

فصلنامه علمی - پژوهشی علوم انسانی دانشگاه الزهراء (س)

سال دوازدهم، شماره ۴۱، بهار ۱۳۸۱

قاعده فراش

دکتر اسدالله لطفی*

چکیده

یکی از قواعد فقهی معروف قاعده فراش می‌باشد که از حدیث نبوی معروف «الولد للفراش وللعاهر الحجر» گرفته شده است که به موجب آن چنانچه انتساب طفلی به پدر مورد شک و تردید قرار گیرد با شرایطی، نسب آن طفل به پدر اثبات می‌گردد، این قاعده در حقوق از این جهت که یکی از ادله اثبات نسبت قانونی طفل به حساب می‌آید و مطابق آن کودک متولد شده ملحق به شوهر می‌شود، معروف به اماره فراش است و دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران نیز مبتنی بر این قاعده بوده و ماده ۱۳۲۲ ق.م نیز صراحتاً آن را از امارات قانونی به حساب آورده است. در این مقاله مدرک فقهی قاعده فراش، جایگاه حقوقی آن، شرایط تحقق قاعده، مفاد و قلمرو آن و مجاری و مصادیق فراش به طور مستند تبیین گشته و جهات مختلف نسب کودک که به لحاظ حقوقی ارتباط به قاعده فراش پیدا می‌کند مورد بررسی قرار گرفته است.

۳- قال امیرالمومنین علی (ع) فی جواب معاویه: و اما ما ذکرته من نفی زیاد فانی لم انفه بل نفاة رسول الله (ص) اذ قال «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^۱

حضرت امیرالمومنین علی (ع) در جواب معاویه فرمود: و اما این که گفتی: من زیاد را فرزند پدرش ندانستم، من فرزندی او را انکار نکردم بلکه رسول خدا (ص) با این فرمایش خود «فرزند از آن فراش است و برای زناکار سنگ است» فرزندی او را انکار کرد.

۴- انه كتب الحسن (ع) فی جواب زیاد لما كتب زیاد اليه «من زیاد بن ابی سفیان الی حسن بن فاطمه (ع) یرید بذلك اهانتك (ع): من حسن ابن فاطمه بنت رسول الله (ص) الی زیاد بن سُمیة قال رسول الله (ص): الولد للفراش وللعاهر الحجر»^۲

زیاد در نامه‌ای به امام حسن مجتبی (ع) نوشته بود: از زیاد فرزند ابوسفیان به حسن بن فاطمه (و مقصود وی از این که آن حضرت را فرزند فاطمه خطاب کرده بود)، اهانت به ایشان بود امام حسن (ع) در جواب وی نوشت: از حسن فرزند فاطمه دختر پیامبر خدا (ص) به زیاد فرزند سمیه رسول خدا (ص) فرمود فرزند از آن فراش است و برای زناکار سنگ است (کنایه از این که زناکار بهره‌ای از ارث ندارد)

البته در دو حدیث فوق امام علی (ع) و امام حسن (ع) نخواسته‌اند ولدالزنا بودن زیاد را اثبات کنند بلکه مقصود این بوده است که انتساب زیاد را به ابوسفیان نفی کنند زیرا به موجب قاعدة فراش زیاد به شوهر مادرش تعلق داشت که صاحب فراش بوده است، نه افرادی هم چون ابوسفیان و دیگران که شوهر مادر زیاد نبوده‌اند.^۳

۱. بحار الانوار ج ۴۴، ص ۱۱۵ باب ۲۱ ج ۱.

۲. همان منبع

۳. باقر ایروانی، القواعد الفقهیه ج ۱۸۹/۲

۵- سئیل «ابو عبدالله عن رجل اشترى جارية ثم وَقَعَ عَلَيْهَا قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرَأَ رَحِمَهَا قَالَ: بَسْ مَا صَنَعَ يَسْتَغْفِرُ اللَّهَ وَلَا يَعُودُ قَلْتُ: فَإِنَّهُ بَاعَهَا مِنْ آخَرَ وَلَمْ يَسْتَبْرَأْ رَحِمَهَا ثُمَّ بَاعَهَا الثَّانِي مِنْ رَجُلٍ آخَرَ وَلَمْ يَسْتَبْرَأْ رَحِمَهَا فَاسْتَبَانَ حَمْلُهَا عِنْدَ الثَّلَاثِ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ (ع): «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»^۱ از امام صادق (ع)، در مورد مردی که کنیزی خریده بود و قبل از استبراء با او آمیزش کرده بود سؤال شد. در جواب حضرت فرمود: کار بدی کرده است. باید از خداوند طلب آمرزش کند و دیگر این کار را تکرار نکند. گفتیم: آن مرد، کنیز را قبل از حصول اطمینان از باردار نبودن (استبراء) به کسی دیگر فروخت و وی نیز قبل از این که مطمئن شود باردار نیست، آنرا به دیگری فروخت و در نزد خریدار سوم معلوم شد که کنیز حامله است، امام صادق (ع) فرمود: فرزند از آن فراش است و برای زناکار بهره‌ای نیست.

۶- عن علي بن جعفر عن أخيه (موسی بن جعفر ع) سألته عن رجل وطئ جارية فباعها قبل أن تحيض فوطأها الذي اشتراها في ذلك الظهر فولدت له، لمن الولد؟ قال: للذي هي عنده، فليصبر لقول رسول الله (ص): «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»^۲

از علی بن جعفر نقل شده که گفت از امام صادق (ع)، سؤال کردم: مردی با کنیزی آمیزش کرده و قبل از این که حائض شود آنرا فروخت و خریدار در همان حالت پاکی قبل از حیض با او آمیزش کرد، پس از مدتی زن فرزندی آورد، فرزند از آن کیست؟ فرمود: از آن کسی است که کنیز در نزد اوست - و باید بر این امر صبر کرد - به دلیل این سخن رسول خدا (ص) «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»

۷- در صحیح بخاری و مسلم از قول عایشه روایت شده که گفت: كان عتبة بن ابي وقاص عهد الي أخيه سعد بن ابي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه: قالت: فلما كان عام الفتح أخذته سعد بن ابي وقاص وقال: ابن اخي قد عهد الي فيه، فقال عبدالله بن زمعه: فقال: اخي و ابن وليدة ابي ولد فرشه (فتساوقا الي النبي ص) فقال رسول الله هولك يا عبد بن زمعه، ثم قال (ص): «الْوَلَدُ

۱. وسائل الشیعه ج ۵۶۸/۱۴ باب ۵۸ کتاب نکاح العیید ح ۲

۲. وسائل الشیعه ج ۵۶۹/۱۴ ابواب نکاح العیید و الأماء ح ۲

لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ثم قال (ص): لسودة بنت زمعه زوج النبي (ص): احتجبي منه يا سودة. لما رأى من شبهه بعته، فما رآها حتى لقي الله تعالى^۱

عایشه گوید: عته بن ابی وقاص به برادرش سعد بن ابی وقاص وصیت کرده بود که فرزند کنیز زمعه از من است او را نزد خود بیاور. هنگامی که سال فتح مکه فرا رسید سعد آن پسر را گرفت و گفت: این پسر، فرزند برادر من است، برادرم در مورد او به من وصیت کرده است. پس عبدالله بن زمعه ایستاد و گفت: این پسر برادر من و فرزند کنیز پدرم است که بر فراش او زاده شده (پس با هم به نزد رسول خدا (ص) رفتند و) پیامبر اکرم (ص) به عبدالله بن زمعه فرمود: آن پسر از آن تو است و سپس فرمود فرزند از آن فراش است و برای زناکار بهره‌ای نیست. آن گاه چون پیامبر خدا (ص) مشاهده کرد که آن پسر به عته شباهت دارد به همسر خود سوده دختر زمعه، فرمود: خود را از آن پسر بپوش و آن پسر تا آخر عمر سوده را ندید.

۸- در مسند احمد بن حنبل از قول عبادة بن صامت چندین مورد از قضاوت‌های پیامبر اکرم (ص) نقل شده که یکی از آنها این عبارت است: «قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر»^۲ با توجه به کثرت نقل این حدیث در کتب روایی شیعه و اهل سنت که مواردی از آن در این جا ذکر گردید از حیث سند عبارت «الولد للفراش وللعاهر الحجر» صدورش از پیامبر اکرم (ص) قطعی است و یا دست کم در اطمینان به صدور آن شکی نیست لذا از اخبار صحیح و مسلم الصدور در بین مسلمین می‌باشد.^۳

مفردات حدیث

۱. الولد. مقصود از «ولد» نطفه‌ای است که در رحم زن منعقد می‌شود و رشد می‌کند تا این که قابلیت زنده شدن پیدا کرده و خلقت فیزیکی آن کامل می‌شود و به محض این که روح در

۱. صحیح مسلم ج ۴/۱۷۱، صحیح بخاری ج ۲/۳۲ (باب تفسر الشبهات) - سنن ابی داود ج ۲/۶۹۶ کتاب الطلاق، بجنوردی،

القواعد الفقهیه ج ۴/۲۱

۲. مسند احمد بن حنبل ج ۵/۳۲۶، أفضیة رسول الله، ابن الفرج قرطبی ۱۶۱/ شیخ الشریعه اصفهانی، قاعده لاضرر و لاضرر ۲۹/

۳. بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۴/۲۲، ۲۳

آن وارد می‌شود ولد خوانده می‌شود چه این که زنده به دنیا بیاید یا مرده.^۱ اولاد که جمع ولد باشد یک مفهوم عام دارد و یک مفهوم خاص. اولاد در مفهوم عام شامل تمام کسانی است که از نسل شخصی به طور مستقیم متولد شده باشند، خواه بی‌واسطه و خواه باواسطه. مطابق این مفهوم از ولد، نیره و نواده‌های شخص هر اندازه که پائین روند در زمره اولاد او به حساب می‌آیند؛ اما اولاد به معنای خاص تنها به کسانی گفته می‌شود که بی‌واسطه از شخص متولد می‌شوند. در کتاب هشتم قانون مدنی منظور از کلمه اولاد به معنای خاص آن می‌باشد زیرا مقصود از تنظیم مواد قانون مدنی در این بخش، اثبات نسب و تنظیم روابط خانواده است و هم‌چنین مقصود از ولد در حدیث «الولد للفرش» همین معنی است.^۲

۲. الفرش. از فرُش یعنی گستردن در آیه قرآن کریم است که: **الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ فَرَاشًا**^۳ خدایی که زمین را برای شما گسترده گردانید.

