

# قواعد اختصاصی فقه خانواده و کاربرد آن در قانون مدنی<sup>۱</sup>

سید ابوالقاسم نقیبی<sup>۲</sup>

## چکیده

قواعد فقه خانواده گزاره‌های کلی و عام فقهی هستند که مبنای برخی از قواعد حقوقی در حقوق خانواده تلقی می‌شوند. قواعدی چون «رضاع»، «فراش»، «المطلقه الرجعیه زوجه حقیقه»، از جمله قواعد اختصاصی خانواده به‌شمار می‌آیند که تنها در حقوق خانواده کاربرد دارند. مقاله حاضر، مفاد، مستندات، شرایط اعمال و مباحث فقهی هر یک از این قواعد را در آرای فقیهان متأخر و متقدم بررسی می‌کند و انعکاس قواعد اختصاصی فقه خانواده را در مواد قانونی مدنی ایران نشان می‌دهد.

## واژگان کلیدی

خانواده، قانون مدنی، فقه، قاعده فقهی، رضاع، فراش، المطلقه الرجعیه زوجه حقیقه

---

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۸؛ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۲۲

۲- دانشیار دانشگاه شهید مطهری

## مقدمه

خانواده علاوه بر ابعاد مهم و متعددی که دارد، نهادی حقوقی است که مجموعه‌ای از قوانین بر آن حاکم است. از آنجا که حقوق ایران مبتنی بر فقه امامیه است، شناسایی اصول و قواعد فقهی حاکم بر خانواده در شناخت ساختار کلی حقوق خانواده، نقش مهمی را ایفا می‌کند.

قواعد فقه خانواده، به دو دسته عام و اختصاصی تقسیم می‌گردند. قواعد عام، قواعدی هستند که علاوه بر حقوق خانواده، در دیگر حوزه‌های حقوق هم کاربرد دارند. برخی از این قواعد عبارتند از: «قاعده المؤمنون عند شروطهم»، «قاعده لاضرر»، «قاعده عسر و حرج»، «قاعده ولایت حاکم بر ممتنع» و «قاعده غرور». بررسی تفصیلی این قواعد عام، پیش از این، بررسی است.<sup>۱</sup>

پژوهش حاضر، به دنبال پاسخ این سؤال است که قواعد اختصاصی فقه خانواده کدامند و هر یک مبتنی بر چه ادله و مستنداتی هستند و کدام یک قوانین بر اساس آنها تقنین شده است. مؤلف در این راستا «قاعده رضاع»، «قاعده فراش» و «قاعده المطلقه الرجعیه زوجه حقیقیه» را مورد تحقیق قرار داده است.

بدین منظور، نخست، موضوعاتی مانند مفهوم‌شناسی رضاع، مستندات قاعده، شرایط تحقق رضاع و کاربرد قاعده در قانون مدنی ایران را بررسی کرده است. سپس به قاعده فراش، ادله اثبات و مفاد قاعده، ماهیت حکم قاعده و شرایط اجرای آن و آثار حقوقی و کاربرد قاعده فراش در قانون مدنی ایران پرداخته است. در قاعده «المطلقه الرجعیه زوجه حقیقیه» نیز مواردی مانند ادله اثبات و مفاد قاعده، آثار مترتب بر زوجیت حقیقی یا در حکم زوجه بودن مطلقه رجعیه و کاربرد قاعده در قانون مدنی را مورد بحث قرار داده است. در پایان مقاله نیز یافته‌های پژوهش را ارائه کرده است.

---

۱- نقیبی، سید ابوالقاسم، «قواعد عام فقه و کاربرد آن در حقوق خانواده»، دو فصلنامه علمی - ترویجی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، دانشگاه امام صادق (ع) پردیس خاوران، ش ۵۳، سال پانزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۸۹، ص ۲۳-۴۷.

## قاعده رضاع

در این مبحث، نخست مفهوم رضاع، مستندات قاعده و شرایط تحقق رضاع بررسی می‌شود و سپس کاربرد قاعده در حقوق ایران تبیین می‌گردد.

### ۱- مفهوم قاعده رضاع

رضاع در لغت به معنای نوشیدن شیر از پستان زن یا حیوان - مانند گاو و گوسفند- است (معلوف، ۱۳۶۲، ص ۳۶۵) و در اصطلاح فقه امامیه، هر گاه طفلی از پستان زنی شیر بنوشد، با او خویشاوندی پیدا می‌کند. به این نوع خویشاوندی قرابت رضاعی گفته می‌شود. در قرابت رضاعی، طفلی که شیر زن را خورده (مرتضع)، زن شیردهنده (مرضعه) و شوهر (فحل) خوانده می‌شود.

### ۲- مستندات قاعده

قرابت رضاعی از احکام تأسیسی اسلام نیست؛ بلکه از سنت‌های رایج در قوم عرب بوده است که اسلام آن را امضا کرده و به رسمیت شناخته است. فقیهان، قرابت رضاعی را در قالب گزاره کلی «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» مطرح کرده و بر مفاد آن به آیه، روایات و اجماع استناد نموده‌اند. ذیلاً هر یک از این مستندات، به‌طور اجمال بررسی می‌گردد:

**الف- آیه:** قرآن کریم در آیه ۲۳ سوره نساء<sup>۱</sup> مادران و خواهران رضاعی را صراحتاً جزو محارم شمرده است. به وضوح از دو مورد محارم ناشی از رضاع یاد نموده است.

**ب- روایات:** براساس روایات متواتر شیعه و سنی، رضاع موجب نشر حرمت می‌گردد. برخی از این روایات از شمول و عموم برخوردار است، یعنی تمام محرمات نسبی را شامل می‌شود. چنان‌که از امام صادق ۷ نقل شده است که آن حضرت فرمود: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» (کلینی، ۱۴۰۷هـ ج ۵، ص ۴۳۷)؛ یعنی همه عناوینی که در قرابت نسبی بر انسان محرم می‌باشند، در قرابت رضاعی نیز محرم هستند و در روایت دیگر از امام صادق ۷، حکم «قرابت» جایگزین «نسب» شده است: «یحرم من الرضاع ما یحرم من

---

۱- «و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعه...» و مادرانی که شما را شیر داده‌اند و خواهران رضاعی شما.

*الترايه*» (کلینی، ۱۴۰۷هـ ج ۵، ص ۴۳۷)، که قرابت نسبی و سببی را شامل می‌شود. علاوه بر این روایات عام، برخی دیگر از روایات در زمینه موارد خاص وارد شده است. مثلاً در صحیحه یا حسنه عبدالله بن سنان از امام صادق 7 منقول است که زن نمی‌تواند با عمو یا دایی رضاعی خویش ازدواج کند (کلینی، ۱۴۰۷هـ ج ۵، ص ۴۴۵). اطلاق روایات عام چون «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، اقتضا می‌کند که رضاع همان‌گونه که در ابتدای نکاح باعث حرمت است، در تداوم و استمرار خود نیز موجب حرمت می‌گردد. یعنی رضاع اگر قبل از نکاح مانع از نکاح باشد، بعد از نکاح نیز موجب ابطال نکاح خواهد شد. لذا در روایات آمده است که اگر مردی با کنیزی ازدواج کرد و سپس زوجه او به کنیز شیر داد، نکاح آن مرد باطل می‌گردد (صدوق، ۱۴۰۴هـ ج ۳، ص ۴۷۶).

**ج - اجماع:** فقیهان امامیه و اهل سنت بر نشر حرمت از طریق رضاع اتفاق نظر دارند. بدین جهت، برخی معتقدند که باید آن را از ضروریات دین به شمار آورد (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۸۹هـ ج ۴، ص ۲۲۳). مع الوصف نباید اجماع فقیهان اسلامی را با وجود آیه و روایات، دلیل مستقلاً به شمار آورد.

