین بن علی عاملی معروف به شهید ثانی (۹۱۱ - ۹۶۵ هـ.ق) است، ایشان از شاگردان علامه محقق حر عاملی بودند، علامه حر عاملی در حق شاگرد بزرگوار خویش می فرماید: «کان فاضلاً متبحراً محققاً مدققاً جامعاً كاملاً ثقةً زاهداً عابداً و رعاً، جلیل القدر، عظیم الشأن، فریداً فی عصره»^۱

ایشان همچنین در محضر بزرگوارانی چون: عاملی الکرکی، شمس الدین محمد بن مکی و شیخ ابوالحسن البکری و ... کسب فیض نموده اند.

از شاگردانی که در محضر شهید ثانی تربیت شده اند می توان به شیخ حسین بن عبدالصمد پدر بزرگوار شیخ بهائی و شیخ علی بن زهره الجبعی و السید علی بن حسین العاملی الجبعی و محمد بن علی بن الحسن العودی الجزینی اشاره کرد.

شهید ثانی در طول عمر مبارک خویش تألیفات فراوانی داشته اند که در اینجا به چند تألیف مهم ایشان اشاره می شود:

- ۱- روض الجنان فی شرح ارشاد الازهان.
- ۲- الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة.
- ۳- مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام.
- ۴- تمهید القواعد الاصولیه و العربیة لتفریح الاحکام الشریعة.
- ۵- حقائق الایمان و ...

یکی از کتب ارزشمند ایشان، کتاب مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام می باشد، متن این کتاب، «شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام» است که تألیف مرحوم محقق حلی می باشد، و در عظمت شأن این کتاب، این نکته کافی است که برای چند قرن محور بحث های فقهی در حوزه های علمیه بوده است و اکثر علماء بزرگوار به این کتاب ارزشمند شرح ها و تعلیقات بسیاری نوشته اند.^۲

کتاب مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام نیز یکی از این شرحهها و از بزرگترین مصنفات شهید ثانی می باشد، که آن بزرگوار در پی درخواست برخی از شاگردانش به شرح این کتاب پرداخته و نکات مجمل این کتاب را به صورت روشن تر بیان نموده اند. یکی از مواردی که شهید ثانی در کتاب خود به آن پرداخته، مسائل مربوط به طلاق است.

^۱ - به نقل از جلد اول مسالک الافهام، ص ۳۰

^۲ - شیخ آغا بزرگ طهرانی در الذریعة، بیش از ۲۰ شرح با عناوین خاص از جمله مسالک و جواهر و صد شرح به عنوان شرح شرایع نقل کرده اند. [به نقل از مسالک الافهام، ج ۱، ص ۴۵]

می دانیم که طلاق و مسایل مربوط به آن، یکی از بحث های مهم و مبتلا به می باشد، که نیازمند بررسی بیشتر فقهی و حقوقی است.

از طرفی مطالعه و دقت در قانون مدنی، این نکته را روشن می سازد که رویه مقنن در تدوین اکثر مواد قانون مدنی آن بوده است که در مورد مسائل اختلافی از نظر مشهور فقهای امامیه پیروی کند.

با اندکی تأمل در زمینه مواد قانونی پیرامون طلاق و عده و ... این نکته روشن می شود که مقنن در تدوین مواد قانونی مربوط به طلاق نیز عنایت به نظر مشهور فقهای امامیه داشته است، ولی متأسفانه نکته ای که در این زمینه وجود دارد، ابهام و نارسائی برخی از عبارات و کلمات مواد قانونی مربوط به طلاق است و متأسفانه در برخی موارد نیز شاهد خلاء قانونی و همچنین سکوت قانون مدنی می باشیم، اما در فقه این مسائل مدتهاست با دقت نظری ستودنی مورد بررسی و تأمل فقهاء عظام قرار گرفته است. هر چند که در زمینه مسائل گوناگون نظرات مختلفی ارائه شده است، ولی آنچه که مورد توجه قانونگذار واقع گردیده، همان نظر مشهور فقهاست.