فرش گاهی در معنای «مفروش» به کار می‌رود یعنی آن‌چه که برای نشستن یا خوابیدن بر روی آن، روی زمین پهن می‌شود، هم‌چنین به زن هم فرش گفته می‌شود، از آن جهت که شوهر حق دارد با او بخوابد و نیز به خود شوهر هم که زوج شرعی و صاحب فرش (همسر) می‌باشد اطلاق می‌گردد، مراد از این واژه در روایت مورد بحث همین معنای کنایی است و منظور از آن شوهر زن یا مالک کنیز است.^۴

۳. العاهر. به معنای فرد زناکار است از عهر به معنای زنا و فسق و فجور می‌باشد.

۴. الحجر. در لغت به معنای سنگ است، احتمال دارد کنایه از این باشد که زانی هیچ حقی ندارد و همچون سنگ بی‌ارزش است. در اصطلاح عرب کسی را که بخواهند تحقیر کنند و حقی برایش قائل نباشند می‌گویند. **مَالَهُ إِلَّا التُّرَابُ أَوْ الْحَجَرُ** و نیز احتمال دارد مراد از حجر در روایت مزبور کنایه از رجم و سنگسار شدن زانی باشد که چنان‌چه در انتساب طفل به صاحب فرش و فرد

۱. بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۲۲/۴، ۲۳.

۲. حبیب الله طاهری، حقوق مدنی ج ۳/۳۰۰.

۳. سوره بقره ۲۲/۲.

۴. همان منبع.

زانی شک و تردید وجود داشته باشد به موجب حدیث فراش، کودک ملحق به شوهر می‌شود و مرد زانی هم به وسیله سنگ، رجم می‌گردد.^۱

لیکن به نظر می‌رسد احتمال اول بهتر و مناسب محل بحث باشد؛ زیرا مجازات زانی همیشه سنگسار کردن نیست، بلکه این نوع مجازات به زانی محصن اختصاص دارد و غیر محصن مجازاتش تازیانه است و دیگر این که دلیل بودن قاعده فراش صرفاً در قبال زانی نیست، بلکه در هر موردی است که در مقابل شوهر، وطنی کننده دیگری باشد، چه زانی و چه غیرزانی که آن‌گاه بر اساس آماره فراش انتساب کودک به شوهر اثبات می‌شود.^۲

مفاد قاعده

مضمون جمله اول از حدیث که بیان داشته است: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» این است که طفل اختصاص به زوج شرعی دارد و دیگران هیچ‌گونه حقی نسبت به او ندارند و این معنی هم نتیجه محصور بودن مبتدا (الولد) در خبر (فراش) می‌باشد. در کلام عرب چنانچه مبتدا معرف به الف و لام باشد افاده حصر می‌کند مثلاً گفته می‌شود «الکرم والشجاعه فی العرب» که مقصود این است که کرم و شجاعت فقط در عرب است.^۳

خلاصه آن‌چه از این جمله فهمیده می‌شود، اختصاص و انحصار است، اختصاص از «لام» در «للفراش» استفاده می‌شود چه این که مراد از آن ملکیت نیست و انحصار هم از «ال» در «الفراش» و «الولد» هم چنان که گفته می‌شود «الجُلُّ لِلْفَرَسِ».

جمله «الولد للفراش» به ظاهر جمله خبری است ولی در واقع جمله انشائی است، یعنی پیامبر اکرم (ص) در مقام بیان حکم شرعی بوده‌اند نه در مقام خبر دادن از واقعه طبیعی و خارجی. اصولاً قضایای شرعی و احکام فقهی که به شکل جملات خبریه وارد شده است در حقیقت انشاء حکم می‌باشند، گرچه به صورت اخبار بیان شده باشند. مثلاً در احادیثی که از قول ائمه معصومین

۱. سوره بقره ۲۲/۲

۲. بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۲۸/۴ - ایروانی، القواعد الفقهیه ج ۱۹۰/۲

۳. بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۲۴/۴

(عليهم السلام) وارد شده که فرمودند: «يَغْتَسِلُ وَيُعِيدُ». مقصود، بیان و انشاء حکم شرعی است یعنی مکلف باید غسل کند و نماز را اعاده نماید، نه این که خبر دادن از غسل و اعاده نماز مکلف باشد. افزون بر آن اگر این گونه عبارات انشائی نباشند در بعضی مواقع مستلزم دروغ و خلاف واقع می شود.

شارع مقدس جمله «الْوَكَاءُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ» را برای حفظ نسب و مصالح دیگر بیان فرموده است به عبارت دیگر در الحاق طفل به شوهر، فراش موضوعیت ندارد، بلکه طریقیّت دارد. در این که مشخص گردد آمیزش صورت گرفته است یا خیر؟ اصطلاحاً گفته می شود قطع طریقی است و در قطع طریقی هم جعل یا سلب حکم از آن چه که مورد قطع است ممکن نیست. حدیثی از پیامبر اکرم (ص) نیز بر این مطلب دلالت دارد.

«جاء رجل الى رسول الله (ص)، فقال: كُنْتُ أُعْزِلُ عَنْ جَارِيَةٍ لِي فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ، فقال (ص): إِنَّ الْوَكَاءَ قَدْ يَنْفَلِتُ فَأَلْحَقْ بِهِ الْوَلَدَ.»^۱

مردی نزد رسول خدا (ص) آمد و گفت: کنیزی که هنگام آمیزش با او عزل منی می کردم فرزندی به دنیا آورد، حضرت (ص) فرمودند: گاهی بند مشک رها می شود و فرزند را به آن مرد ملحق کرد.

جمله «إِنَّ الْوَكَاءَ قَدْ يَنْفَلِتُ» کنایه از این است که گاهی منی وارد رحم زن می شود که مرد آن را نمی فهمد^۲ و از این حدیث استنباط می شود که اگر خود فراش به تنهایی موضوعیت داشت و قطع و یا عدم قطع به آمیزش در آن دخالتی نداشت، آوردن جمله «إِنَّ الْوَكَاءَ قَدْ يَنْفَلِتُ» در روایت به عنوان تعلیل صحیح نبود.

با توجه به نکات فوق بیان می داریم: کلام شریف پیامبر اکرم (ص) که فرمودند: «الولد للفراش» دلیل و اماره معتبره در مقام اثبات نسب شرعی و قانونی طفل محسوب می شود که هرگاه شک و تردید وجود داشته باشد که طفل متولد شده به چه کسی تعلق دارد و اختلاف در نسب قانونی کودک باشد، مطابق اماره فراش حکم به الحاق طفل به شوهر داده می شود. ویژگی عمده

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۵ / باب ۱۵ از ابواب احکام الاولاد ح ۱ و باب ۱۹ ح ۱

۲. جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیة ج ۲ / ۳۱۳/۲

آماره هم در این است که نه قطع برخلاف آن وجود داشته باشد و نه قطع بر موافقت با آن، زیرا با وجود قطع به احدالطرفین نمی‌توان به آماره به عنوان دلیل و آماره قانونی توجه کرد. چه این که اگر شخص مطابق آن‌چه آماره می‌گوید قبلاً قطع و یقین به مضمون آن داشته باشد در این صورت حجیت آماره از قبیل تحصیل حاصل و لغو عبث به شمار می‌آید و آماره دیگر، طریقت ندارد و چنانچه برخلاف مضمون آماره، قطع و یقین وجود داشته باشد در این حالت صحیح نیست بر چیزی که قطع و یقین وجود دارد، آماره ظنی قائم شود و بخواهد آن را ثابت کند. لذا اعتبار آماره برای کسی است که قطع به واقع نداشته باشد درخصوص آماره فراش هم همین‌طور است که حدیث «الولد للفراش» در مواردی آماره قانونی محسوب می‌شود که معلوم نباشد کودکی که متولد شده به چه کسی تعلق دارد؟ به عبارت دیگر در موردی هم الحاق کودک به غیر شوهر امکان داشته باشد و هم الحاق آن به شوهر ممکن باشد که در این حالت (شارع، الحاق کودک را به شوهر لازم دانسته و تعهد به ظن حاصل از فراش را معتبر شمرده است).^۱

شرایط اجرای قاعده فراش

برای اثبات نسب قانونی طفل از طریق قاعده فراش، باید در دو مورد بحث نمود. یکی نسبت به طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده باشد و انتساب آن به شوهر مورد اختلاف باشد و دیگر نسبت به طفلی که بعد از انحلال نکاح به دنیا آمده باشد. قانونی مدنی ایران نیز به پیروی از فقه امامیه برای اجرای آماره فراش این دو مورد را در نظر گرفته و در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ به آن دو حالت اشاره نموده است. بنابراین در توضیح و تبیین شرایط اجرای آماره فراش لازم است در دو مورد بحث گردد.

الف. اجرای قاعده فراش در مورد طفل متولد در زمان زوجیت

ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی در مورد طفل متولد در زمان زوجیت مقرر می‌دارد: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد. از این ماده استفاده می‌شود در مورد کودکی که در زمان

زوجیت به دنیا آمده است، هنگامی اماره فراش اجرا و به موجب آن طفل به شوهر زن ملحق می‌شود که شرایط زیر محرز گردد:

۱. ثابت بودن نسب مادری.
 ۲. وجود نکاح صحیح بین زن و مرد.
 ۳. انعقاد نطفه در زمان زوجیت
 ۴. تولد کودک پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی باشد.
 ۵. بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت نگذشته باشد.
- شرایط پنج‌گانه فوق به ترتیب توضیح داده می‌شود:

۱. ثابت بودن نسب مادری.

