کتابخانه تخصصی فقه و اصول
شماره ثبت ۱۸۲۹۸
ردیف

مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه

چاپ دوم با الحاقات و اضافات

دکتر اسدالله امامی

نشر میزان

سرشناسه : امامی، اسدالله، ۱۳۱۴ــ
عنوان و نام‌پدیدآور : مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه / اسدالله امامی.
وضعیت ویراست : (ویراست ۲)
مشخصات نشر : تهران: نشر میزان، ۱۳۹۲
مشخصات ظاهری : ۵۶۰ ص.
فروست : نشر میزان ۶۴۸
شابک : 978-964-511-447-1
وضعیت فهرست‌نویسی : فیپا
یادداشت : واژه‌نامه -- کتابنامه
موضوع : خویشاوندی (فقه) -- ایران
موضوع : خویشاوندی (حقوق) -- ایران -- فرانسه
موضوع : کودکان -- وضع حقوقی و قوانین
موضوع : کودکان -- سرپرستی (فقه) -- تغییر جنسیت (فقه)
حقوق کودک -- فرانسه -- حقوق تطبیقی -- فرزندخواندگی (فقه)
رده‌بندی کنگره : ۸الف۹خ/۶/۱۹۸ BP
رده‌بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۹
شماره کتابشناسی ملی : ۳۰۲۹۱۶۹

۶۴۸
نشر میزان
مطالعه تطبیقی نسب و تغییر جنسیت
در حقوق ایران و فرانسه
دکتر اسدالله امامی
چاپ اول: بهار ۱۳۹۲
قیمت: ۲۲۰۰۰ تومان
شمار: ۱۰۰۰ نسخه
شابک: ۱-۴۴۷-۵۱۱-۹۶۴-۹۷۸

دفتر مرکزی: خ شهید بهشتی، بعد از تقاطع سهروردی، خ کاووسی‌فر، کوچه نکیسا، پلاک ۳۲، تلفن ۸۸۵۴۹۱۳۱
فروشگاه مرکزی: خ انقلاب، روبروی درب اصلی دانشگاه تهران، ابتدای خ فخررازی، پلاک ۸۳، تلفن ۶۶۴۶۷۷۷۰
واحد پخش و فروش: خیابان سمیه، بین مفتح و فرصت، پلاک ۱۰۴، تلفن ۳۱-۸۸۳۴۹۵۲۹
پست الکترونیکی: mizannasher@yahoo.com وب سایت: www.mizan-law.ir



لَقَدْ اَرْسَلْنٰا رُسُلَنٰا بِالْبَيِّنٰاتِ وَ اَنْزَلْنٰا مَعَهُمُ
الْكِتٰابَ وَ الْمِيزٰانَ لِيَقُومَ النّٰاسُ بِالْقِسطِ

«سورهٔ حدید، آیه ۲۴»

فهرست مطالب

پیش‌گفتار ۲۱

مقدمه ۲۵

تعریف و اقسام نسب ۲۹

فصل اول ـ نسب مشروع ۳۵

تعریف نسب مشروع ۳۵

گفتار اول ـ اثبات نسب مشروع. ۳۹

بخش اول ـ وجود رابطهٔ زوجیت. ۴۰

بخش دوم ـ اثبات نسب مادری. ۴۷

بند اول ـ وضع حمل L' accouchement ۴۷

۱ـ شناسنامه و سندولادت L acte de naissance ۴۸

۲ـ وضعیت ظاهری Possession d Etat ۴۹

۳ـ شهادت شهود Le témoignage ۵۳

بند دوم ـ هویت و مشخصات مولود .L'identilé ۵۴

بخش سوم ـ اثبات نسب پدری ۵۷

بند اول ـ امارهٔ فراش La présomption de paternité ۵۸

الف ـ قلمرو و حد شمول قاعدهٔ فراش ۶۱

۱ـ تولد طفل در زمان زوجیت. ۶۱

اول ـ وقوع نزدیکی بین زوجین. ۶۲

دوم ـ تولد طفل بعد از گذشتن شش‌ماه از تاریخ نزدیکی ۶۶

سوم ـ نگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل. ۶۹

۲ ـ تولد طفل بعد از انحلال نکاح ۷۳
ب ـ ماهیت و مبنای حقوقی قاعدهٔ فراش..... ۸۰
ج ـ تحول و گسترش قلمرو امارهٔ فراش در حقوق فرانسه..... ۸٤
د ـ قدرت و اعتبار امارهٔ فراش..... ۹٦
بند دوم ـ ادله‌ی دیگر اثبات نسب پدری..... ۹۹
بخش چهارم ـ مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعوی نسب..... ۱۰۰
گفتار دوم ـ نفی ولد یا انکار ۱۰۲
بخش اول ـ انکار و نفی ولد در حقوق اسلام ـ (فقه امامیه) ۱۰۲
بند اول ـ پیدایش لعان و دلیل جواز آن در اسلام..... ۱۰۳
بند دوم ـ شرایط لعان..... ۱۰۵
بند سوم ـ آثار لعان..... ۱۰٦
بخش دوم ـ نفی ولد در حقوق مدنی ایران. ۱۰۸
بند اول ـ دلائل نفی ولد ۱۰۸
الف ـ عدم وقوع نزدیکی ۱۰۹
ب ـ نبودن سلول حیاتی) اسپرماتوزوئید) در منی شوهر..... ۱۰۹
ج ـ آزمایش پزشکی از راه تجزیه و گروه بندی‌خون..... ۱۰۹
هـ ـ لعان ۱۱۰
بند دوم ـ حدود و خصائص دعوی نفی ولد در حقوق ایران. ۱۱۲
الف ـ عدم پذیرش دعوی نفی ولد پس از اقرار به ابوت. ۱۱۲
۱ـ اقرار صریح و اقرار ضمنی. ۱۱٤
۲ـ شرایط صحت اقرا به نسب. ۱۱۵
اول ـ امکان تحقق نسب. ۱۱٦
دوم ـ تصدیق مقرله..... ۱۱۷
ب ـ مرور زمان دعوی نفی ولد..... ۱۲۲
بند سوم ـ طرفین دعوی انکار و نفی ولد ۱۲۷
بخش سوم ـ نفی ولد در حقوق فرانسه..... ۱۲۸
بند اول ـ نفی ولد و اقسام آن ۱۲۸

الف ـ انکار ساده..... ۱۲۹
ب ـ انکار با اثبات عدم ابوت از طرق محدود و معین در قانون..... ۱۳۱
۱ـ عدم امکان هم مسکن بودن زوجین و داشتن رابطهٔ جنسی..... ۱۳۲
۲ـ اخفاء ولادت. Recel de la naissance ۱۳٤
ج ـ نفی ولد با دلیل عدم ابوت از طرق آزاد و غیر محدود..... ۱۳۷
بند دوم ـ خصایص انکار و نفی ولد در حقوق فرانسه. ۱۳۹
الف ـ کسانی که حق طرح دعوی انکار دارند. ۱۳۹
ب ـ کسانی که دعوی انکار علیه آنان می‌توان اقامه نمود:..... ۱٤۰
ج ـ مهلت طرح دعوا ۱٤۱
د ـ مرجع صلاحیت‌دار..... ۱٤۳
هـ ـ آثار حکم انکار و نفی ولد. ۱٤۳
بند سوم ـ ماهیت حقوقی انکار ۱٤٤
بند چهارم ـ اعتراض به مشروعیت طفل..... ۱٤٦
گفتار سوم ـ آثار نسب مشروع ۱۵۰
بخش اول ـ حرمت نکاح با بعضی از اقرباء نسبی و سبب و رضاعی ۱۵۰
مقایسه ۱۵۷
بخش دوم ـ حضانت و تربیت طفل..... ۱۵۸
اول ـ حضانت طفل در زمان زوجیت..... ۱٦۳
دوم ـ حضانت طفل بعد از انحلال نکاح و جدائی زوجین. ۱٦۵
سوم ـ حضانت طفل درصورت فوت ابوین..... ۱٦۹
اول ـ حضانت و تربیت طفل در زمان زوجیت ابوین..... ۱۷۵
دوم ـ حضانت اطفال در زمان جدائی زوجین یا انحلال نکاح..... ۱۷۷
سوم ـ حضانت و تربیت طفل بعد از فوت ابوین ۱۷۷
بخش سوم ـ ولایت قهری ۱۷۸
۱ ولی قهری..... ۱۸۰
۲ـ مولی علیه..... ۱۸۲
۳ـ وظایف و حقوق و اختیارات ولی..... ۱۸۵

٤ـ پایان ولایت قهری.....۱۸٦
مقایسه.....۱۹۱
بخش چهارم ـ الزام به اتفاق به اعتبار قرابت نسبی.....۱۹۲
بند اول ـ خصوصیات کلی انفاق.....۱۹۸
بند دوم ـ نفقهٔ اولاد و ابوین و اجداد.....۱۹۹
الف ـ انفاق در خانواده مشروع.....۱۹۹
ب ـ انفاق در خانواده نامشروع.....۲۰۰
ج ـ انفاق در مورد فرزندخواندگی.....۲۰۱
بند سوم ـ شرایط وجوب انفاق.....۲۰۲
بند چهارم ـ مقدار نفقه.....۲۰٤
بند پنجم ـ ضمانت اجرای انفاق.....۲۰٤
الف ـ ضمانت اجرائی حقوقی.....۲۰٤
ب ـ ضمانت اجرای کیفری.....۲۰۵
مقایسه.....۲۰۵
بخش پنجم ـ توارث بین اولاد و پدر و مادر و خویشاوندان آنها.....۲۰٦

فصل دوم ـ نسب ناشی از شبهه.....۲۱۳
گفتار اول ـ اقسام شبهه.....۲۱٤
بخش اول ـ شبههٔ حکمیه.(Erreur de droit).....۲۱٤
بخش دوم ـ شبههٔ موضوعیه.(Erreur de fait).....۲۱٤
گفتار دوم ـ اعتبار امارهٔ فراش در وطی به شبهه.....۲۱۷
الف ـ اعتبار امارهٔ فراش درمورد طفل ناشی از وطی به شبهه در اثر اشتباه طرف با همسر.....۲۱۸
ب ـ اعتبار امارهٔ فراش در مورد طفل متولد از نکاح به شبهه.....۲۲۱
گفتار سوم ـ نفی ولد شبهه.....۲۲٤
گفتار چهارم ـ آثار ناشی از وطی به شبهه.....۲۲۵
بخش اول ـ حرمت نکاح.....۲۲۵

بخش دوم ـ حضانت ۲۲۶
بخش سوم ـ ولایت قهری ۲۲۶
بخش چهارم ـ حق انفاق. ۲۲۶
بخش پنجم ـ توارث. ۲۲۶
گفتار پنجم ـ نکاح شبهه و نسب ناشی از آن در حقوق فرانسه ۲۲۷
بخش اول ـ تعریف نکاح شبهه. ۲۲۷
بخش دوم ـ شرط نکاح شبهه. ۲۲۹
بخش سوم ـ آثار نکاح شبهه. ۲۳۱
بند اول ـ آثار نکاح شبهه نسبت به اطفال ۲۳۱
بند دوم ـ آثار نکاح شبهه نسبت به زوجین ۲۳۳

فصل سوم ـ نسب ناشی از زنا ۲۳۷
گفتار اول ـ تعریف و اقسام زنا ۲۳۷
گفتار دوم ـ نسب ناشی از زنا. ۲۴۱
گفتار سوم ـ آثار نسب ناشی از زنا ۲۴۸
بخش اول ـ حرمت نکاح. ۲۴۸
بخش دوم ـ حضانت. ۲۵۱
بخش سوم ـ ولایت قهری ۲۵۲
بخش چهارم ـ انفاق ۲۵۲
بخش پنجم ـ توارث ۲۵۴
گفتار چهارم ـ اطفال غیرقانونی در حقوق فرانسه و نسب آن‌ها. ۲۵۷
بخش اول ـ اطفال طبیعی ساده و نسب آن‌ها. ۲۵۷
بند اول ـ تعریف و کلیات. ۲۵۷
بند دوم ـ اثبات نسب طبیعی ساده. ۲۵۹
الف ـ شناسایی نسب طبیعی ساده. ۲۶۱
۱ـ خصایص شناسایی نسب طبیعی. ۲۶۱
اول ـ خصیصه ارادی شناسایی. ۲۶۲

دوم ـ خصیصهٔ شخصی شناسایی. ۲۶۲
سوم ـ خصیصهٔ اعلامی شناسایی نسب طبیعی. ۲۶۵
چهارم ـ خصیصهٔ تشریفاتی شناسایی نسب طفل. ۲۶۸
۲ـ اعتراض به شناسایی نسب طفل طبیعی ساده ۲۷۰
۳ـ ماهیت حقوقی شناسایی نسب طفل طبیعی ساده. ۲۷۱
٤ـ آثار شناسایی نسب طبیعی ساده. ۲۷۲
اول ـ اثر مطلق ۲۷۲
دوم ـ اثر تصدیق نسبت به گذشته. ۲۷۲
سوم ـ اثر غیر قابل عدول بودن تصدیق. ۲۷۳
چهارم ـ اثر اثباتی تصدیق. ۲۷۳
۵ـ تعارض نسب ۲۷۳
ب ـ جستجو و ا ثبات نسب طبیعی ساده. ۲۷۶
اول ـ دعوی جستجو و اثبات نسب مادری طبیعی. ۲۷۸
۱ـ وضع حمل. ۲۸۰
۲ـ هویت و مشخصات طفل. ۲۸۰
۳ـ طرفین دعوی نسب مادری. ۲۸۱
الف ـ خواهان. ۲۸۱
ب ـ خوانده دعوی. ۲۸۲
دوم ـ دعوی جستجو و اثبات نسب پدری. ۲۸۲
اول ـ موارد پذیرش دعوی نسب طبیعی پدری ۲۸۵
دوم ـ طریقهٔ رسیدگی و اثبات ابوت طبیعی. ۲۹۰
سوم ـ طرفین دعوی. ۲۹۲
بند سوم ـ آثار نسب طبیعی ساده. ۲۹۶
الف ـ آثار نسب طبیعی در حالت عادی. ۲۹۶
۱ـ نفقه. ۲۹۷
۲ـ حق ولایت. ۲۹۸
۳ـ حرمت نکاح. ۲۹۸

٤ـ حضانت و تربیت طفل طبیعی ساده..... ۲۹۸
۵ـ توارث..... ۲۹۸
٦ـ برخوردار شدن از نام خانوادگی..... ۲۹۹
ب ـ آثار نسب طبیعی ساده مذکور در ماده ۳۳۷ ق. م فرانسه و قلمروی آن.... ۳۰۰
بخش دوم ـ نسب اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم. ۳۰۸
بند اول ـ تعریف. ۳۰۸
بند دوم ـ ممنوعیت استقرار نسب ناشی از زنای محصن و محصنه با زنای با محارم. ۳۰۹
۱ـ انکار نسب طفل. ۳۱۲
۲ـ بطلان نکاح به علت وصلت با محارم. ۳۱۲
۳ـ حکم قطعی..... ۳۱۳
بند سوم ـ آثار و وضع حقوقی نسب ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم. ۳۱۳
بند چهارم ـ وضع حقوقی نسب ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم که استثنائاً به طور رسمی ثابت شده بود. ۳۱٦
بخش سوم ـ مشروع‌کردن اطفال غیرمشروع. ۳۱۷
بند اول ـ سابقه تاریخی. ۳۱۸
بند دوم ـ اطفال قابل مشروع شدن..... ۳۲۰
الف ـ اطفال طبیعی ساده. ۳۲۰
ب ـ اطفال ناشی از زنای با محارم. ۳۲۰
ج ـ اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه. ۳۲۱
بند سوم ـ شرایط مشروع‌گردانیدن اطفال نامشروع. ۳۲٤
الف ـ ازدواج ابوین..... ۳۲۵
ب ـ تحقق نسب طفل. ۳۲۵
ج ـ تولد طفل قبل از ازدواج ابوین. ۳۲۸
د ـ زنده بودن طفل در زمان ازدواج ابوین. ۳۲۸
بند چهارم ـ تشریفات صوری مشروع‌کردن اطفال نامشروع..... ۳۲۸

بند پنجم ـ آثار مشروع‌کردن طفل غیرمشروع. ۳۲۹
الف ـ زمان اثر مشروع‌شدن. ۳۲۹
ب ـ قابل اعتراض بودن نسب طفل مشروع‌شده. ۳۳۰

فصل چهارم ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی ۳۳۵
گفتار اول ـ تعریف و کلیات. ۳۳۵
گفتار دوم ـ اقسام لقاح مصنوعی. ۳۳۸
بخش اول ـ لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر و وضع اطفال ناشی از آن. ۳۳۸
بخش دوم ـ تلقیح مصنوعی با اسپرم مرد بیگانه. ۳۴۱
گفتار سوم ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه و الحاق طفل. ۳۵۴
بخش اول ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه در حقوق اسلام و ایران. ..۳۵۴
الف ـ الحاق طفل به زوج. ۳۵۴
ب ـ الحاق طفل به صاحب نطفه. ۳۵۵
ج ـ الحاق طفل به مادر و زوجه. ۳۵۹
بخش دوم ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه در حقوق فرانسه. ۳۶۱
الف ـ لقاح مصنوعی زن بی‌شوهر. ۳۶۱
ب ـ لقاح مصنوعی زن شوهردار. ۳۶۲

فصل پنجم ـ نسب ناشی از اهداء جنین. ۳۶۷
گفتار یکم ـ تعاریف و کلیات. ۳۶۸
بخش یکم ـ تعاریف. ۳۶۸
بند یکم ـ تعریف باروری. ۳۶۸
بند دوم ـ تلقیح مصنوعی. ۳۶۹
بند سوم ـ تعریف جنین. ۳۷۰
بند چهارم ـ لانه گزینی جنین. ۳۷۱
بخش دوم ـ کلیات. ۳۷۱
گفتار دوم ـ انواع جنین قابل انتقال. ۳۷۳

بخش یکم ـ جنین حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک زن و شوهر..... ۳۷٤
بخش دوم ـ جنین حاصل از ترکیب و تلقیح تخمک زن شوهردار با اسپرم بیگانه. ... ۳۷٤
بخش سوم ـ جنین حاصل از اسپرم شوهر و تخمک زن بیگانه..... ۳۷۵
بخش چهارم ـ جنین حاصل از اسپرم و تخمک مرد و زن بیگانه..... ۳۷٦
گفتار سوم ـ جواز و عدم جواز انتقال جنین..... ۳۷۷
بخش نخست ـ عدم جواز انتقال جنین به رحم زن و دلایل آن..... ۳۷۷
بخش دوم ـ جواز انتقال جنین به رحم زن و دلایل آن..... ۳۷۹
بند یکم ـ قاعدهٔ کلی حقوقی..... ۳۷۹
بند دوم ـ اصل برائت..... ۳۸۰
بند سوم ـ اصل اباحه..... ۳۸۰
بند چهارم ـ اصل حلیت..... ۳۸۱
بند پنجم ـ اصل صحت..... ۳۸۱
گفتار چهارم ـ شرایط انتقال جنین اهدایی..... ۳۸٤
بخش یکم ـ شرایط مربوط به مراکز تخصصی انتقال جنین و تکالیف آن‌ها..... ۳۸٤
بند یکم ـ شرایط مربوط به مراکز درمان ناباروری..... ۳۸٤
بند دوم ـ شرایط مربوط به صلاحیت پزشکان متخصص..... ۳۸۵
بند سوم ـ تکالیف و وظایف مراکز درمان..... ۳۸٦
بخش دوم ـ شرایط اهداکنندگان جنین..... ۳۸۷
بخش سوم ـ شرایط و تکالیف دریافت جنین..... ۳۸۸
بند یکم ـ شرایط دریافت جنین..... ۳۸۸
بند دوم ـ تکالیف و وظایف زوجین اهداء گیرندهٔ جنین..... ۳۹۱
گفتار پنجم ـ آثار حقوقی انتقال جنین اهدایی در نظام حقوقی ایران..... ۳۹۲
بخش یکم ـ حضانت و تربیت کودک..... ۳۹۳
بخش دوم ـ نفقهٔ اطفال..... ۳۹۸
بخش سوم ـ رابطهٔ کودک با زوجین از جهت حرمت نکاح..... ٤۰۰
بخش چهارم ـ ولایت بر کودک..... ٤۰۱
بخش پنجم ـ توارث..... ٤۰۲

بند یکم ـ ولاء ضمان جریره..... ٤٠٣
بند دوم ـ ولاء عتق..... ٤٠٣
بند سوم ـ ولاء امامت..... ٤٠٣
بند چهارم ـ قرارداد توارث ٤٠٣
بند پنجم ـ ارث و فرزندخواندگی. ٤٠٤
بند ششم ـ توارث بین مهاجرین و انصار. ٤٠٤
بخش ششم ـ سقط جنین اضافی تلقیح شده. ٤٠٧
گفتار ششم ـ اهدای جنین و آثار حقوقی آن در نظام حقوقی فرانسه. ٤١٣
بخش یکم ـ تکنولوژی قابل قبول درمان ناباروری. ٤١٤
بخش دوم ـ شرایط جمع‌آوری و نگهداری گامت‌ها با کمک ابزار پزشکی. ٤١٨
بخش سوم ـ شرایط مربوط به اهدای گامت یا جنین. ٤١٩
بخش چهارم ـ شرایط مربوط به درخواست دریافت جنین. ٤٢١
بخش پنجم ـ آثار حقوقی اهدا و دریافت جنین. ٤٢٣
گفتار هفتم ـ اجارهٔ رحم برای تولید مثل. ٤٢٧
بخش یکم ـ جواز یا ممنوعیت انتقال جنین به رحم اجاره‌ای. ٤٢٨
بند یکم ـ نظریهٔ ممنوعیت انتقال جنین به رحم اجاره‌ای. ٤٢٨
بند دوم ـ نظریهٔ جواز انتقال جنین به رحم اجاره‌ای..... ٤٣٠
بخش دوم ـ ارزش و اعتبار حقوقی قرارداد اجارهٔ رحم. ٤٣١
بند یکم ـ نظریه بطلان قرارداد. ٤٣١
بند دوم ـ نظریهٔ صحت قرارداد..... ٤٣٢
بخش سوم ـ آثار حقوقی قرارداد اجارهٔ رحم. ٤٣٥
بند یکم ـ رابطهٔ حقوقی طرفین قرارداد. ٤٣٥
الف ـ تکالیف و حقوق صاحبان جنین. ٤٣٥
ب ـ تکالیف و حقوق صاحب رحم. ٤٣٦
بند دوم ـ رابطهٔ حقوقی کودک با صاحبان جنین و صاحب رحم..... ٤٣٧
الف ـ رابطهٔ نوزاد با صاحب رحم اجاره‌ای (اجیر). ٤٣٧
ب ـ رابطهٔ حقوقی نوزاد با شوهر صاحب رحم و سایر اقارب. ٤٤٠

ج ـ رابطهٔ حقوقی کودک با صاحبان جنین.....۴۴۰
۱ـ رابطهٔ حقوقی نوزاد با صاحب گامت نر (صاحب اسپروماتوزئید).....۴۴۰
۲ـ رابطهٔ حقوقی نوزاد با صاحب تخمک.....۴۴۱

فصل ششم ـ فرزندخواندگی.....۴۴۵
گفتار اول ـ کلیات و سابقهٔ تاریخی فرزندخواندگی در ایران باستان و عربستان پیش از اسلام.....۴۴۵
گفتار دوم ـ فرزندخواندگی و نسب ناشی از فرزندخواندگی در حقوق فرانسه.....۴۴۹
بخش اول ـ فرزندخواندگی کامل.....۴۵۵
بند اول ـ شرایط فرزندخواندگی کامل.....۴۵۵
الف ـ شرایط ماهوی.....۴۵۶
۱ـ شرایط قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده).....۴۵۶
۲ـ شرایط فرزندخوانده.....۴۵۸
۳ـ اطفالی که به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شوند.....۴۵۹
ب ـ شرایط صوری.....۴۶۴
بند دوم ـ آثار فرزندخواندگی کامل.....۴۶۶
الف ـ رابطهٔ فرزندخوانده با قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده).....۴۶۷
ب ـ رابطه فرزندخوانده با خانوادهٔ قبول‌کننده.....۴۶۸
ج ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی.....۴۶۸
بند سوم ـ قطع رابطه فرزندخواندگی کامل.....۴۶۹
بخش دوم ـ فرزندخواندگی ساده.....۴۶۹
بند اول ـ شرایط تحقق فرزندخواندگی ساده.....۴۷۰
الف ـ شرایط مشترک.....۴۷۰
ب ـ شرایط اختصاصی.....۴۷۰
بند دوم ـ آثار فرزندخواندگی ساده.....۴۷۱
الف ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی او.....۴۷۲
ب ـ رابطهٔ فرزندخوانده با قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده).....۴۷۳

ج ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ قبول‌کننده. ٤٧٥
بند سوم ـ قطع رابطه فرزندخواندگی ساده. ٤٧٥
الف ـ فسخ فرزندخواندگی ساده. ٤٧٦
۱ـ علل فسخ. ٤٧٦
۲ـ کسانی که حق درخواست فسخ دارند. ٤٧٧
۳ـ طرز رسیدگی به دعوی فسخ فرزندخواندگی ساده. ٤٧٨
٤ـ آثار فسخ. ٤٧٨
ب ـ تبدیل فرندخواندگی ساده به فرزندخواندگی کامل. ٤٧٨
گفتار سوم ـ لزوم یا عدم تأسیس حقوقی فرزندخواندگی و وضع فعلی موجود در نظام حقوقی ایران..... ٤٧٩
وضع کنونی فرزندخواندگی در ایران ٤٨٣
بخش یکم ـ شرایط سرپرستان. ٤٨٤
بند یکم ـ اعضای یک خانواده و زن و شوهر بودن سرپرستان. ٤٨٤
بند دوم ـ اقامت داشتن زوجین سرپرست در ایران..... ٤٨٥
بند سوم ـ تراضی زوجین سرپرست. ٤٨٦
بند چهارم ـ فاقد فرزند بودن سرپرست‌ها. ٤٨٦
بند پنجم ـ داشتن سن لازم. ٤٨٧
بند ششم ـ نداشتن سابقهٔ کیفری مؤثر. ٤٨٧
بند هفتم ـ اهلیت زوجین سرپرست. ٤٨٨
بند هشتم ـ صلاحیت اخلاقی سرپرست. ٤٨٨
بند نهم ـ تمکن مالی سرپرست ٤٨٨
بند دهم ـ مبتلا نبودن سرپرست‌ها به بیماری‌های صعب‌العلاج ٤٨٩
بند یازدهم ـ عدم اعتیاد. ٤٩٠
بند دوازدهم ـ تدین به اسلام. ٤٩٠
بخش دوم ـ شرایط فرزندخوانده. ٤٩٠
بند یکم ـ کم سن بودن کودک. ٤٩٠
بند دوم ـ ناشناس بودن خانوادهٔ کودک. ٤٩٠

بخش سوم ـ نحوهٔ واگذاری طفل و مرجع صالح.....۴۹۱
بند یکم ـ تقاضانامه.....۴۹۱
بند دوم ـ مرجع رسیدگی.....۴۹۱
بخش چهارم ـ آثار فرزندخواندگی.....۴۹۳
بند یکم ـ حضانت و تربیت طفل.....۴۹۳
بند دوم ـ نفقه.....۴۹۴
بند سوم ـ ادارهٔ اموال و نمایندگی قانونی فرزندخوانده.....۴۹۵
بند چهارم ـ اطاعت فرزندخوانده از سرپرست‌ها.....۴۹۶
بند پنجم ـ حرمت ازدواج.....۴۹۷
بند ششم ـ نام‌خانوادگی.....۴۹۸
بند هفتم ـ توارث.....۴۹۸
بند هشتم ـ قطع نشدن رابطهٔ فرزندخوانده با پدر و مادر اصلی و سایر اقارب نسبی.....۴۹۹
بند نهم ـ رابطه نداشتن فرزندخوانده با اقارب نسبی و سببی و رضاعی سرپرست‌ها.....۴۹۹
بخش پنجم ـ پایان فرزندخواندگی.....۴۹۹
بند یکم ـ بطلان فرزندخواندگی.....۵۰۰
بند دوم ـ فسخ فرزندخواندگی.....۵۰۱
بخش ششم ـ نتیجه.....۵۰۳

فصل هفتم ـ تغییر جنسیت.....۵۰۵
گفتار یکم ـ تعاریف و کلیات.....۵۰۵
بخش یکم ـ تعاریف.....۵۰۵
بند یکم ـ تعریف و مفهوم تغییر.....۵۰۵
بند دوم ـ تعریف جنسیت.....۵۰۶
بند سوم ـ مفهوم تغییر جنسیت.....۵۰۷
بخش دوم ـ کلیات و سوابق تاریخی تغییر جنسیت.....۵۰۹

گفتار دوم ـ جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت. ۵۱۶
بخش یکم ـ عدم جواز تغییر جنسیت ۵۱۷
بند یکم ـ حرمت تغییر جنسیت واقعی و کامل به جنس دیگر ۵۱۷
بند دوم ـ حرمت تغییر جنسیت به طور کلی. ۵۱۷
بخش دوم ـ جواز تغییر جنسیت ۵۱۸
بند یکم ـ تغییر جنسیت در افراد خنثای ظاهر یا خنثای غیرمشکل ۵۱۸
بند دوم ـ تغییر جنسیت در افراد خنثای مشکل یا خنثای غیرظاهر ۵۱۸
بند سوم ـ تغییر جنسیت ممسوح. ۵۱۹
گفتار سوم ـ شرایط تغییر جنسیت. ۵۲۰
گفتار چهارم ـ آثار حقوقی تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران ۵۲۵
بخش یکم ـ آثار حقوقی فردی. ۵۲۵
بند یکم ـ تغییر نام کوچک فردی که تغییر جنسیت داده است ۵۲۵
بند دوم ـ اصلاح هویت و ذکر جنس جدید در اسناد سجلی ثبت احوال ۵۲۵
بند سوم ـ ابطال شناسنامه و کارت ملی قبلی و صدور شناسنامه و کارت ملی با مشخصات جدید با شماره و سریال جدید. ۵۲۵
بند چهارم ـ تغییر و اصلاح مشخصات دارندهٔ اسناد مالکیت، مدارک تحصیلی و استخدامی با نام کوچک جدید. ۵۲۶
بند پنجم ـ تغییر رابطهٔ نسبی ۵۲۶
بند ششم ـ تغییر در توارث و سهم‌الارث. ۵۲۶
بند هفتم ـ اثر حقوقی تغییر جنسیت در ازدواج ۵۲۹
الف ـ اثر تغییر جنسیت در اصل نکاح ۵۳۰
ب ـ اثر تغییر جنسیت در مهر یا صداق. ۵۳۰
۱ـ تغییر جنسیت قبل از مواقعه ۵۳۰
۲ـ تغییر جنسیت بعد از مواقعه ۵۳۳
ج ـ اثر تغییر جنسیت در نگاه داشتن عده ۵۳۴
د ـ اثر تغییر جنسیت در نفقهٔ زوجه ۵۳۴
هـ ـ اثر تغییر جنسیت در حقوق و تکالیف ناشی از حضانت اطفال. ۵۳۵

و ـ حق ولایت پدری که تغییر جنسیت یافته است. ۵۳۸
ز ـ اثر اجتماعی تغییر جنسیت. ۵۴۲
گفتار پنجم ـ تغییر جنسیت در نظام حقوقی فرانسه. ۵۴۳

فهرست منابع و مأخذ ۵۵۷
کتب فارسی ۵۵۷
کتب عربی ۵۵۸
کتب فرانسه ۵۶۰

به‌نام یزدان پاک و قادر مطلق

پیش‌گفتار

هر جامعه‌ای از فرد فرد انسان‌ها یا آحاد مردم شکل می‌گیرد و انسان‌ها طبیعتاً با تولد و تناسل به‌وجود می‌آیند و از طریق ارتباطات خونی یا قرابت نسبی و همچنین از راه قرابت سببی یا مصاهره و ازدواج با یک‌دیگر وابستگی پیدا خواهند کرد. محور اصلی این وابستگی کانونی است که خانواده نام دارد.

در همین کانون است که آداب و رسوم، فرهنگ و تمدّن پایه‌گذاری می‌شود. به تعبیر بهتر، خانواده رکن اساسی و اصلی هر جامعه است که سرچشمهٔ زایش نیروی کارآمد و فعال بشری است.

امروزه نیروی کارآمد و مفید انسانی، نیرویی است که به زیور علم، خرد و تخصص آراسته شده باشد. بدون تردید، واقعیت آن است که هیچ جامعه‌ای، بدون کسب دانش و مجهز شدن به تکنیک‌های علمی و به‌دست آوردن تخصص لازم، نمی‌تواند جامعهٔ موفقی باشد و در برابر جهان کنونی ابراز وجود کرده، هویت و اعتبار واقعی خود را آن‌طور که شایسته است، نشان دهد.

نیروی فعال و کارآمد جوامع، فرزندان برومند و صاحبان اندیشهٔ عقلانی آن جوامع هستند و این فرزندان در خانواده‌ها پا به عرصهٔ وجود می‌گذارند و در این کانون مقدس رشد کرده، تربیت و فرهنگ اولیه را از طریق والدین خود کسب خواهند کرد و زمینهٔ آراستگی به اخلاق حسنه، فضیلت و کرامت، عطوفت، محبت و نوع‌دوستی، در خانواده فراهم می‌گردد. بنابراین، بدون علت نیست که در بند ۳ مادهٔ ۱۶ اعلامیهٔ جهانی حقوق بشر سال ۱۹۴۸ بالصراحه عنوان شده است: «خانواده رکن طبیعی و اساسی اجتماع است و حق دارد از حمایت جامعه و دولت بهره‌مند گردد.» و در اصل دهم قانون اساسی ایران هم تصریح شده است: «از آن‌جا که خانواده واحد بنیادی جامعهٔ اسلامی است، همهٔ قوانین و مقررات و نیز برنامه‌ریزی‌های مربوط، باید در جهت آسان کردن تشکیل خانواده، پاسداری از قداست آن و استواری روابط خانوادگی بر پایهٔ حقوق اسلامی و اخلاق اسلامی باشد.»

با توجه به اهمیت و ارزش کانون خانواده، حال این سؤال اساسی مطرح می‌گردد که اعضاء خانواده، یعنی والدین چگونه و به چه ترتیب به ایجاد و رشد شخصیت فرزند خود، اقدام خواهند کرد و وظیفهٔ سنگین خود را چگونه انجام خواهند داد؟

آیا والدین کودکان، خود را از تربیت و شخصیت صحیح و لازم برخوردار هستند و از والدین خود کسب شخصیت کرده، تربیت صحیح و درست یافته‌اند، تا توانائی و شایستگی تربیت و رشد جسمانی و معنوی فرزندان خود را داشته باشند؟

اگر اعضاء این خانواده از والدین خود این توانایی و شایستگی را کسب نکرده باشند، آیا به هنگام تشکیل خانواده، تعلیمات لازم را آموخته‌اند و یاد گرفته‌اند که با فرزندان خود باید چگونه روبرو شده و رفتاری شایسته در برخورد با فرزندان خود داشته باشند تا زمینهٔ تربیت و شخصیت این فرزندان فراهم گردد؟

آیا حکومت‌ها و دولت‌ها در این زمینه، برنامه‌ریزی خاصی کرده‌اند و لازم دانسته‌اند که به جوانان آمادهٔ تشکیل خانواده، آموزش‌های مناسب داده شود؟ و آیا به این‌گونه افرادی که قصد ازدواج و انتخاب همسر برای تشکیل خانواده دارند، آموخته‌اند که وجود تفاهم بین زوجین، شرط اصلی و اساسی موفقیت در ازدواج و عاملی مهم در پرورش و تربیت مناسب فرزندان است؟ آیا به آنان تفهیم شده است این رفتار والدین است که نقش مهمی در تربیت اولیه اطفال دارد؟ آیا می‌دانند آن‌چه فرزندان از رفتار والدین خود می‌آموزند، در ضمیر آنان ضبط خواهد شد و در زندگی اجتماعی و در رفتار با دیگران ناخودآگاه، مشابهٔ رفتار والدین خود را به نوعی تکرار خواهند کرد؟ بدون تردید، در صورتی که بین زوجین تفاهم لازم وجود نداشته باشد، غالباً با یکدیگر رفتار مناسب نخواهند داشت و این رفتار نامناسب در روان فرزندان آنان تأثیر ناگواری می‌گذارد و زیان جبران‌ناپذیری به این‌گونه فرزندان و جامعه وارد خواهد ساخت.

لازم است عنوان گردد که وجود تفاهم در خانواده و بین زن و شوهر، لفظ بدون معنا نخواهد بود و جنبهٔ شاعرانه یا رمانتیک هم ندارد و یا اختصاص به دوران خاصی از زندگی اولیه یا شروع زندگی مشترک، نخواهد داشت که با سپری شدن دوران نخست زندگی زناشویی، به دست فراموشی سپرده شود و از ذهن و فکر زن و شوهر زودوده گردد. به تعبیر بهتر، اصل تفاهم، موضوعی نیست که شوخی بردارد و یا ناشی از توهم باشد و یا موضوعی بی‌مقدار و امری بی‌اعتبار، تلقی و به حساب آید، بلکه این

موضوع باید کاملاً جدی در نظر گرفته و به جوانان به صورت کامل و دقیق تفهیم گردد. حال که به تربیت خود والدین و وجود تفاهم بین آنان، در زندگی مشترک، به‌طور مسلم و بدون تردید عامل اساسی، در تربیت فرزندان به‌شمار می‌آید، این سؤال به ذهن متبادر می‌گردد که چند درصد زوجین از تربیت کافی و تفاهم لازم برخوردار هستند؟ و اگر این عوامل اساسی در خانواده‌ها به ندرت یافت گردد، تکلیف فرزندان خانواده که چشم به رفتار والدین خود دوخته‌اند، چیست؟ در صورت نبودن تفاهم لازم در زندگی مشترک زوجین، زندگی ناآرام و محیط سنگین و شکنندهٔ این سنگر اولیهٔ زندگی خانوادگی، لطمهٔ شدید و سنگینی به روان اطفال بی‌گناه وارد خواهد ساخت و این محیط سرد و بی‌روح که محیطی آلوده است با آلودگی محیط خارج از خانواده توأم شده و آن‌چنان آثار شومی در لوح پاک و بی‌آرایش اطفال بی‌گناه می‌گذارد که غیرقابل توصیف و بسیار تأسف‌بار خواهد بود که در نهایت اصطلاحاً دود آن به چشم جامعه خواهد رفت و جامعه را به فلاکت خواهد کشاند.

امروزه آلودگی‌های موجود در جهان صرفاً مادی و دنیای صنعتی و مادی‌گرائی که کشور ما ایران نیز متأسفانه از آن بی‌نصیب نمانده، سبب شده است که بسیاری از خانواده‌ها در جوامع مختلف جهان از جمله خانواده‌های اصیل ایرانی و فرزندان آن‌ها از تربیت خردمندانه و صحیح برخوردار نباشند که در نتیجه بر بسیاری از مسائل اساسی و مهم خانوادگی و اجتماعی از جمله عطوفت، نوع‌دوستی، اخلاق شایسته و رفتار مناسب انسانی، خط بطلان کشیده خواهد شد و این امر باعث آن می‌گردد که آرامش و آسایش فردی و اجتماعی از جامعه رخت بر بسته و فرهنگ و تمدن جامعه که با تلاش مستمر نسل‌ها و اندک‌اندک شکل گرفته، در حال فروپاشی قرار گیرد، که بسیار دردناک است.

البته امیدواریم با تلاش مضاعف خردمندان و اندیشمندان، آب رفته به جوی بازگردد و زندگی اصیل ایرانی از دور باطل خارج شود.

در چاپ دوم کتاب حاضر، تحت عنوان مطالعهٔ تطبیقی نسب و تغییر جنسیت در حقوق ایران و فرانسه، با توجه به تحولات علمی، فرهنگی و اجتماعی، علاوه بر تجدیدنظر در مطالب چاپ اول، عناوین جدیدی، نظیر نسب ناشی از جنین اهدایی، رحم جایگزین یا رحم اجاره‌ای، تغییر جنسیت و آثار حقوقی آن‌ها، مورد بررسی قرار گرفته است.

ضمناً قابل ذکر است، تصاویر روی جلد، نشان‌گر این واقعیت است که امروزه و در جهان کنونی، دیگر عدالت، آسایش و نظم اجتماعی، با چشمان بسته و شمشیر آخته، تأمین و تضمین نخواهد شد، بلکه برای رسیدن به این اهداف، وجود دست‌هایی گشاده، چشمانی باز، در چهارچوب قانون عادلانه و مقررات خردمندانه، امری ضروری و حتمی است. در خاتمه، یاد زنده‌نامان و اساتید عالی مقام، آقایان دکتر امامی و دکتر افشار را گرامی می‌داریم.

سعدیا مرد نکونام نمیرد هرگز　　مرده آن است که نامش به نکوئی نبرند

دکتر اسدالله امامی ـ پاییز سال ۱۳۹۱

مقدمه

یکی از قواعد مسلم و تغییر ناپذیر طبیعت و نظام خلقت در موجودات زنده تولید مثل و تکثیر نسل است. توالد و تناسل سبب بقاء نسل و دوام نوع جانداران می‌گردد و اگر چنین قانونی در طبیعت حکمفرما نبود از حیوان و انسان اثری بجای نمی ماند و همه موجودات زنده یکباره نابود می‌شدند.

به منظور جلوگیری از انقراض نسل موجودات زنده قدرت شهوت و میل جنسی در حیوانات و انسان‌ها بودیعه نهاده شده است که در حیوانات این قدرت بشکل غریزه خودنمائی می‌کند. در انسان غرائز شهوانی و امیال جنسی به عقل و اراده که از خصوصات ممیزه بشری است توام گشته و سبب می‌شود که این امیال در مجرائی صحیح وارد و تحت نظم و اصولی شایسته درآید و خانواده را به‌وجود آورد.

موضوع اصلی و اساسی کتاب حاضر نسب و اولاد است وقتی از اولاد و نسب سخن به میان می‌آوریم و بالطبع مسئله خانواده و روابط جنسی زن و مرد بذهن متبادر خواهد شد.

خانواده اولین سلول هرجامعه متمدن را تشکیل می‌دهد که خود از ازدواج زن و مرد به‌وجود می‌آید. ناگفته نماند که تنها هدف تشکیل خانواده و ایجاد رابطه زوجیت سیراب نمودن امیال شهوانی و رفع حوائج جنسی یا شهوت نیست، بلکه یکی از علل مهم و هدف اساسی زناشوئی دارا شدن اولاد و فرزند است تا بعلت محدود بودن عمر بشر، فرزند ادامه دهندهٔ حیات پدر یا مادر باشد. وجود اولاد نه تنها سبب دلگرمی و علاقه و دلبستگی به زندگی خانوادگی و اتحاد و اتفاق زن و شوهر می‌گردد، بلکه وجود فرزند باعث می‌شود که زوجین به منظور تأمین حوائج و ضروریات طفل و تربیت بهتر او مجهز گردیده، هدف مشترکی را تعقیب نمایند و اختلاف سلیقه‌ها را بنفع اطفال کنار بگذارند و خودگذشتگی‌های مهمی از خود نشان دهند.

در خانواده‌های فاقد اولاد هرچند که تفاهم کامل حکمفرما باشد، معذلک زوجین در زندگی زناشویی خود نوعی کمبود احساس نموده، سعادت خود را کامل نمی‌دانند و پیوسته غمی جانکاه چون ابری تیره بر روح و قلب آنان سنگینی می‌کند و اندک بهانه‌ای منجر به تصادم شدید خانوادگی خواهد گردید.

اعتقادات مردم در مورد اولاد در اعصار گذشته به صور گوناگون متجلی می‌گردیده است. چنانکه زردشتیان دورهٔ ساسانی معتقد بودند هرکس پسری نداشته باشد بسیار دشوار خواهد بود که بتواند در روز رستاخیز از پل صراط گذشته وارد بهشت گردد و نیز معتقد بودند کسانی که اولاد ندارند روحش در دنیای دیگر پناهگاهی نخواهد یافت و باید در آن دنیا حیران و سرگردان بماند و چنین شخصی را بریده پل می‌نامیدند. مردم آن زمان به منظور رفع این نقص بزرگ و حفظ نام خانوادگی، خود را ملزم می‌دانستند که طی تشریفات خاصی شخصی را به فرزندی بپذیرند تا فرزند خوانده نیز باین ترتیب برای ورود بهشت پل سازی کرده باشد. فرزند خوانده معمولا از میان جنس ذکور انتخاب می‌گردید و بندرت دختری برای این منظور پذیرفته می‌شد.[۱]

دین مقدس اسلام در مورد تشکیل خانواده و ازدواج ودارا شدن فرزند سفارش و تأکید فراوان کرده است و امتناع از ازدواج را عملی ناپسند و عزاب را عناصر خطرناک اجتماع شناخته است. چنانکه حضرت رسول اکرم(ص) فرمود جوانان بی همسر بدترین افراد امت من هستند[۲] و در جای دیگر فرموده است ازدواج کن وگرنه از گناه کاران بحساب می‌آیی[۳] و نیز فرموده است ازدواج سنت و آئین من است پس کسی که از سنت و آئین من اعتراض کند از من نیست.[۴] علاوه بر این، اسلام داشتن عیال مناسب و فرزند صالح را از جمله سعادت‌های انسان دانسته است. چنان‌که پیغمبر اسلام صلی‌اله‌وعلیه و آله فرموده است چهار چیز از سعادت مرد است: رفقای خوب و فرزند نیکو وزن مطیع و اینکه کسبش در بلدش باشد[۵] و امام صادق علیه السلام در این زمینه چنین فرموده است: سه چیز از سعادت است زن مطیع ـ فرزند نیکو ورزقی که مایه رفاه و آسایش عائله باشد.[۶]

با وجود اینکه تولید مثل برای بقای هرجامعه ضرورت کامل دارد، معذلک نباید خانواده‌ها در توالد و تنایل، مسئولیت پدری و مادری را فراموش کرده و چندان در این

---

۱. تاریخ حقوق تقریرات آقای دکتر محمدحسین علی‌آبادی (چاپ نشده است).
۲. مستدرک جلد دوم صفحه ۵۳۱: شرار امتی عزابها.
۳. مستدرک جلد دوم ـ صفحه ۵۳۱ـ : تزوج والا فانت من‌المذنبین.
۴. النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی فلیس منی.
۵. بحار مجلسی جلد بیست و سه صفحه ۵۵: اربع من سعادت المرء: الخلطاء الصالحون و الولد البار و المرأة الموالتیه و ان تکون معیشته فی بلده.
۶. بحار مجلسی جلد سه صفحه ۵: ثلاثه هی من السعاده ـ الزوجة المواتیه و الولد البار و الرزق یرزق معیشته یغد و علی صلاحیها و یروح علی عیاله.

کار زیاده‌روی کنند که از انجام وظایف تربیتی باز بمانند و اطفال خود را موجوداتی مهمل و بی‌ثمر تحویل اجتماع داده و نتیجتاً آسایش جامعه را مختل گردانند.

جامعه و گردانندگان آن نیز نباید از این امر مهم اجتماعی که امروزه فکر علماء و دانشمندان علوم اجتماعی را بخود جلب کرده است غافل بمانند.

جامعه و گردانندگان آن نیز نباید از این امر مهم اجتماعی که امروزه فکر علماء و دانشمندان علوم اجتماعی را بخود جلب کرده است غافل بمانند.

همان‌طور که قبلا اشاره کردیم موضوع بحث این کتاب نسب و اولاد است. انگیزه اصلی انتخاب این موضوع اهمیت فردی و اجتماعی آن است زیرا یکی از آرزوهای هرکس تشکیل خانواده و دارا شدن فرزند و اولاد است و آشنایی به مقررات مربوط به نسبت و اولاد به طور مسلم مورد توجه کلیهٔ طبقات مردم خواهد بود و لازم است که این امر مهم حیاتی و اجتماعی، خصوصاً مسائل مستحدثه‌ای نظیر تلقیح مصنوعی، اهداء جنین، رحم اجاره‌ای و اطفال ناشی از آن که یکی از ره‌آوردهای تمدن امروزی و دانش جدید بشری است مورد بحث و گفتکو قرار گیرد تا حقایق امر در این زمینه حتی الامکان روشن گردد و از تغییر جنسیت افراد دو جنسی و دگر جنس جو و آثار حقوقی آن، بحث لازم به عمل آید.

باب اول کتاب هشتم از جلد دوم قانون مدنی ایران اختصاص به نسبت دارد و موضوع بحث این باب اولاد است.

اولاد جمع ولد[1] و به معنی فرزند اعم از ذکور یا اناث می‌باشد و آن کسی است که از دیگران و لو بواسطه بوجود آمده باشد.

موضوع این تالیف علاوه بر نسبت اطفال مشروع و نامشروع و اطفال ناشی از لقاح مصنوعی شامل فرزندخواندگی نیز خواهد بود و با وجود اینکه رابطه حاصل از فرزند خواندگی یک رابطه نسبی واقعی نیست و فرزند خواندگی نسبت مصنوعی ایجاد می‌کند، چون در حقوق فرانسه که در این کتاب با حقوق ایران مقایسه می‌گردد موضوع فرزند خواندگی تحت عنوان نسب[2] ذکر گردیده و حتی یک نوع از فرزند خوانده در

---

۱. الولد: والولد والولد: کل ما ولده شیئی و یطلق علی الذکر و الانثی و المثنی و الجمع و قد جمعوا فقالوا: اولاد و ولده و ولد (المنجد و منجدالطلاب) چاپ بیروت و مصر.

2. De la filiation adoptive

عنوان هشتم از ماده ۳۴۳ قانون مدنی فرانسه به بعد.

حقوق فرانسه کاملا با فرزند واقعی و قانونی شباهت داشته و از لحاظ آثار حقوقی با آن فرقی ندارد، لذا ناچار از مطالعه در اطراف فرزندخواندگی نیز خواهیم بود و از فرزندان ناشی از جنین اهدایی، رحم اجاره و آثار ناشی از تغییر جنسیت هم بحث خواهد شد.

ما در فصول و مباحث آتی در خصوص نسبت و اقسام و آثار و احکام آن بدواً در حقوق اسلام خصوصاً در مذهب شیعه جعفری (فقه امامت) و سپس در حقوق ایران و فرانسه، مطالعه و بررسی نموده ضمن تشریح و تطبیق مسائل مختلفه، وجوه اشتراک و افتراق آن‌ها را در حقوق ایران و فرانسه و شرع مقدس اسلام بیان و به منظور تائید مسائل نظری و عقاید ابرازی، به آراء مهمی که در زمینه مسائل گوناگون نسب از محاکم یا دیوان کشور ایران و فرانسه صادر گردیده است استناد می‌نمائیم.

ناگفته نماند که بیشتر آراء محاکم و دیوان کشور فرانسه از کتب حقوقدانان معروف آن کشور نظیر کلن و کاپیتان ـ پلانیول ـ ریپر ـ بولانژه ـ ژان کاربنیه ـ مازو و ژولیود و لاموراندیر و غیره نقل گردیده است که شماره آراء مزبور در پاورقی‌ها مشخص شده است.

رئوس مسائلی که در فصول آتی مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت به طور خلاصه عبارتست از:

تعریف و اقسام نسبت (مشروع ـ نامشروع ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی و فرزند خواندگی) و آثار حقوقی هر یک در حقوق اسلام (فقه امامیه) و ایران و فرانسه و همچنین از نسبت ناشی از جنین اهدایی، رحم اجاره‌ای و تغییر جنسیت افراد دو جنسی«هرمافرودیت» و افراد دگر جنس‌گرا یا دگر جنس جو و آثار حقوقی ناشی پدیده‌های نو که زاده دانش جدید پزشکی و روان پزشکی و اطلاعات نوین در زمینه بیولوژی است، بحث خواهد شد.

تعریف و اقسام نسب

نسب از نظر لغت مصدر و به معنی قرابت و علاقه و رابطهٔ بین دو شیئی است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.[۱]

در زبان فرانسه کلمه فیلیاسیون fillation به معنی پیوستگی، سلسله، نسل و ذریه و پیاپی بودن و پیوستگی و تعاقب چیزهائی که نتیجه یکدیگرند، آمده است.

نسب از نظر اصطلاح حقوقی ـ برای روشن شدن تعریف حقوقی نسب، باید بگوئیم که در قانون مدنی ایران و فرانسه از نسب تعریفی نشده است ولی علماء حقوق کوشش کرده‌اند که سکوت قانون گذار را جبران و نسب را تعریف نمایند.

آقای محمد عبده بروجردی نسب را چنین تعریف کرده است:

«نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می‌شود».[۲] آقای دکتر سید حسن امامی را نسب را چنین تعریف کرده است: «نسب مصدر است و به معنی قرابت و خویشاوندی می‌باشد ...» و اضافه کرده است:« نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد.»[۳]

آقای دکتر سید حسین صفائی در نسب و قرابت نسبی چنین می‌گوید: «قرابت نسبی که مربوط به خون است رابطه ایست بین دو شخص که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند»[۴]

تعریفی که بموجب آن «نسب یا قرابت نسبی رابطه‌ای است بین دو شخص، که از نسل یکدیگر یا از نسل شخص ثالثی هستند وجود دارد»[۵] چندان صحیح به نظر نمی‌آید؛ زیرا فرزند از نسل پدر و مادر می‌باشد ولی به عکس پدر یا مادر از نسل فرزند نمی‌باشد تا بتوان جمله از نسل یکدیگر را استعمال کرد.

---

۱. (النسب) مص. القرابه. ج انساب (النسبه و النسبه). القرابه. ایقاع التعلق و الارتباط بین الشیئین (المنجد و منجد الطلاب)

۲. (النسب) مص. القرابه. ج انساب (النسبه و النسبه). القرابه. ایقاع التعلق و الارتباط بین‌الشیئین (المنجد و منجد الطلاب).

۳. دکتر سیدحسن امامی: حقوق مدنی جلد پنجم ص ۱۵۱.

۴. دکتر سیدحسین صفائی: حقوق مدنی جلد اول صفحه ۷۵.

۵. دکتر سیدعلی شایگان: حقوق مدنی جلد اول شماره ۵۶۷.

در حقوق فرانسه نیز بعضی از علماء حقوق نسب را تعریف و سکوت قانون‌گذار را جبران کرده‌اند.

پرفسور ژان کار بنیه استاد دانشکده حقوق پاریس نسب (فیلیاسیون) را چنین تعریف کرده است:

"ćest le lien de droit qui existe entre le pere ou la mere et enfant: paternité ou matérnité"

(فیلیاسیون عبارت از رابطه حقوقی موجود بین پدریا مادر و فرزند است. نسب دو نوع است پدری و مادری.

نسب ممکن است مشروع، نا مشروع یا طبیعی باشد.)[1]

بلانیول وریپر نسب را چنین تعریف کرده‌اند: نسب عبارت است از رابطهٔ نسلی و خونی موجود در بین دو شخص که یکی پدر یا مادر دیگری است و اضافه کرده‌اند که در زبان حقوقی نسب رابطه بلاواسطه بین پدر یا مادر با فرزند است.[2]

ژان بلانژه Jean Boulanger نیزهمین تعریف را در مورد نسب پذیرفته است[3]

لوئی ژوسران Louis Josserand می‌گوید نسب عبارت است از رابطهٔ یک شخص با پدر و مادر یعنی کسانی که مستقیما سبب ایجاد او شده اند.[4]

عده‌ای از حقوق دانان فرانسه از جمله هانری و ژان و لئون مازو و می‌شل دوژ و گلار از نسب تعریف نکرده و به شرح اقسام نسب و اثبات آن پرداخته‌اند.[5]

در دیسکیونر حقوقی چاپ دالوز نسب چنین تعریف شده است: در زبان حقوقی از کلمهٔ فیلیاسیون، رابطهٔ یک فرد با کسانی که مستقیماً عامل ایجاد او بوده‌اند (پدر و مادر)، به ذهن متبادر می‌گردد.

این رابطه نام نسب به خود می‌گیرد وقتی که از جانب طفل مورد نظر قرار گرفته باشد و وقتی‌که از طرف پد رابطهٔ مزبور مورد نظر واقع می‌شود بنام paternité (ابوت) و وقتی از جانب مادر و رابطهٔ مادری مورد توجه و بحث قرار می‌گیرد بنام maternité (رابطه مادری) نامیده می‌شود.

---

1. Carbonnier (J): droit civil. T. I. No 184. p. 481.
2. Planiol (M) Ripert (G): Traité pratique de droit civil français T. II. No 709.
3. Boulanger (J) et Ripert (G): Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. T. I. No 1621.
4. Josserand (L): Cours de droit civil positif français T. I. No 1013.
5. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart: Leçons de droit civil. T. l. v. I I. Nos 820 et S.

با توجه به تعاریف در حقوق ایران و فرانسه در زمینهٔ نسب به عمل آمده است چنین به نظر می‌رسد که مفهوم نسب در حقوق مدنی ایران با مفهوم فیلیاسیون در حقوق فرانسه کاملا انطباق ندارد. یعنی نسب بر حسب تعریف عده‌ای از علماء حقوق در ایران شامل هرنوع رابطه خونی موجود بین دو نفر است اعم از این که رابطهٔ مزبور قرابت در خط مستقیم یا قرابت در خط اطراف، باواسطه یا بلاواسطه باشد، در صورتی که فیلیاسیون چنین مفهومی نخواهد داشت و فقط شامل رابطه بلاواسطه موجود بین پدر یا مادر با فرزند خواهد بود. ولی می‌توان گفت علت عدم انطباق دو مفهوم مذکور ناشی از نحوه تعریفی است که در حقوق ایران از نسب به عمل آمده است. یعنی عده‌ای از حقوق‌دانان به جای تعریف نسب به تعریف قرابت نسبی که دامنهٔ آن از نسب وسیع‌تر می‌باشد پرداخته و از نسب تعریفی نکرده‌اند به عبارت دیگر قرابت نسبی و نسب با هم فرق دارند و در قانون مدنی ایران نیز در دو کتاب جداگانه آورده شده است. یعنی قرابت نسبی در کتاب ششم قانون مدنی (از ماده ۱۰۳۱ به بعد) و نسب در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی (ماده۱۱۵۸ به بعد) آمده است. حقوق دانان فرانسوی نیز قرابت نسبی را تحت عنوان parenité مورد بحث و مطالعه قرار داده‌اند.[1]

برای اینکه مطلب بیشتر روشن شود لازم است نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک و هر یک را علیحده تعریف کنیم.

نسب عام ـ نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطهٔ خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولد هر دو نفر از شخص ثالث بوجود آمده است.

نسب خاص ـ نسب به معنای اخص عبارت است از علاقه و رابطهٔ خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا بطن دیگری بوجود آمده است.

تعریف اخیر نسب با مفهوم فیلیاسیون در حقوق فرانسه نزدیک و با مفهوم نسب در حقوق مدنی ایران (مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی به بعد) که منظور قانون‌گذار است مطابقت دارد.

---

1. Carbonnier (J): Droit civil. T. Ier Nos 196 et s. p 60 I et s. Josserand (L): Cours de droit civil positif français. T. Ier Nos 679 et, s – Planiol (M) et Ripert (G): Traité pratique de droit civil français T. I I. Nos Io et s.

البته مفهوم حقوقی کلمه فیلیاسیون در حقوق فرانسه با مفهوم حقوقی نسب خاص در حقوق مدنی ایران کاملا انطباق ندارد؛ زیرا در حقوق فرانسه فیلیاسیون شامل رابطه خونی و حقوقی پدر و مادر با فرزند واقعی و فرزند خوانده می‌گردد و حال آنکه در حقوق مدنی ایران نسب خاص فقط شامل رابطهٔ خونی و حقوقی پدر و مادر با فرزند واقعی است یعنی فرزند خواندگی در حقوق ایران وجود نداشته و منشاء هیچ‌گونه آثار حقوقی نیست.

مطالب این کتاب فقط به مطالعه و بررسی نسب به معنای اخص یعنی رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی اختصاص دارد و از رابطهٔ بین سایر اقرباء نسبی و آثار آن سخن بمیان نخواهد آمد.

اقسام نسب خاص ـ با توجه به تعریف نسب خاص، معلوم می‌شود که نسب بر دو قسم است پدری و مادری.

نسب پدری ـ انتساب طفل به پدر را نسب پدری می‌نامند.

اصولا نطفهٔ هر طفلی در در اثر ترکیب یک سلول نر(اسپرماتوزوئید) با یک سلول ماده(تخمک زن یا اوول)بوجود می‌آید.[۱] چنان که در قران کریم نیز چنین آمده است: «آدمی را از نطفهٔ ترکیب شده و بهم آمیخته زن و مرد آفریدیم»[۲] و«نسل آدمی را در خلاصه‌ای از منی (جزئی از آب پست و ناچیز) قرار داده‌ایم».[۳] ورود اسپرم در رحم زن ممکن است به‌طور مستقیم یعنی در اثر نزدیکی بین زن و مرد از طریق عادی یا از راه غیر مستقیم نظیر تلقیح مصنوعی و غیره صورت پذیرد.

نسب مادری ـ وقتی طفلی منتسب بزنی می‌گردد که از او متولد شده باشد. انعقاد نطفه طفل لازم نیست که از راه نزدیکی و مقاربت طبیعی صورت گرفته باشد، بلکه از هر طریقی که اسپرم وارد رحم زنی شده و با «اوول»[۴] او ترکیب گردد و در نتیجه این ترکیب طفلی بوجود آید، طفل مزبور منتسب به زنی است که در بطن او رشد کرده و از خون او تغذیه نموده است.

---

۱. انسان موجود ناشناخته تألیف آلکسیس کارل صفحه ۸۵
۲. إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ (سورهٔ انسان آیهٔ ۲)
۳. ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِن سُلَٰلَةٍ مِّن مَّآءٍ مَّهِينٍ (سورهٔ سجده، آیهٔ ۷)
4. Ovule

ممکن است زنی اصولاً ازدواج نکرده و دوشیزه باشد ولی اسپر ماتوزوئید مردی در حمام یا محیط مناسب دیگری جذب رحم او شده و بالنتیجه آن زن آبستن گردد.[۱]

بنابراین ازدواج و مواقعه شرط انتساب طفل به مادر نیست.

