

نوع مقاله: ترویجی

## بازاندیشی آثار نسب نامشروع در فقه امامیه و نظام حقوقی - قضایی ایران

mousavinasab@pnu.ac.ir

abedinmomeni@ut.ac.ir

dr\_mokhtariafra@theo.usb.ac.ir

amir\_hsalari@theo.usb.ac.ir

ک. سیدجلال موسوی‌نسب / عضو هیئت علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

عابدین مؤمنی / دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه تهران

نادر مختاری افراتی / استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

امیرحمزه سالارزایی / استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۱۱

دریافت: ۹۹/۱۱/۲۷

### چکیده

نسب ناشی از نکاح شرعی و قانونی مستلزم صحت است و آثاری از قبیل ارث، نفقه، ولایت قهری، حضانت و غیره بر آن مترتب می‌شود. با این حال ممکن است طفلی بی‌گناه در نتیجه عمل زنا و والدین قانون‌شکن خود تولد یابد. در استنباط از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی مبنی بر ترتب یا عدم ترتب آثار حقوقی بر نسب چنین کودکی، میان اندیشمندان فقه و حقوق اختلافات نظری عدیده‌ای به وجود آمد و در این خصوص آراء مختلفی نیز از سوی محاکم صادر گردید. در غایت امر این تهافت آراء به صدور رأی وحدت رویه قضایی شماره ۱۷-۳۰۳/۰۴/۱۳۷۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور منتهی گردید. در این جستار که به روش توصیفی - تحلیلی و با ابزار کتابخانه‌ای نگارش یافته، سعی شده به بررسی این مسئله در فقه و نظام حقوقی - قضایی ایران پرداخته شود. دیدگاه الحاق طفل به زانی که مخالف قول مشهور فقیهان امامیه و مطابق نظر فقهای معاصر می‌باشد و به‌ویژه منطبق با فتوای امام خمینی<sup>ع</sup> بوده که براساس آن، تحولی عظیم در حقوق ایران به وجود آمد، ترجیح دارد و قوی‌تر است. از این‌رو، به دلیل وجود نص خاص، غیر از ارث، همه آثار حقوقی بر نسب نامشروع نیز مترتب می‌گردد.

کلیدواژه‌ها: آثار نسب، نسب مشروع، نسب نامشروع، حقوق فرزندان، حقوق کودک.

## مقدمه

دارد، تحقیق عمیق و دقیق در این زمینه ضروری است. در مورد پیشینه تحقیق باید گفت: با عنایت به اینکه در فقه مدون و نظام‌یافته در اندیشه فقیهان والا مقام اسلام، کتاب و یا باب خاصی که به صورت مستقل و مجزا به ذکر همه آثار مترتب بر نسب و به‌ویژه نسب نامشروع بپردازد، اختصاص نیافته و پژوهش‌های انجام‌یافته نیز دارای نارسایی‌هایی هستند، که اهمیت موضوع مورد بحث را بیشتر نمایان می‌کند.

مقاله حاضر با این فرض که آثار حقوق مدنی میان نسب مشروع و نامشروع در غیراثر مشترک می‌باشد و به اصطلاح اصولی، اصل بر ترتب آثار در نسب نامشروع است، مگر آنچه که به دلیل خاص بر آن مترتب نمی‌شود؛ درصدد است تا با ارائه دیدگاه اسلام که در عصر حاضر انتقادات بی‌شماری از ناحیه بعضی افراد مطرح می‌گردد و تصور کرده‌اند به مانند جماعت یهود، اطفال نامشروع از جامعه اسلامی مطرود گشته‌اند؛ این موضوع را در فقه امامیه و نظام حقوقی - قضایی ایران بررسی و ریشه‌یابی کند؛ همچنین به مقتضای بحث، دیدگاه‌های مذاهب اسلامی نیز بیان شده و با برداشتن گام کوچکی در این زمینه، وضعیت روشنی از حقوق مدنی و اجتماعی این قبیل اطفال در جامعه ارائه گردیده و در راستای رفع تبعیض از آنان و برابری حداکثری حقوق ایشان همگام با اصول حقوق بشر تلاش شده است.

## ۱. تعریف مفاهیم

ابتدا بیان مختصری درباره مفهوم واژگان، آثار، نسب و نسب نامشروع ضروری می‌نماید.

## ۱-۱. مفهوم آثار

آثار جمع واژه «اثر» است و در لغت به معنای باقی‌مانده شیء است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۵)؛ و نیز به معنای نشانه نیز آمده است. به‌طور کلی اثر عبارت است از علامت و نشانه‌ای که از چیزی یا از کسی باقی ماند، خواه بنائی باشد یا دینی یا بدعتی یا جای پائی و یا غیر اینها (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۲). به معنای حدیث، سنت، خبر، أجل و مهلت هم آمده است (حسینی، ۱۳۸۵، ص ۹؛ تهبانوی، ۱۹۹۶، ج ۱، ص ۹۸). همچنین آن را به نتیجه نیز تعریف کرده‌اند و آن حاصل هر چیز است (جرجانی، بی‌تا، ص ۱۱). در تعریف دیگری بیان شده

قانونگذار ایران در ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به پیروی از دیدگاه مشهور در فقه اهل‌بیت<sup>ع</sup> مقرر کرده است: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود» و در صدر ماده ۸۸۴ ق.م نیز تصریح کرده است: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد...». در اینکه طفل حاصل از رابطه نامشروع، صرفاً در ارث محروم می‌شود، یا اینکه در تمام آثار حقوق مدنی از قبیل داشتن شناسنامه، نفقه، حضانت، ولایت قهری، حرمت ازدواج و دیگر آثار حقوق مدنی محروم است؛ میان اندیشمندان فقه و حقوق اختلاف نظر عمیق وجود دارد. به‌طوری‌که پاره‌ای از صاحب‌نظران حقوق اسلامی، همگام با نظر برخی از فقهای معاصر بر این باورند که وی فقط از ارث محروم است؛ و در دیگر احکام حقوق مدنی، همانند فرزند مشروع تلقی می‌گردد. همچنین استنباط‌های متفاوت از ماده صدرالذکر، موجب صدور آراء مختلف از سوی دادگاه‌ها شد و در نهایت دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۰۴/۰۳ به این اختلاف آراء پایان داد، که به این شرح می‌باشد: «به موجب بند «الف» ماده (۱) قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ با اصلاحات بعدی، یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد، یا اینکه ابوبن طفل نامعلوم باشد، تعیین تکلیف کرده است. لیکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه نکند، با استفاده از عموماً و اطلاق مواد یادشده و مسئله (۳) و مسئله (۴۷) از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی<sup>ع</sup> زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه تمام تکالیف مربوط به پدر، از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده (۸۸۴) ق.م صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است...» (رحیمی اصفهانی، ۱۳۹۰، ذیل ص ۷۹).

بعضی اشخاص معاصر در دیدگاهی استثنایی و مغایر مسلمات مذهب اهل‌بیت<sup>ع</sup> اعتقاد دارند از جهت توارث هم، اطفال نامشروع مانند اولاد مشروع هستند و توارث میان آنان و والدین و سایر خویشاوندان ایشان وجود دارد (صادقی تهرانی، ۱۳۸۴، ص ۳۴۸، مسئله ۳۳۹). با توجه به اختلاف نظر عمیق در مسئله‌ای که آثار و پیامدهای اجتماعی مؤثر

پاسخ عقلی است و نه نقلی. مسئله نسب از مسائل اجتماعی است و در مورد این مسئله، طبیعتاً باید نظام اجتماعی، حکومت، مرکز قانون‌گذاری و متولیان تقنین باید تصمیم بگیرند. چون نظام حقوقی کشور ما یک نظام شرعی است؛ طبیعی است که باید شرع نظر دهد که ما چگونه نسبی را بپذیریم، یا کدام نسب را نباید پذیرفت. هر چند اگر شرع چنین نظری دهد، بدون ملاحظه حکمت و مصلحت، عقل‌پسند نیست. اما شرع با ملاحظات حکمت و مصلحت موضع‌گیری می‌کند؛ لذا این مسئله از این زاویه عقلی نیز هست. هرگاه بخواهیم در این مسئله موضع شرع را بدانیم؛ طبیعی است که باید بدانیم منابع شرع در خصوص آن چه می‌گویند.

نکته دوم: بررسی‌های انجام‌یافته مبین این مطلب است که در شرع در این زمینه موضع واحدی وجود ندارد. لذا این موضوع جزء ضروریات دین محسوب نمی‌شود و چون بیانات شرعی در این خصوص اختلاف دارند، دیدگاه شرعی و اجتهادی در این زمینه اختلافی است و ما ناچاراً موضع و دیدگاه شریعت را با بیانات موجود بررسی می‌کنیم. با عنایت به اینکه ترتب آثار یا عدم ترتب آن بر نسب نامشروع، بستگی به وضعیت انتساب طفل نامشروع با زانی دارد؛ در ادامه به بررسی این موضوع می‌پردازیم.

#### ۲-۱. فقه اسلامی

در فقه اهل سنت، جمهور فقیهان اتفاق نظر دارند که اولاد ناشی از زنا، فی‌نفسه به زانی منتسب نمی‌گردند (ابن‌قدامه، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۳۰؛ ابن‌رشد، ۱۴۲۴ق، ص ۶۳۰؛ زحیلی، ۱۴۲۵ق، ج ۱۰، ص ۷۲۴۹-۷۲۵۰؛ ابن‌عابدین، ۱۴۲۶ق، ج ۳، ص ۳۲) که عیناً در میان فقهای شیعه نیز این نظر قائل پیدا کرده است. با اینکه نظر مخالف هم در میان فقهای امامیه وجود دارد؛ اما براساس استقراء، دیدگاه مذکور قائلان بیشتری دارد و قول مشهور می‌باشد. در ادامه دیدگاه‌های مطرح‌شده، بیان می‌گردد:

#### الف. دیدگاه اول: قائلان به انتفاء

در دیدگاه نخست اکثر فقهای شیعه، نسب ناشی از زنا را مطلقاً منتفی دانسته و اعتقاد دارند احکام و آثار نسب به غیر از تحریم نکاح، بر آن مترتب نمی‌شود. به بیان روشن‌تر، ولد زنا نسب شرعی با زانی ندارد؛ اما در عین حال ازدواج با زانی منع شده است. بنابراین اگر

است؛ آنچه که بر چیزی مترتب شود و آن در نزد فقیهان حکم نامیده می‌شود (تهانوی، ۱۹۹۶، ج ۱، ص ۹۸؛ حسینی، ۱۳۸۵، ص ۹). مراد از این واژه در نوشتار حاضر، معنای اخیر می‌باشد و عبارت است از احکامی که بر نسب نامشروع مترتب می‌شود.

