



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری  
دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)  
دانشکده علوم و تحقیقات اسلامی

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

گرایش فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

بررسی نظریات شهید ثانی در باب طلاق خلع و مبارات با اتکاء به  
کتاب مسالک الافهام و تطبیق آن با قانون مدنی

استاد راهنما:

دکتر اسدالله لطفی

استاد مشاور:

دکتر مهدی رهبر

نگارش:

مهدی زینلی

تابستان ۱۳۹۰



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتَى  
إِنَّ رَبَّهُ لَسَدِيدٌ  
إِلَىٰ عَرْشِهِ  
عَلِيمٌ  
سُبْحَانَ اللَّهِ عَمَّا يُشْرِكُونَ  
اللَّهُ أَكْبَرُ عَمَّا يُشْرِكُونَ



**تقدیم به ساحت مقدس حضرت ولی عصر صاحب الزمان عجل الله تعالی فرجه  
الشریف**

**و**

**...تقدیم به پدر و مادر عزیزم...**

**آنان که وجودم برایشان همه رنج بود و وجودشان برایم همه مهر.**

**توانشان رفت تا به توانایی رسم و مویشان سپید گشت تا رویم سپید بماند.**

**آنان که فروغ نگاهشان ، گرمی کلامشان و روشنی رویشان سرما به های**

**جاودانی زندگی من است.**

## سیاسگزارى

سپاس و درود فراوان آن خدای را سزاست که چراغ توفیق و سعادت را در سر راهم قرار داد تا بتوانم پژوهشی را که در مقابل دریای بیکران علم و دانش استادان گرانمایه سرمایه اسی ناچیز است به اتمام رسانم.

از زحمات بی شائبه، راهنمایی های ارزنده و مساعدت های استاد گرانقدر جناب آقای دکتر اسد الله لطفی به عنوان استاد راهنما کمال تشکر را دارم.

همچنین از جناب آقای دکتر مهدی رهبر که به عنوان استاد مشاور در پیشبرد رساله حاضر کمک شایانی نمودند قدر دانی می کنم.

در پایان از کمک های بی دریغ دوست عزیزم جناب آقای علی محمدیان کمال تشکر را دارم.

## چکیده:

خلع و مبارات از جمله طلاقهای بائن به شمار می روند. اساس این دو طلاق بر دو رکن استوار است، اول وجود کراهت که در خلع از جانب زوجه نسبت به زوج خویش و در مبارات طرفینی است، و رکن دوم بذل عوض می باشد. طبیعت این جدایی به گونه ای است که از طرفی تمام ارکان و شرایط اساسی عقد، مانند تراضی طرفین و یا ایجاب و قبول آنها، در آن لازم است و از سوی دیگر کیفیت اجرا و آثار آن شباهت به ایقاع دارد. بدین جهت همواره در ذهن اندیشمندان سؤالهای گوناگونی در خصوص ماهیت این عمل حقوقی و آثار آن مطرح بوده است. از جمله سؤالات مهم در این خصوص عقد یا ایقاع بودن خلع و در صورت ایقاع بودن، طلاق یا فسخ بودن آن می باشد. در خصوص نقش فدیة نیز در این عمل حقوقی و تأثیر عدم مالیت و متعلق غیر بودن عوض بر صحت آن در میان فقهاء اختلاف است، همچنین در مبحث رجوع، میان ملازمه بین رجوع زوج و زوجه نیز اختلاف نظر وجود دارد. بنابراین با توجه به اهمیت این موضوع و سکوت قانونگذار نسبت به این امر، در این رساله بر آنیم با اتکا به نظریات شهید ثانی و آراء مستدل ایشان در کتاب ارزشمند مسالک الافهام، به تبیین و تحلیل مسائل مذکور پرداخته، تا از این رهگذر گامی هر چه پیشتر در جهت رفع خلأ قانونی موجود در خلع و مبارات برداشته شود.