### ۳- شرایط تحقق رضاع

قرابت رضاعی وقتی محقق می‌شود که شرایط زیر تحقق یابد:

#### الف- شیر زن ناشی از حمل مشروع باشد

بر اساس روایت منقول از امام علی 7 که فرمود «إِنَّ الْحَرَامَ لَا يُحَرِّمُ الْحَالِلَ» (حرعاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲، ص ۴۲۶)، اگر زنی بدون نکاح از راه آمیزش غیر شرعی شیردار شود، نوشیدن طفل از چنین شیری، حرمت ایجاد نخواهد کرد. امام خمینی (ره) در این زمینه می‌نویسد: «نشر حرمت به واسطه رضاع متوقف بر شرایطی است: اول این‌که شیر شرعاً حاصل از وطی جایز باشد...» (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۳۷). صاحب جواهر و دیگر فقیهان نیز در این زمینه ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۳۹۴هـ ج ۲۹، ص ۲۶۵؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰هـ ج ۲، ص ۵۲۰؛ جبعی‌عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۷، ص ۲۰۸). اجماع مذکور اگرچه مدرکی است، ولی ضعف سند روایت

منقول از امام علی 7 را جبران می‌کند.

فقها بر این باورند که شیری موجب نشر حرمت می‌گردد که پس از وضع حمل حاصل شود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹ هـ ج ۲، ص ۲۳۷؛ بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ ج ۴، ص ۳۲۹). مهم‌ترین مستند این فقیهان، روایات است. از آن جمله، یونس بن یعقوب می‌گوید: از امام صادق 7 سؤال کردم، اگر از سینه زنی بدون ولادت شیر بجوشد و با چنین شیری دختر و پسری را شیر دهد، آیا موجب حرمت رضاعی خواهد شد؟ امام 7 فرمود: خیر (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۰، ص ۳۹۸).

در مقابل، عده‌ای از فقها به استناد اطلاق ادله‌ای چون روایت «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» و آیه «و امهاتکم اللاتی ارضعنکم» و شمول «لبن فحل» (کلینی، ۱۴۰۷ هـ ج ۵، ص ۴۴۰) که قبل و بعد وضع حمل را در بر می‌گیرد، به عدم لزوم وضع حمل تصریح نموده‌اند (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵).

به نظر می‌رسد ادله مذکور در مقام بیان مشروعیت اصل رضاع هستند. لذا در مقام بیان شروط و قیود رضاع نیستند تا دارای اطلاق باشند. مع الوصف، در صورت پذیرش اطلاق مذکور، روایات مورد استناد قول اول، این اطلاق را تقیید می‌زند.

#### ب- شیر مستقیماً از پستان مرضعه مکیده شده باشد

استعمال واژه‌هایی چون ارتضاع، معنای مکیدن مستقیم شیر از پستان مرضعه را به ذهن متبادر می‌سازد. لذا مشهور فقیهان به این شرط اذعان نموده‌اند. برخی روایات نیز در این زمینه مورد توجه قرار گرفته است. زراره نقل می‌کند که در زمینه رضاع از امام 7 سؤال کردم؛ فرمود: «رضاع موجب نشر حرمت نمی‌گردد، مگر این‌که مرتضع از پستان واحد دو سال کامل شیر بخورد» (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۰، ص ۳۹۶) و در روایت دیگر علا بن رزین از امام صادق 7 نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «رضاع موجب نشر حرمت نمی‌گردد، مگر این‌که طفل به مدت یک سال از پستان واحد شیر بخورد» (همانجا، ص ۳۷۸). استناد به روایات مذکور، محل اشکال است؛ زیرا اولاً مفاد دو روایت مذکور، خلاف اجماع فقیهان در زمینه مقدار زمان برای نشر حرمت است؛ ثانیاً این دو روایت در مقام بیان خوردن مستقیم شیر از پستان نیستند. لذا این شرط از مستند روایی برخوردار

نیست. برخی فقیهان اهل سنت، رویش گوشت و محکم شدن استخوان طفل را ملاک نشر حرمت می‌دانند، اعم از این‌که مستقیماً از پستان مکیده شود یا با ریختن شیر مرضعه در دهان طفل صورت پذیرد (ابن‌قدامة، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۹۵-۱۹۶). بدین‌جهت، روایت مرسل نقل شده از امام صادق ۷ که فرمود «ریختن شیر در دهان طفل به منزله رضاع است» (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۰، ص ۳۹۴)، حمل بر تقیه شده است (همانجا). رویش گوشت و محکم شدن استخوان طفل، نمی‌تواند علت تامه برای نشر حرمت باشد، چون شرایطی دیگر مانند وحدت فحل و ضرورت شیر خوردن در طول دو سال برای نشر حرمت ضروری است.

### ج - طفل حداقل پانزده دفعه متوالی یا یک شبانه‌روز شیرکامل خورده باشد یا گوشت بدن روئیده و استخوان محکم شده باشد

یکی از شرایط تمشی حرمت، این است که طفل به مدت یک شبانه‌روز شیر خورده باشد. امام صادق ۷ فرمود: «لَا يُحَرِّمُ الرِّضَاعُ مِنْ يَوْمٍ وَ لَيْلَةٍ» (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۰، ص ۳۷۴). بدیهی است، در صورتی، معیار شیر خوردن به مدت یک شبانه‌روز کامل موجب تمشی حرمت می‌گردد که به طفل غذای دیگر خورانده نشده باشد. در متون روایی علاوه بر ملاک مدت، ملاک دفعات نیز مطرح شده است. مشهور فقهای متأخر امامیه، بر این باورند که طفل باید ۱۵ بار کامل از شیر مرضعه بخورد. مستند این قول صحیحه علی‌بن‌رئاب، موثقه زیادبن‌سوقه و عبیدبن‌زراره است و در مقابل قول مشهور متأخران، ابن‌جنید معتقد است که حتی یک دفعه شیر خوردن نیز باعث تحقق حرمت می‌گردد (اشتهاردی، ۱۴۱۶ هـ، ص ۲۴۵). علاوه بر عمومات و اطلاقات «امهاتکم اللاتی ارضعنکم و لا یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، برخی از روایات خاصه نیز، مستند این قول است. مانند روایت منقول از امام رضا ۷ که فرمود: «شیر خوردن چه کم و چه زیاد، موجب حرمت می‌شود» (طوسی، ۱۴۰۷ هـ ج ۷، ص ۳۱۷). ولی اطلاقات و عمومات مذکور با روایات دیگر تخصیص می‌خورد. مع‌الوصف برخی عالمان، عدم عمل فقیهان به این دسته از روایات را ضعف سند آن‌ها دانسته‌اند (جبعی‌عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۵، ص ۱۶۰). در برخی از روایات، معیار اثر، یعنی رویش گوشت و محکم شدن استخوان طفل از خوردن شیر مطرح شده است. عبدالله‌بن‌سینان از

امام صادق 7 نقل کرده است که فرمود: رضاع موجب حرمت نمی‌شود، مگر این‌که گوشت روییده و استخوان محکم شده باشد» (طوسی، ۱۴۰۷هـ.ج، ص ۱۲۸)، یا عبید بن زراره نقل می‌کند، از امام 7 سؤال کردم، «در مورد رضاع، حداقل چیزی که موجب حرمت می‌شود چیست؟ فرمود: رویش گوشت و خون...» (طوسی، ۱۴۰۷هـ.ج، ص ۱۲۸). از روایات یاد شده، درمی‌یابیم که ملاک اصلی تمشی حرمت، رویش گوشت و استحکام استخوان است و بقیه معیارها، اماره و نشانه برای تحقق معیار اثر به شمار می‌آیند. لسان روایات مذکور، بر تلازم بین رویش گوشت و استحکام استخوان دلالت دارد (نجفی، ۱۳۹۴هـ.ج، ص ۲۷۲). لذا وجود هر یک، کاشف از وجود دیگری نیز هست. و وجود هر یک برای نشر حرمت، کافی است. در مقام اثبات، برای احراز تحقق رویش گوشت و استحکام استخوان، مراجعه به خبره و کارشناس مربوط، اجتناب‌ناپذیر است.