از آنجا که در کتاب مسالك الافهام نیز آرای مختلف فقهاء و نظر مشهور، همراه با دلایل و مستندات آنها ذکر گردیده است، بررسی تطبیقی میان این کتابها فقهی و قانون مدنی سبب آگاهی و درک کامل از آن قانون و شناخت میانی فقهی آن می گردد. هر چند که از رهگذر این پژوهش به نقاط قوتی که در قانون وجود دارد، خواهیم رسید و در مواردی که قانون سکوت نموده است نیز می توان با توجه به نظر مشهور، نسبت به این مسأله تجدید نظر نموده و در جهت تکمیل قانون مدنی، برخی مواد اصلاحی را به آن افزود.

البته قابل ذکر است که در موارد سکوت قانون نسبت به یک موضوع، حقوقدانان به تبیین و تشریح آن مسأله پرداخته و هر یک نظراتی را در آن خصوص مطرح نموده اند، اما باید گفت آنان نیز در بیان دیدگاههای خود مستقل از فقه نبوده اند، بلکه هر کدام از ایشان، یکی از آرای مطرح شده در متون فقهی را برگزیده اند. به همین دلیل تدوین مواد قانونی در این مسائل، اختلاف نظرات موجود بین حقوقدانان را برطرف نموده و گامی مؤثر در جهت تسریع روند پرونده های مربوطه در دادگاهها می باشد.

اقدام مهمی که این پژوهش در پی انجام آن بوده است، دستیابی به این نکته است. در واقع این رساله یک پژوهش فقهی و حقوقی (توأماً) می باشد، که هر چند محور اصلی و تکیه کار، آراء و نظرات فقیه بزرگ شهید ثانی و تطبیق آن با قانون مدنی است، ولی برای غنای بیشتر کار سعی شده است که آراء و نظریات فقهاء بزرگوار دیگر نیز تا حد امکان در زمینه مسائل مطرح شده بیان شود.

امیدواریم، هدفی که این رساله در پی آن بوده است و آن هم بازبینی و بررسی مجدد قانون مدنی و یافتن نقاط سکوت یا ابهام آن است، در سطح گسترده و قابل قبولی دنبال شود.

فصل اول:

کلیات و معانی

۱-۱: کلیات

۱-۱-۱: تعریف مسأله

از جمله فقهای عالیقدر و برجسته علوم اسلامی، زین الدین بن علی عاملی معروف به شهید ثانی (ره) است، و یکی از کتب ارزشمند فقهی ایشان کتاب مسالک الافهام می باشد که شهید ثانی (ره)، در آن به تبیین نظرات محقق حلی (ره) پرداخته است. این کتاب در تمامی ابواب فقهی تدوین شده و یکی از آنها 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 کند.

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

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

۱-۱-۲- طرح سؤالات :

۱- قاعده «الحاکم ولی الممتنع» در باب طلاق تا چه حد مورد پذیرش شهید ثانی (ره) و قانون

است؟

۲- آیا طلاق به حکم دادگاه رجعی است یا بائن؟

۳- عده وفات غایب از تاریخ فوت شوهر است یا از زمان آگاهی زن از فوت شوهر؟

۴- در نفقه مطلقه حامل، متعهد له کیست؟ حمل است یا زوجه؟

۱-۱-۳- طرح فرضیه ها:

۱- قانون و شهید ثانی (ره) هر کدام در مواردی این قاعده را اعمال می کنند.

۲- قانون و شهید ثانی (ره) در این مورد سکوت کرده اند. لیکن رویه قضایی آن را طلاق خلع (بائن)

می داند.

۳- شهید ثانی (ره) عده را از تاریخ آگاهی زن می دانند.

۴- شهید ثانی (ره) در این مورد سکوت کرده است، ولی به نظر می رسد که قانون آن را حق زوجه

می داند.