#### ۱-۲. مفهوم نسب

نسب در لغت به معنای قرابت و خویشاوندی آمده و جمع آن انساب می‌باشد (ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۷۵۵، ماده «نسب»). همچنین در خصوص نسب و نسبت گفته‌اند: اشتراکی است از طرف یکی از والدین (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۸۰۱). درباره نسب، آنچه مسلم است اینکه پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار و رد شارع مقدس قرار نگرفته و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب حقیقت شرعی‌های وجود ندارد (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۱۸۲). بنابراین با الهام از عقیده پاره‌ای از استادان حقوق اسلامی (همان، ص ۱۵۹) در تعریف اصطلاحی نسب باید گفت: «نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری، که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود».

#### ۱-۳. مفهوم نسب نامشروع

مراد از «نسب نامشروع» که آن را «تَسَبُّ لِعَوَى» نیز نامیده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۱۷۵)، چنانچه برخی صاحب‌نظران در تعریف آن گفته‌اند، این است که «هرگاه بین زن و مرد معینی رابطه از دواج برقرار نشده باشد و مقاربت آنها از روی شبهه نباشد، طفل حاصل از این عمل که منسوب به آنها است، دارای نسب نامشروع (زنا) است و چنین طفلی را ولد زنا گویند که ملحق به ابوی یا یکی از آنان نمی‌باشد» (ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۵، ص ۳۶۳۳).

#### ۲. وضعیت نسب طفل نامشروع

در این بحث بیان دو نکته ضروری است که به اختصار به آنها پرداخته می‌شود:

نکته اول: مسئله نسب از مسائل عقلی استدلالی به آن معنای خاص کلمه نیست که در مورد آن بخواهیم برهان اقامه کنیم. اینکه نظام هستی هدف‌مند است یا خیر؟ پاسخی که داده می‌شود، یک

شرعیه، بلاشکال است. مضافاً به اینکه شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و در هیچ نصی وارد نشده که ولدالزنا، ولد نیست و یا پدر شرعی ندارد و نفی توارث نیز دلالت بر نفی نسب نمی‌کند (قبله‌ای، ۱۳۷۸، ص ۱۳۰). لذا همه احکام نسب به غیر از ارث در باب زنا نیز مترتب می‌شود و ولدالزنا لغتاً، عرفاً، شرعاً و حقیقتاً ولد محسوب می‌گردد (موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۳۱۲).

### ب. دیدگاه دوم: قائلان به الحاق

دیدگاه دوم عقیده گروهی دیگر از فقهای معظم شیعه و به‌ویژه فقیهان معاصر است که بر این باورند ولد زنا به زانی ملحق و منتسب می‌گردد و صرفاً ارث به حکم نص خاص استثنا شده است. برخی از ایشان یادآور شده‌اند: «گرچه فقیهان امامیه بر عدم ثبوت نسب ناشی از زنا تصریح کرده‌اند؛ لکن برای آن دلیلی نیافته‌ام. بنا بر قول آقای اولاد زنا به مانند ولد حلال می‌باشد و به غیر از ارث، در جمیع احکام و آثار مترتب بر نسب، فرقی میان آنان وجود ندارد و در همه احکام نسب با همدیگر برابری؛ پس اگر بین ولد زنا و اقاربش ارثی وجود ندارد، این امر به دلیل وجود نص خاص می‌باشد؛ اما در سایر موارد، اطلاق ادله و صدق پسر و برادر و نظیر آن در لغت و عرف، مقتضی آن است که احکام نسب نیز در مورد ولد زنا جاری شود» (مامقانی، بی‌تا، ص ۳۵۵). بعضی دیگر تصریح کرده‌اند: «التزام به ملغی بودن نسب ولد زنا جداً مشکل است؛ مخصوصاً در مورد نکاح با محارم، مثل ازدواج با دختر و خواهر ناشی از زنا. بنا بر نظریه الحاق که مختار ماست، اگر اولاد ارشد، پسر، و ناشی از زنا باشد، هرچند از حبه ارث نمی‌برد؛ ولی با این حال به‌جای آوردن نمازهای قضای پدرش بر او واجب است» (بجنوردی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۴۸).

امام خمینی<sup>ع</sup> بر همین عقیده بوده‌اند و به آن در جلد دوم کتاب وزین *تحریر الوسیله* در فصل بیان اسباب تحریم نکاح و در تبیین نسب به‌عنوان یکی از اسباب تحریم و در توضیح مسئله دوم اشاره کرده‌اند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۶۴-۲۶۵)؛ اما به دلیل اینکه عبارت از وضوح کافی برخوردار نبوده، از ایشان استفسار می‌شود: «آیا با توجه به مسئله ۲ صفحه ۲۶۴ از جلد ۲ *تحریر الوسیله* که در آن آمده است «النسب إما شرعی و هو... و إما غیر شرعی، و هو ما حصل بالسفاح و الزنا، و الأحكام المترتبة علی النسب الثابتة فی الشرع من التوارث و غیره و این اختصت بالأول، لکن الظاهر بل

طفلی از زنا به وجود آید، یقیناً از نظر شرع به زانی ملحق نمی‌گردد (محقق حلی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۲۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۶-۲۵۷؛ میرزای قمی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۹۸-۱۹۹) ولو اینکه زانی بعد از واقعه نامشروع و انعقاد نطفه، با زانیه ازدواج کند (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴، ص ۱۷؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰، ص ۴۸۹-۴۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۱، ص ۲۳۶-۲۳۷).

### – ادله اجتهادی دیدگاه اول و نقد آن

فقهای قائل به عدم انتساب نسب ولد زنا به زانی، دلایل مورد استناد دیدگاه خود را اجماع و روایات ذکر کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۷؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰، ص ۱۲۹). چنان که تصریح کرده‌اند «نسب ناشی از زنا ثابت نمی‌شود. دلیل بر آن، اجماع منقول و محصل است؛ بلکه ممکن است ادعای ضروری بودن بر آن کرد، چه رسد به ادعای معلوم بودن آن از نصوص یا تواتر روایات بر این مطلب» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۷). علاوه بر اجماع، به روایات معتبری همچون حدیث مشهور نبوی فرارش (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ق، ج ۲، ص ۲۷۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۵۶۵) و روایت محمدبن حسن قمی از امام محمدباقر<sup>ع</sup> که فرمودند: «... الولد لعیه لایورث» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۵، ص ۲۱۴) (کسی از زنازاده ارث نمی‌برد)، استناد کرده‌اند.

دلایل معتقدان دیدگاه نخست قابل خدشه است؛ زیرا چنین اجماعی، اجماع مصطلح نیست؛ چون مدرک اجماع‌کنندگان معلوم یا حداقل محتمل است و مستند آن حدیث شریف فرارش است؛ از این‌رو، از درجه اعتبار ساقط است. اجماع خواه محصل باشد یا منقول، زمانی حجت است که کاشف از قول معصوم<sup>ع</sup> باشد، وگرنه خود اجماع قطع نظر از کاشفیت، اعتباری ندارد. مضافاً به اینکه احراز کشف برای ما مشکل و بلکه غیرممکن است؛ چنان که در علم اصول ثابت شده است (قبله‌ای، ۱۳۷۸، ص ۱۲۹؛ رضایا معلم، ۱۳۸۳، ص ۳۴۵). برای قاعده فرارش نیز مفهومی کلی ایجاد نمی‌گردد تا در صورت انتفای فرارش، نسب هم منتفی شود (رضایا معلم، ۱۳۸۳، ص ۳۴۶).

همچنین اطلاق ولد در عرف، ولد مشروع و ولد نامشروع، هر دو را دربرگرفته و به هر دو ولد گفته می‌شود. به بیان دیگر، ولد حقیقت شرعیه ندارد؛ بلکه هر چه از عرف و لغت درباره ولد فهمیده می‌شود، در لسان شرع نیز همان مراد است و در صورت شک، جریان دو اصل معتبر یعنی اصل عدم‌النقل در الفاظ و عدم ثبوت حقیقت

ماده ۱۱۶۷ ق.م موجب تردیدهایی شده بود به اینکه مراد از کلمه «زانی»، فقط مرد زناکار است و با این استدلال که به صیغه مذکر استعمال شده، شامل زن زنا کار نمی‌شود. در رویه قضایی نیز مطابق استدلال مذکور آرائی صادر گردیده بود. چنان که در پرونده‌ای که به صدور رأی شماره ۱۴۰۶ به تاریخ ۱۳۷۰/۱۰/۱۹ از شعبه سی و سوم دیوان عالی کشور منجر شد، با ابرام حکم صادره از شعبه ششم دادگاه مدنی خاص رشت، مبنی بر اینکه فرزند ناشی از زنا با توجه به ماده ۱۱۶۷ ق.م متعلق به زانیه است، از سوی هیئت شعبه مزبور ملاحظه می‌گردد (بازگیر، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۵۸۸-۵۸۷).