#### د- شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سالگی او باشد

بر اساس این شرط، شیر خوردن طفل در صورتی موجب حرمت می‌گردد که قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد. آیه ۲۳۳ سوره بقره و ۱۵ سوره احقاف مدت رضاع و شیر خوردن را دو سال ذکر کرده‌اند. حماد بن عثمان از امام صادق 7 نقل کرده است که، فرمود: پس از گذشتن مدت شیرخوارگی کودک، دیگر رضاع نشر حرمت نخواهد کرد» عرض کردم: مدت شیرخوارگی کودک چه میزان است؟ فرمود: همان دو سالی است که خداوند فرموده است» (حر عاملی، ۱۴۰۹هـ.ج، ص ۲۸۵).

بنابراین، شیر خوردن طفل بعد از فطام، یعنی دو سالگی، موجب نشر حرمت نمی‌گردد. برخی فقیهان امامیه هم بر آن ادعای اجماع نموده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵هـ.ج، ص ۲۵۰). ابن ابی عقیل عمانی، معتقد است که مرتضع باید قبل از پایان دو سال از شیر مرضعه به تعداد لازم خورده باشد، به شرطی که به فطام نینجامد (سبحانی‌تبریزی، ۱۴۰۸هـ.ج، ص ۱۸۱). مستند این قول روایت منقول از امام صادق 7 است که فرمود: «نشر حرمت شیرخوارگی تا پیش از دو سال و قبل از مدت شیرخوارگی کودک است» (طوسی، ۱۴۰۷هـ.ج، ص ۳۱۸).

مشهور فقها بر این باورند که شرط قبل از تمام شدن دو سالگی، به مرتضع اختصاص دارد، نه ولد مرضعه (نراقی، ۱۴۱۵هـ.ج، ص ۲۵۲): زیرا عموم و اطلاق ادله قاعده رضاع

چون «امهاتکم اللاتی ارضعنکم» یا «یحرم من الرضاع...» بر عدم شرطیت خوردن شیر از ناحیه مرتضع قبل از تمام شدن دو سالگی ولد مرضعه دلالت می‌نماید.

هـ- تعداد شیری که طفل خورده از فعل واحد باشد: مشهور فقها بر این باورند که فعل، کسی است که حمل زن و شیر او ناشی از آن شخص باشد، اگرچه شخص مزبور در هنگام رضاع، شوهر بالفعل زن شیردهنده نباشد (محقق داماد، ۱۳۷۴، ص ۱۸۵). بر اساس شرط واحد بودن فعل برای نشر حرمت، اگر مرضعه‌ای به طفل دختری ۱۵ بار شیر دهد و مرضعه‌ای دیگر به طفل پسری، ۱۵ بار شیر دهد و این دو زن، همسر یک مرد (فعل واحد) باشند، دختر و پسر با هم محرم می‌گردند. علامه حلی بر شرط اتحاد فعل ادعای اجماع کرده است (حلی، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۲۱). در برخی روایات به اتحاد فعل تصریح شده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ-ج ۲۰، ص ۳۸۸).

در مقابل مشهور، طبرسی بر این باور است که اتحاد مرضعه به فرض تعدد شوهران، موجب قرابت رضاعی می‌گردد (نراقی، ۱۴۱۵ هـ-ج ۱۶، ص ۲۶۲). عمومات ادله رضاع از جمله روایت «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، اقتضا دارد، بر این‌که بین اولاد متعدد یک زن که از شوهران متعدد باشند، قرابت نسبی پدید آید، در اولاد رضاعی نیز قرابت رضاعی تحقق پیدا می‌کند، ولی با عنایت به این‌که روایت مشتمل بر شرط واحد بودن فعل، نسبت به عمومات مذکور، خاص هستند، آن را تخصیص می‌زند.

#### ۴- کاربرد قاعده رضاع در قانون مدنی

قانون‌گذار، به استناد قاعده رضاع در ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی، قرابت رضاعی را از حیث حرمت نکاح، در حکم قرابت نسبی دانسته است. محارم رضاعی عبارتند از: ۱- پدر و مادر و اجداد رضاعی هر قدر که بالا برود، ۲- اولاد رضاعی، هر قدر که پایین رود، ۳- برادر و خواهر رضاعی و اولاد آنها هر قدر که پایین برود، ۴- عمات و اعمام و اخوال و خالات رضاعی خود و پدر و مادر و اجداد و جدات (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۱۰۶).

بر اساس قاعده رضاع، کسانی که به سبب خویشی نسبی با یکی از زن یا شوهر، بر همسر او حرام می‌شوند، به دلیل قرابت رضاعی بر او نیز حرام خواهند بود. بنابراین



همان‌گونه که شخصی با مادر زن خود نمی‌تواند ازدواج کند، با مادر رضاعی او نیز نمی‌تواند ازدواج کند. قانونگذار در متن ماده ۱۰۴۶، شروط تحقق قرابت رضاعی را شمارش نموده است. با عنایت با شروط مذکور، اگر طفل در شبانه‌روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر را بخورد، موجب حرمت نمی‌شود، اگرچه شوهر آن دو زن یکی باشد و همچنین، اگر یک زن، یک دختر و یک پسر رضاعی داشته باشد که یکی را از شیر متعلق به یک شوهر و دیگری را از شیر متعلق به شوهر دیگر، شیر داده باشد، پسر یا دختر، برادر و خواهر رضاعی نخواهند بود و ازدواج بین آن‌ها از این جهت ممنوع نمی‌باشد.

### قاعده فراش

قاعده فراش از دیگر قواعد اختصاصی خانواده به شمار می‌آید. به موجب این قاعده، چنانچه انتساب طفلی به پدر مورد شک و تردید قرار گیرد، با شرایطی، نسب آن طفل به پدر اثبات می‌گردد، بدین جهت، باید آن را از ادله اثبات نسب شرعی طفل به شمار آورد.

### ۱- مفهوم قاعده فراش

واژه‌های ولد، فراش، عاهر، حجر مفردات قاعده فراش را تشکیل می‌دهند که تنها با درک صحیح معانی این واژه‌ها، فهم مفاد قاعده میسر می‌گردد. پس لازم است این واژه‌ها تبیین شود.

**ولد-** به نطفه‌ای که در رحم زن منعقد می‌گردد و رشد می‌کند و با تکمیل خلقت جسمی، قابلیت ولوج روح می‌یابد و روح در آن دمیده می‌گردد، ولد گفته می‌شود؛ اعم از این‌که زنده متولد شود یا مرده (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ.ج، ص ۲۳-۲۴).

**فراش-** فراش عبارت است از آنچه که برای نشستن یا خوابیدن روی زمین پهن می‌گردد. همچنین به زن نیز فراش گفته می‌شود، از آن جهت که شوهر حق دارد با او بخوابد. در این روایت، فراش کنایه از زوج شرعی است. فراش با زوجیت دائمی یا موقت تحقق می‌یابد.