۱-۱-۴: پیشینه تحقیق:

با عنایت به این نکته که قانون مدنی بر اساس فقه امامیه تدوین شده است، و همچنین اهمیت بررسی و شناخت مبانی فقهی قانون و دست یابی به نکات اختلاف و اشتراک بین آن دو و دست یابی به نقاط ابهام یا سکوت قانون مدنی، و همچنین علیرغم اهمیت کتاب مسالک الافهام، تا کنون کتاب یا مقاله ای در خصوص تطبیق نظریات شهید ثانی (ره) و قانون مدنی در باب طلاق تدوین نشده است. خیلی از مسائلی که قانون مدنی در جواب به آن ساکت مانده یا به صورت مبهم در مورد آن سخن گفته، در کتابهای فقهی مدتهاست که مورد بررسی دقیق و قابل ستایش فقهاء عظام قرار گرفته است. با توجه به اهمیت این موضوع و عدم انجام کار پژوهشی دقیق، مصمم شدم که این موضوع را به صورت جدی دنبال کنم تا شاید بتوانم به سهم خود گامی در حل مسائل و مشکلات مربوط به این موضوع برداشته باشم.

۱-۱-۵: روش کار تحقیق:

روش تحقیق در این رساله، روش کتابخانه ای است، که ابتدا همراه با شناسایی منابع و مآخذ فقهی و حقوقی و مطالعه و بررسی آنها، تطبیق و فیش برداری و در نهایت ویرایش پایان نامه صورت گرفت، البته محور اصلی این رساله همان متن کتاب مسالک الافهام و قانون مدنی است. ولی با توجه به اهمیت موضوعات مطرح شده در حد وسع نظرات سایر فقهاء (رحمة الله علیهم) نیز در کار گنجانده شد. در واقع در این رساله، سعی بر این امر بود که در هر مورد به نظر مشهور فقهی دست بیابیم. البته این نکته نیز قابل ذکر است که علیرغم، استفاده از کتب فقهی و حقوقی، از نرم افزارهای فقهی و حقوقی نیز استفاده شد.

۱-۱-۶: فصول تحقیق:

این رساله دارای ۶ فصل می باشد، که هر فصل دارای چند بخش بوده و در هر بخش مباحث خاص آن مطرح شده است.

در فصل اول کلیات و مفاهیم گنجانده شده است.

در فصل دوم به عده طلاق زن حامله و مسائل مربوط به آن پرداخته شده است.

در فصل سوم مسائل مربوط به وطی به شبهه و عده آن و نسب ناشی از وطی به شبهه، تداخل و عدم تداخل دو عده و ... بیان شده است.

در فصل چهارم عده وفات، مسائل مربوط به حداد و ... بیان شده است.

در فصل پنجم غایب مفقود الاثر، قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، رجعی یا بائن بودن طلاق به حکم

دادگاه، مسائل مربوط به موت فرضی و ... بیان شده است.

در فصل ششم احکام عده (از قبیل حق سکنی و نفقه) مطلقه رجعیه و ... مورد بررسی واقع شده

است.

۲-۱: مفهوم عده:

۱-۲-۱: معنای لغوی و اصطلاحی

عده در لغت شمردن است، عَدَدَ الشَّيْءِ: أَحْصَاهَا، (العَدُّ: إِحْصَاءُ الشَّيْءِ) و جمع آن عِدَد است.^۱
آقای جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق در تعریف عده می گویند:
« عده به تشدید ثانی در فقه و حقوق مدنی به مدتی گفته می شود که در آن مدت زوجه ای که ازدواج او از طریق طلاق یا وفات یا فسخ نکاح یا بذل مدت منحل شده نمی تواند شوهر دیگری اختیار کند.»^۲

در اصطلاح شرع هم، عده مدتی است که برای رفع آثار نکاح سابق مقرر گردیده و زن بعد از زوال نکاح باید مدتی صبر کند و به دیگری شوهر نکند تا معلوم شود که رحم او خالی از نطفه زوج سابق است، ولی برای مرد چنین عده ای وجود ندارد، مگر از جهاتی که ازدواج با طرف ممنوع باشد. مثل آنکه زنی که می خواهد با او ازدواج کند، در عده دیگری است، یا خواهر زنش است که در این صورت باید تا رفع مانع، منتظر بماند.