پذیرش چنین استدلالی دشوار و البته قابل مناقشه بود؛ زیرا اولاً در زبان فارسی مذکر و مؤنث وجود ندارد؛ بنابراین صفت مؤنث نیز وجود نداشته (فرشیدورد، ۱۳۸۴، ص ۲۷۴) و صفت مذکر و مؤنث به‌طور یکسان به‌کار می‌رود. از این رو، کلمه «زانی» را می‌توان بدون تفاوت، برای مرد و زن به‌کار برد. مضافاً به اینکه در زبان عربی نیز گاهی از باب تغلیب، کلمه مذکر به معنای عام که مؤنث را نیز دربر می‌گیرد، استعمال می‌شود. ثانیاً قانونگذار ایران در ماده ۱۱۶۷ ق.م از قول مشهور فقیهان شیعه تبعیت کرده، که در فقه (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۹، ص ۲۷۵-۲۷۶؛ ج ۲۹، ص ۲۵۶-۲۵۷؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ ق، ج ۱۲، ص ۶۲۴-۶۲۵؛ ج ۱۰، ص ۱۲۹) از لحاظ نسب فرقی میان زانی و زانیه وجود ندارد. ثالثاً از مواد ۱۱۶۵، ۱۱۶۶ و ۸۸۴ ق.م نیز مستفاد می‌گردد که مقنن در نسب و آثار آن، تفاوتی میان زانی و زانیه نگذاشته است؛ زیرا برابر مواد ۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ ق.م در مورد شیعه، طفل فقط به طرفی ملحق می‌شود که در اشتباه بوده و نسب طفل به هریک از ابوین (اعم از پدر یا مادر) که عالم به وجود مانع بوده، نامشروع تلقی شده و بر طبق ماده ۸۸۴ ق.م ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد. بنابراین کلمه «زانی» شامل مرد و زن زناکار می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۱؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۷۵-۳۷۶). اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۳/۶/۷-۳۸۴۷ بر همین نظر بوده است (رحیمی اصفهانی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۸). همچنین در خصوص آثار مترتب بر نسب نامشروع با استناد به ماده ۱۱۶۷ ق.م، آراء متفاوت و متناقضی از سوی دادگاه‌های مدنی خاص و به‌ویژه شعب دیوان عالی کشور صادر گردید (بازگیر، ۱۳۸۰، ص ۵۷۹-۵۸۰ و ۵۸۶-۵۸۷) و این اختلاف آراء ادامه داشت تا اینکه در غایت امر، آراء متناقض

المقطوع آن موضوع حرمة النکاح اعم، فیعم غیر الشرعی...» نظر مبارک شما این است که نفقه متولد از زنا و نیز حفظ و نگهداری او بر زانی واجب نیست؟ امام خمینی<sup>ع</sup> در جواب می‌فرماید: «منظور این نیست و متولد از زنا در نفقه و حضانت حکم سایر اولاد رادارد» (کریمی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۱۴۹). همچنین در بخش استفتائات دادگاه‌های مدنی خاص از امام خمینی<sup>ع</sup> سؤال بدین شرح مطرح شده است: «ولدالزنا در صورتی که به زانی ملحق نمی‌شود، نفقه او را چه کسی باید بپردازد؟» ایشان در جواب چنین فرموده‌اند: «نفقه او بر پدر است» (همان، ص ۱۳۵). در تأیید نظر موافقان باید افزود از تعبیر و عبارات فقها چنین مستفاد می‌شود ایشان مرد و زن زناکار را به‌عنوان والدین طفل حاصل از زنا مفروض دانسته و تنها توارث از آنان نفی شده است. به‌عنوان مثال شیخ الطائفه می‌فرماید: «و لایرثه أبواه» (طوسی، ۱۴۱۷ ق - الف، ج ۳، ص ۲۶۲).

## ۲-۲. حقوق موضوعه

### الف. قانون مدنی

قانونگذار ایران همگام با نظر اکثر فقهای شیعه، در پیروی از قول مشهور در ماده ۱۱۶۷ ق.م مقرر داشته: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». مفهوم عدم الحاق این است که مقنن نسب طبیعی طفل نامشروع را نادیده گرفته و چنان که خواهیم گفت آثار قانونی نسب را بر آن مترتب نمی‌کند؛ به غیر از یک استثنا که در خصوص ممنوعیت نکاح به تبعیت از فقه امامیه در ماده ۱۰۴۵ ق.م تصریح کرده است. در لغت، اولاد زنا، ولد به‌شمار می‌آید و زانی یا زانیه با فرزند خود (یا بالعکس) حق ازدواج ندارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۳۴-۳۵؛ همو، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۲۳۳؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۶۶). اندیشمندان حقوق اسلامی تا قبل از صدور رأی وحدت رویه در سال ۱۳۷۶ که شرح آن گذشت، در تفسیر ماده ۱۱۶۷ ق.م بر همین عقیده بودند (امامی، ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۸۹؛ صفائی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۷۶-۳۷۷؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۰-۱۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸۷؛ گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۰۶). هرچند که در راه اجرای عدالت و انصاف و برای حمایت از اطفال نامشروع و در جهت تعدیل ماده مرقوم با تمسک به نهادهای دیگر حقوقی ارائه طریق می‌کردند (صفایی، ۱۳۸۷ الف، ص ۵) و در محث بعد به آنها اشاره خواهیم کرد.

بحث بیان خواهد شد، می‌توان آن را از باب تنبیه و مکافات عمل شخص زناکار متخلف و قانون شکن برشمرد.

### ۳. آثار فقهی و حقوقی مترتب بر نسب نامشروع

به‌طور کلی در خصوص ترتب آثار بر نسب نامشروع تردیدهایی پیرامون آنها در پاره‌ای موارد از سوی اندیشمندان فقه و حقوق مطرح شده است. با عنایت به گستره بحث که از ابعاد مختلف حقوق خصوصی، حقوق جزا و حقوق عمومی قابل بررسی می‌باشد، پرواضح است که شرح همه آنها و بیان دیدگاه‌ها در حوزه‌های نامبرده، با رویکرد مقارنه و تطبیق، از حوصله این مقال خارج است و در این نوشتار نیز، آنچه در قلمرو حقوق خصوصی مهم‌تر به نظر می‌رسد، مطرح می‌گردد که به اختصار به آنها پرداخته می‌شود.

#### ۳-۱. آثار مالی

##### الف. ارث

فقه‌های امامیه منحصرأ نسب و سبب را از موجبات ارث می‌دانند (حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۳۴۱) که به پیروی از ایشان، مقنن در ماده ۸۶۱ ق.م بدین مطلب تصریح کرده است. برخی از فقیهان (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۴۲ و ۳۵۰) موانع ارث را فی‌الجمله بیست مورد برشمرده‌اند که پنجمین آن زناست. نویسندگان قانون مدنی نیز به تاسی از ایشان تولد از زنا را از جمله موانع ارث محسوب کرده و در ماده ۸۸۴ ق.م به این مطلب اشاره کرده‌اند - چنان‌که مستندات آن قبلاً بیان شد - زیرا مطابق دیدگاه آنان، زنا مانع تحقق نسب مشروع و قانونی است و فقدان توارث بین زانی و فرزند ناشی از زنا، یکی از نتایج منتفی بودن نسب است (شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۹۷). گرچه در عدم توارث میان ولد زنا با والدین و دیگر خویشان پدری و مادری وی دعوی نفی خلاف و ادعای اجماع شده است؛ لکن اجماعاً توارث میان ایشان با فرزندان و همسرانشان جریان دارد و در صورت فقدان افراد نامبرده، به حکم: «الإمام وارث من لاوارث له»، بنا به نظر مشهور فقیهان امامیه، ماترک آنها به امام<sup>۱۱</sup> [و در غیاب ایشان به ولی امر مسلمین] تعلق دارد؛ هرچند پدر و مادر یا یکی از آنها و یا دیگر خویشان منتسب به ایشان در قید حیات باشند (طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۲، ص ۶۲۴-۶۲۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۷۴-۲۷۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۲۹). پاره‌ای از فقیهان

صادره در این خصوص، در جلسه مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردید و منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ شد که پیش‌تر شرح آن گذشت. آنچه بیان گردید، مستفاد از ظاهر ماده ۱۱۶۷ ق.م و قبل از صدور رأی وحدت رویه مذکور بود، که اکنون می‌بایست آن را نادیده انگاشت.

### ب. رویه قضایی

اینک به بررسی رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ (رحیمی اصفهانی، ۱۳۹۰، ذیل ص ۷۹) صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور در این مورد پرداخته می‌شود. مبانی فقهی این قاعده حقوقی برگرفته از قول غیرمشهور فقیهان امامیه و به‌ویژه فتاوی و نظرات فقه‌های معاصر است و چنان‌که در آن تصریح شده، منطبق با فتاوی امام خمینی<sup>۱۲</sup> می‌باشد، که تحول بنیادین در حقوق ایران پدیدار ساخت و می‌توان آن را یکی از نتایج مفید کار عظیم امام خمینی<sup>۱۳</sup> در حوزه فقه اجتهادی به‌شمار آورد که در قالب ارائه راه‌حل‌های مناسب برای برخی از مشکلات در ابعاد قضایی، حقوقی و حکومتی تبلور یافته است (جناتی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۳۴۶-۳۴۷). هرچند رأی مذکور متذکر ماده ۱۱۶۷ ق.م نشده است؛ اما با توجه به مفاد آن که مقرر کرده است: «زانی پدر عرفی طفل تلقی و در نتیجه تمام تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و حسب ماده (۸۸۴) ق.م صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است»، چنین مستفاد می‌گردد که در واقع آن را تفسیر کرده و با اینکه این رأی برای حل اختلاف در خصوص تکلیف پدر طبیعی به اخذ شناسنامه برای طفل نامشروع صادر گردیده است؛ لکن از آن قاعده عالی مبنی بر تساوی حقوق اطفال مشروع و نامشروع، به غیر از مورد توارث، استخراج می‌گردد (صفایی، ۱۳۸۷الف، ص ۸) و در حقوق ایران دیدگاه جدیدی گشود و گام بلندی در راه حمایت از فرزندان نامشروع و هماهنگ‌سازی حقوق ایران با معیارهای حقوق بشر برداشته است (همان؛ گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۴). بدیهی است این امر، به‌هیچ‌وجه مجوزی برای برقراری روابط نامشروع میان زن و مرد که در قانون مجازات اسلامی جرم‌انگاری شده و در مواد ۲۲۴ به بعد (حدود) و ۶۳۷ (تعزیرات) ق.م.ا. برای آن مجازات تعیین شده است، نخواهد بود (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۲۴۲؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۷۹). همچنین ترتب آثار بر نسب نامشروع که در ادامه

اسلامی با مبانی حقوق بشر در اسلام نیز منافات دارد؛ زیرا مطابق قرآن کریم حق کرامت ذاتی «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ...» (اسراء: ۷۰) و کرامت ارزشی اگر کسب کرده باشند، فی الجمله در مورد آنان ثابت است (جعفری، ۱۳۷۰، ص ۲۷۸ و ۳۹۳). از این رو، باید از وجود این سرمایه انسانی در توسعه و سازندگی جامعه اسلامی بهره برد و دولت اسلامی نباید آنها را از چنین مشارکتی محروم سازد. با عنایت به اینکه وظیفه دانش حقوق و حقوق دانان علاوه بر دفاع از عدالت، حمایت از ناتوانان و ضعیفان هم هست؛ به منظور دستیابی به این اهداف که به نظر می‌رسد در قالب حمایت‌های مادی و معنوی از فرزند تولد یافته از زنا و حفظ و رعایت حقوق آنان تبلور می‌یابد؛ و از آنجا که پیدایش چنین مولودی توسط دو فرد متجاوز به حریم قانون و شرع بوده است که نسبت به قانون هنجارشکنی کرده‌اند، نفس به وجود آمدن این طفل ضرر است (گرچی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۲۱-۴۲۲)؛ لذا تاوانش را صاراً (والدین زناکارش) باید بپردازند (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۹۹). اینکه تحت چه عنوانی باید جبران ضرر شود، اتخاذ تصمیم با نظام و حکومت است؛ که در این راستا حکومت می‌تواند ذیل یک عنوان یا حتی بدون عنوان، جبران ضرر ایشان را لحاظ کند. طبیعتاً در دنیای امروز، جبران ضرر غیر از بحث قصاص که تشفی صدر اشخاص است، بقیه آنها مالی می‌باشد (دیه) (مؤمنی، ۱۳۹۷، ص ۴۹۱). بنابراین، این ضرر نیز می‌بایست رفع و جبران شود و بدین ترتیب والدین زناکار ملزم شوند که بر حسب استطاعت مالی آنان، از عهده جبران ضرر به نفع اطفال نامشروع برآیند تا بدین وسیله نیازهای مالی ایشان نیز رفع شود و به نحو مناسب تأمین گردد و مانند فرزندان قانونی و مشروع، آنها هم بتوانند ادامه حیات داده، تحصیل کنند و قدرت اشتغال داشته باشند و مانند آن.