**عاهر-** به معنای فرد زناکار است که از عهر به معنای زنا و فسق، اخذ شده است (ابن منظور، ۱۴۰۸ هـ ج ۹، ص ۴۵۱).

**حجر-** در لغت به معنای سنگ می‌باشد. محتمل است کنایه باشد از این‌که زانی هیچ حقی ندارد. حجر در روایت یعنی همچون سنگ بی‌ارزش است و محتمل است که مراد از آن، کنایه از رجم و سنگسار شدن زانی باشد. احتمال اول قویتر به نظر می‌رسد؛ زیرا اولاً قاعده فراش برای اثبات نسبت برای شوهر در مقابل زانی و غیر زانی مانند واطی به شبهه است؛ ثانیاً مجازات هر زانی رجم نیست (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ ج ۴، ص ۲۸). جمله «الولد للفراش و للعاهر الحجر» مشتمل بر دو گزاره است. گزاره «الولد للفراش» به جهت محصور بودن مبتداء «الولد» در خبر (فراش) و لام اختصاص در «الفراش»، متضمن انشای الحاق طفل به زوج شرعی است. به تعبیر دیگر، نبی اکرم ﷺ در مقام جعل فراش به عنوان اماره معتبر اثبات ولد برای صاحب فراش است. گزاره دوم «العاهر الحجر»، بیانگر عدم استحقاق زانی نسبت به طفل است.

## ۲- ادله اثبات قاعده

مهم‌ترین ادله اثبات این قاعده روایت منقول از پیامبر ﷺ و سیره عملی مسلمین است که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

### الف- روایت منقول از نبی اکرم ﷺ

مهم‌ترین مدرک قاعده فراش، روایت منقول از رسول اکرم ﷺ است که فرمود: «الولد للفراش و للعاهر الحجر». این روایت در متون حدیثی امامیه و اهل سنت آمده است (مجلسی، ۱۴۰۳ هـ ج ۴۴، ص ۱۱۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۱۴، ص ۵۶۹؛ بخاری، ۱۴۰۱ هـ ج ۲، ص ۳؛ قشیری‌نیشابوری، ۱۳۹۸ هـ ج ۴، ص ۱۷۱؛ حنبل، بی‌تا، ج ۵، ص ۳۲۶). متن روایت یاد شده در منابع حدیثی امامیه از امام صادق ۷ نیز نقل گردیده است (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۱۴، ص ۵۶۸). با عنایت به کثرت نقل این حدیث در متون حدیثی، صدور آن از پیامبر اکرم ﷺ قطعی است. لذا از اخبار صحیح و مسلم‌الصدور در میان مسلمین به شمار می‌آید (موسوی‌بجنوردی، ۱۳۸۹ هـ ج ۴، ص ۲۳).

### ب - سیره عملی مسلمانان

طرح و اعمال قاعده فراش در عصر نبی اکرم 6، منشأ شکل‌گیری سیره و بنای عملی مسلمانان در این زمینه شده است، یعنی مسلمانان همواره طفل را به صاحب فراش منتسب کرده‌اند.

### ۳- ماهیت حکم قاعده فراش

فقیهان درباره ظاهری یا واقعی بودن حکمی که قاعده در مقام بیان آن است، اتفاق نظر ندارند. برخی معتقدند که قاعده در مقام بیان حکم واقعی مبنی بر نفی نسب از زناکار است (طباطبایی‌حکیم، ۱۴۰۴هـ.ج ۱، ص ۲۵۹). در مقابل، بعضی دیگر بر این باورند که قاعده در مقام بیان حکم ظاهری است (سیستانی، ۱۴۲۵هـ.ص ۵۲۹). واقعیت این است که مورد قاعده، تردید و شک در انتساب طفلی به پدر شرعی و قانونی است. لذا فراش از امارات اثبات نسبت به پدر تلقی می‌گردد. بدین‌جهت، باید آن‌را حکم ظاهری به شمار آورد.

### ۴- شرایط اجرای قاعده

برای اعمال قاعده فراش شرایطی لازم است. در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی، در این زمینه آمده است: «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 ده ماه نگذشته باشد». بنابراین طبق قانون، وجود زوجیت، سپری شدن شش ماه از زمان نزدیکی (اقل حمل)، و عدم سپری شدن بیشتر از ده ماه از زمان نزدیکی تا تولد (اکثر مدت حمل)، از شرایط اجرای قاعده فراش به‌شمار می‌آیند. اکنون شرایط یاد شده را از منظر فقه بررسی می‌کنیم:

#### الف- وجود رابطه زوجیت و تحقق نزدیکی در زمان زوجیت

وجود رابطه زوجیت و تحقق نزدیکی در زمان زوجیت، از جمله شرایط اعمال و اجرای قاعده فراش است. فقیهان در زمینه ضرورت انزال در نزدیکی، اتفاق نظر ندارند. مؤلف *نهایه المرام* در این زمینه می‌نویسد: شرط اول نزدیکی با همسر است و نزدیکی با غیوبت

حشفه یا چیززی که در حکم آن است، تحقق می‌یابد؛ اگرچه انزال منی صورت نگرفته باشد یا در مجامعت با همسر خود عزل کرده باشد (عاملی، ۱۴۱۳هـ.ج، ۱، ص ۴۳۲).

اطلاق برخی از روایات، بر این فتوا دلالت می‌کند. چنان‌که ابی مریم انصاری می‌گوید: از امام باقر ۷ درباره مردی سؤال کردم که روزی با کنیزی مجامعت کرد و فرزندش را درخواست نمود، در حالی‌که آن کنیز، بعد از مجامعت، آزاد بود. آیا مرد می‌تواند درخواست فرزند کند، در حالی‌که مجامعت کرده است، ولی انزال صورت نگرفته باشد؟ امام فرمود: اگر مجامعت صورت گیرد، حق درخواست فرزند را دارد (حرعاملی، ۱۴۰۹هـ.ج، ۲، ص ۱۹۰).

مجامعت و نزدیکی در زمان زوجیت، از آن جهت در الحاق طفل به پدر شرط قرار داده است که مقدمه قرار گرفتن منی مرد در رحم زن می‌باشد (موسوی‌بخنوردی، ۱۳۸۹هـ.ج، ۴، ص ۳۲). بر این اساس، تعمیم الحاق طفل به پدر، به فرض علم به عدم انزال وی، دشوار تلقی می‌شود (عاملی، ۱۴۱۳هـ.ج، ۱، ص ۴۳۳؛ موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۷۴). از طرف دیگر، با عنایت به این‌که، یکی از مهمترین آثار عقد نکاح، برقراری رابطه جنسی است، لذا ظاهر اقتضا دارد که در مدت زوجیت، این مهم تحقق یافته است. با وجود چنین ظاهری، جایی برای استناد به اصل عملی عدم وقوع نزدیکی باقی نمی‌ماند. به تعبیر دیگر، ظاهر مقدم بر اصل است. بدین‌جهت، وقوع نزدیکی در زمان زوجیت، مفروض تلقی می‌گردد، مگر این‌که خلاف آن به وسیله طرف دیگر دعوی که منکر نسب می‌باشد، اثبات گردد (صفایی و امامی، ۱۳۸۰، ص ۵۰). مع الوصف، در صورت اثبات عدم نزدیکی، فرزند ملحق به زوج نمی‌گردد (نجفی، ۱۳۹۴هـ.ج، ۳۱، ص ۲۳۹).