برای این که آثار قرابت ظاهر شود، لازم است مبنای آن یعنی نسب، قانونی باشد و برای بررسی نسب‌ها باید نسب هر فرزندی نسبت به دو نفری که او را به وجود آورده‌اند مورد توجه قرار گیرد. نسب شخص وقتی قانونی است که بین زن و مردی که نزدیکی آنان سبب انعقاد نطفه او گردیده در حین نزدیکی رابطه زوجیت وجود داشته باشد. با توجه به این که هر کسی دارای دو نسب است. نسب مادری و نسب پدری قانونی بودن نسب مادری ملازمه با قانونی بودن نسب پدری دارد، زیرا نسب مادری وقتی قانونی است که نسب از نزدیکی مادر با شوهرش که پدر قانونی خواهد بود ناشی شده باشد. در نتیجه اگر طفل از آمیزش نامشروع مادر با مردی حاصل شده باشد نه نسب مادری قانونی است و نه نسب پدری. تنها در مورد شبهه یا اکراه این ملازمه وجود ندارد و نسب طفل نسبت به کسی که در حال اشتباه یا اکراه بوده و سوء نیت نداشته در حکم نسب قانونی است.^۱

برای اثبات نسب مادری طفل، اثبات دو امر ضروری است: یکی وضع حمل زن در مدتی که سن طفل اقتضاء دارد که در آن مدت متولد شده باشد و دیگر کودکی که دعوی فرزندی او نسبت به زن می‌شود همان کودکی باشد که زن وضع حمل نموده است. اثبات دو امر فوق به وسیله هرگونه دلیلی در دادگاه ممکن خواهد بود، از قبیل شهادت شهود، آزمایش خون و... نسب مادری را به سهولت می‌توان شناخت زیرا از یک واقعه آشکار که معمولاً عده‌ای از آن آگاه می‌شوند یعنی زایمان ناشی می‌گردد. اثبات زایمان مادر و تولد طفل در روزهای آغازین پس از زایمان آسان است اما هرچه از تاریخ زایمان بیشتر بگذرد، اثبات آن مشکل‌تر خواهد بود. برای این که ولادت طفل و تاریخ آن و همچنین نسب طفل مورد تردید قرار نگیرد به موجب قانون مقرر است که ولادت طفل تا پانزده روز بعد از تولد او به حوزه ثبت احوال اظهار شود تا سند کتبی برای تولد و نسب طفل تنظیم گردد.^۱

۲. وجود نکاح صحیح بین زن و مرد

اثبات وجود نکاح صحیح بین زن و مردی که ادعای پدری او نسبت به طفل شده است به وسیله هر دلیلی اگرچه اقرار خود آنها باشد ممکن خواهد بود، وضعیت خارجی زن و مرد از قبیل معاشرت دائم و زندگانی آنها در یک منزل و مسافرت‌های متعدد با یکدیگر نیز می‌تواند از قرائن اثبات‌کننده زناشوئی قرار گیرد.^۲

جمله اول ماده ۱۱۵۸ ق.م. که مقرر داشته است: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، ناظر به همین شرط است که از عبارت «زمان زوجیت» فهمیده می‌شود که بایستی بین زن و مرد رابطه زوجیت برقرار باشد.

۳. انعقاد نطفه در زمان زوجیت

برای اثبات نسب مشروع و ناشی از نکاح بایستی علاوه بر وجود عقد نکاح، نزدیکی بین زوجین نیز واقع شده باشد، یا نطفه مرد به نحوی در رحم همسرش قرار گیرد که اثبات کننده انعقاد نطفه طفل در زمان زوجیت باشد. فقهاء عموماً برای تحقق قاعده فراش علاوه بر عقد نکاح بین زن و شوهر، نزدیکی آن دو را نیز شرط می‌دانند و مقصود از نزدیکی پنهان شدن آلت تناسلی شوهر به مقدار حشفه در قُبُل یا دُبُر زن باشد چه انزال صورت گرفته باشد یا نه.^۱

نزدیکی جنسی به اعتبار آن که سبب انعقاد نطفه گردد مبنای قاعده فراش قرار می‌گیرد در غیر آن صورت به خودی خود نمی‌تواند دلیل بر نسب قانونی باشد.^۲ زیرا در بعضی موارد مانند نزدیکی در دُبُر یا تَفْخِیذ و هم‌چنین نزدیکی در قُبُل با عدم انزال، از اموری که موجب باردار شدن زن باشد نیست، لذا بسیاری از فقهاء تصریح کرده‌اند که اماره فراش در صورتی جاری می‌گردد که نزدیکی از قُبُل بوده و انزال صورت گرفته باشد^۳ بنابراین در صورتی دخول، می‌تواند مبنای انتساب طفل به شوهر قرار گیرد که امکان تکوّن طفل از او برود لذا نزدیکی مرد خصّی یا أخته و یا کسی که در منی او ماده حیاتی اسپرماتوزوئید وجود ندارد، نمی‌تواند اثبات کننده نسب باشد.^۴

در این میان برخی از فقهاء از جمله صاحب جواهر الکلام، صرف دخول را معتبر دانسته‌اند گرچه انزال صورت نگرفته باشد، زیرا اظهار داشته‌اند امکان دارد نطفه زن (تخمک یا اوول) به دلیل دخول، آمادگی زاد و ولد پیدا کند یا به نحوی نطفه کودک منعقد گردد که ما از آن اطلاع نداریم بلکه صرفاً خداوند متعال به آن آگاهی دارد.^۵

بعضی از دانشمندان هم برآنند که اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای تحقق قاعده فراش لازم نیست، بلکه همین که طفل در زمان زوجیت شش ماه پس از انعقاد نکاح، متولد شده باشد

۱. شهید ثانی، الروضه البهیة ج ۴۳۲/۵

۲. سید علی طباطبایی، ریاض المسائل ج ۴۸۲/۱۰

۳. بجنوردی، القواعد الفقیه ج ۳۰/۴

۴. دکتر امامی، حقوق مدنی ج ۱۵۷/۵

۵. جواهر الکلام ج ۲۲۳/۳۱

ملحق به شوهر است. مبنای نظر مزبور علاوه بر حفظ عفت خانوادگی، دشوار بودن اثبات دخول هم می‌باشد زیرا، نزدیکی جنسی از اموری است که سعی در مخفی داشتن آن می‌شود و عموماً دیگران از آن آگاه نمی‌شوند و قابل اثبات نیست، لذا در این گونه موارد باید از قرائن و اوضاع و احوال ظاهری کمک گرفت و به همین مقدار اکتفاء کرد.^۱

به ابوحنیفه هم منسوب است که مجرد عقد نکاح را برای اثبات نسب طفل به شوهر و اجرای اماره فراش کافی دانسته است. لذا مطابق فتوای او چنانچه مردی با زنی عقد کند و بدون این که امکان نزدیکی هم فراهم شود زن را طلاق دهد و آن گاه شش ماه بعد از عقد بچه‌ای از آن زن متولد شود ملحق به شوهر قبلی آن زن می‌شود.^۲

به نظر می‌رسد صحیح این باشد که بگوییم ملاک در تحقق اماره فراش، صرف عقد یا دخول بعد از عقد نیست بلکه به دنبال عقد امکان حامله شدن زن از شوهر است که این حالت اکثراً با انزال منی از طریق نزدیکی حاصل می‌شود و گاهی هم ممکن است از طریق تلقیح مصنوعی و قرار دادن منی شوهر در رحم زن انجام بگیرد بدون این که نزدیکی صورت گرفته باشد و این مبنی با طریقت و اماره بودن فراش هم بیشتر سازگار است که این مطلب در صفحات گذشته توضیح داده شد.

۴. تولد طفل پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی باشد.

این شرط در صورتی است که طفل به طور کامل به دنیا آمده باشد و زندگی مستقل در خارج از رحم داشته باشد. چون کودکی که کم‌تر از شش ماه بوده باشد قادر به زنده بودن در خارج از رحم نیست، مستند شرعی این سخن دو آیه از قرآن کریم است که از جمع آن دو استفاده می‌شود که اقل مدت حمل، شش ماه است. یکی آیه... وَ حَثْلُهُ وَ فَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا^۳ که مجموع ایام حمل و شیر دادن را سی ماه دانسته است و دیگر آیه: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ

۱. دکتر حسن امامی، حقوق مدنی ج ۱۵۷/۵

۲. عینی، اهدایة الثاری ج ۱۱۰/۱۱ - باقر ایروانی، القواعد الفقهیه ج ۱۹۱/۱۲

۳. سوره احقاف ۱۵

حوکین کاملین لمن اراد ان یتیم الرضاعة^۱ می باشد، که مدت شیر دادن کودک توسط مادر را دو سال کامل ذکر نموده است، که با کسر ۲۴ ماه از ۳۰ ماه کم ترین مدت زمان حمل، ۶ ماه محسوب می شود.

