

آسیب شناسی فقهی قوانین حقوقی

(قانون مدنی)

جلد دوم

تدوین و گردآوری
معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه
مرکز تحقیقات فقهی

قوه قضائیه معاونت آموزش و تحقیقات

آسیب شناسی فقهی قوانین حقوقی / تحقیق جمعی از نویسندگان، تدوین و گردآوری
معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مرکز تحقیقات فقهی . - قم: قوه قضائیه معاونت
آموزش و تحقیقات مرکز تحقیقات فقهی، ۱۳۸۲.

ج. (سلسله انتشارات معاونت آموزش و تحقیقات: ۱۴۲).

ISBN 964-8107-07-6 (Vol. 2)

۱۷/۵۰۰ ریال (ج. ۲).

ISBN 964-8107-27-0 (20 Vol. SET)

فهرست نویسی براساس اطلاعات فیبا.

کتابنامه بصورت تیرنویس

۱. قانون مدنی -- ایران. ۲. حقوق مدنی (فقه) الف. ایران قوانین و مقررات. ب. قوه قضائیه،

معاونت آموزش و تحقیقات. ج. عنوان.

۳۴۶/۵۵

KMH۵۰۰/ق ۹۵

۱۳۸۲



قوه قضائیه

معاونت آموزش و تحقیقات

آسیب شناسی فقهی قوانین حقوقی (قانون مدنی) جلد دوم

تحقیق: جمعی از نویسندگان

تدوین و گردآوری: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مرکز تحقیقات فقهی

ناشر: معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه - مرکز تحقیقات فقهی

چاپ اول: قم، ۱۳۸۲

شمارگان: ۳۰۰۰ نسخه

لیتوگرافی، چاپ و صحافی: محمد

بها: ۱۷/۵۰۰ ریال

* * *

همه حقوق ویژه ناشر است

قم، ص.ب: ۳۱۳۱-۳۷۱۸۵ - مرکز تحقیقات فقهی

تلفن: ۷۷۴۳۶۴۶ (۰۲۵۱)

Email: Cr-feqhimam@noornet.net

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فهرست

مقدمه ۷

بخش نخست: در اشخاص

(۱۱-۱۵۲)

حد اکثر مدت حمل / حسین قافی ۱۳
تعارض میان دو اماره فراش / حسین قافی ۲۱
حق یا تکلیف بودن حضانت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۳۷
پایان حضانت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۴۵
موانع حضانت (کفر) / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۵۱
مباشرت در حضانت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۵۹
عود حضانت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۶۵
اجرت حضانت / ولی الله علیزاده ۷۳
اشتراک پدر و مادر در شرایط و موانع حضانت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۷۹
ترتیب در حضانت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۸۵
اعتبار مصلحت در تصرفات وصی / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۹۳
عدم ولایت کافر بر مسلمان / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۹۹
اعتبار مصلحت در تصرفات مالی ولی قهری / ولی الله علیزاده - محمد صادقی ۱۰۷
عود ولایت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۱۱۵

- حکم وصیت صغیر ممیز / غلامرضا عبدلی - علی بابایی ۱۲۱
- تصرفات محجورین / غلامرضا عبدلی - علی بابایی ۱۲۷
- قلمرو قاعده اقدام در مسؤولیت مدنی صغار / غلامرضا عبدلی - علی بابایی ۱۳۷
- معامله مؤلّی علیه به سمت قیمومت با خود / غلامرضا عبدلی - علی بابایی ۱۴۵

بخش دوم: در ادله اثبات دعوی

(۱۵۳ - ۲۴۰)

- صحت اقرار صغیر ممیز / ولی الله علیزاده - محمد صادقی ۱۵۵
- محدوده نفوذ اقرار مریض در مرض منتهی به مرگ / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۱۶۳
- احکام و آثار اقرار مبهم / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۱۷۱
- حکم مقرّبه در صورت تکذیب مقرّله / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۱۷۷
- نبود ورثه برای مقرّ در تحقق نسب / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۱۸۳
- عدم تأثیر انکار نسب توسط فرزند پس از بلوغ / ولی الله علیزاده - محمد صادقی ۱۹۱
- اقرار ورثه به وجود وارث دیگر / محمد صادقی ۱۹۹
- اقرار ورثه به مدیون بودن میّت / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۲۰۵
- عدم اعتبار تصدیق مجنون و میّت در اقرار به نسب / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۲۱۳
- اقرار به مبهم و مجهول / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۲۲۱
- اختلاف مقرّ و مقرّله در مورد اقرار / محمد صادقی - ولی الله علیزاده ۲۲۷
- عدم جواز شهادت فرزند علیه پدر / ولی الله علیزاده - محمد صادقی ۲۳۳

مقدمه

قوانین و مقررات بشری همواره در معرض تغییر و تحول است؛ گذشت زمان، غبار کهنگی بر بسیاری از قوانین می‌نشانند. از این رو بر مراجع قانونگذاری است که هر از چندی، گرد و غبار نشسته بر اثر مرور زمان را از چهره مقررات گذشته زدوده، آن‌ها را با شرایط و نیازهای روز منطبق سازند. علاوه بر این، وقوع تغییرات و تحولات اساسی در کشور نیز گاه اقتضا می‌کند که برخی از قوانین گذشته به کلی نسخ شده، مقررات و قوانین تازه‌ای جایگزین آن‌ها گردد. بر این اساس اصلاح و بازنگری، همواره امری لازم و اجتناب‌ناپذیر است؛ اما این اصلاح و بازنگری باید در جهت بهبود وضعیت گذشته، رفع نواقص و کاستی‌ها و در نهایت، پیشرفت حقوق کشور باشد. علاوه بر این، لزوم تطبیق قوانین و مقررات با اصول و موازین شرعی، ضرورت بازنگری در قوانین سابق را دوچندان نموده است؛ چرا که اصل چهارم قانون اساسی می‌گوید: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...» این اصل مهم، با صراحت تمام این مطلب را بیان داشته و همچنین در اصل ۷۲ قانون اساسی بر عدم مغایرت قوانین موضوعه با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و قانون اساسی تأکید شده است. از این رو از روزهای آغازین پیروزی انقلاب، تلاش برای انطباق قوانین و مقررات با موازین اسلامی، وجهه همت شورای انقلاب، دولت موقت و پس از آن مجلس شورای اسلامی به عنوان نهادهای قانونگذاری از یک سو و شورای نگهبان به عنوان نهاد نظارت بر مشروعیت قوانین از سوی دیگر قرار گرفت. این رویکرد مثبت و بجا از آن جا که با

آهنگی نسبتاً پر شتاب و بدون کارشناسی فقهی - حقوقی کافی، صورت گرفت به زودی موجب بروز آشفتگی‌هایی در بخش‌های مختلف، به ویژه در نظام دادگستری و آیین دادرسی، گردید؛ به همین سبب، به رغم اصلاحات و تغییرات بسیاری که در جهت انطباق قوانین با موازین اسلامی صورت گرفته است، همچنان کاستی‌ها و نواقص فراوانی در قوانین مشاهده می‌شود که باید برای اصلاح آن‌ها اقدام کرد، و این مهم یکی از منویات بلند ریاست معزز قوه قضاییه، حضرت آیه‌الله هاشمی شاهرودی دام‌ظله‌الوارف است.