کلید واژه: طلاق خلع، طلاق مبارات، فدیة، رجوع، طلاق حاکم

## فهرست مطالب :

مقدمه.....	۱
۱ - معرفی شهید ثانی.....	۱
۲ - کلیات .....	۴

## فصل اول : مفاهیم

۱ - واژه شناسی.....	۹
۲ - مشروعیت خلع .....	۱۱
الف : آیات قران .....	۱۱
ب : روایات.....	۱۴

## فصل دوم : صیغه طلاق خلع

گفتار اول : الفاظ خلع .....	۱۷
دیدگاه شهید ثانی .....	۱۷
نظر قانون مدنی .....	۱۹
گفتار دوم: لزوم پیروی صیغه خلع از صیغه طلاق.....	۱۹
دیدگاه مشهور فقهاء .....	۱۹
دیدگاه فقهای مخالف مشهور .....	۲۱
بیان چند نکته .....	۲۳
نظر قانون مدنی .....	۲۴

- گفتار سوم: طلاق یا فسخ بودن خلع ..... ۲۴
- دیدگاه مشهور فقهاء ..... ۲۵
- دیدگاه فقهای مخالف مشهور ..... ۲۵
- نظر قانون مدنی ..... ۲۷
- گفتار چهارم: بررسی چندمسأله ..... ۲۷
- گفتار پنجم: طلاق به عوض ..... ۳۳
- دیدگاه مشهور ..... ۳۴
- قول به استقلال طلاق به عوض ..... ۴۰
- نظر قانون مدنی ..... ۴۶
- گفتار ششم: ماهیت خلع ..... ۴۶
- بررسی دیدگاه فقهاء ..... ۴۷
- نظر قانون مدنی ..... ۵۲

#### فصل سوم: عوض طلاق خلع

- گفتار اول: نوع و میزان فدیة ..... ۵۴
- بیان چند مسأله ..... ۵۶
- نظر قانون مدنی ..... ۵۷
- گفتار دوم: شرایط صحت عوض در خلع ..... ۵۸
- اول: مالیت داشتن عوض ..... ۵۸
- نظر شهید ثانی ..... ۵۸

- ۵۸..... نظر سایر فقهاء
- ۶۱..... دوم : عوض مال غیر باشد
- ۶۱..... نظر شهید ثانی
- ۶۲..... نظر سایر فقهاء
- ۶۲..... نظر قانون مدنی
- ۶۲..... بیان چند مسأله
- ۶۹..... نظر قانون مدنی
- ۶۵..... گفتار سوم : فداء تبرعی
- ۶۷..... صحت بذل متبرع به صورت جعاله
- ۶۷..... وکالت شخص ثالث در بذل فدیة
- ۶۸..... نظر قانون مدنی
- ۶۹..... گفتار چهارم : بیان چند مسأله
- ۷۳..... نظر قانون مدنی

#### فصل چهارم : شروط طرفین در خلع

- ۷۵..... گفتار اول : شروط مخالف
- ۷۶..... نظر قانون مدنی
- ۷۶..... گفتار دوم : شروط مختلعه
- ۷۸..... قلمرو کراهت
- ۷۹..... وجوب خلع زوجه در صورت بیان الفاظ خاص



۸۰	..... نظر قانون مدنی
۸۲	..... گفتار سوم: شهود در خلع
۸۳	..... نظر قانون مدنی
۸۳	..... گفتار چهارم: خلع سفیه
۸۵	..... گفتار پنجم: خلع کافر ذمی و حربی
۸۶	..... نظر قانون مدنی

### فصل پنجم: احکام خلع

۸۸	..... گفتار اول: اکراه و کراهت در خلع
۸۸	..... اکراه بر بذل عوض
۸۸	..... نظر قانون مدنی
۸۸	..... کراهت زوجه
۹۱	..... نظر قانون مدنی
۹۲	..... عضل زن
۹۶	..... نظر قانون مدنی
۹۶	..... گفتار دوم: رجوع در خلع
۹۷	..... تلازم در رجوع زوجین
۹۹	..... بررسی احکام عده در زمان رجوع
۱۰۱	..... نظر قانون مدنی
۱۰۱	..... رجوع زوجه به بخشی از عوض

- ۱۰۳..... نظر قانون مدنی
- ۱۰۳..... شرط رجوع
- ۱۰۳..... نظر قانون مدنی
- ۱۰۳..... گفتار سوم: بررسی چندمسأله
- ۱۱۲..... گفتار چهارم: تنازع زوجین در عوض خلع
- ۱۱..... نظر قانون مدنی