در صورتی‌که انتساب طفلی بزنی مورد اختلاف باشد اثبات نسب مادری وی با اثبات دو امر زیر امکان پذیر می‌گردد:

۱ـ وضع حمل L'accouchement یعنی باید ثابت شود که مادر ادعائی وضع حمل نموده و طفلی را به دنیا آورده البته باید تاریخ وضع حمل با سن طفل هم آهنگی را داشته باشد.

۲ـ هویت و مشخصات طفل Íidentlté یعنی باید ثابت شود طفل مورد اختلاف همان طفلی است که مادر ادعائی بدنیا آورده است.

البته نسب مادری و همچنین نسب پدری در مباحث بعدی به طور مفصل مورد بحث و مطالعه قرار خواهد گرفت و در اینجا به منظور روشن شدن موضوع کتاب به‌طور اختصار و بصورت مقدمه آورده شده است.

نسب اعم از پدری یا مادری ممکن است مشروع باشد یا نا مشروع و همچنین ممکن است حاصل از نزدیکی طبیعی و عادی باشد یا حاصل از لقاح مصنوعی. چون همانطور که قبلاً بیان شد در فرانسه فرزند خواندگی نیز نوعی نسب محسوب می‌گردد و در این کتاب نسب را در حقوق ایران و فرانسه مطالعه می‌کنیم. بنابراین فرزندان خواندگی هم داخل در موضوع بحث این تالیف خواهد بود.

با توجه به مراتب مذکور نسب را در هفت فصل به شرح زیر مورد مطالعه قرار خواهیم داد.

فصل اول ـ نسب مشروع

فصل دوم ـ نسب ناشی از نزدیکی بشبهه

فصل سوم ـ نسب ناشی از زنا

فصل چهارم ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی

---

۱. اسپرماتوزوئید معمولاً تا ۴۸ ساعت بعد از انزال در محیط قلیائی و حرارت ۳۷ خاصیت باور کردن خود را حفظ می‌نماید ـ (فیزیولوژی هورمون‌ها تألیف دکتر سعید اعتصامی ص ۲۹)

فصل پنجم ـ نسب ناشی از اهداء جنین و رحم اجاره ای
فصل ششم ـ فرزند خواندگی
فصل هفتم ـ تغییر جنسیت و آثار حقوقی آن

فصل اول

نسب مشروع

"La filiation légitime"

تعریف نسب مشروع

نسب اصولاً وقتی مشروع و قانونی است که در هنگام انعقاد نطفه طفل، بین پدر و مادر وی نکاح صحیح و قانونی وجود داشته باشد. این نکاح ممکن است نکاح دائم یا منقطع «متعه» باشد.

از نسب مشروع در قانون مدنی ایران و فرانسه تعریف صریحی نشده است. فقهاء امامیه نسب طفل را وقتی مشروع می‌دانند که نطفه اش در زمان زوجیت یا در اثر نزدیکی به شبهه منعقد گردیده باشد.

صاحب جواهر می‌گوید: «نسب ثابت می‌شود با نکاح صحیح..... و همچنین ثابت می‌شود با نزدیکی به شبهه اجماعاً».[1]

بنابراین اگر کسی با زنی بدون اینکه بین آن‌ها رابطه زوجیت وجود داشته باشد به غیر از شبهه، نزدیکی نماید و در نتیجه زن موطوئه آبستن شود و بعداً آن زن به عقد نکاح همان نزدیکی کننده در آید، جایز نیست که آن شوهر، فرزند مزبور را به خود ملحق سازد؛ زیرا نزدیکی با زنی که در علقهٔ زوجیت آن شخص نباشد زنا بوده و فقها

---

۱. النسب یثبت مع نکاح الصحیح ... و کذا یثبت مع الشبه اجماعاً ـ جواهر الکلام، تألیف شیخ محمدحسن کتاب النکاح جلد پنجم چاپ ۱۲۸۷ قمری صفحه ۵۳.

طفل حاصل از زنا را به استناد حدیث مشهور نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» ملحق به زا نمی‌دانند.

در قانون اسلام شخص متجاوز و زنا کار و فاسق احترامی ندارد و نسب هیچ طفلی شرعاً بعاهر یا زانی اگر چه از خود او هم بوجود آمده باشد، ملحق نخواهد شد و زانی نصیبی جز حرمان و سنگساری نخواهد داشت.[۱]

صاحب ریاض می‌گوید اگر چنانچه کسی با زنی زنا کند و او را حامله گرداند، جایز نیست حمل را به خود ملحق سازد و لو بعد از حامله کردن با زن موطوئه ازدواج نماید.[۲]

در حقوق مدنی ایران با توجه به ظاهر ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی که می‌گوید: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد، چنین استنباط می‌گردد که برای الحاق طفل به شوهر تحقق دو امر ضروری است:

الف ـ تولد طفل در زمان زوجیت.

ب ـ نگذشتن کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت. یعنی اگر نطفهٔ طفلی قبل از ازدواج منعقد ولی در زمان زوجیت متولد شود، نسب وی مشروع بوده و به زوج ملحق می‌گردد ولی این استنباط به نظر صحیح نمی‌آید؛ زیرا ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی ایران می‌گوید: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود» و با تعریفی که فقهاء امامیه از زنا نموده‌اند که به طور خلاصه عبارت است از نزدیکی زن و مردی که بدانند بین آن‌ها رابطهٔ زوجیت وجود ندارد و با توجه به این که بیشتر مقررات قانون مدنی ایران خصوصاً مقررات مربوط به نسب از فقه امامیه اقتباس گردیده، کاملا روشن می‌گردد که با نزدیکی زن و مردی که بین آن‌ها رابطهٔ زوجیت وجود ندارد و عالم با این امر نیز باشند زنا تحقق می‌یابد و طفل حاصل از زنا مشروع نبوده، بزانی ملحق نخواهد شد.

---

۱. شرح لمعه تألیف شهید ثانی. کتاب نکاح صفحه ۱۱۴ باب اولاد ـ شرایع تألیف محقق باب نکاح صفحه ۱۷۴ ـ تبصره علامه جلد دوم در احکام اولاد صفحه ۲۷۲ ـ صاحب جواهر الکلام کتاب نکاح صفحه ۵۵.

۲. ریاض المسائل باب نکاح، تألیف سیدعلی‌بن سیدمحمدعلی معروف بصاحب ریاض جلد دوم چاپ ۱۲۶۷ قمری، صفحه ندارد.

بنابراین از تلفیق دو مادهٔ مزبور (مواد ۱۱۵۸ و ۱۱٦۷ ق.م) به خوبی معلوم می‌گردد نسب طفل وقتی مشروع است که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد شده باشد.

نسب ناشی از شبهه و نکاح باطل نیز نسبت به کسی که در اشتباه بوده و یا جاهل به وجود مانع نکاح باشد مشروع خواهد بود(مواد۱۱٦۵ و ۱۱٦٦ ق.م).

طفل حاصل از دوران نامزدی در حقوق ایران با توجه به ماده ۱۰۳۵قانون مدنی که می‌گوید وعدهٔ ازدواج ایجاد علقهٔ زوجیت نمی کند، در حکم طفل حاصل از زناست نه فرزند مشروع یا ناشی از نزد یکی به شبهه.[۱]

بنابراین به‌طور خلاصه نسب مشروع عبارت است از نسبی که از نکاح صحیح قانونی ناشی شده باشد و بعبارت دیگر نسب طفل وقتی مشروع است که حاصل از رابطهٔ جنسی زوجین قانونی باشد ولی باید توجه داشت عملاً فرزندی که مولود رابطهٔ قبل از ازدواج باشد، اگر زودتر از شش ماه بعد از ازدواج بدنیا نیاید با توجه به قاعده فراش و حکم کلی اصاله الصحه، فرزند مشروع طرفین تلقی خواهد شد مگر اینکه زنای قبل از ازدواج مرد و زن مزبور بطریق شرعی و قانونی ثابت شده باشد.

در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۳۱۲ قانون مدنی که می‌گوید:

"Ĺenfant conçu pendant le marriage a pour pére le marie"

یعنی طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد گردیده باشد ملحق به شوهر است، چنین استنباط می‌گردد که نسب طفل وقتی مشروع است که نطفه اش در زمان زوجیت ابوین منعقد گردیده باشد ولی دیوان کشور فرانسه از اوایل قرن بیستم (از سال ۱۹۳۰ به بعد) با ابراز نظریات مختلف در زمینهٔ نسب مشروع و با توجه به جنبهٔ اجتماعی قضیه، اظهارنظر کرده است نسب طفلی که نطفه اش قبل از ازدواج منعقد ولی تولد وی در زمان زوجیت ابوین باشد، مشروع خواهد بود. بعبارت دیگر دیوان کشور فرانسه تولد طفل در زمان زوجیت ابوین را برای تحقق نسب مشروع کافی دانسته است.

اکثر حقوق دانان فرانسه به علت اهمیت اجتماعی مسئله، با نظر دیوان کشور در این زمینه موافقت دارند.

ریپرو بولانژه در زمینه نسب مشروع چنین می‌گویند:

---

۱. راجع به طفل حاصل از دوران نامزدی بعداً بحث خواهد شد.

«نسب طفل وقتی مشروع است که نطفه وی در زمان زوجیت ابوین منعقد و یا لااقل در زمان زوجیت پدر و مادر خود متولد شده باشد»[۱]

پرفسور ژان کاربنیه می‌گوید: برای تحقق نسب مشروع لازم است ابوین طفل با هم ازدواج کرده و نطفهٔ طفل در زمان زوجیت منعقد شده باشد. معذلک نسب طفلی هم که در زمان زوجیت ابوین متولد می‌گردد مشروع خواهد بود، حتی اگر نطفه وی قبل از ازدواج منعقد گردیده باشد.[۲] آلکس ویل نیز با این نظر موافق است[۳]

عده‌ای دیگر در این مورد می‌گویند:

«اطفالی که در زمان زوجیت ابوین متولد می‌شوند مشروع هستند.»[۴]

ولی کلن و کاپیتان و ژولیودولاموراندیر می‌گویند:

داشتن نسب مشروع یعنی تولد طفل از رابطهٔ جنسی زوجین و برای تحقق چنین نسبی باید اولا ثابت شود که طفل از یک زن شوهر دار متولد شده است که این امر را نسب مشروع مادری می‌نامند. ثانیا باید ثابت گردد طفل مزبور از نطفه شوهر زن مزبور بوجود آمده است که این امر را نسب مشروع پدری می‌گویند.[۵]

پلا نیول وعده‌ای دیگر از حقوق دانان فرانسه معتقداند که نسب مشروع، مستلزم خانواده مشروع است بعنی نسب طفل وقتی مشروع است که نطفه‌اش از رابطهٔ جنسی پدر و مادری که با هم ازدواج کرده‌اند بوجود آمده باشد.

این عده نظر دیوان کشور را قابل انتقاد دانسته و می‌گویند برای تعیین صفت نسب باید زمان انعقاد نطفه طفل مورد توجه قرار گیرد نه هنگام ولادت او. به عقیدهٔ آنان اصولا فقط نسب طفلی مشروع است که نطفه اش در زمان زوجیت ابوین منعقد شده باشد. مع‌الوصف قانون‌گذار موافقت کرده است اطفالی که نطفه آنان خارج از ازدواج منعقد ولی در زمان زوجیت یا قبل از ازدواج ابوین متولد می‌شوند بتواند تحت شرایط خاصی مشروع گردند.[۶]

---

1. Ripert (G) et Boulanger (J): Traité de droit civil. T. Ier. No 1622.
2. Carbonnier (J): droit civil. T. Ier. No 148. p 481.
3. Alex Weill: droit civil (précis Dalloz). T. Ier. No 866.
4. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart: Leçons de droit civil. T. Ier. V. 2. No 822.
5. Colin (A). Capitant (H) et Julliot de la Morandiére: Traité de droit civil. T. Ier. No 867, Josserand (L): Cours de droit civil Positif fransçais T. Ier. No 1014.
6. Planiol (M). Ripert (G): Traité pratique de droit civil français. T. I I. Nos 709 et 710.

با توجه به عقیدهٔ عده‌ای از حقوقدانان و نظریهٔ هیئت عمومی دیوان کشور، در حقوق فرانسه نسب طفل وقتی مشروع است که نطفه‌اش در زمان زوجیت ابوین منعقد شود و یا لااقل تولد وی در زمان زوجیت پدر مادرش باشد.

از مقایسه تعریف نسب مشروع در حقوق ایران و فرانسه نتایج زیر حاصل می‌شود:

اولا ـ در حقوق مدنی ایران نسب مشروع وقتی مصداق دارد که نطفهٔ طفل در اثر رابطهٔ جنسی زوجین قانونی منعقد شده باشد. بنابراین نسب طفل حاصل ازدوران نامزدی و رابطهٔ خارج از ازدواج قانونی، مشروع نیست.

در حقوق فرانسه دامنهٔ نسب مشروع وسیع‌تر است. یعنی علاوه بر اینکه نسب طفل حاصل از رابطهٔ قانونی مشروع است نسب طفلی هم که نطفه‌اش قبل از ازدواج منعقد ولی تولدش در زمان زوجیت ابوین باشد، مشروع خواهد بود.

ثانیاً در حقوق ایران ملاک تشخیص صفت نسب زمان انعقاد نطفه است نه زمان ولادت طفل. بنابراین برای اینکه روشن شود نسب طفلی مشروع است یا خیر باید لزوما معلوم گردد که در زمان انعقاد نطفه، رابطهٔ زوجیت بین ابوین طفل وجود داشته است یا نه.

اما در حقوق فرانسه ملاک تشخیص صفت نسب زمان انعقاد نطفه یا هنگام ولادت طفل خواهد بود. حال که تعریف و وجوه اشتراک و افتراق نسب مشروع در حقوق ایران و فرانسه روشن شد، طی سه گفتار زیر مسائل مربوط به نسب مشروع را بررسی خواهیم کرد:

گفتار اول ـ اثبات نسب مشروع

گفتار دوم ـ نفی ولد

گفتار سوم ـ آثار نسب مشروع

گفتار اول
اثبات نسب مشروع.

در صورتی‌که نسب طفلی مورد اختلاف قرار گیرد برای انتساب طفل با ابوین مشروع وی اثبات امور زیر ضرورت دارد:

۱ـ وجود رابطهٔ زوجیت بین ابوین.

۲ـ وضع حمل زن شوهردار.

۳ـ ثبوت هویت و مشخصات طفل مورد اختلاف.

٤ـ انعقاد نطفهٔ طفل از اسپرم شوهر در زمان زوجیت.

به عبارت دیگر برای اثبات نسب مشروع لازم است از طرفی ثابت گردد طفل مورد اختلاف از زن شوهر دار متولد شده است (اثبات نسب مشروع مادری).

از طرفی دیگر طفل مزبور از نطفهٔ شوهر آن زن بوجود آمده است (اثبات نسب مشروع پدری)

ضمناً اثبات وجود رابطهٔ زوجیت بین زن و مردی که طفل مورد اختلاف، بآنان منتسب می‌گردد نیز ضرورت دارد بنابراین این موضوع اثبات نسب مشروع را به تربیت طی سه بخش زیر مورد بحث و مطالعه قرار خواهیم داد:

بخش اول ـ وجود رابطهٔ زوجیت.

بخش دوم ـ اثبات نسب مادری.

بخش سوم ـ اثبات نسب پدری.

بخش اول ـ وجود رابطهٔ زوجیت.

یکی از شرایط اساسی تحقق نسب مشروع وجود رابطه زوجیت بین زن و مرد است.

ازدواج و نکاح لغتاً به معنای وطی و عقد آمده است ولی از نظر اصطلاح حقوقی نکاح عبار از عقدیست که بموجب آن زن و مردی به قصد شرکت در زندگی قانوناً با هم متحد می‌گردند.

از ازدواج تعریف صریحی در قانون مدنی ایران و فرانسه بعمل نیامده است.

شاید علت سکوت قانون‌گذار بدهی بودن آن در نزد عموم مردم باشد. چه نکاح یکی از قدیم‌ترین رسوم بشری محسوب می‌گردد.

حقوق‌دانان فرانسه نکاح را تعریف کرده‌اند و تعریف مختصر آن، عبارت است از:

L'union de deux personnes de sex different contracte avec certaines solennités"

یعنی نکاح عبارتست از:

«اتحاد دو نفر از دو جنس مختلف با تشریفات خاص».[1]

بعضی از حقوق‌دانان فرانسه، نکاح را عقد نمی‌دانند و معتقدند اگر هم عقد باشد هیچ‌گونه شباهتی با سایر عقود ندارد؛ زیرا شرایط نکاح را خود قانون‌گذار بعلت اهمیت فوق‌العاده آن، آمرانه تعیین کرده است و بالنتیجه عقد مزبور فوق اراده طرفین است.[2]

اما این عقیده صحیح نمی‌باشد زیرا آمرانه بودن مقررات نکاح آن را از حالت عقد بودن خارج نمی‌سازد؛ چون کلیهٔ عقود کم و بیش تابع مقررات آمره قانونی هستند و به عبارت دیگر اصولا عقود و قراردادها دارای محدوده قانونی می‌باشند که حاکمیت اراده متعاقدین فقط در آن محدوده جریان خواهد داشت.[3]

عده‌ای دیگر از حقوقدانان عقیده دارند که نکاح عقدیست تشریفاتی و بعلت اهمیت اجتماعی آن، تابع مقررات و تشریفات خاص می‌باشد.[4]

با توجه به مواد ١٤٤ و ١٤٦ قانون مدنی فرانسه نیز عقد بودن نکاح به خوبی روشن می‌گردد.[5]

همانطور که قبلاً بیان گردیده است، نسب طفل وقتی مشروع است که بین ابوین او نکاح صحیح و قانونی وجود داشته باشد و نکاح قانونی با توجه به مقررات نکاح در حقوق ایران عبارت از نکاحی است که بدون موانع قانونی و موافق با شرایط و مقررات پیش‌بینی شده در قانون، تحقق یافته باشد.

البته نکاح تابع شرایط خاصی است که بعضی از آن شرایط ماهوی و اساسی و بعضی دیگر صوری و تشریفاتی است که تشخیص شرایط صوری از شرایط ماهوی خصوصا در حقوق مدنی ایران حائز اهمیت فراوان است.

در قانون مدنی ایران، شرایط نکاح در سه قسمت جداگانه به شرح زیر پیش‌بینی شده است:

---

1. Carbonnior (J): droit civil. T. Ier. No 90. p. 298.
2. Planiol (M) et Ripert (G): traité pratique de droit civil français. T. II. no 69.

۳. مثلا بموجب ماده ۷۷۴ قانون مدنی ایران در عقد رهن مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین یا منفعت باطل است.

4. Mazeaud (J.L.H) et Michel de Juglart: leçons de droit civil. T. I. V. II.. P 38 et No 709, Josserand (L): Cours de droit civil positif français T. I. Nos 692 et 693.

۵. ماده ۱۴۴ ق. م فرانسه مصوب ۲۰۰۶ میلادی مربوط است به سن زوجین متعاقدین که می‌گوید: مرد قبل از ۸ سال تمام و زن قبل از ۱۵ سال تمام نمی‌تواند قرارداد ازدواج منعقد سازد. ماده ۱۴۶ ق.م. فرانسه مربوط است برضایت که می‌گوید: ازدواج با فقدان رضایت تحقق نمی‌یابد.

اول: «قابلیت صحی برای ازدواج».[۱]

دوم: «موانع نکاح»[۲]

سوم: «شرایط صحّت نکاح»[۳]

تمام مقررات و شرایط پیش بینی شده در سه قسمت فوق‌الذکر از شرایط اصلی و اساسی نکاح محسوب نمی‌گردد تا رعایت نکردن آن‌ها سبب بطلان نکاح باشد.

شرایط اساسی صحّت نکاح در حقوق ایران از این قرار است:

۱ـ اختلاف جنس.

۲ـ بلوغ.[۴]

۳ـ قصد و رضا.

٤ـ نداشتن شوهر در مورد زن.

۵ـ عدم استیفای عدد.[۵]

٦ـ نداشتن قرابت نسبی وسببی و رضاعی تا حدود مذکور در قانون.

۷ـ درعده نبودن زن.

۸ ـ مطلقه بسه و نه طلاقه نبودن زن.

۹ـ در حال احرام نبودن.

۱۰ـ عدم وقوع لعان.

شرایط بالا از جمله شرایطی است که عدم رعایت آن موجب بطلان نکاح خواهد بود ولی قانون‌گذار ایران در بعضی از موارد که زن یا مرد یا هر دو نسبت به شرایط و موانع نکاح جاهل بوده باشند قائل به ارفاق گردیده، پاره‌ای از احکام از جمله نسب را بر اینگونه نکاح مترتب دانسته است(ماده ۱۱٦٦ قانون مدنی ایران).

علاوه بر شرایط مذکور قانون گذار ایران ثبت واقعه نکاح را نیز لازم دانسته است چنانکه به موجب ماده یک قانون اصلاح مواد ۱و۳ قانون ازدواج مصوب ۲۹ اردیبهشت سال ۱۳۱٦ مقرر گردیده است:

---

۱. فصل دوم از کتاب هفتم از جلد دوم قانون مدنی (مواد ۱۰۴۱ تا ۱۰۴۴).

۲. فصل سوم از کتاب هفتم از جلد دوم قانون مدنی (مواد ۱۰۴۵ تا ۱۰۶۱).

۳. فصل چهارم از کتاب هفتم از جلد دوم قانون مدنی (مواد ۱۰۶۲ تا ۱۰۷۴).

۴. ازدواج دختر کمتر از ۱۳ سال و پسر کمتر از ۱۵ سال بعلت عدم رعایت نظم عمومی باید باطل باشد ولی در قانون مدنی ایران چنین صراحتی وجود ندارد و چون این موضوع ریشه مذهبی دارد ممکن است آنرا باطل ندانست. حداقل سن بلوغ یا سن نکاح در هر کشوری به تناسب آب و هوا و خصوصیات طبیعی و مختصات مردم متفاوت است. سن بلوغ در آلمان برای مرد ۲۱ سال و برای زن ۱۶ سال در نظر گرفته‌اند (مادهٔ ۱۳۰۳ ق.م آلمان) در سوئیس سن بلوغ در مرد ۲۰ و در زن ۱۸ سال است (مادهٔ ۹۶ ق.م سوئیس).

۵. داشتن چهار زن دائم.

«در نقاطی که وزارت عدلیه معین و اعلام می‌نماید هر ازدواج باید در یکی از دفاتری که مطابق نظامنامهٔ وزارت عدلیه تنظیم می‌شود، واقع، و به ثبت برسد».

حال باید دید آیا در حقوق مدنی ایران با توجه به ماده فوق ثبت واقعه ازدواج در دفاتر مخصوص که مطابق نظام‌نامهٔ وزارت دادگستری تنظیم شده است از شرایط صوری و تشریفاتی است یا اینکه از شرایط اساسی و ماهوی بوده و عدم رعایت آن موجب بطلان نکاح خواهد بود؟

مسلما ثبت واقعه نکاح از شرایط صوری و تشریفاتی است و عدم رعایت آن موجب بطلان نکاح نخواهد بود.

زیرا قانون‌گذاری برای ثبت نکردن واقعه ازدواج به تعیین مجازات اکتفا نموده[1] و مورد صحت و بطلان نکاح عمدا سکوت کرده است و نخواسته است نکاح ثبت نشده را با در نظر گرفتن مصلحت جامعه و خانواده‌ها، باطل اعلام نماید ولی در همه کشورها وضع بدین منوال نیست. مثلاً در ترکیه که قانون‌مدنی آن در بست و بدون تغییر از قانون مدنی سوئیس به ترکیه ترجمه شده است، تشریفات مذهبی ازدواج جای خود را به تشریفات اداری داده است و در آن کشور فقط به ازدواج‌های قانونی نه شرعی ترتیت اثر می‌دهند. ظاهراً پیروی از این اصل در شهر ترکیه مواجه با اشکال نشده بود ولی در دهات آن کشور هنوز هم بیشتر افراد به عادت سابق بدون انجام تشریفات قانونی به صورت مذهبی ازدواج می‌کنند و غالباً این گونه ازدواج‌های مذهبی در فصل زمستان که موقع بیکاری زارعین بود و رفت و آمد آن‌ها به شهرها بعلت سرما و یخبندان مشکل بود و دهستان‌های ترکیه اغلب فاقد دفاتر ازدواج رسمی بود صورت می‌گرفت. البته بچه‌های حاصل از این قبیل ازدواج در نظر قانون ترکیه مانند نتایج رابطه آزاد تلقی می‌گردید و این مسئله در عمل به خصوص در موضوع نسب وارث اشکالات فراوانی فراهم می کرد. بطوری‌که به گفته پرفسور داوید ترک‌ها هر چند سال یکبار قانونی تصویب و به رابطه اینگونه اطفال با ابوین خود جنبهٔ قانونی می‌بخشیدند ولی در

---

۱. طبق ماده ۱ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۰ و ۱۳۱۶ برای عدم ثبت واقعه نکاح یک تا شش ماه حبس تادیبی در نظر گرفته شده است. ماده ۲ همان قانون می‌گوید: «قباله ازدواج و طلاق‌نامه در صورتیکه مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه به ثبت رسیده باشند سند رسمی و الا سند عادی خواهد بود». بعد از انقلاب، طبق مادهٔ ۶۴۵ قانون مجازات اسلامی، عدم ثبت واقعهٔ ازدواج، برای مرد تا یک سال حبس پیش‌بینی شده است.

حال حاضر کشور ترکیه کاملاً متحول شده و مشکلات گذشته در آن کشور وجود ندارد.[1]

در حقوق فرانسه وقوع نکاح، تابع شرایط و مقررات خاصی است که بعضی از این شرایط صوری و تشریفاتی و بعضی دیگر ماهوی و اساسی است.

شرایط اساسی و ماهوی نکاح در فرانسه به‌طور خلاصه از این قرار است:

۱ـ اختلاف جنس زوجین.[2] ۲ـ بلوغ.[3] ۳ـ قصد ورضا.[4] ٤ـ انقضاء عده در مورد زنیکه قبلا دارای شوهر بوده است.[5] ٥ـ نداشتن زن یا شوهر.[6] ٦ـ نداشتن قرابت نسبی و سببی در درجه معین مذکور در مواد ١٦١ و ١٦٢ و ١٦٣ قانون مدنی.

شرایط فوق‌الذکر همانطور که بیان گردید از جمله شرایط اساسی و ماهوی است که عدم رعایت آن‌ها موجب بطلان مطلق نکاح خواهد بود یعنی هر کس حتی خود زوجین یا هر ذینفع دیگر و همچنین مقامات دادسرا طبق ماده ١٨٤ ق. م حق اعتراض داشته و می‌توانند ابطال چنین نکاح باطلی را از دادگاه خواستار شوند.

البته عدم رعایت بعضی از شرایط در نکاح مانند ازدواج زوجین صغیر بدون اجازه و رضایت ابوین یا اجداد یا اعضاء شورای خانواده و همچنین معیوب بودن قصد و رضا مانند وقوع نکاح در حالت اکراه یا اشتباه و یا تدلیس سبب بطلان مطلق نکاح نیست، بلکه از موارد بطلان نسبی عقد نکاح می‌باشد.

بطلان نسبی در حقیقت ضمانت اجرای حقوق خصوصی افراد است ولی جنبهٔ نظم عمومی ندارد بنابراین در مورد بطلان نسبی عقد نکاح، غیر از کسی که حق او در معرض تضییع واقع شده حق اعتراض و تقاضای ابطال آن‌را نخواهد داشت و ممکن است در صورت موافقت وی بطلان نسبی در نکاح منتفی گردد و یا مشمول مرور زمان شود. مثلاً هر گاه کسی در حال اکراه یا اشتباه طرف عقد قرار گرفته و نکاحی را منعقد سازد، در این صورت پس از رفع اکراه یا اشتباه طرف تا مدت معینی که در قانون

---

۱. مقدمه حقوق تطبیقی ص ۲۹ و تقریرات جناب آقای دکتر حسن افشار.

۲. ماده ۱۴۴ ق.م فرانسه.

۳. مرد قبل از رسیدن به ۱۸ سال کامل و زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام نمی‌تواند ازدواج نماید مگر در صورت تحصیل معافیت (مواد ۱۴۴ و ۱۴۵ قانون مدنی).

۴. ماده ۱۴۶ ق.م. ف.

۵. ماده ۲۲۸ ق.م. ف. سابق که مدّت عدهٔ قبلی متحول شده و تحت شرایطی مدّت عدّه قابل تقلیل است.

۶. ماده ۱۴۷ ق.م. ف.

پیش‌بینی شده حق دارد نسبت به عقد نکاح اعتراض کند ولی مقامات دادسرا یا اشخاص دیگر حق اعتراض نخواهند داشت. نکاح همانطور که مکرر بیان شد در فرانسه از عقود تشریفاتی است و برای تحقق آن رعایت بعضی از شرایط صوری و تشریفاتی ضروری است مثلاً نکاح باید نزد مامورین صلاحیت دار اسناد سجلی و ثبت احوال محل اقامت زوجین یا یکی از زوجین واقع گردد[1] و به علاوه ثبت و اعلام و نشر نکاح از جملهٔ تشریفات ضروری است (ماده ٦٣ق.م مصوب ٨ آوریل ١٩٢٧)

حال باید دید عدم رعایت این تشریفات صوری دارای چه ضمانت اجرائی خواهد بود.

طبق دکترین کلاسیک چون علماء و حقوقدانان فرانسه اهمیت فراوانی برای ازدواج و عقد نکاح قائل بودند، عدم رعایت تشریفات صوری سبب کان لم یکن بودن نکاح بود. به عبارت دیگر اگر نکاح با تشریفات خاص نزد مأمورین صلاحیت‌دار اسناد سجلی واقع نمی‌گردید و به ثبت نمی‌رسید، اصولاً نکاحی تحقق نمی‌یافت و در نتیجه اطفال حاصل از رابطه آن زن و مرد، اطفال ناشی از رابطه آزاد جنسی یعنی اطفال نامشروع (طبیعی) محسوب می‌گردیدند و در چنین حالتی نکاح شبهه نیز مصداق نمی‌یافت؛ زیرا نکاح شبهه طبق مواد ٢٠١ و٢٠٢ ق.م. عبارت از نکاح باطلی است که لااقل یکی از طرفین (زوجین) در هنگام وقوع نکاح دارای حسن نیت باشد که در این صورت با وجود بطلان نکاح، طفل حاصل ار آن مشروع خواهد بود ولی در فرض بالا بعقیده حقوقدانان قدیم، نکاحی حتی نکاح باطل وجود نداشت تا نکاح شبهه مصداق یابد. یعنی معتقد بودند که از امر عدمی نمی‌توان امر وجودی استنتاج کرد. اما دکترین جدید با در نظر گرفتن مصلحت اجتماعی و توجه به منافع اطفال، عقیدهٔ بالا را مردود دانسته و نکاحی را که بدون رعایت تشریفات ثبت و انتشار آن به وسیله مراجع صلاحیت دار، انجام گرفته باشد کان لم یکن ندانسته بلکه چنین نکاحی را باطل و قابل ابطال می‌داند، نه غیر موجود.

نتیجه این تحول و تغییر عقیده حقوق‌دانان فرانسه این است که هرگاه لااقل یکی از زوجین بدون داشتن سوءنیت اقدام به چنین نکاحی بدون رعایت تشریفات نموده

---

١. ماده ١٦٥ ق.م مصوب ٢١ ژوئن سال ١٩٠٧.

باشند، اطفال ناشی از این نکاح باطل، مشروع خواهند بود و از از دیار اطفال طبیعی و نامشروع جلوگیری خواهد شد.[1]

طبق دکترین قدیم در صورت فقدان قصد و رضا نیز نکاح کان لم یکن بوده و ماده ١٤٦ فعلی قانون مدنی فرانسه هم این عقیده را تائید می‌کرد ولی همانطور که قبلاً بیان شد، مصلحت اجتماع و منافع اطفال باعث شد که این عقیده متروک گردد و قانون‌گذار نیز به پیروی از عقیده جدید، فقدان قصد و رضا را در نکاح موجب بطلان مطلق نکاح دانسته است نه کان لم یکن بودن آن. (ماده ١٨٤ق.م مصوب١٩ فوریه ١٩٣٣).

مادهٔ ١٨٤ قانون مدنی فرانسه در واقع به‌طور ضمنی ماده ١٤٦ آن قانون را نسخ کرده است.[2] با توجه به مراتب فوق الذکر اصولا نسب طفل وقتی مشروع است که رابطهٔ زوجیت صحیح و قانونی بین ابوین طفل وجود داشته باشد و نکاح وقتی صحیح و قانونی است که کلیه شرایط اساسی پیش‌بینی شده در قانون را دارا باشد. حال که موضوع نکاح روشن شد، باید دید چگونه می‌توان وجود رابطهٔ زوجیت و نکاح را اثبات کرد.

در حقوق ایران معمولا وجود رابطهٔ زوجیت و نکاح را می‌توان بوسیله قبالهٔ نکاحیه اثبات نمود. طبق مادهٔ ١ قانون اصلاح قانون ازدواج در نقاطی که وزارت دادگستری معین و اعلام می‌نماید، باید هر ازدواجی در یکی از دفاتری که مطابق نظام‌نامه‌های وزارت عدلیه تنظیم می‌گردد، واقع، و به ثبت برسد. ماده ٢ همان قانون می‌گوید: «قبالهٔ ازدواج و طلاق‌نامه در صورتی‌که مطابق نظامنامه‌های وزارت عدلیه به ثبت رسیده باشد رسمی والا عادی محسوب خواهد شد». بنابراین یکی از دلایل اثبات نکاح، قباله نکاحیه است که ممکن است رسمی یا عادی باشد. گاهی اتفاق می‌افتد که قبالهٔ رسمی یا عادی در زمینهٔ وقوع نکاح، وجود نداشته باشد و یا قبالهٔ عادی مفقود گردیده باشد، در این صورت می‌توان رابطه زوجیت و وجود نکاح را با اقامهٔ هرگونه دلیلی اثبات نمود. مثلاً اقرار زن و مرد و شهادت شهود و وضعیت ظاهری مانند آمیزش دائم یا داشتن زندگی مشترک یا مسافرت‌های متعدد و یا طرز رفتار زن و مرد در محافل و مجامع، به نحوی که اطرافیان تصور کنند آنان با هم زن و شوهر هستند، از قرائن و

---

١. ژان کاربنیه: حقوق مدنی. جلد اول شماره ٩۴ ص ٣١۴ و شماره ١٢۴ ص ٣٩۶ و ٣٩٧.
٢. ژان کاربنیه: حقوق مدنی. جلد اول شماره ١٢٣ ص ٣٩٢ و ٣٩٣.

امارات مثبت امر زناشوئی است و به کمک آن‌ها می‌توان وجود رابطهٔ زوجیت را ثابت کرد.

در حقوق فرانسه چون نکاح از عقود تشریفاتی است و بایستی در نزد مامورین صلاحیت‌دار رسماً اعلام و به ثبت برسد، بنابراین اصولا دلیل وجود رابطهٔ زوجیت، قبالهٔ نکاحیه است و در صورت مفقود شدن و از بین رفتن دفاتر اسناد سجلی، استثناناً می‌توان بکمک وضعیت ظاهری[1] وجود رابطهٔ زوجیت را ثابت کرد. اما شناسنامه طفلی که نسب وی مورد اختلاف است، نمی‌تواند مستند وجود را رابطهٔ زوجیت ابوین ادعائی قرار گیرد.[2]

بطور خلاصه در حقوق فرانسه دلائل اثبات رابطهٔ زوجیت بعلت اهمیت اجتماعی و آثار حقوقی مترتب بر آن، حصری است. به عبارت دیگر نمی‌توان نکاح را با دلائل دیگری نظیر اقرار و قسم و شهادت شهود اثبات کرد.[3]

بخش دوم ـ اثبات نسب مادری.

برای تحقق نسب مشروع مادری اثبات دو امر ضروری است: الف ـ وضع حمل ب ـ هویت مولود.

بند اول ـ وضع حمل L' accouchement

وضع حمل پدیده‌ای مادی و امری خارجی و محسوس است. یعنی پس از تکمیل رشد طفل در رحم زن، موقع ولادت طفل و وضع حمل مادر فرا می‌رسد. بنابراین چون وضع حمل در خارج به وقوع می‌پیوندد به خوبی به‌وسیله اقامهٔ گواه و سایر دلائل قابل اثبات است.[4]

جریان وضع حمل را غالباً می‌توان از روی شناسنامه مولود اثبات کرد. ثبت رسمی ولادت طفل در ایران قبل از سال ١٣٠٤ شمسی سابقه نداشته، اغلب ولادت نوزادان در

---

1. Possession d'Elat..
2. Carbonnier (J): droit civil. T. Ier. No 149 P. 483. Alex Weill: Droit civil (précis Dalloz). T. Ier. no 672 et. S. Colin (A). Capitant (H) et Julliot de la Morandiére: Droit civi. T. ler. Nos 577 et s.
3. Mazeaud (J.H.L) et Michel de Juglart: Leçons de droit civil. T I. V. II. nos 791 et 794 et 813 et s.
4. Marty et Raynaud: droit civil. T. I. V. II. no 466.

پشت قرآن و یا کتاب دعای موجود در منازل یادداشت می‌گردید ولی از سال ۱۳۰٤ به بعد که ثبت احوال در ایران برقرار گردید، ولادت اطفال طبق ماده ۹۹۳ قانون مدنی و مقررات ثبت احوال به ثبت می‌رسد.

طبق مقررات ثبت احوال، تولد طفل باید در ظرف پانزده روز از تاریخ ولادت بوسیله پدر یا سرپرست یا ولی یا مادر طفل و یا قابله و طبیب یا رئیس سازمانی‌که طفل در آنجا متولد شده به ادارهٔ ثبت احوال محل و در دهات و قصبات در صورت نبودن مأمور ثبت احوال به کدخدایان برای ثبت در دفاتر سجلی اعلام شود (مواد۲ و ۳ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹ و تبصرهٔ مادهٔ ۱۵ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵).

ثبت واقعه ولادت باید با حضور دو نفر گواه انجام گیرد، اگر تصدیق پزشک یا مامای رسمی یا مؤسسه‌ای که طفل در آن‌جا متولد شده است در بین نباشد (مادهٔ ۱۵ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵.

در حقوق فرانسه با وجود اینکه وضع حمل یک پدیده مادی است و اصولاً باید بوسیله شهادت شهود یا اقامهٔ هر دلیل دیگر قابل اثبات باشد، معذلک نظر به اهمیت موضوع و جلوگیری از خطرات احتمالی، وضع حمل تابع مقررات خاصی است و معمولا بوسیلهٔ شناسنامهٔ مولود و در صورت نبودن شناسنامه یا مفقود شدن یا از بین رفتن اسناد سجلی در اثر جریان سیل یا وقوع زلزله یا بمباران و غیره بجای شناسنامه، بوسیله وضعیت ظاهری و استثنائاً بوسیلهٔ شهادت شهود تحت شرایط خاصی می‌توان آنرا اثبات نمود که ذیلا بشرح هریک باختصار می‌پردازیم:

۱ـ شناسنامه و سندولادت L acte de naissance

سندولادت عبارت از سندی است که در ادارهٔ ثبت احوال تنظیم می‌شود و در دفاتر سجل احوال، مراتب ولادت و مشخصات طفل و ابوین منعکس می‌گردد.[۱]

شناسنامه، مشخص می‌کند که فلان زن در فلان روز وضع حمل نموده و فرزندی از جنس پسر یا دختر بدنیا آورده است. البته شناسنامه به خودی خود دلالت بر هویت طفل ندارد ولی رویهٔ قضائی فرانسه پذیرفته است که ارائه دهندهٔ شناسنامه لازم نیست هویت خود را ثابت کند، بشرط آنکه هویت و مشخصات او مورد اعتراض نباشد.[۲]

---

۱. اداره ثبت احوال فرانسه، تابع شهرداری است.

۲. در حقوق ایران ارائه شناسنامه برای احراز هویت ارائه دهنده آن کافی نیست مثلاً برای تنظیم سند رسمی در صورتی که سردفتر مراجعه کننده را نشناسد و به عبارت دیگر هویت مراجعه کننده نزد وی معروف نباشد، لازم←

شناسنامه علاوه براینکه دلالت بر وضع حمل مادر می‌نماید، دلیل رابطهٔ مادر فرزندی و نسب مشروع مادری نیز می‌باشد، مشروط بر آنکه نام مادر در سند ولادت و شناسنامه ذکر شده باشد. البته لازم نیست که نام مادر به عنوان یک زن شوهردار در شناسنامه قید گردیده باشد (دیوان تمیز فرانسه شعبه عرایض ۲۲ ژوئیه ۱۹۱۳ دالوز. پ . سال ۱۹۱۷. بخش یک ص ۵۰).

گاهی اتفاق می‌افتد که نام مادر درشناسنامه ذکر نشده است مثلا در مورد طفل سر راهی چون هویت مادرش معلوم نیست، لذا در دفتر موالید نام و مشخصات مادر وی ثبت نمی‌گردد، ولی در هر صورت ثبت ولادت دلالت دارد که وضع حملی به‌وقوع پیوسته است اعم از اینکه مراتب وضع حمل بوسیله سازمان یا بیمارستان یا شخص عادی با حضور دو نفر گواه اعلام شده باشد یا اینکه طفلی را از سر راه پیدا کرده باشند.[1]

۲ـ وضعیت ظاهری Possession d Etat

در حقوق فرانسه در صورت فقدان شناسنامه، وجود وضعیت ظاهری برای اثبات وضع حمل و وجود نسب و رابطهٔ مادر فرزندی کفایت می‌کند. وضعیت ظاهری عبارت از مجموع اوضاع و احوال و اموری است که دلالت بر وجود رابطهٔ نسبی و مشروعیت نسب طفل خانواده می‌نماید. عناصر مشکله وضعیت ظاهری عبارت است از نام خانوادگی که طفل از آن برخوردار می‌شود[2] و طرز رفتار نسبت به طفل مانند فرزند و تهیه وسایل نگهداری و حضانت و تربیت خوراک و پوشاک و مسکن اطفال[3] و بالاخره معرفی شدن طفل به عنوان فرزند خانواده در بین افراد فامیل و جامعه.[4] (ماده ۳۲۱ ق.م فرانسه)

اوضاع و احوال ظاهری وقتی دارای ارزش اثباتی است که:

اولاً قطعی و مسلم باشد.

← است دو نفر معتمد بعنوان معرف حضور یابند تا هویت مراجعه کننده محرز گردد (مواد ۵۰ و ۵۱ قانون ثبت و مواد ۷ و ۹ نظامنامه ثبت ازدواج و طلاق مصوب ۱۳۱۰/۷/۱۷)

1. Marty et Raynaud: Droit civil. T. I. V 2. No 467.
2. Momen.
3. Tractatus.
4. Fama.

بعضی از حقوقدانان[1] معتقدند که وضعیت ظاهری باید مداوم و غیر منقطع باشد. یعنی همانطور که تارو پود امور عرفی و عادات و رسوم اجتماعی بتدریج بهم پیوسته و موجب الزام معنوی و وجدانی می‌گردد، وضعیت ظاهری نیز به تدریج در اذهان عموم رنگ و شکل می‌گیرد و بالنتیجه، اطرافیان و جامعه، طفلی را متعلق به خانواده‌ای می‌شناسند. ولی بعکس انقطاع وضعیت ظاهری موجب شک و تردید در تعلق طفل می‌گردد.

نظر مزبور در عمل موجب اشکالات زیادی خواهد بود. مثلاً خیلی مشکل است که طفلی مجبور باشد وضعیت ظاهری غیر منقطع را از زمان ولادت خود خصوصاً وقتی‌که ابوین او بحکم اجبار یا به دلخواه، محل سکونت خود را تغییر داده باشند، اثبات کند.

بنابراین کافی است ثابت شود طفل از اوضاع و احوال مسلم و قطعی یک فرزند مشروع برخوردار بوده است که در اینصورت اشکال فوق الذکر پیش نمی‌آید.

ثانیاً وضعیت ظاهری باید بهر دو نفر از زوجین مربوط گردد. بنابراین وجود وضعیت ظاهری در مقابل یکی از ابوین برای اثبات مشروعیت نسب طفل کافی نیست[2] ولی در سند ولادت کفایت می‌کند که فقط نام مادر طفل ذکر گردیده باشد تا دلالت بر مشروعیت نسب وی بنماید و ذکر نام پدر احتیاج ندارد.

وضعیت ظاهری عموماً دلالت دارد بر اینکه طفل ملحق و منتسب به خانواده‌ای است که در آن رشد نموده و از نام خانوادگی آن برخوردار شده است، هرچند در واقع و نفس‌الامر طفل فرزند آن خانواده نباشد.

وضعیت ظاهری نظیر تصرف اشیاء است یعنی همانطور که تصرف شیئی دلالت بر مالکیت آن دارد، وضعیت ظاهری نیز دلیل وضع حمل مادر ادعائی و لحوق طفل به خانواده است. ولی همانطور که امارهٔ تصرف، قطعی و غیر قابل تغییر نیست، وضعیت ظاهری نیز امارهٔ قطعی ایجاد نمی‌کند و با اقامهٔ دلیل مخالف قابل اسقاط است.

---

1. Colin (A). Capitant (H) et Julliot de la Marandiére: Traité de droit civil. T. Ier. No 874., Alex Weill: Droit civil (Précis Dalloz). T. Ier. No 873. – Marty et. Raynand: Droit civil. T. I. V. 2. No 468.
2. Trib. Civ. Perronne. 20 avr 1950. Gaz. Pal. 1950. 2. 170.

کتابخانه تخصصی

امارهٔ حاصل از وضعیت ظاهری طفل، علاوه بر اینکه دلالت بر وضع حمل مادر ادعائی دارد، مبین هویت و مشخصات طفل نیز می‌باشد. یعنی دلالت دارد که طفل مزبور همان طفلی است که از زن شوهردار خانواده، متولد شده است.

قدرت اثباتی وضع ظاهری ـ وضع ظاهری از نظر قدرت اثباتی مبتنی بر اقرار ضمنی زوجین است به این‌که طفل از آن‌ها به‌وجود آمده است. یعنی طرز رفتار با طفل و نحوهٔ تربیت و حضانت و نگهداری او و اعطاء نام خانوادگی خود به طفلی، در حقیقت، اقرار به مشروعیت و انتساب طفل مزبور به خود است، که این اقرار به وسیلهٔ گواهی افراد خانواده و جامعه، تأئید و تقویت می‌گردد.

وضع ظاهری در نتیجه اقدام ابوین ادعائی، به نفع طفل بوجود آمده است نه در اثر عمل خود طفل. بنابراین چنین اقرار ضمنی و عملی، علیه اقرارکنندگان حجیت دارد.

علاوه بر این، وضعیت ظاهری بر شناسنامه نیز ارجحیت دارد زیرا:

اولاً در حالیکه سند ولادت فقط بر وضع حمل ما در ادعائی دلالت می‌کند، وضع ظاهری هم دلالت بر وضع حمل مادر و هم دلالت بر هویت طفل دارد. یعنی تحقق اوضاع و احوال ظاهری دلالت می‌کند بر اینکه واجد آن همان طفلی است که فلان زن شوهردار وضع حمل نموده است.

ثانیاً وضع ظاهری علاوه بر نسب مادری، مبین نسب مشروع پدری نیز می‌باشد؛ زیرا وقتی طفلی به استناد وضع ظاهری ثابت کند که فرزند فلان زن شوهردار است، مفهوم آن این است که طبق آماره فراش، فرزند مشروع شوهر آن زن نیز می‌باشد. یعنی نسب مشروع مادری و پدری غیر قابل تفکیک و تجزیه است.

وضع ظاهری را می‌توان با اقامهٔ هرگونه دلیلی اثبات نمود. یعنی قانون‌گذار فرانسه برای اقامهٔ دلیل، در این زمینه محدودیتی قائل نگردیده است. امارهٔ حاصل از وضعیت ظاهری نیز با اقامه هرگونه دلیلی، قابل اسقاط است. خواه به صورت اعتراض به عناصر مشکّلهٔ وضعیت ظاهری باشد و خواه ثابت شود طفلی که وضعیت ظاهری به نفع او استقرار یافته است، دارای پدر و مادری غیر از زوجینی که طفل در نزد آن‌ها زندگی می‌کرده است.

به عبارت دیگر من غیر حق وضعیت ظاهری به نفع طفلی که فرزند خانواده نیست جریان یافته است.

هماهنگی شناسنامه با وضعیت ظاهری ـ ممکن است شناسنامهٔ طفلی با وضع ظاهری وی تطبیق داشته یا با آن مغایر باشد. هماهنگی شناسنامه با وضعیت ظاهری، اصولاً دلالت می‌کند بر اینکه کلیه اعمال مربوط به طفل، درآتمسفری عادی صورت پذیرفته و جریان منظم قانونی خود را طی نموده است که در نتیجه، نسب چنین طفلی را به سختی می‌توان قابل خدشه و اعتراض دانست و حتی لازم است که از چنین طفلی حمایت شود. به همین مناسبت قانون مدنی فرانسه مقرر نموده است هیچکس نمی‌تواند علیه طفلی که دارای شناسنامه و وضعیت ظاهری هماهنگ است اعتراض کرده و وضعی مخالف آنچه را که طفل دارا می‌باشد اثبات کند. (مادهٔ ۳۳۳ ق. م)

در این‌گونه موارد، حتی خود طفل نیز نمی‌تواند وضع موجود را تغییر داده، نسبت واقعی خود را اثبات کند. یعنی با وجود اینکه ممکن است گاهی طفلی اشتباهاً فرزند زن و شوهری معرفی شده باشد یا عمداً طفلی فرزند دیگری معرفی گردیده و شناسنامه نیز به نام وی صادر شده باشد که در این صورت نسبت حقیقی با نسبت ظاهری وی مغایرت دارد. معذلک قانون‌گذار برای حفظ منافع اکثریت موارد استثنائی را به حکم‌النادر کالمعدوم نادیده گرفته است. با وجود اینکه قانون‌گذار در وضع ماده ۳۳۳ق. م فرانسه از میل به آرامش و صلح و صفای خانواده‌ها و جلوگیری از طرح دعاوی افتضاح آمیز الهام گرفته، مع‌الوصف محدودیت‌هائی به شرح زیر بر آن وارد کرده است:

اول ـ غیر قابل تغیر بودن مقررات ماده ۳۳۳ ق. م مشروط بر این است که وجود رابطهٔ زوجیت بین ابوین ادعائی طفل محرز باشد، بنابراین با وجود هماهنگی شناسنامه طفل با وضعیت ظاهری، می‌توان ثابت کرد که ابوین ادعائی هرگز با هم ازدواج نکرده‌اند.

در این‌صورت مقررات ماده۳۳۳ فوق‌الذکر قابل اعمال نخواهد بود؛ زیرا مقررات این ماده فقط نسبت به اطفال مشروع اعمال می‌گردد و هماهنگی وضعیت ظاهری با شناسنامه طفل، هیچ‌گونه دلالت بروجود رابطهٔ زوجیت بین ابوین ادعائی ندارد.[1]

1. Civ. 12 fevr. 1868. D. O. 1868. 1. 60. Rec – Slrey 1868. 1. 165; Aix, 11 dec. 1933. D. P. 1936. 1. 57. note de M Nast Rec – Sirey 1934. 2. 78.

دوم ـ می‌توان ثابت کرد که شناسنامه متعلق به شخصی و وضع ظاهری مربوط به شخص دیگری است. مثلاً صاحب شناسنامه فوت شده و طفل دیگری با آن شناسنامه در این خانواده زندگی می‌کند و از وضع ظاهری فرزند مشروع برخوردار می‌گردد.[1]

سوم ـ انکار طفل بوسیله شوهر امکان پذیر است. یعنی ماده ۳۳۳ ق.م مربوط است بدلایل اثبات رابطهٔ مادر فرزندی نه رابطهٔ ابوت. بنابراین با نفی ولد می‌تواند خلاف وضع موجود را ثابت کند.[2]

۳ـ شهادت شهود Le témoignage

در حقوق فرانسه در موارد زیر وضع حمل را می‌توان بوسیله گواهی گواهان اثبات نمود.

الف ـ وقتی که شناسنامه و وضعیت ظاهری مبین نسب مشروع، وجود نداشته باشد.

ب ـ وقتی که شناسنامه موجود باشد ولی شخصی که طفل بموجب سند ولادت به او ملحق شده نسبت به آن اعتراض کرده باشد. یعنی اشتباهاً بر حسب شناسنامه پدر یا مادر طفلی معرفی و نسب به آن اعتراض نموده و وضع ظاهری نیز با شناسنامه هماهنگی نداشته باشد و شناسنامه برای طفلی بعنوان اینکه از پدر و مادر ناشناس متولد گردیده است، صادر شده باشد.

ج ـ وقتی شخصی که از وضع ظاهری فرزند مشروع برخوردار می‌گردد، مدعی عدم صحت و واقعیت آن شود و شناسنامه‌ای نیز در بین نباشد که وضع موجود را تأیید کند.

د ـ در صورت عدم هماهنگی بین شناسنامه و وضعیت ظاهری. مثلاً شناسنامه مبین یک نسب و وضع ظاهری نشان دهنده نسب دیگری باشد. (ماده ۳۳۳ ق.م. فرانسه).[3]

شرط پذیرش گواهی گواهان ـ با وجود اینکه وضع حمل، پدیده خارجی و امر محسوسی است و باید مانند وضعیت ظاهری با اقامهٔ هرگونه دلیل قابل اثبات باشد، معذلک بعلت بی‌اعتباری گواهی‌گواهان برای اثبات وضع حمل در محاکم فرانسه

---

1. Trib. Civ. Lille, 10 mars, 1955, Gaz, Pal. 1955, 1. 358.
2. Alex Weill: Droit civil (précis Dalloz). T. 1. No 875.
3. Julliot de la Morandiére: Droit civil. (précis Dalloz). T. 1. no 961 – Colin (A). capitant (H) et Julliot de la Morandiére traité de droit civil. T. 1. no 878 – Alex weill: Droit civil (précis Dalloz). T. 1 No 876 – Marty et Raynaud: Droit Civil. T. 1. V. 2. no 469.

پذیرفته نخواهد شد، مگر اینکه محفوف به قرائن و امارات دیگری نظیر اسناد و نوشتجات خانوادگی یا اسناد رسمی یا نامه‌های خصوصی پدر یا مادر و نظایر آن بوده و یا مقرون با امارات قویهٔ دیگر باشد.

قانون‌گذار فرانسه در این مورد از قواعد کلی مربوط به گواهی تجاوز کرده و به علل فوق‌الذکر شدت عمل و سخت گیری خاصی نشان داده است، ولی قضات و محاکم فرانسه برای کاستن از شدت قانون و برای حفظ منافع طفلی که قادر به اقامهٔ قرائن و شواهد قویه نیست از مواجهه شخصی طرفین برای پذیرش گواهی گواهان استفاده می‌نمایند و در صورت تحقق شباهت قیافه یا صدا بین خواهان و خوانده، گواهی گواهان را می‌پذیرند دیوان کشور فرانسه نیز با صدور رأی معروفی این رویه را تأیید کرده است.[1]

بنابراین در حقوق فرانسه دلائل اثبات وضع حمل و نسب مشروع مادری بوسیله قانونگذار طی مواد۳۱۹ تا ۳۲٤ ق.م احصاء گردیده و دلائل دیگری در محاکم آن کشور پذیرفته نخواهد شد.[2]

بند دوم ـ هویت و مشخصات مولود. L'identilé.

هویت و مشخصات مولود از نظر اثبات نسب مادری مانند اثبات وضع حمل اهمیت زیادی دارد. منظور از هویت اثبات این امر است که طفل موضوع اختلاف همان طفلی است که از مادر ادعائی متولد گردیده است. مثلاً مسعود مدعی است که فرزند قانونی پرویز و پروین است. در صورت اختلاف در نسب وی علاوه بر اثبات وضع حمل پروین و وجود رابطهٔ زوجیت بین پرویز و پروین، باید ثابت شود که مسعود (فرزند ادعائی) همان طفلی است که از پروین متولد گردیده است.

دلائل اثبات هویت مولود محدو نبوده و با اقامه هرگونه دلیلی نظیر وضع ظاهری مانند نام خانوادگی طفل و طرز رفتار خانواده با طفل و شرکت ابوین ادعائی در حضانت و تربیت او و زندگی کردن در خانوادهٔ مادر یا پدر ادعائی و سایر قرائن و اوضاع و احوال و گاهی بوسیله شهادت شهود هویت مولود قابل اثبات است. علت اینکه می‌گوئیم گاهی به گواهی گواهان، هویت طفل را می‌توان اثبات کرد این است که

1. Req. 19 oct 1925. D. P. 1926, 189, note R. Savatier; S. 1925, 1. 313; note H. Mazeaud.
2. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart: leçons de droit civil T. 1. V. II. Nos 846 á 850.

گواهان نمی‌توانند همیشه به‌طور صریح دربارهٔ نوزادی که مدتها قبل از زنی متولد شده و چندید سال رشد و نمو کرده و تغییر شکل داده است، اظهار عقیده کرده و در دادگاه گواهی دهند که فرضاً مسعود بیست ساله، همان نوزادی است که بیست سال قبل از پروین متولد شده است، (چون امکان زیادی دارد که ابوین طفل تغیر اقامتگاه داده باشند) مگر اینکه علائم مشخصه‌ای در نوزاد وجود داشته باشد که هنگام تولد یا بعد از آن نظر اطرافیان و همسایگان را بخود جلب نموده باشد.

البته شناسنامه دلالت بر هویت ارائه دهنده آن ندارد و نمیتوان از آن بعنوان سند رسمی در این خصوص استفاده کرد زیرا شناسنامه مسلماً سند ولادت محسوب می‌شود و حکایت از وضع حمل دارد ولی احراز این موضوع که ارائه دهندهٔ آن همان طفلی است که از مادر ادعائی متولد شده است، بسیار مشکل خواهد بود چون ممکن است بچه پس از ولادت فوت شده باشد. ولی بعلل گوناگون طفل دیگری بجای نوزاد مزبور معرفی و فرزند پدر ومادری قلمداد شده باشد. یا فرضاً نوزاد در زایشگاه و بیمارستان عمدا یا سهواً پیش از اعلام بدایرهٔ سجل احوال یا بعد از آن، تعویض گردیده باشد، یا طفلی فوت شده باشد و طفل دیگری از شناسنامه طفل فوت شده استفاده نموده باشد چنانکه در بین مردم ایران این عمل دیده می‌شود.

بنابراین دارنده و ارائه دهندهٔ شناسنامه‌ای همیشه صاحب واقعی آن نخواهد بود. بهمین مناسبت مادهٔ ۵۰ قانون ثبت سابق ایران مقرر می‌داشت: «هر گاه مسئول دفتر در هویت متعاملین یا طرفی که تعهد می‌کند، تردید داشته باشد، باید دو نفر از اشخاص معروف و معتمد، حضورا هویت آنان را تصدیق نموده و مسئول دفتر، مراتب را در دفتر ثبت و به امضاء شهود رسانیده و این نکته را در خود اسناد قید نماید» مادهٔ ۵۲ همان قانون مقرر می‌داشت: «وقتی که مسئول دفتر نتواند بوسیله شهود معروف و معتمد، هویت اشخاص را معین کند، باید از ثبت نمودن سند امتناع نماید».

بنابراین قانون‌گذار ایران نیز شناسنامه را دلیل هویت ارائه دهندهٔ آن نمی‌داند حتی در صورتی که به عنوان دلیل غیر قضائی ارائه شده باشد.

البته امروزه مقرر شده است که بشناسنامه افراد عکس الصاق گردد تا بهتر بتوان هویت ارائه دهندهٔ شناسنامه را تشخیص داد ولی این اقدام اولا بطوریکه معمول است و طبق مادهٔ ۳۵ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵، مربوط با شخص کبیر و افراد بزرگ سال

است نه نوزاد و طفل صغیر ثانیاً بفرض اینکه الصاق عکس نوزاد بشناسنامه اجباری گردد، مشکل قضیه حل نخواهد شد؛ زیرا از طرفی نوزاد دائما در حال رشد و نمو و تحول و دگرگونی است و عکس نوزاد چند روزه نقص شناسنامه را رفع نمی‌کند و در مورد اثبات نسب کافی نخواهد بود و از طرف دیگر امکان وقوع جعل و تزویر نیز می‌رود. البته طبق مقررات جدید عکس نوزاد به شناسنامه الصاق نمی‌گردد.

بنابراین بهتر است که شناسنامه دلیل هویت ارائه دهنده آن نباشد؛ زیرا امکان جعل و الصاق عکس غیر به شناسنامه وجود دارد، هر چند طبق مادهٔ ۳۸ قانون ثبت احوال جدید، برای احاد ایرانیان از ۱۵ سال به بالا کارت ملی عکس‌دار صادر می‌شود ولی مشکلات موضوع مورد بحث که تشخیص هویت نوزاد یا کودک است، حل نخواهد شد.

در حقوق فرانسه اثبات هویت، آزاد بوده و قانون‌گذار محدودیتی از نظر ارائه و اقامهٔ دلیل در مورد اثبات هویت پیش‌بینی نکرده است لذا با گواهی گواه و اوضاع و احوال ظاهری و سایر قرائن اثبات هویت، امکان پذیر خواهد بود.

بعضی از حقوق دانان فرانسه معتقداند[1] باین علت شناسنامه دلالت بر هویت ارائه دهنده آن ندارد که هر کس می‌تواند شناسنامه‌ای را که متعلق بدیگری است بدست آورده و در مواقع ضروری ارائه و از آن استفاده نماید.

البته پرفسور ژان کار بنیه معتقد است که عادلانه خواهد بود، اگر شناسنامه را دلیل هویت ارائه دهنده آن بدانیم. زیرا حسب محتویات شناسنامه، مسلماً زنی وضع حمل کرده و طفلی را بدنیا آورده است و اختلاف در این است که طفل اعلام شده بدایره سجل احوال، ارائه دهنده شناسنامه است یا خیر؟. اگر ارائه دهنده شناسنامه، غیر از طفلی باشد که تولد او اعلام شده است، پس طفلی که از آن زن متولد گردیده کجاست؟ آیا فوت شده است؟ در این صورت می‌بایستی مراتب فوت به مقامات صلاحیت‌دار اعلام تا شناسنامه ابطال گردد و اگر طفل مفقود گردیده باشد، باید این اتفاق نیز اعلام گردیده باشد و چون غالباً ارائه دهندهٔ شناسنامه، صاحب واقعی آن می‌باشد، بنابراین شایسته است که شناسنامه دلالت بر هویت طفل، مادام که خلاف آن به ثبوت نرسیده است، داشته باشد.[2]

---

1. Mazeaud (J H. L) et Michel de Juglart, leçons de droit civil. T. I. V. II. no 581.
2. Corbonnier (J): Droit civil. T. ler. No 158. P. 506 et 507.