بدین سبب، «مرکز تحقیقات فقهی» که یکی از مراکز زیرمجموعه معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه می‌باشد در راستای تحقق منویات مقام ریاست معظم قوه قضاییه به ایجاد «گروه بررسی قوانین» مبادرت نمود و با استفاده از فضایی حوزه و دانشگاه، به کار شناسایی نواقص و اشکالات قوانین همت گمارد و اینک نظر به عنایت معاون آموزش و تحقیقات قوه قضاییه حجة الاسلام والمسلمین جواهری دام‌عزه حاصل تلاش دوساله این گروه در سه مجموعه:

۱. آسیب‌شناسی فقهی قوانین کیفری،

۲. آسیب‌شناسی فقهی قوانین حقوقی،

۳. آسیب‌شناسی فقهی قوانین - بررسی موضوعات -

آماده چاپ شده است. کتاب حاضر جلد دوم از مجموعه دوم است، و بخش نخست این جلد ادامه مباحث بخش دوم از جلد اول است.

تذکر نکاتی درباره این مجموعه ضروری به نظر می‌رسد:

۱. هدف تهیه کنندگان این مجموعه، صرفاً شناسایی و طرح نواقص و اشکالات قوانین مورد بررسی بوده است که می‌تواند زمینه تحقیقات جامع و کاربردی از سوی پژوهشگران و اهل تحقیق و همکاران قضایی را در مقام اجرا و عمل در جهت ارائه راه حل و رفع مشکل فراهم آورد. شایان ذکر است که بخشی از سؤالات و اشکالات مطرح شده از سوی گروه بررسی قوانین، به گروه‌های تخصصی مرکز تحقیقات فقهی ارجاع و مورد تحقیق واقع شده که حاصل کار گروه‌های یاد شده نیز به زودی در مجموعه‌ای مستقل به جامعه علمی کشور عرضه می‌شود.

۲. در آخر هر مقاله بخشی به عنوان مأخذشناسی اختصاص داده شده که دربردارنده نام منابع مورد استفاده محقق و نیز سایر منابعی است که برای تحقیق بیشتر در زمینه موضوع مورد نظر می‌توان به آنها مراجعه نمود.

۳. کارِ شناسایی نواقص و اشکالات قوانین در دو بخش حقوق خصوصی و حقوق جزا آغاز شده و در هر بخش، برخی از قوانین به ترتیب اولویت در دستور کار قرار گرفته است. آنچه در پی می‌آید دربردارنده نواقص و اشکالات قوانینی است که تا زمان تنظیم این مجموعه بررسی شده است. بدیهی است سایر قوانین نیز در دستور کار گروه قرار دارد که در صورت امکان، در مجموعه‌های بعدی ارائه خواهد شد. در پایان، از تلاش‌های کلیه همکاران محترم که در آماده سازی این مجموعه سهیم بوده‌اند قدردانی به عمل می‌آید.

سرپرست مرکز تحقیقات فقهی

نورالله قدرتی

همکاران این مجموعه

بازبینی و کنترل: حسین رجایی

امور فنی و آماده‌سازی جهت نشر: محمدمهدی محقق

حروف چینی: سید علی پارچینی

صفحه آرایی: فرشته زینلی

نمونه خوانی: علی سنجری پور

فهرست نویسی فیپا: محمود رضایی

بخش نخست

در اشخاص

- جريان حریم در اراضی مملوکه
- حد اکثر مدت حمل
- تعارض میان دو اماره فراش
- حق یا تکلیف بودن حضانت
- پایان حضانت
- موانع حضانت (کفر)
- مباشرت در حضانت
- عود حضانت
- اجرت حضانت
- اشتراک پدر و مادر در شرایط و موانع حضانت
- ترتیب در حضانت
- اعتبار مصلحت در تصرفات وصی
- عدم ولایت کافر بر مسلمان
- اعتبار مصلحت در تصرفات مالی ولی قهری
- عود ولایت
- حکم وصیت صغیر ممیز
- تصرفات محجورین
- قلمرو قاعده اقدام در مسؤولیت مدنی صغار
- معامله مولی علیه به سمت قیمومت با خود

حداكثر مدت حمل

حسين قافى

ماده قانونی: ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی:

«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.»

نوع اشکال: مخالفت با فتوای مشهور

توضیح: ماده فوق در مقام بیان اماره فراش و شرایط اجرای آن است. یکی از شرایط اجرای اماره فراش این است که فاصله زمان نزدیکی تا تولد طفل کمتر از حد اقل حمل نباشد و از اقصی مدت حمل نیز تجاوز نکند. در مورد حد اقل حمل، اتفاق نظر وجود دارد که شش ماه است و دلیل آن هم آیات قرآن و روایات متواتر و اجماع علمای اسلام است.^۱ اما در مورد حد اکثر مدت حمل میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقهای اهل تسنن آن را دو سال یا حتی چهار سال می‌دانند.^۲ ولی علمای شیعه اجماع دارند که طفل بیشتر از یک سال در شکم مادر نمی‌ماند^۳، با این وجود در این زمینه سه قول وجود دارد:

۱. زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثاني)، مسالک الافهام، ج ۸، چاپ اول، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ۱۴۱۶ ه. ق.، ص ۳۷۳؛ محمدحسن النجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، چاپ دوم، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۶، ص ۲۲۴.

۲. عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسی (ابن قدامة)، المغنی، ج ۷، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ص ۴۸۳؛ و نیز رجوع کنید به: محمد بن الحسن الطوسی (الشیخ الطوسی)، المبسوط، ج ۵، چاپ سوم، المكتبة المرتضویة، تهران، ۱۳۸۷ ه. ق.، ص ۲۹۰؛ السید علی بن الحسین الموسوی علم الهدی (السید المرتضی)، الانتصار، چاپ اول، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۵ ه. ق.، صص ۳۴۵ و ۳۴۶.

۳. زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثاني)، پیشین، صص ۳۷۳ و ۳۷۴.

الف. قول نه ماه که مرحوم شهید ثانی و صاحب جواهر و محدث بحرانی آن را به «مشهور» نسبت داده‌اند و مرحوم محقق حلّی و صاحب ریاض نیز این قول را «اشهر» می‌دانند^۱؛ مستند قول مشهور چندین روایت است.^۲

ب. قول ده ماه که نظر محقق حلّی در شرایع و علامه حلّی در قواعد است،^۳ اما روایت خاصی برای این قول بیان نشده و مرحوم شهید ثانی و صاحب جواهر و محدث بحرانی تصریح می‌کنند که در این زمینه روایتی نیافته‌اند.^۴ تنها دلیلی که محقق حلّی بدان اشاره کرده این است که

۱. زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، پیشین، ص ۳۷۴؛ محمدحسن النجفی، پیشین، ص ۲۲۴؛ الشیخ یوسف البحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ص ۶؛ جعفر بن الحسن الحلّی (المحقق الحلّی)، شرائع الإسلام، ج ۲، چاپ اول، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۵ هـ. ق.، ص ۳۸۹؛ السید علی الطباطبائی، ریاض المسائل، ج ۷، چاپ اول، دار الهادی، بیروت، ۱۴۱۲ هـ. ق.، ص ۲۱۰ و نیز مراجعه کنید به: محمد بن الحسن طوسی (الشیخ الطوسی)، پیشین صص ۲۰۴ و ۲۹۰؛ محمد بن محمد بن نعمان العکبری البغدادی (الشیخ المفید)، المقتعه، چاپ چهارم، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.، ص ۵۳۹. از آنجا که مرحوم محقق حلّی قول نه ماه را به اشهر نسبت داده استفاده می‌شود که گویا ایشان قول ده ماه را نیز مشهور می‌دانسته و موافق آن فتوا داده است؛ اما باتتبع در کلمات فقها به ویژه متقدمین مشخص می‌شود که قول ده ماه شاذ و ضعیف است و لذا صاحب جواهر در ذیل فرمایش محقق حلّی، استدراک می‌نماید و می‌فرماید: «بل المشهور بل عن ظاهر الاسکافی و الطوسی اجماعنا علیه.» محمد حسن النجفی، همان.

۲. از آن جمله می‌توان به روایت عبد الرحمن بن سیابة اشاره کرد: «قال سألته عن غایة الحمل بالولد فی بطن أمه کم هو؟ فان الناس یقولون ربّما بقی فی بطنها سنتین، فقال: کذبوا، أقصى مدّة الحمل تسعة اشهر ولا یزید لحظة ولو زاد لحظة لقتل أمه قبل أن ینخرج.» محمد بن الحسن الحرّ العاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۵، چاپ ششم، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۷، باب ۱۷ از ابواب احکام الاولاد، ص ۱۱۵؛ زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، پیشین، ص ۳۷۴؛ محمدحسن النجفی، پیشین، ص ۲۲۵.

۳. جعفر بن الحسن الحلّی (المحقق الحلّی)، پیشین؛ الحسن بن یوسف الحلّی (العلامة الحلّی)، قواعد الأحکام، ج ۳، چاپ اول، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.، ص ۹۸.

۴. زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، پیشین، ص ۳۷۷؛ محمدحسن النجفی، پیشین، ص ۲۲۶؛ مرحوم صاحب حدائق در این باره می‌نویسد: «وقد عرفت ان روایات المسألة وهی التي وقفنا علیها،

تجربه نشان داده که در بسیاری از موارد جنین، تا نزدیک ده ماه در شکم مادر باقی می‌ماند.^۱
 ج . قول یک سال که برخی از قدماء و بسیاری از متأخرین و معاصرین آن را می‌پذیرند،^۲ و
 برای این قول نیز به روایات استناد شده است.^۳

همچنین پس از تضعیف سند روایات قول نه ماه، استدلال گردیده که اگر دلیل معتبری برای
 قول نه ماه وجود نداشته باشد، استصحاب حمل و حکم فراش تا یک سال شایسته است،
 هرچند خلاف غالب باشد، زیرا مواردی هرچند نادر، باقی ماندن جنین تا یک سال در شکم مادر

﴿منحصرة في القول بالتسعة والقول بالسنة وأما القول بالعشرة، فلم نقف له خبراً، إلا أن ظاهر بعضهم أنه مروى
 أيضاً، قال ابن حمزة على ما نقله عنه في المختلف: أكثر مدة الحمل فيه روایات ثلاثة، تسعة أشهر وعشرة وسنة﴾
 الشيخ يوسف البحراني، پیشین، ص ۱۰.

۱ . جعفر بن الحسن الحلبي (المحقق الحلبي)، پیشین، ص ۳۸۹.

۲ . السيد علي بن الحسين الموسوي علم الهدى (السيد المرتضى)، پیشین، ص ۳۴۵؛ الحسن بن
 يوسف الحلبي (العلامة الحلبي)، مختلف الشيعة، ج ۷، چاپ اول، مكتب الاعلام الإسلامي، قم، ۱۳۷۵، صص ۳۱۵
 و ۳۱۶؛ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، پیشین، ص ۳۷۶؛ ابي الصلاح الحلبي، الكافي في الفقه، به نقل
 از: الحسن بن يوسف الحلبي (العلامة الحلبي)، همان؛ السيد محمد العاملي (صاحب المدارك)، نهاية المرام، ج ۱،
 چاپ اول، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ۱۴۱۳ هـ. ق.، ص ۴۳۳؛ السيد ابوالقاسم الموسوي الخوئي، منهاج
 الصالحين، ج ۲، چاپخانه مهر، قم، ۱۳۶۳، ص ۳۰۷، مسأله ۱۳۶۷؛ السيد روح الله الموسوي الخميني (الإمام
 الخميني)، تحرير الوسيلة، ج ۲، چاپ ششم، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.، ص ۲۷۵؛ سيد محمد
 رضا موسوي گلپایگانی، مجمع المسائل، ج ۲، چاپ چهارم، مؤسسة دارالقرآن الكريم، قم، ۱۳۷۲، ص ۱۷۴،
 مسأله ۴۸۸، و نیز ص ۱۷۵، مسأله ۴۹۱؛ السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، ج ۳، چاپ پنجم،
 مكتب آية الله سيستاني، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.، ص ۱۱۲، مسأله ۳۶۷؛ السيد محمدصادق الحسيني الروحاني، حاشيه
 بر منهاج الصالحين آية الله خوئي، ج ۲، ص ۳۰۷، مسأله ۱۳۶۷؛ ميرزا جواد تبريزي، استفتاآت جديد، چاپ اول،
 انتشارات سرور، قم، ۱۳۷۸، مسأله ۱۴۵۵.

۳ . از آن جمله است روایت صحيحه ابن حجاج: «إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً أنتظر بها تسعة
 اشهر فان ولدت وإلا اعتدت بثلاثة أشهر ثم قد بانث منه.» محمدبن الحسن الحرّ العاملي، پیشین، باب ۲۵ از
 ابواب العدد، ص ۴۴۲؛ زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، پیشین، ص ۳۷۴.

اتفاق افتاده است. در ضمن روایات نه ماه را می‌توان بر بیان مورد غالب حمل نمود.^۱ به هر حال، طبق فتوای مشهور قدما، حد اکثر مدت حمل نه ماه و طبق فتوای بسیاری از متأخرین و مشهور معاصرین، یک سال است. اما قانون مدنی، حد اکثر مدت حمل را ده ماه می‌داند که با قول مشهور مخالف است.

البته شاید علت این که قانون مدنی، قول ده ماه را پذیرفته این باشد که علاوه بر این که مطابق نظر محقق حلی در شرایع است، با مطالعات علوم پزشکی نیز موافقت بیشتری دارد و در عالم خارج نیز بسیاری موارد مشاهده شده که طفل بعد از نه ماه به دنیا می‌آید. همچنین این قول با مفاد قانون مدنی فرانسه که مورد نظر قانونگذار بوده نیز موافق است.^۲

شایسته است که اولاً از لحاظ فقهی بررسی شود که آیا مدت‌هایی که در روایات آمده، برای ارشاد به مورد غالب است یا این که موضوعیت دارد؟ و آیا اگر طفلی خارج از این مدت به دنیا آمده، تنها اماره فراش جاری نیست و نسب او از این طریق اثبات نمی‌شود، یا این که این امر، دلیل و اماره بر انتفای نسب طفل نیز محسوب می‌شود، همچنان که در روایت آمده: «أقصى مدّة الحمل تسعة أشهر لا يزيد لحظة ولو زاد لحظة لقتل أمه قبل ان يخرج».

ثانیاً از لحاظ مسائل علم پزشکی بررسی بیشتری در این زمینه صورت گیرد که حد اکثر حمل چه مدت می‌تواند باشد.

۱. زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، پیشین، صص ۳۷۵ و ۳۷۶؛ السید محمد العاملی (صاحب المدارک)، پیشین، ص ۴۳۴.

۲. دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسد: «نویسندگان قانون مدنی فرانسه از فور کروی پزشک معروف زمان ناپلئون، خواستند که حداقل و اکثر مدت حمل را بر مبنای علمی تعیین کند. این پزشک ۱۸۶ روز را حد اقل و ۲۸۶ روز را حد اکثر مدت حمل تشخیص داد، ولی قانونگذار فرانسه از این لحاظ که اطمینان یابد هیچ طفل مشروعی خارج از این دوران باقی نمی‌ماند و نیز برای این که عددها صحیح‌تر و محاسبه آسانتر شود، حد اقل حمل را ۱۸۰ روز و حد اکثر آن را ۳۰۰ روز معین کرد.» ناصر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۵، ص ۵۷.

مأخذ شناسی

۱. البحرانی، الشیخ یوسف، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، صص ۶ و ۱۰.
۲. تبریزی، میرزا جواد، استفتات جدید، چاپ اول، انتشارات سرور، قم، ۱۳۷۸، ص ۳۲۸.
۳. الحرّ العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعة، ج ۱۵، چاپ ششم، کتاب فروشی اسلامیّه، تهران، ۱۳۶۷، ص ۱۱۵ و ۴۴۲.
۴. الحسيني الروحاني، السيد محمد صادق، منهاج الصالحين، (حاشیه بر منهاج الصالحين آية الله خوئی)، ج ۲، چاپ خانه مهر، قم، ۱۳۶۳، ص ۳۰۷.
۵. الحسيني السيستاني، السيد علي، منهاج الصالحين، ج ۳، چاپ پنجم، مكتب آية الله السيستاني، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.، ص ۱۱۲.
۶. الحلّي، جعفر بن الحسن (المحقّق الحلّي)، شرائع الاسلام، ج ۲، چاپ اول، مؤسسة المعارف الإسلامیّة، قم، ۱۴۱۵ هـ. ق.، ص ۳۸۹.
۷. الحلّي، الحسن بن يوسف (العلامة الحلّي)، قواعد الاحكام، ج ۳، چاپ اول، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۹ هـ. ق.، ص ۹۸.
۸. الحلّي، الحسن بن يوسف (العلامة الحلّي)، مختلف الشيعة، ج ۷، چاپ اول، مكتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۳۷۵، صص ۳۱۵ و ۳۱۶.
۹. الطباطبائي، السيد علي، رياض المسائل، ج ۷، چاپ اول، دار الهادي، بيروت، ۱۴۱۲ هـ. ق.، ص ۲۱۰.



- ١٠ . الطوسي، محمد بن الحسن (الشيخ الطوسي)، المبسوط، ج ٥. چاپ سوم، المكتبة المرتضوية، تهران، ١٣٨٧ هـ. ق.، صص ٢٥٤ و ٢٩٥.
- ١١ . العاملي، زين الدين بن علي (الشهيد الثاني)، مسالك الافهام، ج ٨، چاپ اول، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٦ هـ. ق.، صص ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٦ و ٣٧٧.
- ١٢ . العاملي، السيد محمد (صاحب المدارك)، نهاية المرام، ج ١، چاپ اول، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٣ هـ. ق.، صص ٤٣٣ و ٤٣٤.
- ١٣ . العكبري البغدادي، محمد بن محمد بن النعمان، (الشيخ المفيد)، المقنعة، چاپ چهارم، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٧ هـ. ق.، ص ٥٣٩.
- ١٤ . كاتوزيان، ناصر، حقوق خانواده، ج ٢، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران، ١٣٧٥، ص ٥٧.
- ١٥ . المقدسي، عبد الله بن احمد بن قدامة (ابن قدامة)، المغني، ج ٧، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص ٤٨٣.
- ١٦ . الموسوي الخميني، السيد روح الله (الإمام الخميني)، تحرير الوسيلة، ج ٢، چاپ ششم، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٧ هـ. ق.، ص ٢٧٥.
- ١٧ . الموسوي الخوئي، السيد ابو القاسم، منهاج الصالحين، ج ٢، چاپ خانه مهر، قم، ١٣٦٣، ص ٣٥٧.
- ١٨ . الموسوي علم الهدى، السيد علي بن الحسين (السيد المرتضى)، الانتصار، چاپ اول، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٥ هـ. ق.، صص ٣٤٥ و ٣٤٦.
- ١٩ . موسى گلپايگانی، سيد محمدرضا، مجمع المسائل، ج ٢، چاپ چهارم، مؤسسة دار القرآن الكريم، قم، ١٣٧٢، صص ١٧٤ و ١٧٥.
- ٢٠ . النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، ج ٣١، چاپ دوم، كتاب فروشي اسلاميه، تهران، ١٣٦٦، صص ٢٢٤ - ٢٢٦.

تعارض میان دو اماره فراش

حسین قافی

مواد قانونی: ۱۱۵۹، ۱۱۶۰، ۱۱۶۴ قانون مدنی

ماده ۱۱۵۹ ق. م. «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، مگر آن که ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد.»

ماده ۱۱۶۰ ق. م. «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد، طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد، طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند.»

ماده ۱۱۶۴ ق. م. «احکام مواد قبل در مورد طفل متولد از نزدیکی به شبهه نیز جاری است، اگرچه مادر طفل مشتبه نباشد.»

نوع اشکال: ابهام و سکوت قانون

توضیح: هرگاه شرایط اجرای اماره فراش که در ماده ۱۱۵۸ ق. م. آمده است محقق شود یعنی نزدیکی واقع گردد و طفل در فاصله میان شش ماه و ده ماه پس از آن متولد شود اماره فراش جاری می‌گردد. اما در برخی از موارد، شرایط اجرای دو یا چند اماره فراش، همزمان وجود دارد که بحث تعارض میان اماره‌های فراش مطرح می‌شود. در اینجا چهار فرض تصور می‌شود که حکم هر یک از این فروض باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد:

۱. تعارض اماره فراش شوهر سابق با اماره فراش شوهر جدید.
 ۲. تعارض اماره فراش شوهر سابق با اماره فراش واطی به شبهه بعد از انحلال نکاح.
 ۳. تعارض اماره فراش شوهر با اماره فراش واطی به شبهه در زمان زوجیت.
 ۴. تعارض میان اماره فراش دو یا چند واطی به شبهه.
- توضیح فروض چهارگانه فوق به شرح زیر می باشد:
- الف . تعارض اماره فراش شوهر سابق با اماره فراش شوهر جدید**
- اگر زن پس از انحلال نکاح و انقضاء عده که حدود سه ماه است، مجدداً ازدواج نماید و مثلاً بعد از شش ماه و نیم، کودکی از او متولد شود در این فرض احتمال این که طفل منسوب به هر یک از این دو شوهر باشد وجود دارد. زیرا شرط حد اقل شش ماه و حد اکثر ده ماه در هر دو مورد موجود است، لذا اماره فراش شوهر سابق با اماره فراش شوهر جدید تعارض می کند.
- در این فرض مرحوم صاحب جواهر تصریح می کند که مشهور فقهاء اماره فراش شوهر دوم را مقدم می دانند و طفل را به او ملحق می کنند و مستند این قول روایات صحیحه می باشد.^۱ هر چند برخی از فقهاء نیز راه حل قرعه را پیشنهاد کرده اند.^۲
- قانون مدنی نیز در ذیل ماده ۱۱۶۰ مقرر می دارد: «در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد، طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند.» لذا در مورد فرض اول هیچ اشکالی وجود ندارد.

۱ . محمدحسن النجفی، **جواهر الکلام**، ج ۳۱، چاپ دوم، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۶۶، ص ۲۳۶.

۲ . محمد بن الحسن الطوسی (الشیخ الطوسی)، **المبسوط**، ج ۵، چاپ سوم، المكتبة المرتضویة، تهران، ۱۳۸۷ هـ. ق.، ص ۲۰۵؛ الحسن بن یوسف الحلّی (العلامة الحلّی)، **قواعد الاحکام**، ج ۳، چاپ اول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۵ هـ. ق.، ص ۹۹، السید ابوالقاسم الموسوی الخوئی، **المبانی فی شرح العروة الوثقی**، ج ۳۲، مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی، قم، ۱۴۱۸ هـ. ق.، صص ۱۹۶ و ۱۹۹.

ب. تعارض اماره فراش شوهر سابق با اماره فراش واطی به شبهه بعد از انحلال نکاح

در صورتی که بعد از انحلال نکاح و انقضاء عدّه، واطی به شبهه صورت گیرد و بعد از آن طفلی متولد شود که امکان الحاق آن به شوهر سابق و واطی به شبهه وجود داشته باشد، در این فرض نیز مانند صورت قبل، بنا به تصریح صاحب جواهر و صاحب عروه، مشهور علما اماره فراش واطی به شبهه را مقدم می‌دانند و واطی به شبهه بعد از انحلال نکاح را مانند نکاح جدید محسوب می‌دارند، و صاحب ریاض نیز این قول را «اشهر» دانسته است.^۱

مرحوم صاحب جواهر در ذیل این عبارت محقق حلّی (ولو طلقها فاعتدت ثم جاءت بولدٍ ما بین الفراق إلى أقصى مدّة الحمل، لحق به إذا لم تُوطأ بعقدٍ ولا شبهة^۲) می‌نگارد: «أما إذا لحقه فراش آخر بعقدٍ أو شبهةٍ فان لم يمكن لحوقه بالثاني فهو للأوّل وان لم يمكن لحوقه بالأوّل فهو للثاني وان لم يمكن لحوقه بواحدٍ منهما إنتفى عنهما وان كان قابلاً للالتحاق بكلّ منهما ففي ترجیح الثاني أو القرعة قولان، قد تقدّم الكلام فيهما سابقاً ويأتي أيضاً ولا ريب في أنّ الأقوى منهما ما هو المشهور بين الأصحاب من كونه للثاني، للنصوص التي فيها الصحيح وغيره.»^۳

۱. محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۳۶ و نیز ج ۲۹، ص ۲۶۰؛ السید علی الطباطبائی، ریاض المسائل، ج ۶، چاپ اول، دار الهادی، بیروت، ۱۴۱۲ هـ. ق.، ص ۴۲۵؛ السید محمدکاظم الطباطبائی الیزدی، ملحقات العروة الوثقی، ج ۳، المكتبة الداوری، قم، ۱۳۸۷ هـ. ق.، ص ۱۹۸؛ و نیز ر.ک: جعفر بن الحسن الحلّی (المحقّق الحلّی)، شرائع الاسلام، ج ۲، چاپ اول، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۵ هـ. ق.، ص ۳۳۰؛ زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثاني)، مسالك الافهام، چاپ اول، مؤسسة المعارف الإسلامیة، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق.، ج ۷، ص ۲۰۵ و ج ۸، ص ۳۸۲؛ السید روح الله الموسوي الخميني (الإمام الخميني)، تحرير الوسيلة، ج ۲، چاپ ششم، مؤسسة النشر الإسلامی، قم، ۱۴۱۷ هـ. ق.، ص ۲۷۶.

۲. جعفر بن الحسن الحلّی (المحقّق الحلّی)، پیشین، ص ۳۹۰.

۳. محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۳۶؛ البته مرحوم صاحب جواهر مستند قول مشهور در فرض اول و دوم را روایات و نصوص می‌داند، اما صاحب ریاض در خصوص مسأله تعارض اماره فراش شوهر

برخی از فقهاء علت الحاق طفل به واطی به شبهه را اصل تأخر حادث و نیز ثبوت حقیقی فراش واطی به شبهه می‌دانند در حالی که فراش شوهر سابق زایل گردیده یا بنابر نظر بعضی علماء، مجازاً موجود است.^۱

مرحوم صاحب عروه معتقد است که ضابط کلی در باب تعارض میان دو اماره فراش (در تمام فروض) این است که در صورت عدم وجود بیّنه‌ای به نفع یکی از طرفین، اگر یکی از دو فراش فعلی باشد و دیگری زایل شده باشد، فراش فعلی مقدم می‌شود و اگر هر دو فراش فعلی باشند یا هیچ کدام فعلی نباشند، باید بوسیله قرعه، نسب طفل مشخص گردد. بنابراین اگر زن پس از طلاق و انقضاء عدّه، مجدداً شوهر کند یا واطی به شبهه با او صورت گیرد، طفل ملحق به شوهر جدید و یا واطی به شبهه است اما اگر در دوران عدّه - بویژه در عدّه رجعی - مجدداً شوهر نماید یا واطی به شبهه صورت گیرد باید قرعه زده شود. زیرا هر دو فراش فعلی است، هرچند مشهور علماء میان این دو صورت (زمان عدّه و پس از انقضاء عدّه) فرقی نگذاشته‌اند و مطلقاً طفل را ملحق به شوهر دوم یا واطی به شبهه دانسته‌اند. روایات مسأله نیز مقید به صورت بعد از انقضاء عدّه است.^۲

سابق و اماره فراش واطی به شبهه (فرض دوم) می‌گوید: در این زمینه به روایتی برخورد نکرده است. السید علی الطباطبائی، پیشین، ص ۴۲۵.

به نظر می‌رسد روایات باب، نوعاً مربوط به فرض نخست است. همچنان که خود صاحب جواهر نیز در جلد ۲۹ بعد از ذکر روایات، به این مطلب اشاره کرده است. از باب نمونه به روایت زراره اشاره می‌شود: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأول وان كان ولد انقص من ستة أشهر فهو لأمه ولأبيه الأول وان ولد لستة أشهر فهو للأخير.» برای دیدن روایت فوق و سایر روایات باب، مراجعه کنید به: محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۲۹، صص ۲۶۰ و ۲۶۱؛ الشیخ یوسف البحرانی، الحدائق الناضرة، ج ۲۵، مؤسسه النشر الإسلامی، قم، صص ۱۷ و ۱۸.

۱. زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، پیشین، ج ۸، ص ۳۸۲؛ السید علی الطباطبائی، پیشین.

۲. السید محمدکاظم الطباطبائی الیزدی، پیشین؛ صص ۱۹۷ و ۱۹۸، برخی از فقهاء معتقدند که

اما در بعد حقوقی با توجه به ظاهر ماده ۱۱۵۹ ق.م. بسیاری از حقوقدانها معتقدند که اماره فراش شوهر سابق اقوی از اماره فراش واطی به شبهه است و بر آن مقدم می‌شود و طفل ملحق به شوهر سابق می‌گردد^۱ و برای این نظریه استدلال می‌کنند که: «اولاً قانون، استقراع را برای حل هر امر مشکل و از جمله مشکل نسب پیش بینی نکرده است. ثانیاً استدلال به این که فراش شوهر زایل شده و فراش واطی به شبهه باقی است، قابل ایراد است. زیرا با رفع شبهه این فراش نیز زایل می‌شود وانگهی وجود فراش در زمان نزدیکی مناط 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، چه طفلی که ولد شبهه معرفی می‌شود، در جامعه دارای حیثیت و احترام فرزندی که ناشی از نکاح صحیح است نخواهد بود. رابعاً ماده ۱۱۵۹ ق.م. مؤید این نظر است، چه این ماده بطور مطلق طفلی را که در فاصله ده ماه یا کمتر از انحلال نکاح تولد یافته ملحق به شوهر سابق زن می‌داند.»^۲

با این بیان ماده ۱۱۵۹ ق.م. با برداشتی که حقوقدانان مزبور از آن دارند مخالف فتوای مشهور فقهاست.

هرچند فراش فعلی مقدم است اما ملاک، فعلیت فراش در زمان وطی است نه زمان وضع حمل و لذا در صورتی که زن پس از انقضاء عدّه مجدداً شوهر کند، هردو فراش فعلی است و دلیل ترجیح اماره فراش شوهر جدید، فقط روایات است. السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، القواعد الفقهيّة، ج ۴، چاپ دوم، اسماعیلیان، قم، ۱۳۷۱، ص ۴۱؛ باقر الايروانی، دروس تمهیدیة فی القواعد الفقهيّة، ج ۲، چاپ اول، مؤسسه الفقه، قم، ۱۴۱۸ ه.ق.، ص ۱۹۵ .

۱ . سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، چاپ دوازدهم، کتاب فروشی اسلامیه، تهران، ۱۳۷۶، صص ۱۶۵ و ۱۷۵؛ ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۵، ص ۶۶؛ البته برخی از حقوقدانان، در هرچهار فرض تعارض دو اماره فراش، راه حل قرعه را می‌پذیرند. ر.ک: محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹، صص ۱۰۳۱، ۱۰۳۶ و ۱۰۳۷ .

۲ . سید حسین صفایی و اسدالله امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ اول، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، ص ۳۲۶.

البته احتمال دیگری نیز در تفسیر این مواد راه دارد، زیرا ماده ۱۱۶۴ ق.م. را که مقرر می‌دارد: «احکام مواد قبل در مورد طفل متولد از نزدیکی به شبهه نیز جاری است، اگرچه مادر طفل مشتبّه نباشد.» می‌توان این گونه تفسیر کرد که نزدیکی به شبهه از حیث قواعد مربوط به نسب در حکم نکاح صحیح محسوب می‌شود و از سوی دیگر در صورتی که زن پس از انحلال نکاح مجدداً شوهر نماید و طفلی از او متولد شود که امکان الحاق به هر دو شوهر را داشته باشد و دو اماره فراش باهم تعارض کنند، قانون (ماده ۱۱۶۰ ق.م.) اماره فراش دوم را مقدم دانسته است. در نتیجه بر طبق مواد قانونی در صورتی که پس از انحلال نکاح، وطی به شبهه صورت گیرد، اماره فراش واطی به شبهه مقدم خواهد بود.^۱

به تعبیر دیگر ماده ۱۱۶۴ ق.م. قید دیگری را به ماده ۱۱۵۹ ق.م. اضافه می‌کند و نتیجه آن، این خواهد بود که در صورتی که حد اکثر ده ماه پس از انحلال نکاح، طفلی متولد شود ملحق به شوهر قبلی خواهد بود مشروط بر این که مادر هنوز شوهر نکرده باشد و نزدیکی به شبهه نیز صورت نگرفته باشد و در صورت وقوع نکاح مجدد یا وطی به شبهه ماده ۱۱۵۹ ق.م. جاری نخواهد بود بلکه مجرای ماده ۱۱۶۰ ق.م. است و بر طبق ذیل این ماده، در صورت تعارض بیان دو اماره فراش، اماره فراش دوم، (شوهر دوم یا واطی به شبهه) مقدم خواهد بود.

با این بیان، مواد قانونی از این جهت مخالفتی با فتوای مشهور ندارند اما اولاً حقوقدانها نوعاً این برداشت را نپذیرفته‌اند و ثانیاً اگر ماده ۱۱۶۴ ق.م. این گونه تفسیر شود که «نزدیکی به شبهه از حیث قواعد مربوط به نسب در حکم نکاح صحیح است»^۲، اطلاق این حکم با نظر مشهور فقها در مسأله تعارض میان اماره فراش شوهر با اماره فراش واطی به شبهه در حال زوجیت (فرض سوّم) مخالف است؛ زیرا مشهور فقها در این فرض قایل به قرعه هستند - چنانچه بزودی خواهد

۱. دکتر کاتوزیان این مطلب را به عنوان احتمال بیان می‌کند اما آنرا نمی‌پذیرد و در پایان، ردّ می‌کند.

ر. ک: ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۶۶.

۲. در کلام برخی فقهاء نیز نظیر این عبارت آمده است اما اطلاق آن محل بحث است. صاحب جواهر می‌فرماید: «وبالجملة ينزل فراش المشتبه منزلة فراش الصحيح ويلحق الحكم به كذلك ولعل العمدة في ذلك الإجماع» محمد حسن النجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۴۹.

آمد - اما طبق مفاد این ماده، طفل باید به واطی به شبهه ملحق گردد چون در تعارض میان دو اماره فراش ناشی از دو نکاح صحیح، اماره فراش شوهر دوم مقدم است.

به هر تقدیر بواسطه امکان برداشتهای متفاوت از قانون این مسأله نیاز به بررسی بیشتر دارد تا ابهام قانون در باره حکم تعارض میان اماره فراش شوهر سابق و اماره فراش واطی به شبهه برطرف گردد.

ج. تعارض اماره فراش شوهر با اماره فراش واطی به شبهه در حال زوجیت

در موردی که در زمان زوجیت واطی به شبهه اتفاق افتد و سپس طفلی متولد شود که امکان الحاق به هر دو را داشته باشد، بسیاری از فقها معتقدند که بوسیله قرعه، نسب طفل مشخص می‌گردد. زیرا در این فرض، مادر فراش فعلی هر دو نفر محسوب می‌شود و عمومات «القرعة لكل امر مشكل» در این جا حاکم است.^۱

در مورد فرض سوم، مورد دیگری نیز می‌توان تصور کرد، و آن این که همسر شخصی ابتدا توسط فرد اجنبی مورد واطی به شبهه قرار گیرد و سپس شوهرش با وی نزدیکی کند. مرحوم صاحب عروه در این زمینه می‌فرماید: اگر پس از انقضای عدّه واطی به شبهه، شوهر با او نزدیکی کرده باشد، طفل به شوهر ملحق می‌شود. زیرا در این مورد، فراش شبهه با انقضای عدّه زایل گردیده اما فراش شوهر، فعلی است و ضابط کلی در باب تعارض اماره فراش این است که فراش

۱. محمد بن الحسن الطوسی (الشیخ الطوسی)، پیشین، ص ۲۰۷؛ الحسن بن یوسف الحلّی (العلامة الحلّی)، پیشین، ص ۹۹؛ زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، پیشین، ج ۸، ص ۳۸۰؛ محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۳۳؛ السید علی الطباطبائی، پیشین، ج ۷، ص ۲۱۴؛ السید محمدکاظم الطباطبائی الیزدی، پیشین، ص ۱۹۸؛ السید محمد الحسینی الشیرازی، **الفقه**، ج ۶۸، چاپ دوم، دارالعلوم، بیروت، ۱۴۰۹ ه. ق.، ص ۵۳؛ السید روح الله الموسوی الخمینی (الإمام الخمینی)، پیشین ص ۲۷۶؛ السید علی الحسینی السیستانی، **منهاج الصالحین**، ج ۳، چاپ پنجم، مکتب آیه الله السیستانی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق.، ص ۱۱۴.

مرحوم شهید ثانی و صاحب ریاض و صاحب جواهر در این زمینه تصریح دارند که فرقی میان وقوع دو نزدیکی در یک طهر یا طهرهای متعدد وجود ندارد. اما در کلام سایر علماء به این مطلب اشاره‌ای نشده و حکم مسأله بصورت مطلق بیان گردیده است.

فعلی مقدم است.^۱

برخی از فقها، اطلاق و استعمال اصطلاح «فراش» را در مورد وطی به شبهه مورد تردید قرار داده‌اند^۲، و معتقدند که مراد از فراش در روایات، کسی است که شرعاً حق مضاجعه و نزدیکی با زن را دارد و لذا شوهر چه در عقد دائم و چه در عقد منقطع صاحب فراش محسوب می‌شود؛ اما واطی به شبهه اصلاً حق مضاجعه ندارد و به عرض دیگری تجاوز می‌کند، نهایت این که بخاطر جهلش معذور است و مورد مواخذه قرار نمی‌گیرد و جواز وطی یک حکم ظاهری است نه این که واقعاً نزدیکی برای او جایز باشد و لذا واطی به شبهه صاحب فراش محسوب نمی‌شود.^۳ در نتیجه در فرض سوم، طفل ملحق به شوهر است و اصلاً نوبت به قرعه نمی‌رسد. زیرا مورد اجرای قاعده قرعه جایی است که از مشکلات و معضلات باشد و به عبارت دیگر قاعده قرعه، هنگامی که هیچ اماره‌ای برای ترجیح وجود نداشته باشد، اماره تلقی می‌شود؛ اما در فرض مسأله، اماره فراش شوهر وجود دارد.^۴

نکته دیگر این که برخی از فقها تصریح می‌کنند که چه در فرض سوم و چه در سایر موارد قرعه، فقط در صورتی می‌توان به قاعده قرعه رجوع کرد که با استفاده از روشهای علمی قطعی که استنباطهای شخصی در آن راهی ندارد - مانند برخی از آزمایشات پزشکی جدید - نتوان یک طرف را ترجیح داد و اشکال را مرتفع ساخت و گرنه نوبت به قرعه نمی‌رسد.^۵

۱. السید محمدکاظم الطباطبائی الیزدی، پیشین، ص ۱۹۷؛ مرحوم صاحب جواهر در این باره می‌فرماید: «اگر در دوران عدۀ وطی به شبهه، شوهر با او نزدیکی کند کار حرامی را مرتکب شده است ولی زانی محسوب نمی‌شود. لذا در صورت امکان الحاق طفل به هردو، باید قرعه زده شود» محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۴۸.

۲. مرحوم صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «بل قد یمنع اصل الفراش فی الشبهة، للتصريح فی الصحاح والقاموس و مختصر النهاية وغيرها بأنه الزوجة ولاینافی ذلك لحوق الولد باعتبار احترام الوطی کما فی الامة بناءً علی أنها لیست فراشاً.» محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۶۰.

۳. السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، پیشین، صص ۴۱ و ۴۲؛ باقر الايروانی، پیشین، ص ۱۹۳.

۴. السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، همان، ص ۳۹؛ باقر الايروانی، همان.

۵. السید علی الحسینی السیستانی، پیشین، صص ۱۱۴ و ۱۱۵.

بسیاری از حقوقدانان در این فرض، اماره فراش شوهر را بر اماره فراش واطی به شبهه مقدم می‌دارند و آن را اقوی می‌دانند، زیرا این امر با مصلحت طفل و خانواده و حفظ نظم و آرامش و عفت زناشویی که از مبانی مهم اماره فراش است، موافق‌تر است. بعلاوه راه حل استقراع در قانون برای تعیین نسب پیش بینی نشده است.^۱

اما بنظر می‌رسد که قانون مدنی در این زمینه ساکت است، همچنان که برخی از حقوقدانان به این امر تصریح کرده‌اند.^۲ هرچند برخی از اساتید معتقدند که ظاهر ماده ۱۱۵۸ ق.م. - که طفل متولد در زمان زوجیت را منسوب به شوهر می‌داند - مصلحت حفظ خانواده و حمایت از کودک را که با ترجیح اماره فراش شوهر حاصل می‌شود، تأیید می‌کند؛^۳ اما با این وجود نمی‌توان ادعا کرد که حکم فرض سوم، از اطلاق این ماده استفاده می‌شود؛ زیرا این ماده ظاهراً در مقام بیان حکم تعارض میان دو اماره فراش نیست تا در این زمینه بتوان به اطلاق آن تمسک نمود. بلکه مواد ۱۱۵۹ و ۱۶۰ ق.م. در مقام بیان این امر هستند و در عین حال در مورد حکم فرض سوم ساکتند. لذا شایسته است با وضع ماده‌ای، حکم این فرض بطور صریح در قانون مشخص گردد.

د. تعارض میان اماره فراش دو یا چند واطی به شبهه

در صورتی که دو یا چند نفر با یک زن از روی شبهه نزدیکی نمایند و امکان الحاق طفل به هر یک وجود داشته باشد برخی فقها قایل به استقراع گردیده‌اند.^۴ جمعی نیز معتقدند که اگر هر دو نزدیکی در یک طهر واقع شود، یا وطی دوم در دوران عدّه وطی به شبهه قبلی انجام گیرد، برای

۱. سید حسن امامی، پیشین، صص ۱۶۱ و ۱۷۵؛ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۶۵؛ سید حسین صفایی

و اسد الله امامی، پیشین، ص ۳۲۵.

البته برخی از حقوقدانان نیز در این فرض راه حل قرعه را پیشنهاد می‌کنند. سید علی حائری شاه باغ، شرح قانونی مدنی، ج ۲، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۰۲۳.

۲. سید حسین صفایی و اسد الله امامی، پیشین.

۳. ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۶۵.

۴. السید محمد الحسینی الشیرازی، پیشین، ص ۵۳؛ السید علی الحسینی السیستانی، پیشین،

الحاق نسب طفل باید قرعه زده شود اما اگر وطی دوم پس از انقضاء عدّه وطی قبلی صورت گیرد طفل ملحق به شخص دوم است، زیرا فراش واطی اول زایل گردیده^۱. بعلاوه وقوع عادت ماهانه پس از وطی اول، احتمال حاملگی ناشی از وطی نخست را بسیار ضعیف می‌کند چون زنان بطور معمول در دوران حمل، عادت ماهانه نمی‌بینند. روایات متعددی نیز وجود دارد که به وقوع چند نزدیکی در طهر واحد اشاره دارد، اما نوعاً مربوط به امه و جاریه است که شاید ملاک آن در فرض مورد بحث نیز جاری باشد.^۲ البته بسیاری از فقها این فرض را مطرح نکرده و متعرض حکم آن نشده‌اند.

جمعی از حقوقدانان در این زمینه معتقدند که «با نبودن دلیلی بر استقراء، میتوان انتساب طفل را بوسیله ادله دیگر و یا آزمایش پزشکی اثبات نمود و هرگاه دلیلی موجود نباشد و آزمایش پزشکی هم بجهتی از جهات ممکن نشود مانند فوت طفل و یا فوت کسانی که با شبهه نزدیکی نموده‌اند، نسب اثبات نمی‌شود»^۳.

در واقع در فرض تعارض میان این دو اماره قانونی، باید از راه استناد به اماره‌های قضایی و سایر دلایل، یکی از آن دو را ترجیح داد. مثلاً اگر فاصله تولد طفل تا زمان نزدیکی واطی اول ده ماه، و تا زمان نزدیکی واطی دوم نه ماه باشد چون احتمال این که طفل نه ماهه بدنیا آید به مراتب بیش از ده ماه است، این امر می‌تواند به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرارگیرد و به ضمیمه سایر قرائن نسب طفل را مشخص کند.^۴

۱. محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۴۸؛ السید محمدکاظم الطباطبائی الیزدی، پیشین، صص ۱۹۷ و ۱۹۸.

۲. از آن جمله می‌توان به دو روایت ذیل اشاره کرد: عن معاوية بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فولدت فادعوه جميعاً اقرع الوالي بينهم، فمن قرع كان الولد ولده ويرد قيمة الولد على صاحب الجارية.» عن محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلام قال: «إذا وقع الحرّ والعبد والمشرک بامرأة في طهر واحد فادعوا الولد اقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه.» محمد بن الحسن الحرّ العاملي، وسائل الشیعة، ج ۱۴، چاپ ششم، مکتبه الإسلامیة، تهران، صص ۵۶۶ و ۵۶۷.

۳. سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۷۶؛ سید حسین صفایی و اسد الله امامی، پیشین، ص ۳۲۶.

۴. ناصر کاتوزیان، پیشین، متن و پاورقی ص ۶۷.

اما در قانون مدنی هیچ یک از این راه حلها پیش بینی نشده است و قانون در این زمینه ساکت است. البته شاید علت سکوت قانون این باشد که این فروض به ندرت ممکن است اتفاق بیفتند و لذا قانونگذار متعرض حکم مسأله نشده است.

در پایان بنظر می‌رسد مناسب است که در موارد ذیل، بررسی جامعی صورت گیرد:

۱. اصولاً مفهوم وطی به شبهه چیست و مصادیق آن کدامند؟ آیا در تحقق شبهه، وجود ظن معتبر به استحقاق وطی شرط است، یا هرگونه ظنی برای تحقق شبهه کافی است. مانند ظن حاصل از شهادت عدل واحد یا ظن به فوت شوهر پس از گذشتن مدتی و یا اصلاً ظن لازم نیست و احتمال استحقاق وطی کافی است؟ آیا حلیت وطی شرط تحقق شبهه است یا با حرمت وطی نیز شبهه محقق می‌شود؟ آیا در مورد شخص جاهل قاصر و مقصر نسبت به مقدار عدّه و حکم آن شبهه تحقق می‌یابد یا خیر؟ آیا وطی شخص نائم و مجنون و مکره و نیز وطی ناشی از نکاح فاسد، وطی به شبهه محسوب می‌شود یا خیر؟^۱

۲. آیا واطی به شبهه صاحب فراش محسوب می‌گردد یا این که اصطلاح فراش در مورد او صدق نمی‌کند بلکه صرفاً مؤاخذه نمی‌شود؟^۲

۳. آیا فعلیت فراش، ملاک تقدیم فراش فعلی بر فراش زایل است و آیا مراد از آن، فعلیت فراش هنگام تولد طفل است یا فعلیت فراش هنگام وقوع نزدیکی؟^۳

۴. فراش ناشی از نکاح چگونه زایل می‌شود، با طلاق یا انقضاء عدّه یا پس از گذشتن ده ماه؟^۴

۱. محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۴۴ به بعد.

۲. همان، ص ۲۶۰؛ السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، پیشین، ص ۴۲؛ باقر الایروانی، پیشین، ص ۱۹۳.

۳. السید میرزا حسن الموسوی البجنوردی، پیشین، ص ۴۱.

۴. محمدحسن النجفی، پیشین، ج ۲۹، ص ۲۶۰، و نیز ج ۳۱، ص ۲۴۸؛ السید محمدکاظم الطباطبائی الیزدی، پیشین، صص ۱۹۷ و ۱۹۸؛ سید حسن امامی، پیشین، ص ۱۶۵؛ ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۶۶.

۵. فراش ناشی از وطی به شبهه با ارتفاع شبهه مرتفع می‌شود یا با انقضاء عدّه؟^۱
۶. آیا در فرض تعارض اماره فراش شوهر با اماره فراش واطی به شبهه بعد از انحلال نکاح یا در زمان زوجیت که ظاهراً روایت خاصی هم ندارد^۲، می‌توان با در نظر گرفتن مصلحت طفل که یکی از مبانی و ملاکات مهم اماره فراش است، اماره فراش شوهر را ترجیح داد؟^۳
۷. آیا با استفاده از آزمایشات و مطالعات پزشکی از قبیل آزمایش و تجزیه خون و آزمایش عقیم بودن و غیره که نوعاً مفید ظن قوی هستند، در فرض تعارض دو اماره فراش می‌توان یکی از آنها را بر دیگری ترجیح داد یا ترجیح فقط با امارات قطعی و یقینی ممکن است؟^۴
۸. شرط اجرای قاعده قرعه چیست؟ آیا باید دو احتمال با هم مساوی باشند^۵ و لذا اگر یکی از دو احتمال بوسیله امارات ظنی مرجح باشد، نوبت به قرعه نمی‌رسد یا این که ترجیح ظن اعتباری ندارد و باید قرعه زده شود؟
۹. آیا وقوع نزدیکی در طهرهای متعدد می‌تواند اماره‌ای برای الحاق طفل به واطی دوّم باشد؟

۱. همان.

۲. السید علی الطباطبائی، پیشین، ج ۶، ص ۴۲۵.

۳. سید حسن امامی، پیشین؛ ناصر کاتوزیان، پیشین؛ سید حسین صفایی و اسد الله امامی، پیشین،

ص ۳۲۶.

۴. السید علی الحسینی السیستانی، پیشین، صص ۱۱۴ و ۱۱۵.

۵. محمد الفاضل اللنکرانی، القواعد الفقهیة، چاپ اول، مؤسسة الکلام، قم، ۱۴۱۶ هـ. ق، ص ۴۲۹.



مأخذ شناسی

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۵، چاپ دوازدهم، کتاب فروشی اسلامیّه، تهران، ۱۳۷۶، صص ۱۶۱، ۱۶۵، ۱۷۵ و ۱۷۶.
۲. الايروانى، باقر، دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، ج ۲، چاپ اول، مؤسسة الفقه، قم، ۱۴۱۸ هـ.ق.، صص ۱۹۳ و ۱۹۵.
۳. البحرانى، الشيخ يوسف، الحقائق الناضرة، ج ۲۵، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، صص ۱۷ و ۱۸.
۴. جعفرى لنگرودى، محمدجعفر، مجموعه محشى قانون مدنى، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۹، صص ۱۰۳۱، ۱۰۳۶ و ۱۰۳۷.
۵. حائرى شاه باغ، سید على، شرح قانون مدنى، ج ۲، چاپ اول، کتاب خانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶، ص ۱۰۲۳.
۶. الحرّ العاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشیعة، ج ۱۴، چاپ ششم، مكتبة الاسلامیة، تهران، ۱۴۰۳ هـ.ق.، صص ۵۶۶ و ۵۶۷.
۷. الحسيني السيستاني، السيد علي، منهاج الصالحين، ج ۳، چاپ پنجم، مكتب آية الله السيستاني، قم، ۱۴۱۷ هـ.ق.، صص ۱۱۴ و ۱۱۵.
۸. الحسيني الشيرازي، السيد محمد، الفقه، ج ۶۸، چاپ دوم، دار العلوم، بيروت، ۱۴۰۹ هـ.ق.، ص ۵۳.