#### فصل ششم: طلاق مبارات

- ۱۲۰..... گفتار اول: کراهت
- ۱۲۱..... گفتار دوم: پیروی مبارات از لفظ طلاق
- ۱۲۲..... انحصار طلاق مبارات در لفظ مبارات
- ۱۲۳..... گفتار سوم: شرایط طرفین در مبارات
- ۱۲۴..... گفتار چهارم: رجوع در مبارات
- ۱۲۴..... گفتار پنجم: تفاوت خلع و مبارات
- ۱۲۷..... گفتار ششم: نظر قانون مدنی پیرامون طلاق مبارات

#### فصل هفتم: طلاق حاکم

- ۱۳۰..... گفتار اول: موجبات طلاق
- ۱۳۰..... طلاق به درخواست زوج
- ۱۳۲..... طلاق به توافق زوجین
- ۱۳۹..... طلاق به درخواست زوجه

- گفتار دوم : اثبات نظریه طلاق حاکم ..... ۱۳۹
- فقهاء موافق طلاق حاکم ..... ۱۴۰
- ۱- دیدگاه فقهاء متقدم ..... ۱۴۰
- ۲- دیدگاه میرزای قمی ..... ۱۴۱
- ۳- دیدگاه آیه الله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی ..... ۱۴۲
- ۴- دیدگاه فقهاء معاصر ..... ۱۴۲
- ۵- دیدگاه آیه الله حلی ..... ۱۴۲
- ۶- بررسی دیدگاه امام خمینی (ره) ..... ۱۵۰
- گفتار سوم : بررسی مواد قانون مدنی در طلاق حاکم ..... ۱۵۲
- الف : موجبات خاص ..... ۱۵۲
- ۱- غایب مفقود الاثر ..... ۱۵۳
- اختلاف نظر فقهاء در طلاق غایب مفقود الاثر ..... ۱۵۴
- ۲- خودداری یا عجز شوهر از دادن نفقه ..... ۱۶۲
- الف : خود داری شوهر از نفقه ..... ۱۶۲
- ۱- ارتباط استنکاف نفقه به گذشته ..... ۱۶۴
- ب : ناتوانی شوهر از پرداخت نفقه ..... ۱۶۵
- ب: موجبات عام ..... ۱۶۸
- عسر و حرج و مصداق های آن ..... ۱۶۸

- ۱ - پیشینه فقهی ..... ۱۶۹
- ۲ - پیشینه تاریخی ..... ۱۷۰
- مرجع مصادیق طلاق قضایی ..... ۱۷۵
- بررسی مصادیق عسرو حرج در آرای قضایی ..... ۱۷۶
- گفتار چهارم : ماهیت طلاق حاکم ..... ۱۸۲
- الف : ماهیت طلاق در مورد غایب مفقود الاثر ..... ۱۸۳
- ب : ماهیت طلاق حاکم در مورد ترک انفاق و عسرو حرج ..... ۱۸۳
- خلاصه : ..... ۱۸۹
- فهرست منابع ..... ۱۹۵

## الف: معرفی شهید ثانی

شیخ زین الدین بن نور الدین علی بن أحمد بن جمال الدین بن تقی الدین صالح بن مشرف العاملی فرزند نورالدین معروف به ابن الحججه 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. تحصیلات مقدماتی را نزد پدر بزرگوارش گذراند. عطش او برای کسب علم و دانش او را راهی سرزمین های متعددی چون مصر، دمشق، حجاز، بیت المقدس، عراق و استانبول کرد و در محضر اساتید مجرب آن زمان کسب دانش نمود. وی مردی جامع بوده که علاوه بر فقه و اصول از فلسفه، عرفان و طب و نجوم نیز آگاهی داشته است. ایشان قرآن و ادبیات و فقه را که در طول آن از شرائع محقق حلی و لمعه شهید اول نیز مطالعاتی بدست آورد، را در نزد پدرش آموخته، پس از فوت پدرش در ۱۴ سالگی، در طی مسافرتی هشت ساله در شهر میس تحت شاگردی شیخ عبدالعالی، مبادرت به تحصیل فقه استدلالی نموده، سپس در منطقه کرک نوح، نزد مولف محجۀ البیضاء، اصول عقائد و فقه گذراند. در دمشق تخصصهای طب و هیئت و حکمت اشراقی را ضمیمه علم و دانش خود نموده و در سفر دوباره ای که به این سرزمین داشته به قرائت اخبار و احادیث روی آورده، در سال ۹۵۳ پس از مراجعت به وطن از عراق در مدرسه بعلبک به تدریس فقه در مذاهب مختلفه اسلام همت گماشته است. البته ایشان علاوه بر سفرهای فوق، سفرهایی نیز به مصر، حجاز، عتبات عالیات، بیت المقدس، حلب، قسطنطنیه، که مجموعاً شانزده سفر می باشد به عمل آورده است<sup>۱</sup>.