#### ب- سپری شدن شش ماه از زمان نزدیکی

برای الحاق طفل به پدر، سپری شدن شش ماه از زمان نزدیکی لازم است. از آن‌جا که، تحقق نزدیکی در زمان زوجیت، مفروض تلقی می‌شود، لذا امکان وقوع نزدیکی، برای اجرای قاعده فراش مطرح شده است. بعضی از حقوق‌دانان معتقدند، تولد پس از شش ماه از زمان زوجیت، برای اجرای قاعده فراش کافی است؛ چون نزدیکی جنسی از اموری است که سعی در مخفی داشتن آن می‌شود و عموماً دیگران از آن آگاه نمی‌شوند و قابل

اثبات نیست (امامی، ۱۳۷۷، ج ۵، ص ۱۵۷). ابوحنیفه، مجرد عقد نکاح را برای اثبات نسب طفل به پدر و اجرای اماره فراش کافی دانسته است (ابن قدامه، بی تا، ج ۹، ص ۵۴). بر اساس این قول، چنانچه مردی زنی را عقد نماید و بدون این که امکان نزدیکی فراهم آید، زن را طلاق دهد و این زن پس از شش ماه از زمان عقد، طفلی را به دنیا آورد، ملحق به همان مرد خواهد بود. به هر حال، با استناد به جمع آیه «... و حمله و فصاله ثلاثون شهراً» (احقاف، ۱۵) و آیه «و الوالدات یرضعن اولادهن حولین کاملین لمن اراد ان یتیم الی الرضاعه» (بقره، ۲۳۳) و روایات مستفیضه‌ای که بر اقل مدت حمل، یعنی شش ماه دلالت دارند، چنان که طفلی کامل پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی به دنیا بیاید، به پدر خود ملحق خواهد شد.

### ج- بیش از حداکثر حمل از تاریخ نزدیکی تا ولادت کودک نگذشته باشد

اگرچه فقیهان در شرطیت عدم گذشت تولد طفل از زمان حداکثر حمل اتفاق نظر دارند، ولی آنان در این که حداکثر مدت حمل چقدر است، اختلاف نموده‌اند. مشهور فقها آن را نه ماه دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۹۴ هـ ج ۳۱، ص ۲۲۴). مستند مشهور، روایاتی متضمن این معنی است که حداکثر حمل نه ماه است (جرعاعلی، ۱۴۰۹ هـ ج ۱۵، ص ۱۱۵). شهید ثانی این روایات را حمل بر موارد غالب تلقی کرده (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۵، ص ۴۳۳). حداکثر مدت حمل را یک سال دانسته است (همو، ۱۴۱۳ هـ ج ۱، ص ۶۲۵). سیدمرتضی، ابن زهره، ابی‌الصلاح حلبی از فقهای متقدم (علم‌الهدی، ۱۴۱۵ هـ ص ۳۴۶؛ ابن زهره، ۱۴۱۰ هـ ج ۲۰، ص ۲۵۸؛ حلبی، ۱۴۱۰ هـ ص ۱۰) و برخی فقهای معاصر نیز، این قول را پذیرفته‌اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۳۰۷؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۰ هـ ج ۲، ص ۲۸۸). علامه حلبی و محقق حلبی، حداکثر زمان حمل را ده ماه دانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۳ هـ ج ۲، ص ۴۹؛ حلی، ۱۴۰۳ هـ ج ۱، ص ۳۴۰).

قانون‌گذار در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی، از این قول پیروی کرده است. بعضی از حقوق‌دانان آن را راه‌حلی معقول و منطبق با داده‌های علمی دانسته‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۵۱). اگر قانون مدنی در این مورد از حقوق فرانسه و سوئیس نیز الهام گرفته باشد، در حقوق این کشورها حداقل مدت حمل ۱۸۰ روز و حداکثر آن ۳۰۰ روز است (همانجا). با امعان نظر در اقوال یاد شده، می‌توان دریافت که در فقه امامیه، حداکثر مدت

حمل برای افراد، بیش از یکسال متصور نمی‌باشد. چنان‌که فقیهی به سند مستندات روایی هر یک از اقوال اشکال نداشته باشد، می‌تواند روایات مشتمل بر نه ماهگی را حمل بر موارد غالب نماید و روایات ده‌ماهگی و یکسال را حمل بر موارد غیرغالب کند. بنابراین ممکن است حمل در برخی افراد، بیش از مدت نه ماه رخ دهد. در چنین فرضی، احتیاط در نسب اقتضا می‌کند که طفلی که قبل از یکسال از زمان نزدیکی متولد می‌شود، ملحق به پدر گردد. علاوه بر این‌که می‌توان، در صورت شک، استصحاب کرده، طفل را به پدر و مادر خویش منتسب کرد (حکمت‌نیا و همکاران، ۱۳۸۶، ج ۲، ص ۳۷۲).

### ۵- تلقیح مصنوعی و رابطه آن با قاعده فراش

تلقیح مصنوعی یعنی وارد کردن نطفه مرد در رحم زن به وسیله ابزار پزشکی یا هر وسیله دیگری غیر از نزدیکی. این هم از مسائلی است که بررسی رابطه آن با قاعده فراش اجتناب‌ناپذیر است. ذیلاً به مواردی از این مقوله اشاره می‌شود:

#### الف- تلقیح مصنوعی اسپرم شوهر

برخی از عالمان، بر این باورند که نزدیکی و مجامعت، در الحاق طفل به پدر موضوعیت ندارد، بلکه مقدمه وصول منی به رحم می‌باشد (موسوی‌بخنوردی، ۱۳۸۹ هـ ج ۴، ص ۳۰). بدین جهت، طفلی که از طریق تفخیز زن و شوهر به وجود می‌آید، منسوب به زوجین است. تلقیح مصنوعی به استناد اصل اباحه جایز می‌باشد. لذا باید قائل به الحاق طفل ناشی از آن به پدر شد. بسیاری از فقیهان، تلقیح مصنوعی اسپرم شوهر را جایز دانسته‌اند (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۲۱؛ موسوی‌خویی، ۱۴۱۰ هـ ج ۱، ص ۴۲۸؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۰ هـ ج ۲، ص ۷۰). بدیهی است عدم جواز مقدمات حرام مانند نظر و لمس در تلقیح مصنوعی، مانع از الحاق طفل به پدر نخواهد بود (موسوی‌خمینی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۲۱). حتی برخی از فقیهانی که تلقیح مصنوعی را حرام می‌دانند، در الحاق فرزند به پدر تردید نمی‌کنند. چنان‌که اگر کسی با همسر خود در ایام حیض یا روزه ماه رمضان نزدیکی کند، اگرچه فعل حرامی را مرتکب شده است، ولی اگر زوجه حامله شود، حمل به والدین منتسب خواهد بود (مغنیه، بی‌تا، ص ۳۳۱). براساس این نظریه، تلقیح مصنوعی

حرام، از مصادیق زنا به شمار نمی‌آید؛ زیرا در زنا، نزدیکی زن و مرد بدون این‌که به همدیگر حلال باشند، شرط است. لذا تلقیح مصنوعی حرام، از بخش دوم قاعده فراش «للعاهر الحجر»، تخصصاً خارج می‌باشد.

#### ب - تلقیح مصنوعی نطفه زن و شوهر و انتقال آن به رحم زن دیگر

چنان‌که تخمک بارور شده زن با نطفه مرد ممزوج شود و به رحم زن دیگر منتقل گردد، در صورتی‌که آن زن دارای همسر باشد و با همسر خود مجامعت و نزدیکی کرده باشد، و احتمال حامله شدن او از ناحیه شوهرش نیز وجود داشته باشد، بر اساس قاعده فراش می‌توان، طفل را ملحق به زن اجنبی و همسر وی به شمار آورد. صاحب جواهر نیز معتقد است در صورتی‌که یقین ارتکاب زنا توسط زنی باشد که وی دارای همسر است و امکان الحاق فرزند به او وجود داشته باشد، طفل ملحق به زوج است و این مورد از اظهر موارد قاعده فراش به‌شمار می‌آید. این طفل از او نفی نمی‌شود، مگر با لعان (نجفی، ۱۳۹۴هـ ج ۳، ص ۲۳۲).