روایات مستفیضه نیز از پیشوایان معصوم (ع) مبنی بر ۶ ماده بودن اقل مدت حمل، وجود دارد از جمله از قول امیرالمؤمنین علی (ع) روایت شده که فرمودند: «لا تلد المرأة لاقل من ستة أشهر»^۲ در خصوص کودکی که کم تر از شش ماه باشد و سقط گردد از جهت این که تکفین و تجهیز او واجب است به شوهر تعلق پیدا می کند نه به لحاظ آماره فراش^۳

۵. بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا ولادت کودک نگذشته باشد

این شرط بر این اساس است که به طور طبیعی جنین بیش از ده ماه در رحم مادر باقی نمی ماند، در اصل شرط فوق، بین فقهاء، اختلافی نیست، لیکن در حداکثر مدت حمل اختلاف وجود دارد، مشهور فقهاء آن را نه ماه دانسته اند.^۴ در این زمینه روایات زیادی هم وارد شده است که حداکثر مدت حمل را نه ماه ذکر کرده است.^۵

از قول شیخ طوسی نقل شده است که ایشان حداکثر مدت حمل را ده ماه دانسته و محقق حلی نیز همین نظر را نیکو دانسته است.^۶ برخی نیز همچون سید مرتضی علم الهدی و شهید ثانی حداکثر مدت حمل را یک سال ذکر کرده اند.^۷ در بین فقهای معاصر نیز امام خمینی (ره) و آیت ... خوئی (ره) این قول را ترجیح داده اند.^۸

۱. سوره بقره ۲/۲۳۳

۲. وسائل الشیعه ج ۱۵/باب ۱۷ از ابواب احکام الاولاد ج ۸

۳. سید علی طباطبایی، ریاض المسائل ج ۴۸۳/۱۰

۴. جواهر الکلام ج ۲۲۴/۳۱ - جعفر سبحانی، نظام النکاح فی الشریعة الاسلامیه ج ۳۱۵/۲

۵. وسائل الشیعه ج ۱۵/۱۱۵/باب ۱۷ از ابواب احکام اولاد

۶. ریاض المسائل ج ۴۸۴/۱۰ - شهید ثانی، مسالک ج ۶۲۵/۱ - محقق حلی، مختصر النافع، کتاب النکاح

۷. مسالک الانعام ج ۶۲۵/۱، سید مرتضی، الانتصار

۸. تحریر الوسیله ج ۳۰۷/۲، منهاج الصالحین ج ۲۸۸/۲

شهید ثانی روایاتی را که دلالت دارند بر این که حداکثر مدت حمل نه ماه است، حمل بر مورد غالب کرده و امکان این که فرزندی در رحم مادر تا یک سال بماند را معقول و ممکن دانسته است.^۱

قانون مدنی ایران در این مسأله برخلاف معمول، از قول مشهور فقهاء شیعه پیروی نکرده است بلکه در راه مصلحت خانواده و طفل، حداکثر مدت حمل را ده ماه قرار داده است که راه حلی معقول است و با داده‌های علمی نیز انطباق بیشتری دارد. برخی از حقوق‌دانان در تعلیل ذکر مدت ده ماه به عنوان حداکثر مدت حمل در قانون مدنی ایران اظهار داشته‌اند، به نظر می‌رسد قانون ما در این مورد از حقوق فرانسه و سوئیس نیر الهام گرفته باشد، در حقوق این کشورها حداقل مدت حمل ۱۸۰ روز و حداکثر آن ۳۰۰ روز است.^۲

در نتیجه اگر فاصله بین عقد نکاح و تولد طفل کم‌تر از شش ماه باشد، نمی‌توان او را ملحق به شوهر دانست زیرا با توجه به حداقل مدت حمل باید گفت نسب او ناشی از زنا یا وطی به شبهه است و نطفه در زمان زوجیت منعقد نشده است، این قول مشهور فقهای شیعه است، لکن به برخی از فقهاء از قبیل شیخ طوسی و شیخ مفید منسوب است که گفته‌اند: در این صورت شوهر مختیر است بین نفی طفل و اقرار به نسب چنانچه اقرار کند، طفل به او تعلق خواهد گرفت.^۳

مقصود از کلمه ماه

برابر قانون مصوب ۱۱ فروردین ۱۳۰۴، ماه و سال شمسی در تقویم رسمی ایران پذیرفته شده است و ماده ۶۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی نیز مقرر داشته است که سال، دوازده ماه است و ماه مطابق با ماه شمسی است لذا در قانون مدنی مقصود از این کلمه ماه شمسی است. ولی نظر به این که در فقه، ماه قمری ملاک عمل است و قانون مدنی هم منطبق با احکام فقهی متخذ از فقه می‌باشد، محمول بر آن می‌گردد و در برخی از اصلاحات جدید قانونی از جمله تبصره ۱ ماده

۱. مسالک ج ۱/۶۲۵ - الروضه البهیة ج ۵/۴۳۳

۲. دکتر صفائی و دکتر امامی، حقوق خانواده ج ۵۱/۲

۳. جواهر الکلام کتاب النکاح، النظر الرابع فی احکام الاولاد ج ۳۱/۲۲۴

۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی هم، سال قمری به صراحت پذیرفته شده است، بنابراین کلمه ماه در شرایط ذکر شده و هم چنین در ماده ۱۱۵۸ و ماده ۱۱۵۹ ق.م.باید به ماه قمری تفسیر گردد که گاهی ۳۰ روز و گاهی ۲۹ روز است.^۱

اجرای قاعده فراش در مورد طفل متولد بعد از انحلال نکاح

چنانچه کودک بعد از انحلال نکاح متولد شود و با توجه به حداکثر مدت حمل، امکان الحاق او به شوهر سابق زن وجود داشته باشد، مطابق آماره فراش طفل به شوهر سابق تعلق می‌گیرد. در این مسأله دو فرض وجود دارد: فرض اول این است که طفل قبل از ازدواج مجدد زن به دنیا آمده باشد و فرض دوم این است که زن بعد از انحلال نکاح اول، شوهر دیگر اختیار کرده و در دوران زوجیت دوم، طفل به دنیا آمده باشد.

تولد کودک قبل از ازدواج مجدد زن

اگر از تاریخ انحلال نکاح تا تولد طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، بر اساس قاعده فراش، طفل به شوهر سابق منتسب می‌شود. در این فرض نزدیکی جنسی مبدأ احتساب مدت حمل قرار نمی‌گیرد، بلکه از آنجا که در دوران زوجیت همیشه امکان نزدیکی وجود دارد، زمان انحلال نکاح مبدأ احتساب قرار می‌گیرد و دیگر این که هنوز زن ازدواج مجدد نکرده و فعلاً فراش دیگری وجود ندارد که با فراش قبلی تعارض داشته باشد.^۲

ماده ۱۱۵۹ ق.م.ب هم در همین فرض مقرر داشته است: هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است مشروط بر این که مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد.

۱. دکتر صفایی، حقوق خانواده ج ۵۲/۲ و ۵۳

۲. سید علی طباطبایی، ریاض المسائل ج ۴۹۱/۱۰

تولد کودک بعد از ازدواج مجدد زن

چنانچه پس از انحلال نکاح و انقضای مدت عدّه، زن شوهر دیگر اختیار کند و آن گاه در زمان زوجیت دوم کودکی از آن زن متولد شود که امکان الحاق او به یکی از دو شوهر یا هر دو با توجه به حداقل و حداکثر مدت حمل وجود داشته باشد و یا امکان الحاق طفل به هیچ کدام وجود نداشته باشد، چهار حالت پیش‌بینی می‌شود:

۱. حالتی که فقط الحاق طفل به شوهر اول امکان دارد مثلاً مردی همسرش را طلاق دهد و بعد از انقضای عدّه، آن زن شوهر دیگری اختیار کند و بعد از گذشت پنج ماه از تاریخ ازدواج کودکی به دنیا آورد. در این فرض طفل به شوهر دوم تعلق نمی‌گیرد، زیرا از زمان انحلال ازدواج اول تا تولد کودک کم‌تر از ده ماه گذشته است طفل به شوهر اول ملحق خواهد شد و نیز با توجه به این که کشف می‌شود ازدواج دوم در ایّام عدّه صورت گرفته است حکم به بطلان آن داده می‌شود.^۱

۲. حالتی که فقط الحاق طفل به شوهر دوم ممکن است. به فرض زن بعد از انحلال نکاح و تمام شدن مدت عدّه، شوهر دیگر اختیار کند و فاصله بین انحلال نکاح اول و نکاح دوم، هفت ماه باشد و نه ماه بعد از ازدواج دوم فرزندی به دنیا آید، در این جا با توجه به حداقل و حداکثر مدت حمل، طفل صرفاً به شوهر دوم انتساب پیدا می‌کند.

۳. حالتی که الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن است. مثلاً زنی سه ماه بعد از طلاق به تصور این که عدّه‌اش تمام شده است، ازدواج می‌کند و هفت ماه بعد از آن فرزندی به دنیا می‌آورد، در این جا فاصله بین انحلال نکاح اول و تولد طفل ده ماه و فاصله بین انعقاد نکاح دوم و تولد طفل هفت ماه است لذا با توجه به حداقل و حداکثر مدت حمل، الحاق طفل به هر یک از دو شوهر ممکن است.