شهید ثانی مانند شهید اول که هر دو از مردم جبل عامل واقع در جنوب لبنان بوده اند، از نوابغ نامی و مفاخر فقهاء و مجتهدین شیعه، و هر دو به جامعیت در علوم و فنون اسلامی مشهور هستند، و هر دو نیز به جرم تشیع در راه دین به شهادت رسیدند، با این فرق که دانشمندان ما، شهید ثانی را با در نظر گرفتن جهات مختلف زندگانی و آثار وجودیش بیش از شهید اول ستوده و درباره اش سخن گفته اند. سخن کوتاه و جامع دانشمند معروف سید محمد باقر خوانساری مؤلف بزرگوار روضات الجنات که در آغاز شرح حال شهید آورده و دانشمندان بعد از او عیناً از وی نقل کرده اند، زبان گویای این موضوع است .

مؤلف روضات می نویسد: تا این زمان که سال ۱۲۶۳ قمری است هیچکس از علمای بزرگ را به یاد ندارم که در بزرگواری، وسعت فکر، مقام بلند، خوش فهمی، تصمیم و اراده، حسن سلیقه، شیوه ی معتدل، برنامه ی منظم تحصیلی، استادان بسیار، ظرافت طبع، کارهای بدیع، معنویت کلام و تصنیفات جامع و کامل به پایه ی شهید ثانی رسیده باشد، بلکه می توان گفت: شهید از لحاظ اخلاق و ملکات فاضله در حدود مقام معصوم بوده

<sup>۱</sup> - صدر، احمد و جمعی از نویسندگان، دایره المعارف شیعه، ج ۱۰، ص ۱۵۱

است. وی از لحاظ مقام علمی همچون نقطه ای بود که دایره معارف و علوم را در برگرفته، و مرکزی بود که کره ی فضایل ارباب فضیلت آن را احاطه کرده بود.<sup>۱</sup>

شیخ حُر عاملی دانشمند نامی و هموطن او در کتاب «امل الآمل» که قسمت اول آن راجع به زندگانی علمای جبل عامل است، می نویسد: شیخ اجل زین الدین بن علی بن احمد عاملی جبعی، شهید ثانی، شخصیت وی از لحاظ وثوق و علم و فضل و زهد و عبادت و ورع و تحقیق و تبحر و جلالت قدر و عظمت شأن و جمیع فضایل و کمالات مشهورتر از آنست که ذکر شود، و خوبی ها و اوصاف حمیده اش بیشتر از آنست که به شمارش آید، مصنفاتش نیز مشهور می باشد. او فقیهی محدث، نحوی، مُقَری، متکلم، حکیم، جامع فنون علم بود، و نخستین دانشمند شیعه است که در علم درایه الحدیث کتاب نوشته است. از جماعت بسیاری از علماء خاصه و عامه در شام و مصر و بغداد و قسطنطنیه و غیره روایت کرده است.<sup>۲</sup>

شهید ثانی دانشمندی پرکار، گرانمایه، جامع علوم اسلامی اعم از معقول و منقول و فروع و اصول، و مردی وارسته و زاهد پیشه و پرهیزکار پیراسته و نمونه ی کامل و اعلای یک دانشمند اسلامی و شیعه حامی و مدافع مکتب اهل بیت عصمت و طهارت بوده است. به گفته شاگردش ابن عودی اگر هیچ کاری جز مشکلات آمد و رفت واردین و پذیرایی از مهمانان نداشت، کافی بود که اوقات او را به کلی بگیرد. با این وصف او بدون مساعدت دیگران و خدم و حشم، زندگی شخصی و تأمین مخارج و امور روحانی خود را بر اساس یک برنامه صحیح و منظم به خوبی انجام می داد، با اینکه غالباً در حال ترس و اضطراب از دشمن می زیست، و پیوسته درهول و هراس به سر می برد، شهید خود در کتاب مشهورش شرح لمعه می نویسد: این کتاب را در ضیق مجال و تراکم احوال که خود موجب تشویش فکر بود، در شب ۱۱ جمادی الاولی سال ۹۷۵ هـ نوشتم.