#### ج - تلقیح مصنوعی به وسیله اسپرم بیگانه

فقیهان امامیه تلقیح مصنوعی به وسیله اسپرم بیگانه را حرام می‌دانند. مع الوصف، طفل ناشی از این نحوه تلقیح را باید به صاحب منی ملحق دانست. برخی از فقیهان، این مورد را همانند وطی به شبهه دانسته‌اند (سیستانی، ۱۴۱۶هـ ج ۳، ص ۴۵۹). اما در فرضی‌که نطفه مرد اجنبی به زنی دارای شوهر تلقیح گردد، و شوهر وی با او مجامعت نماید و احتمال شکل‌گیری طفل از ناحیه مجامعت شوهر نیز وجود داشته باشد، با طرح این احتمال، طفل به شوهر ملحق می‌گردد، چون از مصادیق قاعده فراش محسوب می‌گردد.

#### ع - اماره فراش و نتایج آزمایش‌های پزشکی

پیشرفت دانش پزشکی و نتایج ناشی از آزمایش‌های پزشکی این تصور را پدید آورده است که آزمایش‌های پزشکی ما را از استناد به اماره فراش مستغنی می‌سازد. مع الوصف

فقیهان بر این باورند که نتایج آزمایش‌های پزشکی از استقلال در دلیل بودن و در نتیجه از حجیت شرعی برخوردار نیست؛ ولی اگر از طریق این نتایج برای قاضی علم حاصل شود، او می‌تواند به علم خود عمل کند؛ یعنی آن علم برای وی حجیت دارد.

#### ۷- کاربرد قاعده فراش در قانون مدنی

ماده ۱۱۵۸ ق.م.مقرر می‌دارد: «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 ده ماه نگذشته باشد». برخی معتقدند، هنگامی اماره فراش اجرا می‌گردد 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؛ ۵- عدم گذشت بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت (لطفی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۷). ماده ۱۱۵۹ ق.م.مقرر می‌دارد: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است، مشروط بر این‌که مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد». در این فرض، زمان انحلال نکاح، مبدأ محاسبه قرار می‌گیرد؛ زیرا در دوران زوجیت همیشه امکان نزدیکی وجود دارد و ازدواج مجدد معارض نیز منتفی است. لذا ولد ملحق به فراش پیشین است (طباطبائی، ۱۴۱۹هـ.ج. ۱۰، ص ۴۹۱).

یکی دیگر از موارد کاربرد قاعده فراش در حقوق ایران، در زمینه حرمت ابدی به واسطه لعان است. ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است». برای تحقق لعان، حصول دو سبب ضروری است: نخست، نسبت زنا دادن به زن محصنه (عقیفه) مدخول‌بها، و سبب دوم، انکار ولد است و آن در موردی است که مردی، فرزندی را که ملحق به اوست، انکار نماید. بر اساس قاعده فراش، کودکی که در فراش زوج و زوجه‌ای متولد گردد، ملحق به پدر است. اگر زوج بعد از ولادت، منکر تعلق بچه به خود گردد یا سکوت اختیار کند، سپس مدعی گردد که بچه از طریق زنا متولد شده است و بین‌های نیز نداشته باشد و از طرق دیگر نتواند آن را اثبات نماید، این انکار باید از طریق لعان صورت پذیرد. با انجام لعان، حد قذف از زوج و



حد زنا از زوجه ساقط می‌گردد و عقد نکاح منفسخ می‌شود و زوجین بر یکدیگر حرام مؤبد می‌شوند و پدر از فرزند ارث نمی‌برد. طفل متولد از نزدیکی به شبهه به کسی ملحق می‌گردد که در اشتباه بوده است. ماده ۱۱۶۵ ق.م. بدان تصریح نموده است و در فرضی که وطی به شبهه تحقق یابد و زن دارای شوهر باشد و شوهر زن نیز با وی مجامعت کند، در صورت تحقق شرایط قاعده فراش، طفل به استناد این قاعده به زوج ملحق می‌شود. ارائه تمامی موارد کاربرد قاعده فراش در حقوق ایران نوشتار مفصلی را می‌طلبد.

### المطلقة الرجعية زوجه حقیقه

در این قاعده نیز مانند سایر قواعد، ادله اثبات و مفاد قاعده، آثار مترتب بر زوجیت حقیقی یا در حکم زوجه بودن مطلقه رجعیه و کاربرد قاعده در حقوق ایران مورد بحث قرار می‌گیرد.

#### ۱- مفاد قاعده

از جمله حقوق زوج در طلاق رجعی این است که در زمان عده رجعیه، حق رجوع به زوجه را دارد. هیچ اختلافی بین مسلمانان در اصل مشروعیت رجوع که از کتاب، سنت و اجماع استفاده می‌شود، وجود ندارد (نجفی، ۱۳۹۴ هـ ج ۳۲، ص ۱۷۹). اصولاً مطلقه رجعیه، زوجه به‌شمار می‌آید و آثار و احکام زوجیت بر او مترتب است. سؤال اساسی در این زمینه، این است که زنی که به طلاق رجعی داده شده است، در مدت عده، حقیقتاً زوجه تلقی می‌شود یا در حکم زوجه است؟ برخی از فقیهان امامیه، مطلقه رجعیه را زوجه حقیقی می‌دانند (موسوی‌خوئی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۳۶؛ خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۴، ص ۲۳۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳ هـ ص ۲۰۵) و بعضی دیگر در حکم زوجه دانسته‌اند. گروهی از فقها که مطلقه رجعیه را در حکم زوجه می‌دانند (موسوی‌خمنی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۴۶؛ قمی، ۱۴۱۳ هـ ج ۴، ص ۳۶۵؛ طباطبائی‌یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۵۴) و بعضی از فقیهان امامیه که مطلقه رجعیه را در حکم زوجه می‌دانند، همه احکام زوجه را بر او مترتب می‌دانند (موسوی‌خمنی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۴۴۶) و برخی دیگر بعضی از

آثار زوجیت را بر او مترتب می‌کنند (اشتهاری، ۱۴۱۷ هـ ج ۷، ص ۲۱۱-۲۱۲).

از جمله آثار زوجیت این است که: ۱- مطلقه رجعیه حق نفقه دارد؛ ۲- اگر مطلقه رجعیه یا شوهرش در مدت عده فوت کند، از یکدیگر ارث می‌برند؛ ۳- زکات فطره مطلقه رجعیه بر عهده شوهرش می‌باشد؛ ۴- جماع شوهر در مدت عده با مطلقه رجعیه، رجوع محسوب می‌شود، هر چند شوهر قصد رجوع نداشته باشد؛ ۵- ظهار و طلاق مطلقه رجعیه صحیح است؛ ۶- خواستگاری کردن از مطلقه رجعیه، چه به صراحت و چه به اشاره جایز نمی‌باشد؛ ۷- زنا با مطلقه رجعیه در حال عده باعث حرمت ابدی می‌شود؛ ۸- مادام که مطلقه رجعیه در عده است، شوهرش نمی‌تواند زن پنجمی را به عقد خویش درآورد؛ ۹- تا زمانی که مطلقه رجعیه در عده باشد، شوهرش نمی‌تواند خواهر او را به عقد خویش درآورد.

## ۲- آثار مترتب بر زوجیت حقیقی یا در حکم زوجه بودن مطلقه رجعیه

فقیهان بر هر یک از دو قول یاد شده، آثار و احکامی را شمارش کرده‌اند که از آن جمله می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

۱- بر اساس قول زوجیت حقیقی، شوهر می‌تواند بدون این که قصد رجوع کند، از زوجه تمتع برد؛ در حالی که بنا بر قول زوجه حکمی، تمتع به غیر از جماع که روایات به صراحت آن را رجوع دانسته‌اند (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۸، ص ۱۳۱)، منوط به قصد رجوع است، چون مطلقه رجعیه زوجه او نیست.