پاره‌ای از اشخاص معاصر (صادقی تهرانی، ۱۳۸۴، ص ۳۴۸، مسئله ۷۳۹) بر این باورند که زنازادگان همچون حلال‌زادگان از پدران و مادرانشان و از دیگر خویشاوندانشان ارث می‌برند، چنان‌که به آنها نیز ارث می‌دهند و در مقام استدلال مرقوم کرده‌اند: زیرا «أَوْلَادِكُمْ» [در آیه شریفه: «يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ...» (نساء: ۱۱)، اطلاق و عمومش] آنان را نیز مانند دیگران زیر پوشش خود می‌گیرد، و «الولد للفراش وللعاهر الحجر»

معاصر با عنایت به نظر شاذی که از سوی برخی اصحاب متقدم امامیه (شیخ صدوق، ابوصلاح حلبی و ابوعلی) ارائه شده و معتقدند ولد نامشروع از مادر و بستگان مادری ارث می‌برد؛ بر این باورند: «تصور ما این است که اینها در کل مسئله قائل به توارث هستند؛ ولی چون پدران، غالباً در فرزندان نامشروع، ناشناخته‌اند، از آن جهت ارث از پدر و بستگان پدری را نگفته‌اند» (حامدی و مکارم، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۱۵). در حقوق ایران صرف‌نظر از قانون مدنی، در رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۶/۴/۳-۶۱۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز بر عدم توارث میان فرزند نامشروع و پدر و مادر و اقوام آنان تصریح شده که هر دو از فقه امامیه الهام گرفته‌اند و در نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۱۳۷۷/۷/۲۵-۷/۵۲۴۹ نیز همین عقیده بیان شده است (رحیمی اصفهانی، ۱۳۹۰، ص ۷۹).

در توجیه محرومیت مالی طفل نامشروع می‌توان گفت برابری حقوق چنین اطفالی با کودکان ناشی از نکاح، به منزله انکار ضرورت تشکیل خانواده است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۸)؛ زیرا اگر تمایلات زن و مرد به همدیگر قانون‌مند نباشد، کسی تعهد در قبال زن و فرزند یا شوهر و فرزندان را نمی‌پذیرد و مشکلات ناشی از مسئولیت‌پذیری در خانواده و سختی‌های هزینه زندگی را تقبل نمی‌کند؛ بلکه به صورت حیوانی نیازهای جنسی خویش را ارضا کرده و با ولگردی عمر خودش را به پایان می‌برد. همچنین منشأ فساد اقتصادی نیز هست؛ چراکه نداشتن تعهد و مسئولیت خانوادگی موجب می‌شود تا فرد به اندازه نیازهای خود فعالیت کند. از آنجا که نیازهای فردی محدود است، فعالیت و تلاش اقتصادی نیز کاهش یافته و فقر اجتماعی رواج می‌یابد (مؤمنی، ۱۳۹۷، ص ۷۸). بنابراین این امر، با سنت‌های مذهبی و فقهی در حمایت از خانواده قانونی و پیش‌گیری از گسترش روابط نامشروع نیز قابل توجیه است، به نحوی که این تفاوت در ارث، نه تنها در فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام و قانون مدنی ایران، بلکه در فقه اهل سنت و بعضی از قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی، حداقل در مورد رابطه میان ولد زنا و پدر زانی وی پذیرفته شده است (صفایی، ۱۳۸۷ الف، ص ۹).

باید یادآور شد اطفال نامشروع، اختیاری در تولد خویش و نقشی در گناه والدین متخلف خود نداشته‌اند؛ به گونه‌ای که برخی از ادله نقلی «... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى...» (اسراء: ۱۵) و عقلی بر آن دلالت دارد. مضافاً به اینکه طرد و تحقیر آنان از جامعه

[حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۴، ص ۵۶۵]؛ که فرزند مال شوهر زن است و برای زناکار سنگ است؛ موردش تنها جایی است که معلوم نباشد که این فرزند از زنا و یا از حلال است. ولی چنانچه فرزندی به وجود آمد که معلوم است این فرزند حرام‌زاده از چه کسی است، و یا اینکه نطفهٔ مرد به وسیله‌ای حرام داخل رحم زنی دیگر شده؛ اینجا هم مانند فرزند حلال و فرزند شبهه است که هم ارث می‌برد و هم ارث می‌دهد. بالاخره فرزندی که معلوم باشد پدر و مادرش کیست، میان او و پدر و مادرش هم ارث ثابت است؛ چه فرزند شبهه باشد یا زنا و یا اینکه نطفه به وسیلهٔ تزریق داخل رحم زنی دیگر شده و یا هر وسیلهٔ حرام دیگر در بارداری زن. و آیا زنازاده‌ای که احیاناً با ایمان‌تر از دیگران است، به جرم پدر ملعونش که زنا کرده، باید از ارث محروم باشد (همان؛ صادقی تهرانی، ۱۳۹۰، ص ۳۲-۳۳)؟! دیدگاه مرقوم، خلاف مسلمات و ضرورت مذهب امامیه است. چنان‌که بررسی‌های انجام‌یافته نشان می‌دهد فقیه صاحب نامی در مذهب اهل‌بیت<sup>ع</sup> که به دیدگاه مذکور معتقد باشد و مطابق آن فتوا داده باشد، پیدا نشده و از این‌رو، قابل خدشه است؛ زیرا در جایی که نص خاص و بیان معصومانه «... الولد لعینه لایورث» (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۵، ص ۲۱۴، ح ۱) مبنی بر عدم توارث میان فرزند نامشروع با والدین و دیگر اقاربت وجود دارد (مامقانی، بی‌تا، ص ۳۵۵؛ بجنوردی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۴۸)، مجالی برای نظر اجتهادی نیست.

### ب. نفقه

فقیهان امامیه قرابت نسبی را یکی از اسباب تعلق نفقه می‌دانند (حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۰۳؛ محقق حلی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۳۹۷؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۶۵). بنابراین مطابق قول مشهور چون فرزند نامشروع به زن و مرد زناکار منتسب نمی‌شود، در نتیجه قرابتی هم میان ایشان وجود ندارد؛ لذا آنان تکلیفی در مورد انفاق بر چنین اطفالی نخواهند داشت (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۷۴-۲۷۵؛ ج ۲۹، ص ۲۵۶-۲۵۷؛ طباطبایی، ۱۴۲۲ق، ج ۱۰، ص ۱۲۹). البته در تألیفات اکثر فقها، چه در مبحث نفقات و یا در مباحث دیگر که دربارهٔ آثار نسب بحث کرده‌اند، راجع به نفقهٔ این قبیل اطفال با صراحت سخنی به میان نیآورده‌اند؛ لذا نتیجه مذکور از ظاهر کلمات ایشان مستفاد می‌گردد. بر طبق بررسی‌های انجام‌یافته در فقه مذاهب اهل سنت نیز صرف‌نظر از مواردی که با فقه امامیه اتفاق نظر دارند و بدان تصریح

کرده‌اند، به‌طور خاص متعرض جمیع حقوق و تکالیف فرزند ناشی از زنا نشده‌اند. معهذاً برخی از فقهای جمهور به عدم الزام مرد زناکار در خصوص انفاق به فرزندی که از رابطه نامشروع او تولد یافته است، تصریح کرده‌اند (ابن‌قدامة، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۸۵). مسئله در اینجا نیز، از نقطه نظر فقهای قائل به الحاق نسب نیز روشن است، در نتیجه بسان فرزند حلال‌زاده، زانی مکلف به انفاق می‌باشد (بجنوردی، ۱۴۲۴ق، ج ۴، ص ۴۸؛ مامقانی، بی‌تا، ص ۳۵۵). به هر تقدیر اکثر فقیهان معاصر بر وجوب پرداخت نفقه ولدالزنا از سوی پدر عرفی‌اش تصریح کرده‌اند (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۵؛ فاضل لنکرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۴۹؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۷۷)؛ که برخی از ایشان وجوب مذکور را با تسکین به سیرهٔ عقلا به اثبات رسانده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۳۱؛ حامدی و مکارم، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۱۶-۱۱۷).