او گذشته از تعلیم و تربیت شاگردان نامدارش و رسیدگی به امور مسلمین و تأمین زندگی، توفیق یافت آثاری ارزنده و تألیفات گرانقدر و کم نظیری در علوم عقلی و نقلی از فقه و اصول و حدیث و درایه و تفسیر و رجال و کلام و معانی و بیان و شعر و ادب از خود به یادگار بگذارد. آثار قلمی آن فقیه عظیم الشأن در نهایت نفاست و اتقان می باشد و با قلمی محکم و پرمایه نگارش یافته است.<sup>۳</sup> از ایشان نزدیک به ۵۱ اثر به چاپ رسیده است که از جمله مهمترین این آثار می توان به کتابهای: «مسالك الافهام فی تنقیح شرائع الاسلام»، «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه»، «تمهید القواعد الاصولیه»، «تفریع الاحکام الشرعیه»، «حقائق الایمان»، «منیه المرید فی الآداب المفید و المستفید»، «روض الجنان»، «حاشیه الارشاد»، «البدایه فی علم الدرایه» و... اشاره نمود.

<sup>۱</sup> - خوانساری، محمدباقر، روضات الجنات، ج ۳، ص ۳۵۲

<sup>۲</sup> - حر عاملی، امل الآمل، ج ۱، ص ۸۵

<sup>۳</sup> - پیشین

از جمله آثار گرانسنگ شهید ثانی کتاب مسالک الافهام می باشد، این کتاب از تألیفات ذی قیمت شهید در فقه استدلالی بوده و یکی از بهترین شروح شرائع محقق حلی است. آراء و نظریات شهید ثانی در مسالک مورد توجه و استناد فقهای متأخر واقع شد؛ به طوری که در بسیاری از موارد به رأی و نظر شهید در مسالک استناد می جویند. این کتاب یک دوره فقه کامل است که از کتاب طهارت شروع می شود و به کتاب دیات پایان می پذیرد. این کتاب از منابع غنی فقهی به شمار می رود، از جمله مسائلی که شهید ثانی در این کتاب به بررسی و شرح آن پرداخته مسائل مربوط به طلاق خلع و مبارات است که با تمام سعی و کوشش زوایا و ابعاد گوناگون آن را مورد بررسی قرار داده است، به طوری که در این مبحث مسائل مهم و ارزشمندی پیرامون طلاق خلع و مبارات بیان شده که می توان گفت نظریات و دقت نظر و نحوه استدلال ایشان در میان فقهاء تحسین بر انگیز است.

در میان دانشمندان شیعه که در هزار سال گذشته همیشه پاسدار آئین پاک تشیع بوده اند، بسیاری به درجه ی عالیه شهادت رسیده اند. معروفترین و بزرگترین آنها، شهید اول و شهید ثانی هستند که هر دو از علمای طراز اول شیعه و هر دو نیز از مردم جبل عامل بوده اند، و تقریباً به فاصله یکصد و پنجاه سال می زیسته اند. محدث عالیقدر شیخ حر عاملی در امل الآمل به تفصیل درباره علت و چگونگی شهادت شهید به نقل از استادش سخن گفته است که اجمال آن و سایر شواهد دیگر بدین قرار است: شهید به واسطه دانش بسیار و اعتقاد و تشیع، مورد رشک دانشمندان متعصب اهل تسنن قرار گرفته بود. پیوسته آزارش می دادند و او هم غالباً در بیم و هراس به سر می برد، در عین حال سرگرم کار خود بود. تا این که روزی دو نفر را برای قضاوت نزد او آوردند و شهید یکی از آنها را محکوم کرد. محکوم از شهید نزد قاضی «صیدا» که مردی متعصب بود شاکی شد، قاضی هم از فرصت استفاده نموده و به سلطان سلیمان عثمانی پادشاه عثمانی که در آن موقع لبنان و سوریه هم جزو قلمرو او بود، نوشت که مردی شیعی در دیار ما مردم را به تشیع و گمراهی می کشاند و از مذاهب چهارگانه اهل تسنن خارج است و در دین خدا بدعت می گذارد؛ سلطان سلیمان هم مأموری برای دستگیری شهید به جبل عامل فرستاد. شهید برای فرار از اسارت به دست دشمن، آهنگ حج کرد و برای چندمین بار به زیارت خانه خدا رفت. مأمور پس از ورود به جبل عامل و اطلاع از مسافرت شهید به مکه او را دنبال کرد تا این که در میان راه بر وی دست یافت.

شهید از مأمور خواست تا اجازه دهد که حج را انجام دهد سپس مأموریت خود را انجام بدهد. پس از انجام مراسم حج با مأمور به روم (ترکیه) رفت. در میان راه مردی به مأمور برخورد نمود و از وی پرسید این کیست؟ گفت: مردی از علمای شیعه امامیه است که سلطان او را احضار کرده است. مرد مزبور گفت: نمی ترسی که سلطان به واسطه قصوری که در فرمان او نموده ای تو را به قتل رساند. بهتر است او را به قتل رسانی و سر بریده اش را برای سلطان ببری. مأمور هم آن فقیه پاک سرشت را همانجا در کنار دریا به قتل رسانید و سرش را برای

سلطان برد که این اتفاق در سال ۹۶۵ هجری قمری رخ داد. جمعی از ترکمانان که در آن نواحی بودند در آن شب دیدند انواری از آسمان پایین می آید و بالا می رود، و چون جستجو کردند و بدن بی سر شهید را یافتند بدون این که او را بشناسند در همانجا دفن کردند و گنبدی بر مرقدهش بنا نمودند. وقتی مأمور سربریده شهید را به سلطان نشان داد، سلطان خشمگین شد و مأمور مزبور را به قتل رسانید<sup>۱</sup>.

از آنجا که علیرغم اهمیت ویژه ی خانواده در اسلام و تأکیداتی که بر حفظ آن در شریعت مقدس وارد شده است، گاهی در پی به وجود آمدن شرایطی نظام خانواده دچار بحران می شود، به نحوی که دیگر امیدی برای نجات از این بحران وجود ندارد، در این وضعیت علی رغم اهمیت خاص و والای خانواده و تداوم آن در دین مبین اسلام، زندگی زناشویی با مشقت و سختی فراوان همراه خواهد بود و حتی ممکن است اثرات مخرب آن بیشتر از جدایی زوجین باشد، در اینگونه موارد اسلام طلاق را به عنوان راه حل نهایی برای رهایی از این وضعیت نابسامان و ناگوار تعیین کرده است، که یکی از انواع طلاقها طلاق خلع و مبارات می باشد.

به همین جهت به دلیل اینکه کتاب مسالک الافهام<sup>۲</sup> یکی از تألیفات مهم و ارزشمند شهید ثانی است و با توجه نوع نگاه و عمق آثار ایشان که به صورتی استدلالی و دقیق به بیان مسائل فقهی می پردازند. لذا با توجه به این مطلب که این کتاب از آثار ارزنده و کم نظیری است که در زمینه مسائل مختلف فقهی از جمله مسائل حقوق خانواده مانند بحث طلاق نگاشته شده است؛ بر آن شدیم در حد توان خود بیانات ایشان را در باب طلاق خلع و مبارات مورد بررسی قرار دهیم و از سوی دیگر با عنایت به اینکه قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران بر اساس فقه امامیه تدوین شده است، بررسی و تتبع در زمینه آن از اهمیت بالایی برخوردار است. از این رو این رساله بر آن است به طور تفصیلی به بررسی نظریات ایشان در باب طلاق خلع و مبارات و تطبیق آن با قانون مدنی پرداخته و نقاط ضعف و قوت آن را آشکار سازد، و از این رهگذر گامی کوچک در راستای بیشتر شناخته شدن مباحث این باب و مبانی فقهی آن برداشته شود. امید است که تلاش اینجانب مورد رضایت اساتید محترم و دانش پژوهان فقه و حقوق قرار گیرد.

## ب: کلیات

### تعریف مسأله :

یکی از ابواب فقه، باب طلاق می باشد که فقهاء ذیل بحث نکاح و در باب ایقاعات به بحث و بررسی آن پرداخته اند. طلاق در یک تقسیم بندی به دو طلاق بائن و رجعی تقسیم می شود، طلاق بائن طلاق است که زوج در آن بر خلاف طلاق رجعی در زمان عده قادر به رجوع به زوجه نمی باشد. طلاق بائن خود اقسامی دارد

<sup>۱</sup> - حر عاملی، امل الآمال، ج ۱، ص ۹۰

<sup>۲</sup> - نسخه مورد استفاده در این رساله دوره ۱۶ جلدی این کتاب می باشد که توسط انتشارات معارف اسلامی (قم: ۱۴۲۵ ه.ق) چاپ گردیده است.



که طلاق خلع و مبارات از جمله ی آنها می باشند. در فقه و به تبع آن در قانون مدنی که در ماده های ۱۱۴۶ و ۱۱۴۷ آمده این دو طلاق بائن را چنین تعریف کرده اند: « طلاق خلع عبارت است از طلاق که زن بواسطه ی کراهتی که از شوهر خود دارد در مقابل مالی که به شوهر می دهد طلاق می گیرد، اعم از اینکه مال مزبور عین مهر یا معادل آن یا بیشتر یا کمتر از مهر باشد». و « طلاق مبارات نیز طلاق است که کراهت از سوی طرفین می باشد با این تفاوت که عوض نباید بیشتر از مهر باشد».

لذا با عنایت به این نکته که قانون مدنی بر اساس فقه امامیه تدوین شده است درک کامل آن مستلزم شناخت مبانی فقهی و تطبیق آن با آراء فقهاء می باشد، در این پژوهش سعی ما بر آن است که با تکیه به آراء مستدل شهید ثانی در کتاب گرانسنگ مسالک الافهام به بحث و بررسی در این موضوع پردازیم؛ و از آنجا که آراء و نظریات شهید ثانی در این باب با آرای فقهای دیگر اختلاف دارد، به همین جهت به منظور بررسی این موارد اختلافی و تطبیق آراء ایشان با نظریات سایر فقهاء، آراء فقهای دیگر نیز ذکر می گردد تا از این رهگذر خواننده با نظریات سایر فقهاء و موارد اختلافی آراء ایشان با شهید ثانی آگاه گردند. همچنین نظریه ی مختار قانون و میزان انطباق آن با آراء شهید ثانی نیز بیان می گردد.

#### طرح سوال :

۱ - ماهیت طلاق خلع و مبارات چیست؟

۲ - آیا طلاق قضایی، طلاق خلع است یا خیر؟

۳ - در صورت بطلان عوض، طلاق خلع چه حکمی خواهد داشت؟

۴ - آیا وجود کراهت شرط اصلی تحقق طلاق خلع و مبارات می باشد

#### طرح فرضیه :

۱ - در ماهیت طلاق خلع و مبارات بین فقهاء و همچنین میان حقوقدانان اختلاف است. مشهور فقهاء طلاق را نوعی ایقاع می دانند، و قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور در فقه آن را نوعی ایقاع دانسته است. ولی آنچه از بیان شهید ثانی مستفاد می شود، عقد و معاوضه بودن خلع می باشد. بنابراین، با توجه به کیفیت وقوع طلاق خلع به نظر می رسد، بیان ایشان به واقع نزدیک تر باشد.

۲ - طلاق غایب مفقود الاثر و طلاق بواسطه عسر و حرج طلاق حاکم محسوب شده و آراء فقهاء در بائن یا رجعی بودن آن متفاوت است. در مورد طلاق زوج مفقود الاثر بر مبنای دلایل فقهی آن را رجعی می دانند، در حالی که طلاق خلع، طلاق باین محسوب می شود. لذا این دو طلاق ماهیتاً با هم متفاوت هستند. قانونگذار نیز همانند نظر مشهور فقهاء در ماده ۱۰۳۰ قانون مدنی طلاق غایب مفقود الاثر را رجعی می داند. در طلاق بواسطه

عسر و حرج اگر آن را در شمار نوع بائن بدانیم ماهیت آن مشابه خلع خواهد بود؛ اما در صورت امکان رجوع برای زوج از نوع رجعی بوده و با ماهیت خلع متفاوت می باشد.

۳- در این خصوص سه نظر عمده از سوی فقهاء بیان شده است: ۱- گروهی معتقدند که خلع صحیح است و زوجه ضامن پرداخت مثل یا قیمت خواهد بود. ۲- بعضی دیگر خلع را باطل دانسته و طلاق صورت گرفته را رجعی می دانند. ۳- شهید ثانی در این مسأله قائل به تفصیل شده است. به این معنی که میان عالم به فساد عوض و جاهل نسبت به فساد عوض تفاوت قائل شده است. رسیدن به پاسخ روشنی در این سوال نیازمند بررسی نظرات فقهاء در این خصوص می باشد.

۴- مشهور فقهاء کراهت را رکن اصلی طلاق خلع و مبارات می دانند و معتقدند که در صورت عدم وجود کراهت طلاق واقع شده رجعی خواهد بود. قانون مدنی نیز با توجه به نظر مشهور کراهت را شرط تحقق خلع می داند. شهید ثانی نیز این طلاق را همراه با کراهت طرفینی می داند اما بر این عقیده است جدایی در مقابل عوض گاهی با لفظ خلع و گاهی با لفظ طلاق است، که شهید ثانی از آن به عنوان طلاق به عوض نام می برد که با خلع متفاوت است اما عادتاً در این باب مورد بحث قرار می گیرد.

#### پیشینه تحقیق:

با توجه به اهمیتی که کتاب «مسالك الافهام» دارد در ابواب مختلف این اثر گرانقدر پایان نامه هایی در دانشگاه های کشور تنظیم شده است، اما در زمینه مبحث طلاق خلع و مبارات این اثر گرانقدر کاری که در شان این اثر باشد و به طور تفصیلی به بررسی این مبحث بپردازد انجام نشده است.

#### روش کار تحقیق:

نوع تحقیق تحلیلی، توصیفی و روش آن کتابخانه ای است که همراه با شناسایی منابع و ماخذ فقهی و حقوقی مطالعه و بررسی آنها، تطبیق و فیش برداری، طبقه بندی و مرتب شده و به نگارش در می آید.

#### نتایج علمی قابل پیش بینی از تحقیق:

۱- تقریر و تبیین احکام فقهی مبحث طلاق خلع و مبارات از منظر شهید ثانی و سایر فقهای عظام.

۲- آشنا کردن فقه پژوهان و حقوقدانان با مبانی فقهی مبحث خلع و مبارات.

۳- تطبیق مباحث مطروحه با قوانین موضوعه باعث خواهد شد منابع شرعی قوانین اسلامی مورد شناسایی قرار گیرند و از این رهگذر فقهاء و حقوقدانان بتوانند در چارچوب این منابع و سابقه ی فقهی ان ها به تجزیه و تحلیل قوانین بپردازند

## فصول تحقیق :

این رساله بر طبق بیانات شهید ثانی در کتاب مسالک الافهام در باب طلاق خلع و مبارات که از مبحث صیغه آغاز کرده و در نهایت با بحث طلاق مبارات به اتمام رسانده تدوین گشته است. همچنین در رساله حاضر در بیان مطالب کلام شهید ثانی را کمی برجسته کرده ایم تا از نظرات دیگران متمایز باشد. این رساله دارای هفت فصل می باشد و هر فصل آن از چند بخش تشکیل شده است که در هر بخش مباحث مربوط به آن مطرح و مورد بررسی قرار می گیرد. فصل اول به مفاهیم می پردازد. فصل دوم با عنوان صیغه خلع می باشد که درشش بخش تنظیم گشته است. فصل سوم با عنوان عوض در طلاق خلع می باشد که در چهار بخش تدوین شده است. فصل چهارم نیز در مورد شروط طرفین در طلاق خلع در پنج بخش تدوین گشته است. فصل پنجم به بررسی احکام طلاق خلع می پردازد که در چهار بخش تدوین شده است. فصل شش در شش بخش در مورد طلاق مبارات بحث می کند و فصل هفتم نیز با عنوان طلاق حاکم می باشد که در چهار بخش تدوین گشته است.

## فصل اول : مفاهيم

۱- واژه شناسی

۲- مشروعیت خلع