۲- بر اساس قول زوجیت حقیقی، زوجه نیز می‌تواند برای شوهرش عطر استعمال کند، سرمه بکشد و زینت کند و به وی نظر شهوت‌آمیز افکند؛ در حالی که بنا بر قول زوجه حکمی، مطلقه رجعیه، از زوجیت‌رهایی یافته است و نمی‌تواند این اعمال را مرتکب شود (اشتهاری، ۱۴۱۷ هـ ج ۷، ص ۲۱۱).

۳- بر اساس قول به زوجیت حقیقی، رجوع شوهر در زمان عده، مانند جواز رجوع در عقود جایز است و در نتیجه از مصادیق احکام به‌شمار می‌رود؛ ولی اگر مطلقه رجعیه با انشای طلاق از علقه زوجیت خارج شده باشد، گرچه تعبداً برخی احکام زوجه بر او

مترتب می‌گردد، در صورت رجوع، مانند خیار در عقود لازم خواهد بود و حکم به شمار نمی‌آید (آل‌بجراالعلوم، ۱۴۰۳هـ، ج ۱، ص ۱۹).

فقه‌های امامیه در زمینه حق یا حکم بودن رجوع، اتفاق نظر ندارند. مشهور فقهای امامیه، حق رجوع را از احکام دانسته، در نتیجه قابل اسقاط نمی‌دانند. در مقابل، برخی فقیهان از مانند میرزای قمی (قمی، ۱۴۱۳هـ، ص ۵۳۰) و سیدمحمدکاظم یزدی (طباطبایی‌یزدی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۱)، آن را از حقوق دانسته‌اند؛ لذا اسقاط آن را جایز شمرده‌اند. اسقاط رجوع، می‌تواند به صورت ابتدایی باشد، یعنی زوج به زوجه بگوید «تو را طلاق دادم و حق رجوعی برای من بر تو نباشد» و یا «حق رجوع خود را اسقاط کردم» یا به صلح انجام پذیرد، مانند این‌که در طلاق رجعی زوجه به زوج پیشنهاد می‌کند که در ازای اسقاط مهریه و نفقه، زوج حق رجوع خود را در عده اسقاط کند. مهمترین دلیل مشروعیت صلح در رجوع، عمومات باب صلح و روایت نبوی مشهور «الصلح جائز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً» است. چنانچه در استناد به عمومات ادله، شک در حق یا حکم بودن جواز رجوع باشد، از موارد تمسک به عام در شبهه مصداقی است و تمسک به عام در شبهات مصداقی صحیح نمی‌باشد (آل‌بجراالعلوم، ۱۴۰۳هـ، ج ۱، ص ۲۱). به نظر می‌رسد، اختیار رجوع از طلاق برای شوهر تا پایان عده، برای پیشگیری از انحلال خانواده و حمایت از نهاد خانواده پیش‌بینی شده است و از منظر مقصدشناسی شارع، اختیار رجوع با حکم بودن انطباق دارد. علاوه بر آثار یاد شده، آثار دیگری نیز بر این قول مترتب می‌باشد که نوشتار دیگری را می‌طلبد.

### ۳- ادله اثبات قاعده

قائلان هر یک از دو قول، برای اثبات مدعای خود، به ادله‌ای استناد جسته‌اند. کسانی که به حکمی بودن زوجیت مطلقه رجعیه قائل هستند، بر این باورند که با انشاء طلاق، میان زن و شوهر جدایی پدید می‌آید، مع‌الوصف، شارع برخی یا تمام آثار زوجیت را برای مطلقه رجعیه مقرر داشته است؛ یعنی او را در حکم زوجه دانسته است. در نقد این استدلال می‌توان گفت که بین انعقاد طلاق و تحقق همزمان اثر، ضرورتاً ملازمه وجود ندارد. در

مقابل فقیهانی که به حقیقی بودن زوجیت مطلقه رجعیه قائلند، به آیه شریفه «و بعولتهن احق برهن» (بقره، ۲۲۸)، استناد نموده‌اند؛ یعنی «شوهران مطلقات رجعیه به برگرداندن ایشان سزاوارترند». به کارگیری واژه بعل در آیه شریفه که به شوهر بالفعل اطلاق می‌گردد، بیانگر این نکته است که مطلقه رجعیه تا اتمام مدت عده، همچنان در علقه زوجیت است. علاوه بر آیه شریفه، روایات نیز بر زوجه حقیقی بودن مطلقه رجعیه دلالت دارند. چنان‌که ابوبصیر از امام صادق ۷ نقل می‌کند که آن حضرت فرمود: «هنگامی که سه طهر از وقتی که طلاقش داد، گذشت، پس فراق میان آن دو حاصل شده است» (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۲، ص ۲۰۰). همچنین از امام صادق ۷ نقل است که فرمود: «اگر یکبار وی را طلاق گوید و او را ترک کند تا این‌که زمان عده به سر آید، فراق میان آن دو حاصل شده و زمان رجوع گذشته است و او همچون خواستگاران دیگر خواهد بود (حرعاملی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲۲، ص ۱۰۴) و نیز فرمود «هنگامی که سه ماه از وقتی که طلاقش داد، گذشت، پس فراق میان آن دو حاصل شده و زمان رجوع، گذشته و او در خواستگاری مانند مردان دیگر خواهد بود (همان، ص ۲۰۰). علاوه بر آن، مقایسه طلاق بائن و رجعی در متون روایی، خود بر حقیقی بودن زوجیت دلالت دارد. چنان‌که از امام موسی بن جعفر ۷ منقول است که آن حضرت فرمود «اگر مرد زنش را طلاق دهد که در آن حق رجوع ندارد، از همان لحظه که او را طلاق می‌دهد، زن از وی جدا می‌شود» (همان، ص ۲۱۶). یعنی مطلقه رجعیه بعد از اتمام مدت عده، از زوج جدا می‌گردد. همچنین در برخی از روایات، به زوجه بودن مطلقه رجعیه تصریح شده است. چنان‌که یزید کناسی از امام باقر ۷ سؤال می‌کند که آیا مردی که زن حامله‌اش را طلاق داده است، می‌تواند رجوع کند، حضرت می‌فرماید؛ بله؛ چرا که رجعیه، همسرش می‌باشد» (همان‌جا). و نیز از ظاهر روایاتی که بر جواز زینت کردن مطلقه رجعیه برای شوهرش دلالت دارد، می‌توان به حقیقی بودن زوجیت در زمان عده اذعان نمود.

#### ۴- کاربرد قاعده المطلقه الرجعیه زوجه حقیقتاً در قانون مدنی

ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقد نکاح به فسخ یا به طلاق یا به بذل مدت در عقد انقطاع منحل می‌گردد». ممکن است گفته شود از اطلاق واژه طلاق در ماده مذکور،

می‌توان دریافت که طلاق اعم از این‌که رجعی یا بائن باشد، موجب انحلال عقد نکاح می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۸۱). لذا زوجیت با انشای صیغه طلاق، منحل می‌شود و بین زن و شوهر جدایی حاصل می‌گردد؛ در نتیجه باید زوجیت مطلقه رجعیه را حکمی تلقی نمود. ولی با امعان نظر در ماده مذکور، درمی‌یابیم که قانونگذار در مقام بیان اسباب انحلال عقد نکاح بوده است و اصولاً درباره زمان تأثیر طلاق هیچ‌گونه بیانی ندارد. با این وجود، بند ۲ ماده ۸ قانون امور حسبی به وضوح و روشنی مقرر داشته است که «زنی که در عده رجعیه است، در حکم زوجه می‌باشد». لذا می‌توان گفت که حقوق ایران، قول زوجه حکمی را پذیرفته است.