همچنین عده وفات در اصطلاح شرع، به مدتی گفته می شود که زن در این مدت، حق ازدواج با مرد دیگری را ندارد، در واقع این روزها، روزهای اندوه زن در مرگ شوهر است، به همین دلیل حتی اگر زن یائسه باشد یا طلاقش بائن باشد، ملزم به نگاه داشتن عده است.^۳
قانون مدنی نیز در ماده ۱۱۵۰ در تعریف عده می گوید: « عده عبارت است از مدتی که تا انقضای آن زنی که عقد نکاح او منحل شده است، نمی تواند شوهر دیگر اختیار کند.»

۲-۲-۱: تاریخچه طلاق و عده:

در دوره جاهلیت، چنانکه می دانیم زن ارزش حقوقی نداشت و با او معامله کالا می شد. این وضعیت تنها مخصوص عرب نبود اقوام دیگر هم زن را خرید و فروش می کردند و مانند وسایل دیگر زندگی خود، زن را به تصرف می آوردند.
در جزیره العرب، طلاق و متارکه زناشویی با سنتهای ظالمانه - و دور از انصاف - و منافی با اخلاق توأم بود. طلاق در نظر آنها نه مقدماتی داشت و نه شرایط ولواحق! تنها شرطش اراده و میل مرد بود. و با اندک بهانه یا بی بهانه می توانست رشته زوجیت را قطع کند.
یکی از سنن ظالمانه ای که در میان اعراب دوره جاهلیت وجود داشت، « طلاق ضرار » بود، که مرد به منظور شکنجه و آزار، زنش را طلاق می داد، ولی به همین مقدار قانع نبود و برای آنکه او را از ازدواج با دیگری و سر و سامان یافتن باز دارد، دوباره رجوع می کرد و از جانبی برای آنکه پس از

^۱ - جمعی از نویسندگان، المعجم الوسیط، ج ۲-۱، ص ۵۸۷، أبی الفضل جمال الدین محمد بن مکرّم، لسان العرب، ص ۲۵۲۵ و محمد بندر ریگی، المنجد، ص ۱۰۸۵.

^۲ - محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۴۴۶.

^۳ - سید علی حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، ج ۲، ص ۳۲۵.

رجوع وظایف همسری و دادن نفقه به عهده اش نیفتد دوباره طلاقش می داد، و به این صورت زن در میان رجوعها و طلاقهای پی در پی همواره گرفتار بود.

این سنت که عرف محیط، آنرا قانونی می شمرد، یکی از سنن کهنه عرب در باب طلاق بود، و مرد با صراحتی قاطع در وجه اینکه چرا این رجوعها و طلاقها را انجام می دهد، می گفت: «أنا لأعبُ بها حتى تَذوقَ الذلَّةَ» یعنی: من با این ترتیب با او و سرنوشتش بازی می کنم، تا از این رهگذر ذلت و رنج را به او بچشانم.»

بسیاری از قبایل زورمند و یا افراد زورگو وقتی زنان خود را طلاق می دادند بدون آنکه حیلۀ «رجوع» و طلاق مجدد را به کار برند، زنان مطلقه شان حق ازدواج با مرد دیگری را نداشت، زیرا ازدواج مجدد این زن با غیرت و عصبیت عربی شوهر قبلی او منافات داشت؛ و او هرگز نمی گذاشت چنین عاری بر دامن او و قبیله اش بنشیند.

وقوع ازدواج مجدد، مساوی بود با جنگها و خونریزیهایی که باید دهها سال در قبیله و خانواده ها ادامه پیدا کند.^۱

قبایل عرب در باب «عده» سنن و تشریفات مختلفی داشتند. ایام عده طلاق و تشریفات و آداب خاص آن در نظر قبایل مختلف یکسان نبود، و همه آن تشریفات در زجر و محکومیت بی موجب زن خلاصه می شد.