در این فرض با توجه به این که شرایط اجرای اماره فراش نسبت به الحاق طفل به هر دو شوهر وجود دارد تعارض دو اماره یا دو دلیل حاصل می‌شود که مقتضای قاعده باب تعارض هم با نبودن

مُرَجَّع، تساقط هر دو دلیل است، لیکن ملاحظه مصلحت خانواده و طفل اقتضاء دارد که طفل منتسب به شوهر دوم باشد و فقهاء امامیه هم در موردی که انتساب طفل به هر دو شوهر ممکن باشد، حکم به الحاق طفل به شوهر دوم کرده‌اند و در این حکم به پاره‌ای روایات نیز استناد جسته‌اند و چنین استدلال کرده‌اند که مراد از فراش، فراش فعلی است و چون فراش (نکاح) شوهر اول زائل شده و صرفاً فراش شوهر دوم فعلیت دارد، در نتیجه کودک به شوهر دوم ملحق خواهد شد.^۱

البته این استدلال خالی از اشکال نیست چرا که، فعلیت فراش در زمان نزدیکی لازم است نه به هنگام تولد کودک، به عبارت دیگر در زمان نزدیکی زن و شوهر باید رابطه زوجیت برقرار بوده باشد و فرض این است که در این زمان هر دو فراش فعلیت داشته است، یعنی ممکن است نزدیکی که نطفه طفل در اثر آن منعقد شده در زمان زوجیت اول یا دوم رخ داده باشد.^۲

بنابراین بهتر است مستند فقهی حکم الحاق طفل به شوهر دوم را آن دسته روایاتی بدانیم که این حکم از آنها قابل استنباط است، ماده ۱۱۶۰ ق.م. ایران نیز صریحاً اعلام کرده است که طفل ملحق به شوهر دوم است مگر آن که امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند، مقصود از امارات قطعیه اوضاع و احوال یا امارات قضائی است که به وضوح دلالت بر عدم انتساب طفل به شوهر دوم کند و دادرس از آن، قطع به عدم انتساب پیدا کند چنان که به نحوی قاطع با نظریه کارشناس ثابت شود که در نطفه شوهر دوم ماده حیاتی اسپرماتوزئید نیست یا اختلاف گروه خونی آن دو به گونه‌ای است که از لحاظ علمی الحاق طفل به شوهر دوم غیرممکن است، در این صورت کودک به شوهر اول ملحق خواهد شد.^۳

۴. حالتی که الحاق طفل به هیچ کدام از دو شوهر ممکن نیست، مثلاً فاصله بین انحلال اول تا ولادت کودک بیش از حداکثر مدت حمل باشد که در این صورت به شوهر اول ملحق نمی‌شود، از طرفی بین ازدواج دوم زن و ولادت کودک کم‌تر از حداقل مدت حمل باشد که به

۱. بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۴/۴۱

۲. باقر ایروانی، القواعد الفقهیه ج ۲/۱۹۵

۳. دکتر صفائی، حقوق خانواده ج ۲/۵۵

شوهر دوم هم ملحق نمی‌شود. در نتیجه در فرض مذکور اجرای قاعده فراش نسبت به هر دو شوهر منتفی است. البته حکم به زانیه بودن زن هم داده نمی‌شود زیرا امکان دارد از طریق دیگری بچه‌دار شده باشد که شیوه باردار شدن آن زن کشف نگردد، در این صورت گفته می‌شود طفل مزبور صرفاً مادر دارد ولی پدر ندارد.^۱

اجرای قاعده فراش در فرزند شبهه

منظور از شبهه، تصور خلاف حقیقت است و وطی به شبهه هم عبارت است از این که مردی با زنی نزدیکی کند به تصور این که بین آنها رابطه زوجیت وجود دارد حال آن که چنین رابطه‌ای در واقع وجود نداشته است.^۲ این عمل را وطی به شبهه گویند و چنانچه در نتیجه آن، فرزندی به دنیا آید او را ولد شبهه و نسب او را نسب ناشی از شبهه می‌نامند.

برخی از فقهاء در تعریف وطی به شبهه اظهار داشته‌اند: منظور از وطی به شبهه، نزدیکی است که شخص با عدم علم به تحریم آن استحقاق آن را نداشته باشد، لذا نزدیکی دیوانه و کسی که در خواب است داخل در این مفهوم خواهد بود.^۳

شبهه یا در اثر جهل به حکم است یا در اثر جهل به موضوع، بنابراین شبهه دو نوع می‌شود: شبهه حکمیه و شبهه موضوعیه. شبهه حکمیه در موردی است که تصور برخلاف حقیقت، در اثر جهل به حکم و قانون باشد مثلاً مردی با زنی که در عده است به گمان این که ازدواج با چنین زنی قانوناً و شرعاً بلامانع است، ازدواج کند یا آن که مردی با زنی که شوهرش مفقودالایر است پس از گذشت چهار سال ازدواج نماید به خیال این که صرف گذشت چهار سال از غیبت شوهرش برای صحت ازدواج با چنین زنی کافی است، در حالی که صحت ازدواج با چنین زنی منوط به حکم دادگاه می‌باشد که به ولی شوهر او امر کند که این زن را طلاق دهد و در صورت نبودن ولی و امتناع زن از طلاق، حاکم شرع آن را طلاق دهد و زن عده وفات نگه دارد و آن گاه بعد از اتمام

۱. ایروانی، القواعد الفقهیه ج ۱۹۵/۲

۲. آیت الله العظمی، منهای الصالحین ج ۲۸۹/۲

۳. شهید ثانی، مسالک الافهام ج ۴۵۵/۱ - کتاب النکاح فصل الربع فی اسباب التحريم

عده می‌تواند شوهر اختیار کند، (ماده ۱۰۲۹ ق.م.ا). شبهه موضوعیه در اثر جهل به مصداق و موضوع حکم است، به عبارت دیگر اگر شخصی در عملی که انجام داده اشتباه کرده و تصویری برخلاف واقع از آن داشته باشد دچار شبهه موضوعیه شده است مثلاً مردی می‌داند که ازدواج با زنی که در عده دیگری به سر می‌برد ممنوع است ولیکن با زنی که در عده دیگری است به گمان این که مدت عده‌اش منقضی شده ازدواج نماید، یا شخص با دیگری که از محارم رضاعی اوست ازدواج می‌نماید بدون این که از داشتن قرابت رضاعی با او آگاه باشد.

هم‌چنین شبهه ممکن است در عقد باشد و یا در وطی. چنان‌چه بر اثر اشتباه، عقد نکاح محقق گردد و به دنبال آن نزدیکی واقع شود این حالت شبهه در عقد است ولی اگر بدون عقد و از روی اشتباه مردی با زنی نزدیکی نماید، شبهه در وطی است مثل این که مرد نایبانی با یک زن بیگانه به تصور این که زوجه اوست نزدیکی نماید.

نزدیکی به شبهه در حکم نزدیکی از طریق نکاح صحیح است و آنچه در اثبات نسب مشروع گفته شد در اثبات نسب ناشی از شبهه نیز صادق است. بنابراین نسب پدری را در این جا نیز با آماره فراش می‌توان ثابت کرد و طفلی هم که ولد شبهه به حساب می‌آید، مطابق قاعده فراش منتسب به کسی خواهد بود که در شبهه بوده است. اگر زن و مرد هر دو در شبهه بوده باشند، منتسب به هر دو می‌شود، اگر یک طرف عالم و طرف دیگر در شبهه بوده باشد، فرزند به کسی ملحق می‌شود که در شبهه بوده است؛ ولی نسبت به شخصی که عالم به واقع بوده ولد الزنا بوده و ملحق به او نخواهد شد. ماده ۱۱۶۵ ق.م.ا هم‌چنین مقرر داشته است: طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند، ملحق به هر دو خواهد بود. برای اجرای قاعده فراش در ولد شبهه فروض زیر قابل تصور است:

الف. نزدیکی به شبهه با زن شوهردار

چنان‌چه مردی با زن شوهردار از روی شبهه نزدیکی نماید و طفلی متولد شود، با توجه به حداقل و حداکثر مدت حمل در الحاق طفل به شوهر یا واطی به شبهه چهار حالت قابل بررسی است.

۱. چنانچه از زمان نزدیکی هر کدام تا تولد کم‌تر از شش ماه یا بیش از ده ماه باشد در این صورت کودک به هیچ‌یک از آن دو ملحق نخواهد شد.

۲. چنان‌که فاصله بین ازدواج و تولد طفل بیش از شش ماه باشد ولی فاصله بین نزدیکی به شبهه و تولد کم‌تر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه باشد در این حالت اماره فراش فقط نسبت به شوهر زن اجراء می‌شود و کودک به او ملحق خواهد شد.

۳. چنان‌که از تاریخ نزدیکی شوهر با زن، کم‌تر از شش ماه یا بیش‌تر از ده ماه گذشته باشد، یا ثابت شده باشد که نطفه شوهر فاقد حیاتی است، ولی از زمان نزدیکی به شبهه بیش‌تر از شش ماه و کم‌تر از ده ماه سپری شده باشد، در این حالت اماره فراش صرفاً در مورد واطی به شبهه اجراء می‌شود و کودک به او ملحق می‌شود.

۴. چنانچه طفل پس از هشت ماه از تاریخ نزدیکی شوهر و نه ماه از زمان نزدیکی به شبهه متولد شود، در این حالت الحاق طفل به هر یک از شوهر و واطی به شبهه ممکن است، چه این که در هر دو مورد شرایط اجراء اماره فراش وجود دارد، در این‌جا اماره فراش شوهر با اماره فراش واطی به شبهه معارض است، مطابق نظر اکثر فقهاء حکم این مسأله با قرعه تعیین می‌شود.^۱

برخی از حقوقدانان نظر به این که در قانون مدنی در این خصوص چیزی ذکر نشده و نیز الحاق طفل به شوهر موافق مصلحت کودک و خانواده است و رابطه جنسی زن و شوهر دائمی ولی نزدیکی واطی به شبهه با زن شوهردار اتفاقی است و از این‌رو احتمال به وجود آمدن نطفه بچه از شوهر بیشتر و اماره فراش نسبت به او قوی‌تر است، طفل را ملحق به شوهر دانسته‌اند.^۲

ب. نزدیکی به شبهه با زن آزاد

چنانچه مردی با زنی که در قید زوجیت دیگری نیست، به شبهه نزدیکی کند و طفلی به دنیا آید که فاصله بین نزدیکی و تولد او کم‌تر از شش ماه و بیش‌تر از ده ماه نباشد، این فرض سه حالت دارد یا زن به طور کلی زوجه دیگری نبوده و یا در حباله نکاح شخص دیگری بوده که از تاریخ انحلال تا ولادت کودک بیش از ده ماه گذشته و یا این‌که سابقاً زوجه دیگری بوده و از

۱- جواهر الکلام ج ۳۱/۲۳۳ بنجوردی، القواعد الفقهیه ۳۹/۴

۲. دکتر اسد... امامی، نسب در حقوق ایران و فرانسه ۲۱۸/ - دکتر صفائی، حقوق خانواده ج ۲/۹۴

تاریخ انحلال نکاح تا تولد طفل بیش از ده ماه نگذشته است. در دو حالت اول و دوم اماره فراش بدون معارض نسبت به واطی به شبهه جاری و طفل به او ملحق می‌شود.^۱

اما در حالت سوم اقوال مختلف است، بعضی از فقهای امامیه نظر به تعارض دو اماره فراش، به قرعه متوسل شده‌اند زیرا به اعتقاد آنان قرعه برای هر امر مشکلی است (القرعة لیگلّ امر مشکلی) و این حالت از مصادیق اجرای قرعه است. بعضی دیگر طفل را به واطی به شبهه ملحق دانسته‌اند به این دلیل که گفته‌اند: فراش اول زائل شده و فراش دوم (فراش واطی به شبهه) باقی است پس اجرای این فراش اولی است.^۲

قول سوم این است که طفل به شوهر سابق زن ملحق خواهد شد. این قول در آثار حقوقی معاصر ترجیح دارد زیرا اولاً قانون مدنی، استقراع را برای حل هر امر مشکل و از جمله مشکل نسب پیش‌بینی نکرده است، ثانیاً این استدلال که فراش شوهر زائل شده و فراش واطی به شبهه باقی است قابل ایراد است، زیرا با رفع شبهه این فراش نیز زائل می‌شود، به علاوه این که وجود فراش در زمان نزدیکی ملاک اعتبار است و فرض این است که در این زمان دو فراش وجود داشته است. ثالثاً الحاق طفل به شوهر سابق زن با مصلحت طفل سازگارتر است زیرا کودکی که ولد شبهه معرفی می‌شود در جامعه دارای حیثیت و احترام فرزندی که ناشی از نکاح صحیح است، نخواهد بود. رابعاً ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی مؤید این نظر است چه این ماده به طور اطلاق طفلی را که در فاصله ده ماه یا کم‌تر از انحلال نکاح تولد یافته ملحق به شوهر سابق زن می‌داند.^۳

و نیز هرگاه دو نفر یکی به شبهه و دیگری به زنا با زنی نزدیکی کرده باشند، با رعایت حداقل و حداکثر مدت حمل، اماره فراش فقط درباره کسی جاری می‌شود که واطی به شبهه نموده و طفل صرفاً به او ملحق می‌شود نه به زانی، از مواد ۱۱۶۴ و ۱۱۶۷ ق. م. نیز همین نظر استنباط

۱. دکتر صفائی، حقوق خانواده ج ۹۵/۲

۲. جواهر الکلام ج ۳۱. ۲۴۸ و ۲۴۹ کتاب النکاح، شهید ثانی مسالک الافهام ج ۱/ ۴۵۵ - ایروانی، القواعد الفقهیه ج ۱۹۳/۲

۳. بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۳۹/۴

۳. دکتر حسن امامی، حقوق مدنی ج ۱۷۶/۵

می‌گردد، هم‌چنان‌که زنا با زن شوهردار و احتمال تکون طفل از آن مانع اجرای اماره فراش نسبت به واطی به شبهه نخواهد شد.

ج. نزدیکی به شبهه با محارم

هرگاه شخصی به شبهه با یکی از محارم نسبی یا سببی یا رضاعی خود نزدیکی کند و کودکی از آن به دنیا آید برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند چنین کودکی در حکم ولد قانونی محسوب نمی‌شود و ملحق به کسی که در شبهه بوده نمی‌گردد، زیرا در این‌جا مانع ذاتی نکاح از قبیل قرابت وجود دارد در حالی‌که ولد شبهه در صورتی در حکم ولد قانونی است و آثار و احکام آن را دارد که حرمت نزدیکی، غرضی باشد یعنی صرفاً در اثر نبودن رابطه زوجیت بین زن و مرد باشد، مانند نزدیکی بین زن و مرد اجنبی و آلا چنان‌چه بین زن و مرد به دلیل وجود قرابت نسبی یا سببی و رضاعی، نکاح ممنوع باشد آن‌گاه به شبهه نزدیکی رخ دهد و طفلی به دنیا آید در حکم ولد قانونی به حساب نمی‌آید و ملحق به واطی به شبهه نمی‌گردد، زیرا این امر برخلاف اخلاق حسنه به شمار می‌رود و تصویر خلاف حقیقت و جهل زن یا مرد به عدم رابطه زوجیت نمی‌تواند نقض ذاتی رابطه را جبران نماید.^۱

ولی برخی دیگر، طفلی را که در اثر واطی به شبهه با محارم به دنیا آمده باشد، ولد شبهه دانسته و طفل را ملحق به اشتباه‌کننده دانسته‌اند و در استدلال بر نظر خود بیان داشته‌اند اولاً: مواد ۱۱۶۴ تا ۱۱۶۶ قانون مدنی مطلق است و شامل نزدیکی به شبهه با محارم نیز می‌شود و از لحاظ فقدان سوءنیت و قصد قانون‌شکنی هم تفاوتی بین موارد مختلف نزدیکی به شبهه دیده نمی‌شود. ثانیاً در احکام فقهی نیز این‌گونه نزدیکی و موارد دیگر واطی به شبهه، تفکیک صورت نگرفته است.

ثالثاً مسلم نیست که الحاق چنین طفلی به واطی به شبهه برخلاف اخلاق حسنه باشد و اساساً اخلاق حسنه برابر ماده ۹۷۵ ق. م. موجب ابطال قراردادهای خصوصی یا مانع اجرای قانون خارجی است و نمی‌تواند مانع الحاق طفل به اشتباه‌کننده باشد.

رابعاً راه حل مذکور به مصلحت کودک و اجتماع است، زیرا با قبول آن نسب طفل مشروع به شمار خواهد آمد و از تعداد اطفال نامشروع کاسته خواهد شد.^۱

قاعده فراش و زنا

هم‌چنان که گفته شد مطابق قاعده فراش اگر فرزندی در فراش متولد شود و جمیع شرایط الحاق نسب در او جمع باشد، آن فرزند به صاحب فراش منتسب می‌گردد. حال سخن در این است که اگر مرد اجنبی با زن شوهرداری زنا کند و از طرف دیگر همه شرایط تحقق نسب به شوهر زن نیز وجود داشته باشند و آن زن فرزندی بیاورد که هم امکان الحاق کورک به شوهر وجود داشته باشد و هم امکان الحاق او به مرد اجنبی، مثل این که هر دو با زن نزدیکی کرده باشند و بچه‌ای در فاصله بین شش ماه تا ده ماه از زمان نزدیکی آنان متولد گردد، در این صورت بر اساس حدیث: «الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ولد ملحق به صاحب فراش می‌شود و به طور کلی قاعده فراش ناظر به چنین مواردی است، زیرا با مسلم نبودن انعقاد نطفه طفل از مرد اجنبی نمی‌توان عفت زناشویی و خانوادگی را متزلزل نمود و احترام نسب را جریحه‌دار ساخت. بنابراین مادام که بتوان مطابق اماره فراش طفل را ملحق به شوهر دانست به همین ترتیب حکم می‌شود هرچند آن فرزند از لحاظ شکل و شمایل شبیه به زانی باشد.^۲

البته اگر اماره فراش حاکم نباشد و ثابت گردد که فرزند از نطفه شخص زانی بوجود آمده است، در آن صورت فرزند ملحق به شوهر نخواهد بود. مثلاً شوهر در مدتی که بتوان طفل را به او نسبت داد غایب بوده و به مسافرت رفته باشد. یعنی از هنگام نزدیکی شوهر تا ولادت طفل بیش از ده ماه طول کشیده باشد در این صورت اماره فراش جاری نمی‌شود و فرزند به شوهر تعلق پیدا نمی‌کند هرچند به زانی هم ملحق نخواهد شد زیرا برای زنا نسبی اثبات نمی‌شود.^۳

۱. دکتر کاتوزیان، حقوق مدنی، خانواده ج ۲/۲۰ ش ۳۳۲، دکتر صفائی، حقوق خانواده ج ۲/۲۹۷

۲. جواهر الکلام ج ۳۱/۲۳۲

۳. جواهر الکلام ج ۳۱/۲۳۶

قاعده فراش و تلقیح مصنوعی

تلقیح در لغت به معنای باردار کردن و لقاح به معنای باردار شدن است. تلقیح مصنوعی در اصطلاح عبارت از این است که زن را با وسائل مصنوعی و بدون این که نزدیکی صورت گیرد آبستن کنند و ماده حیاتی (اسپرماتوزوئید) را با وسائل پزشکی وارد رحم زن کرده از این طریق او را باردار نمایند.

تلقیح مصنوعی در فقه از دو منظر مورد بحث است یکی از جهت حکم تکلیفی یعنی جواز و عدم جواز آن که آیا از نظر شرعی این عمل مصنوعی جائز است یا خیر؟ دوم از جهت حکم وضعی یعنی طفلی که از این راه متولد می شود ملحق به پدر و مادر طبیعی خود می باشد؟ یا خیر؟ تلقیح مصنوعی در حقوق مدنی و در ارتباط با اماره فراش صرفاً از نظر حکم وضعی مورد دقت و مطالعه قرار می گیرد ولیکن در برخی از حالات موضوع، حکم تکلیفی جواز یا عدم جواز تلقیح مصنوعی در آثار و احکام وضعی آن به نحوی تأثیر دارد. لذا در این بخش به اختصار به هر دو جنبه بحث اشاره می کنیم. هم چنین تلقیح مصنوعی، اقسام و شقوق متعددی می تواند داشته باشد که ما در این جا صرفاً چند قسم مهم آن را ذکر می کنیم آن هم از جهتی که به قاعده فراش ارتباط پیدا می کند و به اثبات نسب طفل متولد شده از این طریق مربوط می شود:

الف: تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر

چنان چه شوهر نتواند با زن نزدیکی نموده از طریق عادی صاحب فرزند شود ولی عقیم نبوده و نطفه اش دارای ماده حیاتی اسپرماتوزوئید باشد، ممکن است تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر انجام گیرد و از این طریق کودکی متولد شود، این قسم به خودی خود حرمتی ندارد زیرا دلیلی بر حرمت آن نداریم و به لحاظ اصولی داخل در شبهات بدوی تحریمی است که اصل برائت شرعی و عقلی در مورد آن جاری می شود و بسیاری از فقهای معاصر هم صراحتاً آن را جایز دانسته اند.^۱ طفل متولد از این حالت نیز شرعی و قانونی است زیرا تمام شرایط لازم برای نسب ناشی از نکاح و اجرای اماره فراش در آن وجود دارد. تنها فرقی که با موارد عادی دارد این است که در

تلقیح مصنوعی طفل از راه طبیعی و عادی یعنی نزدیکی زن و شوهر به وجود نمی‌آید و این حالت هم تأثیری در تحقق نسب ندارد زیرا در الحاق نسب شرط نیست که نطفه مرد تنها از راه نزدیکی به رحم زن منتقل شود^۱ بلکه از هر طریقی نطفه شوهر به رحم زن منتقل گردد فرزند ملحق به آنان می‌شود. به علاوه الف و لام در عبارت (الولد للفراش) الف و لام جنس است و لذا افاده عموم و شمول می‌کند و فرزند حاصل از تلقیح مصنوعی را نیز شامل می‌شود و قاعده فراش هم طریقت دارد و طریقت آن هم از باب غلبه است و صرف آمیزش دخالتی در آن ندارد.

ب: تلقیح مصنوعی با نطفه غیرشوهر

هرگاه زوج عقیم باشد و صاحب فرزند نشود اگر با توافق زوجه نطفه مرد بیگانه‌ای بدون نزدیکی به او تزریق شود در جواز این حالت اختلاف است. در کتب قدیم فقهی مسأله به این شکل مطرح نشده است، لیکن در قرآن کریم و سنت معصومین (علیهم السلام)، عموماتی وجود دارد که با استناد به آنها برخی نظر به حرمت داده‌اند.

از جمله یکی از آیات قرآنی که از عموم آن بر حرمت تلقیح مصنوعی با نطفه غیرشوهر استدلال می‌شود آیه: *قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفِظْنَ فُرُوجَهُنَّ*^۲ می‌باشد که مطابق آن خداوند متعال به حفظ عضو تناسلی زن (فروج) امر کرده است و نفرموده از چه چیز حفظ شود و آن را به مقاربت یا چیز دیگر اختصاص نداده است. اصولیین و دانشمندان عرب اتفاق دارند که حذف متعلق افاده عموم می‌کند. یعنی چون نفرموده از چه چیزی حفظ کنند بایستی از هر چیزی آن را حفظ کنند. مثلاً اگر گفته شود مال خود را از دزد حفظ کن فقط دلالت بر حفظ مال از سرقت دارد، ولی هرگاه گفته شود مال خود را حفظ کن و دیگر گفته نشود از چه چیز حفظ کن، افاده عموم می‌نماید. یعنی از دزد، اسراف، تلف شدن و از هر چیز دیگر، بنابراین آیه کریمه که دستور به حفظ فروج زنان داده است دلالت بر حفظ فروج از هر چیزی دارد حتی تلقیح مصنوعی از نطفه غیرشوهر.^۳

۱. امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲/۳۰۷-۱ حکام الاولاد، مسأله ۱.

آیه دیگری که از عموم آن بر حرمت تلقیح مصنوعی از نطفه غیر شوهر استدلال می‌شود این آیه است: و الذین هم لفروجهم حافظون الا علی أزواجهم أو ما ملکت أیمانهم فانهم غیر ملومین فَمَنْ ابْتغى وراءَ ذلک فأولئک هم العادون.^۱

یعنی رستگاران کسانی هستند که فروج خود را جز از همسران یا کنیزان خود حفظ کند که آنها مورد ملامت قرار نمی‌گیرند. پس هر کسی غیر از این را عمل کند از تجاوز کاران است. این جمله از آیه شریفه که بیان داشته است «فمن ابتغی وراء ذلک...» دلالت می‌کند به هر عملی که با حفظ عضو منافات داشته باشد آن عمل تعدی و تجاوز از حدود شرعی است جز وقتی که به طریق ازدواج یا ملک یمین (کنیز خریداری شده) باشد.

البته به استدلال از دو آیه فوق این اشکال وارد است که مقصود از حفظ فروج ممکن است حفظ آن از دیگران باشد نه حفظ از هر چیزی حتی تلقیح. بنابراین ریختن منی مرد نامحرم در رحم زن توسط خود زن یا با وسایل پزشکی مصنوعی را شامل نمی‌شود.^۲ علاوه بر این که چه بسا مقصود از حفظ تنها حفظ آن از نگاه دیگران باشد. چنان که روایت ابی بصیر به نقل از امام صادق (ع) نیز بر همین مطلب دلالت دارد که فرمودند: «کلُّ آیه فی القرآن فی ذِکرِ الفروجِ فَهُوَ مِنَ الزَّنا اَلَا هذِهِ الْآیةُ فَإِنَّهَا مِنَ النَّظَرِ...»^۳

حکم طفل در تلقیح مصنوعی با نطفه غیر شوهر

هرگاه تلقیح مصنوعی با نطفه مرد اجنبی باشد باید رابطه حقوقی طفل را با مادر و صاحب نطفه و شوهر زن بررسی کرد.

۱. رابطه طفل با مادر

بعضی بین موردی که مادر جاهل به عمل لقاح و موردی که مادر عالم به آن باشد تفکیک نموده و گفته‌اند: در مورد اولی طفل در حکم ولد شبهه و ملحق به مادر است اما در مورد دوم

۱. سوره مؤمنون / ۴

۲. طبائمه فانه اهل بیت، مقاله تلقیح مصنوعی / ص ۱۳۷

۳. بحار الانوار، ج ۳۳/۱۰۴ ح ۵.

چون زن نسبت به عدم رابطه زوجیت بین خود و صاحب نطفه آگاه بوده است طفل در حکم ولد الزنا است که به زانی ملحق نمی‌شود. مثلاً چنانچه زنی به پزشک مراجعه کند و نسبت به بارداری نشدن خود چاره‌جویی نماید در این حال پزشک بدون اطلاع و رضایت زن، نطفه مرد اجنبی وارد رحم او کرده و موجب بارداری زن گردد، طفلی که از این طریق به دنیا می‌آید در حکم ولد شبهه و ملحق به مادر طبیعی خود است اما اگر عمل تلقیح با اطلاع و رضایت زن انجام شده باشد طفل منتسب به او نخواهد بود.^۱

لیکن به نظر می‌رسد صحیح این باشد که بگوئیم: علم و جهل مادر در این خصوص دخالتی ندارد و طفل فقط در صورتی به مادر خود ملحق نمی‌شود که مادر زناکار محسوب شود. در مورد لقاح مصنوعی اعم از این که زن جاهل یا عالم به آن باشد، زنا صدق نمی‌کند در نتیجه طفل ملحق به مادر است. بعضی از فقهاء هم همین نظر را پذیرفته‌اند از جمله آیت‌ا... سید محسن طباطبایی حکیم، بین ولد الزنا و فرزند تلقیح فرق گذاشته و اظهار داشته است: فرزند تلقیح به مادرش ملحق می‌شود زیرا بچه حقیقتاً فرزند است و دلیلی بر نفی او نیست و آن دلیل که از زانیه نفی شده، شامل فرزند تلقیح نمی‌شود.^۲

علاوه بر این در عرف و لغت به چنین طفلی فرزند آن زن گفته می‌شود و آیه شریفه: ان أمهاتهم الّا اللائی وکذّهم^۳ یعنی تنها زنهایی که آنها را زائیده‌اند مادر آنها هستند. نیز بر این مطلب دلالت دارد چون بر طبق این آیه ملاک وجود رابطه مادری و فرزندگی تولد کودک از زن است و در تولد از طریق تلقیح مصنوعی هم این حالت وجود دارد.

همچنین نامشروع بودن تلقیح مصنوعی با نطفه غیر شوهر به لحاظ تفکیکی، منافاتی با مشروع بودن الحاق فرزند به مادر به لحاظ وضعی ندارد و چنین کودکی ولد الزنا محسوب نمی‌شود. هم‌چنان که کسی با همسر خود در ایام حیض یا روزه ماه رمضان نزدیکی کند عمل حرامی مرتکب شده است ولی اگر زن حامله شود نسب کودک به والدین ثابت است، بنابراین اگر کسی

۱. دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۱۸۵ و ۱۸۶

۲. (مجموعه جرایم معتزله، الفقه علی المذاهب خمسة / ۳۷۵)

با این نوع از تلقیح مرتکب حرام شده باشد، فرزند ملحق به زن می‌شود چرا که در رحم او پرورش یافته همان‌طور که گفته شد عرفاً و لغتاً فرزند او نامیده می‌شود و هیچ دلیل شرعی برخلاف آن وجود ندارد.^۱

۲. رابطه طفل با صاحب نطفه

در این جا نیز بعضی از حقوق‌دانان بین موردی که صاحب نطفه (مرد اجنبی) جاهل به عمل تلقیح باشد و موردی که عالم به آن باشد فرق گذارده و در مورد اول طفل را در حکم ولد شبهه و ملحق به صاحب نطفه دانسته و در مورد دوم طفل را در حکم زنازاده به شمار آورده‌اند. با این استدلال که الحاق طفل به پدر در صورتی است که از طریق متعارف متولد شده باشد و نیز نسب مشروع نیاز به رابطه مشروع دارد و تلقیح مصنوعی از نطفه غیرشوهر اگر به عمد انجام پذیرد در حکم روابط جنسی نامشروع است و نسبی به وجود نمی‌آید.^۲

لیکن در این مسأله نیز هم‌چنان‌که بعضی از فقها نظر داده‌اند می‌توان طفل را ملحق به پدر طبیعی خود یعنی صاحب نطفه دانست، اعم از این‌که عالم یا جاهل به لقاح باشد زیرا بچه از نطفه او متکوّن شده و عرفاً و لغتاً فرزند او به شمار می‌آید و تلقیح مصنوعی زنا محسوب نمی‌شود و طفل ناشی از آن ولد الزنا نمی‌باشد تا نتوان او را به صاحب نطفه ملحق کرد. در تأیید این نظر می‌توان به آن‌چه فقهاء امامیه در مورد مسأله گفته‌اند نیز استناد نمود. از جمله شیخ طوسی، محقق حلّی، شهید ثانی و صاحب جواهر گفته‌اند هرگاه از طریق مسأله، نطفه مرد اجنبی وارد رحم زن شود و طفلی از آن پدید آید این طفل ملحق به صاحب نطفه است.^۳ فقها در این فتوا علاوه بر موارد فوق به روایت محمدبن مسلم از امام باقر (ع) و امام صادق (ع) به نقل از امام حسن مجتبی (ع) استناد نموده‌اند که در آن حدیث از امام حسن (ع) سؤال شد چه می‌فرمائید درباره زنی که پس از آمیزش با شوهرش با کنیزی باکره مسأله نمود و با انتقال نطفه مرد، کنیز حامله شد.

۱. سید محمد صادق حسینی، المسائل المستحدثة، ج ۱۲/۱

۲. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲/۶۲۱ - دکتر امامی، حقوق مدنی، ج ۵/۱۸۹ - دکتر صفائی، حقوق خانواده، ج ۲/۱۰۴ - دکتر

کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ج ۲/۲۹

۳. سید محمد صادق حسینی، المسائل المستحدثة، ج ۱۲/۱ و ۱۳

امام حسن (ع) فرمودند: مهریه دختر از آن زن گرفته می‌شود، زیرا هنگام زایمان بکارت او از بین می‌رود و سپس بایستی آن زن را که شوهر داشته سنگسار کنند و دختر باکره را تا وضع حمل مهلت دهند و بچه او را به صاحب نطفه دهند و مادر فرزند را تازیانه بزنند.^۱

از این روایت چهار حکم استفاده می‌شود. سنگسار کردن زن، اخذ مهریه دختر از زن به عنوان غرامت، تازیانه زدن دختر بابت مجازات مساحقه و ملحق شدن طفل به صاحب نطفه. فقهاء در عمل به این حدیث اختلاف دارند عده‌ای چون شیخ طوسی و پیروانش به این حدیث عمل کرده‌اند و گروهی به سه حکم آن عمل کرده‌اند و برخی هم مثل ابن ادریس حلی به هر چهار حکم مستنبط از روایت فوق اشکال گرفته و هر چهار حکم را رد کرده و اظهار داشته‌اند: این فرزند در فراش او متولد نشده است نه به طریق ازدواج و نه به طریق شبهه که به او ملحق گردد.^۲

۳. رابطه طفل با شوهر زن

آنچه که در خصوص الحاق طفل به صاحب نطفه گفته شد در صورتی بود که یقیناً اثبات شود که کودک متولد شده از نطفه مرد اجنبی است؛ لیکن چنانچه انعقاد نطفه طفل از منی مرد اجنبی ثابت نگردد، اماره فراش اقتضاء می‌کند که هر طفلی که از زن شوهردار با رعایت حداقل و حداکثر مدت حمل به دنیا آمده باشد به شوهر ملحق شود، در همین خصوص نیز اگر انتساب فرزند به صاحب منی (مرد اجنبی) مورد تردید قرار گیرد فرزند به شوهر ملحق می‌شوند نه به صاحب نطفه و در صورتی که تلقیح با رضایت شوهر انجام شده باشد؛ شوهر اقدام به نفی ولد نمی‌کند و برای او شناسنامه با نام خانوادگی خود می‌گیرد و بدین ترتیب طفل منتسب به شوهر می‌شود، لیکن اگر بعد از فوت پدر ظاهری، اشخاص ذینفع اقدام به نفی نسب کنند در این صورت باید ثابت نمایند که طفل از نطفه شخص دیگری غیر از شوهر بوده است و چنانچه این امر ثابت شود حکم به نفی نسب و عدم الحاق طفل به شوهر زن داده خواهد شد.^۳

۱. جواهر الکلام / ج ۴۱ باب حدود / محمد جواد مغنیه، الفقه علی المذاهب الخمسه / ۳۷۷

۲. همان منبع، ص ۳۷۳ - السرائر، ج ۳ / ۴۶۵، الشرایع ج ۲ / ۹۴۲ باب مساحقه از ابواب حد مساحقه

۳. دکتر صفائی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۱ / ۱۰۸

منابع

قرآن کریم

الاستبصار، شیخ ابو جعفر محمد بن حسن طوسی (م ۴۶۰ هـ.ق) بیروت، دار صعب . دارالتعارف ۱۴۱۰ هـ.ق.

اقتضیة رسول الله، ابو عبدالله، محمد بن ابوالفرج القرطبی (م ۴۹۷ هـ.ق). بیروت، چاپ اول شركة دار الأرقم للطباعة و النشر ۱۴۱۸ هـ.ق.

الانتصار، سید مرتضی ابوالقاسم علی بن حسین موسوی علم الهدی (م ۴۳۶ هـ.ق). چاپ شده در الجوامع الفقهیه، تهران انتشارات جهان.

بحار الأنوار، علامه مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (م. ۱۱۱۱ هـ.ق) بیروت، دار احیاء التراث العربی ۱۴۰۳ هـ.ق.

تهذیب الاحکام، شیخ ابو جعفر، محمد بن حسن طوسی (م. ۴۶۰ هـ.ق). بیروت، دار صعب و دارالتعارف، ۱۴۱۰ هـ.ق.

تحریر الوسیله، امام خمینی، سید روح الله بن مصطفی الموسوی (م ۱۳۶۸ هـ.ش). قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم چاپ دوم (بی تا)

جواهر الکلام محمد حسن بن باقر نجفی (م. ۱۲۶۶ هـ.ق). بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۹۸۱ م.

حقوق خانواده، سید حسین صفائی و اسدالله امامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۷۶ هـ.ش.

حقوق خانواده، باقر عاملی، چاپخانه ۲۵ شهریور

حقوق مدنی، سید حسن امامی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ هـ.ش.

حقوق مدنی (خانواده) ناصر کاتوزیان چاپ دوم تهران ۱۳۶۷ هـ.ش

حقوق مدنی، حبیب الله طاهری، قم، انتشارات اسلامی، م. ۱۴۰۳ هـ.ق.

الروضه البهیة، شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی (م ۹۶۵ هـ.ق). (با تعلیقات سید

محمد کلاتر) بیروت، دار احیاء التراث العربی ۱۴۰۳ هـ.ق.

رياض المسائل، سيد على طباطبائي (م ۱۲۳۱ هـ ق)، مؤسسة النشر الاسلامي، چاپ اول ۱۴۱۴ هـ ق.

السنن (سنن ابى داود) ابوداود سليمان بن اشعث سجستاني (م ۲۷۵ هـ ق) حمص، دارالحديث ۱۳۸۸ هـ ق.

شرح نهج البلاغة، ابن ابى الحديد ابو حامد بن هبة الله (م ۶۵۵ هـ ق) بيروت، دار احياء الكتب العربية چاپ دوم ۱۳۸۵ هـ ق.

صحيح (صحيح البخارى) ابو عبدالله، محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بخارى (م ۲۵۶ هـ ق) بيروت، دارالفكر ۱۴۰۱ هـ ق.

صحيح مسلم، ابوالحسين مسلم بن حجاج قشيري نيشابوري (م ۲۶۱ هـ ق). چاپ دوم، بيروت، دارالفكر ۱۳۹۸ هـ ق.

الفقه على المذاهب الخمسة: محمد جواد مغنیه، بيروت، چاپ هفتم، كانون الثاني، ۱۴۰۲ هـ ق.
قاعدة لاضرر و لاضرار، شيخ الشريعة اصفهاني، فتح الله نمازی (م. ۱۳۳۹ هـ ق). بيروت، دارالأضواء، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ ق.

القواعد الفقهية، موسى بجنوردی، ميرزا محمد حسن، قم، موسسه مطبوعاتي اسماعيليان چاپ دوم ۱۴۱۳ هـ ق.

القواعد الفقهية، باقر ايرواني، قم، مؤسسة الفقه للطباعة و النشر، چاپ اول ۱۴۱۷ هـ ق.
مختصر النافع، محقق حلي، ابوالقاسم نجم الدين جعفر بن حسن بن يحيى (م ۶۷۶ هـ ق). بيروت، دارالأضواء، چاپ دوم ۱۴۰۵ هـ ق.

مسالك الافهام، شهيد ثاني، زين الدين بن علي بن احمد عاملي (م ۹۶۵ هـ ق) قم، موسسه معارف اسلامي، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ ق. و نسخه رحلي

مطالعه تطبيقي نسب در حقوق ايران و فرانسه، اسدالله امامي، تهران ۱۳۴۹
منهاج الصالحين (حواشي روحاني) سيد ابوالقاسم بن سيد علي اكبر موسوي خوئي (م ۱۴۱۳ هـ ق).
نجف اشرف، مطبعة النعمان ۱۳۹۸ هـ ق.

المسائل المستحدثة، سيد محمد صادق حسيني، چاپ قم ۱۳۸۴ هـ ق.

مسند، احمد بن محمد بن حنبل (م ۲۴۱ هـ.ق.) بيروت، دارالفكر
نظام النكاح فى الشريعة الاسلامية، جعفر سبحانى، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول
۱۴۱۷ هـ.ق.

وسائل الشيعه، محمد بن حسين شيخ حر عاملى (م ۱۱۰۴ هـ.ق) بيروت، دارالحياء التراث العربى
(بى تا)

الوافى، فيض كاشانى، محمد بن مرتضى (م ۱۰۹۱ هـ.ق.) اصفهان، مكتبة الامام اميرالمؤمنين (ع)،
۱۴۰۶ هـ.ق. چاپ اول.