همچنین بعضی دیگر از فقهای معاصر اعتقاد دارند نفقهٔ ولدزنا از بیت‌المال است، تا اینکه بالغ گردد و اگر به مادر منتسب بدانیم، مادر باید نفقهٔ او را بدهد و اگر مالی نداشت، بر عهده بیت‌المال است و اگر گفته شود به پدر منتسب می‌گردد، بر عهدهٔ پدر است نفقهٔ او را بپردازد و اگر ندارد، باید مادر و در غیر این صورت از بیت‌المال مسلمین داده شود (علوی، ۱۴۱۵ق، ج ۱، ص ۲۷۹). در حقوق ایران تا قبل از صدور رأی وحدت رویه، از آنجاکه مطابق ماده ۱۱۶۷ ق.م. طفل متولد از زنا به هیچ‌یک از پدر و مادر خود منتسب نمی‌شود، بنابراین استحقاق مطالبهٔ نفقه را به‌عنوان نفقه اقارب به استناد ماده ۱۱۹۹ ق.م. که خود نیز ملهم از فقه امامیه (حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۱۵؛ محقق حلی، ۱۴۲۶ق، ج ۲، ص ۴۰۴؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۷۳) است، نخواهد داشت. به هر حال از آنجاکه این کودکان محتاج به انفاق و سرپرستی هستند و چنان‌که پیش‌تر اشاره شد، هریک از حقوق‌دانان به نوعی با این مسئله مواجه شده و در جهت حمایت از ایشان، راهکاری را فراروی تشنگان عدالت قرار داده‌اند. برخی استادان در این خصوص اظهارنظر کرده‌اند: انفاق به کسی که محتاج است از واجبات کفایی بوده و عقل و وجدان اجتماعی بر متمکنین لازم می‌داند که از او نگهداری، و به او انفاق کنند و پدر و مادری که سبب ایجاد طفل بوده‌اند، از دیگران نسبت به آن طفل اولی هستند. بنابراین شایسته است پدر و مادر را از باب تسبیب، ملزم به انفاق طفل دانست (امامی، ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۹۳). جمعی دیگر از حقوق‌دانان با ارائه دیدگاهی مشابه، با توجه به مصلحت جامعه و طفل بی‌گناه از باب تسبیب و مسئولیت مدنی (قانون مسئولیت مدنی مصوب



شماره ۱۳۷۳/۶/۷-۷/۳۸۴۷ بر جرم بودن ترک انفاق متولد از زنا تصریح کرده (رحیمی اصفهانی، ۱۳۹۰، ذیل ص ۱۶۴) و هم‌اکنون مرتکب مطابق ماده ۶۴۲ (تعزیرات) قانون مجازات اسلامی، قابل تعقیب و مجازات است.

## ۳-۲. آثار غیرمالی

### الف. رعایت موانع نکاح

در فقه امامیه به‌رغم اینکه مطابق نظر مشهور طفل ناشی از زنا به زانی منتسب نمی‌شود (میرزای قمی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۹۸-۱۹۹)؛ لکن در خصوص ممنوعیت نکاح دختر یا پسر متولد از زنا با پدر و مادر خود، میان فقیهان اتفاق نظر وجود دارد، به جهت آنکه اطفال حاصل از زنا هرچند بنا به رأی اکثر، فاقد نسب شرعی هستند؛ با این حال وجود نسب طبیعی میان ایشان مورد انکار قرار نگرفته است. لذا اطفال نامشروع با عنایت به اینکه در لغت عنوان فرزند بر آنان صدق می‌کند و اصل، عدم نقل معنای لغوی به معنای شرعی است (فاضل هندی، ۱۴۲۰، ج ۷، ص ۱۲۵؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۲۰۲؛ محقق حلی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۳۲۹). مضافاً به اینکه برای این مهم به اجماع نیز استناد شده است (حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۶۱۳). بنابراین مشمول رعایت حرمت یادشده در آیه شریفه «حُرِّمَتْ عَلَیْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ...» (نساء: ۳۳) می‌باشند (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۱). اجماع مذکور که برای اثبات تحریم نکاح میان مرد زناکار با دخترش بدان تمسک جسته‌اند، اگرچه از سوی پاره‌ای از محققان مورد اشکال قرار گرفته (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۲۰۳)؛ اما مطابق احتیاط است (طباطبائی، ۱۴۲۲، ج ۱۰، ص ۱۲۹)؛ زیرا طریق احتیاط مقتضی منع نکاح با افرادی است که با فقدان نسب شرعی، رابطهٔ خونی و طبیعی میان آنان وجود دارد (طوسی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۳۱۱)؛ چراکه منع شارع از اطلاق لفظ ولد شرعی بر ایشان، مانع از تحقق رابطهٔ بنوت نمی‌شود (عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۲، ص ۳۳۶).

در فقه اهل سنت، جمهور فقها بر این باورند ولد زنا به لحاظ حرمت زناشویی، مانند فرزند مشروع تلقی می‌شود؛ زیرا اطلاق فرزند بر طفل (دختر حاصل از زنا) بر سبیل حقیقت است. بنابراین آیهٔ شریفه‌ای که حرمت ازدواج با مادران و دختران را بیان می‌کند (نساء: ۳۳) او را دربر می‌گیرد؛ لذا تفاوتی میان نحوهٔ تولد او به لحاظ مشروع یا نامشروع بودن آن وجود ندارد؛ زیرا آن دختر، پارهٔ تن زانی به‌شمار می‌رود (ابن قدامه، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۸۵؛ ابن قیم جوزیه، ۱۴۳۸، ج ۲، م ۲،

۱۳۳۹/۲/۷)، پدر و مادر را به پرداخت نفقه طفل ملزم دانسته‌اند (امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۵۳؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۴). بعضی حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳۳۹-۳۴۰) در این راستا ضمن نقد نظریه پیشین، به تبعیت از رویه قضایی فرانسه، برای مسئول شناختن والدین زناکار، به تعهد طبیعی آنان نسبت به نگهداری و تأمین معاش فرزندان حاصل از زنا استناد کرده‌اند. مطابق این نظریه، بر طبق قواعد عمومی تعهدات، اجرای تعهد به وفای دین طبیعی (جهت مطالعهٔ تفصیلی، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۴۷۸)، آن را به دین حقوقی تبدیل می‌کند. برخی اندیشمندان حقوق اسلامی در نقد نظریه فوق‌الذکر اظهار داشته‌اند: تعهد طبیعی اصولاً ضمانت اجرای قضایی ندارد و متعهدله نمی‌تواند قانوناً آن را مطالبه کند (مادهٔ ۲۶۶ ق.م) و اثبات التزام ضمنی به اجرای تعهد طبیعی نیز دشوار است (صفایی، ۱۳۸۷، الف، ص ۵) و در پاره‌ای از موارد غیرممکن بوده و گمان نمی‌رود که توسل به این نظریه، در عمل کارسازتر از نظریهٔ تسبیب و مسئولیت مدنی باشد (صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۴؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۷۸). صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به این بحث خاتمه داد و مطابق آن کلیه تعهدات والدین شرعی بر عهدهٔ والدین عرفی نهاده شد. بنابراین نفقهٔ طفل نامشروع بر طبق دستور ماده ۱۱۹۹ ق.م بر عهده پدر وی و پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، بر عهده اجداد پدری با رعایت الأقرب فالأقرب خواهد بود و در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها، نفقهٔ او بر عهده مادر است، و در صورت فوت مادر یا عدم قدرت وی به انفاق، بارعایت الأقرب فالأقرب، به عهدهٔ اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب‌النفقة است و اگرچند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجهٔ اقریبیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصهٔ مساوی تأدیه کنند. بنابراین با توجه به اینکه رابطهٔ میان پدر و مادر و فرزند عرفی، به استثنای توارث، مشابه روابط والدین و اولاد قانونی است، متقابلاً فرزند نامشروع نیز تکلیف انفاق به ابوین و اجداد و جدات پدری و مادری خویش دارد و تمام مقررات مربوط به نفقه اقارب که در مواد ۱۱۹۶-۱۲۰۶ ق.م ذکر شده، در این زمینه اعمال می‌گردد و ابهامی در این خصوص وجود ندارد تا جای تردید و شبهه و ابراز نظر خلاف باشد (گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۶). چنان‌که ملاحظه می‌گردد برخی حقوق‌دانان چنین رابطهٔ متقابل و دوسویه‌ای را انکار کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۳۴۱).

خاطر نشان می‌سازد اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه مشورتی

مطابق قول مشهور فقهای امامیه در آن نسب شرعی هیچ‌گونه تأثیر و دخالتی ندارد؛ زیرا ملازمه‌ای میان انتقای نسب شرعی و حلیت نکاح ولد ناشی از زنا با زانی وجود ندارد، وقتی که مناط تحریم لغت باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۵۷-۲۵۹) و حرمت نکاح بین اقارب نسبی معین، به علت وجود رابطه خونی و طبیعی است که اثر وضعی و بیولوژیکی و ژنتیکی دارد. از این رو، با انتفاء نسب شرعی که امری اعتباری است، اثر وضعی آن زائل نخواهد شد و در این خصوص جای انکار یا تردید وجود ندارد؛ چنان که مطابق یافته‌های دانش پزشکی است (نواک و برک، ۱۳۸۳، ص ۱۵۷) و مخلوق از اسپرم یک مرد و تخمک یک زن، فرزند طبیعی و عرفی آنان محسوب می‌شود و عقل و شرع نیز با فطرت مخالفت ندارد و رابطه مسلم طبیعی در صورت شک، استصحاب می‌گردد (گرچی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۱-۴۱۲).  
قانون‌گذار ایران با توجه به دیدگاه اکثر قریب به اتفاق فقهای اسلام و به‌ویژه پیروی از اتفاق نظر موجود میان فقیهان امامیه، در خصوص رعایت حرمت نکاح، میان فرزند مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده و در ماده ۱۰۴۵ ق.م.بر ممنوعیت نکاح با اقارب نسبی، هر چند تولد یافته از زنا باشد، تصریح کرده است.

### ب. حضانت

در بحث حضانت اطفال نامشروع میان فقهای امامیه دو دیدگاه وجود دارد. برخی به دلیل عدم انتساب طفل ناشی از زنا به زن و مرد زناکار اظهار داشته‌اند: نگهداری از زنازاده واجب کفایی است، که بایستی هزینه او از بیت‌المال تأمین شود (موسوی گلپایگانی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۲۳۶). در حالی که پاره‌ای دیگر اعتقاد دارند این امر بر عهده پدر عرفی و زانی است. البته در صورتی که پسر باشد، تا دو سال و اگر دختر باشد تا هفت سال حق حضانت با مادر است و بعد از آن با پدر عرفی است (فاضل لنکرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۴۹)؛ که در واقع حضانت اطفال متولد از زنا را در حکم سایر اولاد دانسته‌اند (کریمی، ۱۳۶۵، ج ۱، ص ۱۴۹). در توجیه نظریه اخیر بعضی از فقهای معاصر یادآور شده‌اند که با عنایت به سیره عقلا (ر.ک: مظفر، ۱۳۸۷، ص ۴۹۰-۴۹۱) که پدر و مادر را بر حضانت فرزندان ملزم دانسته و مسئول می‌داند و این سیره در زمان پیامبر اکرم ﷺ و ائمه اطهار ﷺ نیز وجود داشته است، بنابراین بعید نیست که این سیره مانند وجوب پرداخت نفقه، دلیل و حجت بر وجوب حضانت اطفال نامشروع بر والدین‌شان باشد و نیز متذکر شده‌اند

ج ۴، ص ۲۸۸؛ م ۱، ج ۲، ص ۲۴۶) و نسب واقعی از او نفی نمی‌شود (کاسانی حنفی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۸۲). با این حال از قول مالک و شافعی (ابن‌قدمه، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۸۵) نقل شده که ازدواج دختر ناشی از زنا با پدر (زانی) خود، خواه زانیه مطاوعه کرده یا مطاوعه نکرده باشد، حرام نیست؛ بلکه جایز است (شربینی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۲۱۴) و در صورت وقوع چنین نکاحی، عقد مزبور فسخ نمی‌شود (فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۴۴۰). مراد از جواز یادشده در کلام معتقدان نظریه مذکور، کراهت است (زیدان، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۲۰۳). چنان که فقهای شافعی نیز حلیت فوق‌الذکر را بنا بر وجه کراهت دانسته‌اند (شربینی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۲۱۴؛ مطیعی، ۱۴۲۷ق، ج ۱۷، ص ۲۲۱). همچنین در خصوص علت کراهت در این زمینه، میان ایشان اختلاف نظر وجود دارد که برخی از آنان، آن را از باب عمل به قاعده «استحباب خروج از خلاف فقهی» (ر.ک: امیدی و افسری، ۱۳۸۶، ص ۴۶) اظهار کرده‌اند (فیروزآبادی شیرازی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۴۴۰؛ مطیعی، ۱۴۲۷ق، ج ۱۷، ص ۲۲۱). مع‌الوصف قائلان این نظریه در مقام استدلال ابراز داشته‌اند: آنان نسبت به یکدیگر بیگانه‌اند و دختر مذکور شرعاً به پدرش ملحق و منتسب نمی‌شود (ابن‌قدمه، بی‌تا، ج ۷، ص ۴۸۵)؛ زیرا آبی (منی و نطفه مرد) که در اثر عمل زنا منشأ تکون طفل (دختر) می‌شود، احترامی ندارد (شیخ‌الاسلام، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۳۲). به همین دلیل، دیگر احکام، نظیر ارث و غیر آن، که از آثار حقوقی مترتب بر نسب مشروع است، در بین آنها منتفی است. بنابراین تبعیض میان احکام، بنا بر آنچه مخالفان قائل‌اند مبنی بر اینکه عدم توارث به اجماع ثابت شده است، وجود ندارد. همچنین بر زانیه و سایر محارم او، ازدواج با پسری که از زنا تولد یافته، به دلیل اجماع حرام است. این تفصیل به جهت آن است که پسر به‌مثابه عضوی از زانیه (مادر) است که به صورت انسانی کامل از او جدا گشته است، حال آنکه چنین نسبتی میان نطفه‌ای که دختر از آن به وجود آمده و پدر زناکارش برقرار نیست (شربینی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۲۱۴).

به هر تقدیر به نظر می‌رسد ادله استنادی قائلان به جواز نکاح مذکور (مطیعی، ۱۴۲۷ق، ج ۱۷، ص ۲۲۱) ولو توأم با کراهت باشد، ضعیف بوده (زیدان، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۲۰۴) و موجه نیست. مضافاً به اینکه تحریم نکاح با محارم فطری و ذاتی است و از احکام شرعی تعبدی نیست (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۲۵۹) و حتی

۱۳۹۰، ص ۲۰۸ و ۲۱۰). برخی حقوق دانان یادآور شده‌اند در واقع رأی مزبور، سکوت قانون‌گذار را به معنای نفی تلقی نکرده است (شیری، ۱۳۹۵، ص ۲۳۷). همچنین با اصلاح ماده ۱۶۹ ق.م و تبصره الحاقی آن، که در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ به تأیید مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید؛ اولویت حضانت برای مادر طفل، اعم از پسر و دختر تا ۷ سال در نظر گرفته شده و پس از ۷ سال نیز در صورت بروز اختلاف میان پدر و مادر، تعیین اولویت با توجه به مصلحت طفل به تشخیص دادگاه خواهد بود.

### ج. ولایت قهری

در خصوص ولایت پدر و جد پدری بر اطفال نامشروع در فقه امامیه اختلاف است. مشهور فقیهان چنین امری را برای ایشان ثابت نمی‌دانند؛ زیرا همگام با نظر اکثر فقهای اهل سنت، طفل ناشی از زنا را به زانی منتسب نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۹، ص ۲۵۷-۲۵۹؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۷، ص ۲۰۳؛ ابن‌رشد، ۱۴۲۴، ص ۶۳۰؛ ابن‌قدامه، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۳۱؛ زحیلی، ۱۴۲۵، ج ۱۰، ص ۷۲۴۹-۷۲۵۰). بعضی دیگر آن را ثابت دانسته، به طوری که در پاسخ به سؤالی در این خصوص اظهار داشته‌اند: «ظاهراً ولایت و سرپرستی ولد با پدر عرفی و زانی است» (فاضل لنگرانی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۴۹). در تأیید نظر گروه نخست پاره‌ای از محققان استدلال کرده‌اند ولایت داخل در عنوان «الولد للفراش» است و ولد غیرشرعی حکمی ندارد؛ زیرا در مورد ولایت اشخاص، اصل، عدم ولایت فردی بر فرد دیگر است. لذا در این زمینه دلیلی بر ثبوت آن برای صاحب نطفه (پدر طفل حاصل از زنا) وجود ندارد. بنابراین حکم به نفی ولایت در حق او لازم می‌آید (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۴۳۱؛ حامدی و مکارم، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۱۶-۱۱۷). استدلال مذکور موجه نیست و در نقد آن باید اشاره کرد قائلان این استدلال چنان که گذشت در خصوص حضانت که نوعی ولایت محسوب می‌شود (صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۹۸) و عبارت از ولایت و سلطنت بر تربیت طفل و متعلقات آن از قبیل گذاردن او در بستر، سرمه کشیدن به چشمان وی، پاکیزه کردن و شستن لباس‌های او و مانند آن است (حلی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۰۱؛ همو، ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۱۲؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۵، ص ۴۵۸؛ همو، ۱۴۲۵، ج ۸، ص ۴۲۱) و در هر حال به منظور حفظ و نگهداری کودک است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۱، ص ۲۸۴) با تمسک به سیره عقلا آن را

استدلال مذکور حتی اگر از قوت بیشتری برخوردار نباشد، حداقل به احتیاط نزدیک‌تر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ق، ص ۴۳۱؛ حامدی و مکارم، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۱۱۶-۱۱۷).

همچنین دیدگاه دوم با نظر برخی متقدمان که عدالت را در حاضن شرط ندانسته‌اند (حلی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۰۲) سازگاری دارد. در حقوق ایران اگرچه مطابق ماده ۱۱۶۷ ق.م طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود و در قانون مدنی نسبت به حضانت اطفال نامشروع حکمی مقرر نشده است؛ لکن مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ ق.م که مربوط به نگهداری و تربیت اطفال است، از اطفال مشروع نیز سخنی به میان نیاورده؛ بلکه ناظر بر مطلق کودک و فرزند است؛ بنابراین اشکالی ندارد حق و تکلیف مربوط به والدین در خصوص اولاد به طور مطلق و اعم از مشروع باشد و اطفال نامشروع به دلیل عدم تصریح مقنن از قواعد حضانت مستثنا نگردند؛ زیرا اگر این قبیل کودکان مورد حمایت و تحت سرپرستی و حضانت والدین خویش قرار نگیرند، مشکلات و زیان‌های فردی و اجتماعی متعددی را پدیدار خواهد ساخت که جبران‌ناپذیر است؛ مضافاً به اینکه بر تکلیف و معضلات دولت نیز می‌افزاید (گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۲-۴۱۳). از این رو، از سوی بعضی استادان حمایت‌هایی از نظر نصف و عدالت اجتماعی (امامی، ۱۳۸۳، ج ۵، ص ۱۹۲) و یا تحت عنوان قیم و نیز از باب مسئولیت مدنی و به عنوان جبران خسارت

(صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۱۳) ارائه گردید. همچنین پاره‌ای تردیدها در این خصوص وجود داشت (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۶۱)، تا اینکه ابهام موجود در مقررات یا سکوت و اجمال در این راستا با صدور رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۶/۴/۳-۶۱۷ مرتفع گردید که با توجه به رأی مذکور، بدون تردید مطابق ماده ۱۱۶۸ به بعد ق.م، حضانت و نگهداری اطفال نامشروع، حق و تکلیف ابوبین عرفی است و به همان ترتیبی که در مواد ۱۱۶۸ تا ۱۱۷۹ ق.م ذکر شده، والدین بایستی از طفل خود مواظبت کرده و در حدود توانایی به تربیت وی برحسب مقتضی اقدام کنند و نباید او را مهمل بگذارند و حتی در حدود تأدیب، حق تنبیه او را دارند (گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۵). چنان که ملاحظه می‌شود رفع ابهام یادشده در نظریه مشورتی شماره ۱۳۷۹-۱۲/۱۲-۱۳۷۷ و ۱۳۹۲-۷/۱۰-۲۷-۱۳۸۰ اداره حقوقی قوه قضائیه به چشم می‌خورد؛ آنجا که با صراحت حضانت و نگهداری طفل متولد از زنا را بر عهده والدین طبیعی او نهاده است (رحیمی اصفهانی،

وحدت رویه فوق‌الذکر، طفل واقعی و طبیعی پدر است که از صلب وی به وجود آمده و فرد یادشده، پدر عرفی کودک است و روابط حقوقی بین آنها، همان روابطی است که میان اولاد شرعی و والدین وجود دارد؛ چراکه اولاد غیرشرعی منحصرأز ارث بردن محروم هستند. به دلیل اینکه ولایت قهری تکلیف قانونی است که بر عهده ولی قهری به منظور حمایت از کودک و سایر مجبورین قرار دارد؛ لذا پدر و جد پدری همان‌طور که تکلیف حضانت و تربیت و انفاق دارند، موظف به سرپرستی از کودک و اداره اموال وی هستند. بنابراین ولایت، حق یا امتیازی نیست که خاص فرزندان مشروع باشد و دلیل و مستند قانع‌کننده‌ای نیز در این زمینه وجود ندارد. به هر تقدیر جزای عمل پدر متخلف مقتضی پذیرش این تکلیف است و از باب احسان می‌توان برای جد پدری که در واقع این فرزند، عضو خانواده او به‌شمار می‌رود و از باب تکلیف انفاق متقابل، چنین تکلیفی را برای او در نظر گرفت (گرچی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۹-۴۲۰).

با توجه به رأی وحدت رویه پیش‌گفته، دیدگاه اخیر مبنی بر ولایت پدر و جد پدری بر ولد زنا (امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۵۲) با مصلحت طفل سازگارتر است. مضافاً به اینکه پاره‌ای از شارحان قانون مدنی به تبعیت از فقیهان امامیه (حلی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۳۳۳) یادآوری کرده‌اند که عدالت شرط ولایت پدر و جد پدری نیست، و با وجود فسق آنان، باز هم حاکم ولایت ندارد (حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۰۴۴) و موجب سلب ولایت از ایشان نمی‌شود (فاضل هندی، ۱۴۲۰ق، ج ۷، ص ۷۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۳). از این رو، ملاحظه می‌شود دیدگاه مذکور، چندان با فقه بیگانه نیست.

در خصوص وجود یا عدم اجازه پدر یا جد پدری در نکاح دختر باکره که مطابق دستور ماده ۱۰۴۳ ق.م.ا.ج.ا اگرچه به سن بلوغ رسیده باشد، موقوف به اجازه آنان است؛ باید متذکر شویم پاسخ این مسئله به مبنایی برمی‌گردد که در این راستا برگزیده‌ایم. در نتیجه، چون ولایت را برای ایشان ثابت می‌دانیم؛ دختران متولد از رابطه نامشروع همچون سایر دختران متولد از رابطه قانونی و مشروع، نمی‌توانند نسبت به انشای عقد نکاح شخصاً اقدام کرده و به همسری فردی درآیند و هرگاه بدون کسب اذن به انشای عقد نکاح مبادرت ورزند و پدر و جد پدری نکاح مزبور را تنفیذ نکنند، در صورت اقامه دعوی بطلان از سوی آنان، دادگاه صالح نسبت به صدور حکم شایسته اقدام خواهد کرد.

برای ولد نامشروع به اثبات رساننده و بر زانی واجب می‌دانند؛ بنابراین به نظر می‌رسد از باب اتحاد طریق (وحید بهبهانی، ۱۴۲۴ق، ص ۱۴۹) و با تمسک به سیره عقلا، ولایت پدر نیز ثابت است؛ در نتیجه مجالی برای جولان اصل عدم باقی نمی‌ماند. در قانون مدنی تعریفی از ولایت قهری نشده است؛ اما حقوق دانان با توجه به مواد ۱۱۸۰ به بعد قانون مذکور، آن را به معنای قدرت و اختیار قانونی دانسته‌اند که به موجب قانون به فردی جهت اداره امور مالی و غیرمالی صغار و سایر مجبورینی که حجر آنها متصل به صغر است، تا زمان رفع حجر محول گردیده که در واقع نوعی تکلیف اجباری است (گرچی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۹؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۱، ج ۲، ص ۱۶۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۲۰۲).

در اینکه طفل نامشروع مانند طفل مشروع، تحت ولایت قهری پدر و جد پدری عرفی است؛ یا اینکه او فاقد چنین حقی به لحاظ حقوقی است؛ از دو منظر قابل بررسی است. یکی اینکه کسی که به‌طور غیرقانونی صاحب اولاد شود، ولایتی بر او نداشته و حق اداره اموال او را ندارد؛ زیرا رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷-۱۳۷۶/۴/۳ دیوان عالی کشور صرفاً در مقام بیان تکالیف قانونی پدر عرفی بوده و ناظر به حقوق وی نیست؛ و از طرف دیگر قانون مدنی در حقیقت قانون مادر و اصلی بوده و رأی وحدت رویه، به صورت موردی و مقطعی به منظور حل مشکلات اجتماعی صادر شده و نمی‌توان رأی مذکور را به طور موسع تفسیر کرد و آن را به کلیه اختیارات پدر قانونی سرایت داد. لذا وقتی که پدر بر طفل طبیعی خود ولایت نداشته باشد، به طریق اولی جد پدری نیز ولایت نخواهد داشت. بنابراین این قبیل اطفال فاقد ولی خاص می‌باشند و مطابق بند یک ماده ۱۲۱۸ ق.م.بایستی برای آنان قیم نصب شود.

از ملاحظه چندین نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه چنین مستفاد می‌گردد که اساس استدلال در آنها بر همین مبنا استوار است. به عنوان مثال در نظریه شماره ۷/۹۳۲-۱۶-۱۳۷۸/۳ آمده است: «طفل ناشی از زنا از جهات ارث و ولایت به زانی و زانیه ملحق نمی‌شود؛ یعنی بین آنها توارث و ولایت نیست...» (رحیمی اصفهانی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۸). همچنین نظریه شماره ۷/۸۷۴۹-۱۲/۱۲-۱۳۷۷ و نظریه شماره ۲۰-۷/۵۱۱۴-۱۳۷۷/۲۰ دیگر نظریات مشابه که در این خصوص بیان شده‌اند (همان، ص ۲۰۷). دیگر آنکه بدون تردید فرزند نامشروع تحت ولایت قهری پدر و جد پدری قرار دارد؛ زیرا چنین طفلی طبق رأی

#### د. اخذ شناسنامه، نام خانوادگی و تابعیت

همه محاکم صلاحیت‌دار به موجب تصریح رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۶/۴/۳-۶۱۷ مکلف به صدور حکم بر الزام پدر عرفی طفل به اخذ شناسنامه با نام خانوادگی خود هستند که پس از قطعیت، حکم به مرحله اجرا درخواهد آمد و هرگاه پدر حکم را اجرا نکند و اجبار وی ممکن نباشد، دادگاه یک نسخه از دادنامه قطعی شده را برای صدور شناسنامه به اداره ثبت احوال محل ولادت طفل ارسال می‌کند و مفاد حکم اجرا می‌شود (گرجی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۴۱۸). بدین ترتیب فرزند نامشروع می‌تواند از نام خانوادگی پدر طبیعی خود برخوردار گردد و از این لحاظ، تفاوتی میان اطفال متولد از رابطه مشروع و نامشروع وجود ندارد (صفایی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۴۳؛ صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۹۴، ص ۹۶). بنابراین در حقوق امروز، اعلام ولادت نوزاد به اداره ثبت احوال و اخذ شناسنامه با نام پدر برای فرزند نامشروع اجباری می‌باشد (امامی، ۱۳۹۲، ص ۲۵۶؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲، ص ۳۷۸). در خصوص تابعیت این قبیل فرزندان می‌توان از مفاد رأی وحدت رویه مذکور استفاده کرد و آنها را نیز مشمول بند (۲) یا بند (۳) ماده ۹۷۶ قانون مدنی دانست که ناظر به کسانی است که در ایران متولد شده و پدر و مادر آنان غیرمعلوم می‌باشند (شیروی، ۱۳۹۵، ص ۲۴۸).

#### نتیجه‌گیری

برخلاف دیدگاه مشهور فقیهان امامیه که الهام‌بخش قانون‌گذار ایران در قانون مدنی نیز بوده است، نفی توارث میان زانی و فرزند حاصل از زنا از دیدگاه شرع، به‌منزله انتقای رابطه نسبی موجود میان آنان نیست؛ لذا براساس ادله‌ای که استنباط می‌شود و اختلاف آراء موجود، نسب شرعی در زنا نیز می‌تواند وجود داشته باشد و ولد الزنا لغتاً، عرفاً، شرعاً و حقیقتاً ولد محسوب می‌شود و به والدین خود منتسب می‌گردد. چنان‌که به تفصیل ذکر شد، در نظام قضایی ایران، با الهام از فتاوی فقهای معاصر، به‌ویژه امام خمینی<sup>ع</sup> و براساس رأی وحدت رویه شماره ۱۳۷۶/۴/۳-۶۱۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، همه آثار حقوقی نسب مشروع، به غیر از ارث، بر نسب نامشروع نیز مترتب می‌شود. تفاوت در ارث می‌تواند از ترویج و توسعه روابط نامشروع جلوگیری کند و از این حیث قابل توجیه است و شاید بتوان وجود این تفاوت را که به دلیل وجود بیان معصومانه است، یکی از

مظاهر ضرورت مذهب اهل بیت<sup>ع</sup> به‌شمار آورد. از این‌رو، دیدگاه خلاف آن، که از سوی بعضی اشخاص معاصر مطرح شده و اعتقاد دارند فرزندان حاصل از زنا همچون حلال‌زادگان از والدین و از دیگر خویشاوندان‌شان ارث می‌برند، چنان‌که به ایشان نیز ارث می‌دهند، قابل خدشه است. به هر تقدیر، نظر به اینکه حمایت از اطفال نامشروع و رعایت عدالت و انصاف در خصوص ایشان ضروری است، برای این مهم پیشنهاد می‌شود علاوه بر رعایت جنبه‌های معنوی و عاطفی و انجام اقدامات حفاظتی و تربیتی از سوی نظام و حکومت، در زمینه بهره‌مندی مادی نیز ضرورت دارد در راستای جبران ضرر وارد شده به طفل متولد از زنا و به منظور تأمین نیازهای مالی او، والدین قانون‌شکن وی را ملزم کند که از عهده جبران ضرر وارد شده به او برآیند. بدیهی است چنین الزامی مغایرتی با شرع مقدس، نظم عمومی، اخلاق حسنه و عرف محسنین نخواهد داشت.

منابع.....

حائری شاه‌باغ، سیدعلی، ۱۳۸۲، *شرح قانون مدنی*، چ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.

حرعاملی، محمدبن حسن، ۱۴۰۳ق، *وسائل الشیعه*، چ پنجم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

حسینی، سیدمحمد، ۱۳۸۵، فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی (عربی به فارسی - همراه با معادل انگلیسی)، چ دوم، تهران، سروش.

حلی، حسن‌بن یوسف‌بن مطهر، ۱۳۸۸ق، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل‌البتی.

\_\_\_\_\_، ۱۴۱۹ق، *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.

\_\_\_\_\_، ۱۴۲۰ق، *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الإمامیه*، قم، مؤسسه الامام الصادق.

راغب اصفهانی، حسین‌بن محمد، ۱۴۱۲ق، *مفردات الفاظ القرآن*، تحقیق و تصحیح صفوان عدنان داودی، بیروت، دارالقلم.

رحیمی اصفهانی، عباسعلی، ۱۳۹۰، *مجموعه قوانین و مقررات خانواده*، چ دوم، تهران، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری.

رضانیا معلم، محمدرضا، ۱۳۸۳، *باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق*، قم، بوستان کتاب.

زحیلی، وهبه، ۱۴۲۵ق، *الفقه الإسلامی وأداته*، چ هشتم، دمشق، دارالفکر المعاصر.

زیدان، عبدالکریم، ۱۴۲۰ق، *المفصل فی احکام المرأة و بیت المسلم فی الشریعة الاسلامیه*، چ سوم، بیروت، مؤسسه الرساله.

شربینی، شمس‌الدین محمدبن محمدخطیب، ۱۴۲۷ق، *معنی المحتاج الی معرفه معانی ألفاظ المنهاج*، تحقیق علی محمد معوض و عادل احمدعبدال موجود، بیروت، دارالکتب العلمیه.

شهیدی، مهدی، ۱۳۸۱، *ارث*، تهران، مجد.

\_\_\_\_\_، ۱۳۸۵، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، مجد.

شیخ‌الاسلام، سیدمحمد، ۱۳۷۴، *راهنمای مذهب شافعی*، چ پنجم، تهران، دانشگاه تهران.

شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۵، *حقوق خانواده (ازدواج، طلاق و فرزندان)*، تهران، سمت.

صادقی تهرانی، محمد، ۱۳۸۴، *رساله توضیح المسائل نوین*، چ سوم، تهران، امید فردا.

\_\_\_\_\_، ۱۳۹۰، *وصیت و ارث از دیدگاه کتاب و سنت*، قم، شکرانه.

صفایی، سیدحسین، ۱۳۸۱، *حقوق خانواده*، چ سوم، تهران، دانشگاه تهران.

\_\_\_\_\_، ۱۳۸۷الف، «آثار نسب نامشروع و رأی وحدت رویه مورخه ۱۳۷۶/۴/۳»، *پژوهش‌های اسلامی* (دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهید باهنر کرمان)، ش ۳، ص ۱-۱۱.

\_\_\_\_\_، ۱۳۸۷ب، *دوره مقدماتی حقوق مدنی: اشخاص و اموال*، چ هشتم، تهران، میزان.

صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، ۱۳۸۱، *حقوق خانواده*، چ سوم، تهران، دانشگاه تهران.

ابن ابی‌جمهور احسائی، محمدبن علی، ۱۴۰۵ق، *عوالی النالی العزیزیه*، قم، سیدالشهداء.

ابن‌رشد، محمدبن احمد، ۱۴۲۴ق، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، تحقیق عبدالرزاق المهدی، بیروت، دارالکتاب العربی.

ابن‌عابدین، محمدامین، ۱۴۲۶ق، *حاشیه ردالمحتار علی الدرالمختار شرح تنویر الأبصار*، بیروت، دارالفکر.

ابن‌قدمه، عبدالله‌بن احمد، بی‌تا، *المغنی*، بیروت، دارالفکر.

ابن‌قیم جوزیه، شمس‌الدین محمدبن ابی‌بکر، ۱۴۳۸ق، *اعلام الموقعین عن رب العالمین*، تحقیق عبدالرحمن فهمی الزواوی، قاهره، دارالغد الجدید.

ابن‌منظور، محمدبن مکرم، ۱۴۱۴ق، *لسان العرب*، تحقیق و تصحیح احمدفارس صاحب الجواب، چ سوم، بیروت، دارالفکر.

امامی، اسدالله، ۱۳۹۲، *مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه*، تهران، میزان.

امامی، میرسیدحسن، ۱۳۸۳، *حقوق مدنی*، چ چهاردهم، تهران، اسلامیه.

امیدی، جلیل و سالم افسری، ۱۳۸۶، «استحباب خروج از خلاف در مذهب شافعی»، *مقالات و بررسیها*، سال چهارم، ش ۸۶، ص ۴۵-۶۰.

بازگیر، یدالله، ۱۳۸۰، *قانون مدنی در آیین آراء دیوان عالی کشور «حقوق خانواده»*، چ دوم، تهران، فردوسی.

بجنوردی، سیدمحمدحسن، ۱۴۲۴ق، *القواعد الفقهیه*، تحقیق مهدی مهریزی و محمدحسین درایتی، قم، دلیل ما.

تهانوی، محمدعلی، ۱۹۹۶م، *موسوعه کشف اصطلاحات الفنون و العلوم*، زیر نظر رفیق العجم، تحقیق علی دحروج، بیروت، مکتبه لبنان ناشرون.

جبعی عاملی، زین‌الدین‌بن علی (شهید ثانی)، ۱۴۲۵ق، *مسالك الأفهام الی تنقیح سرائع الإسلام*، چ سوم، قم، بنیاد معارف اسلامی.

\_\_\_\_\_، بی‌تا، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیه*، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

جرجانی، علی‌بن محمد، بی‌تا، *معجم التعریفات*، تحقیق محمدصدیق منشاوی، قاهره، دار الفزیله.

جعفری، محمدتقی، ۱۳۷۰، *تحقیق در دو نظام حقوق جهانی بشر (از دیدگاه اسلام و غرب) و تطبیق آن دو بر یکدیگر*، تهران، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۶، *حقوق خانواده*، چ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.

\_\_\_\_\_، ۱۳۸۱، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، چ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.

\_\_\_\_\_، ۱۳۹۱، *الفارق: دائرة المعارف عمومی حقوق*، چ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.

جناتی، محمدابراهیم، ۱۳۸۶، *تطور اجتهاد در حوزه استنباط*، تهران، امیرکبیر.

حامدی، محمدرضا و مسعود مکارم، ۱۳۸۰، *کتاب النکاح: تقریرات مباحث خارج فقه آیت‌الله مکارم شیرازی*، قم، مدرسه امام علی‌بن ابی‌طالب.

- دار عالم الکتب.
- مظفر، محمدرضا، ۱۳۸۷، *اصول الفقه*، تحقیق و تعلیق عباسعلی زارعی سبزواری، چ پنجم، قم، بوستان کتاب.
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۵ق، *أنوار الفقاهه فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب ع.
- مکی عاملی، محمدبن جمال‌الدین (شهید اول)، ۱۴۱۷ق، *الدروس الشرعیه*، چ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله، بی‌تا، *تحریر الوسیله*، قم، دارالعلم.
- موسوی خوئی، سیدابوالقاسم، ۱۴۱۸ق، *موسوعة الإمام الخوئی*، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، ۱۴۰۹ق، *مجمع المسائل*، چ دوم، قم، دار القرآن الکریم.
- مؤمنی، عابدین، ۱۳۹۷، *حقوق جزای اختصاصی اسلام*، تهران، سمت.
- میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن محمدحسن، ۱۳۸۰، *جامع الشتات*، تحقیق، تعلیق و ترجمه عیسی ولایی، تهران، دانشگاه تهران.
- نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، *جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام*، تحقیق و تصحیح عباس قوچانی، چ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- نواک، امیل و جاناتان برک، ۱۳۸۳، *بیماری‌های زنان نواک - ۲۰۰۲*، ترجمه فاطمه داوری تنها و آریتا محمودان، تهران، مؤسسه فرهنگی انتشاراتی تیمورزاده و نشر طبیب.
- وحید بهبهانی، محمدباقربن محمد، ۱۴۲۴ق، *الفوائد الحائریه*، چ دوم، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۹۲، *مختصر حقوق خانواده*، چ سی و چهارم، تهران، میزان.
- صفايي، سيدحسين و حبيب‌الله رحيمي، ۱۳۸۹، *مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)*، تهران، سمت.
- صفايي، سيدحسين و سيدمرتضى قاسم‌زاده، ۱۳۹۴، *حقوق مدنی: اشخاص و محجورین*، چ بیست و یکم، تهران، سمت.
- طباطبایي حکيم، سيدمحسن، ۱۴۱۶ق، *مستمسک العروة الوثقى*، قم، مؤسسه دارالتفسیر.
- طباطبایي، سيدعلی، ۱۴۲۲ق، *رياض المسائل*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- طوسی، محمدبن حسن، ۱۴۱۷ق - الف، *النهايه و نکتها*، چ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۱۷ق - ب، *کتاب الخلاف*، چ سوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- علوی، سيدعادل، ۱۴۱۵ق، القصاص على ضوء القرآن و السنه: تقریرات آیت‌الله سیدشهاب‌الدین مرعشی نجفی، قم، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- عمیدی، سیدعمیدالدین، ۱۴۱۶ق، *کنزالفوائد فی حل مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- فاضل لنکرانی، محمد، بی‌تا، *جامع المسائل*، چ یازدهم، قم، امیر قلم.
- فاضل هندی، محمدبن حسن، ۱۴۲۰ق، *کشف النام عن قواعد الأحکام*، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- فرشیدورد، خسرو، ۱۳۸۴، *دستور مفصل امروز*، چ دوم، تهران، سخن.
- فیروزآبادی شیرازی، ابواسحاق، ۱۴۲۹ق، *المهذب فی فقه الإمام الشافعی*، تحقیق زکریا عمیرات، چ دوم، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- قبله‌ای، خلیل، ۱۳۷۸، «بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع»، *دیدگاه‌های حقوقی* (دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری دادگستری)، ش ۱۳ و ۱۴، ص ۱۱۵-۱۴۹.
- قرشی، سیدعلی اکبر، ۱۴۱۲ق، *قاموس قرآن*، چ ششم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۸، *حقوق مدنی: خانواده*، چ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۷۹، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، دادگستر.
- کاسانی حنفی، ابی‌بکر بن مسعود، بی‌تا، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالفکر.
- کریمی، حسین، ۱۳۶۵، *موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی*، قم، شکوری.
- گرگی، ابوالقاسم و همکاران، ۱۳۸۴، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، تهران، دانشگاه تهران.
- مامقانی، عبدالله، بی‌تا، *مناهج المتقین فی فقه أئمة الحق و البقین*، قم، مؤسسه آل‌البت ع.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، ۱۴۲۶ق، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تحقیق عبدالحسین محمدعلی بقال، چ سوم، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- محقق داماد، سیدمصطفی، ۱۳۸۴، *بررسی فقهی حقوق خانواده: نکاح و انحلال آن*، چ یازدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- مطیعی، محمدنجیب، ۱۴۲۷ق، *تکملة المجموع شرح المهذب*، چ دوم، ریاض،