### یافته‌های پژوهش

- ۱- قواعد اختصاصی فقه خانواده، گزاره‌های کلی و عام فقهی هستند که مبنای برخی از قواعد حقوقی در حقوق خانواده به شمار می‌آیند. قاعده «رضاع»، «فراش»، و «مطلق رجعیه» زوجه حقیقه از جمله قواعد اختصاصی فقه خانواده است.
- ۲- به خویشاوندی حاصل از شیر خوردن طفلی از پستان زنی، قرابت رضاعی گفته می‌شود. آیه، روایات و اجماع، مستندات شناسایی این خویشاوندی به شمار می‌آیند.
- ۳- قرابت رضاعی وقتی محقق می‌گردد که شیر ناشی از حمل مشروع بوده و مستقیماً از پستان مرضعه مکیده شود و با آن، گوشت بدن روییده و استخوان محکم شده باشد و شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سالگی او باشد و تعداد شیری که طفل خورده، از فحل واحد باشد.
- ۴- ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی مبتنی بر قاعده «رضاع» است.
- ۵- فراش از امارات اثبات نسب شرعی طفل تلقی می‌گردد. بدین جهت، باید آن را حکم ظاهری به‌شمار آورد.
- ۶- برای اعمال قاعده فراش، شرایطی لازم است. وجود رابطه زوجیت و تحقق نزدیکی در زمان زوجیت، سپری شدن شش ماه از زمان نزدیکی، عدم سپری شدن حداکثر مدت حمل از تاریخ نزدیکی تا ولادت کودک نگذشته باشد.

۷- مواد ۱۱۵۸، ۱۰۵۲ و ۱۱۶۵ قانون مدنی بر اساس قاعده «فراش» قانون‌گذاری شده است.

۸- فقیهان امامیه در زمینه مطلقه رجعیه، اختلاف نظر دارند. برخی وی را زوجه حقیقی و بعضی در حکم زوجه دانسته‌اند.

۹- مطلقه رجعیه، حقیقتاً زوجه تلقی می‌شود. آیه شریفه «و بعولتهن / حق بردهن» و روایات بر زوجیت حقیقی دلالت دارد.

۱۰- ماده ۱۱۲۰ قانون مدنی در ارتباط با قاعده «مطلقه رجعیه زوجه حقیقه» است.

## منابع و مأخذ

- ✓ آل بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقيه*، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳هـ چاپ چهارم
- ✓ ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰هـ چاپ دوم
- ✓ ابن زهره، *غنیة النزوع مندرج در سلسله الینابیع الفقیهیه*، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰هـ چاپ اول
- ✓ ابن قدامه، عبدالله، *المغنی و یلیه الشرح الکبیر*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا
- ✓ ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۸هـ چاپ اول
- ✓ اشتها ردی، علی پناه، *مدارک العروة*، تهران، دار الاسوه، ۱۴۱۷هـ چاپ اول
- ✓ — *مجموعه فتاوی ابن الجنید*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶هـ چاپ اول
- ✓ امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۷، چاپ پانزدهم
- ✓ بخاری، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم، *صحیح بخاری*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۱هـ
- ✓ جبعی عاملی، زین الدین بن علی بن احمد، *مسالك الافهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ — *شرح اللمعه*، قم، انتشارات داورى، ۱۴۱۰هـ چاپ اول
- ✓ حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۹هـ چاپ اول
- ✓ حکمت نیا، محمود و همکاران، *فلسفه حقوق خانواده*، تهران، روابط عمومی شورای فرهنگی - اجتماعی زنان، ۱۳۸۶
- ✓ حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه)، *تذکره الفقهاء*، تهران، مکتبه الرضویه لاحیاء آثار الجعفریه، بی تا.
- ✓ — *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ حلّی، ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلّی)، *شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دار الاضواء، ۱۴۰۳هـ چاپ دوم

- ✓ حنبل، احمد بن محمد بن، *المسند*، بیروت، دار الفکر، بی تا
- ✓ خامنه‌ای، سیدعلی، *اجوبه الاستفتائات*، بیروت، دار الاسلامیه، ۱۴۲۰هـ چاپ دوم
- ✓ خوانساری، سیداحمد، *جامع المدارک*، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵، چاپ دوم
- ✓ سبحانی تیریزی، جعفر، *قاعدتان فقهیتان (اللاضرر و الرضا)*، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۸هـ چاپ اول
- ✓ سبزواری، ملا محمدباقر، *کفایه الاحکام*، قم، مکتبه آیه الله السید السبزواری، ۱۴۱۳هـ چاپ چهارم
- ✓ سیستانی، سیدمحمد رضا، *وسائل الانجاب الصناعیه*، بیروت، دار المورخ العربی، ۱۴۲۵هـ چاپ اول
- ✓ سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، قم، مکتبه آیه العظمی سیدعلی الحسینی السیستانی، ۱۴۱۶هـ چاپ اول
- ✓ صفایی، سیدحسین و امامی، اسدالله، *حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۰، چاپ هشتم
- ✓ طباطبائی، سیدعلی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹هـ چاپ اول
- ✓ طباطبائی حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، قم، مکتبه آیت الله العظمی المرعشی النجفی، ۱۴۰۴هـ
- ✓ طباطبائی یزدی، سیدمحمد کاظم، *تکمله عروه الوثقی*، قم، مکتبه داوودی، بی تا
- ✓ — حاشیه مکاسب، تهران، اسماعیلیان، ۱۳۷۸
- ✓ طوسی، محمد بن الحسن، *تهذیب الاحکام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷هـ چاپ چهارم
- ✓ عاملی، سیدمحمد، *نهایه المرام*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ✓ علم الهدی، سیدمرتضی، *الانتصار*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵هـ چاپ اول
- ✓ قشیری نیشابوری، مسلم بن الحجاج، *صحیح مسلم*، بیروت، دار الفکر، ۱۳۹۸هـ چاپ دوم
- ✓ قمی، میرزا ابوالقاسم، *جامع الشتات*، مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳هـ چاپ چهارم



- ✓ کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
- ✓ — *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۸۶، چاپ پانزدهم
- ✓ کلینی، محمدبن یعقوب، *الکافی*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ هـ چاپ چهارم
- ✓ لطفی، اسدالله، «*قاعده فراش*»، تهران، فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهراء، سال دوازدهم، شماره ۴۱، بهار ۱۳۸۱
- ✓ مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ هـ
- ✓ محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه بخش مدنی ۲*، تهران، سمت، ۱۳۷۴، چاپ اول
- ✓ مروارید، علی اصغر، *سلسله الینابیع الفقهیه*، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۰ هـ چاپ اول
- ✓ معلوف، لوئیس، *المنجد*، تهران، انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۶۲، چاپ اول
- ✓ مغنیه، محمدجواد، *الفقه علی المذاهب الخمسه*، ترجمه کاظم پور جوادی، تهران، مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی، بی تا، چاپ چهارم
- ✓ موسوی بجنوردی، میرزا حسن، *القواعد الفقهیه*، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ هـ چاپ اول
- ✓ موسوی خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۳۷۹
- ✓ موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مکتبه الداوری، بی تا، چاپ اول
- ✓ — *منهاج الصالحین*، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ هـ چاپ بیست و هشتم
- ✓ نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۹۴ هـ
- ✓ نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه فی احکام الشریعه*، مشهد، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵ هـ چاپ اول