

سعيد منصورى

عضو کمیته تحقیقی فقه و حقوق اسلامی



چکیده

پیامبر گرامی اسلام - که صلوات خدا بر او باد - فرموده است: «الولد للفراش وللعاهر الحجر». این حدیث، به یکی از مهم‌ترین قواعد فقه اسلامی اشاره دارد. در حقوق مدنی نیز در ماده ۱۱۵۸ به این قاعده اشاره شده است که به عنوان امارهٔ فراش به کار می‌رود که به واسطهٔ آن نسب ثابت می‌شود.

به عبارت دیگر، یک اصل کلی وجود دارد مبنی بر اینکه در هر تولدی، فرزند به طرفین عقد ازدواج تعلق دارد، مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. اما اگر بچه‌ای با عمل زنا متولد شود، با هیچ‌یک از طرفین عمل زنا - یعنی زانی و زانیه - رابطهٔ نسبی (شرعی) ندارد.

از قسمت دوم حدیث (وللعاہرالحجر) برمی آید که اگر مردی که مرتکب عمل زنا شده است، متأهل باشد، او در واقع زانی محصن، و مجازات وی رجم است.

از جمله قواعد فقهیه قاعده الولد للفراس وللعاہرالحجر است و در این قاعده چند بحث وجود دارد که عبارت‌اند از:

۱. مستند قاعده: این قاعده بین شیعه و اهل سنت مشهور است و هیچ‌یک از مسلمانان منکر آن نشده است که پیامبر (ص) فرموده‌اند: «الولد للفراس وللعاہرالحجر». این حدیث در صحیح مسلم، جزء ۴، ص ۱۷۱ مذکور است. و از ام‌المؤمنین عایشه به سه طریق روایت شده است. و در صحیح بخاری، جزء ۲، ص ۳، باب تفسیر المشبهات، در منابع شیعی در ج ۱، چاپ قدیم بحار الانوار، ص ۱۲۷، در تهذیب، ج ۸، ص ۱۶۸، استبصار، ج ۳، ص ۳۶۷، الکافی، ج ۲، ص ۵۴ و الفقیه، ج ۳، ص ۲۸۵ نیز مذکور است. بنابراین صدور ثبوت این حدیث از مسلمات است.

۲. مفاد حدیث: منظور از کلمه «ولد» نطفه‌ای است که در رحم شکل گرفته و رشد کرده است و قابلیت حلول روح در آن وجود دارد که بعد از ولوج روح در آن «ولد» نامیده می‌شود خواه حین خروج از رحم زنده متولد شود یا مرده. نهایت آنکه ترتب بعضی از آثار شرعی مانند ارث یا وصیت تملیکی منوط به زنده متولد شدن وی است. اضافه و نسبت ولد به پدر صرف اعتبار شرعی یا عرفی نیست، بلکه این نسبت از محمولات بالضمیمه و از اضافات مقولیه است نه از اضافات اعتباریه که به صرف اعتبار عقلا محقق شده باشد. پس نسبت ولد به پدر نسبتی حقیقی است. این نسبت از طرف کسی که نطفه از صلب او خارج می‌شود ابوت نامیده می‌شود و از طرف شخصی که از نطفه به هم رسیده است، اگر پسر است بنوت و اگر دختر است بنتیه نام دارد و شخصی که دارای نسبت ابوب است والد، و آنکه دارای نسبت بنوت است ولد، و اگر نسبت بنتیه دارد،

ولیده است؛ از جهت آنکه نطفه در رحم او مستقر شده است امرمه نام دارد و موصوف به ام یا والده است.

اما فراش عبارت است از آنچه که برای خواب یا غیر آن گسترانده می شود و اینجا کنایه از زوج شرعی یا مالک است به اعتبار آنکه مرد زوج شرعی یا مالک زن محسوب می شود که حق هم خوابگی را شرعاً بازن دارد. اما منظور از عاهر، زانی است و حجر هم سنگ است و گفته شده است که منظور از عبارت «وللعاهر الحجر» این است که زانی از ادعای فرزندی کودک طرد شود، همچنان که سگ با سنگ طرد می شود. و همچنین گفته شده است که مراد زانی محصن است که فرزند به وی ملحق نمی شود، بلکه سنگ در قالب رجم به وی پرتاب می شود تا هلاک شود.

به نظر می رسد از این دو تعبیر، اولی به مقصود نزدیک تر است هرچند در وهله اول تعبیر دوم به ذهن متبادر می شود. و وجه اولویت تعبیر اول این است که اماریت فراش صرفاً در مقابل زانی محصن نیست، بلکه اماریت آن عمومیت داشته و در مقابل هر زانی (چه محصن و چه غیر محصن)، بلکه و هر واطی است که صاحب فراش نباشد هرچند زانی هم نباشد، بنابراین حمل عبارت «وللعاهر الحجر» به تعبیر دوم خروج از متفاهم عرفی از ظاهر حدیث و از قبیل تخصیص بدون مخصص است.

برگردیم به جمله اول، یعنی «الولد للفراش». این جمله مبین آن است که فرزند مخصوص به زوج است، و دیگری حقی نسبت به آن ندارد. این حصر، نتیجه این است که مبتدا (الولد) معرف به الف و لام است و در علم بلاغت آمده است که مبتدا در این حالت محضر در خبر است.

۳. آیا پیامبر در مقام بیان حکم شرعی است یا در مقام بیان اخبار از امری خارجی و عینی؟ هرچند این عبارت به ظاهر جمله خبریه است، اما همچون دیگر قضایای شرعی که به صورت اخباری می آید، در واقع مبین حکم شرعی است، زیرا اگر اخبار از امر

خارجی باشد در بسیاری از موارد مطابق واقع نخواهد بود، یعنی چه بسا که فرزند ناشی از فراش نباشد، خصوصاً در زمانی که زنا شیوع دارد و در این حال لازمه‌اش آن است که جمله نبی مکرم (ص) مطابق با واقع نیفتد و البته چون رسول معظم معصوم است این امر محال است؛ لذا هرچند به ظاهر اخبار است ولی در واقع انشا است. پس قول رسول مکرم در مقام جعل اماره فراش است که در مقام اثبات، مثبت آن است که مولود در فراش شخص از آن اوست و دیگران در آن مولود نصیبی ندارند.

۴. اماریت اماره فراش منوط به چیست؟ این اماریت منوط به آن است که قطع به وفاق یا خلاف آن درین نباشد، زیرا با یقین به یکی از وفاق یا خلاف مجالی برای تعبد نیست؛ از آن جهت که در صورت قطع بر وفاق، حجیت اماره فراش از قبیل تحصیل حاصل است که بالوجدان موجود و نیازی به اعمال اماره نیست و در صورت قطع برخلاف، نیز برای موردی که شخص یقین به خلاف آن دارد ممکن نیست که اماره جعل شود و در واقع عمل برخلاف قطع است و حجیت قطع ذاتی است. پس اماریت این اماره در حق شاک است. در مواردی اماره و قول رسول که «الولد للفراش» در خصوص موردی است که شک حاصل است در آنکه آیا فرزند از آن صاحب فراش است یا غیر آن و با قطع به وفاق یا خلاف مجالی برای تمسک به این اماره در مقام اثبات نمی ماند.

نکته: به ظنون غیر معتبری که برخلاف این اماره باشد اعتنا نمی شود، کما اینکه در مورد همه امارات چنین است. مثلاً اگر بینة عادله گواهی دهد که فلان زن زوجه فلان مرد است در این حال بر ظن غیر معتبر مبنی بر اینکه این زن زوجه او نیست اثری مترتب نیست. بنابراین، بعد از جعل اماره فراش ظن حاصل از اینکه کودک شبیه دیگری است ناقض اماره نیست و این ظن در نزد شارع معتبر نیست. از این جهت است که در مقابل اماره فراش قول قیافه شناس (قافه) هرچند که موجد ظن است فاقد اعتبار است و شارع آن را در این تقابل معتبر نمی داند.

۵. امکان عقلی و شرعی در الحاق فرزند به صاحب فراش: منظور از امکان عقلی آن است که این الحاق به حسب عادت محال نباشد، مانند آنکه زوج مدت طولانی در سفر بوده و امکان دسترسی به زوجه را نداشته است و زوجه باردار شود و وضع حمل کند که در این حال امکان عقلی الحاق کودک به وی موجود نیست. اما امکان شرعی در نزد فقها منوط به حصول سه شرط است:

اول: دخول و نزدیکی ولو در دبر و اینکه بعضی گفته‌اند هر چند انزال هم صورت نگیرد اگر منظور عدم علم به انزال با احتمال وقوع آن است قابل قبول است ولی اگر مراد علم به عدم انزال باشد سخنی عجیب و غیر قابل قبول است، زیرا مستلزم وجود مسبب بدون سبب می‌شود. نکته درخور توجه این است که دخول هم در واقع مقدمه وصول ماء مرد به رحم است و خود موضوعیتی ندارد، لذا اگر این وصول بدون دخول هم صورت گیرد باز کودک حاصل ملحق به صاحب فراش است. به عبارت دیگر، دخول صورت غالب وصول است نه وسیله دائم آن.

دوم: گذشت ۶ ماه هلالی از زمان نزدیکی و اگر در کمتر از این مدت کودک به دنیا آید ملحق به صاحب فراش نیست و در این امر بین فقها خلاقی نیست. صاحب جواهر به شیخ مفید و شیخ طوسی نسبت داده است که این دو فائند به اینکه اگر کودک در کمتر از این مدت به دنیا آید صاحب فراش مخیر بین نفی ولد و اقرار به وی است.

سوم: زمان وضع حمل از حداکثر مدت آن فزون نشود. در تعیین حداکثر مدت حمل بین فقها اختلاف است؛ مشهور ۹ ماه دانسته‌اند. احادیث مذکوره در این خصوص مترافق است. (وسائل کتاب النکاح، باب ۱۷ از ابواب احکام اولاد)

صاحب شرایع و شیخ در مبسوط و علامه در تبصره قایل به آن هستند که حداکثر مدت حمل ۱۰ ماه است و قول دیگر آن است که ۱ سال است که سیدمرتضی در الانتصار آورده و ابوالصلاح حلبی نیز آن را پذیرفته است و شهید ثانی این قول را اقرب به صواب

می‌داند. و سرانجام روایتی است که حداکثر مدت حمل را ۲ سال می‌داند ولی فائلی ندارد و متروک است (وسائل، همان).

۶. موارد تطبیق قاعده:

الف - اگر زانی مدعی کودک باشد طبعاً صاحب فراش درمقابل وی غالب است، خواه به عقد دائم باشد یا منقطع، زیرا این مورد قدر متیقن از اجرای قاعده است.

ب - اگر واطی به شبهه مدعی فرزند باشد درمقابل صاحب فراش که دارای امکان عقلی و شرعی الحاق است ظاهراً نظر فقها بر آن است که در اینجا ملاک قرعه است، ولی حق آن است که با وجود اماره فراش (با جمیع شرایط آن) علم اجمالی منحل می‌شود و دیگر اجمالی دربین نیست تا قرعه در حل آن به کار آید. به عبارت دیگر، قرعه اماره است در جایی که اماره دیگری دربین نیست و امارت قاعده فراش اطلاق دارد و فقط درقبال زنا نیست، بلکه درقبال وطی به شبهه هم هست و قول پیامبر (ص) که: «الولد للفراش» در این جهت مطلق است.

ج - مدعی مقابل صاحب فراش خود صاحب فراش است که در این صورت چهار حالت متصور است: ۱. کودک پس از انحلال نکاح اول، کمتر از شش ماه از تاریخ نکاح دوم و تا حداکثر مدت حمل از تاریخ انحلال نکاح اول متولد شده است که یقیناً ملحق به صاحب فراش زوج اول است؛ ۲. عکس صورت اول، یعنی کودک پس از حداکثر مدت حمل از انحلال نکاح اول و در حداقل مدت حمل، یعنی ۶ ماه از تاریخ نکاح دوم متولد شده است که در این حال یقیناً صاحب فراش زوج دوم است؛ ۳. کودک پس از حداکثر مدت حمل از انحلال نکاح اول و کمتر از حداقل مدت حمل از نکاح دوم متولد شده است که در این حال الحاق به هر دو منتفی است؛ ۴. کودک تا حداکثر مدت حمل از نکاح اول و تا حداقل مدت حمل از نکاح دوم متولد شده است که در این حال امکان الحاق به هر دو هست. مقتضای قاعده در حال تعارض و تساقط از هر دو است، ولی فقها آن را به دو