مثلاً در باب «عده وفات» در بیشتر قبایل عرب، معمول چنان بود که چون مردی می مرد، پدر یا برادر یا خویشاوند دیگری، ردا بر سر زن یا زنان او می افکندند و آنها را به ارث می بردند، یا اینکه مانع ازدواج آنان با دیگری می شدند، تا بدان وسیله بتواند مال و میراث آنان را تصرف کند. این رسم و رویه به موجب آیه نوزدهم سوره نساء منع شد:^۲

«يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا سَحْلٌ لَكُمْ أَن تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا ^ط وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا

بِعَظْمِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُّبِينَةٍ ^ع وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ^ح...»^۳

یکی دیگر از سنن اعراب جاهلی، در باب عده وفات این بود که، زنان شوهر مرده به اقتضای آداب و سنن محیط ملزم بودند که حداقل یکسال تمام و حد معمول و پسندیده تا آخر عمر! بر بالای قبر شوهر خیمه سیاه و چرکین زده! لباسهای مندرس و کثیفی، با رنگ مشمئز کننده و ترتیبی که

^۱ - علامه یحیی نوری، اسلام و عقاید و آراء بشری یا جاهلیت و اسلام، ص ۶۱۴ الی ۶۱۷

^۲ - دکتر محمد خزائلی، احکام قرآن، ص ۹۹ و ص ۱۰۰

^۳ - نساء / ۱۹: «ای اهل ایمان برای شما حلال نیست که زنان را به اکراه و جبر به میراث گیرید و به آنان سختگیری و بهانه جویی مکنید که قسمتی از آنچه مهر آنها کرده اید به جور بگیریید، مگر آنکه عمل زشتی از آنها آشکار شود و در زندگانی با آنها به انصاف رفتار نمایید ...»

حکایت از عزا داشته باشد، بپوشند و از هرگونه زیور و زینت و آرایش و حتی شستشو و تنظیف بر کنار باشند و همواره در آن خیمه به سر برده و به «هلع»^۱ یا سوگ و تعزیه بپردازند. کسانی که می خواستند پس از اتمام یک سال یا بیشتر، از «عده» خارج شوند، سنت محیط آنها را ملزم می ساخت تا گوسفند یا حیوان دیگری را چندی گرسنه و تشنه نگاه داشته و سپس آن قدر بزنند تا بمیرد، سپس پشکل شتر یا حیوان دیگری را برداشته و به نقطه دوری [کنایه از دور افکندن زجر و مصیبت ایام عده] پرت کنند. و بدین ترتیب از عده بیرون آیند.^۲

اما اسلام، این روشها و سنن جاهلی را در باب طلاق و عده یک به یک ملغی و تحریم کرد. مثلاً در باب طلاق ضرار و ممانعت از ازدواج مجدد زن بعد از طلاق این آیات نازل شد:

«وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ^۳

وَلَا تُقْسِمُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ...»^۴

همچنین:

«وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا^۵

بَيْنَهُمْ...»^۶

همچنین در باب عده وفات، اسلام مدت یکسال (یا بیشتر را) به چهار ماه و ده روز تقلیل داد:

«وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرْتَبِصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا^۷ فَإِذَا

بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ

حَبِيرٌ»^۸

^۱ - «هلع» سخت ترین نوع جزع را گویند.

^۲ - علامه یحیی نوری، اسلام و عقاید آراء بشری یا اسلام و جاهلیت، ص ۶۱۷.

^۳ - بقره / ۲۳۱: «چون زنان را طلاق دادید، بایستی تا نزدیک پایان زمان عده یا آنها را به سازگاری (در خانه) نگاه دارید و یا به نیکی رها کنید و روا نیست آنان را به آزار نگاه داشته تا بر آنها ستم کنید و هر کس چنین کند همانا بر خود ظلم کرده است...»

^۴ - بقره / ۲۳۲: «چون زنان را طلاق دادید و زمان عده آنها به پایان رسید، نباید آنها را از شوهر کردن منع کنید، هرگاه به

طریق مشروع به ازدواج یا مردی تراضی کنند...»