دلیل ملحق به زوج دوم دانسته‌اند: یکی آنکه مراد از فراش، فراش فعلی است و شکی نیست که فراش فعلی از آن زوج دوم است؛ دیگر اینکه اخباری در این رابطه آمده است که هرچند امکان لحوق کودک به زوج اول هم هست ولی آن را ملحق به زوج دوم کرده است. (وسائل، همان)

از نظر صاحب قواعدالفقهیه دلیل اول قابل تأمل است زیرا هرچند فعلیت در فراش مسلّم است ولی مراد فعلیت در زمان وطی است نه در زمان وضع؛ و فرض این است که هر دو زوج فعلیت در وطی را دارند. النهایه دلیل عمده حکم فقها در صورت چهارم می‌تواند همان روایات مستفیضه‌ای باشد که در این خصوص آمده است و دلیل اجماع هم با وجود اخبار از نظر اصولی وجهی ندارد.

۷. اماره فراش در قانون مدنی: ماده ۱۱۵۸ ق م می‌گوید: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از دو ماه نگذشته باشد؛ و ماده ۱۱۶۷ ق م می‌گوید: طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود. از جمع این دو ماده قانون نتایجی حاصل است:

الف - نسب زمانی ثابت می‌شود که فرزند ناشی از نزدیکی در زمان زوجیت باشد و الا نسب کودکی که نطفه آن پیش از نکاح به‌طور نامشروع منعقد شده است ثابت نمی‌شود هرچند که بعد از این رابطه ازدواج کنند و در زمان زوجیت آنها متولد شود. این از نظر قانون مدنی ایران است ولی در حقوق کامن لاکافی است که کودک در زمان زوجیت به دنیا آید هرچند نطفه قبل از ازدواج منعقد شده باشد (حقوق خانواده، بروملی، چاپ پنجم، ص ۲۸۰) ولی در حقوق رم ازدواج زن و مردی که کودک نامشروع دارند کودک را مشروع نمی‌سازد. (ریبر و برلانز، ج ۱۱، ۱۶۳۵ به بعد). نظر قانون مدنی ایران منطبق با نظر فقها است.

صاحب جواهر در این خصوص می‌گوید: «المراد من الولد من الفراش المنعقد فی الفراش

لاالمتولد مطلقاً» و صاحب مسالك در همین رابطه آورده است که: «لانه متولد من الزنا والمتولد لا يلحق بالزانی و تجدد القراش لا يقتضى الحاق ما قد حکم بانتفائه.» (ج ۱، ص ۵۷۵) و صاحب ریاض هم همین مطلب را آورده و بر آن ادعای اجماع کرده است (احکام اولاد، ج ۲).

ب- اگر کودکی در زمان زوجیت متولد شود ولی نطفه آن پیش از نکاح و صرفاً در اثر تماس بدنی بدون تحقق زنا منعقد شده باشد از نظر آقای دکتر امامی (ج ۵، ص ۱۷۹) نسب این‌گونه کودکان قانونی است هر چند در زمان زوجیت نیز متولد نشده باشند؛ با این استدلال که طبق مقررات مواد راجعه به ارث، اقربای مذکور در ماده ۸۶۲ ق م ارث می‌برند مگر ولد الزنا، و عرفاً این کودک ولد از زنا شناخته نمی‌شود، ولی از نظر آقای دکتر کاتوزیان این استدلال مخدوش است زیرا اشاره قانونگذار به زنا و نزدیکی به دلیل آن است که راه معمول آبستنی نزدیکی است ولی آبستنی منحصر به این راه نیست، بلکه آنچه از نوشته فقها استنباط می‌شود آن است که باید رابطه جنسی بین زن و مرد مباح باشد تا نسب مشروع به حساب آید (حقوق خانواده، ص ۴۸۲). با این قیاس کودکی که در زمان زوجیت به دنیا آمده ولی پیش از نکاح و در اثر لقاح مصنوعی موجودیت یافته است نسب مشروع ندارد و نمی‌توان او را فرزند شوهر دانست.

ج- اقسام نزدیکی خارج از نکاح:

۱. نزدیکی افراد بالغ و عاقل و بختار که علم به حرمت رابطه دارند، این نزدیکی همان زنا است.
۲. نزدیکی افرادی که به حرمت رابطه علم ندارند ولی رابطه آنها مقرون به عملی نامشروع است که به اختیار انجام گرفته است، مانند کسی که به اختیار مست کند و در عالم مستی و بی‌خبری با زنی درآمیزد.
۳. نزدیکی افرادی که خود اعتقاد دارند زن و شوهرند ولی مبنای این اعتقاد صحیح

نیست و در اثر جهل به موضوع یا حکم یا به دلیل بطلان نکاح (ماده ۱۶۶ ق م) یا اشتباه در هویت همسر رابطه آنان مشروع نیست.

۴. نزدیکی افرادی که فاقد قوه تمیز کامل هستند مانند خواب و مجنون و بیهوش و مست که ناآگاهانه یا به اجبار به حال بی خبری افتاده است.

۵. نزدیکی کسی که آگاه به حرمت رابطه است ولی به این عمل اکراه شده است.

قسم اول و دوم زنا است و کودک متولد از آن به زانی ملحق نمی شود. قسم سوم نزدیکی به شبهه به معنای خاص آن است و نزدیکی افرادی که قوه تمیز ندارند یا به اکراه نزدیکی کرده اند از جهت عدم تجاوز به توانین با کسانی که نسبت به وجود رابطه نامشروع در اشتباه هستند شباهت تام دارد. قانون مدنی درباره اکراه به طور ضمنی می گوید وراثت مفید آن است که نسب را مشروع دانسته است (ماده ۸۸۴ ق م) و در مورد خواب، بیهوشی، مجنون بودن و یا مستی حکمی در قانون مدنی نیست، ولی این موارد به دلیل مفهوم شبهه به طور عام در آن قالب جای می شود؛ زیرا وطی به شبهه نزدیکی است که شخص استحقاق آن را ندارد ولی عالم به تحریم آن نیست (مسالك، ج ۱ ص ۴۶۳؛ و ریاض المسائل، ج ۱؛ کتاب النکاح و مستند الشیعه، ج ۲ ص ۴۷۷).

نکته ۱: اگر در مورد کودکی دو مدعی وطی به شبهه پیدا شود که امکان الحاق به هر دو باشد فقها قایل به قرعه بین آن دو شده اند؛ اما اگر زنا با وطی به شبهه جمع شود و امکان الحاق به هر دو باشد مانند آنکه هر دو با زن در یک طهر موانعه کنند و وضع حمل بعد از گذشتن حداقل مدت و تا حداکثر مدت وضع حمل از زمان نزدیکی آن دو اتفاق افتد، کودک امکان الحاق به هر دو را دارد. در این حال اگر ما قایل شویم که زانی مطرود است و نسبی مطلقاً برای وی ثابت نیست شکی نمی ماند که فرزند ملحق به واطی به شبهه است، اما اگر قایل شویم که طرد زانی زمانی است که در مقابل صاحب فراش مدعی باشد که اینک ظاهر حدیث مفید آن است نه به طور مطلق؛ در این حال مقتضای قواعد

قرعه است. فقها در این خصوص فرزند را ملحق به واطی به شبهه دانسته‌اند.

نکته ۲: در موردی که دو نفر در یک طهر با زنی زنا کنند و فرزندى به هم رسد، در خصوص ترتب آثار حرمت نکاح و سایر احکام غیر از توارث می‌توان قائل به قرعه شد.

توجه: در زمان حاضر که امکان تشخیص اینکه کودک از نظر ژنتیکی متعلق به چه کسی است وجود دارد به نظر می‌رسد در موارد فوق نیازی به اعمال قرعه در چنین شبهاتی نباشد و اجمالی با نظر علمی مرتفع شود و دیگر لزومی برای اجرای قرعه نیست. به عبارت دیگر، اگر بپذیریم که اعمال قرعه در مواردی انجام می‌شود که مشکل به هیچ عنوان حل‌شدنی نیست، در این حال نظریهٔ بزشکی به عنوان مادهٔ قضایی رافع مشکل، و در واقع رافع موضوع قرعه است.

رویه گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
ژانر مطالعات علوم انسانی