با وجود این که در حقوق فرانسه اثبات وضع حمل مادر ادعائی از نظر اقامه دلیل تابع مقرراتی محدود کننده خاصی است، معذلک مادر ادعائی یا نمایندهٔ قانونی او و سایر اعضای خانواده نیز در مقام دفاع و برای رد ادعائی فرزند ادعائی، می‌توانند به هرگونه دلیلی متوسل شوند و قانون‌گذار بمنظور حفظ حقوق خانواده و جلوگیری از ورود من غیر افراد بآن، به مادر اجازه داده است یا اقامهٔ هرگونه دلیل، خلاف ادعای خواهان را اثبات نماید، اگر سند هویت یا وضع ظاهری وجود نداشته باشد. (ماده ۳۲۵ جدید قانون مدنی فرانسه).

بخش سوم ـ اثبات نسب پدری

برای تحقق نسب مشروع لازم است که نطفه طفل در نتیجه نزدیکی زن و شوهر منعقد شده باشد. تشخیص حامله شدن زن بوسیله شوهر از نظر بیولوژی کار آسانی نیست و این امر را فوراً و مستقیماً نمی‌توان اثبات نمود؛ زیرا مواقعه و نزدیکی همیشه در خفا انجام می‌گیرد و بعلاوه انعقاد نطفه یعنی ترکیب اسپرماتوزوئید با تخمک تحت شرایط خاص انجام می‌پذیرد که هیچ‌کس نمی‌تواند از این ترکیب فوراً اطلاع حاصل نماید و خود زن و شوهر نیز از انعقاد نطفه، مطلع نخواهند شد.

بنابراین اثبات نسب پدری بعلت مشخص و محسوس نبودن موضوع خلقت طفل و انعقاد نطفه، مسئله‌ای بسیار مشکل و پیچیده است. چنانکه دکوتینیی در این خصوص از قول daguesseau چنین نقل می‌کند: «هر چند برای انسان چیزی مهمتر از شناسائی وضع خود نیست، باید مطمئن بود که چیزی پوشیده تر از آن وجود ندارد. تولد انسان و اصل خلقت و صفت فرزند مشروع آنقدر مرموز است که به‌نظر می‌آید طبیعت از ارائه طریق امتناع دارد. این بیهوده است که در جستجوی اطمینان مطلق در این باب باشند.چنانچه شاعری از عصر کهن گفته است هیچکس نمی‌تواند پدر خود را بشناسد تا چه رسد که بتواند آن را به دیگران ثابت کند».[1]

با وجود پیشرفت حیرت انگیز علم، کشفیات دانش بشری نیز در بعضی از موارد قادر نخواهد بود مشخص نماید طفل از اسپرماتوزوئید شوهری بوجود آمده است. بنابراین و با توجه با مشکلات مذکور قانونگذاران دنیا به منظور حفظ آرامش زندگی

1. Décottignies (R): Présomption en droit privé no 30.

زناشویی و رعایت عفت خانوادگی، با مارات و فروض قانونی متوسل شده‌اند. این اماره در بین فقهاء اسلام به قاعده فراش معروف است. البته امروزه آزمایشات DNA تا حدود زیادی این مشکل را حل کرده است.

در حقوق فرانسه فرض قانونی انعقاد نطفه، اماره ابوت La présomption de paternité نامیده می‌شود.

از آنجایی که امارهٔ فراش در اثبات نسب مشروع اهمیت زیادی دارد، لذا ذیلا به مطالعهٔ امارهٔ مزبور و قلمرو وحد شمول و تاثیر آن خواهیم پرداخت.

بند اول ـ امارهٔ فراش La péso mption de paternité

همانطور که قبلاً بیان شد نسب طفل وقتی مشروع است که نطفهٔ او بوسیله اسپرم پدر و در زمان زوجیت منعقد گردیده باشد و چون هیچ‌گونه روش علمی برای تشخیص این امر در گذشته وجود نداشته و بالنتیجه برای طفل مقدور نبوده دلیل مثبتی[1] برای اثبات نسب مشروع پدری خود ابراز نماید. لذا قانون‌گذاران جهان به منظور کمک به فرزندی که از زن شوهردار متولد می‌گردد، امارهٔ ابوت یا قاعدهٔ فراش را وضع کردند تا به موجب آن طفل متولد از زن شوهردار، به شوهر ملحق گردد.

امارهٔ فراش مبتنی بر دلایل دیگری نیز می‌باشد که مهم‌ترین آن دلائل عبارت‌اند از:

۱ـ عفت زن و انجام تکالیف زناشوئی که مفروض است، مستلزم آن است طفل متولد از زن متعلق به شوهر باشد.

۲ـ فرض وفاداری زن نسبت به همسر خود و فرض اینکه زن فقط با شوهر خود رابطه جنسی داشته و با دیگری رابطه جنسی برقرار نکرده است، مستلزم آن است که طفل متولد از زن به شوهر ملحق گردد.

۳ـ شوهر باعقد نکاح به‌طور ضمنی اطفال متولد از زن خود را فرزندان خویش شناخته است بنابراین ابویت مبتنی بر اقرار ضمنی زوج می‌باشد.[2]

---

۱. با وجود پیشرفت علم از راه تجزیه خون فقط می‌توان ثابت کرد که بین طفل و پدر یا مادر رابطه خونی و نسبی وجود ندارد و عکس آن قابل اثبات نمی‌باشد. ولی طبق اطلاعات جدید به‌دست آمده، به کمک آزمایشات DNA تا حدودی این موضوع حل شده است.

۲. راجع به این موضوع در مباحث بعدی بحث خواهد شد.

٤ـ بالاخره این قاعده موافق مصلحت اجتماع است چه از طرفی صلح خانواده را تامین می‌کند و مانع بروز اختلافات و دعاوی افتضاح‌آمیز می‌گردد و از طرف دیگر با مشروع شناختن اطفال متولد از زن مصلحت آنان نیز رعایت می‌شود.[۱]

در حقوق ایران قاعدهٔ فراش در مادتین ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی پیش بینی شده است.

مادهٔ۱۱۵۸ ق. م. می‌گوید: «هر طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد و مادهٔ ۱۱۵۹ ق.م. می‌گوید: «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 مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و بیش از ده ماه گذشته است».

قاعدهٔ فراش مذکور در دو ماه فوق الذکر مبتنی بر حدیث مشهور نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر»[۲] می‌باشد.

طبق این حدیث هر طفلی که از زن و شوهر داری به‌وجود آید، منتسب به زوجین است.

در حقوق اسلام با توجه به قاعدهٔ فراش و حدیث فوق الذکر پس از تحقق فراش، طفل متولد شده از زن شوهردار، به صاحب فراش یعنی شوهر ملحق می‌گردد و شوهر نمی‌تواند طفل را از خود ندانسته و او را نفی کند، مگر بوسیله تمسک به لعان.[۳] به

---

1. Mazaud (J. L. H) et Michel de Juglart: leçcons de droit civil. T. l. V. II. No 871; carbonnier (J): Droit civil. T. per no 152 p. 49. et 491. Planiol (M). Ripert (G): traité Pratique de droit civil français. T. II. No 770; Marty et Raynaud: Droit civil. T. l. V. 2. No 473.

۲. منظور از کلمه فراش مذکور در حدیث نبوی صاحب فراش یعنی شوهر است که نسب طفل به او برمی‌گردد و فراش به هر یک از زوجین یا هر دو نفر آن اطلاق می‌شود؛ زیرا هر یک از زوجین برای دیگری در حکم فراش یا لباس است (فراش در لغت به معنای بستر است).

عاهر از عهر به سکون و حرکت حرف هـ و به هر دو صورت استعمال شده است که به معنی زنا و فسق و فجور و عاهر اسم فاعل و به معنای فاجر و زانی است.

الحجر به معنای حرمان، نومیدی و سنگ به کار رفته است و در این‌جا کنایه از رجم و سنگسار نمودن است (چنان‌که صاحب مجمع‌البحرین نیز متذکر این معنی شده است). البته رجم مجازاتی است که در جهان مطرود است و در قرآن کریم چنین مجازاتی مطرح نشده است و محل تردید است که منظور از حجر در حدیث، مجازات سنگسار یا رجم باشد.

۳. شرح لمعه، کتاب نکاح، جلد دوم، صفحه ۱۱۴ ـ شرایع‌الاسلام، تألیف محقق حلی، جلد دوم، کتاب نکاح، النظر الرابع فی‌الاولاد، صفحه ۱۷۴.

عبارت دیگر در اسلام تنها راه نفی ولد لعان است که مفصلاً در آتیه از آن بحث خواهد شد.

مادر نیز نمی‌تواند طفل از شوهر خود ندانسته و از او نفی کند. بنابراین فرضاً اگر بیگانه‌ای با تجاوز به حریم شوهر، بفراش او راه یافته و در نتیجهٔ نزدیکی به زنا با زن وی، طفلی بوجود آید، طفل مزبور علی القاعده به شوهر تعلق دارد نه بزانی؛ زیرا در قانون و شریعت مقدس اسلام برای عمل شخص متجاوز ارزش و اعتباری قائل نشده‌اند و ماءزانی احترامی نخواهد داشت تا طفل باو ملحق گردیده و بتواند از ثمره عمل خود بهرمند شود.

صاحب مجمع‌البحرین می‌گوید: نسب هیچ طفلی شرعا بعاهر اگر چه از خود او هم بوجود آمده باشد بازگشت نمی‌نماید.[۱]

البته قاعدهٔ فراش تحت شرایط خاصی قابل اجرا می‌باشد که مفصلا ضمْن مباحث آتی در اطراف آن بحث خواهیم کرد.

در حقوق فرانسه امارهٔ فراش در ماده ۳۱۲ ق.م پیش بینی شده است. ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه چنین می‌گوید: «طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت گردیده باشد منتسب به شوهر است. به تعبیر دیگر، پدر طفل، شوهر مادر است تا خلاف آن ثابت گردد. امارهٔ ابوت از اصل معروف حقوق رومی بنام[۲] « Pater is est, quem nuptiae demonstrant» اقتباس و در حقوق فرانسه و اکثر ممالک دیگر جهان وارد گردیده است.

قاعدهٔ فراش یا امارهٔ ابوت به صورت ضرب‌المثلی بوده است که بعداً بصورت فورمولی در آمده و امروزه در حقوق اکثر ممالک جهان پذیرفته شده است. طبق فورمول و قاعده مزبور پدر طفل ،شوهر زنی است که طفل از او متولد گردیده است مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد.

به عقیدهٔ حقوقدانان فرانسه[۳] در ازمنهٔ قدیم که پدر خانواده قدرت مطلق داشت،[۴] شوهر می‌توانست از بین فرزندان همسر خود آنهایی را که متعلق بخود می‌دانست

---

۱. مجمع‌البحرین، تألیف فخرالدین محمدعلی‌بن احمدبن‌علی طریحی.

2. Ĺenfant cençu pendant le marriage a pour pére le marl.

3. Giffard (A. E): précis de droit romain. T. l. No 359 - Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart: Leçons de droit civil T. l. V. II. No 871 et s.

4. Paterfamilias.

انتخاب نماید تا ریاست و قدرت خانواده را بآنان تفویض کند و در نتیجه می‌توانست از قبول بعضی از فرزندان خود امتناع نماید ولی بعدا قاعده فراش بوجود آمده است و در حقوق ملل، فرضیه فراش که شوهر، پدر فرزندان همسرش می‌باشد پایه گذاری شد.

حقوقدانان اروپائی معتقدند علاوه بر اینکه امارهٔ ابوت دارای ریشه حقوق رومی و روح مذهبی است، مسائل دیگری از قبیل وفاداری، تقوای زن، تعهدات اخلاقی، حقوق ناشی از ازدواج، منافع اطفال، امنیت، نظم اجتماعی، عفت خانوادگی و آرامش زندگی زناشوئی نیز در آن ملحوظ گردیده است. به همین علت رد این اماره جز با شرایط سنگین امکان پذیر نیست.[۱]

حال که مفهوم امارهٔ فراش روشن شد، بشرح آتی به مطالعهٔ قلمرو و ماهیت حقوقی و اعتبار امارهٔ فراش و تحول این اماره در حقوق فرانسه خواهیم پرداخت.

الف ـ قلمرو و حد شمول قاعدهٔ فراش.

با مطالعهٔ مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران، معلوم می‌شود که قاعدهٔ فراش در دو مورد زیر در حقوق ایران قابل اجرا می‌باشد:

۱ـ تولد طفل در زمان زوجیت.

۲ـ تولد طفل پس از انحلال زوجیت.

۱ـ تولد طفل در زمان زوجیت.

مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی ایران در مورد الحاق طفل به شوهر چنین می‌گوید:

«طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش‌ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

برای قابل اجرا بودن قاعدهٔ فراش در مورد طفلی که در زمان زوجیت متولد می‌گردد، تحقق شرایط زیر ضروری است.

اول ـ وقوع نزدیکی ـ دوم ـ تولد بعد از گذشتن شش ماه از تاریخ نزدیکی سوم نگذشتن بیش از ده ماه از زمان نزدیکی تا زمان ولادت طفل.

---

۱. کلن و کاپیتان وژولیود ولاموراندیر: بحث حقوق مدنی. جلد اول شماره ۴۴۱ ژولیود و لاموراندیر: حقوق. مدنی. پرسی‌دالوز. جلد اول شماره ۷۰۱ ـ بونیه: دلائل. شماره ۸۱۰.

اول ـ وقوع نزدیکی بین زوجین.

در قانون مدنی ایران و همچنین در قانون مدنی فرانسه از نزدیکی[1] تعریفی به عمل نیامده است.

ولی با توجه به تعاریف فقهای امامیه، نزدیکی یا دخول عبارت است از غیبوبت و پنهان شدن آلت رجولیت. به مقدار حشفه، در قبل یا دبر زن، اگر چه قسمتی از آلت مرد بریده شده باشد.[2]

در مورد اینکه چه نوع نزدیکی می‌تواند مبنای اجرای قاعده فراش باشد، بین فقها اختلاف نظر است. اصولا آن‌گونه نزدیکی مورد نظر شارع و قانون‌گذار است که سبب انعقاد نطفه و تکون طفل گردد. به همین دلیل عده‌ای از فقهاء امامیه امارهٔ فراش را در موردی جاری می‌دانند که نزدیکی از قُبُل زن بعمل آمده و از مرد انزال نیز شده باشد ولی نزدیکی از دبر و همچنین نزدیکی از قبل بدون انزال را برای اجرای قاعدهٔ فراش کافی نمی‌دانند.

عده ای دیگر از فقها از جمله شهیدین[3] نزدیکی از قبل یادبر را برای الحاق طفل و اجرای امارهٔ فراش کافی می‌دانند اگر چه انزال نشده باشد و معتقدند که اگر شوهر عزل[4] نموده باشد، باز هم ولد بصاحب فراش ملحق می‌گردد و باید امارهٔ فراش را جاری دانست. زیرا ماء سباق است و شوهر ممکن است نتواند از سبقت ماء جلوگیری کند و از ورود آن در رحم بی‌خبر باشد. عده‌ای دیگر منحصراً و طی در قبل را ملاک اجرای فراش می‌دانند؛ زیرا قبل و رحم محل تکون طفل و انعقاد نطفه است و درد بر، چنین خاصیتی وجود ندارد. بعضی از فقها وجود علقهٔ زوجیت را برای اجرای امارهٔ فراش کافی دانسته و معتقدند اثبات نزدیکی در زمان زوجیت، برای اثبات و استقرار نسب لازم نیست و طفل متولد در زمان زوجیت را در صورتی که شش‌ماه پس از انعقاد عقد نکاح متولد شده باشد، ملحق به شوهر می‌دانند. زیرا اثبات وقوع نزدیکی که همیشه در خفا انجام می‌گیرد، کاری بس مشکل خواهد بود.

---

1. Le Coït.

۲. شرح لمعه. باب نکاح ص ۱۱۴.
۳. شرح لمعه. جلد دوم باب نکاح در مورد اولاد ص ۱۱۴.
۴. بیرون ریختن آب و منی در موقع نزدیکی و در حال انزال.

این قدامه که یکی از فقهاء عامه است، می‌گوید که ابوحنیفه معتقد بود اگر شخصی با زنی ازدواج نماید و حال آنکه زوج در مشرق و زوجه در مغرب باشد، اگر بعد از گذشتن شش‌ماه بدون آنکه زوجین همدیگر را ملاقات نموده باشند، زوجه دارای فرزندی گردد متعلق بزوج خواهد بود.[۱]

البته این نظر از جمله فتاوی و عقایدی است که نه با عقل و منطق و حقایق خارجی و اصول علمی انطباق دارد و نه با شرع و عرف، زیرا عقد ازدواج و خطبه نکاح هرگز نمیتواند زن را بارور و صاحب اولاد نماید.

با توجه به عقاید مذکور می‌توان گفت که عقیده اول با حقیقت امر و منطق عقلی و اصول حقوقی نزدیکتر است زیرا نزدیکی در صورتی می‌تواند مبنای انتساب طفل به شوهر قرار گیرد که از آن نزدیکی امکان و احتمال انعقاد نطفه و تکوین طفل برود. بنابراین نزدیکی مرد خصی[۲] و کسیکه در ماء یا ترشحات او اسپرماتوزوئید که مادهٔ اصلی حیات است وجود نداشته باشد، نمی‌تواند منشاء الحاق و انتساب طفل واقع شود.

عقیده دوم نیز چندان از حقیقت دور نیست زیرا در موقع دخول در قبل یادبر زن و عزل ماء، ممکن است منی سبقت بگیرد و وارد رحم زن شده و نطفه منعقد گردد و شوهر از این جریان بی خبر باشد و در مورد عزل اگر شوهر دوبار عزل نموده و در فاصله دو عزل بول نکرده باشد، چون اسپرم در مجرای آلت مرد باقی می‌ماند انعقاد نطفه، امکان پذیر خواهد بود.

فقهاء امامیه در این زمینه حدیث کوتاهی از حضرت علی علیه السلام بدین شرح نقل کرده‌اند:

«مردی نزد حضرت علی آمد و گفت یا امیرالمومنین من در موقع جماع با زنم عزل می‌کردم ولی بچه‌ای به وجود آمده است. حضرت فرمود تورا به خدا قسم می‌دهم که

---

۱. کتاب المغنی: تألیف ابن‌قدامه. جلد هفتم صفحه ۴۲۹: (ولو تزوج رجل امرأه فی مجلس ثم طلقهافیه قبل غیبته عنهم ثم اتت امراه بولد لسته اشهر من حین العقد او تزوج مشرقی بمغربیه ثم مضت سته اشهر و اتت امراه بولد لم یلحقه و بذالک قال مالک و الشافعی و قال ابوحنیفه یلحقه نسبه لان الولدا نما یلحقه بالعقد و مدت الحمل الا تری انکم قلتم اذا مضی زمان الامکان لحق الولدوان علم انه لم یحصل منه الوطی».

۲. کسیکه فاقد بیضتین (اخته) باشد.

آیا با زن خود وطی کرده‌ای و قبل از بول کردن دوباره وطی نموده‌ای؟ مرد گفت بلی. حضرت فرمود طفل متعلق به تو است.»[1]

خبر دیگری در این زمینه در قرب الاسناد از ابولبختری نقل گردیده است و او از امام جعفر صادق(ع) نقل نموده که ایشان از پدر بزرگوارش و او از قول حضرت علی (ع) روایت کرده که فرمودند شخصی نزد حضرت رسول (ص) آمده و گفت یا رسول الله من با کنیز خود عادت به عزل داشتم، سپس فرزندی پدید آمد. پیغمبر در جواب فرمود فرزند متعلق به شماست.

اما عقیدهٔ اخیر که وجود علقه زوجیت برای اجراء قاعده فراش کافی است، بیشتر مبتنی بر حفظ عفت زناشوئی و آرامش زندگی خانواده و صعوبت اثبات نزدیکی است که همیشه در خفا و پنهانی صورت می‌گیرد.[2]

اکثر فقهاء امامیه تفخیذ را در حکم نزدیکی دانسته‌اند؛ زیرا در اثر تفخیذ و انزال در خارج از قبل یادبر سبقت ماء و ورود آن در قبل و انعقاد نطفه امکان پذیر خواهد بود.

اگر شخصی مقطوع آلات بوده و فقط بقدر حشفه از آلت رجولیت وی باقی مانده باشد، اولاً با توجه به تعریفی که از دخول بعمل آمده است نزدیکی و مواقعه مصداق پیدا می‌کند.

ثانیاً در صورتیکه ترشحات و منی مرد دارای مادهٔ حیاتی(اسپرم) باشد، انعقاد نطفه امکان پذیر است؛ زیرا از نظر زیست‌شناسی، دهانهٔ رحم نزدیک بوده و قادر است اسپرم را که سباق است جذب نماید. بنابراین در این حالت نیز امارهٔ فراش قابل اجرا است و به بهانه مقطوع آلت بودن، نمیتوان اماره را ساقط کرد.

در حقوق مدنی ایران با توجه به مدلول مواد ۱۱۵۸و ۱۱۵۹ قانون مدنی چنین انبساط می‌شود که برای اجراء امارهٔ فراش، اصولا اثبات مجامعت و نزدیکی بین زن و مرد و نزدیکی مرد با زن از قبل و انزال که امری پنهانی است و اقامه دلیل بر اثبات آن‌ها متعسر است، لازم نیست، بلکه وجود علقهٔ زوجیت بین زن و مرد، کفایت می‌کند، تا فرض کنیم که زن در اختیار مرد و مورد استمتاع او بوده و نزدیکی از مجرای طبیعی

---

۱. بحارالانوار جلد ۲۳ ص ۱۰۷ تألیف محمدباقرابن محمدتقی مجلسی: «جاء رجل الی علی (ع) فقال یا امیرالمؤمنین انی کنت اعزل عن امرأتی و آن‌ها جائت بولد فقال علی (ع) انا شدک الله هل و طاتها ثم عاودتها قبل ان تبول. فقال نعم. قال فالولدلک.

۲. دکتر سیدحسن امامی: حقوق مدنی. جلد پنجم ص ۱۵۷ ـ ۱۵۶.

بعمل آمده است، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد. مثلاً با اقامه دلائلی نظیر غیبت و مسافرت یا بیماری و بستری بودن زن یا شوهر و یا زندانی شدن یکی از آن‌ها به نحوی که هم بستر شدن و نزدیکی میسر نباشد، عدم وقوع مقاربت ثابت و امارهٔ فراش ساقط گردد.

- بنابراین برای جریان امارهٔ فراش اثبات نزدیکی بین زوجین ضرورت ندارد؛ زیرا اولاً ـ نزدیکی همانطور که اشاره شد امری پنهانی است و اثبات آن متعسر می‌باشد و به همین جهت، ماده ۱۱۵۹ ق.م ایران تاریخ انحلال نکاح را مبنای احتساب حداقل و اکثر مدت حمل قرار داده و فرض قانون‌گذار چنین است که تا آخرین لحظه قبل از انحلال نکاح، استمتاع و نزدیکی امکان پذیر می‌باشد.

ثانیاً مصلحت اجتماعی و منافع طفل و آرامش کانون خانوادگی و حیثیت زناشویی ایجاب می‌کند اماره فراش، مادام که خلاف آن ثابت نگردد، از تاریخ ولادت طفل قابل اجرا باشد. ثالثاً حدیث مشهور نبوی که می‌فرماید طفل بصاحب فراش ملحق می‌گردد و حدیث مزبور منشأ الهام قانون مدنی ایران بوده، کاملا مؤید این نظر است که برای اجراء امارهٔ فراش اثبات نزدیکی لازم نیست و با وجود آمدن رابطهٔ زوجیت، اصولا فراش تحقق می‌یابد. بنابراین طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد شده باشد، به شوهر ملحق می‌گردد و لازم نیست مدعی نسب نزدیکی از قبل و انزال مرد و خصی نبودن مرد و وجود مادهٔ حیاتی در منی او را ثابت کند. یعنی فرض نزدیکی با زن از قبل و انزال و انعقاد نطفهٔ طفل از اسپرم شوهر و تولد طفل در مدت قانونی حمل به نفع کسی که از امارهٔ فراش منتفع می‌گردد وجود دارد و اثبات خلاف این فروض به عهده کسی است که می‌خواهد امارهٔ فراش را ساقط سازد.

در حقوق فرانسه برای جریان امارهٔ فراش از موضوع نزدیکی زوجین گفت و گوئی نشده بلکه در زمینه زندگی مشترک و هم مسکنی زوجین بحث به میان آمده است به این نحو که با اثبات و احراز عدم امکان زندگی مشترک زن و شوهر و هم مسکن نبودن آن‌ها در دوره قانونی حمل، امارهٔ فراش در مورد دعوی انکار نسب از اعتبار ساقط می‌گردد. چنان که طبق بند اول ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه طفلی که نطفه اش در زمان زوجیت منعقد گردیده باشد، ملحق به شوهر خواهد بود ولی بند دوم همین ماده به شوهر حق می‌دهد که با اثبات عدم امکان معاشرت بدنی با زن بین یکصد و

هشتاد تا سیصد روز قبل از ولادت طفل، به علت دوری و فاصله مکانی یا هر حادثه‌ای نسبت و نسب آن طفل را انکار نماید.

با توجه به مادهٔ فوق‌الذکر و دقت نظر در مفهوم مواد ۳۱۴و۳۱۵ همان قانون بخوبی روشن می‌گردد که در حقوق فرانسه شرط اجراء اماره فراش، وجود رابطه زوجیت است و لازم نیست هم مسکنی و زندگی مشترک زوجین نیز به ثبوت برسد. به عبارت دیگر با ثبوت رابطهٔ زوجیت، زندگی مشترک و هم مسکنی زوجین مفروض است.

بنابراین در حقوق فرانسه ثبوت رابطهٔ زوجیت برای اجراء اماره فراش کافی است و از این حیث با حقوق مدنی ایران با توجه بدلائلی که سابقاً ذکر شد تفاوتی ندارد.

دوم ـ تولد طفل بعد از گذشتن شش‌ماه از تاریخ نزدیکی

همانطور که قبلا بیان گردید، انعقاد نطفه بر خلاف وضع حمل امری مجهول و پنهانی است، به نحوی که برای زوجین نیز اطلاع از آن امکان‌پذیر نمی باشد و پس از مدتی است که آثار و علائم حمل ظاهر می‌شود. و پس از انعقاد نطفه یعنی ترکیب سلول نر (اسپرماتوزوئید) با سلول ماده (اوول یا تخمک) حداقل شش‌ماه تمام طول می‌کشد تا نطفه رشد نموده و بیک انسان تام الخلقه که قادر به ادامهٔ حیات در خارج از رحم مادر باشد، تبدیل گردد. از نظر بیولوژی و علم زیست‌شناسی نیز حداقل مدتی که لازم است تا نطفه منعقده به شکل انسان کامل درآید، شش‌ماه کامل است یعنی باید طفل در ماه هفتم متولد گردد تا بتواند زندگی خود را در خارج از رحم ادامه دهد و در کمتر از این مدت زنده نخواهد ماند. مگر به کمک دستگاه خاص پزشکی.

در قانون مدنی ایران به این موضوع کاملاً توجه شده و حداقل مدت حمل شش‌ماه تمام تعیین گردیده است. از آنجایی که تاریخ انعقاد نطفه دقیقا مشخص نیست. قانون‌گذار فرض کرده است که با نزدیکی، نطفه منعقد می‌گردد. لذا مبدأ احتساب مدت حمل را نزدیکی قرار داده است و منظور قانونگذار از تولد طفل نیز تولد طفل کامل و تام الخلقه می‌باشد.

در اسلام نیز حداقل مدت حمل شش‌ماه است که قانون مدنی ما از آن پیروی کرده است و این حداقل از تلفیق دو آیه «... وَ حَمْلُهُ و فِصٰالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً ...»[1] و «وَ اَلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ اَوْلاٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ...»[2] به دلالت اشاره بدست آمده است. زیرا هیچ‌یک از

۱. سوره الاحقاف آیه ۱۴: حمل و از شیر گرفتن طفل سی ماه است.
۲. سوره بقره آیه ۲۳۲: «مادران دو سال تمام به فرزندان خود شیر می‌دهند.»

دو آیه فوق‌الذکر، به تنهائی دلالت بر حداقل حمل ندارد و آنچه بر حسب عرف از آیه نخست مقصود می‌باشد، بیان رنج مادر و حق اواست بر فرزند و آنچه از آیه دوم قصد شده است، بیان زمان شیر خوارگی کودک است. لکن چون این دو آیه باهم در نظر گرفته شود، عقل حکم می‌کند که حداقل مدت حمل باید شش‌ماه باشد.[1] یعنی اگر از سی ماه حمل و شیر دادن، دو سال کامل که دوره شیر خوارگی طفل است کسر شود شش ماه تمام که حداقل مدت حمل است باقی می‌ماند.

در قانون مدنی ایران مدت حمل به ماه تعیین شده است. آقای دکتر امامی معتقدند با توجه به این که ماه قمری مورد نظر حقوق اسلام بوده و از عادات مسلم احتساب مدت حمل می‌باشد، ماه مذکور در موارد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق. م ماه قمری است.[2] ولی با توجه به این که مبدا سال ایران شمسی و تقویم رسمی ایران نیز بر مبنای سال و ماه شمسی تنظیم می‌گردد و ماده ٤٤٣ ق.آ.د.م نیز سال را دوازده ماه و ماه را ماه شمسی می‌داند می‌توان گفت که در حقوق فعلی ایران ماه شمسی مناط اعتبار است.

فقهاء امامیه با توجه به نص مذکور در حداقل مدت متفق القول می‌باشند.

صاحب جواهر در این مورد می‌گوید: «گذشتن شش ماه هلالی یا عددی یا تلفیق بین آن دو از زمان وطی؛ زیرا بر حسب مستفاد از کتاب یعنی قرآن و سنت (خبر و روایت) مستفیضه یا متواتره و اجماع منقول، حداقل حمل شش‌ماه است».[3]

شهیدین می‌گویند: «و ملحق می‌شود طفل به زوج دائم بادخول بزوجه و انقضاء شش ماه قمری از حین وطی.[4] علامه در مختلف از قول شیخ مفید نقل می‌نماید که وی معتقد بود اگر زنی بچه‌ای زنده و تام الخلقه بزاید ولی زائیدن مزبور به کمتر از مدت شش ماه از وقت دخول صورت گرفته باشد بنا بحکم عادت این بچه فرزند آن زوج نخواهد بود و زوج آن زن مختار است که اقرار به فرزندی او بنماید و یا ننماید اگر هم مایل باشد می‌تواند این فرزند را از خود نفی کند.

---

۱. تقریرات اصول تألیف استاد محمود شهابی ص ۸۲.
۲. حقوق مدنی جلد پنجم ص ۱۵۷ تألیف آقای دکتر حسن امامی.
۳. مضی ستة اشهر هلالیه او عددیه او ملفقه من حین الوطی لانها اقل الحمل کتاباً و سنة مستفیضه او متراتره و اجماعاً محکیاً. (جواهر الکلام ـ ملحقات النکاح النظر الرابع فی احکام الاولاد جلد پنجم ص ۲۳۲.
۴. و یلحق الولد بالزوج الدائم نکاحه بالدخول بالزوجه و مضی ستة اشهر هلالیه من حین طوطی. (شرح لمعه جلد دوم کتاب النکاح، فی الاولاد، ص ۱۱۴)

شیخ طوسی در نهایه می‌گوید در چنین موردی جایز است زوج چنین فرزندی را از خود نفی کند.

این ادریس معتقد است که واجب است زوج چنین فرزندی را از خود نفی نماید و علامه این قول را مورد اعتماد قرار داده، می‌گوید: ابن بچه متعلق به زوج نیست و سکوت او از نفی چنین فرزندی از خود، سبب الحاق فرزند به او می‌شود و عمل مزبور اجماعاً حرام است[۱]

در تهذیب[۲] و کافی[۳] از ابن یحیی روایت شده و او از امام جعفر صادق (ع) نقل نموده است که فرمود حضرت علی(ع) فرموده اند بچه بکمتر از شش ماه متولد نمی‌گردد.

در قانون مدنی فرانسه و سوئیس حداقل مدت حمل ۱۸۰ روز تعیین شده است. قبل از تدوین قانون مدنی فرانسه طبق رسوم قدیمی دوران بعضی حاملگی‌ها را طبق آراء صادره بیش از یکسال تعیین می‌نمودند و در حداقل نیز اختلاف نظر وجود داشت ولی تدوین‌کنندگان قانون مدنی لازم دانستند که باین بی ثباتی‌ها و تشتت آراء و ابراز نظرات مختلف پایان داده شود و حدودی برای دوران حمل و حداقل و اکثر آن تعیین گردد، تا محاکم مکلف به تبعیت از آن باشند.

برای این منظور با پزشکان آن زمان مخصوصا با فورک روآی ــ forcroy مشورت نمودند،[۴] پزشکان اعلام کردند که دوران حاملگی زن برای بدنیا آوردن طفل زنده و قابل زیستن ممکن است بین ۱۸۶ تا ۲۷۵ روز از تاریخ انعقاد نطفه، تغییر کند و در پایان دویست و هفتاد و پنجمین روز پس از انعقاد نطفه، طفل به طور ظبیعی متولد می‌گردد.

تدوین کنندگان قانون مدنی فرانسه، برای کمک به مشروعیت و شاید بعلت اینکه اعتماد مطلق و کامل به علم پزشکی نداشته‌اند، این مدت را توسعه داده و حداقل مدت حمل را ۱۸۰ روز و حداکثر آنرا ۳۰۰ روز تعیین نمودند. (ماده ۳۱۲ ق.م) البته منظور قانون‌گذار سال ۱۸۰۴ فرانسه این است که اگر بعد از گذشتن ۱۷۹ روز تمام از تاریخ

---

۱. مختلف الشیعه، تألیف علامه حلی، ص ۲۸ کتاب نکاح.
۲. تهذیب، تألیف شیخ طوسی.
۳. کافی ـ تألیف محمدبن یعقوب کلینی.
4. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart: Leçons de droit Civil. T. I. V. II. No 872.

انعقاد نطفه، یعنی پایان یکصد و هفتاد و نهمین روز و شروع یکصد و هشتادمین روز، طفلی تام الخلقه از زن متولد گردد و در خارج مستقلاً قابل زیستن باشد، به شوهر ملحق می‌گردد.

البته ممکن است طفلی قبل از ۱۸۰ روز از تاریخ انعقاد نطفه و قبل از تکمیل رشد جنین، سقط گردد که امروز با وسایل مصنوعی می‌توان طفل مزبور را زنده نگاه داشت تا رشد او تکمیل و آماده زندگی خارج و بالاستقلال گردد. در این صورت، نمی‌توان گفت چون طفل قبل از شش‌ماه یا ۱۸۰ روز متولد شده است، طبق امارهٔ فراش ملحق به شوهر نمی گردد ولی می‌توان از متخصصین فن و پزشکان حاذق کمک خواست تا از روی وزن و قد و رشد ناخن و موی بدن و سایر علائم و با توجه به وضع طبیعی جنین، تاریخ انعقاد نطفه و مدتی که از آن گذشته است را روشن نمایند و به کمک سایر قرائن حکم به انتساب یا عدم انتساب طفل به شوهر را صادر کرد.

در حقوق آلمان طیق ماده ۵۹۲ قانون مدنی حداقل مدت حمل ۱۸۱ روز است.

سوم ـ نگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل.

با توجه بمواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م حداکثر مدت حمل در حقوق ایران ده ماه از تاریخ نزدیکی تعیین گردیده است ولی فقها در حداکثر حمل توافق نظر ندارند عده‌ای حداکثر حمل را نه ماه و گروهی ده ماه برخی تا یکسال تعیین کرده‌اند.

ابن عباس بنا بنقل صاحب کنزالعرفان[1] می‌گوید گاهی مدت حمل شش ماه و گاهی هفت ماه و گاهی نه ماه طول می‌کشد که غالبا در نه ماهگی وضع حمل صورت می‌گیرد. اگر بچه در این ماه‌ها متولد شده باشد زنده می‌ماند و اگر در هشت ماهگی متولد گردد معروف است که زنده نخواهد ماند و چنین دلیل آورده‌اند:

وقتی که مدت حمل به شش‌ماه برسد بچه متمایل به خروج از رحم می‌شود و روی این اصل، اضطراب شدیدی به وی دست می‌دهد و اگر از این اضطراب طفل، مادر وضع حمل کند خوب است و اگر وضع حمل ننماید بچه در رحم ضعیف می‌شود و در بدن او حالت سستی و رخوت رخ خواهد داد و اگر در هشت ماهگی بدنیا آید، اغلب مشاهده گردیده است که زنده نمانده و در اثر ضعف مزبور از بین می‌رود ولی در

---

۱. کنز العرفان فی فقه القرآن تألیف فاضل مقداد کتاب نکاح ص ۳۲۹.

نه ماهگی مجددا طفل قوی گشته و در این حال که طفل متولد می‌گردد، زنده خواهد ماند.

بنا به نقل از علامه حلی در مختلف، شیخ طوسی در نهایه می‌گوید که اکثر مدت حمل نه ماه است و اگر از زنی فرزندی بیش از نه ماه از وقت دخول متولد گردد، مرد می‌تواند فرزندی مزبور را از خود نفی نماید.

ابن ادریس در این مورد با نظر شیخ موافق است.

شیخ مفید در مقنعه حداکثر مدت حمل را نه ماه می‌داند و می‌گوید اگر از موقع دخول تا ولادت طفل بیش از نه ماه طول بکشد بچه متعلق به شوهر نخواهد بود و شوهر می‌تواند بچه را نفی کند.

شیخ طوسی در خلاف می‌گوید که اکثر مدت حمل نزد ما نه ماه است و در بعضی اخبار یکسال هم نقل شده است و در مبسوط نیز نه ماه را حداکثر حمل اعلام نموده است.

ابن جنید می‌گوید کمترین مدت حمل به نظر ما شش‌ماه و زیادترین مدت آن نه ماه است.

ابن البراج حداکثر مدت حمل را نه ماه می‌داند. سلّار می‌گوید اکثر مدت حمل نه ماه است و بعضی هم می‌گویند ده ماه است.

سید مرتضی در انتصار می‌گوید اکثر مدت حمل یک سال است[1] و ایشان در این قول منفرد است و غیر از او کس دیگری تقریبا در فقه امامیه معتقد به چنین عقیده‌ای نیست.[2]

شَهیدین حداکثر مدت حمل را نه ماه و ده ماه و یکسال ذکر کرده و نه ماه را قول مشهور دانسته‌اند. چنانچه می‌گویند: «اختلاف شده است در تحدید (یعنی حداکثر مدت حمل) عده‌ای گفته‌اند اقصی مدت حمل نه ماه است و عده‌ای ده ماه و بعضی از فقها امامیه اقصی مدت حمل را یکسال دانسته‌اند.»[3]

ابن حمزه می‌گوید درباره اکثریت مدت حمل سه روایت است: نه ماه ده ماه و یکسال.

---

۱. سیدمرتضی علم الهدی مؤلف کتاب انتصار ۸۵ در کتاب عده.

۲. مختلف الشیعه تألیف علامه حلی ص ۲۸ کتاب نکاح.

۳. شرح لمعه جلد دوم، کتاب نکاح، فی الاولاد، ص ۱۱۴: «قد اختلف الاصحاب فی تحدیده فقیل تسعة اشهر و قیل عشره و غایه ما قیل فیه عندنا سنة ...»

صاحب جواهر بنا بقول مشهور اقصی مدت حمل را نه ماه می‌داند چنانکه می‌گوید: «... ان لا یجاوز اقصی الحمل و هو تسعه اشهر علی الاشهر ...»[۱] یعنی اینکه تجاوز نکند از اقصی مدت حمل و آن بنابر قول مشهور نه ماه است.

عقاید متفاوت فوق‌الذکر مربوط به فقهاء امامیه و مستند با حادیثی می‌باشد که از ائمه اطهار رسیده است. چنانکه در کافی و تهذب از قول ابن سیابه و او از امام محمد باقر (ع) نقل نموده است که گفت راجع به حداکثر مدت حمل از امام پرسیدم که مردم می‌گویند ممکن است بچه‌ای مدت دو سال در رحم مادر بماند. حضرت فرمودند دروغ می‌گویند، بلکه منتها مدت حمل نه ماه است.

ولی در بین فقهاء عامه در اکثر مدت حمل اختلاف نظر بمراتب زیادتر است و بعضی از آنان نیز عقاید عجیب و غریب و دور از ذهن و بر خلاف نظام طبیعت و اصول خلقت و علوم پزشکی، در این زمینه ابراز داشته‌اند.

جلال الدین سیو طی در کتاب کنزالمدفون و الفلک المشحون[۲] بنا بنقل صاحب قواعد الدین[۳] می‌گوید که حداکثر مدت حمل زنان چهار سال و حداقل آن شش ماه است.[۴]

محمد جواد مغنیه، صاحب کتاب الزواج و الطلاق[۵] درباره جریان مدت حمل از عقاید عامه چنین نقل می‌نماید:

ابوحنیفه معتقد است که حداکثر مدت حمل زنان دو سال است. مالک و شافعی، احمد بن حنبل اکثر حمل را چهار سال و عبادبن عوام حداکثر حمل را پنج سال و زهری ۷ سال می‌داند. ابو عبید معتقد است که برای حداکثر مدت حمل، نمی توان حدی معین قائل گردید و ممکن است تا ۲۰ سال بطول انجامد. استاد محمود شهابی در ادوار فقه در این زمینه، بیان کرده‌اند که ابوحنیفه هر یک از حمل و فصال راسی ماه و

---

۱. جواهر الکلام جلد پنجم ـ ملحقات النکاح. النظر الرابع فی احکام الاولاد ص ۲۳۲.
۲. کنز المدفون، ص ۷۱، طبع عامره عثمانیه مصر سال ۱۳۰۳.
۳. قواعدالدین، تألیف حسین‌بن نصراله موسوی الارومی.
۴. و نیز می‌گوید که ضحاک‌بن مزاحم پس از شانزده ماه از تاریخ انعقاد نطفه متولد شده است.
شعبة‌بن‌الحجاج دو سال حمل مادر وی طول کشید و هرم‌بن‌حیان چهار سال در رحم مادرش زیست. مالک‌بن‌انس یکی از فقهاء عامه بیش از سه سال و حجاج‌بن‌یوسف سی ماه و شافعی یکی دیگر از فقهاء عامه سه سال و محمد عجلان چهار سال و ابوحنیفه دیگر از فقهاء عامه سه سال و ولیدبن عقبه دو سال در رحم مادران خود مانده‌اند.
۵. کتاب الزواج و الطلاق علی المذهب الخمسه تألیف محمدجواد مغنیه.

در نتیجه حداکثر مدت حمل را نیز سی ماه دانسته است و شافعی حداکثر حمل را چهار سال و احمد بن حنبل و مالک بن انس حداکثر حمل را شش سال می‌دانند.[۱]

با توجه به عقاید فوق‌الذکر ملاحظه می‌گردد که این گروه از فقهاء عامه نظرهای متناقض و نا معقولی ابراز کرده‌اند که خلاف امور طبیعی است و مورد قبول هیچ یک از علماء زیست شناسی و پزشکان امروزی دنیا نمی‌باشد و از نظر علمی و تجارب عملی نظرهای مزبور نمی‌تواند صحیح باشد.

کشور مصر با اینکه در حقوق مدنی، خصوصا در این زمینه، از عقاید فقهاء و علماء عامه پیروی نموده، معذلک طبق مادهٔ ۱۵ قانون مدنی خود اقصی مدت حمل را یکسال تعیین کرده است و این مدت نیز با عقیده یکی از بزرگترین فقهاء امامیه یعنی سید مرتضی علم‌الهدی انطباق دارد که معتقد بودند مدت حاملگی ممکن است یکسال طول بکشد.

در حقوق فرانسه و سوئیس مدت حمل بر حسب روز تعیین گردیده و حداکثر مدت حمل ۳۰۰ روز می‌باشد (ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه و ماده ۳۱٤ قانون مدنی سوئیس) طبق ماده ۱۵۹۳ قانون مدنی آلمان حداکثر مدت حمل ۳۰۲ روز است.

با اینکه قول مشهور فقهاء امامیه در مورد حداکثر مدت حمل نه ماه است قانون مدنی ایران بمنظور حفظ عفت زناشوئی و آرامش زندگی خانوادگی و مصلحت طفل، اقصی مدت حمل را ده ماه در نظر گرفته است.

ده ماه یا سیصد روز کاملا معقول و با علم پزشکی و فیزیولژیکی نیز انطباق دارد؛ زیرا جنین طبیعتاً بیش از ده ماه از تاریخ انعقاد نطفه در رحم باقی نمی ماند.

بنابراین چنانچه طفلی بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی منظور که مبدأ احتساب شناخته شده و فرض می‌شود که نطفه نیز در آن تاریخ منعقد گردیده است، متولد شود، باید بر آن بود که نطفهٔ طفل از آن نزدیکی منعقد نشده است، بلکه از نزدیکی دیگری که بعداً واقع شده منعقد گردیده است و اگر شخصی فرضاً بعد از نزدیکی به مسافرت برود یا به علل دیگری نتوانسته باشد مجدداً با زن خود نزدیکی کند و از تاریخ نزدیکی مزبور تا زمان تولد طفل یازده ماه طول کشیده باشد، مسلماً طفل از نطفه شوهر بوجود نیامده است و نمی‌توان به او ملحق گردانید.

---

۱. ادوار فقه، جلد دوم، ص ۱۷۷، تألیف استاد محمود شهابی.

امارهٔ فراش در حقیقت مبتنی بر دو امر است: یکی قاعده طبیعی و اصول فطری و علم زیست شناسی و دیگری قاعدهٔ اخلاقی و اجتماعی و آن عبارت از جریحه‌دار نکردن عفت خانوادگی و حفظ آرامش زندگی زناشویی است و این اماره مادام که خلاف آن ثابت نشود به قوت خود باقی خواهد بود.

۲ ـ تولد طفل بعد از انحلال نکاح

اگر طفلی بعد از انحلال نکاح متولد گردد، یا قبل از نکاح مجدد مادر بدنیا آمده است، یا در زمان ازدواج بعدی. بنابراین از دو حالت خارج نخواهد بود.

حالت اول تولد طفل پس از انحلال نکاح و قبل از ازدواج مجدد زن.

حالت دوم تولد طفل بعد از انحلال نکاح و بعد از ازدواج مجدد زن.

حالت اول ـ تولد طفل بعد از انحلال نکاح و قبل از ازدواج مجدد زن.

مادهٔ ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران می‌گوید: «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، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی، تا زمان ولادت کمتر از شش‌ماه و بیش از ده ماه گذشته باشد.»

برای الحاق طفل به شوهر طبق مادهٔ مذکور دو شرط لازم است:

۱ـ عدم ازدواج مجدد مادر

۲ـ وضع حمل زوجه سابق در ظرف مدت ده ماه از تاریخ انحلال نکاح.

۱ـ عدم ازدواج مجدد مادر طفل. شرط اول الحاق طفل به شوهر طبق ماده ۱۱۹۵ ـــ ق. م این است که زوجه پس از انحلال نکاح، شوهر مجدد اختیار نکرده باشد.

ازدواج مجدد زن در صورتی امکان دارد که عدهٔ طلاق یا فوت منقضی شده و آثار حمل در زن پدیدار نگردیده باشد که تکلیف این مورد در مادهٔ ۱۱۶۰ق.م روشن شده و در مباحث بعدی آن را بررسی خواهیم کرد.

۲ـ وضع حمل زوجه سابق در ظرف ده ماه از تاریخ انحلال نکاح.

شرط دوم برای الحاق و انتساب طفل به شوهر، بعد از انحلال نکاح، طبق مادهٔ ۱۱۵۹ ق.م، این است که از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل، بیش از ده ماه نگذشته باشد.

مادهٔ ۱۱۵۹ ق.م مبداء احتساب حداکثر مدت حمل را بخلاف مادهٔ ۱۱۵۸ ق.م تاریخ نزدیکی ندانسته بلکه تاریخ انحلال عقد نکاح را اساس و مبداء برای احتساب در نظر گرفته است.

این موضوع یعنی مبدأ قراردادن تاریخ انحلال نکاح برای احتساب مدت حمل، کاملاً منطقی و عقلایی است؛ زیرا اصولاً، تا لحظهٔ قبل از انحلال نکاح، مجامعت و انعقاد نطفه امکان‌پذیر خواهد بود و قانونگذار نیز وجود زوجیت را کاشف از نزدیکی بین زوجین دانسته یعنی فرض کرده است که قبل از انحلال نکاح مواقعه و نزدیکی به عمل آمده است. فرض نزدیکی در زمان زوجیت و لحظهٔ قبل از منحل شدن رابطهٔ نکاح از فروض و امارات قانونی است و مادام که خلاف آن ثابت نگردد، باستناد ماده ۱۲۲۳ قانون مدنی معتبر خواهد بود.

همانطور که سابقاً بیان شد نزدیکی زوجین، سبب انعقاد نطفه و آبستن شدن زن و الحاق طفل به شوهر است والا نفس ازدواج و وجود رابطهٔ زوجیت، چنین خاصیتی دربر نخواهد داشت. به همین دلیل قسمت اخیر مادهٔ ۱۱۵۹ ق.م برای ساقط گردانیدن امارهٔ فراش به نزدیکی بین زن و شوهر توجه نموده و چنین مقرر داشته است «... مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش‌ماه و یا بیشتر از دو ماه گذشته است». بنابر مراتب مذکور در حقوق ایران، چنانچه طفلی زائد بر ده ماه از تاریخ انحلال نکاح از زوجه مطلقه متولد گردد به شوهر سابق آن زن ملحق نخواهد شد.

در حقوق فرانسه طبق مادهٔ ۳۱۵ ق.م اگر چنانچه طفلی بیش از ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح متولد گردد، در صورتی که الحاق و قرابت طفل مورد اعتراض نباشد منتسب به شوهر و مشروع است. البته اگر طفلی زائد بر ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح متولد شود، منطقاً نباید بعنوان طفل مشروع در نظر گرفته شود؛ زیرا در موقع انعقاد نطفهٔ دیگر رابطهٔ زوجیت وجود نداشته و نمی‌توان پذیرفت که زن بیوه یا زن مطلقه بدون وجود شوهر بتواند آبستن شود، تا بتوان چنین طفلی را مشمول امارهٔ فراش و مشروع دانست ولی قانون‌گذار طفل مزبور را از مشروعیت برخوردار گردانیده و تا زمانی که شخص ذینفع اعتراض نکند نسب این طفل را مشروع دانسته است.

در حقیقت اینگونه اطفال از یک مشروعیت متزلزل، برخوردار می‌گردند ولی این مشروعیت بمحض اعتراض ذینفع اعم از اینکه دارای نفع مادی یا معنوی باشد ازبین خواهد رفت.[۱]

بعضی از حقوقدانان معتقدند که دادگاه نباید وارد رسیدگی در ماهیت اعتراض بشود. یعنی خود عمل اعتراض بتنهائی برای از بین بردن مشروعیت این‌گونه اطفال کفایت می‌کند و معتقدند که حق اعتراض به مشروعیت چنین طفلی اختصاص به پدر ادعائی دارد.[۲]

البته عده‌ای از حقوقدانان از جمله ژولیو دولاموراندیر این ماده را خلاف اصل واعتراض مذکور در این ماده را بی‌مورد می‌دانند زیرا قانون‌گذار فرانسه اقصی مدت حمل را ۳۰۰ روز اعلام نموده است. بنابراین چنین طفلی در قلمرو قاعدهٔ فراش قرار نمی‌گیرد و نسب وی را نمی‌توان مشروع دانست.[۳]

به همین مناسبت کمیسیون اصلاح قانون مدنی فرانسه این مشروعیت ساختگی و مصنوعی را بی مورد دانسته و طبق مادهٔ ٤٨٢ طرح اصلاح قانون مدنی مقرر کرده بود: «طفلی که زائد بر ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح یا صدور حکم بر غیبت شوهر، متولد گردد مشروع نمی‌باشد. البته طرح مزبور به نتیجه نرسید ولی در سال ۲۰۰۵ مادهٔ ۳۱۵ ق.م فرانسه اصلاح شد و با توجه به مادهٔ ۳۲۹ این قانون، رابطهٔ پدر فرزندی کودک به هر حال قابل اثبات شناخته شده ولی برای فرزند تا ۱۰ سال بعد از رسیدن به سن کبر، حق اعتراض و اقامهٔ دعوی خلاف، پذیرفته شده است.

لوئی ژوسران معتقد بود فلسفه این ماده این است که قانونگذار نخواسته است طفلی که زائد بر ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح متولد می‌گردد بخودی خود نامشروع باشد بلکه به موجب حکم دادگاه با وصول اعتراض از حالت مشروعیت خارج شود و از طرفی دیگر مادر طفل ملزم نباشد برای اثبات ابوت علیه پدر واقعی طفل طرح دعوی نماید، در حالی که طفل مورد انکار واقع نشده و نسبت به مشروعیت نسب وی نیز اعتراضی بعمل نیامده باشد. تا باین وسیله از طرح دعاوی افتضاح آمیز جلوگیری گردد.[٤]

---

1. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart: leçon de droit civil. T. I. V. II. No 875.
2. Planiol (M). Ripert (G): Traité pratique de droit civil français. T. II. No 732.
3. Julliot de la Morandiére (L): Droit civil (Précis Dalloz) T. I. No 707.
4. Josserand (L): Cours de droit civil Positif français. T. I. No 1040.

در حقوق آلمان طبق ماده ۱۵۹۳قانون مدنی، طفل متولد در زمان زوجیت یا ظرف ۳۰۲ روز از تاریخ انحلال نکاح منتسب به شوهر است مگر آنکه بموجب حکم قطعی خلاف آن احراز گردیده باشد. بنابراین چنانچه طفلی زائد بر ۳۰۲ روز از تاریخ انحلال نکاح متولد شود به شوهر ملحق نخواهد شد.

در حقوق سوئیس طبق ماده ۲۵۲ قانون مدنی طفل متولد در زمان زوجیت یا ظرف ۳۰۰ روز پس از انحلال نکاح به شوهر ملحق می‌گردد.

با توجه به مراتب بالا روشن می‌گردد که وضع طفل بعد از انحلال نکاح در حقوق ایران و سوئیس یکسان است ولی در حقوق فرانسه طفل مزبور دارای وضع خاصی می‌باشد و در حقوق آلمان در این مورد فقط اقصی مدت حمل بعد از انحلال نکاح ۳۰۲ روز در نظر گرفته شده است. اما در حقوق ایران ده ماه و در حقوق فرانسه و سوئیس ۳۰۰ روز پیش‌بینی شده است.

موضوع قابل توجه این است که بعد از انحلال نکاح فراش به مفهوم واقعی وجود ندارد تا گفته شود طفل به صاحب فراش ملحق می‌گردد یا خیر، ولی به نظر می‌رسد همانطوری‌که در مدت عده خصوصاً عده طلاق رابطه زوجیت کاملا قطع نگردیده بلکه علقه زوجیت به حالت متزلزلی باقی است و زن مطلقه در حکم زوجه است در مدت ده ماه مزبور نیز حکم فراش ادامه می‌یابد، اگرچه فراش واقعی وجود ندارد.

حالت دوم ـ تولد طفل بعد از ازدواج مجدد زن.

مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی ایران می‌گوید: «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجددا شوهر کند و طفل او متولد گردد، طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن باشد، در صورتی که مطابق مواد قبل، الحاق طفل به هردو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آنکه امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند».

با مداقه در مادهٔ فوق الذکر دو مورد از هم قابل تفکیک است.

اول آنکه الحاق طفل فقط به یکی از دو شوهر امکان پذیر است.

دوم آنکه الحاق طفل به هردو شوهر امکان پذیر می‌باشد.

مورد اول ـ امکان الحاق طفل به یکی از دو شوهر

در این مورد که طفل فقط به یکی از دوشوهر منتسب می‌گردد، دو فرض پیش می‌آید.

فرض اول ـ امکان الحاق طفل بشوهر اول و آن در صورتی است که اماره فراش نسب با و قابل اجرا باشد ولی نسبت به شوهر دوم جاری نگردد.

مثلاً از تاریخ انحلال نکاح اول بیش از ده ماه نگذشته باشد و از تاریخ انعقاد نکاح دوم کمتر از شش ماه گذشته و یا زوج دوم به عللی با زوجه نزدیکی نکرده باشد، در این صورت طفل متولد شده، مسلماً از شوهر دوم نخواهد بود؛ زیرا طفل تام الخلقه در کمتر از شش‌ماه متولد نخواهد شد و چون تا ده ماه از تاریخ انحلال نکاح اول اماره فراش زوج اول ادامه خواهد یافت، لذا طفل بشوهر اول ملحق می‌گردد. فرضا زنی چهارماه بعد از اطلاق در صورتی که آثار حمل در وی آشکار نشده باشد، با مردی ازدواج کند و پس از پنج ماه از تاریخ ازدواج دوم طفلی متولد گردد، طفل مزبور ملحق به شوهر اول خواهد بود.

فرض دوم ـ امکان الحاق طفل به شوهر دوم و آن در صورتی است که امارهٔ فراش فقط نسبت به شوهر دوم قابل اعمال باشد بدون آنکه بتوان قاعدهٔ فراش را نسبت به شوهر اول اجرا کرد. مانند آنکه از زمان انحلال نکاح اول بیش از ده ماه گذشته باشد ولی از تاریخ نزدیکی شوهر دوم بیش از شش‌ماه بگذرد و از ده ماه تجاوز نکند در این صورت طفل به شوهر دوم ملحق می‌گردد.

مثلاً زنی چهارماه بعد از طلاق، با مردی ازدواج می‌کند و ۹ ماه پس از ازدواج دوم طفلی متولد می‌گردد در اینجا امارهٔ فراش فقط در مورد شوهر دوم قابلیت اجرا دارد.

مورد دوم ـ امکان الحاق طفل به هردو شوهر.

وقتی طفل قابل الحاق بهردو شوهر است که امارهٔ فراش در مورد هردو نفر، قابل اعمال باشد. چنانکه زنی پس از انقضاء عده طلاق (که حداکثر سه ماه است) با مرد دیگری ازدواج کند و پس از شش‌ماه و نیم و یا ۷ ماه از تاریخ ازدواج دوم وضع حمل نماید، در این صورت طفل بعد از نه ماه و نیم یا ده ماه از تاریخ انحلال نکاح اول و شش ماه و نیم و یا هفت ماه از تاریخ شروع نکاح دوم متولد گردیده و قابل الحاق به هر دو نفر(شوهر سابق و شوهر فعلی) خواهد بود و دو اماره در مقابل یکدیگر قرار

می‌گیرند ولی نظر به اینکه زن در منزل شوهر دوم طفل را بدنیا آورده است، فراش دوم فعلیت دارد. به علاوه آرامش خانوادگی و نظم عمومی ایجاب می‌کند که طفل بشوهر دوم ملحق گردد.

آقای دکتر امامی می‌گوید که امارهٔ فراش نکاح دوم مقدم بر نکاح اول است و طفل باید بشوهر دوم ملحق گردد. به عبارت دیگر فراش دوم فعلا موجود و فراش دوم زائل گردیده است.[۱]

قانونگذار چنین طفلی را مادام که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت نکند، ملحق بشوهر دوم می‌داند (مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی).

منظور از امارات قطعیه مذکور در مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی، عبارت از امارات قضائی روشنی است که عدم تعلق طفل را به شوهر دوم یالحوق او را به شوهر اول محرز گرداند. مثلاً اگر ثابت گردد که در منی شوهر دوم مادهٔ حیاتی و (اسپرماتوزوئید) وجود ندارد یا خون طفل از گروه خونی شوهر دوم نمی‌باشد، در این صورت باید حکم مبنی بر عدم انتساب طفل به شوهر دوم صادر گردد. البته امروزه آزمایشات DNA تا حد زیادی در تعیین نسب کودک نقش دارد.

در حقوق فرانسه طبق مواد ۲۲۸ و ۲۹۶ و ۲۹۷ قانون مدنی عده طلاق و وفات سیصد روز است.[۲] در صورتی که زنی بدون رعایت عده شوهر کند و در فاصله ۱۸۰ روز تا ۳۰۰ روز از زمان انحلال نکاح اول وضع حمل نماید، طفل اختیار دارد که زوج اول یا زوج دوم مادر خود را به عنوان پدر انتخاب نماید و علت این امر آن است که اماره فراش مذکور در ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه را به نفع طفل تلقی کرده‌اند.[۳]

ممکن است بین ابوت قانونی و ابوت طبیعی تعارضی پدید آید. مثلا طفلی بین ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز پس از جدایی مسکن زوجین، متولد گردد ولی شخصی طفل مزبور را متولد از یک مادر ناشناس قلمداد و او را فرزند طبیعی خود معرفی و نسب وی را تصدیق و طفل را ظاهراً مشروع گرداند ولی بعداً ثابت گردد که طفل مزبور از زن شوهرداری که در حال جدایی مسکن بوده است در فاصله صد و هشتاد تا سیصد روز پس از جدایی مسکن متولد گردیده است.

---

۱. حقوق مدنی جلد پنجم ص ۱۶۴.

۲. طبق ماده ۲۲۸ ق. م فرانسه عده طلاق زن آبستن پس از وضع حمل منقضی می‌گردد.

3. Julliot de la Morandiére (L): Droit Civill (Précis Dalloz) T. – ler. No 709 P. 404 et 405.

در چنین موردی برای تعیین سرنوشت طفل و روشن نمودن موضوع الحاق طفل، دیوان کشور فرانسه آراء متناقض و متضادی صادر کرده است. در بعضی از آراء خود اختیار انتخاب و تعیین ابوت را به طفل واگذار نموده است: (Req 23 nov 1940 D.C 1942.42 در آراء دیگر خود که اوضاع و احوال قضیه حکایت از عدم ابوت شوهر داشته، امارهٔ فراش را رد کرده است.

(Civ.28 mal 1957 . D. 1958. 29:147Jan 1959. D . 1959 . 157)

ولی در آراء دیگر اعتبار مطلق امارهٔ فراش و عدم امکان معارضه با آن را جز از ناحیه شوهر (و استثناناً از ناحیه وراث شوهر) تأیید نموده است. به عبارت دیگر دیوان کشور اظهارنظر کرده است به این که امارهٔ فراش دارای خصیصه و صفت مطلق است. یعنی جز از طرف شوهر (و استثناناً از طرف ورثهٔ وی) قابل اسقاط نیست.

بنابراین طفل ملحق و منتسب به شوهر خواهد بود نه به تصدیق کننده.[1]

Civ 20 Jull 1921 D.P. 1921.1.233.Civ15now

با توجه به آراء صادره از دیوان کشور فرانسه تناقض و تضاد آراء به خوبی روشن می‌گردد.

در حقوق آلمان اصولاً در صورت تعارض ابوت بچه منتسب به شوهر دوم است، اگر چنانچه شوهر دوم اعتراض کرد و حکم قطعی نیز به نفع او صادر گردید بچه منتسب به شوهر اول خواهد بود.

چنان که مادهٔ ۱۶۰۰ قانون مدنی آلمان در این مورد مقرر می‌دارد: «در صورت تعارض در این که پدر طفل کدام یک از دو شوهر متوالی است، طفل از شوهر دوم محسوب است، شوهر دوم می‌تواند اعتراض کند و در صورت صدور حکم قطعی به نفع او (شوهر دوم)، طفل منتسب به شوهر اول خواهد بود».

بنابراین در مقام مقایسه حقوق ایران و فرانسه و آلمان در زمینهٔ فوق الذکر نتایج زیر به دست می‌آید.

۱ـ در حقوق فرانسه در صورت تعارض بین دو ابوت مشروع، طفل اختیار دارد زوج اول یا زوج دوم مادر را به عنوان پدر انتخاب نماید، در حالی که در حقوق ایران

---

1. Julliot de la Morandiére Droit civil (précis Dalloz) T Ier No 709 – Josserand (L) Cours de droit civil positif français T. I. No 1042.

در صورت تعارض دوابوت مشروع، بـه علـت فعلیـت داشـتن امـارهٔ فـراش، در مـورد زوجیت دوم، طفل به شوهر دوم ملحق می‌گـردد مگـر آن‌کـه امـارات و قـرائن قطعیـه خلاف آن را ثابت کند ولی حق انتخاب شوهر اول یا شوهر دوم به عنوان پدر به طفـل واگذار نشده است.

۲ـ در حقوق فرانسه امکان تعارض بین ابوت مشروع و نامشروع وجود دارد و برای تعیین وضع و سرنوشت چنین طفلی دیوان کشـور فرانسـه آراء متضـادی صـادر کـرده است ولی در حقوق ایران طفل نامشروع طبق مـاده ۱۱٦ ق.م بـه پـدر نامشـروع ملحـق نخواهد شد، بالنتیجه تعارض بین ابوت مشروع و ابوت نامشـروع امکـان‌پـذیر نخواهـد بود.

۳ـ در حقوق فرانسه امارهٔ ابوت به نفع طفل تفسیر می‌شـود ولـی در حقـوق ایـران امارهٔ فراش فقط به منظور حمایت از طفل نیست، بلکـه امـارهٔ فـراش نیـز ماننـد سـایر امارات به منظور کشف حقایق وضع گردیده است.

٤ ـ وضع طفل در حقوق ایران و آلمان در مورد تعارض ابوت مشروع کاملاً یکسان است. به عبارت دیگر در ایران و آلمان تکلیف ابوت را قانون‌گذار تعیـین کـرده و آن را به اختیار طفل وگذار ننموده است.

ب ـ ماهیت و مبنای حقوقی قاعدهٔ فراش.

دربارهٔ مبنای حقوقی امارهٔ فراش (امارهٔ ابوت) عقاید مختلفی ابراز گردیده است.[1]

عده‌ای از حقوقدانان فرانسه معتقدند که امـارهٔ ابـوت ناشـی از ارادهٔ ضـمنی شـوهر است که با وقوع عقد ازدواج برای شروع یک زندگی مشترک، به طور ضمنی می‌پـذیرد کلیهٔ اطفالی که بعداً از زوجه‌اش متولد می‌شوند ملحق و منتسب به او باشند. به عبـارت دیگر شوهر به عنوان فرزند خود، کلیه اطفالی را که بعداً از زوجه‌اش متولد خواهند شد قبلاً پذیرفته است.[2]

---

1. Carbonnier (J): Droit civil T. l. No 152; Alex Weill: Droit civil (précis Dalloz) T. l. No 888, Planiol (M) Ripert (G): tráité pratique de droit civil français T. II No 770 Boulan - ger (J) et Ripert (G): Traité de droit civil d'aprés le traité de planiol T. Ier No 1644; Marty et Raynaud: Droit civill T. l V. No 474.
2. Colin (A) R. I, 1902 282S; Colin; la Morandiére, l, no 1264.

ولی این عقیده مورد انتقاد عده‌ای از حقوقدانان[1] قرار گرفته و این عده عقیده و نظر فوق‌الذکر را مبتنی بر مبالغه در فلسفه اصالت فرد و طرفداری شدید از اراده فردی که در قرن نوزدهم به وجود آمده است و همچنین زیاده‌روی در فکر قرارداد بودن ازدواج[2] می‌دانند.

مسلماً پیروی از طرز فکر مزبور، ارزش بی‌مورد قائل شدن است برای آزادی اراده ضمنی در مورد چیزی که نتیجهٔ امر قانون و دستور قانون‌گذار است؛

زیرا هرگز نمی‌توان قبول کرد که شوهری به استناد آزادی اراده بتواند به موجب قرارداد صریح با زن خود توافق نماید اطفالی که بعداً از زوجه‌اش متولد خواهند شد منتسب و ملحق به شوهر نباشد و قبلاً شوهر عدم انتساب و عدم شناسایی آنان را ضمن قرارداد مزبور اعلام نماید.

بنابراین امارهٔ فراش مبتنی بر ارادهٔ ضمنی شوهر نمی‌باشد.

با جود مخالف عده‌ای از حقوق‌دانان در حال حاضر (قرن بیستم) رویه قضائی فرانسه در بعضی از آراء[3] صادره عقیده بالا را تأیید نموده است زیرا دیوان کشور فرانسه اطفال متولد از ۱۷۹ روز اول ازدواج را مشروع اعلام نموده و به موجب آراء صادره به شوهر اجازه می‌دهد کلیه اطفال متولد در زمان زوجیت را به خود ملحق نماید، حتی وقتی که زوجه‌اش کوشش و علاقه‌ای برای الحاق طفل بوی (شوهر) نداشته باشد.

از آراء مزبور به خوبی طرفداری از عقیده مبتنی بودن امارهٔ فراش بر ارادهٔ ضمنی شوهر، آشکار می‌شود.

(همان‌طور که در زمان قدیم پدر خانواده دارای قدرت مطلق بود، امارهٔ ابوت نیز بیشتر مبتنی بر ارادهٔ رئیس یعنی پدر خانواده می‌بود نامنافع طفل).[4]

صرف نظر از عقیدهٔ طرفداران اصالت اراده و اعتراضی که بر آن وارد شده است، تفسیر قدیمی و کلاسیک[5] ناشی از حقوق قدیم فرانسه[6] که بیش‌تر جنبه مذهبی داشته،

---

1. Gounout (le principe de l'autonomie de la volonté, th; Dijon, 1912) P. 255, Bonnecase (supplement, l, no 369). Planiol – Rouast (no 770).

۲. بعضی از حقوقدانان ازدواج را قراردادی مثل سایر قراردادها دانسته و معتقدند که ارادهٔ طرفین در انعقاد این قرارداد نقش اساسی دارد.

۳. آراء معروف دیوان کشور مانند دوگا و هرودال و دووال.

۴. پدر با اراده خود می‌توانست فرزندان متولد از زوجه خود را بپذیرد یا از خانواده طرد کند.

5. ex. Duranton, 111 Nos 5 – 7.

6. Daguesseau, 23e plaidoyer.

این است که امارهٔ فراش بر فرضیهٔ تقوی و طهارت زن (مبری بودن او از عمل خلاف قانون یعنی زنا) و انجام وظیفهٔ زناشویی و تکلیف وفاداری زن نسبت به همسر خود استوار می‌باشد.

ولی این تفسیر اخیر در حقوق امروزی یک تفسیر کامل نیست زیرا مثلاً در فرانسه وقتی که محقق گردد زن وظیفهٔ وفاداری خود را رعایت نکرده، امارات ابوت ساقط نمی‌شود چنان‌که به موجب بند اول ماده ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه ارتکاب زنا به تنهایی سبب قبول نفی ولد از ناحیه شوهر نیست.

بعضی عقیده دارند آنچه که بیشتر مبین ماهیت امارهٔ ابوت است، تکلیف زندگی مشترک زن و شوهر است و این امر می‌تواند مبنای حقوقی امارهٔ فراش را تشکیل دهد، به این معنی که زن مکلف بوده است با شوهر خود رابطهٔ جنسی داشته باشد نه این‌که که نمی‌توانسته است رابطهٔ جنسی با شخص دیگری غیر از همسر خود داشته باشد. متن رومی که حقوق فرانسه از آن الهام گرفته روی این فکر استوار است که طفل متولد شده در منزل شوهر از شوهر است[1] (باروز شدن مرغ حیاط از خروس آن خانه است) مفهوم اخفاء تولید طفل این است که طفل از نطفه شوهر نیست و در منزل او، در آتمسفر صحیح ایجاد و متولد نشده است.

البته تئوری نباید جنبه‌های عملی امارات قانونی را فراموش کند. یعنی اکثریت قریب به اتفاق اطفال متولد از زنان شوهردار در عمل ملحق و منتسب به شوهر می‌باشند و پدر آنان، شوهر زن شوهردار می‌باشد و آن عدهٔ قلیلی از اطفال که ممکن است بر اثر زنا به وجود آمده باشند، به علت نادر بودن و به منظور حفظ آسایش و آرامش خانواده‌ها باید نادیده گرفته و نسب آنان را مشروع تلقی کرد.

اگر به عمق مطلب توجه کنیم، به نظر می‌رسد که امارهٔ ابوت از ترکیب دو اماره به وجود آمده است (همان‌طور که حقوق‌دانان آلمان این دو اماره را از هم تفکیک کرده‌اند)[2] و آن دو اماره عبارتند از:

الف ـ این که شوهر از نظر جنسی با زن خود در دوران قانونی حمل، هم مسکن بوده است (امارهٔ زندگی مشترک La présemption de cohabitation)

---

1. Dig. l. 6, 6; cf. c Jwst 5, 4, 9 (L'enfantest né in domo).
2. Holleaux, Remarques sur la prevue de la filiation Paternelle en droit allemande, Suisse et français, R. I. D. C. 1953, P. 475.

ب ـ این که این زندگی و سکنای مشترک، سبب انعقاد نطفه و آبستن شدن زن بوده است (امارهٔ توالد و تناسل la présémption génération)

بنابراین می‌توان گفت که امارهٔ ابوت مبتنی بر دو امارهٔ زندگی مشترک و تولید مثل می‌باشد. چنان که انکار هم روی همین دو اماره قرار دارد و در حقوق آلمان و سوئیس نیز پذیرفته شده است که انکار یعنی اثبات عدم زندگی مشترک و هم زیستی و عدم امکان توالد و تناسل.[1]

به نظر می‌رسد امارهٔ فراش قاعدهٔ حقوقی است که از آثار قهری تأسیس ازدواج می‌باشد و ارادهٔ زن و شوهر کوچکترین نقشی در ایجاد آن ندارد؛ زیرا ارادهٔ طرفین ازدواج مربوط می‌گردد بتوافق آنان در آغاز یک زندگی مشترک و روابط جنسی مشروع، ولی ابوت والحاق اطفال متولد از زن شوهردار به ابوین، مثل حقوق و تکالیف زوجین از آثار قهری تاسیس ازدواج است که برحسب اراده قانون‌گذار ایجاد گردیده است و بدون دخالت و رضایت شوهر، بر این تأسیس تحمیل می‌شود. به عبارت دیگر از جمله آثاری است که بر تاسیس ازدواج مترتب می‌گردد و طفل برای اثبات نسب خود کافی است رابطهٔ مادر فرزندی را اثبات نماید. یعنی اگر ثابت نماید که از یک زن شوهردار متولد شده است، در اینصورت نسب پدری وی نیز ثابت است و قاعدهٔ فراش حاکم بر رابطهٔ پدر و فرزند می‌باشد، مگر آنکه پدر ادعائی خلاف اماره را ثابت کرده و آن را از اعتبار ساقط سازد.

در حقوق مدنی ایران نیز با توجه به ماده ۱۳۲۲ ق.م که مواد ۱۱۵۸و۱۱۵۹ قانون مدنی را از امارات قانونی دانسته و با توجه به تعریف امارات قانونی مذکور در مادهٔ ۱۳۲۲ فوق‌الذکر که می‌گوید:

«امارات قانونی اماراتی است که قانون آنرا دلیل بر امری قرارداده ....» و با توجه به ماده ۸۷۷ ق. م که مقرر می‌دارد:

«در صورت اختلاف در زمان انعقاد نطفه امارات قانونی که برای اثبات نسب مقرر است رعایت خواهد شد»، عقیدهٔ اخیر استنباط می‌گردد.

---

۱. ژان کاربینه: حقوق مدنی، جلد اول شماره ۱۵۲ ص ۴۹۰ و ۴۹۱ ـ الکسرویل: حقوق مدنی. (پرسی دالوز) جلد اول. شماره ۸۸۸.

ج ـ تحول و گسترش قلمرو امارهٔ فراش در حقوق فرانسه.

اصولا امارهٔ فراش در مورد اطفالی قابل اجرا است که نطفهٔ آن‌ها در زمان زوجیت ابوین منعقد گردیده باشد و برای تعیین زمان انعقاد نطفه همانطور که قبلا بیان شد، باید از فرض قانونی دوران حاملگی زن که در اکثر کشورهای جهان حداقل آن ۱۸۰ روز (شش‌ماه) و حداکثر آن سیصد روز(ده ماه) پیش بینی شده است، استمداد نمود. ولی امارهٔ فراش در مورد اطفالی که نطفهٔ آنان خارج از رابطهٔ زوجیت منعقد شود، اصولا قابل اجرا نبوده و این گونه اطفال باید در ردیف اطفال نامشروع (طبیعی) قرار گیرند.

مادهٔ ۳۱۲ قانون مدنی فرانسه نیز طبق قاعده فراش، اطفالی را ملحق به شوهر می‌داند که نطفهٔ آن‌ها در زمان زوجیت منعقد شده باشد. به عبارت دیگر امارهٔ فراش را وقتی قابل اعمال و اجراء دانسته است که نطفهٔ طفل زمانی منعقد شده باشد که بین ابوین رابطه زوجیت برقرار بوده است.

بنابراین چنانچه طفلی تام الخلقه در ۱۷۹ روز اول ازدواج یعنی کمتر از شش‌ماه متولد گردد، طبق ماده ۳۱۲ ق.م فرانسه مشروع نخواهد بود ولی امروزه دامنهٔ حکومت امارهٔ فراش و بالنتیجه مشروعیت اطفال در کشور فرانسه توسعه پیدا کرده است.[1] و رویهٔ قضائی، آن دسته از اطفال را که نطفهٔ آن‌ها خارج از رابطهٔ زوجیت منعقد شده ولی تولد آنان در زمان زوجیت بوقوع پیوسته باشد، مشروع می‌داند. در زمینهٔ مشروعیت اینگونه اطفال چنین استدلال نموده‌اند که طفل متولد در ۱۷۹ روز اول ازدواج بیشتر شایستگی فرزندی شوهر را دارد و به حقیقت نزدیک‌تر این است که شوهر آن زن، پدر طفل باشد تا شخص دیگری؛ به علاوه بر حسب عرف خانواده‌ها طفل مزبور ناشی از دوران نامزدی است.[2]

یعنی زوجین فعلی در دورهٔ نامزدی از ازدواج منصرف نشده‌اند و رابطهٔ نامزدی آنان به ازدواج منتهی گردیده است که از نظر احساسات و عواطف بشری، طفل ناشی از دوران نامزدی شبیه طفلی است که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد شده باشد. مبنای ارتباط و انتساب این گونه اطفال به شوهر را می‌توان ناشی از ارادهٔ ضمنی زوج، هنگام

---

1. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglast: Leçons de droit civil T. I. V. II. no s 872 ets – Ripert (G). Boulanger (J); traité de droit civil. T. I. No s 1946 et s.
2. Brautkind.

ازدواج دانست باین معنی که اگر مردی با زن آبستن ازدواج کند، می‌توان تصور کرد که مشارالیه از منشأ حمل اطلاع داشته و تلویحاً حمل را متعلق بخود دانسته است.

این مطلب از مادهٔ ۳۱٤ ق.م سابق فرانسه بخوبی قابل استنباط بود؛ زیرا ماده مزبور چنین مقرر داشته بود:

«طفلی که قبل از یکصدو هشتادمین روز ازدواج متولد می‌گردد، در موارد زیر از ناحیه شوهر قابل انکار نمی‌باشد:

۱ـ وقتیکه شوهر از حاملگی زن قبل از ازدواج، اطلاع داشته باشد.

۲ـ وقتیکه شوهر در تنظیم شناسنامه و سند سجلی طفل حضور داشته یا سند سجلی را امضاء کرده یا عجز او از امضاء سند سجلی اعلام شده باشد.

۳ـ در صورتی‌که طفل قادر به ادامه حیات نباشد.»

چون انکار نسب در مورد طفلی صادق است که مربوط و منتسب بزمان زوجیت باشد، بنابراین با توجه به ماده فوق‌الذکر درک می‌شود که طفل متولد در مدت کمتر از ۱۸۰ روز بعد از ازدواج منتسب و ملحق بشوهر خواهد بود و امارهٔ فراش در این مورد قابل اجراء می‌باشد، ولی از حیث قدرت و استحکام بسیار سست و ناپایدار است، بنحویکه با انکار ساده از ناحیه شوهر، اماره مزبور ساقط خواهد شد.

بنا به مراتب مذکور طفل متولد شده قبل از ۱۸۰ روز از تاریخ ازدواج اولاً ملحق به شوهر است ثانیاً طفل مزبور دارای صفت مشروع می‌باشد.

این طرز تفکر در قرن اخیر پیدا شده و بوسیلهٔ آراء متعددی که از دیوان کشور فرانسه در این زمینه صادر گردیده عقیده مزبور رشد پیدا کرده است. از این طرز تفکر عملاً دو نتیجه حاصل می‌گردد:

اول آنکه اگر یکی از ابوبن طفل در زمان ولادت در علقهٔ زوجیت شخص ثالثی باشد، چون ازدواج بین ابوین امکان‌پذیر نیست، طفل نمی‌تواند به علت تحقق زنای محصن یا محصنه از مشروعیت و نسب مشروع برخوردار گردد.

دوم آنکه طفلی که نطفه‌اش قبل از ازدواج منعقد ولی در زمان زوجیت ابوین متولد گردد، صفت طفل مشروع را از تاریخ انعقاد نطفه بدست می‌آورد نه از تاریخ ازدواج ابوین. یعنی صفت مشروعیت نسب طفل عطف بماسبق می‌شود و از این حیث با طفل مشروع شده (L'enfant légitimé) تفاوت دارد.

طبق اصول کلی نباید نسب طفلیکه پس از سیصد روز بعد از انحلال نکاح متولد می‌گردد مشروع تلقی گردد زیرا نطفهٔ او در زمان زوجیت منعقد نگردیده است. معذلک رویه قضائی فرانسه چنین طفلی را نیز مشروع تلقی کرده و امارهٔ فراش را در این مورد قابل اعمال و جریان می‌داند و تا زمانی که کسی نسبت به این موضوع اعتراض نکند، طفل از مشروعیت برخوردار خواهد شد ولی این مشروعیت کاملاً مجازی و امارهٔ فراش در این خصوص، بسیار سست و زود شکن است؛ زیرا هر شخص ذینفعی اعم از اینکه دارای نفع مادی باشد یا معنوی می‌تواند با اقامه دعوی اعتراض بر مشروعیت مزبور امارهٔ فراش را ساقط و مشروعیت نسب چنین طفلی را زایل گرداند.

البته کمیسیون اصلاح قانون مدنی فرانسه حفظ این مشروعیت مجازی را صحیح نمی‌دانست. بهمین دلیل در ماده ٤٨٢ طرح پیشنهادی خود چنین نظر داده بود:

«طفلی که بیش از سیصد روز پس از انحلال نکاح یا پس از صدور حکم مبنی بر اعلام غیبت زوج از مادر متولد شود، مشروع نمی‌باشد.»

موافقین چنین استدلال می‌کنند که می‌توان فرض کرد بلافاصله قبل از طلاق یا فوت شوهر نزدیکی به عمل آمده و نطفه موجود در رحم زن لحظه‌ای بعد از آن، منعقد گردیده است و به علاوه عقیده دارند با توجه به مفاد و مفهوم ماده ۳۱۵ ق.م فرانسه که مقرر می‌دارد:

«مشروعیت طفل متولد شده سیصد روز بعد از انحلال نکاح، می‌تواند مورد اعتراض قرار گیرد» می‌توان استنباط کرد که هرگاه طفلی بعد از سیصد روز پس از انحلال نکاح متولد گردد و اعتراضی در بین نباشد، می‌تواند از صفت مشروعیت برخوردار گردد.[1]

ولی به منظور اینکه از توسعه ناهنجار این ابوت ساختگی جلوگیری شود، حدودی برای آن قائل شده و به‌طور کلی تصمیم گرفته‌اند که اولاً امارهٔ مشروعیت در این مورد وقتی قابل اجراء باشد که مادر در موقع ثبت واقعهٔ ولادت، شوهر سابق خود را پدر طفل معرفی کرده باشد و خیلی بعید است که مادری بناحق مدتی بعد از انحلال نکاح، چنین اقدامی بنماید و بنام خانوادگی شوهر سابق نام طفل خود را ثبت نماید، ثانیاً هر ذینفعی می‌تواند با طرح دعوی اعتراض بر مشروعیت، این اماره را ساقط سازد و عملاً

1. Carbonnier (J): Droit civil. T. l. No 15i; Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart, Leçons de droit civul. T. l. V. II No 875; Marty et Raynaud droit civil. No 475.

وراث شوهر چنین دعواتی را اقامه خواهند کرد ولی این دعوا، دعـوی انکـار محسـوب نمی‌گردد.

ثالثاً محاکم باید درخواست اعتراض بر مشروعیت را بپذیرند و طفل را فقط بـه ایـن علت که تولدش بعد از سیصد روز پس از انحلال نکاح واقع شده طفل طبیعی سـاده و غیر مشروع اعلام نمایند.

برای نشان دادن چگونگی تحول در زمینهٔ اماره فراش، لازم اسـت در اطـراف طـرز تفکر قضات و حقوقدانان قرن نوزدهم و بیستم مختصراً مطالعه بعمل آید.

در قرن نوزدهم مراجع قضائی فرانسه سرنوشت اطفال را با توجه به مـتن و منطـوق ماده ۳۱۲ قانون مدنی و عنوان فصل اول قانون مدنی کـه مربـوط بـه موضـوع ابـوت و نسب است و تفسیر الفاظ و کلمات قانون مخصوصاً کلمه ou مذکور در عنـوان de la» filation, des enfants légitm ou nés dans le mariage» تعیین و مشخص می‌کردنـد، یعنی عده‌ای کلمه ou را به معنای (ou: c'est á dire) تفسیر و معتقد بودند طفلی که در ۱۷۹ روز اول ازدواج متولد می‌شود مشروع است و عده‌ای دیگر کلمه ou را بـه معنـای «یا برعکس» (ou=ou au contrair) تفسیر و طفـل مزبـور را مشـروع شـده (légitimé) می‌دانستند و به‌طور خلاصه در اطراف مقصود و منظور واضع و قانونگـذار، روی کلمـه ou در این زمینه بحث لفظی می‌کردند و بـه مسـائل و جنبـه‌هـای اجتمـاعی آن توجـهٔ چندانی نداشتند.

اما در قرن بیستم بحث و گفتگو بـر پایـه ملاحظـات اجتمـاعی و عواطـف انسـانی استوار گردید.

دیوان کشور فرانسه بمنظور حفظ منافع اطفال و بـرای کمـک بـه اسـتحکام روابـط زناشوئی و آرامش کانون خانوادگی، سعی کرده است تفـاوت بـین فرزنـدانی کـه نطفـهٔ آن‌ها در زمان زوجیت منعقد گردیده و اطفالی که نطفهٔ آن‌ها قبل از ازدواج منعقد شـده و در زمان زوجیت متولد می‌گردند از میـان بـردارد. بـا توجـه بـه آراء صـادره در ایـن سال‌های اخیر به خوبی درک می‌شود که دیوان کشور فرانسه به‌طور قابل توجهی تغییـر رویه داده است.

سعه‌صدر نشان‌دادن دیوان کشور در زمینهٔ مشروعیت اطفال بیشتر بـه منظـور حفـظ مناقع اطفال است تا حمایت از خانواده و حفظ حقوق و منافع آن.

برای بیشتر روشن شدن تحول و تغییر رویه ناچاریم آراء قرن نوزدهم و بیستم دیوان کشور فرانسه را با هم مقایسه نمائیم.

رویه قضائی در قرن نوزدهم طفل متولد در ۱۷۹ روز اول ازدواج را مشروع شده[1] بوسیله یک نوع تصدیق نسب ضمنی ناشی از ارادهٔ ابوین، بر اثر ازدواج بعدی تلقی می‌نمود، چنانکه دیوان کشور به موجب رأی مورخ ۲۸ ژوئن ۱۸۶۹[2] تأیید و تصدیق کرد با وجود اینکه قانوناً فرض شده است که نطفهٔ طفل قبل از نکاح منعقد گردیده، اگر این طفل مشروع شده متولد می‌شود، این امر فقط ناشی از یک فرض قانونی است که به موجب آن ابوین طفل بوسیله ازدواجشان پس از انعقاد نطفه و قبل از تولد طفل، قصد داشته‌اند نسب طفل را مشروع گردانند و با وصفت مشروعیت اعطاء نمایند.

بالاخره دیوان کشور نتیجه می‌گرفت و معتقد بود همانطورکه تصدیق طفل ناشی از زنای محصن و محصنه باطل است، طفلی هم که نطفه‌اش در اثر روابط ناشی از زنای محصنه منعقد می‌شد ولی طفل در زمان نکاح ابوین متولد می‌گردید نمی‌توانست مشروع گردد.

ولی در قرن بیستم دیوان کشور فرانسه رویهٔ خود را کاملاً تغییر داده است که به ذکر چند رأی معروف صادره در این زمینه می‌پردازیم تا قضیه تغییر مسیر دیوان کشور کاملاً روشن گردد.

۱ـ رأی دوگا (ARREt Degas. هشتم ژانویهٔ ۱۹۳۰ شعبهٔ مدنی)

هشتم ژانویه ۱۹۳۰. سیره . بخش یک صفحهٔ ۲۵۷ یادداشت ژنی، چاپ دالوز ۱۹۳۰، بخش یک صفحه ۵۱)

رأی دوگا که در نیمه اول قرن بیستم صادر گردیده، تغییر جهت قابل ملاحظهٔ دیوان کشور را در مورد وضع حقوقی متولد در ۱۷۹ روز اول ازدواج نشان می‌دهد.

شرح مختصر آن از این قرار است که رونه دوگا تبعه فرانسه مقیم آمریکا در سال ۱۸۶۹ در آمریکا ازدواج می‌کند.

پس از آنکه صاحب چند فرزند می‌شود، همسرش او را ترک کرده و بالاخره در تاریخ ۲۳ ژانویه ۱۸۷۹ موفق به اخذ طلاق می‌گردد.

---

1. l'enfant légitimé
2. civ 28 juin 1869, S. 69,1,446.D.69.1,335

رونه دوگا مجدداً در نیویورک با زنی به نام آمریکا America ازدواج می‌کند. ۱٦۷ روز پس از ازدواج یعنی در تاریخ ۲۲ ژوئیه ۱۸۷۹ از زوجهٔ دومش آمریکا دوگا صاحب فرزندی می‌شود که به نام موریس دوگا نام‌گذاری می‌گردد.

اولین مسئله‌ای که در برابر محاکم فرانسه مطرح شد، مسئله صحت یا عدم صحت نکاح دوم بود؛ زیرا طلاق به موجب حکم صادره از دادگاه آمریکا واقع شده بود، در حالیکه زوجین دوگا تبعهٔ دولت فرانسه بودند و به موجب قانون مصوب ۱۸۱٦ طلاق در فرانسه ملغی و در سال ۱۸۸٤ بود که مجدداً برقرار گردید.

بنابراین در زمان طلاق زوجهٔ اول، قانون حاکم بر زوجین یعنی قانون فرانسه طلاق را ممنوع کرده بود که بالنتیجه طلاق و نکاح دوم باطل بود. فرزندان حاصل از نکاح اول رونه دوگا مدعی بودند موریس دوگا در زمانی متولد شده که رونه دوگا طبق قانون فرانسه به علت ممنوعیت طلاق و منحل نشدن نکاح در قید زوجیت بوده و نمی‌توانسته مجدداً ازدواج نماید. بنابراین نکاح دوم باطل و طفل حاصل از رابطهٔ رونه دوگا و آمریکا ناشی از زنای محصن بوده است. به علاوه طفل مزبور در فاصله کمتر از یکصد و هشتاد روز اول از تاریخ ازدواج دوم متولد شده که نتیجتاً نطفهٔ او قبل از زوجیت منعقد گردیده و نسب وی مشروع نمی‌باشد.

دادگاه استیناف فرانسه با توجه به اینکه زوجین در ایالات متحده زندگی می‌کرده و اطلاع نداشته‌اند که قانون فرانسه بر امور مربوط به احوال شخصیهٔ آنان حکومت دارد، می‌پذیرد که نکاح شبهه le mariage - putatif بین زوجین وجود داشته و در رأی صادره طفل حاصل از این نکاح را مانند طفل حاصل از نکاح قانونی، مشروع اعلام کرد.

ورثهٔ دوگا از رأی مزبور فرجام خواستند و نقض حکم را خواستار گردیدند.

دیوان کشور در تاریخ ۸ ژانویه ۱۹۳۰ نظر دادگاه استیناف را در مورد نکاح منعقده بین رونه دوگا و آمریکا دوگا که مبتنی بر حسن نیت اعلام شده بود، ابرام و به موجب ماده ۲۰۱ و ۲۰۲ ق. م تمام آثار نکاح قانونی را نسبت به طفل مترتب دانست و در مورد انعقاد نطفهٔ طفل قبل از ازدواج فرضی چنین اعلام نمود:

«نظر به اینکه هر طفل متولد در زمان زوجیت صرفنظر از تاریخ انعقاد نطفه‌اش صفت مشروع را دارا می‌باشد، بنابراین طفل متولد قبل از یکصد وهشتاد روز از تاریخ ازدواج مشروع است».

در مورد نسب حاصل از زنای محصن اعلام نمود با توجه به مواد ۳۱٤ و ۳۱٦ ق. م چنانچه شوهر در مهلت قانونی دعوی نفی ولد اقامه ننماید اشخاص ثالث ولو فرزندان فراش اول نمی‌توانند نسبت به مشروعیت طفل اعتراض نمایند و بالاخره دیوان کشور دادخواست فرجامی ورثهٔ دوگا را مردود اعلام نمود.

بنابراین این دیوان کشور فرانسه صراحتاً اعلام کرد همین که طفل در زمان زوجیت ابوین متولد گردد مشروع می‌باشد و تاریخ انعقاد نطفه هر زمان باشد در مشروعیت طفل مؤثر نخواهد بود و بالاخره مشروعیت طفل نمی‌تواند به استناد اینکه انعقاد نطفهٔ طفل در اثر رابطهٔ زنای محصن یا محصنه بوده مورد اعتراض واقع شود.[1]

پس از صدور رای دوگا در دکترین تردیدهائی پدید آمد. به این معنا که آیا اثر این مشروعیت تا روز انعقاد نطفه، عطف به ماسبق می‌شود یا آنکه فقط از تاریخ ازدواج ابوین، طفل می‌تواند از مشروعیت برخوردار گردد. دیوان کشور مجبور شد در قضیهٔ هرووال در این زمینه اظهار نظر نماید.

۲ـ رأی معروف هرووال (Arret Herauval) ۸ مارس ۱۹۳۹.

هیأت عمومی دیوان کشور فرانسه در تاریخ ۸ مارس ۱۹۳۹ در قضیهٔ هرووال رأیی صادر نمود که به علت اهمیت فوق‌العاده به شرح آن می‌پردازیم.[2]

کارگری که در یک حادثه ناشی از کار در تاریخ ۲۳ مه ۱۹۳۰ به سختی مجروح شده بود، روز بعد از حادثه ازدواج کرد و در نتیجهٔ جراحات وارده در تاریخ ۱۱ نوامبر ۱۹۳۰ فوت شد و در تاریخ ۲۲ ژانویه ۱۹۳۱ همسرش دختری به دنیا آورد. بنابراین طفل، ۲٤۳ روز پس از اعلام نکاح متولد گردید که با توجه به امارهٔ دوران حمل، نطفه او در زمان نکاح منعقد شده و طفل مشروع می‌باشد.

---

1. Mazeaud (L. H. J) et Michel de juglar de Juglar, leçons de droit Civil T. L. V. II. P. 241 à 243.
2. Ch. Reun. 8 mars 1939, S. 41, 1. 25, note Batiffol, D. C. 41, 37, note (très favorable) julliot de la Morandière.

دادگاه استیناف کائن Caén به موجب حکم صادره، حق استفاده از مستمری حادثهٔ ناشی از کار را برای طفل یتیم آن کارگر نپذیرفت و چنین استدلال کرد که اگر طفل مزبور را طفل مشروع بدانیم، یعنی قبول کنیم که نطفه‌اش در زمان نکاح منعقد گردیده است در این صورت انعقاد نطفه بعد از حادثه بوده و این امر مانع از اعمال و اجرای قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ راجع به حوادث ناشی از کار می‌باشد.[۱]

اگر تاریخ انعقاد نطفه را قبل از حادثه و بالنتیجه قبل از ازدواج بدانیم باز هم طفل مزبور نمی‌تواند از مستمری قانون حوادث ناشی از کار استفاده نماید و دعوی وی را قانون مردود می‌داند؛ زیرا که فرزند به‌این‌ترتیب فرزند طبیعی خواهد بود و فرزند طبیعی حقی بر مستمری نخواهد داشت مگر اینکه به نسب او اقرار شده باشد. هیأت عمومی دیوان کشور فرانسه در تاریخ ۸ مارس ۱۹۳۹ به شرح زیر نظر داده است:

رأی دادگاه در مورد اعتراض فرجامی فرجامخواه با توجه به مادهٔ ۳ قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ که به موجب قانون ۳۱ مارس ۱۹۰۵ تغییر یافته است و این قانون مقرر می‌دارد: هرگاه حادثه منجر به مرگ شود، از تاریخ فوت به اشخاصی که ذیلاً تعیین می‌شوند، مستمری تعلق خواهد گرفت:

الف ـ همسر باقیمانده که طلاق داده نشده باشد و بین او و زوج متوفی تفریق جسمانی هم واقع نگردیده باشد، مشروط بر اینکه انعقاد عقد نکاح قبل از وقوع حادثه صورت گرفته باشد.

ب ـ فرزندان مشروع یا طبیعی که قبل از حادثه اقرار به نسبت آن‌ها شده باشد و از پدر و مادر محروم گردیده باشند، مشروط بر اینکه سن اطفال کمتر از شانزده سال باشد . . .

نظر به اینکه طفل متولد در زمان نکاح ولو آنکه انعقاد نطفه‌اش قبل از ازدواج باشد مشروع است و نسبت به حقوق مستمری که مادهٔ ۳ قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ برای اطفال مشروع درنظر گرفته است، ذیحق می‌باشد و نظر به اینکه از تحقیقات حکم مورد اعتراض (کائن ۲۰ ژوئن ۱۹۳۵) چنین مستفاد می‌گردد که هروال قربانی حادثه ناشی از کاری شده است که در تاریخ ۲۳ مه ۱۹۳۰ اتفاق افتاده و روز ۲٤ مه ۱۹۳۰ عقد

---

۱. قانون سی‌ام اکتبر ۱۹۰۴ جانشین قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ گردید و قانون ۳۱ مارس ۱۹۰۵ قائم مقام قوانین قبلی شد.

نکاح بین او و نامزد یا معشوقه‌اش منعقد شده و بالاخره در تاریخ ۱۱ نوامبر ۱۹۳۰ هرووال در نتیجهٔ حادثهٔ مزبور فوت گردیده و در تاریخ ۲۲ ژانویهٔ سال ۱۹۳۱ زوجه‌اش دختری به دنیا آورده است و نظر به اینکه حکم مورد اعتراض با اعلام به اینکه صفت طفل مشروع را نسبت به فرزند صغیر هرووال نمی‌توان مورد تردید قرار داد، معذالک حق استفاده از مستمری مذکور در قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ را برای وی نپذیرفته است؛ به دو دلیل با این بیان که از یکطرف چون تاریخ انعقاد نطفه در زمان نکاح بعد از حادثه بوده لذا از حقوق مستمری ماده ۳ قانون مذکور محروم است و از طرف دیگر با قبول انعقاد نطفه قبل از وقوع حادثه بوده، طفل مذکور وضع فرزند طبیعی را خواهد داشت که هنگام وقوع حادثه به نسب وی اقرار نشده است و بالنتیجه از کمک قانون در مورد حادثه ناشی از کار نمی‌تواند استفاده نماید. ولی نظر به اینکه با توجه به تاریخ حادثه و ازدواج و تولد طفل و احتساب مدت حمل، تاریخ انعقاد نطفهٔ طفل صغیر هرووال را باید به نفع طفل، قبل از وقوع حادثه تلقی کرد و طفل مزبور را به علت تولد در عدهٔ زوجیت، مشروع دانست، لذا نسب چنین طفلی مشروع است و نسبت به مستمری مذکور در ماده ۳ قانون ۹ آوریل ۱۸۹۸ ذیحق می‌باشد. بنابراین در رأی مورد اعتراض از متون قانون مذکور در فرجام‌خواهی تخلف شده و حکم فرجام‌خواسته نقض می‌شود که رسیدگی مجدد آن به محکمه استیناف آمین Amien ارجاع می‌گردد.[1]

با توجه به رأی مذکور معلوم می‌شود که دیوان کشور فرانسه مشروعیت طفل را تا تاریخ انعقاد نطفه عطف نموده و کاملاً شک و تردید را در زمینه تاریخ اثر مشروعیت طفل از میان برداشته است.

دیوان کشور در قضیه هرووال، خلاصتاً چنین نظر داده است: نظر به اینکه طفل متولد در زمان نکاح از زمان انعقاد نطفه، هر چند که قبل از نکاح بوده باشد مشروع است لذا چنین طفلی نسبت به مستمری متعلق به اطفال مشروع ذیحق می‌باشد.

البته به موجب ماده ٤٥٤ قانون بیمه اجتماعی، در فرانسه دیگر برای پرداخت بیمهٔ حوداث لازم نیست که فرزند مصدوم قبل از سانحه متولد یا نطفه‌اش پیش از وقوع حادثه منعقد شده باشد.[2]

---

1. Mazeaud (H. L. J) et Michel de Jugaet : Leçons de droit civil. T. V. II. P. 243 et 244.
2. cass – civil soc 10 mars 1966'D. 1966. J 540 note Minjoz

ولی اگر چنانچه طفل موجود فرزند مشروع و قانونی نباشد باید قبل از وقوع سانحه، نسبش ثابت و مستقر گردیده باشد تا بتواند از حق بیمه استفاده نماید.

۳ـ رأی دووال Arret Dewalle ۲ ژوئیه ۱۹۳٦

در قضیه دووال[1] نطفه، قبل از ازدواج منعقد و طفل بعد از انحلال نکاح متولد گردیده است یعنی پدر طفل قبل از تولد وی فوت می‌شود که در نتیجه، هیچ یک از دو واقعه انعقاد و تولد طفل، در زمان زوجیت به وقوع نپیوسته است. معذلک دیوان کشور فرانسه طفل مزبور را مشروع دانسته و چنین نظر داده است: برای اینکه نسب طفل مشروع باشد کافی است که مادر حتی یک لحظه از دوران آبستنی به عقد نکاح پدر درآمده باشد.[2]

دیوان کشور فرانسه رویه خود را تاکنون حفظ کرده است ولی این رویه به نظر عده‌ای قابل ایراد است. به این معنی که در رویهٔ متخذه به هیچ وجه منافع خانواده‌ها و کانون خانوادگی درنظر گرفته نشده است. زیرا درواقع اگر پدر هنگام انعقاد نطفه متأهل بوده، توانسته است از زنان مختلف اطفال مشروع بدست آورد که این امر اختصاص به تعدد زوجات دارد.

این ایراد به نظر صحیح نمی‌آید؛ زیرا در صورت وقوع طلاق و جدائی زن و شوهر و ازدواج مجدد شوهر با زن دیگر، پدر، از زنان مختلف صاحب فرزندان مشروع خواهد شد. در این مورد نیز چون طفل در زمان انحلال نکاح اول و زوجیت پدر و مادر (نکاح دوم) متولد می‌شود، اشکالی پیش نمی‌آید و تعدد زوجات مصداق پیدا نمی‌کند.

راهنمای قضات و محاکم فرانسه در ایجاد چنین رویه‌ای بیشتر تأمین منافع اطفال بوده است. چه به نظر قضات فرانسه مشکل است نسبت به فرزندانی که متعلق به یک کانون خانواده هستند و فقط تاریخ ولادت آن‌ها تفاوت دارد، فرق قائل شد. و از آنجائی‌که اطفال معصوم و بی‌پناه در امر وجودی خود کوچکترین دخالتی نداشته‌اند، فرق قائل شدن بین اطفال مشروع و اطفالی که در زمان زوجیت ابوین متولد می‌شوند، عادلانه نیست.

---

1. Civ. 2 Jullet 1926, D. 36,1,118, note Gaudin de le Grange.
2. Mazeaud. T. L. V. LL page 243

علاوه بر اینکه رویه دیوان کشور از استدلال حقوقی چندان بی‌بهره نیست، حقوق مذهبی نیز طرفدار مشروعیت بوده است. چنانکه حکم و دستور شمارهٔ ۱۱۱۱٤ از مجموعهٔ مقررات مذهبی چنین مقرر می‌دارد:

«Légitimi sunt filli concepti aut nati ex matrimonio valido vel putavivo[1]»

تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه یا بعضی از آن‌ها از جمله پرتالیس Portalis هنگام تدوین آن چنین دفاع نموده‌اند که مشروعیت به واسطهٔ انعقاد نطفه یا به واسطهٔ تولد طفل در زمان نکاح، به فرزند اعطاء می‌گردد. که بالاخره عقیدهٔ مزبور درحال حاضر پیروز شده است. زیرا از یک طرف تدوین‌کنندگان قانون مدنی در اثر همین مذاکرات، عنوان فصل اول مربوط به نسب و ابوت را «نسب اطفال مشروع یا متولد در زمان نکاح»[2] قرار داده‌اند و از طرف دیگر ماده ۳۱٤ قانون مدنی نیز وضع طفلی را که نطفه‌اش قبل از ازدواج منعقد گردیده و در زمان نکاح متولد می‌شود مورد توجه قرار داده است.

بالاخره برای طرفداری از نظر دیوان کشور فرانسه به یک برهان اجتماعی نیز می‌توان متوسل شد و آن این است که باید ابوین طفل را تشویق به ازدواج نمود. یعنی اطمینان به اینکه به طفل، صرفنظر از تاریخ تولد، مشروط بر اینکه در زمان نکاح متولد شود، مشروعیت کامل اعطاء می‌گردد، سبب می‌شود که ابوین طفل مصمم به ایجاد یک واحد خانوادگی گردند و از هرج و مرج جنسی و بی‌نظمی روابط اجتماعی جلوگیری شود.

ممکن است بتوان ادعا کرد که اعطاء مشروعیت به اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه، سبب تشویق مردم به ارتکاب زنا و اختلال نظم جامعه خواهد شد ولی این تصور کلی نبوده و اغلب اطفالی که از تفسیر مطلوب بهره‌مند می‌گردند ناشی از زنای محصن یا محصنه نمی‌باشند.

فرمول احکام دیوان کشور را در مورد شرط « تولد طفل در زمان زوجیت » نباید تحت‌الفظی درنظر گرفت. یعنی اگر ابوین طفلی بعد از انعقاد نطفهٔ فرزند، با یکدیگر ازدواج کنند و پدر چند روز پس از اعلام نکاح فوت شود، در این صورت طفل « در

---

۱. Codex jurris Canonici : اطفالی که نطفه آن‌ها در نتیجه نکاح صحیح یا شبهه منعقد گردیده باشد مشروع خوانده می‌شوند.

2. De la filiation des enfants légiilimes ou né dans le mariage

زمان نکاح » به معنای تحت‌الفظی متولد نخواهد شد و انعقاد نطفهٔ نیز در طول مدت نکاح صورت نگرفته است. اما این فوت نباید وضعیت طفل بی‌گناه را متزلزل سازد و صفت مشروعیت او را بر هم زند.

دیوان کشور فرانسه هم نخواسته است که طفل از مرگ نابهنگام پدر خود، متحمل زیان فراوان بشود، بنابراین چنین فرزندی را مشروع دانسته است.[۱]

این راه حل دیوان عالی کشور فرانسه کاملاً صحیح و منطقی است؛ زیرا این طفل الزاماً قبل انقضاء سیصدمین روز بعد از فوت و انحلال نکاح متولد می‌گردد و طفل متولد در ظرف سیصد روز بعد از انحلال با توجه به اینکه عده طلاق و وفات در فرانسه سیصد روز است، دارای همان وضعی است که طی دوران ازدواج متولد می‌شود.

با وجود گسترش زیاد از حد امارهٔ فراش و توسعهٔ حد شمول آن، بعضی از اطفال با اینکه نطفهٔ آنان در زمان زوجیت منعقد شده، مشمول امارهٔ ابوت نبوده یا اینکه امارهٔ مزبور به نحو متزلزلی آنان را دربر می‌گیرد. اطفال مزبور عبارتند از:

اول ـ پیدایش طفل در حالت غیبت شوهر،[۲] طفلی که نطفه‌اش در زمان غیبت شوهر منعقد شده باشد، در این مورد با اینکه ازدواج منحل نشده است مع‌الوصف عملاً ازدواجی وجود ندارد. یعنی در صورت غیبت شوهر، درست است که ازدواج منحل نمی‌شود ولی رابطهٔ جنسی واقعی به علت غایب بودن شوهر، بین زوجین موجود نیست و طفل حاصل، در چنین وضعی مثل سایر اولاد دوران قبل از غیبت پدر نمی‌تواند از امارهٔ ابوت، بهرمند گردد.

دوم ـ پیدایش طفل در زمانی که زوجین از هم مسکن بودن و زندگی مشترک معاف بوده‌اند.[۳] مثلاً هر گاه به موجب حکم دادگاه مقرر گردیده باشد که زن و شوهر در مورد دعوی طلاق یا اختلاف زناشوئی، تا تعیین تکلیف، جدا از هم و در مسکن جداگانه زندگی نمایند، در این صورت با وجود اینکه از نظر امر زناشوئی و رابطهٔ جنسی، زن مکلف به وفاداری نسبت به همسر خود می‌باشد، معذلک نظر به اینکه

---

۱. شعبهٔ مدنی، ۲ ژوئیه ۱۹۳۶ قضیه دووال ـ دالوز ۱۹۳۶. قسمت اول صفحه ۱۱۸ با شرحی که لاگرانژ بر آن نوشته است.

2. Ripet (G) Boulanger(J), traité de droit civil. T. 1 No 1647; Josserand(L), Cour de droit civil positif françats. T. 1. No 1041; Planiol(M). Ripert (G). traité pratique de droit civil français. T. LL. No 773.

3. Josserand (L), Cuors de droit civil positif fraçais T. 1. No 1041; Ryipert (G). Boulanger (J) Traité de droit civil T. 1 No 1646

تکلیف همزیستی و زندگی مشترک از زوجین ساقط و مرتفع گردیده است، لذا کمتر می‌توان قبول کرد طفلی که در چنین وضعی بوجود آمده، از اسپرم شوهر حاصل شده باشد. بنابراین امارهٔ نسب در این مورد متزلزل است. یعنی نه تنها با انکار ساده ساقط می‌گردد، بلکه در صورتی که زوجه موفق به اخذ طلاق شده و با ازدواج با همدست خود طفل حاصل از دورهٔ افتراق مسکن را مشروع گرداند، امارهٔ ابوت خودبخود و بدون انکار شوهر اول ساقط می‌شود (مطابق بند ۲ ماده ۳۱۳ ـ و بند ۲ ماده ۳۳۱ ق. م فرانسه).

موضوع قابل توجه و جالب این است که با وجود اینکه اصولاً حق ساقط کردن امارهٔ فراش منحصراً متعلق به شوهر بوده و گاهی استثناناً به ورثه وی انتقال می‌یابد. معذلک در اینجا به ارادهٔ مادر و شخص ثالث، امارهٔ فراش ساقط خواهد شد.

درپایان این بحث لازم است بگوئیم که رویه و طرز تفکر مراجع قضائی و حقوقدانان فرانسه در زمینهٔ اماره فراش به سایر کشورها نیز سرایت پیدا کرده است. چنانکه در قانون مدنی حبشه مصوب پنجم مه ۱۹۶۰ که یازدهم سپتامبر ۱۹۶۰ به موقع اجراء درآمده است و مواد آن به وسیله پرفسور داوید استاد حقوق تطبیقی دانشکده حقوق پاریس تنظیم گردیده، اثر طرز تفکر مزبور کاملاً آشکار است. ماده ۷۴۱ ق. م حبشه چنین مقرر می‌دارد:

«طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد شود و یا هنگام زوجیت ابوین متولد گردد، ملحق و منتسب به شوهر خواهد بود.»[1]

در پایان این بحث، اضافه می‌شود که مادهٔ ۳۱٤ ق.م فرانسه سابق. در سال ۲۰۰۵ اصلاح شده و به موجب مفاد مواد ۳۱۵ و ۳۲۹ جدید قانون مدنی مصوب ۲۰۰۵ مسائل مربوط این‌گونه اطفال، حل‌وفصل می‌گردد و منافع آنان مورد توجه قرار گرفته، نظر دیوان کشور نیز تأمین شده است.

د ـ قدرت و اعتبار امارهٔ فراش.

امارهٔ فراش ار امارات بسیار قوی است و طفلی که مشمول این اماره باشد، ملحق به شوهر است و چنانکه در شناسنامه طفلی فقط نام مادر ذکر شده باشد ولی نام پدر در

---

1. art. 741 – Présomption de paternité du mari: L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour le mari

آن قید نگردیده یا پدر طفل ناشناس اعلام و یا نام مرد دیگری به جای نام شوهر زن در شناسنامه ذکر گردیده باشد، در تمام این موارد پس از اثبات و اجراء امارهٔ قانونی ابوت، شناسنامه یا صدور حکم قطعی در این زمنیه تصحیح می‌گردد.[۱]

به علاوه در مورد و طی به شبهه، چنانچه با اجرای امارهٔ فراش، بتوان طفل را به هریک از شوهر یا واطی به شبهه ملحق نمود و دلیل یا قرینهٔ دیگری بر انتساب طفل به یکی و انتفاء از دیگری در بین نباشد، اماره فراش نسبت به شوهر اجراء و طفل به او ملحق خواهد شد.

همچنین هر گاه با اجرای امارهٔ فراش، طفل به شوهر ملحق گردد ولی از لحاظ احتساب مدت حمل بتوان طفل را بزانی ملحق نمود، امارهٔ فراش اجرا و طفل به شوهر ملحق می‌گردد، مگر اینکه نسب طفل از ناحیه شوهر انکار شود.

امارهٔ فراش با صراحت ماده ۱۳۲۲ ق. م ایران از امارات قانونی محسوب می‌شود و از نظر درجهٔ اعتبار با توجه به ماده ۱۳۲۳ ق. م که می‌گوید:

«امارات قانونی در کلیه دعاوی اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست، معتبر است مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد»، از جملهٔ امارات قانونی خلاف‌پذیر[۲] است. یعنی این اماره تا زمانی معتبر است که دلیلی بر خلاف آن اقامه نشده باشد و از اماراتی نیست که با اقامهٔ دلیل مخالف از اعتبار ساقط نگردد.[۳]

بنابراین می‌توان خلاف اماره فراش را ثابت کرد.

اعتبار امارهٔ فراش نسبت به اشخاص ثالث

در حقوق ایران و فرانسه امارهٔ فراش در ضمن اینکه حق و تکلیفی برای شوهر ایجاد می‌کند، رعایت و احترام آن به اشخاص ثالث نیز تحمیل می‌گردد که این امر متضمن دو نتیجهٔ زیر است:

اول ـ اشخاص ثالث قدرت ساقط کردن امارهٔ فراش را ندارند.

دوم ـ اگر اشخاص ثالث امارهٔ فراش را در عمل نشناخته باشند، شوهر حق طرح دعوی به منظور احیاء و استقرار اماره دارد.[۴]

---

۱. حقوق مدنی ایران. جلد اول. تألیف دکتر سید علی شایگان شماره ۸۵۹

2. des présomptions légales ou juristantum

3. Les Présomptions légales irrefragables ou Jurr is et Jure

4. Carbonnier (J) , Droit civil. T. 1 No 155

اول ـ هر چند امارهٔ فراش همانطوری که قبلاً بیان شد از امارات نسبی و قابل تغییر است و دلیل مخالف این اماره از طرف شوهر پذیرفته می‌شود، اما امارهٔ مزبور نسبت به ذینفع ثالث مخصوصاً مادر و پدر حقیقی طفل و خود طفل و وراث شوهر در زمان حیات او معتبر و مؤثر بوده و جزء از طریق انکار نسب از طرف پدر یا قائم مقام او در موارد مخصوص قابل اعتراض نبوده و اشخاص ثالث حق انکار و اعتراض نخواهند داشت.

امارهٔ ابوت و حربهٔ انکار، برای شوهر قدرت و حقی ایجاد می‌کند که در استفاده از آن مختار است و اگر نخواهد طفل متولد در فراش خود را انکار کند، کسی حق اعتراض به او در این زمینه ندارد و اگر فرضاً برای او مسلم شود که طفل متولد شده از زوجهٔ او و در فراش او ناشی از نطفهٔ او نبوده و متعلق به دیگری است، ممکن است. مثلاً در فرانسه به منظور جلوگیری از مشروع گردانیدن طفل به وسیله مردی که با زنش رابطهٔ نا مشروع داشته و بعد از مطلقه شدن زوجه‌اش با او ازدواج نموده، از انکار خودداری، یا به قصد ضرر رسانیدن و انتقام از همسر که نسبت به شوهر خود وفادار نبوده و یا به منظور انتقام از شخصی که به حریم زناشوئی او تجاوز کرده است و بالنتیجه طفلی به وجود آمده، از انکار نوزاد متولد شده، خودداری نماید.

قدرت امارهٔ فراش باید محفوظ بماند و لطمه‌ای به آن وارد نشود و شخص ثالث یا کسی که در نتیجهٔ ارتکاب زنای محصنه و داشتن رابطهٔ نامشروع با زن شوهردار، صاحب طفلی شده است، نتواند خلاف امارهٔ فراش را ثابت و طفل مزبور را با اقامهٔ دعوی، به خود ملحق و منتسب سازد؛ زیرا اثبات خلاف امارهٔ فراش از ناحیه اشخاص ثالث، سبب سلب آرامش خانواده‌ها و اختلال در جامعه خواهد شد.

دوم ـ چنانچه امارهٔ ابوت عملاً مورد تأیید و شناسائی اشخاص ثالث نباشد، شوهر می‌تواند امارهٔ ابوت را احیاء و مستقر سازد. در این صورت شوهر می‌تواند برای انتساب و الحاق طفل به خود در دادگاه صلاحیت‌دار طرح دعوی نموده و امارهٔ ابوت را با اخذ حکم در این زمینه از دادگاه، مستقر گرداند.

این مورد غالباً وقتی مصداق پیدا می‌کند که نام طفل به نحو متقلبانه به نام و مشخصات نادرست در دفتر آمار ثبت شده و مادر طفل مجهول‌الهویه معرفی شده باشد؛ زیرا به این ترتیب و در صورت مجهول بودن نسب مادری، امارهٔ ابوت متزلزل می‌گردد

و در این هنگام مردی که طفل مزبور را به خود و عیال خـود منتسـب مـی‌دانـد، بـرای اثبات و استقرار وضع طفل مزبور به مقامات صالحه قضائی مراجعه و بـا ابـراز و اقامـهٔ دلیل، ثابت می‌کند که این طفل از زوجهٔ او متولد گردیده و طبق اماره فـراش منتسـب و ملحق به او می‌باشد. همانطور که اینگونه اطفـال نیـز بـرای اثبـات نسـب مـادری خـود می‌توانند به مراجع قضائی صالحه مراجعه و طرح دعوی نمایند.

طبق رویهٔ دیوان کشور فرانسه برای طفلی که در شناسنامه‌اش مشخصات مـادر ذکـر نگردیده، حق طرح دعوی برای اثبات رابطهٔ ابوت و امیت شناخته شده است.

بنابراین به‌طور خلاصه شوهر با اقامهٔ دعوی می‌تواند ثابت کنـد طفلـی کـه، فعـلاً و ظاهراً به زوجه‌اش بستگی ندارد، از زن او و در دورهٔ زوجیت متولد شـده و بالنتیجـه از نطفه او که شوهر آن زن بوده به‌وجـود آمـده اسـت و در ایـن زمینـه، حکـم از مراجـع صلاحیت‌دار اخذ نماید.

شوهر نه تنها وقتی که طفل نسب معارضی ندارد، بلکـه در صـورتی هـم کـه دارای نسبی معارض با ادعای او باشد، می‌تواند در زمینهٔ استقرار نسب و احیاء امارهٔ ابـوت بـه طرح دعوی اقدام کند.

البته در صورتی نسب معارض پیش می‌آید کـه شـخص ثالـث، طفلـی را بـرخلاف واقع، فرزند قانونی خود معرفی یا مثلاً در فرانسه شخصی مولـودی را بعنـوان اینکـه از مادری ناشناس و مجهول‌الهویه متولد گردیده است، فرزند طبیعی و غیـر قـانونی خـود معرفی و نسب وی را رسماً تصـدیق کـرده باشـد کـه در اینگونـه مـوارد پـدر ادعـائی می‌تواند خلاف واقع بودن وضع ظاهری را در دادگاه ثابت و طفـل را بـه خـود ملحـق گرداند.

در زمنیهٔ شناسائی و تصدیق نسب فرزند طبیعی که در حقوق ایران مصداق خارجی ندارد، در مباحث آتی به‌طور مفصل بحث خواهیم کرد.

بند دوم ـ ادله‌ی دیگر اثبات نسب پدری.

امارهٔ فراش دلیل منحصر اثبات نسب قانونی نمی‌باشد بلکه می‌توان از ادلهٔ دیگر نیـز در این زمینه کمک خواست. یعنی با ادلهٔ دیگری غیر از امارهٔ فراش، نظیر اقـرار شـوهر، آزمایشات پزشکی، گواهی‌گواهان و قرائن و امارات قضائی نسب پدری را ثابت نمود ـ

مثلاً هر گاه تاریخ نزدیکی زوجین یا ولادت طفل معلوم نباشد، ذینفع می‌تواند به‌وسیلهٔ اقرار شوهر و گواهی گواهان یا سایر قرائن و امارات فضائی مانند شرکت و دخالت پدر ادعائی در حضانت و تربیت طفل مثل یک پدر و نظایر آن انتساب طفل را به شوهر اثبات نماید.

امارهٔ فراش این فایده را دارد که مدعی را از اقامهٔ دلائل دیگر بی‌نیاز می‌سازد. ولی قانون او را از اقامهٔ دلایل دیگر و توسل به ادلهٔ دیگر منع نمی‌نماید زیرا هیچ یک از امارات، دلیل منحصر شناخته نمی‌شود، مگر آنکه قانون به این امر تصریح نموده و ادله دیگر را مثبت نداند.[1]

بخش چهارم ـ مرجع صلاحیت‌دار برای رسیدگی به دعوی نسب.

در نظام حقوقی سابق ایران رسیدگی به دعاوی و اختلافات راجع به نسب طبق ماده ١٦ ق. آ. د. م منحصراً در صلاحیت دادگاه شهرستان محل اقامت خوانده دعوی بود و در این زمینه تبصرهٔ مادهٔ ١٦ قانون آئین دادرسی مدنی چنین مقرر می‌داشت:

«هرگاه در ضمن اعتراض به تقاضای حصر وراثت، دعوی نسب بشود دادگاه بخش هر دو پرونده را به دادگاه شهرستان می‌فرستد و دادگاه مزبور به تقاضای انحصار وراثت و نسب رسیدگی کرده حکم صادر خواهد نمود».

بنابراین رسیدگی به دعوی نسب به هیچ وجه در صلاحیت دادگاه بخش سابق نبود ولو طرفین به این امر تراضی می‌کردند. بعلاوه دعوی مزبور را دادگاه شهرستان مثل سایر اختلافات خانوادگی و زناشوئی نمی‌توانست به داوری ارجاع نماید و هرگاه رسیدگی داور یا داوران در امری متوقف به رسیدگی و روشن شدن وضع نسب می‌گردید، رسیدگی داورها متوقف می‌شد تا از دادگاه صلاحیت‌دار حکم قطعی در زمینهٔ نسب صادر گردد(ماده ٦٥٣ ق. آ. د. م).

دعوی نسب از دعاوی غیر مالی محسوب و هزینه آن ٢٠٠ ریال بود (ماده ٦٨٤ ق. آ. د. م).

پس از صدور حکم قطعی در زمینهٔ نسب و اعلام شدن چگونگی نسب طفل، ادارهٔ ثبت احوال می‌بایست مفاد دادنامه را در حاشیه دفاتر مربوطه قید کند (ماده پنجم

---

۱. دکتر امامی: حقوق مدنی، جلد پنجم ص ۱۷۲

اصلاح قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹/۲/۲۲ و ماده ۳۲ نظامنامه قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۱۹/۱۱/۱۹). طبق مادهٔ واحده مصوب ۱۳۷٦ رسیدگی به اختلافات و دعاوی مربوط به نسب در صلاحیت دادگاه خانواده است.

بعد از صدور حکم قطعی، شخصی که به موجب حکم مزبور پدر طفل شناخته شده، نمی‌تواند نسب طفل مزبور را انکار نماید و یا از انجام وظایف قانونی خودداری کند.

طفل موضوع حکم نیز بعد از صدور حکم قطعی و حتی بعد از بلوغ حق ندارد فرزندی خود را نسبت به پدر مذکور منکر و اقرار به فرزندی شخص دیگری بنماید یا دعوی نسب علیه شخص دیگری اقامه نماید. زیرا در زمینهٔ نسب حکم قطعی صادر گردیده و قدرت امر مختوم را واجد گردیده است.

در حقوق فرانسه نیز رسیدگی به کلیه دعاوی راجع به احوال شخصیه که نسب نیز جزء آن می‌باشد در صلاحیت دادگاه شهرستان محل اقامت خوانده خواهد بود که در مباحث مربوطه از آن بحث خواهیم کرد.

مقایسه و نتیجهٔ گفتار اول

بطور خلاصه در حقوق ایران نسب طفل وقتی مشروع است که نطفه‌اش در زمان زوجیت ابوین منعقد و از تاریخ نزدیک زوجین تا زمان ولادت طفل مزبور کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.

در حقوق فرانسه با توجه به قوانین مدنی و رویه قضائی موجود، نسب طفل وقتی مشروع است که لااقل ولادت طفل در زمان زوجیت ابوین صورت گرفته باشد و از تاریخ نزدیکی ابوین تا زمان ولادت طفل کمتر از یکصد و هشتاد روز نگذشته باشد.

از مقایسه حقوق مدنی ایران و فرانسه در این زمینه نتایج زیر حاصل می‌گردد.

۱ـ یکی از شرایط مشروعیت نسب طفل در حقوق ایران انعقاد نطفه وی در زمان زوجیت ابوین است و حال آنکه در حقوق فرانسه با توجه رویهٔ قضائی موجود، لازم نیست نطفهٔ طفل در زمان زوجیت منعقد گردد بلکه کافی است که ولادت طفل در زمان زوجیت ابوین صورت گرفته باشد.

۲ـ حداقل و اکثر مدت حمل در حقوق ایران و فرانسه یکسان است. حداقل مدت حمل در حقوق ایران شش ماه و در حقوق فرانسه صدو هشتاد روز یعنی همان شش

ماه می‌باشد و حداکثر مدت حمل در حقوق ایران ده ماه و در حقوق فرانسه سیصد روز که همان ده ماه باشد درنظر گرفته شده است.

البته اقل مدت حمل در حقوق آلمان یکصدوهشتادو یک روز و اکثر آن سیصدودو روز است.

۳ـ مراجع صلاحیت‌دار رسیدگی به دعوی نسب چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه دادگاه شهرستان محل اقامت خوانده خواهد بود. البته در حقوق ایران امروزه رسیدگی به دعوی نسب در دادگاه خاص خانواده انجام می‌پذیرد.

گفتار دوم
نفی ولد یا انکار

Le Désaveu

با وجود اینکه طبق قاعدهٔ فراش طفل متولد در زمان زوجیت به شوهر ملحق می‌گردد و باید شوهر و وارث قانونی او چنین طفلی را مشروع بدانند، معذلک همانطوریکه قبلاً بیان شد، اثبات خلاف اماره فراش امکان‌پذیر است و راه حل حقوقی، برای رهائی از این اماره، طرح دعوی انکار است.

انکار یا نفی ولد عبارت از عدم قبول طفل به فرزندی است، به ادعای نامشروع بودن نسب وی. یعنی شوهر مدعی می‌گردد که طفل متولد از زوجه‌اش از اسپرم او بوجود نیامده است.

در این گفتار، نفی‌ولد و اثبات خلاف اماره فراش در فقه اسلام (فقه امامیه) و حقوق مدنی ایران و فرانسه متوالیاً به شرح زیر مورد بررسی و مطالعه قرار خواهد گرفت.

بخش اول ـ انکار و نفی ولد در حقوق اسلام ـ (فقه امامیه)

برحسب استنباط از کتب فقهاء امامیه، در مواردی که امارهٔ فراش جاری می‌گردد، فقط به وسیلهٔ لعان است که می‌توان ولد را نفی و اماره فراش را ساقط گردانید و دلیل دیگری در این زمینه پذیرفته نخواهد شد.

لعان[۱] در لغت مشتق از لعن و به معنای راندن و دور کردن از نیکی و رحمت و نفرین کردن و مطرود ساختن است.

در اصطلاح فقهی لعان نوعی سوگند مذهبی است و عبارت از مباهلهٔ خاصی میان زن و شوهر که اثر آن رفع حد قذف و نفی ولد است.

شهید ثانی در شرح لمعه و در کتاب لعان از نظر فقهی و شرعی، لعان را چنین تعریف کرده است:

«لعان عبارت از مباهله‌ای است بین زن و شرهر در نزد حاکم، به لفظ خاص، که به منظور رفع حد زنا و نفی ولد انجام می‌پذیرد».[۲]

بنابراین لعان در فقه اسلام در دو مورد زیر امکان‌پذیر است:

الف ـ در موردی که شوهر به زن خود نسبت زنا بدهد و با ادعای مشاهده، نتواند دلیل و بینه‌ای اقامه نماید.

ب ـ در موردی که شوهر، فرزندی را که در فراش او متولد شده و شرایط الحاق طفل به او موجود است، از خود نفی کند.

شهید ثانی در این مورد، چنین می‌گوید: «انکار کسی که تولد یافته است از فراش او با شرایط ... معتبر در الحاق طفل به او ...».[۳]

لعان را در حقوق اسلام طی سه بند زیر به اختصار بررسی خواهیم کرد:

بند اول ـ پیدایش لعان و دلیل جواز آن در اسلام.

بند دوم ـ شرایط لعان.

بند سوم ـ آثار لعان.

بند اول ـ پیدایش لعان و دلیل جواز آن در اسلام

روزی شخصی با حالت عصبانیت و با لحن اعتراض‌آمیز، نزد حضرت محمد صلی‌اللّه‌علیه‌وآله، عنوان می‌کند که اگر کسی زن خود را با بیگانهٔ در حال مواقعه در خلوت ببیند، باید چه کند، در حالیکه قادر به اقامه شهود نیست و چون طرز سخن او

---

۱. لعان به کسر لام یعنی یکدیکر را لعن و نفرین کردن.

۲. شرح لمعه، جلد دوم، کتاب لعان، تألیف شهید ثانی: « المباهله بین‌الزوجین فی ازاله حد او نفی ولد به لفظ الخصوص عندالحاکم»

۳. شرح لمعه، جلد دوم، کتاب لعان: « انکار من ولد علی فراشه بالشرایط . . . . المعتبره فی‌الحاق الولد به . . . .»

موجب آزرده خاطر شدن حضرت رسول گردید، شخص مزبور[1] از محضر حضرت بدون گرفتن جواب رفت. تا اینکه یک هفته بعد از این واقعه، شخص دیگری بنا به گفته مفسرین خاصه، هلال ابن امیه و بنا به گفته مفسرین عامه عویمر عجلانی یا شخص دیگری نزد پیغمبر(ص) شکایت می‌کند که زوجه‌اش مرتکب زنا شده است. پیغمبر دستور می‌دهد که هلال یا عویمر و زوجه‌اش خوله و کسی که هلال مدعی بود با زنش مرتکب زنا شده را احضار کردند. حضرت به هلال فرمود:

«از خدا بترس درباره زوجهٔ خود که دختر عمهٔ تو است و به بهتان به او نسبت زنا مده».[2] هلال به خدا سوگند یاد کرد که در ادعای خود راستگو می‌باشد. سپس پیغمبر به خوله فرمود:

«از خدا بترس و مرا به آنچه کرده‌ای خبر بده نه غیر از آن».[3] خوله هم قسم یاد کرد که شوهرش دروغ می‌گوید. سپس رو به بشربن سمحاء (یا شریک ابن سمحاء) متهم به زنا نموده جریان را سؤال کرد او هم قسم یاد کرد که مرتکب زنا با خوله نشده است.

هلال در این جریان، تصور کرد چون دلیلی و گواهی اقامه ننموده او را حد شرعی خواهند زد، لذا به رسول خدا (ص) گفت: ای رسول خدا به خداوند سوگند که راست می‌گویم و خدا از برای من راهی باز کند.[4] در این هنگام بود که آیات لعان نازل گردید و حضرت بعد از اداء صلوات در مسجد به هلال فرمود که برخیزد و بگوید شهادت می‌دهم که خوله زانیه است و بار دوم فرمود تا بگوید شهادت می‌دهم شریک را روی شکم خوله دیده است و دفعه سوم بگوید شهادت می‌دهم که زوجه‌ام از دیگری حامله شده است و من از راستگویانم و دفعه پنجم بگوید لعنت خدا بر من اگر از دروغگویان باشم. و هلال چنان کرد که پیغمبر فرمود. بعد دستور فرمود خوله برخیزد. حضرت فرمود قسم یادکن که زانیه نیستی و هلال دروغ می‌گوید. دفعه دوم فرمود بگو هرگز شوهرم مرا بر زنا ندیده است و دروغ می‌گوید و دفعه سوم فرمود بگو شریک را روی شکم خود ندیده‌ام و هلال دروغ می‌گوید. دفعه چهارم فرمود بگو به خدا حاملگی من از شوهرم و بدون آمیزش با دیگری است و بالاخره بار پنجم فرمود، بگو خشم خدا بر

---

۱. بنا به نقل ابوالفتوح رازی در تفسیر، شخص مزبور سعدابن عباده و بنا به نقل کنزالعرفان سعدبن معاذ و طبق نقل صاحب کشف‌الاسرار عاصم‌بن عدی العجلانی الانصاری بوده است.

۲. اتق‌الله فی زوجتک و ابنة عمتک فلاتقذفها بالبهتان.

۳. اتقی‌الله و لاتخبرنی الا بما صنعت.

۴. یا رسوالله واله انی لصادق و یجعل‌الله لی مخرجا.

من اگر هلال از راستگویان باشد و خوله دستور پیغمبر را همانطورکه می‌فرمود اجرا کرد.

در این هنگام رسول خدا دستور جدائی ابدی آن دو را صادر و قضاوت فرمود فرزندی را که خوله حامله است، نمی‌توان به هلال ملحق کرد.

دلیل جواز لعان، آیات شش تا نه از سوره النور جزء ۱۸ می‌باشد.[۱]

استاد محمود شهابی قضیه فوق الذکر را مربوط به هلال این امید که مدعی گردیده بود زن خود را در حال زنا دیده دانسته و قضیه و حکم فقهی و نزول آیات را مربوط به سال نهم هجری می‌داند.[۲]

بند دوم ـ شرایط لعان

لعان بین زوجین در موردی بعمل می‌آید که شوهر فرزند را از خود نداند و هر دو در قید حیات باشند، یا شوهر به زن خود نسبت زنا بدهد و گواهی جز مشاهده نداشته باشد.

به عقیده مشهور از فقهاء امامیه، لعان اختصاص به نکاح دائم دارد. چنانکه شهید ثانی در شرح لمعه می‌فرماید: «.... و باشد آن زن موطوئه در عقد دائم ...»[۳] و معتقدند که در متعه به مجرد انکار از طرف شوهر، طفل ظاهراً منتفی شناخته می‌شود و لعان در این نوع نکاح جایز نیست.

عده‌ای دیگر از اساتید و فقها از جمله سیدمرتضی، لعان را در نکاح دائم و منقطع قابل اجرا دانسته و فرقی از این جهت بین دو نکاح قائل نشده‌اند.[۴]

---

۱. «والذین یرمون ازواجهم ولم یکن لهم شهداء الاانفسهم فشهاده احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقین. یعنی: و کسانی که به زنان خود نسبت زنا بدهند و جز خود بر آن گواه دیگری نداشته باشند. (چون با این نسبت دادن بر آن‌ها حد وکیفر لازم می‌آید، برای از بین بردن این کیفر و رفع حد) هریک از زن و مرد (طبق سنت و روش پیغمبر نخست شوهر و بعد زن) باید چهار بار شهادت و قسم بنام خدا یاد کنند (که در گفته و اداعای خویش) از راستگویانند.

آیه هفتم: «و الخامسه ان لعنه‌الله علیه ان کان من‌الکاذبین.» یعنی و برای بار پنجم قسم یاد کند و بگوید که لعنت خدا بر او باد اگر از دروغگویان باشد. آیه هشتم: « ویدرؤا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات باله انه لمن الکاذبین». یعنی مجازات حد رفع می‌شود از زن اگر چهار مرتبه شهادت دهد و بنام خدا قسم یاد کند که شوهرش (در ادعای خود) از دروغگویان است. (چون پس از اینکه شوهر پنج بار سوگند یاد کرد و به زن خود نسبت زنا داد، زن مزبور مستوجب کیفر و رجم و سنگسارکردن می‌گردد. مشارالیها برای رفع این عذاب باید پنج بار قسم یاد کند). « و الخامسه ان غضب‌اله علیها ان کان من‌الصادقین: یعنی بار پنجم سوگند یاد کند که خشم و غضب خدا بر او باد اگر شوهرش از راستگویان باشد.

۲. ادوار فقه، تألیف استاد محمود شهابی، جلد اول ص ۳۱۵ تا ۳۱۸.

۳. شرح لمعه، کتاب لعان، جلد دوم سفحه ۱۷۴.

۴. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۶۷؛ ترجمه شرایع، جلد دوم، ص ۹۴۵

همچنان که نفی ولد از طریق لعان پس از تولد امکان‌پذیر است، قبل از تولد طفل و در حالت حمل نیز امکان دارد.

ملاعن و ملاعنه باید عاقل و بالغ باشند. بنابراین صغیر و دیوانه نمی‌تواند طرف لعان قرار گیرد، گنگ و کر و لال با اشاره می‌تواند لعان را انجام دهند.

تشریفات اجرای لعان ـ باید زن و شوهر نزد حاکم شرع یا منصوب از جانب او حاضر گردیده و شوهر نسبت زنا به زن و عدم انتساب فرزند را به خود، اظهار دارد و شوهر در مورد نفی ولد چهار مرتبه باید به صیغه مخصوص و به زبان عربی بگوید: «اشهدباله انی لمن الصادقین فیماقلت من نفی ولدها». (یعنی خداوند را گواه می‌گیرم که آنچه از نفی ولد گفته‌ام از راستگویان‌ام) و سپس یک مرتبه به صیغه مخصوص عربی بگوید: «لعنت‌اله علی ان کنت من‌الکاذبین». (یعنی لعنت خدا بر من اگر از دروغگویان باشم). سپس به دستور حاکم زن باید چهار مرتبه به صیغه مخصوص عربی بگوید: «اشهد باللّه انه لمن الکاذبین من مقالته» (یعنی گواه می‌گیرم خداوند را که شوهرم در نفی این طفل از دروغگویان است) و مرتبه پنجم به صیغه مخصوص عربی بگوید: «ان غضب‌اله علی ان کان من‌الصادقین»: (یعنی غضب خدا بر من اگر شوهرم از راستگویان باشد). البته شرط وقوع لعان به زبان عربی یک نظر فقهی است ولی به نظر می‌رسد با هر زبانی انجام لعان امکان‌پذیر است.

بند سوم ـ آثار لعان

پس از آنکه لعان با تشریفات خاص خود اجراء گردید، دارای آثار زیر است:

۱ـ لعان موجب انفساح عقد نکاح بین زوجین و حرمت ابدی بین آنهاست.

۲ـ فرزند مورد لعان از شوهر منتفی می‌گردد.

۳ـ توارث بین زن و شوهر و همچنین بین ولد ملاعنه و شوهر و خویشاوندان او منتفی می‌گردد.

ولد ملاعنه از مادر و خویشاوندان مادری ارث می‌برد و آنان نیز از او ارث خواهند برد؛ زیرا با اجرای صیغهٔ لعان فقط رابطهٔ خویشاوندی پدر و خویشاوندان پدری منتفی می‌شود و به رابطهٔ خویشاوندی مادری لطمه‌ای وارد نمی‌سازد.

پس از تحقق لعان هرگاه پدر رجوع کند و طفل را فرزند خود بداند، طفل از او ارث می‌برد لیکن از خویشان پدری ارث نخواهد برد و همچنین پدر و ارحام پدری از

او ارث نمی‌برند. چنانکه صاحب جواهر در کتاب نکاح می‌گوید: «اگر شوهر بعد از لعان، اقرار به نسب طفل نماید، نسب طفل به او برگشت می‌نماید. به این معنی که طفل از او ارث می‌برد ولی او از طفل ارث نخواهد برد. با وجود این، حکم انقطاع نسب، بین طفل و سایر اقوام نسبی پدری، باقی می‌ماند (یعنی طفل از خویشاوندان پدری و خویشان پدری از طفل مزبور ارث نخواهند برد).[۱]

فوریت لعان ـ در زمینهٔ فوریت یا عدم فوریت لعان در بین فقهاء امامیه دو قول وجود دارد. قول مشهور فقهاء به منظور جلوگیری از تزلزل کانون خانواده و حفظ آرامش زندگی زناشوئی، این است که لعان و نفی ولد و رجوع به حاکم فوریت دارد.

شیخ طوسی در مبسوط و شهید ثانی در مسالک معتقدند که هرگاه زوج در وقت ولادت طفل حاضر باشد و بدون اینکه عذر یا مانعی در بین باشد، فوراً اقدام به نفی ولد ننماید، دیگر چنین حقی نخواهد داشت. به عبارت دیگر تأخیر سبب سقوط و سلب حق نفی ولد می‌گردد، مگر آن مدت از تأخیر که عادتاً برای رجوع به حاکم ضرورت داشته باشد؛ زیرا اولاً نفی ولد مانند خیار عیب و غبن در بیع و معاملات، برای دفع ضرر جعل گردیده و لازم است فوراً ضرر وارده مرتفع شود. ثانیاً هر گاه طفل متعلق به شوهر نباشد، برای احتراز از لحوق طفل به شوهر مزبور، واجب است فوراً اقدام به نفی ولد شود. چه ممکن است در چنین صورتی چنانچه نفی ولد به تأخیر افتد، عوارض قهری مانند مرگ ناگهانی و نظائر آن سبب اختلاط نسل شده و طفلی که متعلق به شوهر نیست به او ملحق و آثار عدیده‌ای نظیر انفاق وحضانت و ولایت، توارث و امثال آن بر آن مترتب گردد.

ثالثاً جواز تأخیر بر اقدام به نفی ولد، سبب عدم استقرار انساب و موجب ضرر طفل یا پدر می‌گردد که باید از آن دوری جست.

بنابراین، اقدام به نفی ولد فوریت دارد و تراخی در آن جایز نیست.

قول دیگر آن است که اقدام به نفی ولد فوریت نداشته و شوهر حق دارد آن را به تأخیر اندازد.

صاحب جواهر در این زمینه معتقد است که اولاً حق نفی ولد با تولد طفل برای شوهر ایجاد می‌گردد و دلیلی بر مقید به فوریت بودن آنچه که دلالت بر ثبوت حق نفی

---

۱. جواهرالکلام کتاب نکاح جلد پنجم صفحه ۵۸ . . . . ولواقر به بعد ذالک‌اللعان عاد نسبه‌الیه بمعنی انه یرثه الولدوان کان هولایرث‌الولد و یبقی حینئذ حکم انتطاع النسب بالنسبة الی غیر ذالک.

ولد می‌کند، وجود ندارد. بنابراین در صورت شک در بقاء حق نفی ولد، حق مزبور استصحاب می‌گردد و شوهر حق دارد نفی ولد را به تأخیر اندازد. به عبارت دیگر نفی ولد فوریت ندارد. ثانیاً اگر فرضاً قبول کنیم که استفاده از خیار عیب و غبن فوریت داشته باشد، باز نفی ولد را نمی‌توان با خیار عیب وغبن مقایسه کرد. زیرا در خیار عیب وغبن عقد وجود دارد که قاعده وفای به عهد و قاعده لاضرر باعث می‌شوند، خیار عیب و غبن فوریت داشته باشد ولی در نفی ولد عقد یا تعهدی وجود ندارد تا بتوان چنین قیاسی را پذیرفت.

ثالثاً موضوع نسب امر مهمی است به همین مناسبت سزاوار است که در این امر مهم دقت و احتیاط بیشتری بعمل آید و چه بسا ممکن است برای روشن شدن وضع نسب مولود، احتیاج به مهلت زیادی باشد. بنابراین تأخیر در نفی ولد جایز است[1].

به عقیده نگارنده با توجه به مصلحت طفل و حفظ کانون خانواده و آرامش زندگی زناشوئی بهتر آنست که لعان ونفی ولد فوریت داشت باشد.

بخش دوم ـ نفی ولد در حقوق مدنی ایران.

نفی ولد یا اثبات خلاف امارهٔ فراش در حقوق مدنی ایران با توجه به اطلاق ماده ۱۳۲۳ ق. م با اقامه هرگونه دلیلی امکان‌پذیر است. در این بحث، نخست ادله‌ای که برای ساقط ساختن امارهٔ فراش می‌توان اقامه نمود و سپس حدود و خصائص دعوای نفی ولد در حقوق مدنی ایران، مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

بند اول ـ دلائل نفی ولد

دلائل نفی ولد عبارتند از:

الف ـ عدم وقوع نزدیکی

---

۱. البته اگر شوهر اقرار به ابوت کرده باشد انکار وی بعد از اقرار مسموع نیست. زیرا لعان و نفی ولد بر فراش حکومت می‌کند، نه بر اقرار. به عبارت دیگر انکار و نفی ولد قادر نیست اقرار را ساقط گرداند.
جواهرالکلام، جلد پنجم کتاب لعان در انکار ولد ص ۴۱۹: « اذاکان الزوج حاضر وقت الولاده ولم ینکرالولدمع ارتفاع الاعذار، فعن المبسوط بل‌المشهورکمافی‌المسالک انه لم یکن له انکاره بعد ذالک‌الان یوخر بماجرت‌العاده به کالسعی الی‌الحاکم لان‌الحق له علی الفوراذ هوکیخیارالرد بالعیب و الغبن منلا فی الثبوت لدفع الضرر المقتصرفیه علی مقدار ذالک ما یرتفع به الضرر و هوالفور مؤیداذالک بان الولداذاکان منفیاعنه وجب‌الفور باظهار نفیه حذر من لحوق من لیس منه به و عوارض التاخیر من‌الموت فجائه و نحوه کثیره فتختلط الانساب بانه لولااعتبار الفور لادی الی عدم استقرار الانساب و کذالک الضرر تجب و التحر زعنه والجمیع کماتری ضروره عدم صلاحیه شیئی من‌ذالک التقیید اطلاق مادل علی ثبوت حق‌النفی . . .

ب ـ نبودن سلول حیاتی در منی شوهر
ج ـ آزمایشات پزشکی
هـ ـ لغان

الف ـ عدم وقوع نزدیکی

وقوع نزدیکی، در حقیقت شرط اساسی اجراء امارهٔ فراش است. برای اثبات نزدیکی کافیست که رابطهٔ زوجیت ثابت گردد. زیرا فرض بر این است کـه زن در منـزل شـوهر سکونت دارد و نزدیکی بین زوجین واقع می‌گردد. اگر چنانچه به وسیله گواهی پزشک و کارشناسی یا گواهی گواهان ثابت شود که به علت خصی یا عنـین یـا مقطـوع الآ لـه بودن شوهر یا دوری وی از محل سکونت زن و یا زنـدانی بـودن یکـی از زوجـین یـا بستری بودن هر یک از آن‌ها در بیمارستان و نظایر آن، اصولاً بین زن و شوهر نزدیکـی واقع نشده و یا در زمان مفروض که می‌توان طفل را به شوهر ملحق دانست، نزدیکـی و مواقعه بعمل نیامده است، در این صورت امارهٔ فراش اعتبـار خـود را از دسـت خواهـد داد. زیرا نزدیکی جنسی آن هم به اعتبار این که موجب انعقـاد نطفـه مـی‌گـردد، سـبب اجراء اماره فراش و الحاق طفل به شوهر می‌باشد..

ب ـ نبودن سلول حیاتی (اسپرماتوزوئید) در منی شوهر.

همانطور که قبلاً بیان شد با توجه به مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق. م. نزدیکی به این علت از شرایط و ارکان امارهٔ فراش شناخته شده است که سـبب انعقـاد نطفـه و ایجـاد طفـل می‌گردد. بنابراین اگر از طریق آزمایشات پزشکی ثابت گردد که در منی شوهر در زمانی کـه فـرض نزدیکـی و انعقـاد نطفـه و بالنتیجـه آبسـتن شـدن زن از او شـده، مـادهٔ اسپرماتوزوئید یعنی مادهٔ حیاتی وجود نداشـته اسـت، در ایـن صـورت اعتبـار و ارزش امارهٔ فراش از بین می‌رود و انتساب طفل به شوهر صحیح نمی‌باشد.

ج ـ آزمایش پزشکی از راه تجزیه و گروه بندی‌خون.

امروزه تجزیه و گروه‌بندی خون از نظر منفی برای اثبات بـی‌اعتبـاری امـارهٔ فـراش، نقش بسیار بزرگی دارد به این معنا که از نظر علمـی و پزشـکی در صـورتی کـه خـون شوهر با خون طفل مورد اختلاف از یک گروه نباشد، عدم تعلق طفل بـه شـوهر مسـلم

است. بنابراین چنانچه شوهر مدعی گردد طفل متولد از زوجه‌اش که به او نسبت داده شده از او نمی‌باشد وزن باستناد اماره فراش طفل را ملحق به شوهر بداند، شوهر می‌تواند از دادگاه درخواست نماید که خون او و خون طفل مورد اختلاف، تجزیه و تطبیق گردد تا ثابت شود طفل متعلق به او نیست.

ولی متأسفانه علم بیولوژی و پزشکی از نظر مثبت تاکنون توقیق نیافته است تا در صورتی‌که خون طفلی با خون مردی از لحاظ گروه‌بندی یکسان باشد، احراز نماید که طفل متعلق به آن مرد می‌باشد. زیرا تعداد مردانی که در یک گروه خونی قرار دارند، فراوان است. بنابراین اگر دعوائی در زمینه اثبات نسب پدری اقامه گردد، هم گروه بودن خون طفل با خون مردی به تنهائی دلیل بر انتساب طفل به وی نمی‌باشد.

البته ممکن است در آینده بشر با پیشرفت سریع علم و دانش از راه تجزیه خون و گروه‌بندی دقیق‌تری جوابگوی این مسئله باشد. همچنانکه ممکن است در آتیه آزمایشات یاخته‌ای در شناسائی نسب و حل این مشکل، نقش مهمی ایفا نماید.

آزمایش خون و تجزیه اسپرم از جمله دلائلی است که احتایج به جلب نظر کارشناس دارد و قاضی ناچار است جهت روشن شدن قضیه، در صورت استناد به این گونه دلائل، از کارشناسان فن و متخصصین امر کسب نظر کند. البته در صورتی‌که نظر کارشناس با اوضاع و احوال معلوم و مسلم موافقت نداشته باشد دادگاه طبق مادهٔ ٤٦٠ سابق و مادهٔ ٢٦٥ جدید ق. آ. د. م. از آن متابعت نخواهد کرد.

در خصوص آزمایش خون وتجزیه اسپرم، قاضی در صورتی می‌تواند از نظر کارشناس منتخب متابعت نکند که در صحت عقیدهٔ کارشناس مذکور مشکوک گردد و نظر کارشناس یا کارشناسان دیگری را برای احراز واقع و رفع شبهه جلب نموده باشد و کارشناسان جدید مخالف عقیده کارشناس اول نظر داده باشند. زیرا در اینگونه موارد تحقق اوضاع و احوال معلوم که در مادهٔ ٢٦٥ ق. آ. د. م. به آن اشاره شده جز با جلب نظرشناس مجدد امکان‌پذیر نیست. باید اضافه نمود که در حال حاضر آزمایشات DNA می‌تواند در الحاق و عدم الحاق طفل به زوجین، نقش فراوان و مهمی ایفا کند.

هـ ـ لعان

یکی دیگر از طرق بی‌اعتبار ساختن امارهٔ فراش و اثبات نفی ولد در حقوق ایران لعان است.

لعان همانطورکه قبلاً به‌طور مفصل بیان شد، یک سوگند مذهبی است که موجب افتراق و حرمت ابدی زوجین و نفی فرزندی می‌گردد که طبق امارهٔ فراش به شوهر ملحق می‌گردد. بنابر مستفاد از مواد ۸۸۲ و ۸۸۳ و ۱۰۵۲ ق. م. در حقوق ایران به پیروی از عقیده فقهاء امامیه، لعان یکی از طرق انکار ولد شناخته شده است و منحصراً بین زوجین در نکاح به‌عمل می‌آید که در قانون مدنی ایران بین نکاح دائم و منقطع در این مورد تفاوتی وجود ندارد و قانونگذار از عقیدهٔ عده‌ای از فقهاء از جمله سید مرتضی در این باب پیروی کرده است. به عقیده آقای دکتر امامی لعان از تأسیسات کاملاً مذهبی است که برایمان راسخ استوار است و نمی‌توان آن را از ادلهٔ مدنی به شمار آورد.[۱]

البته تا آنجا که تحقیق بعمل آمده بود با توجه به مذهبی بودن این تأسیس و استوار بودن آن برایمان و عقیده محکم و نظر به تحول و دگرگونی عقاید مردم و سست شدن معتقدات مذهبی، در عمل از لعان استفاده نمی‌گردید و موردی بدست نیامده بود که در محاکم ایران لعان به‌منظور نفی ولد پذیرفته شده باشد. ولی اخیراً در شهر مقدس قم از لعان در دادگاه خانواده استفاده شده است.

شرایط و ترتیب لعان را قبلاً به‌طور مفصل بیان کردیم. تشریفات لعان در حقوق ایران با توجه به اینکه از حقوق اسلام اقتباس گردیده، همان است که قبلاً در بحث مربوط به لعان در حقوق اسلام مطالعه کردیم و به‌منظور جلوگیری از اطالهٔ مطلب از تکرار آن خودداری می‌کنیم.

پس از آنکه لعان به‌منظور نفی ولد بعمل آمده، آثار زیر بر آن مترتب می‌گردد:

۱ـ انفساخ عقد نکاح بین زوجین (مستنبط از ماده ۱۰۵۲ ق. م).

۲ـ حرمت ابدی بین ملاعن و ملاعنه. ماده ۱۰۵۲ ق. م. می‌گوید: « تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی است».

۳ـ نفی طفل از ملاعن. یعنی فرزند مورد لعان از شوهر زن منتفی می‌گردد.

٤ـ بین زن و شوهر و همچنین بین طفل مورد لعان و ملعن و خویشاوندان او توارث منتفی می‌گردد. لکن توارث بین طفل مزبور و مادر و خویشاوندان مادری برقرار خواهد بود. زیرا لعان فقط رابطهٔ خویشاوندی طفل را با پدر و خویشاوندان

---

۱. حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحه ۱۶۶ و ۱۶۷

او منتفی می‌سازد ولی به رابطهٔ خویشاوندی مادری لطمه و خللی وارد نمی‌گرداند (ماده ۸۸۲ ق. م).

۵ـ البته در صورتیکه شوهر بعد از وقوع لعان رجوع کند و طفل را فرزند خود بداند، طفل در این حالت از پدر ارث خواهد برد لکن از ارحام پدری و همچنین پدر و ارحام پدری از فرزند مزبور ارث نمی‌برند (ماده ۸۸۳ ق. م).

بند دوم ـ حدود و خصائص دعوی نفی ولد در حقوق ایران.

آرامش زندگی خانوادگی و حفظ عفت و شرافت زناشوئی ایجاب می‌کند که با وجود تغییرپذیر بودن امارهٔ فراش و امکان اثبات خلاف آن، تا حدودی این اماره از استحکام و قدرت قانونی برخوردار گردد و دعوی نفی ولد جنبهٔ استثنائی داشته باشد. به همین مناسبت و با در نظر گرفتن مراتب فوق، قانون مدنی ایران برای طرح دعوی انکار و اخلال به امارهٔ فراش محدودیت‌هائی ایجاد کرده است. به عبارت دیگر به منظور تقویت امارهٔ فراش، دعوی نفی ولد از دو جهت زیر محدود گردیده است.

الف ـ عدم پذیرش دعوی نفی ولد پس از اقرار به ابوت.

ب ـ مرور زمان دعوی نفی ولد.

الف ـ عدم پذیرش دعوی نفی ولد پس از اقرار به ابوت.

هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً به ابوت خود اقرار کرده باشد دیگر دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود. مادهٔ ۱۱۶۱ ق. م. در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

«در مورد مواد قبل هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار به ابوت خود کرده باشد، دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود».

طبق قاعدهٔ کلی، انکار بعد از اقرار مسموع نیست ولی با اقامه هرگونه دلیلی می‌توان ثابت نمود که اقرار، فاسد یا مبتنی بر اشتباه بوده است چنانکه ماده ۱۲۷۷ ق. م مقرر می‌دارد:

«انکار بعد از افرار مسموع نیست لکن اگر مقر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده می‌شود و همیچنین است در صورتیکه برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل اینکه بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا

حواله بوده که وصول نشده لکن دعاوی مذکوره مادامی که اثبات نشده، مضر بـه اقـرار نیست».

به عقیده آقای دکتر سـید حسـن امـامی قاعـدهٔ فـوق‌الـذکر یعنـی اسـتثنائات اصـل انکارناپذیری اقرار، به دستور صریح ماده ۱۱۶۱ ق. م. در مورد اقـرار شـوهر بـه ابـوت خود قابل اجراء نمی‌باشد و شوهر پس از اقرار دیگر نمی‌تواند به جهتی از جهات نظیـر ادعای عدم نزدیکی یا کمی و زیادی مدت بین نزدیکی و تاریخ تولد با اقامهٔ دلیل، طفل را از خود نفی نماید. فلسفه این استثناء حفظ آرامش خانوادگی و عفت زناشوئی اسـت و این قول مورد اجماع فقهاء امامیه نیز قرار گرفته است و نیز معتقدند نپذیرفتن دعـوی نفی ولد پس از اقرار به نسب مذکور در مـادهٔ ۱۱۶۱ ق. م منحصـراً مربـوط بـه شـوهر است واشخاص ذینفع دیگر می‌توانند اقامه دعوا نموده و اثبـات نماینـد، اقـرار مقـر بـه نسب فلان طفل مبنی بر اشتباه یا غلط بوده و یا به منظور خاصی نظیر علاقمند بودن به مادر طفل، چنین اقراری صورت گرفته است و حتـی زن نیـز پـس از اقـرار بـه مـادری طفلی، می‌تواند با ابراز دلیل مبنی بر فاسد بودن اقرار یا مبتنی بر اشتباه یا غلط بودن آن، عدم تعلق طفل را نسبت به خود ثابت نماید.[۱]

به نظر می‌رسد که اقرار به نسب نمی‌تواند از قاعدهٔ کلی مندرج در مـادهٔ ۱۲۷۷ ق. م خارج باشد. به عبارت دیگر مادهٔ ۱۱۶۱ ق. م لطمه‌ای به استثنائات اصـل تغییرناپـذیری اقرار وارد نخواهد آورد، بلکه منظور قانونگـذار در مـادهٔ مـذکور ایـن اسـت کـه اقـرار صحیح و غیر فاسد از موانع اقامه دعوی نفی ولد است نه اینکه اقرار فاسد یا مبتنـی بـر اشتباه و یا اقرار غلط در ردیف اقرار صحیح بوده و دارای همان اثـر خواهـد بـود. زیـرا نمی‌توان پذیرفت اقراری که فاقد شرایط صحت است، الزام‌آور باشد و عقلائـی بـه‌نظـر نمی‌رسد که اقرار فاسد و غلط مانع اقامهٔ دعوی نفی ولد گردد.[۲]

علاوه بر اینکه اقرار به نسب مذکور در مادهٔ ۱۱۶۱ ق. م منحصراً مربـوط بـه شـوهر است، اصولاً اقرار به نسب اقرار مخصوصی است زیرا:

اولاً اقرار بطورکلی عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بـه ضـرر خـود و حـال آنکه در اقرار به نسب همیشه چنین نیست. یعنی ممکن است اقرار مزبور به ضرر مقرله

---

۱. حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحه ۱۶۸ و ۱۶۹ و ۱۷۰

۲. برای مطالعه بیشتر در این زمینه مراجعه شود به جزوه اقرار تألیف آقای دکتر عبدالمجید قائم‌مقامی ص ۲۷ به بعـد. و کتاب اقرار در حقوق مدنی ایران تألیف دکتر فتح‌اله دولت شاهی ص ۱۷۵ به بعد.

و به نفع مقر تمام شود. مثلاً شخص فقیری اقرار کند که فلان شخص ثروتمند فرزند اوست و مقرله نیز با داشتن شرایط لازم اقرار را تصدیق نماید. در این صورت برای فرزند مزبور تکلیف اتفاق در برابر پدر ایجاد می‌گردد.

ثانیاً اقرار اصولاً عملی است یکطرفه که تصدیق یا تکذیب مقرله در صحت آن بی‌تأثیر است. النهایه تکذیب وی موجب عدم تأثیر اقرار دربارهٔ او می‌گردد (ماده ۱۲۷۲ ق. م) و حال آنکه اقرار به نسب طبق مدلول ماده ۱۲۷۳ ق. م در صورتی صحیح است که از طرفی تحقق نسب برحسب عرف و قانون ممکن باشد و از طرف دیگر کسی که اقرار به نسب او شده، مراتب را تصدیق کند مگر در مورد صغیری که اقرار به فرزندی او شده به شرط آنکه منازعی در بین نباشد.

بنابراین تصدیق مقرله جز در مورد استثنائی (صغیر بودن مقرله) شرط صحت اقرار در زمینهٔ نسب است و در مورد اقرار به نسب صغیر نیز نبودن منازع، معادل تصدیق مقرله و شرط صحت اقرار می‌باشد.

شاید به همین مناسبت اکثر فقهاء امامیه از جمله علی‌بن محمد علی طباطبائی[۱] و بهاءالدین عاملی[۲] و شهید ثانی[۳] و محقق[٤] اقرار به نسب را در باب مستقل و جدا از باب کلی اقرار مورد مطالعه قرار داده‌اند.

با توجه به مطالب مذکور معلوم شد که اقرار به نسب از ناحیهٔ شوهر، از موانع نفی ولد است.

حال به بررسی اقسام اقرار و شرایط صحت اقرار نسب به شرح زیر می‌پردازیم:

۱ـ اقرار صریح و اقرار ضمنی.

از ماده ۱۱٦۱ ق. م که می‌گوید: «... هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار بابوت خود نموده باشد ...»، چنین برمی‌آید که اقرار ممکن است صریح یا ضمنی باشد.

اقرار صریح ـ اقرار صریح آنچنان اقراری است که به‌طور آشکار و بدون ابهام دلالت به اخبار به حقی یا امری نماید. فرضاً خبر ولادت نوزاد را به شوهر بدهند و او بگوید فرزندم پسر است یا دختر.

---

۱. ریاض‌المسائل، جلد دوم، کتاب‌الاقرار بدون صفحه چاپ سال ۱۲۶۷ قمری.
۲. جامع عباسی باب هفدهم.
۳. شرح لمعه کتاب الاقرار صفحه ۲۱۸ و ۲۱۹.
۴. شرایع‌الاسلام، کتاب الاقرار، ص ۲۱۴.

اقرار ضمنی ـ چنان اقراری است که مقر، به‌طور آشکارا اقرار به امری نمی‌کند بلکه از طرز رفتار یا سخنان وی به‌طور ضمنی اقرار استنباط می‌شود. فرضاً خبر وضع حمل زوجه و تولد نوزاد را به شوهر بدهند او در مقابل بگوید مبارک است.

اقرار ممکن است کتب یا شفاهی باشد ولی باید منجّز بوده و اقرار معلق به استناد مادهٔ ۱۲٦۸ ق. م مؤثر نیست.

مسئله قابل توجه این است که آیا سکوت پدر هنگام ولادت طفل، اقرار محسوب می‌شود یا خیر؟ قول مشهور فقهاء امامیه آن است که هرگاه پدر در حین ولادت طفل حاضر بوده و نفی ولد نکرده باشد، دیگر نمی‌تواند ولد را از خود نفی نماید. یعنی سکوت را به منزله اقرار ضمنی تلقی کرده‌اند و سکوت را مانند اقرار وقتی‌که متضمن اکراه نباشد مؤثر می‌دانند.

آقای دکتر امامی[1] معتقدند که حقوق مدنی ایران سکوت شوهر در موقع تولد طفل اقرار ضمنی به ابوّت خود نمی‌باشد لذا می‌تواند دعوی نفی ولد را از خود بنماید.

به‌نظرمی‌رسد که سکوت شوهر همیشه یکسان نیست اگر سکوت او با دلائل و قرائنی توأم گردد که من‌حیث‌المجموع حاکی از اقرار ضمنی باشد باید با توجه به حیثیت خانوادگی و احترام به عفت زناشوئی، دعوی انکار از شوهر پذیرفته نشود ولی اگر چنین نباشد وسکوت شوهر در هنگام ولادت طفل با پیش‌آمد یا گرفتاری توأم گردد، بطوریکه نتوان اقرار ضمنی از آن استنباط نمود، در اینصورت نباید حق طرح دعوی انکار از شوهر سلب گردد.

(مثلاً وقتی‌که شوهر در زمان ولادت طفل حضور داشته ولی پیش‌آمدی نظیر زلزله یا سیل و یا مسافرت اجباری باعث شود که ولادت و موضوع نسب طفل را تحت‌الشعاع خود قرار دهد و بالنتیجه شوهر سکوت کند، در این‌صورت حق نفی ولد از وی سلب نخواهد شد).

البته تشخیص این امور و ارتباط آن با اقرار ضمنی با دادگاه است.

۲ـ شرایط صحت اقرا به نسب.

مادهٔ ۱۲۷۳ ق. م می‌گوید: اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً تحقق نسب برحسب عادت و قانون ممکن باشد. ثانیاً کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق

---

۱. حقوق مدنی جلد پنجم ص ۱۶۹.

کند مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده، به شرط آنکه منازعی در بین نباشد.

بنابراین برای صحت اقرار به نسب دو شرط اساسی زیر ضروری است:

شرط اول، امکان تحقق نسب. شرط دوم، تصدیق مقرله.

اول ـ امکان تحقق نسب.

یکی از شرایط اساسی اقرار به ابوّت این است که تحقق رابطهٔ پدر فرزندی عادتاً و قانوناً بین مقر و مقرله امکان‌پذیر باشد. بنابراین چنانچه کسی اقرار کند دیگری فرزند اوست و حال آنکه سن مقرله با سن او (اقرارکننده) برابر یا آنکه تفاوت سن به اندازه‌ای کم باشد که معمولاً پدر و فرزند بودن آنان را غیر ممکن سازد، اقرار مزبور به علت اینکه عادتاً تحقق چنین نسبی امکان‌پذیر نمی‌باشد باطل خواهد بود.[۱]

مسئله قابل توجه این است که حداقل فاصله سنی لازم بین اقرار کننده و مقرله چیست؟

عده‌ای حقوقدانان حداقل سن لازم را برای مرد اقرارکننده دوازده سال و شش ماه و برای زن اقرارکننده نه سال و شش ماه ذکر کرده‌اند،[۲] که به‌نظر آنان مرد در سن دوازده سالگی و زن در سن نه سالگی از نظر جنسی بالغ می‌گردد.

در زمینهٔ سن بلوغ، عقاید فقها مختلف است عده‌ای سن بلوغ جنسی را در مرد ده سالگی می‌دانند فقهای امامیه سه علامت را نشانهٔ بلوغ جنسی دانسته‌اند که دو علامت از این علائم طبیعی و جسمانی و امر سوم فرضی است. علائم سه گانهٔ مزبور به شرح زیر است:

۱ـ پیدایش موی زهار.[۳]

۲ـ محتلم شدن یعنی خروج منی از طرق عادی.

۳ـ رسیدن مرد به سن پانزده سالگی و زن به سن نه سالگی.

به عقیدهٔ عده‌ای از فقهای امامیه، آبستنی و پیداشدن حالت قاعدگی در زنان دلالت بر بلوغ ندارد، اما دلالت دارد بر اینکه بعداً بالغ خواهند شد. ولی فقهای اهل تسنن آبستنی و پیدایش حالت قاعدگی را از علائم بلوغ جنسی زنان می‌دانند.

---

۱. شرایع تألیف محقق حلی، کتاب الاقرار، ص ۲۱۸ و ۲۱۹؛ مسالک، تألیف شهید ثانی، ص ۱۷۹.

۲. عبدالباقی. الایوبی و جلال باقی: کتاب قاموس الحقوق. جلد هفتم ص ۳۲۵۸.

۳. روئیدن مو در اطراف آلت تناسلی

به نظر ابوحنیفه سن بلوغ برای مرد هیجده سال و برای زن هفده سال است ولی فقهای حنفی سن بلوغ را برای زن و مرد پانزده سالگی می‌دانند.

فقهای حنبلی نیز در این زمینه همین عقیده را دارند.

فقهای مالکی سن بلوغ را برای زن و مرد هیجده سال تمام می‌دانند. و به‌نظر عده‌ای از آنان از بدو شروع هیجده سالگی بلوغ امکان‌پذیر است.

بنابراین برای رسیدن سن بلوغ در اسلام سن معین و ثابتی که مورد قبول همهٔ فقها باشد، وجود ندارد ولی تفکیک سن بلوغ زن و مرد، با موازین علمی مطابقت دارد. زیرا رشد جسمی دختران بیشتر از پسران بوده و زودتر به حد بلوغ می‌رسند. به همین دلیل قوانین جدید سن ازدواج را برای دختر کمتر از پسر درنظر گرفته‌اند[1].

البته سن بلوغ جنسی در افراد مختلف متفاوت است، آب وهوا و محیط و تغذیه و شرایط رشد جسمانی در آن کاملاً مؤثر است و دادگاه باید در مواقع لزوم از کارشناسان و متخصصین فن استمداد نماید.

قانون مدنی ایران در این زمینه ساکت است ولی با توجه به مواد ۱۰۴۰ و ۱۱۸۵ ق.م می‌توان گفت کمترین فاصله سنی بین مقر و مقرله، اگر اقرارکننده مرد باشد پانزده سال و شش ماه و اگر زن باشد سیزده سال و شش ماه است، لیکن با توجه به عرف جاری در ایران، ممکن است بین زن و مرد در سنین کمتر از پانزده سال در مرد و سیزده سال در زن، ازدواج واقع شود که چنین ازدواجی هر چند به عقیده بعضی باطل است ولی با وجود جرم بودن آن با توجه به مدلول ماده سوم قانون ازدواج به عقیده عده‌ای دیگر، باطل نمی‌باشد و عملاً نیز انعقاد نطفه و تولید نسل در اینگونه موارد امکان‌پذیر است. بنابراین دادگاه ناچار است برای روشن شدن امکان یا عدم امکان تحقق رابطهٔ پدر و فرزندی بین مقر و مقرله از کارشناس کمک بگیرد.

دوم ـ تصدیق مقرله.

کسی که به نسب او اقرار می‌شود در صورتیکه صغیر نباشد باید مراتب اقرار را تصدیق کند. اگر مقرله صغیر باشد تصدیق وی لازم نیست، مشروط بر آنکه منازعی در بین نباشد. در صورت وجود منازع، اقرار به ابوت طفل باطل و فاقد آثار قانونی است

---

۱. دکتر حسین صفائی: کتاب حمایت محجورین چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ صفحه ۲۹ و ۳۰.

که در این صورت برای اثبات ابوت باید در مراجع صلاحیت‌دار قضائی طرح دعوی گردد.

موضوع قابل بحث این است که مقرله صغیر، پس از رسیدن به سن کبر حق دارد نسب مورد اقرار را تکذیب نماید یا خیر؟

قانون مدنی ایران در این زمینه ساکت است، لیکن با توجه به عقاید فقهای امامیه تکذیب صغیر سابق نسبت به اقرار مقر مؤثر نیست، ولی اگر مقرله برای اثبات خلاف مدلول اقرار، دلیلی داشته باشد، می‌تواند به کمک آن کذب اقرار را به اثبات برساند. درست است که قانون مدنی ایران در خصوص تکذیب صغیر سابق تکلیف قضیه را صراحتاً روشن نکرده است ولی نظر به اینکه قانونگذار اقرار به نسب صغیر بلامنازع را صحیح دانسته و آن را در ردیف اقرار به نسب کسی که کبیر بوده و مراتب را تصدیق نموده باشد، قرار داده است، بنابراین تکذیب مقرله صغیر پس از رسیدن به سن کبر امکان‌پذیر نیست، همانطورکه تکذیب مقرله کبیر بعد از تصدیق امکان ندارد (مستبط از قسمت اخیر ماده ۱۲۷۳ ق. م). موضوع قابل توجهٔ دیگر آنکه هرگاه مقرله‌ای دیوانه باشد، به شرط بلامنازع بودن در ردیف صغیر قرار می‌گیرد یا خیر؟

در این مورد عده‌ای معتقدند که دیوانه مانند صغیر است و اقرار به نسب دیوانه در صورت نبودن منازع به تصدیق مقرله احتیاج ندارد[۱] ولی برعکس عده‌ای دیگر حکم مزبور را منحصر به اقرار نسب صغیر دانسته‌اند.[۲]

در قانون مدنی ایران نص صریحی در این زمینه وجود ندارد ولی چون کبیر دیوانه و صغیر هر دو فاقد قصد بوده و قول و فعل آن‌ها اعتبار و ارزش قانونی ندارد، علیهذا به‌نظر می‌رسد که اقرار به نسب دیوانه‌ای که کبیر می‌باشد، احتیاج به تصدیق ندارد ولی با صراحت ماده ۱۲۷۳ ق. م مقرله سفیه چون دارای قصد انشاء بوده النهایه تصرفات وی در اولش عقلانی نیست؛ در صورتیکه کبیر باشد باید اقرار به نسب را تصدیق نماید.

اگر شخصی اقرار به نسب متوفائی نماید به‌نظر بعضی از فقها چنین اقراری تابع اقرار نسب صغیر است.[۳]

---

۱. شرایع، تألیف محقق حلی، کتاب الاقرار، صفحه ۲۱۹.
۲. شهید ثانی، مسالک، جلد دوم، صفحه ۱۰۸.
۳. محمد عبده (بروجردی)، کتاب کلیات حقوق اسلامی، صفحه ۲۲۹.

قانون مدنی ایران در این موضوع ساکت است. شاید بتوان نظر فقهی فوق‌الذکر را به عنوان عرف پذیرفت ولی از مواد ۱۲۷۲ و ۱۲۷۳ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که اقرار به نسب فقط در مورد شخص زنده معتبر است و پذیرش نظر بالا به عنوان عرف موردی ندارد.

علاوه بر خصوصیات اقرار به انتساب، که بیان گردید، اقرار به نسب وقتی مؤثر است که اقرار کننده، یعنی شوهر طبق ماده ۱۱۶۲ ق. م عاقل و بالغ و قاصد و مختار باشد.

بنابراین اقرار صغیر و مجنون در حال دیوانگی و غیر قاصد و مکره مؤثر نخواهد بود.

موضوع قابل بحث در مورد اهلیت مقر این که است اگر مردی قبل از کبیر شدن با اجازهٔ ولی و با کسب معافیت از شرط سن، فرضاً در سن چهارده سالگی با دختری ازدواج نماید و بعد از انقضاء مدت شش ماه از تاریخ ازدواج، زوجه‌اش فرزندی بیاورد، آیا اقرار صریح یا ضمنی زوج مزبور که هنوز به سن هیجده سال نرسیده است مؤثر خواهد بود یا خیر؟.

می‌توان گفت که اقرار مقر قبل از رسیدن به هیجده سال تمام اصولاً فاقد هر گونه آثار حقوقی است ولی پس از بررسی دقیق و تجزیه و تحلیل اساسی می‌توانیم بگوئیم که اقرار صغیر متأهل در امور زناشوئی به دو شکل ظاهر می‌شود:

اول اقرار زوج صغیر در امور مالی، مانند مهریه و جهیزیه و نفقه و نظایر آن که چنین اقراری به لحاظ ممنوعیت صغار از اقرار در امور مالی، باطل و فاقد و هرگونه آثار حقوقی است.

دوم اقراری که فاقد جنبهٔ مالی بوده و صرفاً ناظر بر مسائل متفرع و مربوط به امر زناشوئی است مثل ابوت و نظایر آن.

در اینگونه موارد با وجود اینکه مقر به سن قانونی نرسیده است، اقرار وی طبق مستفاد از دو قاعدهٔ «من ملک شیئا ملک الاقرار به» و « اذن در شیئی اذن در لوازم آن است» صحیح و مؤثر خواهد بود. یعنی وقتی که به فردی فرضاً در سن چهارده سالگی اجازه داده می‌شود با زنی ازدواج نماید، ثبات و آرامش کانون خانوادگی اقتضاء دارد که اقرار صغیر متاهل مزبور در مورد ابوت که از متفرعات زناشوئی است نافذ و مؤثر

باشد، گرچه اقرا به ابوّت مستلزم وجوب انفاق و تعهدات مالی است هر چند تفکیک بین امور مالی و غیر مالی خالی از اشکال نمی‌باشد، زیرا اقرار به ابوّت گرچه ظاهراً فاقد جنبه مالی است ولی در حقیقت دارای آثار مالی قابل ملاحظه‌ای می‌باشد، معذلک اقرار به ابوّت به‌طور مستقیم به اموال و حقوق مالی مقر مربوط نمی‌شود. ـ (مستنبط از ماده ۱۲۱۲ ـ ق. م).

موضوع قابل توجه دیگر، اقرار سفیه به نسب طفل می‌باشد، در حقوق اسلام اقدامات سفیه در زمینه اموال و حقوق مالی نافذ نیست و این عدم اهلیت سفیه به منظور حفظ اموال او برقرار گردیده است ولی اعمال و اقداماتی که وابسته به شخص سفیه باشد، نظیر اقرار به قرابت و خویشاوندی، هر چند که در اموال وی مؤثر باشد، نافذ و معتبر خواهد بود.[۱]

اما راجع به هزینهٔ نگاهداری و حضانت مقرله‌ای که مستحق انفاق می‌باشد، عقاید مختلفی ابراز شده است. بعضی از فقها معتقدند که مخارج و هزینه مقرله به عهده سفیه (مقر) می‌باشد. البته سفیه اهلیت اقدامی را که متضمن تعهدات مالی برای او باشد را ندارد، اما اقرار وی در مورد قرابت اقدام غیرمالی است، هر چند در اموال او مؤثر می‌باشد. یعنی اقرار مزبور به طور مستقیم متضمن اقرار به قرابت بوده و تکلیف انفاق اثر غیر مستقیم آن است.

عده‌ای دیگر معتقدند که نفقهٔ اینگونه اقارب (مقرلهم) به عهده بیت‌المال است زیرا سفیه نمی‌تواند هیچ گونه تعهدات مالی را اعم از مستقیم یا غیر مستقیم قبول نماید.[۲]

در حقوق ایران اعمال و اقدامات غیر مالی سفیه اصولاً معتبر و نافذ خواهد بود زیرا عدم اهلیت سفیه، فقط مربوط به اموال و حقوق مالی وی می‌باشد.

به موجب مادهٔ ۱۲۱٤ ق. م اعمال و اقدامات حقوقی سفیه که مربوط به اموال وی باشد معتبر و نافذ نیست مگر با اجازه قیم اود.

مادهٔ ۱۱٦۳ ق. م مقرر می‌دارد: «اقرار سفیه در امور مالی نافذ نیست».

از مفهوم مخالف دو ماده فوق‌الذکر به خوبی استنباط می‌گردد که اعمال و اقاریر سفیه در امورغیر مالی بدون اینکه احتیاج به تنفیذ قیم داشته باشد نافذ و معتبر است.

---

۱. دکتر حسین صفائی: حمایت محجورین چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ ـ صفحه ۶۹.

۲. مادهٔ ۱۶۶ قانون احوال شخصی تونس نیز مشابه ماده ۱۲۶۳ قانون مدنی ایران است به نقل از کتاب حمایت محجورین تألیف دکتر صفائی صفحه ۷۲.

اقرار سفیه در زمینهٔ نسب و قرابت هم به این علت که از اقدامات غیر مالی است، معتبر و احتیاج به تنفیذ قیم ندارد، هرچند اقرار به نسب دارای نتایج مالی باشد؛ زیرا نتایج مالی اقرار به نسب و قرابت از آثار مستقیم اقرار محسوب نخواهد شد.

این یک راه حل قدیمی است که دکترین جدید نیز آن را پذیرفته است و مقررات صریح دیگری در این زمینه، در سایر قوانین ایران یافت نمی‌گردد.[۱]

آقای سیدعلی حائری (شاه باغ) در زمینه اقرار سفیه به قرابت و نسب عقیده دارد که هرگاه اقرار سفیه به نسب مستلزم وجوب انفاق نباشد نافذ است، واگر مستلزم انفاق باشد، غیر نافذ خواهد بود.

پذیرش این نظر چندان آسان نیست زیرا اولاً، از مفهوم مخالف ماده ۱۲۶۳ ق. م که مقرر می‌دارد: «اقرار سفیه در امور مالی مؤثر نیست» چنین استنباط می‌گردد که اقرار سفیه در زمینهٔ نسب و قرابت مؤثر و نافذ خواهد بود. زیرا نتیجهٔ مستقیم این اقرار ایجاد قرابت و نسبت است و چنین اقراری اقرار در امور مالی محسوب نمی‌گردد، هرچند به‌طور غیر مستقیم در اموال سفیه مؤثر باشد.

ثانیاً، ماده ۱۰۶۳ ق. م مذکور در فصل چهارم کتاب هفتم قانون مدنی ایران تحت عنوان شرایط صحت نکاح مقرر می‌دارد: «عاقد بایدعاقل و بالغ و قاصد باشد» و در هیچ یک از موارد دیگر این فصل که از مادهٔ ۱۰۶۲ شروع و به ماده ۱۰۷٤ ختم می‌شود و فصول دیگر ذکری از عدم سفه و یا رشد عاقد نشده است. بنابراین سفیه اهلیت دارد طرف عقد نکاح قرار گیرد و عاقد عقد باشد.[۲]

---

۱. شرح قانونی مدنی، تألیف آقای سیدعلی حائری (شاه باغ)، جلد دوم صفحهٔ ۴۷.

۲. درمورد نکاح سفیه و اهلیت وی در این زمینه، فقها اسلام عقاید مختلفی ابراز داشته‌اند. فقهاء حنفی معتقدند که ازدواج سفیه بدون اذن قیم معتبر و صحیح است. یعنی سفیه می‌تواند مستقلاً و بدون اذن قیم ازدواج نماید، حتی اگر منع شده باشد. البته قیم می‌تواند نتایج مالی این ازدواج را کنترل نماید. استدلال آنان این است که ازدواج مانند طلاق یک اقدام غیر مالی است هرچند به‌طور غیرمستقیم در اموال سفیه مؤثر خواهد بود و بعلاوه در صورت احتیاج و ضرورت، سفیه باید ازدواج نماید. این عقیده را ابن حنبل مؤسس مذهب حنبلی نیز پذیرفته است. ← ← ابوزهره در احوال شخصی چاپ دوم سال ۱۹۵۰ شماره ۴۲ صفحه ۵۳ می‌گوید ازدواج برای سفیه و افراد ساده‌لوح مجاز است اما زیادتر از مهریه معمولی به عهده شوهر نیست.

عدهٔ دیگر از فقها اسلام خصوصاً فقهای امامیه و شافعی و مالکی ازدواج سفیه را بدون اذن قیم غیر نافذ می‌دانند و چنین استدلال می‌کنند که خصیصهٔ غیر مالی ازدواج موجب تعلق مهریه ونفقه به عهده شوهر خواهد بود. بنابراین رضایت و اذن قیم برای صحت ونفوذ این عمل ضروری است و به عقیده عده‌ای دیگر از فقهای اسلام ازدواج برای سفیه مجاز نیست مگر در حالت اضطراری زیرا ازدواج برای سفیه متضمن خسارت مادی خواهد بود (از فقهای امامیه محقق حلی در شرایع صفحه ۱۰۳ و از فقهای شافعی عبدالرحمن الجزیری در کتاب فقه در مذاهب چهارگانه، جلد دوم صفحه ۳۷۱ و المغنیه کتاب ازدواج و طلاق در مذاهب پنجگانه چاپ بیروت سال ۱۹۶۰ صفحه ۴۲) برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به کتاب حمایت محجورین تألیف آقای دکتر سید حسین صفائی چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ صفحهٔ ۶۹ و ۷۰.

وقتی که سفیه اهلیت برای ازدواج داشته باشد چگونه می‌توان پذیرفت که اهلیت اقرار به ابوّت طفل حاصل از این ازدواج را نداشته باشد، هرچند این اقرار مستلزم وجوب انفاق باشد.

بنابراین طبق دوقاعده عقلی «اذن در شیئی اذن در لوازم آن است» و «من ملک شیئاً ملک‌الاقرار به» اقرار سفیه در زمینهٔ نسب و فرزند مؤثر و نافذ خواهد بود.

با توجه به مراتب فوق‌الذکر و مفهوم مواد ۱۰٦٤ و ۱۲٦۳ ق. م و استدلال بالا به نظر نگارنده اقرار سفیه در مورد نسب و قرابت ولو متضمن نتایج مالی باشد، نافذ بوده و احتیاج به تنفیذ قیم ندارد. به عبارت دیگر تفکیک بین عدم نفوذ موردی که اقرار، مستلزم انفاق باشد و نفوذ موردی که اقرار، مستلزم انفاق نباشد نظر به رعایت مصلحت امور خانوادگی و مصالح اجتماعی و منافع اطفال صحیح به‌نظر نمی‌آید.

ب ـ مرور زمان دعوی نفی ولد.

طبق مادتین ۱۱٦۲ و ۱۱٦۳ ق. م ایران مدت کوتاهی برای مکان اقامه دعوی انکار درنظر گرفته شده و آن دو ماده، از تاریخ تولد طفل یا درصورت مشتبه نمودن تاریخ تولد بر شوهر، از تاریخ کشف خدعه و اطلاع از تاریخ واقعی تولد می‌باشد.

ماده ۱۱٦۲ ق. م می‌گوید: «در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامهٔ دعوی کافی می‌باشد، اقامه گردد و در هر حال دعوی مزبور، پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود».

از ظاهر قسمت خیراین ماده چنین بر می‌آید که اقامهٔ دعوی انکار پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع شوهر از تولد طفل، به هیچ وجه امکان‌پذیر نخواهد بود و هیچگونه عذر موجهی در تأخیر اقامه دعوی پذیرفته نمی‌شود. ولی با توجه به موازین کلی حقوقی و رعایت عدالت و انصاف باید مادهٔ فوق را ناظر به موردی دانست که شوهر در اقامهٔ دعوی، تقصیر و مسامحه کرده باشد. لذا هر گاه شوهر دلیل برداشتن عذر موجه در تأخیر اقامه دعوی ابراز نماید، دعوی اومخصوصاً با توجه به ملاک ماده ۱۱٦۳ قانون مدنی پذیرفته می‌شود.

آقای دکتر شایگان درخصوص ماده ۱۱٦۲ ق. م می‌گوید: اولاً دعوی نفی ولد بعد از گذشتن دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل، دیگر پذیرفته نخواهد شد ثانیاً

پذیرفتن دعوی مزبور در ضمن دو ماه هم بسته به‌نظر قاضی است یعنی اگر قاضی تشخیص داد که شوهر بیش از مدتی که برای اقامه دعوی مزبور لازم است صبر کرده می‌تواند دعوی او را رد کند.[۱]

آقای دکتر امامی معتقدند که پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع شوهر از تولد طفل، در صورتی‌که شوهر ثابت کند در اثر عذر موجهی اقامه دعوی انکار را به تأخیر انداخته است، دعوی انکار از وی پذیرفته می‌شود.[۲]

اگر نظر آقای دکتر شایگان این باشدکه پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع شوهر از تولد طفل، دیگر دعوی انکار از ناحیه شوهر به هیچ وجه پذیرفته نیست ولو قوه قاهره سبب تأخیر اقامهٔ دعوی شده باشد، به اشکال می‌توان چنین تکلیف مالایطاق را به شوهر تحمیل کرد و ضمناً از منطق و موازین حقوقی نیز دور خواهیم شد. اما اگر منظور ایشان این باشد که شوهر در حال عادی بدون عذر موجه پس از دو ماه از تاریخ اطلاع از تولد طفل نمی‌تواند دعوای انکار طرح نماید، در اینصورت نظر ایشان با نظر آقای دکتر امامی تعارض پیدا نخواهد کرد.

در هر صورت نظر آقای دکتر امامی با توجه به ماده ۷۵٤ ق. آ. د. م سابق که می‌گفت مرور زمان علیه کسانی که به واسطه قوه قاهره یا به علت خطر جانی یا ناموسی یا به علت مخاطره در اموال خود یا اقرباء نزدیک خود نتوانسته‌اند اقامه دعوی نمایند جاری نمی‌شود واگر بعد از شروع مرور زمان امور مذکور واقع شود مدت مرور زمان معلق خواهد ماند، بیشتر با اصول حقوقی انطباق دارد.

ماده ۱۱٦۳ ق. م می‌گوید: «در موردی که شوهر مطلع از تاریخ حقیقی تولد نبوده و تاریخ تولد را بر او مشتبه نموده باشند، به نوعی که موجب الحاق به او باشد و بعدها شوهر از تاریخ حقیقی تولد مطلع شود، مدت مرور زمان دعوی نفی ولد دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود. شروع مرور زمان دوماهه از زمان اطلاع شوهر از تاریخ تولد طفل است ولی اگر تاریخ تولد طفل را بر شوهر مشتبه نموده باشند و در نتیجه شوهر از تاریخ حقیقی تولد طفل مطلع نشده باشد و بعداً از تاریخ حقیقی آن اطلاع پیدا کند مرور زمان از تاریخ کشف خدعه شروع می‌شود و مدت آن نیز دو ماه می‌باشد».

---

۱. حقوق مدنی، جلد اول، شماره ۸۱۴ صفحه ۲۸۳.
۲. حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحه ۱۷۰.

با توجه به مادهٔ ۱۱٦۳ ق. م ملاحظه می‌شود که قانونگذار فقط عدم اطلاع شوهر از تاریخ واقعی ولادت طفل را عذرموجه در تأخیر اقامه دعوی دانسته و ظاهراً معاذیر دیگری را نپذیرفته است، زیرا سکوت مقنن در مقام بیان، دلالت بر انحصار آن دارد.

به‌نظر می‌رسد که این ماده ۱۱٦۳ ق. م مقررات تازه‌ای وضع نکرده است بلکه ماده ۱۱٦۲ قانون مدنی را توجیه می‌کند و در حقیقت دنبالهٔ همان ماده است که در غالب مادهٔ جداگانه ریخته شده است و در هر صورت تاریخ شروع مرور زمان همان تاریخ اطلاع از تولد است. یعنی پس از کشف خدعه و اطلاع از تاریخ واقعی تولد طفل، تازه به حالت مذکور در ماده ۱۱٦۲ ق. م برمی‌گردد و به استدلال مذکور در مادهٔ ۱۱٦۲ لطمه‌ای وارد نمی‌سازد. آقای دکتر امامی معتقدند اگرچه ظاهر ماده ۱۱٦۲ ق. م برآن است که دعوی نفی ولد پس از دو ماه به‌خودی‌خود قابل استماع نیست و دادگاه باید رسیدگی ننماید ولی با توجه به مادهٔ ۱۱٦۳ ق. م که مهلت دو ماهه را صریحاً مرور زمان نامیده است عدم استماع دعوی، منوط به ایراد طرف به مرور زمان است و در صورت عدم ایراد، منعی برای رسیدگی وجود نخواهد داشت.

بنظرمی‌رسد که مرور زمان فوق‌الذکر را نباید مرور زمان مدنی به معنی اخص دانسته و از مقررات مرور زمان برای حل مشکل خود در این زمینه استفاده نمائیم؛ زیرا:

اولاً ـ کلیهٔ مقررات مربوط به مرور زمان مدنی سابق به معنی اخص ناظر به امور مالی بوده است، در صورتی‌که نسب و دعوی نسب جنبهٔ مالی نداشته و از حقوق غیر مالی است.

ثانیاً ـ مادهٔ ۱۱٦۲ ق. م صراحتاً مقرر نموده که دعوی انکار پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود و همانطور که حقوقدانان فرانسه معتقدند[1] مقررات راجع به مهلت قانونی برای طرح دعوی انکار، جزء قوانین و قواعد مربوط به نظم عمومی است و رعایت آن بر دادگاه تکلیف است و جز در موارد ضروری و قوهٔ قاهره قابل انقطاع یا تعلیق نمی‌باشد و بعلاوه ذکر مهلت مزبور بنام مرور زمان، نمی‌تواند آن را جزء مروز زمان مدنی به معنای اخص قرار دهد. البته ظاهراً با

---

1. Planiol (M). Ripert (G): Traité Pratique de droit civil français. T. LL. No 792. Julliot de la Morandière (L): droit civil (Précis Dalloz) T. L. No 722; Josserand (L), Cours de droit civil positif frànçais. T. L No 1063.

Mazeaud (J. H. L) et Michel de juglart, Leçon de droit civil T. L. V. II. No 903

توجه به ماده ۱۱۶۳ ق. م و صراحت آن در ذکر مرور زمان ممکن است گفته شود که هرگونه استدلال، اجتهاد در مقابل نص است.[۱]

در حقوق فرانسه مرور زمان (Préscription) و مهلت‌های ثابت (délais préfix) یا موارد سقوط حق (déchéances) از هم کاملاً تفکیک شده و هر یک تابع شرایط و مقررات خاصی می‌باشند، که در مبحث آتی درمورد نفی ولد در حقوق فرانسه از آن بحث به میان خواهد آمد.

بنابه مراتب بالا به‌نظر نگارنده مهلت مذکور در مادهٔ ۱۱۶۲ ق. م مهلت ثابته است نه مهلت مرور زمان. یعنی بدون اینکه احتیاج به ایراد داشته باشد، دادگاه مکلف به رعایت آن بوده و نباید دعوی خواهان را پس از انقضای مهلت قانونی بپذیرد. ولی مهلت مذکور در ماده ۱۱۶۳ ق. م را می‌توان با توجه به نص صریح ماده، مرور زمان تلقی و چنین استدلال کرد که قانونگذار خواسته است در صورتیکه با توسل به وسائل متقلبانه تاریخ تولد طفل بر شوهر مشتبه شده باشد، حق شوهر مزبور بیشتر محفوظ بماند و دعوی وی در صورت انقضای مهلت و عدم ایراد طرف مقابل، استماع باشد.

از طرف دیگر می‌توان مهلت مزبور را مهلت ثابته دانست و استدلال کرد که مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ ق. م در حقیقت بیان‌کننده یک موضوع می‌باشند و در واقع می‌بایستی مطالب هر دو ماده از نظر فن قانون‌گذاری و قانون‌نویسی در یک ماده آورده شوند. بعلاوه مصلحت خانواده‌ها و زندگی زناشوئی و منافع اطفال اقتضاء دارد که باب انکار حتی‌المقدور مفتوح نگردد و شرافت خانوادگی محفوظ بماند. بنابراین می‌توان گفت که قانونگذار مسامحتاً لفظ مرور زمان را در مادهٔ ۱۱۶۳ قانون مدنی استعمال کرده است و متأسفانه در این زمینه، از محاکم و دیوان کشور ایران نیز نظری که راهنمای قضات باشد ابراز نگردیده است.

البته مرور زمان یا مهلت ثابته فوق‌الذکر مربوط به انتساب پدری است و در مورد انتساب مادری دعوی نفی وعدم تعلق طفل، مشمول مهلت ثابته یا مرور زمان مذکور در مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ ق. م نمی‌شود.

---

۱. طبق نظر شورای نگهبان، درحال حاضر مرور زمان مدنی و مقررات مربوط به آن منسوخ است و در آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مرور زمان پیش‌بینی نشده است.

بنابراین اگر زنی در زایشگاه وضع حمل نماید و بچهٔ او بلافاصله یا پس از یک روز فوت شود و پرستار بچهٔ دیگری را به جای بچهٔ او معرفی و قلمداد نماید و شناسنامه نیز در این زمینه صادر گردد، هر زمان که زن از این جریان مطلع شود می‌تواند عدم تعلق طفل را به خود، اثبات نماید و طفل مزبور را از خود نفی کند. زیرا در این مورد شرافت و حیثیت آن خانواده در معرض مخاطره نیست. به همین دلیل مهلتی در قانون برای این مورد پیش‌بینی نشده است.

در حقوق فرانسه سه نوع مهلت برای انکار پیش‌بینی شده است.

الف ـ اگر شوهر در محل تولد طفل حضور داشته باشد مهلت اقامهٔ دعوی نفی ولد یک ماه است.

ب ـ اگر شوهر غایب باشد مهلت اقامهٔ دعوی انکار دو ماه از تاریخ مراجعت می‌باشد.

ج ـ اگر تاریخ حقیقی تولد طفل ازشوهر مکتوم مانده باشد، در این صورت شوهر ظرف دو ماه پس از کشف خدعه حق اقامهٔ دعوی انکار دارد و ابتدای شروع مهلت مزبور در حالت اول از تاریخ تولد و در حالت دوم از تاریخ مراجعت و در حالت سوم از تاریخ کشف خدعه احتساب می‌گردد. (ماده ۳۱٦ سابق ق. م. ف).

در سوئیس مهلت اقامه نفی ولد از طرف شوهر، سه ماه از تاریخ اطلاع وی از تولد طفل معین شده است (ماده ۲۵۳ ق. م سوئیس).

اگر شوهر فوت شده باشد، وراث شوهر یا کسانی که وجود طفل، وراثت آن‌ها را نفی می‌کند و به اصطلاح حقوقی، حاجب آن‌ها می‌شود در موارد زیر می‌توانند ظرف سه ماه از تاریخ آگاهی از تولد طفل به اقامه دعوی انکار مبادرت نمایند:

۱ـ اگر شوهر قبل از انقضاء مهلت انکار، فوت شده یا محجور گردد.

۲ـ در صورتی‌که شوهر غایب مفقودالاثر بوده و اقامتگاهٔ وی مشخص نباشد.

۳ـ وقتی که به هر علت دیگر اطلاع شوهر از ولادت طفل می‌سرنباشد (ماده ۳۵٦ ق. و سوئیس).

در کشور حبشه مهلت انکار صدو هشتاد روز از تاریخ تولد طفل یا بعد از قطعیت حکم مبنی بر احراز نسب مادری است. (ماده ۷۹۲ قانون مدنی حبشه).

بند سوم ـ طرفین دعوی انکار و نفی ولد

دعوی انکار ولد نیز مانند سایر دعاوی لااقل دارای دو طرف یعنی خواهان و خوانده می‌باشد.

خواهان دعوی ـ خواهان دعوی نفی ولد با توجه به مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ ق.م، ایران پدر ادعائی یعنی شوهر مادر طفل است و اشخاص دیگر حق طرح چنین دعوائی را ندارند.

همان‌طوری‌که قبلاً بیان شد، پدر ادعائی نیز فقط در مهلت معینی حق طرح دعوی دارد وپس از انقضاء مهلت قانونی، دیگر دعوی مشارالیه مسموع نیست.

مسئله قابل توجه این است که اگر پدر ادعائی و صاحب فراش قبل از انقضاء مهلت قانونی فوت شود، آیا ورثهٔ او حق طرح چنین دعوائی دارند یا خیر؟

قانون مدنی ایران در این زمینه ساکت است ولی با توجه به اصول کلی و موازین حقوقی، به‌نظر می‌رسد چون حق طرح دعوی نفی ولد از جمله حقوقی است که قابل انتقال به ورثه می‌باشد وعدم طرح دعوی مزبور سبب ورود ضرر به وارث و یا لااقل نقصان سهم الارث آنان خواهد شد، لذا وارث خواهان در صورتی‌که مهلت قانونی منقضی نشده و ثابت باشد که پدر از حق خود در این زمینه صرفنظر نکرده است، حق طرح دعوی نفی ولد را خواهند داشت.

خوانده دعوی ـ اصولاً دعوی نفی ولد به‌طور مستقیم متوجه طفل می‌گردد بنابراین طبق اصول کلی حقوقی، طرف اصلی نفی ولد نوزاد است و چون نوزاد نمی‌تواند طرف دعوی و جوابگوی خواهان باشد و با روشن نبودن وضع پدر ولایت طفل نیز مشخص نیست، لذا در این مورد به‌نظر می‌آید که باید مانند موردی که نسب طفل مجهول است و یا نظیر موردی که طفل فاقد ولی خاص می‌باشد، اقدام به تعیین و نصب قیم اتفاقی گردد.

در دعوی نفی ولد غیر از طفل، شرافت و حیثیت مادر نوزاد نیز در معرض مخاطره قرار می‌گیرد و بعلاوه مادر طفل در این زمینه که جنبهٔ خانوادگی و خصوصی دارد بیشتر می‌تواند در مقام دفاع، واهی بودن ادعای خواهان را اثبات نماید.

بنابراین مادر طفل نیز باید طرف دعوی قرار گیرد.

بخش سوم ـ نفی ولد در حقوق فرانسه

قدرت و اعتبار امارهٔ فراش در حقوق فرانسه، همیشه یکسان نیست. یعنی در موارد مختلف، درجهٔ استحکام آن فرق می‌کند. گاهی قدرت آن خیلی زیاد است به نحوی که حتی شوهر نمی‌تواند به اعتبار آن خللی وارد آورد و آن را ساقط گرداند. گاهی فقط به وسیلهٔ شوهر یا استثنائاً به وسیلهٔ وراث شوهر، با اقامهٔ دلائل قوی مبنی بر عدم ابوت، اثبات خلاف آن امکان‌پذیر می‌گردد. گاهی شوهر با انکار ساده، می‌تواند امارهٔ فراش را ساقط سازد و گاهی درجهٔ استحکام آن به اندازه‌ای ضعیف است که هر کس فقط به شرط داشتن نفعی می‌تواند با اقامهٔ دعوی اعتراض بر مشروعیت نسب طفل، امارهٔ فراش را از اعتبار ساقط سازد. گاهی نیز مشروعیت طفل ظاهری و مجازی است که در اینصورت نیز با اقامه دعوی اعتراض بر مشروعیت، این مشروعیت ظاهری از بین می‌رود. مانند وقتی که طفل قبلَ از ازدواج ابوین متولد گردد و یا بعد از سیصد روز پس از انحلال نکاح، متولد شود. بحث نفی ولد در حقوق فرانسه را با توجه به مراتب فوق‌الذکر در چهار قسمت به شرح زیر مور مطالعه قرار خواهیم داد:

بند اول ـ اقسام نفی ولد

بند دوم ـ خصائص نفی ولد

بند سوم ـ ماهیت حقوقی نفی ولد

بند چهارم ـ اعتراض بر مشروعیت طفل و فرق آن با نفی ولد

بند اول ـ نفی ولد و اقسام آن

نفی ولد یا انکار عبارت از اقدامی است که به موجب آن، امارهٔ ابوت که در مقابل شوهر استقرار یافته است، در مواردی که شوهر نمی‌تواند پدر طفل باشد، ساقط می‌گردد.[1]

به عبارت دیگر نفی ولد عبارت از اعلام یا اثبات عدم ابوت شوهر. بدین معنی که طفل متولد از زن شوهردار، در نتیجهٔ مواقعه زن و شوهر و از نطفهٔ شوهر بوجود نیامده است.

---

1. Josserand (L), cours de droit civil positif français T. L. No 780

بعضی از حقوقدانان[1] انکار ولد را به دو قسم، به شرح زیر، پذیرفته‌اند:

۱ـ نفی ولد از طریق انکار ساده یا نفی ولد قاطع.

(Le désaveu par simple dénégation یا (Dèsaveu péremptoire)

۲ ـ نفی ولد با اثبات عدم ابوت.

(Le désaveu par preuve de non Paternité) یا (Désaveu non péremptoire)

عده‌ای دیگر، برحسب درجه کوششی که شوهر برای اقامهٔ دلیل جهت اثبات عدم ابوت خود باید بکار ببرد سه نوع انکار را از هم تفکیک نموده‌اند[2].

الف ـ انکار ساده

ب ـ انکار با اثبات عدم ابوت از طرق محدود قانونی

(Le désaveu par – preuve contraire, administrée à l'aide de moyens L'également limités) یا (Désaveu puor causes déterminées)

ج ـ انکار با اثبات عدم ابوت از طریق غیر محدود

(Le désaven par preuve con traire librement administrée) یـا (Désaveu pour causes indéterminées)

الف ـ انکار ساده

نفی ولد از طریق انکار ساده یا اعلام سادهٔ ابوت، عبارت از این است که شوهر، فرزند زوجهٔ خود را نفی می‌کند و به عبارت دیگر شوهر ابوت فرضی خود را با نفی ولد قطع و امارهٔ ابوت را از اعتبار ساقط می‌گرداند، بدون اینکه برای اثبات ادعای عدم ابوت خود، احتیاج به اقامهٔ دلیلی داشته باشد. دادگاهی که چنین انکاری و اعلامی را دریافت می‌دارد حق هیچگونه اظهارنظر و ارزیابی نداشته، بلکه فقط مکلف به احراز ارادهٔ (اعلام‌کننده) و ثبت آن می‌باشد.[3] اقدام به انکار ساده در دو مورد زیر امکان‌پذیر است:

---

1. Juliot de la Morandière (L), droit civil (Précis Dalloz). T. L. Nos 710 et s: Mazeaud (L. H. J) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. L. V. II Nos 881 et s. Colin (A). Capitant (H). Droit civil Nos 900 et s Marty et Reynaud, Droit civil. T. L. V. II. No 478
2. Carbonnier (J). Droit civil T. L. Nos 154 et s – Alex weill. Droit civil (Précis Dalloz). T. L. Nos 903 et s.;

Josserand (L) Cours de droit civil Positif français. T. L. Nos 1044 et s.

3. Marty et Raynaud, Droit civil. T. 1. V. II. No 48

۱ـ در موردی که نطفهٔ طفلی قبل از ازدواج منعقد ولی بعد از ازدواج متولد شده باشد.

طفلی که قبل از ۱۸۰ روز بعد از ازدواج ابوین، متولد می‌شود، مسلماً نطفه‌اش قبل از نکاح منعقد گردیده است. چنین طفلی همانطورکه قبلاً دیدیم به موجب رویه قضائی، چون در زمان زوجیت متولد شده، مشروع می‌باشد ولی ماده ۳۱٤ ق. م فرانسه به شوهر خانواده اجازه می‌دهد که نسب اینگونه اطفال را انکار نماید. ولی احتیاجی نیست که عدم ابوت خود را ثابت کند. البته اگر شوهر با علم و اطلاع از آبستن بودن زن با وی ازدواج کند، احتمال پدر حمل بودن چنین شوهری زیاد است لذا طبق ماده ۳۱٤ قانون مدنی فرانسه در موارد زیر انکار پذیرفته نخواهد شد:

اول ـ وقتی که شوهر قبل از ازدواج از آبستن بودن زن مطلع بوده و با او ازدواج کرده باشد.

دوم ـ درصورتی که شوهر هنگام تنظیم سند شناسنامه طفل، حضور داشته و به عنوان اعلام کننده یا گواه، سند ولادت به امضاء او رسیده یا عجز وی از امضاء در سند قید شده باشد. در مورد اول شوهر در حقیقت پذیرفته است که پدر حمل است یا لااقل خطر ابوت را تقبل نموده است. در این زمینه آراء مختلفی نیز صادر گردیده که استدلال محاکم اولاً مبتنی بر اطلاق ماده ۳۱٤ ق. م و ثانیاً بر پایه اقرار ضمنی شوهر به ابوّت خود در هنگام ازدواج استوار می‌باشد.[1] در مورد دوم نیز حضور در تنظیم شناسنامه، دلالت بر اقرار ضمنی ابوت دارد. در این زمینه، حقوقدانان و همچنین رویه قضائی فرانسه پذیرفته‌اند که آنچه در بند دو مادهٔ ۳۱٤ ق. م شمرده شده حصری نیست بلکه حضور شوهر در غسل تعمید طفل، شناسائی طفل در یک سند یا در مکاتیات عادی، دادن مخارج و هزینه نوزاد نیز از موانع انکار بعمل می‌آید.[2]

سوم ـ وقتی که نوزاد قابل ادامهٔ حیات نباشد. در این صورت چون چنین طفلی در حقوق فرانسه شخصیت حقوقی پیدا نمی‌نماید و با توجه به مادهٔ ۷۲۵ ق. م فرانسه، وارث نیز شناخته نمی‌شود و در حقیقت آثاری بر اینگونه نوزاد مترتب نمی‌گردد، لذا

---

1. Req.28 des 1869. D. 1879. L. 145: Grénouble, 26 mai 1952. D. 1952, 729
2. Colin (A). Capitant (H). Droit civil. T. L. No 907; Alex weill, Droit civil (Précis Dalloz). T. 1. No 907; Mazeaud (J. H. L.) et Michel de juglart, leçons de droit civil T. L. V. II. No 897; Julliot de la Morandière, Droit civil (Précis Delloz) T. L. No 716.

وضعی وجود ندارد که ثابت گردد، یا از بین برود. بنابراین انکار چنین طفلی را قانون‌گذار نپذیرفته است.

طبق مادهٔ ۲۵۷ قانون مدنی سوئیس شوهری که صریحاً یا ضمناً به ابوّت خود اقرار کرده باشد، می‌تواند ثابت نماید در شناسائی طفل و عدم انکار نسب او اغواء شده است که در اینصورت انکار وی پذیرفته خواهد شد. اما رویهٔ قضائی فرانسه این راه حل را نپذیرفته است.[۱]

۲ـ در مورد طفلی که نطفه‌اش در زمان معافیت زوجین از تکلیف هم زیستی منعقد شده باشد.

هرگاه با احتساب دوران حمل معلوم شود نطفهٔ طفل در زمانی منعقد شده است که زوجین در حال افتراق مسکن می‌زیسته یا به موجب حکم دادگاه از تکلیف هم زیستی معاف بوده‌اند، شوهر می‌تواند با انکار ساده نفی ولد نماید. دراینصورت طفل باید بعد از سیصد روز از تاریخ حکم جدائی مسکن یا کمتر از یکصد وهشتاد روز از تاریخ آشتی کردن زوجین یا رد دادخواست طلاق متولد شده باشد. ولی اگر در زمان معافیت از هم زیستی، رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر برقرار شده باشد، انکار قابل استماع نیست (مفهوم ماده ۳۱٤ و قسمت دوم ماده ۳۱۳ ق. م فرانسه).

بنابراین معلوم شد که استحکام امارهٔ فراش در موارد فوق‌الذکر چندان زیاد نیست و زوج به آسانی می‌تواند آن را از اعتبار ساقط سازد.

ب ـ انکار با اثبات عدم ابوت از طرق محدود و معین در قانون

La dèsaveu pour causes détérminées

وقتی که نطفهٔ در زمان زوجیت و هنگامیکه زوجین مکلف و ملزم به هم زیستی و داشتن زندگی مشترک بوده‌اند، منعقد گردیده باشد، در اینصورت امارهٔ فراش دارای حداکثر قدرت و اعتبار بوده و قانون از مشروعیت طفل کاملاً حمایت می‌نماید. یعنی نفی ولد امکان ندارد مگر اینکه شوهر عدم ابوت خود را اثبات کند.[۲]

---

۱. شعبه عرایض ۲۸ دسامبر ۱۸۶۹ که قبلاً نیز بیان گردیده است.

2. Marty et Raynaud, Droit civil . T. L. V. 2. Nos 830 et s

اثبات عدم ابوت نیز باید با توسل به طرقی که قانونگذار پیش‌بینی نموده بعمل آید و صرف اثبات ارتکاب زنا از ناحیهٔ زن، با وجود نفاق و نشوز بین زوجین، برای طرد و اسقاط امارهٔ فراش کافی نمی‌باشد.

طرق و وسائلی که با توسل به آن‌ها می‌توان عدم ابوت و انکار ولد را ثابت نمود عبارتند از:

۱ـ عدم امکان هم زیستی یا تماس بدنی و هم مسکن بودن زوجین.

۲ـ اخفاء ولادت طفل.

۱ـ عدم امکان هم مسکن بودن زوجین و داشتن رابطهٔ جنسی.

عدم امکان هم مسکن بودن و یا عدم امکان داشتن رابطهٔ جنسی زن و شوهر، حاصل نمی‌شود مگر بر اثر دوری شوهر، در زمانی‌که انعقاد نطفه امکان‌پذیر بوده است (درفاصله بین سیصد روز و یکصد و هشتاد روز قبل از تولد طفل) یا در اثر ناتوانی جنسی ناشی از حادثه و سانحه. (بند دو ماده ۳۱۲ ق. م).

اول فاصله بین زن و شوهر ـ منظور از فاصله و دور بودن شوهر از زن این است که هیچ گونه رابطهٔ جنسی و تماس بدنی بین زوجین در زمان انعقاد نطفه، وجود نداشته باشد. فاصله و دوری راه، امروزه با توجه به وسائل جدید و وجود ماشین و وسائل نقلیهٔ سریع‌السیر، نظیر هواپیما و غیره، برای هم‌بستر نشدن زوجین کفایت نمی‌کند و دلیل محسوب نمی‌گردد، بلکه فاصله‌ای مورد نظر است که به‌طور مسلم تماس بدنی و مجامعت بین زن و شوهر را غیرممکن سازد. مانند زندانی بودن شوهر یا بستری بودن یکی از زوجین یا تبعید بودن در خارج از کشور یا در محل معین، تحت مراقبت مقام مسئول، به نحوی که معافیتی در بین نبوده تا رابطهٔ جنسی بین زن و شوهر امکان‌پذیر گردد.[1]

دوم عدم توانائی جنسی در اثر حوادث و سوانح ـ در اینجا باید ثابت شود که مرد در اثر حادثه و سانحه‌ای قدرت مجامعت و نزدیکی با زن خود در هنگام انعقاد نطفه، نداشته است. ولی عدم توانائی طبیعی نظیر عنین بودن مرد در این زمینه ملاک نیست.[2]

---

1. Marty et Raynaud, Droit civil . T. L. V. 2. No 840
2. civ 22 Jull 1958, Pal 1958, 2. 145

زیرا مادهٔ ۳۱۳ ق. م فرانسه تکلیف را روشن و عدم توانائی طبیعی را از موارد انکار ندانسته است. چون در حقوق قدیم ناتوانی طبیعی موجب طرح دعاوی افتضاح‌آمیز می‌گردید و بعلاوه به واسطهٔ غیرمسلم بودن موضوع، به علت اینکه هنوز علم پزشکی پیشرفت چندانی نیافته بود، قانون‌گذار رسماً آن را کنار گذاشت. ولی امروزه دیگر جای هیچ‌گونه تردیدی نیست که بطورمسلم و قطعی، می‌توان مسئله عقیم بودن مرد و عدم توانائی طبیعی وی را با وسائل علمی و آزمایش و تجزیهٔ منی، روشن کرد و لازم است که از موارد مجاز بودن انکار قرار داده شود. به همین دلیل کمسیون تجدیدنظر و اصلاح قانون مدنی فرانسه با توجه به پیشرفت‌های علمی در ماده ۳۹۰ خود پیشنهاد کرده بود که ناتوانی طبیعی وعقیم بودن مرد از موارد قبول انکار محسوب گردد. و ضمناً اضافه کرد بود که فاصله بین زن و شوهر در صورتی‌که ثابت شود طفل در نتیجهٔ تلقیح مصنوعی، خواه اسپرم شوهر و خواه با اسپرم بیگانه با رضایت کتبی شوهر به‌وجود آمده است، از موارد قبول انکار نمی‌باشد. البته طرح قانون مدنی جدید سال ۱۹۵۳ فرانسه بر اثر عدم توافق مجلسین ملی و سنا معلق مانده بود.

وقتی سانحه‌ای موجبات عدم توانائی مقاربت شوهر با زن را فراهم می‌سازد، که در اثر جرح وارده به بدن یا در اثر قطع عضو یا عمل جراحی لطمه‌ای وارد آید که مقاربت را لااقل در زمان انعقاد نطفه غیرممکن ساخته باشد. بعضی از حقوقدانان[1] وعده‌ای از قضات و محاکم فرانسه معتقدند که ناتوانی جنسی ناشی از بیماری باید مانند ناتوانی ناشی از حادثه و از موارد قبول انکار دانست.[2]

غیر از موارد فوق‌الذکر، هیچ‌گونه اوضاع و احوال دیگری از عوامل مشکله عدم هم مسکنی یا عدم هم بستری و مقاربت نبوده و سبب تجویز طرح دعوی انکار نمی‌شود.

مثلاً طبق نظر دیوان کشور فرانسه برای اثبات عدم ابوت، شوهر نمی‌تواند مستقیماً تقاضای تجزیه و تطبیق خون خود و طفل را از دادگاه بنماید.[3]

حقوقدانان در شرح و تفسیر نظر دیوان کشور در این زمینه اظهار عقیده کرده‌اند که عدم قبول تقاضای آزمایش خون از طرف شوهر، هرچند با پیشرفت‌های علمی مغایرت دارد، موجه می‌باشد و آنچه موجب شده است تا دیوان کشور چنین تصمیمی اتخاذ نماید بیشتر، حفظ آرامش کانون خانوادگی وعفت زناشوئی بوده است، تا آشکار شدن

---

۱. ژان کاربنیه، حقوق مدنی، جلد اول، شماره ۱۵۴؛ آلکس ویل، حقوق مدنی، (پرسی دالوز) جلد اول شماره ۹۰۵

2. Trib. Civ. Domfront, 9 Juin 1955. D, 1955, 679 Y Nancy, 18 fev 1957 . D . 1957, 679

3. civ . II oct 1955 . D . 1956 , 213. Note Rouaste, Grands arrets P . 105

حقیقت. بعلاوه وضع طفل مشمول ماده ۳۱۲ ق. م که از امارهٔ فراش برخوردار است و دارای وضع و نسب قانونی می‌باشد با وضع طفل در سایر موارد نظیر وقتی که مادر ولادت طفل را مخفی می‌کند، (موضوع ماده ۳۱۳ ق. م فرانسه) و موردی‌که طفل می‌خواهد نسب مادری خود را اثبات کند و شوهر آن زن (مادر ادعائی) دعوی نفی ولد اقامه می‌کرد، (موضوع ماده ۳۱۲ ق. م فرانسه) و موردی‌که طفل می‌خواهد به استناد ماده ۳٤۰ ق. م فرانسه نسب طبیعی خود را ثابت کند، کاملاً فرق دارد. یعنی به عبارت دیگر در موارد مذکور در مواد ۳۱۳ و ۳۲۵ و ۳٤۰ ق. م فرانسه تقاضای تجزیه خون از ناحیه شوهر (پدر ادعائی) پذیرفته می‌گردد. ولی در مورد طفل مشمول ماده ۳۱۲ ق. م فرانسه چون درجهٔ قدرت و استحکام امارهٔ فراش زیاد است، تقاضای تجزیه خون از ناحیه شوهر پذیرفته نخواهد شد.[1]

حکمی هم بر همین مبنا از دادگاه شهرستان پاریس در نوزدهم فوریه سال ۱۹٦۰ صادر و تقاضای تجزیه منی (آنالیز اسپرماتیک Analyse Spermatique) را از جانب شوهر رد کرده است.

۲ـ اخفاء ولادت Recel de la naissance .

وقتی که زنی تولد نوزاد را از شوهر مخفی می‌کند، ظن آن می‌رود که طفل از شوهر آن زن نباشد. کتمان تولد نوزاد سبب بدگمانی در ارتکاب زنا است یعنی وقتی زن کوشش می‌کند ولادت طفل را از شوهرش مخفی نگهدارد، به‌طور ضمنی به عدم وفاداری نسبت به شوهر خود امر زناشوئی، اقرار می‌کند.

البته امکان دارد با اینکه زن در زمان انعقاد نطفه مرتکب زنا گردیده باشد، طفل از نطفه شوهر بوجود آمده باشد.

بدگمانی و سوءظن و همچنین نسبت زنا فی‌نفسه موجب پذیرش دعوی انکار و نفی ولد نیست و شوهر نمی‌تواند به بهانهٔ اینکه زنی مرتکب زنا شده است، امارهٔ ابوت را ساقط سازد (ماده ۳۱۳ ق. م فرانسه) ولی کتمان ولادت، چون اقرار ضمنی به ارتکاب زنا و عدم تعلق طفل به شوهر است، پایه و اساس قبول دعوای شوهر در زمینه انکار ولد قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر در صورت کتمان ولادت طفل، دادخواست نفی ولد از شوهر پذیرفته خواهد شد.

---

1. Alex welll, Dorit civil (Précis Dalloz). T. L. No 905; Julliot de la Morandiére, Droit civil (Précis Dalloz). T. L. No 713

ماده ۳۱۳ قانون مدنی فرانسه چنین مقرر می‌داشت: .... شوهر نمی‌تواند به علت زناکاری زن نسب‌طفل را انکار نماید، به شرط آنکه تولد از او مخفی نشده باشد. ولی در این‌حالت شوهر می‌تواند به هر وسیله‌ای ثابت کند که پدر طفل نمی‌باشد ....

با توجه به مادهٔ مزبور اخفاء تولد از موارد پذیرش دعوی انکار نسب طفل می‌باشد. رویهٔ قضائی، اخفاء حمل و آبستنی را شبیهٔ اخفاء تولد می‌داند و همچنین هرگاه زنی بدون ذکر نام شوهرش، تحت نام دختری و قبل از ازدواج خود، ولادت طفل را به دایرهٔ ثبت احوال اعلام نماید، طبق رویهٔ قضائی، چنین اقدامی اخفاء تولد محسوب می‌گردد و انکار ابوت را امکان‌پذیر می‌سازد. البته کافی نیست که زن وضع و حالت زنانگی خود را از شوهر مخفی کرده باشد، بلکه لازم است موضوع حمل و حالت آبستنی خود را از شوهرش مخفی گرداند و این امر نیز بسته به نظر دادگاه است که چگونه رفتاری را اخفاء حالت زنانگی و چه رفتاری را اخفاء حالت حاملگی بداند.[۱]

برحسب عقیده اکثر محاکم و حقوقدانان فرانسه اخفاء تولد به تنهائی برای اثبات عدم ابوت و نفی ولد کافی نیست.[۲] زیرا ممکن است به عللی نظیر نوع جنس نوزاد که ممکن است خوشایند شوهر نباشد یا اصولاً شوهر علاقمند به بچه نبوده (برای جلوگیری از خشم شوهر) یا به منظور غافلگیر کردن شوهر، زن تولد طفل را مخفی کرده باشد. بنابراین اخفاء طفل تا وقتی که محفوف به دلائل و قرائین دیگری که حکایت از عدم ابوت شوهر کند، نباشد موجب انکار ولد نیست؛ بلکه شوهر باید علاوه بر اثبات اخفاء ولادت، ثابت نماید که پدر طفل نمی‌باشد.[۳] بعضی ادعا کرده‌اند که شوهر باید طبق ماده ۳۱۳ ق. م فرانسه علاوه برا اثبات اخفاء ولادت نوزاد، زناکاری زن را نیز اثبات نماید.

نظر این عده کاملاً صحیح نیست.[۴] زیرا ماده ۳۱۳ مزبور فقط نشان می‌داد که برای مجاز گردیدن پذیرش دعوی انکار، زناکاری زن کافی نیست ولی این مطلب متضمن این نیست که اثبات زنا به اثبات اخفاء وضع حمل باید اضافه گردد.[۵]

---

1. Montpellier 10 av. 1946. D. 1946. D. 1946. J, 259, civ. L er civ 27 janv 1953. Bull. Civ 1953. L. 29. S. 1954. 106
2. Trib civ Lille 18 mars 1947. D. 1947 J. 507 et note carbonnier; Douai 16 fev 1948, D. 1948. J. 380
3. Civ. 3 nov 1948. Bull civ 1948. 943. S. 1949. L. 148
۴. مازو، دروس حقوق مدنی، جلد اول، قسمت دوم، شمارهٔ ۸۷۷
5. Civ ler civ, 15 Mars 1955, Sem. Jur. 1955. LL. 8718

البته می‌توان زنا را بعد از ثبوت اخفاء ولادت، به عنوان دلیل عدم ابوت در نظر گرفت. مانند امور و دلایل اثباتی دیگر نظیر اختلاف و نشوز و شقاق بین زوجین، کهولت یا مریضی شوهر، وضع جسمی نوزاد و نظایر آن.[1] ولی امروزه اغلب از راه تجزیه خون و تطبیق آن عدم ابوت را ثابت می‌نمایند. تجزیه خون چنانکه قبلاً بیان شد در وضع فعلی نمی‌تواند دلیل مثبت و حاکی از رابطهٔ پدر فرزندی باشد و به نفع ابوت بکار رود، زیرا افراد زیادی هستند که گروه خون آن‌ها یکسان است و فقط درصورتی‌که گروه خون طفل با خون شوهر زن یکی نباشد، مسلم است که طفل مزبور متعلق به شوهر نیست و دیوان کشور فرانسه در این مورد صحت کارشناسی خونی و تجزیه خون را تأیید نموده و ممنوع کرده است که قضات به این علت که تجزیه خون از نظر علمی قابل بحث است نتیجهٔ کارشناسی را نپذیرفته و رد نمایند.[2]

با وجود اینکه نتیجهٔ منفی خون قطعی است، معذلک نباید مستقیماً و بدون اثبات قبلی اخفاء تولد نوزاد، دادگاه تقاضای تجزیه خون را بپذیرد. البته این مسئله بسیار ظریف و دقیق است و نمی‌توان به آن جواب کاملاً علمی داد. یعنی اگر اجازه داده شود که شوهر مستقیماً به تجزیه خون و کارشناسی در این زمینه متوسل گردد، به نهایت خطرناک خواهد بود. زیرا ممکن است هر پدری شک کند که طفل متعلق به او نباشد و در این صورت به تجزیهٔ خون متوسل گردد که در نتیجه سبب اختلال نظم و آرامش خانوادگی و بروز اختلاف زناشوئی و ازدیاد طلاق و جدائی بین زوجین می‌گردد. بنابراین آزمایش خون باید محدود به همان موارد مذکور در ماده ۳۱۳ ق. م پس از اثبات اخفاء ولادت مولود باشد. لازم است یادآوری شود که مادهٔ ۳۱۳ ق.م سابق در سال ۲۰۰۵ منسوخ و در مادهٔ جدید از طلاق یا جدایی زوجین و ولادت طفل بعد از ۳۰۰ روز از تاریخ طلاق یا جدایی را ملحق به زوج نمی‌داند ولی فرزند متولد در زمان زندگی مشترک اگر دارای وضع ظاهری فرزند خانواده باشد یا ثالثی نسب وی را به نفع خود اثبات نکرده باشد، ملحق به شوهر خواهد شد. ضمناً آزمایشات DNA که کاملاً جدید است، در الحاق و عدم الحاق فرزند مورد اختلاف به زوجین، نقش ارزنده‌ای

---

1. Paris, 26 fev 1953, D. 1953. J. 45
2. Civ 25 Jull 1949, Bull Civ 1949. 747, Sem. Jur 1649. 11. 5102, Paris 20 dec 1947, D. 1948. J. 80, Paris 19 nov 1948, s. 1949. 34; trib civ Tolon 16 Mars 1948. Gaz. Pal 1948. L. 262.

دارد و موضوع آزمایش خون به شرحی که گذشت تقریباً اعتبار خود را تـا حـدودی از دست داده است.

ج ـ نفی ولد با دلیل عدم ابوت از طرق آزاد و غیر محدود

این انکار در صورتی امکان‌پذیر است که طفلی نـه شناسـنامه‌ای دارد و نـه از وضـع ظاهری، که او را به خانوادهٔ منتسب گرداند، برخوردار است و طفـل مزبـور بـه منظـور اثبات نسب مادری خود علیه یک زن شوهرداری دعوی نسب اقامه می‌نماید.

در این صورت به هر وسیله‌ای و با اقامه هرگونه دلیل، امکان دارد ثابـت گـردد کـه اظهارکننده، فرزند زنی که او را مادر خود می‌داند نیست و اگر رابطهٔ مادر فرزندی ثابت گردد، مشروع نمی‌باشد. (مواد ۳۲۵ و ۳۲٦ ق.م سابق و جدید)

در این حالت با اینکه در حقیقت یک انکار واقعی وجود دارد ولی از طریق استثنائی و به عنوان دفاع در مقابل دعوی اثبات وضعیت و نسب مادری، مطرح می‌گـردد. یعنـی هر گاه طفلی موفق شود رابطهٔ مادر فرزنـدی خـود را در مقابـل زن شـوهرداری ثابـت نماید و شوهر آن زن، نسب طفل را انکار نکند، نسب پـدری او طبـق قاعـدهٔ فـراش و اماره ابوت ثابت و مستقر می‌گردد و به اثبات جداگانه نسب پدری احتیاج ندارد.

ماده ۳۲۵ ق. م در اینگونه موارد تسهیلاتی فراهم آورده تا در موارد مشکوک، شوهر بتواند طفل را از خود نفی نماید و برای این منظـور چنـین انکـاری را تـابع مقـررات و محدودیت‌های انکار معمولی قرار نداده و به شوهر اجازه می‌دهد، تا بـه هـر وسـیله‌ای بتواند عدم ابوت خود را ثابت کند.

بنابراین لازم نیست در این حالت، عدم امکان هم بستر شدن با زن، یا اخفـاء ولادت طفل که خاص انکار عادی و معمولی است، اثبات گردد. هرچند که ذکر نشدن نام مادر در شناسنامه یا سرراهی معرفی شدن نوزاد، دلالت بـر اخفـاء ولادت مـی‌نمایـد، دیـوان کشور فرانسه اینگونه انکار را انکار خاص دانسته و آن را تابع شرایط مـاهوی و مهلـت انکار مذکور در ماده ۳۱٦ ق. م سابق نمی‌دانسته است.[1]

عده‌ای از حقوقدانان فرانسه معتقد بودند که طبق ماده ۳۲۵ ق. م هر شخص ذینفعی می‌تواند نسبت به مشروعیت نسب مادری اعتراض نماید و ثابت کند که طفل مزبـور از

---

1. civ . 20 Jull 1921, D. p. 1921 , L, 233< note R. Savatier; Grands arrets, P. 109 civ. 15 nov 1960, D. 1960, 738

شوهر مادر نیست. در صورتی که شوهر چنین اعتراضی بنماید، اعتراض مزبور را می‌توان انکار خاص دانست. (در حقیقت امارهٔ فراش در این حالت ضعیف‌تر گردیده است).

رویه قضائی انکار مذکور در ماده ۳۲۵ ق. م سابق را توسعه داده و یک نوع انکار احتیاطی یا تأمینی (Le désaveu prévensif) نیز برای شوهر شناخته بود. مثلاً وقتی که شوهری نسبت به وضع زن خود از لحاظ حاملگی و وضع حمل ظنین شده بود ولی در شناسنامه او یا در ادارهٔ آمار و ثبت احوال چنین واقعه‌ای ثبت نگردیده بود شوهر ذینفع بود که قبلاً اقدام به انکار نماید، بدون اینکه منتظر بماند طفل با تقدیم دادخواست اعلام وضعیت، نسب مادری خود را اثبات نماید. یعنی دیوان کشور[1] به شوهر اجازه داده بود در چنین وضعی پیشقدم شده و طفل را با طرح دعوی انکار احتیاطی، نفی نماید.

اقامهٔ دعوی انکار احتیاطی تابع همان تسهیلاتی بود که برای انکار دفاعی مذکور در ماده ۳۲۵ ق. م درنظر گرفته شده بود، یعنی شوهر لازم نبود مستقیماً اخفاء ولادت طفل را ثابت کند.

انکار احتیاطی یا تأمینی وقتی قابل اجراء بود که طفل فاقد شناسنامه و وضع ظاهری که او را به خانواده‌ای منتسب نماید، باشد والا انکار عادی با تشریفات و شرایط خاص خود باید اعمال گردد.

بعضی از محاکم فرانسه انکار توافقی (La désaveu d'accord) را نیز می‌پذیرند و آن عبارت از این است که شوهر با اثبات عدم ابوت خود نسب طفل را انکار می‌نماید و زن نیز مخالفتی ندارد و حتی مایل است که طفل مورد انکار واقع شود تا او بتواند با ازدواج با کسی که با وی رابطهٔ جنسی داشته نسب طفل را مشروع گرداند و خلاصه با انکار موافق است که در این صورت محاکم فرانسه مقررات شدید انکار را رعایت نخواهند کرد.

عده‌ای از حقوقدانان با انکار توافقی که بر مبنای تراضی زن و شوهر بوجود آید و تسهیلاتی که محاکم در این زمینه قائل می‌شوند مخالفند و معتقدند که مقررات ازدواج و نسب جنبهٔ نظم عمومی دارد و به منظور دفاع از خانواده در برابر ارتکاب زنا و نتایج آن وضع گردیده است. لذا نباید به ارادهٔ شوهر و زن زناکار و کسی که به حریم

---

۱. آلکس ویل، پرسی دالوز، حقوق مدنی، جلد اول، شماره ۹۱۰

زناشوئی و کانون مقدس خانواده تجاور نموده است مقررات مزبور دگرگون شود و بالاخره معتقدند که باید انکار توافقی ممنوع گردد.[۱] لازم است توضیح داده شود در مادهٔ ۳۲۵ ق.م.ف در سال ۲۰۰۵ اصلاحات مختصری به‌عمل آمده است.

بند دوم ـ خصایص انکار و نفی ولد در حقوق فرانسه.

دعوی انکار که عبارت است از نفی ولد و عدم ابوت، استثنائی است که به امارهٔ فراش وارد می‌شود.

اجراء این استثناء، موجب تزلزل آرامش خانواده و هتک حیثیت و عفت زناشوئی و تغییر وضع طفل و دور شدن وی از خانواده مشروع می‌گردد. به همین دلیل طرح دعوی انکار، درحقوق فرانسه، تابع محدودیت‌های خاص قانونی بوده و دارای خصوصیاتی است که ذیلاً مورد بررسی و مطالعه قرار خواهیم داد:

الف ـ کسانی که حق طرح دعوی انکار دارند.

اصولاً فقط شوهر می‌تواند اقدام به طرح دعوی انکار نماید؛ زیرا او تنها کسی است که باید منافع و مصلحت خانوادگی خود را درنظر بگیرد (ماده ۳۱۲ ق. م فرانسه).

بنابراین در صورتی‌که شوهر (پدر) در قید حیات باشد، طرح دعوی انکار از حقوق انحصاری اوست و شخص یا مقام دیگری چنین حقی نخواهد داشت. در صورت عدم اهلیت وی نمایندهٔ قانونی یا قیم اتفاقی او صلاحیت طرح دعوی انکار دارند.

در حقوق آلمان بعد از تصویب قانون نازی مصوب ۱۲ آوریل ۱۹۳۸ در صورتی‌که شوهر از طرح دعوی انکار امتناع نماید، به دادسرا و دادستان حق طرح چنین دعوائی داده شده است.

در آلمان امروزه بیش از نصف و گاهی بیش از $\frac{۳}{۴}$ از دعاوی انکار به وسیله دادسرا طرح و تعقیب می‌شود.[۲]

---

۱. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول ـ قسمت دوم شماره ۸۹۰

2. Holleau, Remarques sur la preuve da la filiation naturelle en droit allemand, russe et français.

در سوئیس اگر نطفهٔ طفل قبل از ازدواج منعقد گردیده باشد، حتی در صورتی‌که شوهر به شناسائی او مبادرت کرده باشد، مقامات صلاحیت‌دار کانونها حق طرح دعوی انکار و اثبات عدم ابوت شوهر را دارند.[۱]

دیوان کشور فرانسه دخالت دولت را در قلمرو خانواده مردود اعلام نموده و اینگونه دخالت‌ها را مخالف مفهومی می‌داند که فرانسوی‌ها از خانواده دارند.[۲]

درصورت فوت شوهر (نه در حال غیبت) استثنائاً در حقوق فرانسه وراث شوهر حق طرح چنین دعوائی دارند مشروط بر اینکه اولاً شوهر در مهلت مختصر قانونی که حق طرح دعوی داشته است، فوت شده باشد بدون اینکه از دعوی انکار مزبور صرفنظر کرده باشد. ثانیاً طفل ارثیه پدر خود را مطالبه نموده باشد.

یعنی وراث برعکس پدر، فقط از لحاظ مادی حق طرح دعوی انکار دارند نه از حیث معنوی و اخلاقی. بنابراین اگر طفل بعد از فوت پدر از سهم‌الارث خود نسبت به ماترک متوقی صرفنظر نماید وراث یا کسی که تمام اموال و ماترک باوهبه شده است حق طرح دعوی انکار علیه طفل ندارند (ماده ۳۱۷ ق. م سابق فرانسه). مادهٔ ۳۱۷ ق.م.ف در سال ۲۰۰۵ به کلی اصلاح شده و مطالب آن با مادهٔ سابق ارتباطی ندارد.

ب ـ کسانی که دعوی انکار علیه آنان می‌توان اقامه نمود:

دعوی انکار اصولاً علیه طفل جریان می‌یابد؛ زیرا ذینفع اصلی و طرف مستقیم این دعوی طفل است ولی طفل چون صغیر است و فاقد قول و فعل معتبر و قانونی است، لذا احتیاج به نمایندهٔ قانونی دارد. ماده ۳۱۸ ق. م سابق فرانسه مقرر داشته بود که قیم اتفاقی به نمایندگی از طرف طفل خوانده دعوی قرار می‌گیرد ولی پدر ادعائی که خود خواهان و مدعی انکار است نمی‌تواند به نمایندگی طفل خوانده واقع شود.[۳]

در فرانسه قیم اتفاقی به وسیله شورای خانواده تعیین و منصوب می‌گردید.

عده‌ای از حقوقدانان معتقد بودند که نباید قیم اتفاقی در این مورد از طرف شورای خانواده که نصف اعضاء این شوراء از بستگان پدری هستند و مخالف منافع طفل

---

1. Revue internationale de droit comparé paris 1953 No 8
2. civ 17 dec 1913. D 1914. L. 261
3. Req 22 juin 1937, D. H. 1937. 440 : 25 nov 1946, D 1948 . 321

می‌باشند منصوب گردند بلکه بهترین راه‌حل این است که قانون پیش‌بینی نماید قیم اتفاقی را دادگاه تعیین و منصوب نماید.[۱]

از آنجائیکه مادر طفل شخصاً در دعوا ذینفع است و بعلاوه او می‌تواند واهی بودن انکار را ثابت نماید، به همین مناسبت و به‌منظور حفظ منافع معنوی و شرافتی او ماده ۳۱۸ ق. م لازم دانسته است که دعوی انکار با حضور مادر تعقیب گردد.

هرگاه طفلی پس از بدنیا آمدن، فوت شود یعنی طفل مزبور قابل زیستن نبوده باشد، چون چنین طفلی شخصیت حقوق پیدا نکرده است، طرح دعوی انکار علیه او امکان ندارد ولی هرگاه طفل زنده بدنیا آمده و قابلیت ادامه حیات نیز داشته ولی قبل از طرح دعوا یا در بدو آن و یا در جریان رسیدگی فوت شده باشد.[۲] دیوان کشور فرانسه دعوی انکار را در چنین صورتی پذیرفته بود.[۳] یعنی فوت طفل موجب از بین رفتن منافع معنوی پدر ظاهری نمی‌شد و علیه مادر وی دعوی انکار طرح می‌گردید،[۴] زیرا مادر وارث طفل است و در صورت نبودن مادر و فوت او می‌توان علیه سایر وراث طفل، دعوی انکار طرح کرد. با وجود اشکالاتی که قبلاً بیان شد، در صورتی‌که طفل در جریان رسیدگی فوت شود، دیوان کشور فرانسه نظر داده بود که قیم اتفاقی طبق قواعد کلی باید به وسیله شورای خانواده منصوب گردد.[۵]

ولی بعضی از حقوقدانان تعیین قیم اتفاقی را در این مورد به وسیله شورای خانواده منطقی و صحیح نمی‌دانستند، زیرا همانطورکه قبلاً اشاره شد نصف اعضاء شورای خانواده از بستگان پدر بوده و نمی‌توانستند در این جریان بی‌طرفی خود را حفظ نمایند.[۶]

ج ـ مهلت طرح دعوا

دعاوی مربوط به احوال شخصیه (اهلیت و وضعیت) اصولاً مشمول مرور زمان نمی‌شود ولی چون دعوی انکار استثنائی است که به امارهٔ ابوت وارد می‌گردد لذا

---

۱. مازو : دروس خقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم شماره ۹۰۱ ـ آلکس ویل حقوق مدنی (پرسی دالوز) شماره ۹۱۵

2. Le désaveu posthume.

3. civ 18 mai 1897 , D. 1898. L. 97 et note Guenée, S. 1897 . L. 433 et note ch. Lyon – Caén.

4. Trib. Civ. Laval 4 jvin 1946. Gaz – Pal. 1946. 2. 219

5. civ 24 nov. 1880 , D. P. 1882, Burges, 30 nov 1948 , D, 1949 - 89

۶. مازو : دروس حقوق مدنی، جلد اول قسمت دوم شماره ۹۰۲

قانونگذار آن را از اصل غیرقابل مرور زمان بودن دعاوی وضعیت و احوال شخصیه خارج و تابع مهلت‌های ثابت و کوتاه مدت قرار داده است.

تعیین مهلت برای طرح دعوی انکار کاملاً ضروری است زیرا نباید وضع طفل برای مدت نامعلومی متزلزل بماند و شوهر حربهٔ انکار و نفی ولد را مانند شمشیری آخته بالای سر زن خود معلق نگاه دارد و احیاناً این حربه وسیلهٔ تهدید و اخاذی از ناحیهٔ شوهر گردد. مهلت قانونی فوق‌الذکر در موردی که شوهر بخواهد دعوی انکار طرح کند با موردی که وراث بخواهند اقدام به طرح دعوی نمایند فرق می‌کند. اگر شوهر بخواهد اقدام به طرح دعوی انکار نماید، مهلت قانونی برای طرح دعوا اصولاً یک ماه است (ماده ۳۱۶ ق. م فرانسه) در موارد زیر مهلت طرح دعوای انکار دو ماه تعیین شده بود:

۱ـ اگر شوهر هنگام ولادت در محل حاضر نبود، از تاریخ مراجعت.

۲ـ درصورتی‌که ولادت نوزاد از شوهر مخفی شده بود، از تاریخ کشف حقیقت.

مهلت مزبور ممکن بود با اقدام غیر قضائی نظیر دادن اظهارنامه رسمی که به موجب آن شوهر قصد انکار را رسماً به مادر طفل اطلاع می‌داد، یک ماه دیگر تمدید گردد. (ماده ۳۱۸ سابق ق. م فرانسه).[1]

اگر وراث می‌خواستند اقدام به طرح دعوی انکار نمایند، مهلت قانونی به‌طور یکنواخت دو ماه از تاریخی بود که طفل در ماترک متوفی (پدرادعائی) تصرف یا سهم‌الارث خود را مطالبه می‌نمود (ماده ۳۱۷ سابق ق. م فرانسه) و یک ماه از طریق اقدام غیرقضائی نظیر ارسال اظهارنامه رسمی، مهلت مزبور قابل تمدید بود (ماده ۳۱۸ سابق ق. م فرانسه).

وراث تا وقتی که طفل از لحاظ ارثی و سهم‌الارث وضع آن‌ها را به هم نمی‌زد، نمی‌توانستند به مشروعیت نسب وی اعتراض نمایند. البته ممکن بود طفل به این منظور درخواست سهم‌الارث نکند که اثبات نامشروع بودن نسب خود را برای وراث مشکل سازد، در این زمینه رویه روشن و مسلمی در فرانسه وجود نداشت.

قانونگذار فرانسه با توجه به هدفی که داشته دعوی انکار را در یک مهلت معین و ثابت[2] (délais préfix) قابل طرح دانسته و برای آن جنبه نظم عمومی قائل گردیده بود

---

1. Angers 20 mai 1953 – Sem. Jur. 1953. LL, 7785
2. Cass . civ. L. er civ 10 dec . 1963. D 1964. 167

بنابراین نه این مهلت قطع می‌گردید و نه قابل تعلیق بود و قاضی برای رد دعوی، باید به این مهلت استناد نماید و احتیاج به ایراد مدعی‌علیه نداشت.[۱]

البته رویهٔ قضائی استثنائاً تعلیق مهلت ثابته را به علت فورس ماژور پذیرفته بود.[۲]

انکار احتیاطی همانطور که قبلاً بیان گردید مشمول جهت یک ماه و دوماهه نمی‌شد.[۳]

د ـ مرجع صلاحیت‌دار.

دعوی انکار جزء دعاوی مربوط به احوال شخصیه است لذا فقط محاکم شهرستان صلاحیت رسیدگی به آن را داشتند. محکمه صلاحیت‌دار محلی محکمه محل اقامت خوانده (طفل) بود و جز در موارد استثنائی که بعد از طلاق یا افتراق جسمانی، حضانت طفل به مادر واگذار شده بود و طفل نزد شوهر اقامت داشت دادگاه صالح محلی، دادگاه محل اقامت شوهر بود ولی اگر وراث شوهر مبادرت به طرح دعوی انکار می‌نمودند مرجع صلاحیت‌دار دادگاه محل اقامت مادر طفل یا قیم او می‌بود.

هـ ـ آثار حکم انکار و نفی ولد.

طفلی که مورد انکار واقع می‌شد، صفت مشروع را از دست می‌داد و از تاریخ انعقاد نطفه، نسب وی نامشروع و طبیعی می‌گردید بنابراین اثر حکم انکار عطف بماسبق می‌شد. نسب طفل معمولاً ناشی از زنای محصنه بود، در صورتی‌که نطفهٔ وی در زمان زوجیت منعقد گردیده باشد ولی نسب چنین طفلی در صورتی‌که قبل از ازدواج و یا بعد از انحلال نکاح منعقد می‌گردید، طبیعی (غیر قانونی) ساده بود.[۴]

در مواردی‌که حتی جزئی از مدت که احتمال انعقاد نطفه در آن مدت می‌رفت خارج از زمان زوجیت بود، محاکم فرانسه به نفع طفل تفسیر و نسب را نسب طبیعی ساده اعلام می‌کردند. چنانکه دیوان کشور فرانسه در قضیه هروال چنین تصمیمی اتخاذ نموده بود.

---

۱. مازو، درس حقوق مدنی، جلد اول، قسمت دوم، شمارهٔ ۹۰۳.

2. civ ler civ 20 fev 1957 , 2 e arrét Gaz . Pal , 1957. L. 387

3. Lyon 31 janv 1886 . D. 1387. 2. L. S. 1888. 2. 77; Trib. Civ Sein 5 janv 1949. D. 1949. J. 597 et note Holleaux.

4. civ 16 mars 1925 , D. P. 1926, 1145, note Rouast.

وقتی که انعقاد نطفهٔ طفل در زمان زوجیت بود باز هم قانونگذار اجازه داده بود که نسب چنین طفلی به وسیله شخص ثالث تصدیق شود و به وسیلهٔ ازدواج بعدی، مشروع گردد یا طفل بتواند نسبت طبیعی خود را اثبات نماید. زیرا نتیجه انکار، اثبات مستقیم نسبت ناشی از زنا نبود. حکم انکار گاهی دارای اثر نسبی بود یعنی اگر حکم به نفع یکی از وراث که خواهان دعوی بود صادر می‌شد، نسبت به سایرین مؤثر نبود، ولی اگر پدر مدعی انکار بود تصمیم دادگاه هرچه بود دارای ارزش و اثر مطلق بود و هیچکس حق اقدام دیگری نداشت.

بند سوم ـ ماهیت حقوقی انکار

انکار از نظر تئوری با اماره ابوت ارتباط کامل دارد. همانطوریکه قبلاً اشاره شد به عقیدهٔ عده‌ای از حقوقدانان فرانسه امارهٔ ابوت از نظر ماهیت و مبنای حقوقی عبارت است از قبول ضمنی شوهر، هنگام اعلام رضایت به ازدواج برای اینکه اطفال مشروع حاصل از دوران نکاح، منتسب به او باشند.

انکار در مقابل اقرار و عبارت از عدول شوهر از قبول ضمنی قبلی در زمینهٔ انتساب اطفال به اوست.[1]

از آنجائی که این عدول از قبول ضمنی زمان نکاح جنبهٔ استثنائی دارد و سبب متلاشی شدن آرامش کانون خانوادگی است، لذا باید ظهور اراده در این زمینه تابع مقررات کاملاً محدود کننده‌ای باشد.

همانطوری‌که محدودیت‌های تحمیل شده به نفی ولد و انکار را می‌توان بر مبنای آسایش خانواده و عفت زناشوئی استوار گردانید، به خوبی می‌توان تأسیس انکار و نفی ولد را نگهبان و حافظ منافع شوهر و اطفال مشروع واقعی توجیه و تفسیر کرد.[2]

انکار و نفی ولد از حقوق انحصاری شوهر است و استثناتاً ورثه شوهر نیز تحت شرایط خاصی حق اقامه دعوی انکار دارند.

انحصاری بودن این حق را ممکن است به این نحو توجیه کرد که شوهر تنها کسی است که بهتر به حقایق امور در زندگی زناشوئی و رابطهٔ جنسی و انعقاد نطفه و ایجاد

---

1. Planiol (M). Ripert (G0, Traité pratique de droit civil français. T. LL. No 780 – Colin (A). Revue trimestrielle de droit civil , 1902 , 287. 5
2. Ripert (G). Planiol (M) et Rouast (A) , Traité pratique de droit civil français . T. LL. No 782

طفل واقف است و بهتر می‌تواند مناقع خانوادگی و موضوع انتساب یا عدم انتساب طفل را به خود تشخیص دهد و یا اینکه می‌توان گفت در زندگی خصوصی و مسائل خانوادگی افراد، نباید دیگری حق مداخله داشته باشد، زیرا چنین مداخلاتی اخلاقاً زشت و زننده است.

البته حقیقت این است که انکار مانند بسیاری از تأسیسات حقوقی دیگر منشأ تاریخی داشته و از قدرت پدر سالاری سرچشمه می‌گیرد.[1]

در رم قدیم پدر در امور خانواده دارای اختیار و قدرت مطلق بوده و این قدرت مطلق عبارت بود از:

الف ـ اختیار تام در اشیاء و اموال (dominiea potestas)

ب ـ اختیار تام در مورد اطفال (Patria Potestas)

ج ـ اختیار تام در مورد زنان (Manus)

در حقوق رم، شوهر می‌توانست اطفال متولد در خانواده را به خود و خانواده خود ملحق بداند یا آنان را طرد کند و در اتخاذ تصمیم خود آزادی کامل داشت.

قدرت پدر در حقوق امروز نیز تحت عنوان امارهٔ ابوت و انکار ولد ظاهر و متجلی می‌گردد. یعنی شوهر می‌تواند اطفالی را که از زن وی در دوران نکاح متولد گردیده‌اند، منتسب به خود ندانسته و نفی نماید یا اینکه با اشخاص ثالث که مدعی ابوت اطفال مزبور می‌گردند. معارضه نماید و به استناد امارهٔ ابوت، فرزندان خود را مطالبه کند. نقش شوهر در طرز عمل انکار و نحوهٔ اجرای آن کاملاً حکایت دارد که شوهر رئیس خانواده و صاحب اختیار و قدرت است. البته در حقوق امروز قدرت شوهر در این زمینه تعدیل شده است. مسئله قابل توجه این است که آیا در موضوع تلقیح مصنوعی نیز انکار راه پیدا می‌کند یا خیر و به عبارت دیگر طفل حاصل از تلقیح مصنوعی را می‌توان انکار کرد یا نه؟

البته تلقیح مصنوعی از جمله مسائل مستحدثه و جدید الولاده است که در گذشته به علت تازه‌گی آن هنوز در حقوق فرانسه و سایر کشورهای جهان مقررات قانونی و رویه قضائی مسلمی در این زمینه ایجاد نگردیده بود و مسائل مربوط به آن کاملاً جنبه نظری

---

1. Paterfamilias

داشت برای روشن شدن مطلب می‌توان تلقیح مصنوعی را به دو قسمت تقسیم نمود. تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه و تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر.

هرگاه تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه که غالباً اسپرم دهنده گمنام است بعمل آمده باشد و شوهر به این امر رضایت نداده و یا به کلی از جریان بی‌اطلاع باشد، به‌نظر ژان کاربونیه استاد سابق دانشکده حقوق پاریس ممکن بود در حقوق فرانسه شوهر را مجاز دانست که ولد ناشی از تلقیح مصنوعی مزبور را نفی نماید.[1]

در گذشته نظر حقوق‌دانان فرانسه این بود که هرگاه شوهر هنگام تلقیح مصنوعی یا اسپرم بیگانه، به این اقدام راضی باشد هر چند که رضایت باطنی کامل نداشته باشد، نمی‌توان دعوی انکار ابوت را از شوهر پذیرفت و از نظر اجتماعی و حقوقی، می‌توان رضایت دهنده را به عنوان یک پدر شناخت، بدون اینکه از نظر بیولوژی و علم زیست شناسی نامبرده پدر طفل باشد.[2]

درصورتی‌که تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر و با رضایت او انجام پذیرفته باشد. به‌نظر می‌رسد که شوهر می‌تواند مانند زمانیکه نطفه طفل از طریق مقاربت طبیعی منعقد شده نسب طفل را انکار کند و مدعی گردد که طفل متولد شده، در اثر تلقیح با اسپرم او بوجود نیامده است.

بند چهارم ـ اعتراض به مشروعیت طفل.

وقتی که نطفهٔ طفلی قبل از ازدواج منعقد و تولد وی نیز خارج از ازدواج وقوع یافته باشد، یا اینکه مادر طفل در دوران قانونی انعقاد نطفه، اصلاً شوهر نکرده باشد، چنین طفلی را هرگز نمی‌توان به عنوان طفل مشروع درنظر گرفت؛ زیرا فاقد شرایط مشروعیت که عبارت از انعقاد نطفه یا ولادت طفل در زمان زوجیت است، می‌باشد معذلک قانون‌گذار فرانسه در بعضی موارد نظیر وقتی که نطفهٔ طفل بعد از انحلال نکاح منعقد شده باشد از یک فرض مشروعیت[3] برخوردار گردانیده است که این فرض خیلی سست و زودشکن است و با اقامهٔ دعوی اعتراض بر مشروعیت از اعتبار ساقط می‌گردد.

---

1. Carbonnier (J). Droit civil T. L er Ni 157 . P. 501 et 502
2. ex Lyon. 28 mai 1956 . D. 646. Note Breton Stoyanovitch, R. I, D. C. 1956, 264
Carbonnier (J). Droit civil . T. L. No 157. P. 501 et 502
3. Filiation de légitimité

فرق بین نفی ولد و اعتراض به مشروعیت نسب طفل این است که در انکار ولد ثابت می‌گردد با وجود اینکه نطفه در زمان زوجیت منعقد و با تولد طفل در زمان زوجیت به وقوع پیوسته است، بچه متعلق به شوهر نیست اما اعتراض به مشروعیت نسب یک طفل، عبارت از اعلام و اثبات این امر که مادر در تمام دوران قانونی انعقاد نطفه و حاملگی شوهر نداشته است.

فرق دیگر آن است که دعوی انکار به وسیلهٔ اشخاصی معین (شوهر و استثناناً وراث شوهر) تحت شرایط و مقررات خاصی قابل طرح است و حال آنکه دعوی اعتراض به نسب طفل به وسیلهٔ هر ذینفعی قابل طرح در مراجع قضائی صلاحیت‌دار می‌باشد؛ زیرا اعتراض به مشروعیت ذاتاً مانند انکار نیست که موجب از هم پاشیدگی خانواده و متلاشی شدن زندگی زناشوئی گردد. یعنی نتیجهٔ دعوی اعتراض بر مشروعیت تحقق ضمنی ارتکاب زنای محصنه از ناحیه زن و استقرار نسب ناشی از زنای محصَنه نیست تا تابع مقررات محدود کنندهٔ شدید قرار گیرد..

موارد اعتراض بر مشروعیت.

دعوی اعراض بر مشروعیت ممکن است در مورد عدم وقوع ازدواج بین ابوین یا تولد طفل قبل از ازدواج یا انعقاد نطفه پس از انحلال نکاح یا در زمان غیبت شوهر بعمل آید.

الف ـ عدم وقوع ازدواج بین ابوین ــ ممکن است به مشروعیت نسب طفلی اعتراض گردد و ثابت شود که بین ابوین ادعائی طفل رابطهٔ زوجیت وجود نداشته است تا چنین طفل مشروعی به‌وجود آمده باشد.

ب ـ ولادت طفل قبل از ازدواج ـ ممکن است به مشروعیت نسب طفلی اعتراض بعمل آید و اثبات گردد که طفل قبل از ازدواج پدر ومادر متولد شده است و ازدواج ابوین، بعد از تولد طفل نیز هرگز موجب نمی‌شود که طفل مزبور مشروع باشد (Légitime) بلکه ازدواج بعدی سبب می‌شود که طفل مشروع شده (Légitimé) تلقی گردد که چنین طفلی از بعضی جهات با طفل مشروع تفاوت دارد.

ج ـ انعقاد نطفه بعد از انحلال رابطهٔ زوجیت ـ (طبق ماده ۳۱۵ ق. م فرانسه) طفلی که بیش از سیصد روز بعد از انحلال نکاح متولد می‌گردد از یک مشروعیت فرضی نه حقیقی برخوردار است و مادام که به این مشروعیت اعتراض نشود، به قوت خود باقی

است ولی چون این مشروعیت زودشکن و سست است بنابراین با اعتراض از اعتبار ساقط می‌گردد. ماده ۳۱۵ ق. م فرانسه چنین مقرر می‌دارد: « مشروعیت طفل متولد شده سیصد روز بعد از انحلال نکاح می‌تواند مورد اعتراض واقع شود».

د ـ انعقاد نطفه در زمان غیبت شوهر ـ رویه قضائی فرانسه پس از شک و تردید قراوان چنین استوارد گردیده است:

طفلی که نطفه‌اش در زمان غیبت شوهر (که به موجب حکم دادگاه شوهر غایب مفقودالاثر اعلام شده باشد) منعقد گردد، نمی‌تواند از فرض مشروعیت استفاده نماید.[1]

عده‌ای از حقوق‌دانان متعقدند که این رویه با مقررات ماده ۳۱۵ ق. م فرانسه مغایرت داشته و با آن سازگار نیست زیرا در حالت انحلال نکاح وحتی در مورد فوت شوهر، طفلی که نطفه‌اش بعد از سیصد روز از تاریخ انحلال نکاح منعقد شده باشد، موقتاً از مشروعیت برخوردار می‌گردد و مادام که اعتراضی بعمل نیاید مشروعیت ادامه می‌یابد. بنابراین به طریق اولی باید طفلی که نطفه‌اش در زمان غیبت شوهر منعقد می‌گردد از مشروعیت فرضی مادام که مورد اعتراض واقع نشده بهره‌مند گردد.[2]

البته در صورت اعتراض، طفل باید ثابت کند که شوهر مادر (پدر ادعائی) در زمان انعقاد نطفه غایب نبوده و با مادر او رابطهٔ جنسی داشته است که نوعاً اثبات چنین امری غیرممکن است.

خصوصیات دعوی اعتراض.

از آنجائیکه دعوی اعتراض بر مشروعیت نسب طفل، به شدت دعوی انکار، آرامش خانوادگی را متزلزل نمی‌گرداند و موجب هتک حیثیت خانوادگی و عفت زناشوئی نمی‌شود اثبات خلاف مشروعیت فرضی و ظاهری موجود، لزوماً سبب تحقق زنای محصنه و ثبوت ناشی از زنای محصنه نیست. لذا دعوی اعتراض بر مشروعیت تابع هیچ یک از مقررات محدودکنندهٔ دعوی انکار نمی‌باشد، بلکه مقررات کلی دعاوی وضعیت و احوال شخصی در مورد این دعوا اعمال می‌گردد. بنابراین اولاً دعوی اعتراض بر مشروعیت نسب مشمول مرور زمان نمی‌شود.

---

1. civ19 dec 1906 D. 1907. L . 289 et note Binet
2. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart , Leçons de droit civil. T ler V. II. No 914

ثانیاً ـ هر ذینفعی مثل پدر واقعی طفل و حتی خود طفل، حق طرح دعوی اعتراض دارند و پدر واقعی دعوی خود را براساس یک رابطه نسبی غیرقانونی ساده نه نسب ناشی از زنای محصنه، طرح و اقامه می‌نماید. البته طلبکاران پدر ظاهری حق اقامه دعوی اعتراض به نسب ندارند. زیرا در زمینه وضعیت و احوال شخصی طرح دعوی غیر مستقیم مردود است (ماده ۱۱٦٦ ق. م فرانسه).

مقایسه و نتیجهٔ گفتار دوم.

بطور خلاصه با وجود اینکه طفل متولد در زمان زوجیت، طبق امارهٔ فراش به شوهر ملحق می‌گردد، معذلک اماره مزبور از جمله امارات تغییرپذیر است و از راه انکار ونفی ولد می‌توان آن را از اعتبار ساقط کرد.

نفی ولد چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه و اسلام عبارت است از عدم قبول طفل متولد از زوجه به فرزندی، با دعای نا مشروع بودن نسب وی.

از مطالعه و مقایسه نفی ولد در حقوق ایران و فرانسه نتایج زیر حاصل می‌گردد:

۱ـ در حقوق فرانسه سه نوع نفی ولد (انکار ولد ساده ـ انکار ولد با اثبات عدم ابوت از طرق محدود قانونی ـ انکار ولد با اثبات عدم ابوت به وسیله دلائل غیر محدود) با شرایط خاص وجود دارد در صورتی‌که در حقوق ایران نفی ولد فقط یکنوع است که با نوع سوم انکار ولد در حقوق فرانسه که فوقاً به آن اشاره شد از لحاظ اقامهٔ دلیل تقریباً شباهت دارد.

۲ـ چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه نفی ولد پس از اقرار صریح با ضمنی بابوت مسموع نخواهد بود.

۳ـ در حقوق فرانسه مهلت طرح دعوا مهلت ثابته یا مهلت ساقط کنندهٔ حق است. در حقوق ایران نیز طبق (ماده ۱۱٦۲ ق. م) مهلت مقرر مهلت ثابته است ولی مهلت پیش‌بینی شده در هر دو ماده فوق‌الذکر مهلت ثابته است نه مهلت مرور زمان.

در حقوق سوئیس مهلت ثابته سه ماه از تاریخ اطلاع از ولادت و در حقوق حبشه صد هشتاد روز از تاریخ ولادت طفل یا بعد از قطعیت حکم مبنی بر احراز نسب مادر است.

٤ـ آثار نفی ولد چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه عطف بماسبق می‌شود یعنی با صدور حکم قطعی، نسب طفل از تاریخ انعقاد نطفه نامشروع می‌گردد.

۵ـ مرجع صلاحیت‌دار رسیدگی به دعوی نفی ولد و کلیه دعاوی راجع به نسب در حقوق ایران و فرانسه دادگاه شهرستان و دادگاه خانواده محل اقامت خوانده خواهد بود.

در پایان این بخش اضافه می‌شود، با توجه به تحولات عمیق اجتماعی در فرانسه، قلمرو انکار و نفی ولد، اکنون بسیار محدود گردیده و طبق مادهٔ ۳۱٤ جدید قانون مدنی مصوب ۲۰۰۵، منحصراً در صورتی انکار ولد امکان‌پذیر است که اسناد هویتی یا اوضاع و احوال ظاهری، حکایت از وجود رابطهٔ پدر فرزندی نداشته باشد.

گفتار سوم
آثار نسب مشروع

آثار حقوقی نسب مشروع عبارتند از:

بخش اول ـ حرمت نکاح با بعضی از اقرباء نسبی و سبب و رضاعی.

بخش دوم ـ حضانت اطفال.

بخش سوم ـ ولایت قهری پدر و جد پدری.

بخش چهارم ـ الزام به انفاق به اعتبار قرابت.

بخش پنجم ـ توارث بین طفل و پدر و مادر و خویشاوندان آنها.

بخش اول ـ حرمت نکاح با بعضی از اقرباء نسبی و سبب و رضاعی

قانون مدنی ایران نکاح با اقربای نسبی و سببی و رضاعی را تا درجه معینی ممنوع کرده است که مختصراً به شرح هر یک از محارم سه گانه بالا می‌پردازیم.

۱ـ محارم نسبی ـ اقرباء نسبی تا حدود معینی نمی‌توانند با هم ازدواج نمایند. ماده ۱۰٤۵ ق. م در خصوص ممنوع بودن نکاح با اقارب نسبی چنین می‌گوید:

۲ـ نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد:

اول ـ نکاح با پدر و اجداد و یا مادر و جدات هر قدر که بالا برود

دوم ـ نکاح با اولاد هر قدر که پائین برود

سوم ـ نکاح با برادر و خواهر و اولاد آن‌ها هرقدر که پائین برود

چهارم ـ نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات

قانون مدنی ایران موارد منع نکاح با اقرب نسبی را عیناً از شرع اسلام اقتباس نموده است که مستند آن آیه کریمه (حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ اُمَّهٰاتُکُمْ وَ بَنٰاتُکُمْ وَ اَخَوٰاتُکُمْ وَ عَمّٰاتُکُمْ وَ خٰالاٰتُکُمْ و بَنٰاتُ اَلْاَخِ و بَنٰاتُ اَلْاُخْتِ) می‌باشد.[1]

طبق ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی قرابت نسبی حاصل از شبهه و زنا از حیث منع نکاح در حکم قرابت نسبی مشروع است و با توجه به اینکه قانونگذار ایران برای اولاد نامشروع حقی درنظر نگرفته معذلک در زمینهٔ نکاح از حقایق بیولوژیکی منحرف نگردیده و آثار نسب مشروع را از این جهت بر آن مترتب ساخته است.

در حقوق مدنی فرانسه نیز ازدواج بین اقارب نسبی تا درجه معینی به شرح زیر ممنوع است:

اول ـ بین کلیه اقرباء نسبی در خط مستقیم صعودی و نزولی تا هر درجه که باشد. اعم از مشروع یا نامشروع (طبیعی). بنابراین نکاح با پدر و اجداد و مادر و جدات هر قدر بالا رود و همچنین نکاح با اولاد هر قدر پائین برود ممنوع است (ماده ۱۶۱ ق. م).

دوم ـ اقرباء در خط اطراف ـ از اقرباء نسبی در خط اطراف بین خواهر و برادر مشروع یا نامشروع (طبیعی) ازدواج ممنوع است (ماده ۱۶۲ ق. م).

همچنین بین عمو و عمه و دائی و خاله با برادر زاده و خواهرزاده ازدواج ممنوع است (ماده ۱۶۳ قانون مدنی فرانسه).

بنابراین برادرزاده و خواهرزاده نمی‌توانند با عمو و عمه، دائی و خاله ازدواج نمایند. معذلک رئیس جمهور مجاز است به علل خیلی مهم در موارد زیر ممنوعیت را برداشته و فرمان ازدواج صادر نماید.

۱ـ ازدواج بین اقرباء سببی در خط مستقیم هنگامیکه آنکس که موجب رابطهٔ سببی است فوت شده باشد. مثلاً مردی در موارد خیلی مهم، می‌تواند با اجازهٔ رئیس جمهور با مادرزن خود در صورتی‌که زنش فوت شده باشد، ازدواج نماید و نظایر آن.

۲ـ ازدواج زن با برادرشوهر و ازدواج مرد با خواهر زن.

---

۱. آیه ۲۲ از سوره نساء : حرام شد برای شما ازدواج با ادران و دختران و خواهران و عمات و خالات و دختران برادر و دختران خواهرتان.

۳ـ ازدواج بین عمو و عمه دائی و خاله یا برادرزاده و خواهرزاده (ماده ١٦٤ ق. م. ف).

٤ـ محارم سببی

در حقوق ایران نکاح بین اقارب سببی نیز تا درجه معینی به شرح زیر ممنوع است. نکاح بین اشخاص زیر به واسطه مصاهره[1] ممنوع است.

اول ـ بین مرد و مادر وجدات زن از هر درجه که باشد.

دوم ـ بین مرد و زنی که سابقاً زن پدر و یا زن یکی از اجداد یا زن پسر یا زن یکی از احفاد او بوده است.

سوم ـ بین مرد با اناث از اولاد زن از هر درجه که باشد مشروط بر اینکه بین زن و شوهر زناشوئی واقع شده باشد.

در موارد مذکور نکاح یا اقرباء سببی ممنوع دائمی است (ماده ۱۰٤۷ ق. م ایران).

چهارم ـ جمع بین دو خواهر ممنوع است اگر چه به عقد منقطع باشد (ماده ۱۰٤۸ ق. م ایران).

البته پس از انحلال عقد یکی نکاح با دیگری ممنوع نیست.

پنجم ـ هیچ کس نمی‌تواند با دختر برادر زن یا دختر خواهر زن خود ازوداج نماید مگر با اجازه زن خود (۱۰٤۹ ق. م ایران).

ششم ـ نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم نزدیکی با نکاح صحیح ولی مبطل نکاح سابق نیست (ماده ۱۰۵۵ ق. م ایران).

بنابراین نزدیکی به شبهه یا زنا در صورتی‌که سابق بر نکاح باشد مانند نزدیکی با نکاح صحیح سبب ممنوعیت نکاح با اقرباء سببی در بعضی درجات به شرح فوق می‌گردد.

در حقوق فرانسه نیز نکاح بین بعضی از اقارب سببی به شرح زیر ممنوع است:

اول بین اقرباء سببی در خط مستقیم صعودی یا نزولی اعم از اینکه قرابت مزبور مشروع باشد یا نباشد.

بنابراین شوهر نمی‌تواند با مادر و جدات زن خود هر قدر بالا رود و اولاد زن خود هرقدر پائین رود ازدواج نماید (ماده ١٦١ ق. م ف).

---

۱. مصاهره: دامادی

دوم ـ بین اقرباء سبب در خط اطراف

قبل از سال ۱۹۱٤ ازدواج با خواهرزن و برادرشوهر که از اقارب سببی در خط اطراف می‌باشند، ممنوع بود ولی به موجب قانون مصوب اول ژوئیه سال ۱۹۱٤ این ممنوعیت از بین رفت و فقط در یک مورد این ممنوعیت به قوت خود باقی ماند و آن در صورتی است که ازدواج مولد قرابت سببی به وسیله طلاق منحل شده باشد (ماده ۱٦۲ ق. م. ف).

بنابراین اگر انحلال نکاح به واسطه طلاق باشد، ازدواج با برادرشوهر یا خواهر زن قانوناً جایز نیست و اخلاقاً نیز موجه نمی‌باشد، هرچند که از ازدواج قبلی اولادی هم باقی نمانده باشد.[1]

اگر چنانچه نکاح در اثر فوت یکی از زوجین منحل شده باشد، نه تنها از نظر اخلاقی زننده نیست و از نظر عرف و قانون ممنوعیتی وجود ندارد، بلکه عقلانی نیز خواهد که خواهر زن یا برادر شوهر قائم مقام متوفی شده ضمن رسیدگی به وضع فرزندان و بازماندگان خانواده، کانون خانوادگی را از نابسامانی و پریشانی نجات بخشد.[2]

در این زمینه بین برادر و خواهر مشروع و نامشروع (طبیعی) فرقی وجود ندارد.

ممنوعیت ازدواج اقرباء سببی در خط مستقیم وقتی کسی که موجب رابطهٔ سببی گردیده قوت شود و همچنین ازدواج زن با برادر شوهر و ازدواج مرد با خواهر زن ممکن است بنا به علل مهمی به دستور رئیس جمهور رفع و ازدواج امکان‌پذیر گردد[3] (ماده ۱٦٤ ق. م. ف).

۳ـ قرابت رضاعی ـ قرابت رضاعی عبارت از قرابتی است که بین طفل شیرخوار و زنی که او شیر داده است و بین هر یک از آن‌ها با خویشاوندان دیگری پیدا می‌شود.

---

1. Orléan. 15 nov 1893. D. P. 94. 2. 113
2. Alex Weill, Droit civil (Précis Dalloz). T. L. No 657; Planiol (M). Ripert (G), traité pratique de droit civil français. T. LL. No 112; Mazeaud (H. L) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. L. V. LL. N. 759; Josserand (L), Cours de droit civil positif français. T. L. No 715 à 722
3. Josserend (L), Cours de droit civil positif français. T. L. No 721; Planiol (M). Ripert (G). Traité pratiqe de droit civil français. T. II. No 113

در حقوق ایران قرابت رضاعی از لحاظ ممنوعیت نکاح در حکم قرابت نسبی است. ماده ۱۰٤٦ ق. م چنین مقرر می‌دارد:

قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است مشروط بر اینکه اولاً شیر از حمل مشروع حاصل شده باشد. ثانیاً شیر مستقیماً از پستان مکیده شده باشد. ثالثاً طفل لااقل یک شبانه روز و با ۱۵ دفعهٔ متوالی شیر کامل خورده باشد بدون اینکه در بین، غذای دیگر یا شیر زن دیگر را بخورد. رابعاً شیر خوردن طفل قبل از تمام شدن دو سال از تولد او باشد. خامساً مقدار شیری که طفل خورده است از یک زن و از یک شوهر باشد.

بنابراین اگر طفل در شبانه‌روز مقداری از شیر یک زن و مقداری از شیر زن دیگر 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 هریک را از شیر متعلق به شوهر دیگر شیر داده باشد آن پسر با آن دختر برادر و خواهر رضاعی نبوده و ازدواج بین آن‌ها از این حیث ممنوع نمی‌باشد.

ماده ۱۰٤٦ ق. م. ایران از فقه اسلام اقتباس گردیده است. در حقوق اسلامی بحث مفصلی به رضاع اختصاص یافته است که برای جلوگیری از اطاله کلام به شرح مختصر آن اکتفاء می‌گردد.

در فقه اسلام قرابت رضاعی مانند قرابت ناشی از نسب، موجب حرمت نکاح است.[۱]

مدرک و مستند این دستور آیه مبارکه «. . . امهاتکم الاتی ارضعنکم و اخوانکم من‌الرضاعة»[۲]

و فرمایش حضرت محمد (ص) می‌باشد که فرموده‌اند:

«الرضاع لحمة کلحمة النسب»[۳]

علاوه بر دو مدرک مذکور در این زمینه، روایاتی نیز وجود دارد که به ذکر اهم آن اکتفا می‌گردد.

---

۱. شرح لمعه، جلد دوم، کتاب‌النکاح، ص ۲۱۹ به بعد تألیف شهید ثانی؛ شرایع‌الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب النکاح، ص ۱۵۳ به بعد؛ جواهر الکلام تألیف شیخ محمد حسن جلد پنجم صفحه ۵۸ به بعد.

۲. آیه ۲۲ از سوره نساء یعنی و حرام شد بر شما ازدواج با ماردان شیری وخواهران شیری شما.

۳. رضاع تار و پودیست مانند تار و پود نسب (رضاع قرابتی مثل قرابت نسب)

۱ـ روایت ابراهیم ابن‌نعیم کنانی است که از حضرت صادق (ع) از چگونگی رضاع سئوال کرد، حضرت در جواب فرمود:

«بحرم من‌الرضاع ما یحرم من‌النسب[۱]»

۲ـ روایت ابن ابی عمیر از حضرت صادق (ع) است که فرمود:

«لایصلح للمراه ان نیکحها عمها و لا خالها من‌الرضاعه[۲]»

۳ـ روایت عبداله‌بن سنان از حضرت صادق است که فرمود:

«یحرم من‌الرضاع ما یحرم من‌القرابه».[۳]

با توجه به موارد فوق‌الذکر معلوم می‌شود همانطورکه اقارب نسبی هفتگانه.[۴] از موانع نکاح محسوب می‌شوند، ارقاب هفتگانه مزبور به وسیله رضاع نیز به لحاظ آنکه نازل منزله نسب می‌باشند، نکاح با آنان حرام است.[۵]

عده‌ای معتقدند که با توجه به مفاد آیهٔ « امهات نسائکم ... و ان تجمعوا بین الاختیین ...».[۶]

نکاح با مادر رضاعی زن و جمع بین دو خواهر رضاعی نیز حرام است.[۷]

در حقوق ایران با توجه به مادهٔ ۱۰۴۶ ق. م که قرابت رضاعی را از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی می‌داند این قول را می‌توان پذیرفت.

در شرایط تحقق رضاع و نشر حرمت قول مشهور همان است که در ماده ۱۰۴۶ ق.م ایران پیش‌بینی شده و قبلاً بیان کردیم.

رضاع فقط موجب نشر حرمت، و از موانع نکاح می‌باشد ولی در سایر موارد نظیر حضانت و ولایت و نفقه وارث، حقوق و تکالیفی ایجاد نمی‌کند و در این گونه امور آثاری بر آن مترتب نمی‌گردد.

در حقوق فرانسه قرابت رضاعی وجود ندارد و رضاع سبب نشر حرمت نمی‌گردد ولی قرابت ناشی از فرزندخواندگی تا حدودی از موانع نکاح محسوب می‌شود. چنانکه

---

۱. حرام است از رضاع آنچه از نسب حرام است.
۲. صلاحیت ندارد برای زن که عمو و دائی رضاعی او با وی نکاح کنند.
۳. حرام است از رضاع آنچه از قرابت حرام است.
۴. حرمت علیکم امهاتکم و نباتکم و اخواتکم و عماتکم و خالاتکم و نبات الاخ و نبات الاخت.
۵. کلیات حقوق اسلامی تألیف محمد عبده بروجردی شماره ۷۰۱ به بعد.
۶. آیه ۲۲ سوره نساء. و حرام است بر شما مادران زنهای شما . . . و حرام است جمع بین دو خواهر.
۷. ضوابط معاملات و کلیات حقوق تألیف آقای محمد سنگلجی ص ۱۴۵ و ۱۴۶.

ماده ۳۳۶ ق. م . ف مصوب ۱۱ ژوئیه سال ۱۹۶۶ ازدواج بین افراد زیر را ممنوع کرده است:

اول ـ بین پدرخوانده یا مادرخوانده با فرزندخوانده و اعقاب و احفاد آنها.

دوم ـ بین فرزندخوانده و همسر پدرخوانده یا مادر خوانده. متقابلاً بین پدرخوانده یا مادرخوانده با همسر فرزندخوانده.

سوم ـ بین فرزندخواندگان یک شخص.

چهارم ـ بین فرزندخوانده و فرزندان واقعی پدرخوانده یا مادرخوانده.

در مورد سوم و چهارم بنا به علل مهمی ممکن است با اجازه و معافیت صادر از ناحیه رئیس جمهور، ممنوعیت از بین برود و ازدواج امکان‌پذیر گردد.[۱]

در حقوق ایران فرزندخواندگی به مفهوم واقعی وجود ندارد. ولی نهادی تحت عنوان سرپرستی اطفال بدون سرپرست در سال ۱۳۵۳ به‌وجود آمده است.

در خاتمه ببینیم به چه دلیل اکثر قوانین و مذاهب جهان نکاح با خویشاوندان نزدیک را ممنوع کرده‌اند.

می‌توان این ممنوعیت را متکی به سه علت اساسی دانست: الف ـ علت مادی. ب ـ علت معنوی. ج ـ علت اجتماعی.

الف ـ علت مادی که مربوط به وظایف الاعضاء و ساختمان جسمی و روحی انسان است.

دانشمندان معتقدند که ازدواج با محارم و اقارب نزدیک و یا کسانی که از لحاظ گروه خونی یکسان هستند باعث تضعیف قوای جسمی و روحی اولاد و ضعف نژاد می‌شود و غالباً سبب کری و جنون صرع (حمله) در اطفال گردیده و یا اطفال زنده نمی‌مانند.[۲]

البته در صورتی که این نظر صحیح باشد فقط در مورد اقارب، نسبی و رضاعی صادق است نه در مورد اقارب سببی.[۳]

ب ـ علت معنوی و اخلاقی ـ نکاح با نزدیکان اخلاقاً زننده است و وجدان سالم از این عمل نفرت دارد.

---

۱. راجع به فرزندخواندگی مفصلاً بحث و مطالعه شده است.

2. Ripert(G). et Boulanger (J), traité de droit civil. T ler. No 1154.

۳. حقوق مدنی، جلد اول، تألیف دکتر شایگان، شماره ۶۴۹ به بعد.

این دلیل از علت اول قوی‌تر و در مورد کلیه محارم حتی قرابت ناشی از فرزند خواندگی صادق است.[۱]

ج ـ علت اجتماعی ـ مصلحت جامعه ایجاب می‌کند که بین مردم دوستی و صمیمیت حکمفرما باشد و حتی‌الامکان خانواده‌ها و طوایف به هم نزدیک و متحد گردند. چون نکاح یکی از وسایل ایجاد محبت و مودت است، برای تأمین این منظور باید با بیگانگان وصلت کرد.[۲]

مقایسه

از مطالعه و مقایسه حرمت نکاح با بعضی از اقارب نسبی و سببی در حقوق ایران و فرانسه نتایج زیر بدست می‌آید:

۱ـ درحقوق ایران نکاح با اقارب نسبی مشروع و نامشروع زیر ممنوع است.

الف ـ پدر، اجداد، مادر، جدات هر قدر بالا رود.

ب ـ اولاد هر قدر پائین رود.

ج ـ برادر و خواهر و اولاد آن‌ها هرقدر پائین روند.

د ـ عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر ومادر و اجداد وجدات.

در حقوق فرانسه نیز نکاح با ارقاب نسبی زیر ممنوع است:

الف ـ کلیه اقارب نسبی در خط مستقیم صعودی و نزولی تا هر درجه اعم از مشروع یا طبیعی: (پدر، اجداد، مادر، جدات هرقدر بالا روند و هرقدر پائین روند..)

ب ـ اقرباء نسبی در خط اطراف: (برادر و خواهر مشروع یا طبیعی و اولاد آن‌ها اعمام و عمات و اخوال و خالات).

۲ـ در حقوق ایران ازدواج با اقارب سببی زیر ممنوع است:

الف ـ مادر و جدات زن از هر درجه باشد.

ب ـ زنی که سابقاً زن پدر یا یکی از اجداد و یا زن پسر یا زن یکی از احفاد مرد بوده است.

ج ـ اناث از اولاد زن از هر درجه باشد به شرط آنکه بین زن و شوهر زناشوئی واقع شده باشد.

---

۱. الکس ویل، حقوق مدنی (پرنسی والوز) شماره ۶۶۰

2. Planiol (M). Ripert, traité pratique de droit civil. Français. T. II. No 110

(موارد مذکور در فوق ممنوعیت دائمی است).

د ـ ازدواج با دختر برادر زن یا دختر خواهرزن بدون اجازه زن ممنوع است.

درحقوق فرانسه نیز ازدواج با اقربای سببی زیر ممنوع است:

الف ـ اقرباء سببی در خط مستقیم صعودی یا نزولی اعم از مشروع یا غیرمشروع (زن با پدر و اجداد شوهر هرقدر بالا رود. شوهر با مادر و جدات زن خود هرقدر بالا رود. اولاد زن و شوهر هرقدر پائین رود).

ب ـ اقرباء سببی در خط اطراف ــ تا قبل از سال ۱۹۱٤ ازدواج با خواهر زن و برادرشوهر که از اقرباء سببی در خط اطراف هستند ممنوع بود ولی از آن به بعد این ممنوعیت از بین رفت و فقط در صورتی که ازدواج مولد قرابت سببی به وسیله طلاق منحل شده باشد این ممنوعیت به قوت خود باقی است که آن هم در صورت اجازه رئیس جمهور در موارد مهم طبق ماده ١٦٤ ق. م ازدواج امکان‌پذیر است.

۳ـ در حقوق ایران قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است (البته تحقق قرابت رضاعی شرایطی دارد که در ماده ١٠٤٦ ق. م ایران پیش‌بینی شده است).

در حقوق فرانسه چنین تأسیسی وجود ندارد یعنی در اثر شیرخوردن طفل از پستان زنی چنین قرابتی که در حقوق ایران به‌وجود می‌آید ایجاد نخواهد شد.

در حقوق ایران نیز فرزندخواندگی وجود ندارد و منشاء هیچگونه آثاری نخواهد بود و سرپرستی اطفال بدون سرپرست نهادی غیر از فرزندخواندگی است.

بخش دوم ـ حضانت و تربیت طفل

۱ـ حضانت ـ حضانت لغتاً عبارت از درکنارگرفتن کودک و پرورش دادن طفل[1] و اصطلاحاً در حقوق عبارت از نگاهداری و پرورش طفل است که قانوناً و بر حسب نظام فطرت و طبیعت بر عهده ابوین است.

به عبارت دیگر حضانت و نگاهداری عبارت است از بکار بردن وسایل لازم برای بقاء و رشد بهداشت جسمی و روحی طفل، مانند حفاظت طفل از عوامل گوناگون، دادن غذا، پوشاندن لباس، گذاردن در تختخواب، شستشوی لباس طفل و تهیه دارو و

---

۱. حضن بکسر حاء : زیر بغل تا تهیگاه و سینه و دو بازو ـ حضانت بکسر حاء زیر بال گرفتن مرغ است تخم خود را. (المنجد).

بردن طفل درصورت بیمارشدن نزد پزشک متخصص و غیره و کلیه مراقبت‌های لازم که طفولیت اقتضاء دارد.[۱]

نگاهداری طفل در سنین مختلف متفاوت است.

با توجه به مراتب فوق معلوم می‌شود که حضانت بیشتر ناظر به نگاهداری و مواظبت مادی طفل است و اساساً از مفهوم تربیت روحی و اخلاقی طفل مجزا است. که تفکیک آن‌ها چندان آسان نیست.

حضانت و شیردان ـ حضانت با شیردان فرق دارد.

هر کودکی در مدت دو سال اول زندگی خود احتیاج به شیر دارد و چون در دوران حمل، طفل از خون مادر تغذیه می‌کند، بنابراین در مراحل اولیهٔ زندگی نیز شیرمادر از هر شیر و مادهٔ غذائی دیگر بیشتر با او سازگار است. دورهٔ شیرخوارگی طفل در سال است، چنانچه در قرآن کریم آمده است:

«مادران فرزندان خود را دو سال شیر می‌دهند».[۲]

فقهای اسلام در زمینه شیردادن به طفل بحث فراوان کرده‌اند. به عقیده فقهاء امامیه شیر دادن از تکالیف حضانت مادر نبوده و واجب نیست مادر فرزند خود را شیر بدهد.[۳]

فقها اهل تسنن شیردادن را وظیفه و تکلیف مادر و امری واجب می‌دانند ولی عقیده همه آن‌ها در این زمینه یکسان نیست.

فقهای حنفی معتقدند که شیردادن از نظر مذهب وظیفهٔ مادر است و عملی است واجب به این معنی که اگر مادر از شیردادن به طفل امتناع نماید مرتکب گناه شده است ولی حاکم نمی‌تواند مادر را درصورت امتناع، اجبار نماید که به طفل خود شیر بدهد.

مالک مؤسس مذهب مالکی معتقد است که مادر ملزم می‌گردد، مگر آنکه مطلقه غیر رجعیه باشد یا در خانوادهٔ طفلی که باید به او شیر بدهد سکونت نداشته باشد.

کلیه فقهای اسلامی اعم از امامیه و اهل سنت اجماعاً معتقدند درصورت که شیردادن به طفل به وسیلهٔ زن دیگری امکان‌پذیر نباشد و حیات طفل در معرض خطر قرار گیرد، مادر از طرف حاکم مجبور می‌گردد که به فرزند خود شیر بدهد.[۴]

---

۱. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۸۸؛ دکتر حسین صفائی : کتاب حمایت محجورین. چاپ فرانسه سال ۱۹۶۶ ص ۹۴

۲. وَ ٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ. (سوره بقره آیهٔ ۲۳۲)

۳. کتاب حمایت محجورین تألیف دکترَ حسینَ صفائی. چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ ص ۹۴ . دکتر امامی: حقوق مدنی. جلد پنجم ص ۱۸۸

۴. دکتر حسین صفائی: کتاب حمایت محجورین. چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ ص ۹۴ و ۹۵

بنابراین در حقوق اسلام جز در موارد استثنائی که محل اختلاف نیست دو عقیده اساسی وجود دارد.

عقیدهٔ اول ـ آن است که شیردادن هم حق است و هم تکلیف

عقیدهٔ دوم ـ آن است که شیردادن صرفاً حق است و مادر می‌تواند از آن صرفنظر و حق خود را ساقط نماید. در اینصورت پدر مکلف خواهد بود که وسیلهٔ شیردادن به طفل را فراهم سازد.

در حقوق ایران از عقیده دوم پیروی شده است. مادهٔ ۱۱۷۶ ق. م مقرر می‌دارد:

«مادر مجبور نیست که به طفل شیر بدهد مگر در صورتی‌که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد».

در حقوق کشورهای تونس (مادهٔ ۳۸ قانون احوال شخصیه و عراق (مادهٔ ۵۵ قانون احوال شخصیه) از عقیده اول پیروی گردیده است.

اجرت شیردادن از مال کودک در صورتی‌که دارائی داشته باشد پرداخت می‌گردد و در صورت که طفل فاقد دارائی باشد، پدر از باب نفقهٔ اقارب اجرت شیردادن را می‌پردازد و هرگاه پدر دارائی نداشته باشد، به عقیده آقای دکتر امامی مادر از باب نفقهٔ اقارب ملزم است کودک خود را مجاناً شیر دهد یا به دیگری واگذار کند و اجرت او را بپردازد.[1]

ولی به عقیده نگارنده اگر اجرت شیردادن را جزء نفقه طفل بدانیم طبق (ماده ۱۱۹۹ ق. م) ایران درصورتی‌که پدر فاقد دارائی باشد، اجرت شیردادن طفل به عهده اجداد پدری با رعایت الاقرب فالاقرب و در صورت نبودن پدر و اجداد پدر یا عدم قدرت آن‌ها، اجرت شیردادن بر عهده مادر است.

درصورتی‌که مادر، بچه خود را شیر بدهد آیا مستحق اجرت خواهد یا خیر؟

به عقیده اکثر فقهای امامیه مادر مستحق اجرت خواهد بود.[2]

به عقیده فقهای اهل تسنن و بعضی از فقهای امامیه زن در زمان زوجیت یا در زمان عده، در طلاق رجعی، حق مطالبهٔ اجرت ندارد. زیرا مادر در دو مورد فوق حق مطالبه یک نفقه از شوهر خود که پدر طفل می‌باشد دارد و حق ندارد نفقهٔ دیگری برای

---

۱. دکتر امامی: حقوق مدنی. جلد پنجم ص ۱۸۷ و ۱۸۹

۲. دکتر امامی: حقوق مدنی، صفحه ۱۸۸ ـ دکتر حسین صفائی: کتاب حمایت محجورین چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ ـ صفحه ۹۵.

شیردادن به طفل از شوهر خود مطالبه نماید. عده‌ای می‌گویند که شیردادن طفل در زمان زوجیت یا در زمان عده جزء وظایف مادر است و انجام وظیفه و تکلیف نمی‌تواند اجرت داشته باشد.

البته می‌توان استدلال کرد که اگر شیردادن به طفل تکلیف همسری و ناشی از زوجیت نباشد، چون اجرت شیردادن نفقه محسوب نمی‌شود و با آن فرق دارد، لذا زن می‌تواند برای شیردادن به طفل در زمان زوجیت یا زمان عده، از شوهر خود مطالبهٔ اجرت نماید.

در حقوق ایران، در این زمینه، مادهٔ صریحی وجود ندارد ولی عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که مادر برای شیردادن به کودک خود می‌تواند اجرت مطالبه کند.[1]

مسأله: در صورتی‌که مادر از شیردادن به کودک خود امتناع نماید، آیا حق حضانت وی ساقط می‌گردد یا خیر؟ فقهای امامیه در این زمینه اختلاف عقیده دارند.

عقیده اکثریت، بقای حضانت است؛ زیرا پرورش و نگاهداری طفل نزد مادر بهتر صورت می‌گیرد تا در نزد دایه. بنابراین نمی‌توان به بهانهٔ شیردادن، طفل را از مادرش که دارای حق حضانت است دور نمود و دایه نمی‌تواند طفل را به منزل خود ببرد.

عده‌ای دیگر معتقدند، در صورتی‌که اعمال حق حضانت مادر برای مدت شیردادن ممکن نباشد حق حضانت مادر با امتناع از شیردادن ساقط می‌شود.

درحقوق ایران مادهٔ صریحی در این زمینه وجود ندارد. با توجه به ماده ۱۱۶۹ ق. م سابق در دو سال دوران فطام (شیرخوارگی) به‌طور مسلم حضانت با مادر است. زیرا مادر در نگاهداری پسر تا دوسال و دختر تا هفت سال طبق ماده فوق‌الذکر اولویت داشت ولی مادهٔ مزبور در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ اصلاح شده و در حال حاضر اولویت حضانت اطفال اعم از پسر و دختر تا سن ۷ سالگی با مادر و پس از آن با پدر است.

حال اگر مادر از شیردادن به طفل خود امتناع نماید یا اجرتی بیشتر از آنچه زنان دیگر می‌خواهند مطالبه نماید، به عقیده آقای دکتر امامی در صورتی‌که اعمال حضانت مادر برای مدت شیردادن ممکن نباشد، حق حصانت ساقط می‌شود. زیرا نمی‌توان به اعتبار حق حضانت مزبور پدر را به تأدیه اجرت زیادتر ملزم نمود ولی اگر مادر بتواند

---

۱. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحهٔ ۱۸۸

با شیردادن غیر به کودک حق حضانت خود را اعمال نماید، حق مزبور باقی خواهد ماند.

حالا که فرق حضانت و شیردادن روشن شد باید ببینیم حضانت حق است یا حق و تکلیف است.

فقهای اسلام در این زمینه، سه عقیده ابراز داشته‌اند:

عقیدهٔ اول ـ طبق این عقیده حضانت هم حق و هم تکلیف، بنابراین حضانت قابل اسقاط و مصالحه نمی‌باشد و کسی که حضانت به عهده اوست درصورت امتناع اجبار می‌شود. بعضی از فقهای امامیه و همچنین فقهای حنفی و مالکی طرفدار این عقیده می‌باشند.

عقیدهٔ دوم ـ عقیدهٔ دوم در مورد حضانت این است که حق مطلق و ساده است که می‌توان آن را ساقط کرد و یا مورد مصالحه قرار داد. بنابراین کسی را که حضانت برعهده اوست، نمی‌توان درصوزت امتناع اجبار کرد مگر اینکه اعمال حضانت به وسیله شخص دیگری امکان نداشته باشد. اکثر فقهای حنفی و فقهای شافعی و حنبلی و عده‌ای از فقهای امامیه طرفدار این عقیده می‌باشند و برای دفاع از عقیدهٔ خود می‌گویند نص یا اجماعی وجود ندارد که حضانت به کسی تحمیل شود و شاید به علت احترام و ارزش زیاد برای اصل برائت از این عقیده طرفداری می‌کنند.

البته در اسلام همیشه منافع طفل مورد توجه خاص می‌باشد. بعلاوه شکی نیست که طفل احتیاج به محبت ومواظبت مادر دارد و هیچکس نمی‌تواند جای مادر را بگیرد. لذا به منظور حفظ منابع طفل باید نگاهداری طفل به مادر تحمیل شود. بنابراین عقیده دوم چندان موجه به‌نظر نمی‌آمد.

عقیدهٔ سوم ـ بعضی از ففقهای امامیه بین پدر و مادر در این زمینه، قائل به تفکیک گردیده‌اند و معتقدند که اگر مادر از حضانت طفل امتناع ورزد، حضانت مزبور به پدر تعلق می‌گیرد واگر هر دو امتناع کنند پدر الزام به حضانت خواهد شد.

از این نظر چنین استنباط می‌شود که حضانت یک تکلیف برای پدر است نه مادر.

امروزه که عدم مساوات زن و مرد از بین رفته است این عقیده چندان مورد قبول نمی‌باشد.

در حقوق ایران به پیروی از عقیده اول حضانت هم حق است وهم تکلیف.

ماده ۱۱۶۸ ق. م چنین مقرر می‌دارد:

«نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است» و ماده ۱۱۷۲ ق. م در تأیید ماده ۱۱۶۸ ق. م می‌دارد:

«هیچ یک از ابوین حقی ندارند در مدتی که حضانت طفل به عهده آن‌ها است از نگاهداری او امتناع کنند، در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا تقاضای مدعی‌العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده او است الزام کند و در صورتی که الزام ممکن با مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هر گاه پدر فوت شده باشد، به خرج مادر تأمین کند».

در حقوق سوریه تلویحاً همین عقیده پذیرفته شده است زیرا طبق مادهٔ ۱۰۳ قانون احوال شخصیه سوریه در صورتی‌که در طلاق خلع شرط شود در دورهٔ حضانت مادر، این حق به شوهر منتقل گردد، در اینصورت طلاق صحیح ولی شرط باطل است؛ زیرا حضانت تکلیف است و نمی‌تواند مورد مصالحه و تهاتر قرار گیرد.[1]

مسأله: حضانت طفل با چه کسی است؟

برای روشن شدن این مطلب باید سه مورد از هم تفکیک و هر یک را به‌طور جداگانه مورد مطالعه قرار دهیم.

اول ـ حضانت طفل در زمان زوجیت.

دوم ـ حضانت طفل پس از انحلال زوجیت و جدائی ابوین.

سوم ـ حضانت طفل بعد از فوت ابوین.

اول ـ حضانت طفل در زمان زوجیت.

حضانت و نگاهداری و تربیت اطفال به عهدهٔ والدین است و وقتی که رابطهٔ زوجیت بین ابوین برقرار است، طفل با شرکت و معاضدت پدر و مادر نگاهداری می‌شود ولی در اولین مراحل زندگی کودک، مادر در حضانت طفل بر پدر مقدم است. این تقدم کاملاً طبیعی است؛ زیرا نگاهداری طفل در سنین پائین به اعتبار آشنا بودن به طرز نگهداری، در قدرت و توانائی مادر است و شخص دیگری نمی‌تواند با همان

---

۱. دکتر حسین صفائی، کتاب حمایت از محجوری چاپ پاریس سال ۱۹۶۶، صفحه ۹۶ تا ۹۷

علاقه‌ای که مادر به فرزند دارد، از نوزاد مواظبت و سرپرستی کند. درخصوص مدت اولویت حق حضانت بین فقهای اسلام اختلاف نظر وجود دارد.

در فقه امامیه فقهاء معتقدند که مادر در مورد پسر تا دو سال کامل و در مورد دختر تا هفت سال کامل اولویت دارد و بعد از این سن پدر است که تا سن کبر باید از طفل خود نگهداری و حفاظت نماید و پس از رسیدن به سن کبر دختر یا پسر دیگر تحت حضانت کسی نخواهند بود.

حنفی‌ها معتقدند که حضانت پسر تا سن ۷ سالگی و دختر تا سن۹ سالگی به عهده مادر خواهد بود[۱] و بعضی از آنان حضانت پسر را تا ۹ سالگی و دختر را تا ۱۱ سالگی به عهده مادر دانسته‌اند.

شافعی‌ها معتقدند مدت حضانت مادر ثابت نیست. یعنی تا وقتی که به سن تمیز نرسیده باشد، تحت حضانت مادر است و سپس یک از ابوین را انتخاب می‌نماید.

فقهای مالکی معتقدند که اولویت حق حضانت مادر در مورد پسر تا سن بلوغ و در مورد دختر تا سن ازدواج ادامه دارد.[۲]

فقهای حنبلی معتقدند که اولویت حق حضانت مادر در مورد پسر و دختر ۷ سال است.[۳]

در حقوق ایران به پیروی از عقیده فقهای امامیه اولاد ذکور تا سن دو سالگی و اناث تا سن ۷ سالگی تحت حضانت و سرپرستی مادر بود و بعد از انقضاء این مدت حضانت اطفال به عهده پدر قرار می‌گرفت. چنانچه ماده ۱۱٦۹ سابق ق.م مقرر کرده بود:

« برای نگهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضاء این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادر خواهد بود».

---

۱. مادهٔ ۱۴۶ ـ قانون احوال شخصیه سوریه و مادهٔ ۶۷ قانون احوال شخصیه تونس از این عقیده پیروی کرده‌اند.
۲. ماده ۱۰۲ قانون احوال شخصیه مراکش از این عقیده اقتباس شده است.
۳. ماده۵۷ قانون احوال شخصیه عراق به این عقیده نزدیک است. (کتاب حمایت محجورین تألیف دکتر حسین صفائی چاپ ۱۹۶۶ صفحه ۹۹ و ۱۰۰)

چرا حق اولویت مادر در حضانت پسر تا دو سالگی و در مورد دختر تا ۷ سالگی بود؟ در پاسخ به این سؤال گفته‌اند که دختر برای آموختن هنرها و مسائلی که مخصوص زنان است احتیاج بیشتری به سرپرستی و تربیت از ناحیه مادر دارد.[۱]

ماده ۱۱۶۹ ق. م در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ اصلاح شد و اولویت مادر در حضانت پسر و دختر تا سن ۷ سالگی است و تفاوتی بین پسر و دختر وجود ندارد.البته بعد از ۷ سالگی نیز در صورت بروز اختلاف بین پدر و مادر دادگاه با رعایت مصلحت طفل اتخاذ تصمیم خواهد کرد.

در صورتی که طفل خنثی می‌بود بنابر وحدت ملاک (ماده ۹۳۹ ق. م) اگر علائم رجولیت او غالب بود مدت حضانت مادر دو سال و هرگاه علائم انوثیت او غلبه می‌داشت، مدت حضانت مادر هفت سال بود و هر گاه هیچ یک از علائم غالب نبود به عقیده عده‌ای فقهاء حق حضانت مادر استصحاب می‌گردید؛ زیرا با علم به‌وجود حق مزبور قبل او گذشتن دو سال و تردید در وجود امری که موجب زوال آن پس از دو سال می‌گردید، حق حضانت استصحاب می‌شد. بعضی دیگر از فقهاء در این مورد معتقدند که پس از انقضاء مدت دو سال حضانت خنثی مشکل به عهده پدر می‌باشد، زیرا پدر ولایت قهری بر فرزند خود دارد و بعلاوه اطلاق ادله، حضانت را برای پدر می‌داند و نسبت به دو سال اول در پسر و هفت سال در دختر، ادلهٔ مزبور مقید گردیده است.[۲] البته با اصلاح قانون در نظام حقوقی ایران این بحث منتفی است.

در حقوق عراق نیز طبق مادهٔ ۵۷ قانون احوال شخصیه حق اولویت مادر پذیرفته شد است اما در حقوق کشورهای تونس و مراکش حق اولویت برای ابوین در دوران نکاح نپذیرفته‌اند بلکه مساوات زوجین را قبول کرده‌اند.[۳]

دوم ـ حضانت طفل بعد از انحلال نکاح و جدائی زوجین.

هرگاه نکاح ابوین منحل شود و یا در اثر ناسازگاری، بدون انحلال نکاح، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، طفل نزد کسی می‌ماند که در حضانت با او بوده است زیرا انحلال نکاح و جدا بودن مسکن زوجین موجب سقوط حق حضانت یا

---

۱. حقوق مدنی تألیف دکتر حسین صفائی جلد اول صفحه ۸۸
۲. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، صفحه ۱۹۱ و ۱۹۲
۳. دکتر حسین صفائی، کتاب حمایت محجورین چاپ پاریس سال ۱۹۶۶، صفحه ۹۸

حق اولویت نیست و کسی که نگاهداری طفل را عهده‌دار است باید تکالیف قانونی خود را انجام دهد و طرف دیگر حق ملاقات طفل را خواهد داشت. بنابراین در صورت جدائی زوجین نیز اولویت حق حضانت نظیر وقتی است که زوجین با هم زندگی نمی‌کنند.

مادهٔ ۱۱۷٤ قانون مدنی ایران می‌گوید:

«در صورت که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد حق ملاقات طفل را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوطه به آن، در صورت اختلاف بین ابوین با محکمه است».

ملاقات طفل از حقوق غیرقابل اسقاط است. زیرا این ملاقات مربوط به علاقهٔ طبیعی و ذاتی پدر و مادر است و هیچ یک از ابوین نمی‌توانند حق ملاقات خود را ساقط یا صلح نمایند.

قانون حمایت خانواده مصوب ۱۵ خرداد ۱۳٤٦ بدون اینکه به حق اولویت پدر یا مادر اشاره‌ای کند اخذ تصمیم در مورد حضانت را به دادگاه واگذار کرده بود.[۱]

به موجب ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده دادگاه صادر کننده گواهی عدم امکان سازش مکلف بود ضمن صدور گواهی عدم امکان سازش تکلیف نگهداری فرزندان را پس از طلاق تعیین کند و اگر قرار باشد فرزندان نزد مادر یا شخص دیگری بمانند تربیت و نگهداری و میزان هزینهٔ آنان را مشخص می‌کرد و همچنین دادگاه ترتیب ملاقات را برای طرفین معین می‌نمود.

حق ملاقات با طفل در صورت غیبت یا فوت پدر یا مادر، به اقرباء طبقه اول غایب یا متوفی منتقل می‌گردید[۲] و به موجب ماده ۱۳ همان قانون در هر مورد که دادگاه حسب اعلام یکی از والدین یا اقرباء طفل و یا دادستان شهرستان، تشخیص می‌داد تجدیدنظر راجع به حضانت طفل ضرورت دارد، نسبت به تصمیم قبلی خود تجدید می‌کرد.

---

۱. دادگاه شهرستان و در نقاطی که دادگاه شهرستان نبود دادگاه بخش مستقل سابق به امور خانوادگی رسیدگی می‌کرد.

۲. به موجب مادهٔ ۱۳ آئین‌نامهٔ اجرائی قانون حمایت خانواده مصوب ۱۵ تیر ماه ۱۳۴۶ حق ملاقات والدین یا اطفال کمتر از یکبار در ماه نبود.

در این موارد دادگاه می‌توانست حضانت طفل را به هرکس که مقتضی بداند محول کند. ولی درهر حال هزینهٔ حضانت به عهده کسی بود که به موجب تصمیم دادگاه مکلف به پرداخت آن می‌گردید.[۱]

بدین ترتیب می‌توان گفت که قانونگذار درصورت وقوع طلاق حق تقدم پدر یا مادر را ملغی کرده و برای حمایت از طفل به دادگاه اختیار داده بود، هرکسی را که مناسب می‌داند برای حضانت طفل بعد از طلاق تعیین کند.

با توجه به مواد ۹ و ۱۲ و ۱۳ قانون حمایت خانواده اسبق چنین استنباط می‌شود که قانون مزبور ناظر به مواردی بود که بین زوجین طلاق واقع می‌گردید والا در موارد دیگر درصورت سقوط حق حضانت مقررات مواد ۱۱۷۰ و ۱۱۷۱ ق. م حاکم بر قضیه و لازم‌الاجرا بود.

البته باید خاطرنشان سازیم که اختیار و صلاحیت قاضی در زمینهٔ حضانت طفل، فکر تازه‌ای نبود. چه قانون مدنی نیز در مواردی که در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، اجازه داده است که دادگاه تصمیم مقتضی برای حضانت طفل اتخاذ و یا حضانت را به شخص دیگری واگذار نماید (ماده ۱۱۷۳ ق. م). ولی قانون حمایت خانواده سابق آزادی بیشتری به قاضی داده بود و شرایط مذکور در مادهٔ فوق‌الذکر را حذف کرده بود.

همانطوریکه سابقاً بیان کردیم حضانت حق و تکلیف ابوین است و حق امتناع از انجام این تکلیف را ندارند. چنانکه مادهٔ ۱۱۷۲ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد: «هیچ یک از ابوین حق ندارند در مدتی که حضانت به عهده آنهاست از نگهداری او امتناع کنند، درصورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگهداری طفل را به هریک از ابوین که حضانت به عهده اوست، الزام کند و درصورتی ک الزام ممکن یا مؤثر نباشد حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند».

---

۱. به موجب ماده ۱۲ آئین نامه اجرائی قانون حمایت خانواده، میزان نفقه و هزینه حضانت و تربیت اطفال با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده آنان و وضع و موقعیت والدین برآورد می‌گردید و هر گاه استیفای آن در درجه اول از درآمد پدر به تنهائی و در درجه دوم از درآمد مادر به تنهائی دشوار بود از درآمد هر دو تأمین می‌گردید.

بنابراین درصورت امتناع مکلف، پس از اعلام از طرف افراد صالح، دادگاه حکم به الزام ممتنع صادر و پس از قاطعیت، اجرائیه صادر می‌شود و درصورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، به خرج پدر و درصورت فوت او به هزینه مادر حضانت طفل تأمین خواهد شد.

نکته قابل توجه در مادهٔ بالا این است که: هرگاه مادر از تکلیف خود سرپیچی کند و الزام وی مؤثر یا ممکن نباشد، طفل باید به هزینه پدر نگهداری شود که این امر ظاهراً خلاف اصول کلی حقوقی است، زیرا هزینه انجام تکلیف به عهده مکلف است، ولی با توجه به استدلال زیر اشکال رفع خواهد شد..

قانون هر یک از ابوین را عهده‌دار نگهداری صغیر در تمام دوران قبل از رشد دانسته و مادر را برای مدتی اولی از پدر شناخته است. بنابراین حضانت با قید اولویت برای مادر در مدت مقرر، واجب کفائی است و چنانچه مادر از آن امتناع کند و نتوان او را به انجام عمل اجبار نمود، بر پدر اصالتاً واجب است که حضانت را انجام دهد و در صورت امتناع به هزینهٔ او حضانت طفل انجام می‌گیرد و درصورت فوت پدر، چون حضانت تکلیف منحصر مادر می‌گردد لذا هزینه به عهده او می‌باشد.[1]

با اینکه حضانت تکلیف ابوین و غیرقابل اسقاط است، در موارد زیر ساقط می‌گردد.

۱ـ در مورد جنون ـ اگر مادری که طفل تحت حضانت اوست مجنون گردد، چون طفل ازنظر جسمی و روحی درمعرض خطر است، لذا حضانت وی به پدر انتقال می‌یابد و اگر پدر دیوانه شود حضانت به مادر انتقال می‌یابد، زیرا باتوجه به مواد ۱۱۶۶ و ۱۱۶۸ ق. م حضانت به عهده ابوین است و هرگاه به جهتی از جهات یکی از ابوین نتواند این تکلیف را انجام دهد، دیگری مکلف به انجام آن خواهد بود.

۲ـ وقتی که مادر، شوهر دیگری اختیار کند ـ درصورتی‌که حضانت به عهده مادر باشد و او با مرد دیگری ازدواج نماید، وظایف زناشوئی مانع از انجام تکلیف حضانت است، لذا حضانت به پدر طفل در صورتی‌که زنده باشد، منتقل می‌شود (ماده ۱۱۷۰ ق.م).

درصورتی‌که مادر پس از جنون، افاقه پذیرد و یا نکاح او با مرد دیگر منحل گردد، حق حضانت عودت می‌یابد ولی عده‌ای از فقهاء از جمله ابن‌ادریس معتقدند که پس از انحلال نکاح با غیر، حق حضانت مادر عودت نمی‌یابد. زیرا سقوط حق با ازدواج

---

۱. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۹۳ و ۱۹۴

محقق است و با تردید در عودت آن پس از انحلال نکاح مزبور، اصل عدم عودت است.[1]

۳ـ کفر ـ درصورتی‌که یکی از ابوین طفل کافر گردد، حق حضانت طفل از او ساقط می‌گردد و در صورتی‌که هر دو کافر گردند حق حضانت طفل از هر دو ساقط می‌شود و مانند طِفلی که فاقد پدر و مادر است، زیرا ماده ۱۱۹۲ ق. م می‌گوید: «ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیرمسلم معین کنند». از این ماده چنین استنباط می‌شود که کافر بر مسلم ولایت ندارد. حضانت نیز یک نوع ولایتی است که ابوین بر شخص صغیر دارند و درصورت کافر شدن، ولایت آنان ساقط می‌شود.

٤ـ عدم مواظبت طفل ـ مسامحه در مواظبت طفل یا انحطاط اخلاقی پدر یا مادری که طفل تحت حضانت اوست، طوری که طفل از نظر جسمی و تربیت اخلاقی در معرض خطر باشد، به موجب حکم دادگاه، حق حضانت ساقط و به شخص دیگری منتقل می‌شود.

۵ـ بیماری مسری ـ اگر مادر دچار بیماری مسری شود که سبب سرایت به طفل گردد، درصورتی‌که مادر نتواند به کمک پرستار وظیفهٔ حضانت را انجام دهد، باتوجه به وحدت ملاک مادهٔ ۱۱۷۰ ق. م حق حضانت مادر ساقط می‌شود.

سوم ـ حضانت طفل درصورت فوت ابوین

درصورت فوت یکی از ابوین، طبق مادهٔ ۱۱٦۸ ق. م ایران حق حضانت به دیگری که زنده است منتقل می‌گردد. درصورتی‌که ابوین طفل هردو بمیردند، به عقیدهٔ اکثر فقهای امامیه حضانت با جد پدری است. زیرا اقوام پدری مانند پدر هستند. به علاوه ولایت قهری صغار به آنان تعلق دارد.

در صورت نبودن جد پدری گروهی از فقهاء معتقدند که حضانت تکلیف اقارب طفل به ترتیب ارث است و گروهی دیگر با نبودن جد پدری، وصی پدر و سپس وصی جد را مقدم دانسته‌اند، زیرا وصی نماینده و قائم‌مقام ولی می‌باشد.

درصورت نبودن جد و وصی، درصورتی‌که طفل دارائی داشته باشد از طرف حاکم کسی اجیر می‌شود تا طفل را نگهداری و تربیت نماید و درصورت نداشتن دارائی تربیت و نگهداری طفل به‌طور واجب کفائی به عهده مردم است.

---

۱. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۹۵ و ۱۹۶ و ۱۹۷

عده‌ای دیگر از فقهای امامیه معتقدند که حضانت جز به پدر و مادر و جد پدری وصی پدر یا جد پدری، درصورتی‌که وصیت کرده باشند، تعلق نخواهد گرفت.[۱]

درحقوق ایران درصورت نبودن پدر و مادر و جد پدری، حق حضانت برای وصی پدر و وصی جد پدری می‌باشد، زیرا مادهٔ ۱۱۸۸ ق. م می‌گوید: «هر یک از پدر و جد پدری بعد از وفات دیگری می‌تواند برای اولاد خود که تحت ولایت او می‌باشد، وصی معین کند تا بعد از وفات خود در نگهداری و تربیت آن‌ها مواظبت کرده و اموال آن‌ها را اداره نماید». و درصورت نبودن هیچ‌یک از افراد مذکور حضانت با قیم است زیرا ماده ۱۲۳۵ ق. م می‌گوید: «مواظبت شخص مولی‌علیه و نمایندگی قانونی او در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی او با قیم است». و همچنین مادهٔ ۷۹ قانون امور حسبی می‌گوید:

«قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت بنماید». بنابراین در حقوق ایران حضانت به اقرباء مادری انتقال نمی‌یابد».

۲ـ تربیت ـ تربیت عبارت است از آموختن و یاد دادن آداب اجتماعی و اخلاق متناسب به طفل و وادارکردن او به تحصیل علوم و صنعت یا حرفه‌ای متناسب با زمان وضعیت اجتماعی خانوادگی، برای بدست‌آوردن عایدات کافی به‌منظور اینکه بتواند در رفاه زندگی کند.

تربیت اطفال از جمله مسائل مهم اجتماعی است که اسلام نیز آن را از نظر دور نداشته و برای ابوین طفل در این زمینه دستورات مؤکدی صادر شده است.

در اسلام یکی از تکالیف بزرگ والدین نسبت به فرزندان، این است که به تربیت اخلاق و پرورش عقل آنان همت گماشته و آنان را به تحصیل علم و شغل مناسب برای رفع حوائج زندگی وادار کنند.

از پیغمبر اسلام سؤال شد پدر چه تکالیفی در برابر فرزند دارد. جواب فرمودند: برای فرزند نام نیکو انتخاب کنید، او را درست تربیت کنید.[۲]

---

۱. دکتر امامی : حقوق مدنی. جلد پنجم ص ۱۹۹ و ۲۰۰ ـ دکتر حسن صفائی : کتاب حمایت محجورین چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ ص ۱۰۰ و ۱۰۱ و ۱۰۲

۲. دکتر حسین صفائی: کتاب حمایت محجورین ص ۱۱۵ و ۱۱۶

در قرآن کریم آمده است: «ای کسانیکه پیرو خدا گردیده‌اید خود و خانواده خودتان را از آتش (عذاب و بدبختی) نگهدارید».[۱]

غزالی در باب تربیت چنین می‌گوید: «کودک امانتی است از طرف خداوند در نزد پدر و مادر، قلب او گوهری است نفیس و ساده، خالی از نقش و صورت، قابل برای آنچه که بر آن نقش نمایند و متمایل به آنچه که او را بدان سوق دهند و اگر او را به خیر و صلاح راهنمائی کنند در دنیا و آخرت سعادتمند خواهد شد.

والدین و هرگونه مربی، در ثواب این خیر و سعادت، با او مشارکت دارند و اگر به طرف شر و فساد کشانیده شود و درتربیت و تعلیم او اهمال کاری کنند، بدبخت و تیره‌روز گردد و سنگینی وزراین خرابی روح و جسم، نصیب ولی و قیم او خواهد بود».[۲]

درحقوق ایران نیز به این امر مهم اجتماعی توجه گردیده است و مادهٔ ۱۱۸۸ ق. م چنین مقرر می‌دارد:

«ابوین مکلف هستند که در حدود توانائی خود به تربیت اطفال خویش برحسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند».

با توجه به مادهٔ فوق‌الذکر، تربیت اطفال مانند حضانت، از تکالیف ابوین است. یعنی پدر و مادر نمی‌توانند از انجام این تکلیف سرپیچی و از طریق قرارداد یا مصالحه و شرط، آن را از خود ساقط گردانند.

وقتی که حضانت پسران و دختران تا سن هفت سالگی به عهدهٔ مادر می‌باشد مسلماً تربیت آنان نیز در این مدت بعهده مادر و سپس به عهدهٔ پدر خواهد بود، زیرا تفکیک حضانت و تربیت در این دوره از زندگی کودک بسیار مشکل است و نمی‌تواند تربیت طفل به عهده شخصی غیر از کسی که عهده‌دار حضانت است، باشد (مستنبط از ماده ۱۱۷۳ ق. م).

البته این بحث وقتی پیش می‌آید که پدر و مادر به علت طلاق یا هر علت دیگر، در یک منزل سکونت نداشته باشند، والا درصورت داشتن زندگی مشترک، تربیت طفل تحت ریاست شوهر که رئیس خانواده است با شرکت زوجین و همفکری آنان صورت

---

۱. « یا أیُّها الّذینَ آمَنوا قُوا أنفُسَکُمْ وَ أهلیکُمْ ناراً »

۲. احیاءالعلوم تألیف ابوحامد محمدبن محمدبن محمدبن احمد غزالی. باب تربیت، ص ۱۲۵

می‌گیرد. برای آنکه ابوین بتوانند به خوبی از فرزند خود نگهداری کرده و وظایف تربیتی محوله را به خوبی انجام دهند، باید طفل از ابوین خود اطاعت کرده و به آنان احترام بگذارد؛ زیرا کودک شعور کافی ندارد تا بتوان با دلیل و برهان او را راهنمائی کرد.

به‌همین مناسبت قانونگذار ایران طفل را موظف نموده است که از پدر و مادر خود اطاعت کند و درصورتی که کودک بخواهد از دستورات و فرامین تربیتی ابوین سرپیچی نماید، به آنان حق داده است به قدر تأدیب، طفل را تنبیه نمایند ولی نباید تنبیه طفل منجر به نقص عضو یا جرح و یا نظایر آن گردد.

مادهٔ ۱۱۷۷ ق. م چنین مقرر می‌دارد:

«طفل باید مطیع ابوین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند».

مادهٔ ۱۱۷۹ ق. م می‌گوید: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق، نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب، تنبیه نمایند».

البته امروز دیگر نمی‌توان پذیرفت که سرنوشت اطفال یک جامعه در اختیار پدران و مادران آنان باشد و هرطور مصلحت بدانند و میل داشته باشند، فرزندان خود را تربیت و هر شغل یا حرفه‌ای را که بخواهند، بدون درنظر گرفتن و درک مصحلت و موقعیت جامعه، به آنان بیاموزند. تعلیم و تربیت باید جوابگوی مقتضیات اجتماعی و اقتصادی باشد، بی‌سوادی و نداشتن حرفه صحیح برای هر کشوری زنگ خطر بزرگی است.

بنابراین اولیاء امور در هر کشوری برای نیل به آرمان‌های ملی و پیشرفت کافی و تأمین آرامش و آسایش افراد جامعه، باید اقدامات خاصی در زمینهٔ تعلیم و تربیت اطفال و جوانان بعمل آورند. یعنی اولاً باید حداقل تعلیمات لازم برای عموم افراد جامعه و فرزندان آن‌ها تأمین گردد.

ثانیاً کنترل کافی در زمینهٔ وسایل جدید انتشارات، مانند سینما و رادیو و تلویزیون، مجلات و مطبوعات بعمل آید تا نسل جوان به تباهی سوق داده نشود، زیرا پدر و مادر قادر نیستند مانند گذشته به تربیت اطفال خود بپردازند، بدون اینکه عوامل فوق‌الذکر مؤثر باشد.

ثالثاً باید جوانان به جانب مشاغل و حرف متناسب با موقعیت مملکت سوق داده شوند، تا احتیاجات کشور را مرتفع سازند و از گسترش حرفه‌های نامناسب جلوگیری گردد. تعلیم و تربیت و آموختن سواد و دانش در تمام کشورهای کنونی جهان، تقریباً به‌عهدهٔ دولت واگذار گردیده است.

در ایران نیز به این امر مهم توجه کامل شده است و به موجب قانون مصوب سال ۱۳۲۲ و قوانین بعدی تعلیمات اجباری در سراسر کشور عملی شده است.

در اصل ۳۰ قانون اساسی جدید نیز به آموزش و پرورش توجه شده است. در این اصل آمده است: «دولت موظف است وسایل آموزش و پرورش رایگان را برای همه ملت تا پایان دورهٔ متوسطه فراهم سازد و وسایل تحصیلات عالی را تا سرحد خودکفایی کشور به‌طور رایگان گسترش دهد».

البته ناگفته نماند که بیسوادی افراد یک جامعه و نداشتن تعلیم و تربیت و حرفه صحیح، نه تنها به حال آن کشور مضر است بلکه زیان آن جنبهٔ بین‌المللی دارد. چنانچه در آستانه تشکیل سیزدهمین کنفرانس عمومی یونسکو عنوان شد:

«وجود یک می‌لیارد نفر بیسواد در عصر حاضر، نه تنها یک سند محکومیت اخلاقی برای سایر مردم جهان است، بلکه از جنبهٔ مادی و اقتصادی نیز چنین وضعی به زیان جامعه بشری تمام می‌شود، زیرا وجود این عده بیسواد مرادف با اتلاف انرژی عظیم یک ثلث از افراد بشری است که استعدادهای خلاقه آنان در اثر بیسوادی و بی‌اطلاعی بی‌حاصل می‌ماند و از این راه جامعه انسانی را از یک سرمایه‌گذاری وسیع اقتصادی محروم می‌سازد.

درحقوق فرانسه حضانت و تربیت اطفال از وظایف و تکالیفی است که به عهده ابوین قرار دارد.

اولین تعهد پدر و مادر پس از تولد کودک شیردادن و تأمین غذای نوزاد و حفاظت و پرورش اوست، زیرا نوزاد وقتی بدنیا می‌آید موجودی ضعیف و برهنه و عاری از قدرت تغذیه بوده و قادر نیست خود را از عوامل طبیعت و سرما و گرما حفظ نماید.

به عقیدهٔ حقوقدانان فرانسه، باید به عنوان یک اصل بپذیریم که هر کس سبب وجود یافتن طفلی می‌شود مکلف است به او غذا بدهد.[1]

---

1. Carb˚onnier (J), Droit civil. T. L. No 213. P. 653

البته فرقی نمی‌کند که منشاء این تکلیف ازدواج باشد یا رابطهٔ آزاد بین ابوین. یعنی پدیدهٔ بیولوژیکی تولید و تکوین طفل برای ایجاد این تکلیف کافی است.

بنابراین اگر طفل در اثر نزدیکی دو نفر بوجود آید، چون ازنظر بیولوژی طفل حاصل، فرزند این دو نفر است، تکلیف حضانت و تربیت تغذیه وی بر ذمهٔ آنان می‌باشد و این تکلیف منحصراً در قبال اطفال مشروع ایجاد نمی‌شود، بلکه اطفال طبیعی ساده و حتی اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم و همچنین فرزندخواندگان نیز از آن برخوردار خواهند شد.

این وظیفهٔ او بستگی و ارتباط به ولایت قهری ندارد و با نفقه موضوع (ماده ۲۰۵ ق. م. ف) نیز تفاوت دارد زیرا:

اولاً، حضانت و تربیت، تعهد یک جانبه است. یعنی پدر و مادر مکلفند که حضانت و تربیت طفل را به عهد بگیرند، ولی طفل درقبال ابوین خود چنین تکلیفی ندارد، درحالیکه نفقه و تکلیف ناشی از آن متقابل و طرفینی است (ماده ۲۰۵ ق. م. ف).

ثانیاً، تکلیف حضانت و تربیت به فرزندان صغیر اختصاص دارد، درحالیکه نفقه به فرزندان کبیر نیز درصورت احتیاج تعلق می‌گیرد.

حال که فرق بین حضانت و نفقه دانسته شد، باید در اطراف موضوع حضانت و تربیت مطالعه لازم بعمل آید.

حضانت و تربیت شامل دو امر است:

اول: تغذیه و شیردادن و مواظبت و نگهداری و پرورش کودک که جنبهٔ مادی داشته، شباهت جزئی به نفقه پیدا می‌کند، هرچند که حضانت و هزینهٔ نگهداری طفل همانطور که قبلاً بیان شد اساساً با نفقه فرق دارد.

دوم: تربیت ـ تربیت برعکس حضانت جنبه معنوی دارد و آن عبارتست از آموختن آداب و سنن اجتماعی و اخلاق متناسب به فرزند و پرورش هوش و عقل و درک طفل و یاد دادن حرفه و صنعت مناسب به او برای بدست آوردن وسایل امرار معاش.

تکلیف تربیت طفل از سن معینی که قوه تمیز و درک مسائل اجتماعی در وی ظاهر می‌گردد، آغاز می‌شود. تربیت طفل دارای دوعنصر اساسی است.

اول، آموزش و تعلیمات عمومی و کلی.

دوم، آموزش شغل و حرفه مناسب.

البته در آموختن شغل و حرفه، پدر و مادر مکلف نیستند برای فرزند خود مؤسسه‌ای دایر کنند تا طفل به وسیله‌ی آن امرار معاش کند. زیرا این امر مستلزم سرمایه و پول زیاد است ولی همین اندازه که به طفل حرفه‌ای یاد دهند واو را برای تحصیل و آموختن یک حرفه نزد استاد مربوطه بفرستند و مواظبت نمایند که مهمل نگردد، کافی است.[1]

به همین جهت (مادهٔ ۲۰٤ ق. م. ف) مقرر داشته است که فرزند حق طرح دعوی علیه پدر و مادر خود به منظور اینکه برای او تشکیلاتی در زمینه امرار معاش برقرار نمایند، ندارد. زیرا اینگونه امور از تکلیف حضانت و تربیت خارج است.

انجام تعهد حضانت و تربیت اطفال را در حقوق فرانسه به شرح زیر مورد مطالعه قرار می‌دهیم:

اول ـ حضانت و تربیت طفل در زمان زوجیت.

دوم ـ حضانت و تربیت طفل در زمان جدائی زوجین یا انحلال نکاح.

سوم ـ حضانت و تربیت طفل بعد از فوت ابوین.

اول ـ حضانت و تربیت طفل در زمان زوجیت ابوین.

درصورتی‌که ابوین طفل با هم زندگی کنند و دارای زندگی مشترک باشند، تربیت حضانت اطفال به عهدهٔ ابوین است که با شرکت همدیگر این وظیفه را انجام خواهند داد.

البته اعمالی که طبیعتاً از پدر ساخته نیست، مادر انجام می‌دهد و سایر اعمال را زوجین با کمک یکدیگر انجام خواهند داد. هزینهٔ حضانت و تربیت طفل، غالباً بدون اینکه احتیاج به اقامه دعوی و مراجعه به مقامات قضائی داشته باشد، تأمین خواهد شد، زیرا طفل تا زمانیکه به سن کبر نرسیده و یا از وی رفع حجر نشود، طبق ماده ۳۷۲ ق. م فرانسه تحت ولایت و سلطنت ابوین خود خواهد بود.

هزینه و مخارج حضانت و تربیت اصولاً جزء تعهدات ابوین است که طبق مادهٔ ۱٤۰۹ ق. م. ف از اموال مشترک زوجین[2] در رژیم اشتراک اموال باید پرداخت گردد در

---

1. Carbonnier (J), Droit civil. T. L. No .۲۱۳P. 654

۲. رژیم اشتراک اموال (Régime en Communauté) یا رژیم اشتراک قانونی اموال یکی از رژیم‌های مالی است که وضع مالی زوجین تحت این رژیم تنظیم و اداره می‌شود. رژیم اشتراک اموال عبارت از رژیمی که به موجب آن طبق قرارداد، اموال زوجین به حالت اشتراک درمی‌آید و اگر قرارداد خاصی نیز بین زوجین قبل از انعقاد عقد←

در صورت جدائی اموال، طبق ماده ۱٤٤۸ ق. م. ف. باید به نسبت توانائی مالی در مخارج حضانت و تربیت فرزند مشترک، شرکت نماید و درصورتی‌که شوهر قدرت پرداخت هزینهٔ مزبور را نداشته باشد، مادر طفل (زوجه) باید کلیه مخارج حضانت و تربیت طفل را تأمین نماید.

چنانچه پدر یا ابوین طفل حاضر نشوند حضانت طفل را به عهده گیرند یا مخارج او را بپردازند، در این صورت به وسیلهٔ طرح دعوی و صدور حکم، پدر یا ابوین، اجبار به حضانت می‌گردند.

البته طفل به علت صغر سن قادر به اقامه دعوی نخواهد بود، ولی یکی از ابوین یا شخص ثالث می‌تواند چنین دعوائی را اقامه و حکم مبنی بر اجبار ممتنع از حضانت، اخذ نماید.

اگر دعوی به وسیله‌ی یکی از ابوین علیه دیگری طرح گردد و رابطهٔ زوجیت برقرار و زوجین در یک منزل سکونت داشت باشند و زوجیت تحت رژیم اشتراک اوال باشد، در این‌صورت مادر است که به مقامات قضائی مراجعه و درخواست صدرو حکم بر محکومیت پدر به پرداخت هزینه و مخارج حضانت می‌نماید، زیرا پدر اداره اموال خانواده را در دست دارد. لذا ملزم به تأمین مخارج مزبور خواهد شد و درصورت جدائی اموال، یکی از ابوین با اقامهٔ دعوی، طرف دیگر را ملزم می‌سازد که در مخارج حضانت و تربیت طفل شرکت نماید.

ممکن است اشخاص ثالث مانند مؤسسات عمومی یا پانسیون‌های خصوصی که حضانت و تربیت طفل را عهده‌دار می‌باشند، مخارج طفل مزبور را با طرح دعوی از ابوین دریافت نمایند.

← ازدواج منعقد نشده باشد یا در زمان عقد ازدواج فقط متذکر شده باشند که تحت رژیم اشتراک اموال ازدواج می‌کنند، وضع مالی آنان تحت از رژیم خواهد بود. (مواد ۱۴۰۰ تا ۱۵۲۵ ق. م. ف).

رژیم جدائی اموال (Régime de séperation de biens) در این رژیم، زوجین قبل از ازدواج، ضمن قرارداد مالی، شرط می‌کنند اموال هر یک جدا بماند و هر یک مستقلاً بتوانند در اموال خود تصرف نموده و از آن انتفاع ببرند و هر طور که بخواهند آن را اداره کنند. (مواد ۱۵۳۶ تا ۱۵۴۱ ق.م.ف).

رژیم اشتراک اموالی که در مدت زناشویی اکتساب می‌شود و زن و شوهر آن را تحصیل می‌کنند (Regime de Participation aux acquets) که به موجب این رژیم هر یک از زوجین حق اداره و انتفاع از اموال شخصی خود که در زمان ازدواج دارا بوده یا از راه ارثیه و نظایر آن بدست آورند، دارند و فقط اموالی را که در زمان زوجیت کسب کرده‌اند، به حالت اشتراک درمی‌آید و معادل Conquet می‌باشد.

رژیم‌های دیگری نیز مانند رژیم جهیزیه که عبارت است از رژیم مجزا بودن اموال زن و شوهر و اصل بقاء و اعادهٔ جهیزیه است، وجود دارد که به‌طور خلاصه از سه رژیم فوق خارج نیست.

دوم ـ حضانت اطفال در زمان جدائی زوجین یا انحلال نکاح.

ممکن است زوجین عملاً بدون دستور دادگاه، جدا از هم زندگی نمایند یا به موجب حکم دادگاه درحال جدائی مسکن باشند و یا به علت وقوع طلاق یا هر جهت دیگر، زن و شوهر در یک منزل سکونت نداشته باشند. در این صورت، هر یک از زوجین که به موجب تصمیم دادگاه یا عملاً حضانت و تربیت طفل را عهده‌دار می‌باشد، می‌تواند علیه دیگری درصورت امتناع، اقامهٔ دعوی نموده و به این وسیله او را ملزم سازد، تا در مخارج حضانت طفل به نسبت توانائی مالی خود شرکت نماید (ماده ۳۰۲ ق. م. ف).

درمورد طلاق، دادگاه اصولاً حضانت طفل را به زن یا شوهر که حکم طلاق به نفع او صادر گردیده است واگذار می‌نماید، ولی درصورتی‌که طلاق به موجب درخواست شورای خانواده واقع شد باشد، ممکن است دادگاه حضانت طفل را به هریک از زوجین یا شخص ثالث واگذار کند. اما هزینه و مخارج حضانت به عهدهٔ ابوین باقی خواهد بود و هر یک مکلفند به نسبت توانائی مالی این هزینه را تأمین نمایند.

مخارج مزبور با نفقه زوجه مطلقه تفاوت دارد زیرا نفقهٔ مزبور متعلق به حوائج شخصی مطلقه است ولی هزینه نگهداری طفل مربوط به حوائج ضروری کودک به‌منظور پرورش و تربیت و حفاظت وی می‌باشد. برای اینکه ابوین بتوانند وظیفهٔ خود را به خوبی انجام دهند، قانونگذار فرزند را موظف نموده است در هر سنی که باشد به ابوین خود احترام بگذارد و از آنان اطاعت نماید (ماده ۳۷۱ ق. م. ف).

سوم ـ حضانت و تربیت طفل بعد از فوت ابوین

درصورتی‌که ابوین طفل قوت شده باشند، تکلیف حضانت، به اقرباء صعودی وی یعنی جد و جدهٔ پدری و جد و جدهٔ مادری و بالاتر به ترتیب انتقال می‌یابد، که باید هزینهٔ نگهداری طفل را تأمین نمایند و اگر هر یک به تنهائی قادر به پرداخت تمام مخارج نگهداری طفل نباشند، به موجب حکم دادگاه مشترکاً به نسبت توانائی مالی در تأمین این مخارج شرکت خواهند کرد.

البته درصورت زنده بودن ابوین و عدم قدرت مالی نیز، اقرباء فوق‌الذکر مکلفند هزینه نگهداری و تربیت طفل را تأمین نمایند (ماده ۳۸۲ ق. م. فرانسه).

مقایسه

از مطالعه و مقایسهٔ حضانت و تربیت در حقوق ایران و فرانسه به‌طور خلاصه نتایج زیر حاصل می‌گردد.

۱ـ در حقوق ایران حضانت هم حق و هم تکلیف ابوین است ولی مادر برای نگهداری پسر و دختر تا هفت سال از تاریخ ولادت طفل حق اولویت دارد. تربیت نیز تکلیف ابوین است.[۱]

در حقوق فرانسه چنین اولویتی برای مادر وجود ندارد و هر دو نفر مکلفند مشترکاً حضانت و تربیت طفل را به عهده بگیرند.[۲]

۲ـ هزینهٔ حضانت در حقوق ایران وقتیکه مادر مکلف به حضانت بوده ولی از نگهداری طفل امتناع نماید و الزام وی از طرف دادگاه ممکن یا مؤثر نباشد، به عهده پدر و درصورت فوت پدر به عهدهٔ مادر خواهد بود ولی در حقوق فرانسه، ابوین مشترکاً هزینهٔ حضانت و تربیت طفل را می‌پردازند. اگر ازدواج تابع رژیم اشتراک اموال باشد، از مال مشترک پرداخت می‌گردد و درصورت جدائی اموال هر یک از ابوین، به نسبت توانائی خود در هزینه حضانت و تربیت طفل شرکت خواهند کرد.

۳ـ درصورت فوت ابوین در حقوق ایران حضانت با جد پدری است و درصورت نبودن جد پدری، وصی پدر و وصی جد پدری، حضانت طفل را به عهده خواهند گرفت و درصورت نبودن پدر ومادر و جد پدری و وصی منصوب از جانب آن‌ها، حضانت طفل با قیم خواهد بود و به اقرباء مادری انتقال نخواهد یافت.

در حقوق فرانسه درصورت فوت ابوین حضانت به جد و جده پدری و جد و جده مادری و بالاتر و به ترتیب تعلق می‌گیرد و اگر هر یک از آن‌ها به تنهایی قادر به تأمین هزینهٔ حضانت طفل نباشند به موجب حکم دادگاه مشترکاً اقدام خواهند کرد.

بخش سوم ـ ولایت قهری

ولایت در اصطلاح حقوقی عبارت از سلطه و اقتداری است که قانون به مناسبتی به کسی می‌دهد تا امور مربوط به دیگری را انجام دهد. دارندهٔ این سمت را ولی می‌نامند. ولی بر دو قسم است: ولی عام و ولی خاص.

---

۱. در حقوق کشور عراق نیز از این روش پیروی شده است

۲. در حقوق کشور تونس و مراکش این رویه پذیرفته شده است

ولی عام کسی است که امور عموم افراد را در حدود قانون انجام می‌دهد مانند: دادرس و دادستان. که دادرس به موجب قانون امور معینی مانند صدور حکم موت فرضی، حکم حجر، تعیین قیم برای اموال مجانین، تعیین امین برای ادارهٔ اموال غایب و جنین و نظایر آن را عهده‌دار است و دادستان در حفظ حقوق صغار و مجانین و غایت مفقودالاثر و نظایر آن دخالت می‌کند (مادهٔ ١٦ اصول تشکیلات عدلیه).

ولی خاص کسی است که امور افراد معینی را به موجب قانون انجام می‌دهد. مانند پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان (مادهٔ ١١٩٤ ق. م ایران).

ولی خاص به دو دسته تقسم می‌شود: ١ـ ولی قهری ٢ـ وصی.

ولی قهری عبارت از پدر و جد پدری که سمت ولایت به آنان از طرف قانون اعطاء شده است و احتیاج به انتصاب یا تنفیذ مرجعی ندارد.

وصی کسی است که موصی او را مأمور می‌نماید، اموری را که خود می‌توانسته است در زمان حیات انجام دهد، بعد از فوتش بجای آورد و وصی مذکور در مادهٔ ١١٩٤ ق. م ایران کسی است که از طرف پدر یا جد پدری منصوب می‌شود تا پس از فوت او، امور مربوط به صغیر را انجام و نگهداری و تربیت طفل را به عهد بگیرد.

از آنجائی که اطفال از ادارهٔ امور خویش به تنهائی و مستقلاً ممنوع بوده و قول و فعل آنان اعتبار و ارزش قانونی ندارد، بنابراین قانونگذار این گونه افرا را تحت ولایت پدر و جد پدری قرار داده است.

ولایت پدر و جد پدری قهری است به این معنی که قدرت و سلطهٔ آنان مستقیماً ناشی از قانون است و قاضی یا محکمه یا شخص ثالث در ایجاد این قدرت دخالتی نخواهد داشت.

مطالب مربوط به) ولایت قهری را در چهار قسمت زیر:

١ـ ولی

٢ـ مولی علیه

٣ـ اختیارات و حقوق و تکالیف ولی

٤ـ پایان ولایت ولی قهری. به شرح آتی بررسی خواهیم کرد.

۱ـ ولی قهری

ولایت قهری همانطورکه قبلاً بیان کردیم به عقیده همهٔ فقهای اسلام، در درجهٔ اول به پدر و جد پدری تعلق می‌گیرد.

در فقه اسلام و در قوانین جدید ناشی از فقه اسلام برعکس حقوق فرانسه زن ولی قهری محسوب نمی‌شود و نمی‌تواند این ولایت را عهده‌دار گردد، حتی اگر این زن مادر محجور باشد.

این اصل مبتنی بر اختلاقات زن و مرد یا ضعف طبیعی و نادانی یا حماقت جنس زن نیست زیرا اعم از اینک دارای شوهر باشد یا نباشد، اهلیت ادارهٔ اموال خود را دارد و همچنین می‌تواند وصی باشد یا به سمت قیومت منصوب گردد.

می‌توان گفت که محروم بودن زن از ولایت قهری بر مبنای مفهوم خانواده در اسلام استوار است.

خانواده در اسلام برپایه پدرسالاری قرار دارد و شوهر در این سیستم رئیس خانواده بوده، دارای قدرت مطلق و وسیعی می‌باشد. لذا بر طبق منطق این سیستم، ادارهٔ اموال فرزندان به پدر واگذار می‌گردد و درصورتی‌که پدر فوت یا محجور گردد، جد پدری یا وصی منصوب از ناحیه پدر یا جد پدری ادارهٔ اموال و شخص فرزند را به عهده خواهد گرفت.

البته پدر و جد پدری، فقط ولی قهری محسوب می‌شوند.

فقهای حنبلی و مالکی معتقدند که فقط پدر بر فرزند خود ولایت قهری دارد ولی جد پدری، از این ولایت محروم است.[۱]

فقهای شافعی و حنفی و امامیه با توجه به بعضی از احادیث، جد پدری را از حیث علاقه به نوهٔ خود شبیه پدر دانسته و معتقدند که جد پدری نیز ولی قهر می‌باشد.

البته این عقیده همانطورکه بیان شد، بر مبنای سیستم خانوادهٔ پدرسالاری استوار است و در مورد ولایت جد پدری نیز عقیده فقهاء یکسان نیست.

به عقیده فقهای شافعی جد پدری بعد از فوت پدر نسبت به نوه خود ولایت قهری دارد و بر وصی منصوب از طرف پدر مقدم است.

---

۱. کشور تونس با توجه به مفهوم مواد ۱۵۴ و ۱۵۵ قانون احوال شخصیه و کشور مراکش در مواد ۱۴۸ و ۱۴۹ قانون احوال شخصیه از این عقیده پیروی کرده‌اند.

حنفی‌ها معتقدند که وصی منصوب از جانب پدر بر جد پدری در زمینهٔ ولایت اولویت دارد یعنی جد پدری با وجود وصی منصوب از ناحیهٔ پدر، ولایت نخواهد داشت، چنین توجیه می‌کنند که پدر علاقه زیادی به فرزند خود دارد. بنابراین اگر برای ادارهٔ فرزند خود و اموال وی وصی تعیین نماید، نفع فرزندش را درنظر گرفته است، ارادهٔ او باید برای بعد از فوتش مانند زمان حیات وی محترم باشد.[۱]

فقهای امامیه که قانونگذار ایران نیز از عقیده فقهای مزبور پیروی کرده است، در زمینهٔ ولایت پدر و جد پدری عقیده خاصی دارند و به‌نظر آنان پدر و جد پدری از نظر ولایت قهری، در ردیف همدیگر می‌باشند و هر یک از آنان با وجود زنده بودن دیگر حق ولایت بر فرزند محجور خود دارند. چنانکه ماده ۱۱۸۰ ق. م ایران نیز مقرر می‌دارد:

«طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیررشید یا مجنون، درصورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد» و ماده ۱۱۸۱ همان قانون مقرر می‌دارد که:

«هر یک از پدر و جد پدری نسبت به اولاد خود ولایت دارند». این عقیده که سبب تعدد ولایت قهری می‌گردد چندان غیرمنطقی نمی‌باشد؛ زیرا از یک طرف هر یک از پدر و جد پدری می‌توانند به تنهائی حق ولایت خود را اعمال کنند، بنابراین اداره اموال مولی علیه و سرپرستی شخص محجور فلج نمی‌گردد واز طرف دیگر حق نظارت هر یک در کار دیگری سبب می‌شود که حیف و میل اموال مولی علیه جلوگیری شود.

یعنی درصورت مشاهدهٔ سوءاستفاده، با مراجعه به مقامات قضائی، هر یک می‌توانند حق ولایت دیگری را ساقط گردانند. لذا این راه حل منافع طفل را تضمین خواهد کرد.

البته درصورتی‌که پدر یا جد پدری فوت شده باشد، دیگری به تنهائی به عنوان ولی قهری اموال اولاد خود را اداره می‌نماید ولی پدر و یا جد پدری نمی‌تواند با حیات داشتن دیگری برای مولی علیه خود وصی معین کند. (ماده ۱۱۸۹ ق. م ایران).

ولی باید عاقل بالغ و رشید باشد و به علاوه درصورتی که مولی علیه مسلمان باشد، ولی نیز باید مسلم باشد. درصورتی‌که پدر یا جد پدری محجور یا ممنوع از تصرف

---

۱. کشور سوریه از این عقیده پیروی کرده است (ماده ۱۷۲ و مفهوم بند اول ماده ۱۷۶ قانون احوال شخصیه)

گردند، ولایت آن‌ها ساقط می‌شود.[۱] اما پس از آنکه حجر آنان مرتفع گردید و ممنوعیت زایل شد، ولایت قهری اعاده می‌شود. زیرا ولایت در اثر رابطهٔ ابوت پیدا شده و دارای منشاء اجتماعی و طبیعی است ولی حجر امر عرضی است و امر عرضی موجب زوال حق ذاتی ولی نمی‌گردد.[۲]

اگر پدر یا جد پدری، محجور یا به علتی ممنوع از تصرف در اموال مولی علیه گردد، دیگری به تنهائی حق ولایت دارد و اگر چنانچه ولی منحصر مرتکب حیف و میل شده یا لیاقت اداره اموال مولی علیه را نداشته باشد یا صفت امانت از وی زائل گردد و همچنین در مورد غیبت و حبس بودن ولی حاکم یک نفر امین به ولی حاضر منضم می‌نماید (مواد ۱۱۸٤ و ۱۱۸٦ و ۱۱۸۷ ق. م ایران). توضیح آن که مادهٔ ۱۱۸٤ ق. م در سال ۱۳۷۹ اصلاح شده و طبق صدر مادهٔ اصلاحی، درصورت عدم رعایت غبطهٔ صغیر یا وارد کردن ضرر به مولی‌علیه به موجب حکم و رأی دادگاه از ولی قهری سلب ولایت خواهد کرد (مادهٔ ۱۱۸٤ اصلاحی ق. م).

۲ـ مولی علیه.

مولی علیه، کسی است که تحت سرپرستی ولی قانونی قرار می‌گیرد. در حقوق اسلام و ایران صغیر و کسی که سفه یا جنون او متصل به صغر باشد، تحت ولایت پدر و جد پدری خواهد بود.

در حقوق اسلام صغیر کسی است که به حد بلوغ و رشد نرسیده باشد.

بلوغ در ذکور و اناث با ظهور یکی از سه امر زیر شناخته می‌شود:

الف ـ روئیدن موهای زبر بر پشت عانه.[۳]

البته موهای نرم و نازک کاشف از بلوغ نمی‌باشد.

ب ـ خارج شدن منی در خواب یا بیداری از راه طبیعی در پسران و خروج خون و حیض در دختران.

ج ـ رسیدن به سن معینی که در فقهٔ امامیه پسر وقتی به سن پانزده سال تمام قمری و دختر به سن نه سال تمام قمری برسد بالغ است.

---

۱. دکتر حسین صفائی، حمایت از محجورین، چاپ پاریس سال ۱۹۶۶ ص ۱۴۴ تا ۱۴۹

۲. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۲۱۸ و ۲۱۹

۳. آلت تناسلی

در حقوق ایران کبیر کسی است که به سن ۱۸ سال تمام رسیده باشد. (قانون رشد متعاملین مصوب ۱۳۳۹).

جنون عبارت است از اختلال مشاعر و عدم تعادل روحی که در اثر مختل گردیدن اعصاب دماغی، حاصل می‌گردد. مجنون کسی است که مشاعر وی درست کار نکند.

سفه عبارت از این است که قوای دماغی شخص رشد کافی نکرده باشد و سفیه کسی است که تصرفات او در اموال و حقوق مالی خود، عقلائی نباشد.

وقتی جنون متصل به صغر است که کسی به سن بلوغ برسد ولی مجنون باشد. خواه جنونش اطباقی باشد یا ادواری.

سفه وقتی متصل به صغر است که پس از رسیدن به سن بلوغ، ثابت گردد قوای دماغی وی دارای رشدلازم نشده است.[1]

هر گاه شخصی کبیر و رشید شد، از تحت ولایت خارج می‌شود، مگر اینکه جنون یا عدم رشد او ثابت شود که دراینصورت پس از رسیدگی و صدور حکم در این زمنیه ولایت ولی ادامه می‌یابد.

اگر پس از رسیدن به سن کبر جنون یا سفه، عارض گردد، دیگر چنین شخصی تحت ولایت قهری نخواهد بود و باید برای او قیم تعیین شود.

حنفی‌ها معتقدندکه اگر جنون پس از رسیدن به سن کبر در شخص حادث شود به دو علت تابع ولایت قهری است:

اول ـ ولایت قهریه به علت بالغ شدن طفل، پایان می‌پذیرد و به همین دلیل پس از رفع آن ولایت برمی‌گردد. زیرا معلول دائر مدار علت است.

دوم ـ علاقه و دلبستگی پدر و جد پدری، باعث می‌شود که ولایت قهری، مجدداً برقرار گردد و عقلانی نیست که قاضی بتواند شخص دیگری غیر از پدر و جدپدری را که در حال حیات بوده و صلاحیت ادارهٔ اموال محجور و وی را دارند، به عنوان قیم انتخاب و منصوب نماید.

فقهای امامیه و مالکی معتقدند که ولایت قهری نسبت به کسی که بعد از رسیدن به سن کبر، جنون پیدا کرده، پایان می‌پذیرد و برگشت آن مبنای حقوقی ندارد. یعنی اصل

---

۱. برای مطالعه حجر مراجعه شود به کتاب حقوق مدنی جلد پنجم تألیف دکتر امامی صفحهٔ ۲۴۲ به بعد و کتاب حمایت از محجورین تألیف دکتر حسین صفائی چاپ پاریس سال ۱۹۶۶

عدم برگشت ولایت قهری است. بنابراین باید از طرف مقامات قضائی برای محجور مزبور قیم تعیین گردد.

در مورد سفیه، عقیدهٔ اکثریت قریب باتفاق فقهاء این است که اگر سفه بعد از رسیدن طفل به سن کبر، حادث شود، ولایت قهری برگشت نمی‌کند و باید برای محجور، قیم تعیین شود و فقط عدهٔ قلیلی همان راه حل حالت جنون بعد از کبر را در مورد حالت سفه بعد از کبر، پذیرفته‌اند.

علت این تفاوت چیست؟

شاید علت اختلاف راه حل در مورد سفیه و مجنون این باشد که به‌نظر اکثر فقهاء برای استقرار عدم اهلیت سفیه لازم است از مقامات صالحه حکم صادر گردد ولی در مورد جنون چنین نیست. یا به عبارت دیگر جنون حالتی است که در بدو امر قابل تشخیص است، و در این زمینه احتیاج به صدور حکم از طرف مقام صالح نیست. درخصوص سفهاء در اسلام نیز سفارش شده است که آنان را آزمایش کنید و درصورتی‌که مطمئن شدید، می‌توانند اموال خود را اداره کنند، اموالشان را به آنان رد کنید.[1]

در حقوق ایران به پیروی از عقیدهٔ فقهای امامیه ولایت قهری در مورد کسانیکه سفه یا جنون آنان متصل به صغر باشد ادامه می‌یابد (ماده ۱۲۱۸ ق. م).

البته بعد از آنکه طفلی به سن کبر رسید باید سفه و جنون متصل به زمان صغر، ثابت گردد تا ولایت قهر ادامه یابد. بنابراین صدور حکم از مراجع قضائی در مورد سفه و جنون مذکور، ضروری است.[2]

می‌توان ادامه ولایت قهری را چنین توجیه کرد که دلیلی ندارد حق ادارهٔ اموال محجور را از پدر یا جد پدری که حافظ طبیعی بوده و به منافع فرزندان خود توجه دارند و تا زمان کبیر شدن آنان با دقت و مواظبت کامل، وظیفهٔ خود را انجام داده‌اند، ساقط و به شخص دیگری واگذار شود. این تغییر و تعویض، منافع محجور را به خطر می‌اندازد.

---

۱. دکتر حسین صفائی: حمایت محجورین ص ۱۴۵

۲. ماده ۱۸ قانون مصوب سال ۱۸۵۲ و بند ۸ ماده ۵۵ قانون مصوب ۱۹۴۷ قانون مصر و ماده ۱۶۳ قانون احوال شخصیه سوریه نیز از این عقیده پیروی کرده‌اند.

زیرا شخص جدید که می‌خواهد ادارهٔ اموال یا شخص محجور را بـه عهـده بگیـرد، ممکن است علاقه‌ای به محجور نداشته یا تجربه کافی برای ادارهٔ دارائی محجور نداشته باشد و به علاوه این تغییر و تبدیل به ضرر کسانی است که با ولی یـا سرپرسـت قبلـی قراردادی در مورد محجور یا اموال وی برقرار کرده‌اند. بنابراین باید تا آنجائیکـه ممکـن است از تغییر و تعویض ولی با سرپرستی که وظایف خـود را بـا دلسـوزی و مواظبـت کافی انجام داده، جلوگیری شود و ادامهٔ ولایت قهری بعد از کبیر شدن فرزنـد، یکـی از طرق اجتناب از تغییر و تبدیل سرپرست طفل می‌باشد.

به علاوه دلیل ندارد که ولایت ولی قهری که وظیفهٔ خود را به خوبی انجـام داده بـه قیمومت تبدیل گردد. و به علاوه این تغییر و تبدیل حاکی از عدم اعتماد به ولی بوده و موجب جریحه‌دار کردن احساس و عواطف پدر یا جد پـدری و زوال علاقـه و محبـت بین ولی و مولی علیه می‌گردد.[۱]

۳ـ وظایف و حقوق و اختیارات ولی.

در حقوق اسلام و ایران و همچنین حقوق فرانسه ولی نماینـدهٔ قـانونی محجـور در امور حقوقی وی می‌باشد.[۲]

طبق قاعدهٔ عقلی که مورد قبول همه حقوقدانان است، کسی‌که به نمایندگی از طرف قانون، مال دیگری را اداره می‌نماید، باید اعمال و اقدامات او در حدود متعارف باشـد و اقدام نماینده وقتی متعارف است که غبطه و مصلحت منوب عنه رعایت شده باشد..

اختیارات ولی قهری در حقوق اسلام و ایـران وسـیع اسـت. ولـی، مـی‌توانـد تمـام اعمالی را که جنبهٔ حقوقی و مالی دارد به نمایندگی از طـرف مـولی علیـه خـود انجـام دهد، بدون اینکه اقدام وی احتیاج به اجازه یا تنفیذ مقام و مرجعی داشته باشد، به شرط آنکه مصلحت مولی علیه درنظر گرفته شده باشد.

در حقوق ایران اختیارات ولی را قانون معـین نکـرده اسـت ولـی مـی‌تـوان تمـامی اختیارات و وظایف قیم را که قانون مدنی و قانون امور حسبی مقـرر داشـته نسـبت بـه ولی جارنی دانست، بدون آنکه دادستان در اعمال او نظارت داشـته باشـد؛ زیـرا عمومـاً ولی قهری دلسوزتر از هر کس نسبت به مولی علیه خود می‌باشد.

---

۱. دکتر حسین صفائی: کتاب حمایت محجورین ص ۱۴۴ تا ۱۴۹

۲. ماده ۱۱۸۳ ق. م ایران: « در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی و مولی علیه ولی نماینده قانونی او می‌باشد.

دائره اختیارات ولی، در ادارهٔ دارائی مولی علیه محدود است، و یعنی ولی اعمالی را که صرفه و مصلحت اقتضاء دارد می‌تواند انجام دهد.

بنابراین باید اموال مولی علیه را نگهداری و در صورتی‌که مصلحت باشد بفروشد یا معاوضه کند و اجاره دهد یا به رهن بگذارد و باید سعی نماید هزینه نگهداری و تربیت مولی علیه از عایدات دارائی او تجاوز ننماید.

اموال مولی علیه در نزد ولی امانت است. بنابراین باید در نگهداری آن کمال مراقبت را بنماید و تعدی و تفریط نکند.

البته درصورتی‌که تمام یا بعضی از اموال مولی علیه بدون تعدی و تفریط ولی، تلف یا معیوب گردد، مسئول آن نخواهد بود. اما درصورت تعدی و تفریظ ضامن است.

همانطورکه قیم طبق مادهٔ ۱۲٤٦ قانون مدنی ایران می‌تواند برای انجام امر قیمومت اجرت مطالبه نماید، ولی نیز می‌تواند در مقابل اعمالی که برای اداره اموال و نگهداری و تربیت مولی علیه انجام می‌دهد اجرت‌المثل به عنوان حق‌الزحمه از دارائی او بردارد.

بعضی از فقهای امامیه معتقدند کمترین مقدار از اجرت‌المثل و آنچه برای اعاشه او لازم است از دارائی مولی علیه به عنوان حق‌الزحمه بردارد و بعضی دیگر ولی را مجاز می‌دانند که به مقدار اجرت‌المثل از دارائی مولی علیه بردارد.[۱]

٤ـ پایان ولایت قهری.

همانطورکه قبلا بیان شد، ولایت برای حمایت از محجور و حفظ و نگهداری اموال اوست و سبب ولایت ، صغر و جنون یا سفه متصل به صغر می‌باشد. بنابراین پس از زوال سبب، مسبب که ولایت باشد زائل گردیده و پایان می‌یابد.

در حقوق ایران طبق مادهٔ ۱۱۹۳ ق. م که مقرر می‌دارد:

«همین که طفل کبیر و رشید شد از تحت ولایت خارج می‌شود و اگر بعداً سفیه یا مجنون شود، قیمی برای معین می‌شود»، اگر کسی به سن هیجده سال تمام شمسی رسید به خودی خود ولایت قهری خاتمه می‌پذیرد، مگر اینکه در دادگاه ثابت گردد مولی علیه سفیه یا مجنون است و سفه و جنون وی متصل به صغر می‌باشد، که در اینصورت ولایت خاتمه نپذیرفته و دادگاه حکم بقاء حجر مولی علیه را صادر می‌نماید.

---

۱. دکتر امامی: حقوق مدنی جلد پنجم ص ۲۱۵ و ۲۱۶

پس از پایان ولایت، ولی قهری که اموال مولی علیه را بعنوان امین نگهداری می‌کرده است، در صورتی‌که مولی علیه سابق مطالبه نماید باید مانند وکیل حساب دوران ولایت خود را بدهد؛ زیرا یکی از وظایف نمایندهٔ قانونی یا قراردادی، دادن صورتحساب و عملکرد دوره تصدی اوست (وحدت ملاک مواد ۱۲٤٥ و ٦٦٨ ق. م ایران)

هرگاه ولی در دارائی مولی علیه حیف و میل کرده یا در اثر اعمال و یا بی‌لیاقتی زیانی متوجه مولی علیه خود نموده باشد، پس از اثبات، مسئول جبران آن خواهد بود و هرگاه ولی در انجام معامله‌ای غبطه و مصلحت مولی علیه خود را رعایت نکرده باشد، مولی علیه می‌تواند پس از رسیدن به سن رشد با اقامه هرگونه دلیلی ابطال آن معامله را از دادگاه درخواست کند.

در حقوق فرانسه به موجب مواد ۳۷۲ و ۳۷۳ ق. م فرزند تا زمان رسیدن به سن کبر یا رشید شناخته‌شدن (émancipation) تحت ولایت پدر و مادر می‌باشد و در زمان زوجیت، ولایت به وسیله پدر که سمت ریاست خانواده را دارد اجراء می‌گردد.[1]

در صورت فوت یکی از ابوین ولایت قهری به آن کس که زنده است، محول می‌گردد و مهم نیست که قبلاً حکم طلاق یا افتراق جسمانی علیه پدر یا مادری که زنده است صادذ شده و او را از حضانت طفل محروم کرده باشد یا نه، و اهمیتی ندارد که وصیت متوفی (پدر یا مادر) خلاف آن باشد یا نباشد و فرقی نمی‌کند که ولی زنده، زن باشد یا مرد.[2]

در صورتی که پدر محجور گردد یا غایت بوده یا خانواده خود را ترک نموده یا از خانواده خود دور باشد، طبق مادهٔ ۳۷۳ قانون مدنی فرانسه به موجب تصمیم دادگاه شهرستان محل اقامت مادر، به درخواست دادسرا، اجرای حق ولایت به مادر محول می‌گردد.

بنابراین: در حقوق فرانسه مادر نیز مانند پدر حق سرپرستی، ولایت طفل را داراست و حال آنکه در حقوق ایران زن به‌طور کلی هر چند که مادر کودک باشد و حق ولایت ندارد.

---

1. Puissance Paternelle
2. Carbonnier (J), Droit civil. T. Ler 222. P. 681

در فرانسه اگر بین ابوین طلاق واقع شده باشد یا در حالت افتراق جسمانی باشند و هر دو در قید حیات باشند، همسری که در موضوع طلاق یا افتراق ابدان، مقصر می‌باشد، از بعضی از حقوق مهم ولایت مانند حق اداره و انتفاع قانونی اموال طفل و حضانت و نظیر آن، به استناد مادهٔ ۱۳۰۲ ق. م. ف محروم می‌گردد. مگر آنکه دادگاه تصمیم دیگری به‌منظور تأمین مصلحت طفل، در این زمینه اتخاذ نموده باشد که در این صورت، دادگاه می‌تواند حضانت کودک را با رعایت منافع طفل به همسر مقصر یا شخص دیگری واگذار نماید.

در صورتی‌که پدر و مادر طفل هر دو فوت شده باشند و وصی از جانب پدر یا مادر تعیین نشده باشد ولی اقرباء نسبی و سببی مانند اجدات و جدات پدری یا مادری در قید حیات باشند، طبق ماده ٤٠٢ ق. م. ف طفل تحت سرپرستی کسی قرار می‌گیرد که از حیث درجه قرابت نزدیکتر است.[۱] و اگر چند نفر از اقربای نسبی در یک درجه زنده باشند، شورای خانواده طبق ماده ٤٠٣ ق. م یک نفر از آن‌ها را برای سرپرستی طفل انتخاب خواهد کرد.[۲]

البته اقدامات اجداد و جدات و سایر اقربای نسبی تابع مقررات قیمومت خواهد بود. یعنی ولایت اطفال مشروع فقط به پدر و مادر تعلق دارد و اجداد و جدات با اینکه باید مورد احترام نوه باشند، دارای ولایت واقعی نیستند بلکه قیم قانونی محسوب می‌شوند. بنابراین پس از فوت ابوین، مقررات قیمومت جانشین مقررات ولایت خواهد شد.[۳]

اطفال نامشروع که نسب آن‌ها مورد شناسائی واقع نشده باشد یا آنکه نسبت آن‌ها از طریق مراجع قضائی اثبات نشده و استقرار نیافته یا اینکه شناسائی نسب اطفال طبیعی ابطال گردیده باشد، تابع مقررات قیمومت است و ولایت در مورد اینگونه اطفال مفهومی ندارد.

---

۱. ولایت اجداد و جدات پدری و مادری را در فرانسه بنام Tutelle légale می‌نامند.

۲. شورای خانواده عبارت از شورائی است مرکب از ۴ تا ۶ نفر از اقوام نسبی و سببی که در امور خانواده نظیر انتخاب قیم، نظارت در امور قیمومت و اختلافات خانوادگی دخالت می‌کنند.

3. Julliot de la Morandiére, Droit civil (Précis Dalloz). T/ L. V. LL. Nos 88 L et s; Josserand (L). Cours de droit civil positif français. T. L. Nos 346 et S; Carbonnier (J). Droit civil civil. T. l. No 222; Mazeaud (L. H. J) et Michel de Juglart, Leçon de droitcivil. T. L. No 222 – T. L. V. II. No 1285 et S.

اگر نسب طفل مورد شناسائی قرار گرفته باشد، درصورتی‌که ابوین مقارن هم نسب طفل را تصدیق کرده باشند ولایت با کسی است که بدواً نسبت طفل را تصدیق نموده است. البته دادگاه می‌تواند با رعایت مصلحت طفل، تصمیم دیگری اتخاذ نمایند و ادارهٔ طفل و اموال وی را بطرف دیگر واگذار یا آن را تابع مقررات قیمومت قرار داده و اقدام به نصب قیم نماید.

فرزندخوانده تحت ولایت پدرخوانده یا مادرخوانده است. در صورتی‌که زن و شوهر با هم طفلی را به فرزندخواندگی پذیرفته باشند و همچنین در فرزندخواندگی کامل،[۱] مقررات ولایت نسب مشروع قابل اجرا می‌باشد.[۲]

کسی که تحت ولایت قهری قرار می‌گیرد، باید صغیر بوده و به موجب حکم محکمه رشید شناخته نشده و از پدر و مادر محروم نباشد. ضمناً نسبت وی لااقل نسبت به یکی از ابوین ثابت باشد.

وظایف و تکالیف ولی قهری ولایت ـ ولایت قهری در حقوق فرانسه از یکطرف مربوط می‌شود به شخص مولی علیه که در این صورت ولی مکلف به نگهدار و تعلیم و تربیت طفل است و از طرف دیگر مربوط می‌گردد به اموال مولی علیه که عبارت از ادارهٔ اموال مولی علیه و انتفاع قانونی[۳] از اموال اوست.

پدر یا مادر که ولایت طفل را به عهده دارد تا زمانی که طفل مزبور به سن هیجده سالگی نرسیده، می‌تواند از اموال وی با اندازه متعارف و بدون تعدی و تفریط، منتفع گردد، ولی پس از آنکه طفل به سن هیجده سالگی تمام رسید ولی قهری از این حق محروم خواهد شد. ادارهٔ اموال طفل و فرزند صغیر به عهده ولی قهری است و این تکلیفی است که پدر یا مادر باید آن را انجام دهد. یعنی درصورت فوت پدر، مادر طفل مکلف به ادارهٔ اموال وی می‌باشد. ادارهٔ قانونی[۴] اموال طفل از ناحیه ولی قهری شامل دو نوع اختیار است.

---

۱. در مورد فرزندخواندگی مفصلاً در مباحث بعدی بحث خواهیم کرد.

2. Mazeaud (H. L) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. Nos 1140 et 1141

3. La juissance légale

4. L'administration légale

اول ـ اقدامات و اعمالی که ولی قهری اختیار دارد و قادر است به تنهائی انجام دهد. این اقدامات عبارتند از نگهداری اموال و جمع‌آوری عایدات و اقدام در برداشت محصول و جلوگیری از تضییع آن که جنبهٔ ادارهٔ اموال طفل دارد نه تصرف در آن.

دوم ـ اعمالی که ولی قهری برای انجام آن باید از دادگاه شهرستان محل اقامت مولی علیه، کسب اجازه نماید که این نوع اقدام را قانونگذار صریحاً مشخص نکرده است ولی اقداماتی هستند که جنبهٔ دخل و تصرف در اموال مولی علیه دارد. نظیر فروش اموال غیر منقول یا اوراق بهادار مهم، قرض دادن و قرض کردن و اجاره طویل‌المدت که زائدیر نه سال باشد و مانند آن. که اینگونه اعمال و اقدامات علاوه بر کسب اجازه از مقامات مربوطه، از سال ۱۹٦٤ به بعد تحت کنترل مقامت قضائی[1] قرار گرفته است، تا با نظارت دقیق از حیف و میل اموال جلوگیری شود و در حقیقت چون در ولایت قهری شورای خانواده نظارت نمی‌کند، قانون‌گذار خواسته است از راه کنترل قضائی، ادارهٔ اموال طفل، تابع نظارت باشد با وجود کنترل مزبور ولی قهری از انجام بعضی از اقدامات ولو تحصیل اجازه هم شده باشد، مانند تصرفات بلاعوض در اموال مولی علیه از قبیل هبه بلاعوض و عطیه از مال مولی علیه به دیگران ممنوع است (ماده ۳-۳۸۹ ق. م فرانسه).

بنابراین ولی قهری موظف است مانند پدری دلسوز مواظب و مراقب اموال مولی علیه باشد و رفتار وی باید طوری باشد که تصور رود اموال تحت ولایت را خود مالک است[2] و مانند قیم مکلف است حساب زمان تصدی را پس از پایان ولایت بدهد تا وضع دارائی و مخارج و هزینه طفل در دوره ولایت کاملاً روشن گردد.

اجداد و جدات نیز که سرپرستی طفل را به عهده می‌گیرند مانند ولی قهری باید در اداره اموال مولی علیه دلسوز بوده و در اقداماتی که جنبه تصرف در اموال طفل دارد از شورای خانواده تحصیل اجازه نمایند.

بعضی از اقدامات مهم نظیر تصفیه و تقسیم مال مشاع، احتیاج به تنفیذ دادگاه شهرستان محل اقامت مولی علیه دارد و بعضی دیگر از اعمال مانند هبه و سایر تصرفات بلاعوض ممنوع است. ضمناً اجداد و جدات مکلفند حساب سالیانه و حساب

---

1. Administration légale sous controle judiciaire

۲. کلمه Paterfamilias هم به‌نظر حقوق‌دانان رم به همین معنی بوده یعنی پدر مالک خانواده است.

پایان دوران قیمومت قانونی را تقدیم دادگاه نمایند. طفل پس از آنکه به سن بیست و یک سالگی رسید و یا به موجب حکم دادگاه رشید شناخته شد، از تحت ولایت و سرپرستی خارج می‌گردد و پس از آن قادر است تمام اعمال حقوقی خود را مستقلاً انجام دهد، مگر آنکه محجور باشد که در اینصورت مقررات قیمومت درباره وی قابل اعمال است.

مقایسه

از مطالعه و مقایسه ولایت قهری در حقوق ایران و فرانسه به‌طور خلاصه نتایج زیر بدست می‌آید:

۱ـ ولایت قهری طفل در حقوق ایران به پدر و جد پدری تعلق دارد و هر دو می‌توانند حق مزبور را اعمال کنند. ولی درصورت فوت آن‌ها این حق به وصی منصوب از جانب آن‌ها منتقل می‌گردد و به مادر طفل تعلق نخواهد گرفت.

اما در حقوق فرانسه وضع چنین نیست. یعنی فرزند تا زمان رسیدن به سن کبر یا رشید شناخته شدن، تحت ولایت قهری پدر و مادر است. این ولایت در زمان زوجیت به وسیله پدر که ریاست خانواده را به عهده دارد، اجرا می‌گردد و درصورت فوت یکی از ابوین، ولایت قهری به آن کس که زنده است واگذار می‌گردد. درصورت جدائی زوجین بعضی از حقوق مهم ولایت مانند اداره و انتفاع قانونی اموال طفل، از همسر مقصر سلب می‌شود مگر آنکه دادگاه تصمیم دیگری اتخاذ نماید.

در صورت فوت پدر و مادر طفل و نبودن وصی منصوب از جانب آنها، اقرباء نسبی مانند اجداد و جدات پدری یا مادری برحسب درجهٔ قرابت، نسبت به طفل ولایت خواهند داشت.

۲ـ در حقوق ایران همین که طفل به سن هیجده سال تمام رسید از تحت ولایت قهری خارج می‌گردد مگر آنکه ثابت شود طفل مزبور سفیه یا مجنون است و سفه و جنون وی متصل به صغر می‌باشد.

در حقوق فرانسه وقتی طفل به سن بیست و یک سال تمام رسید از تحت ولایت قهری ابوین خارج می‌گردد و درصورت محجور بودن تابع مقررات قیمومت خواهد بود.

۳ـ اختیارات ولی قهری در حقوق ایران وسیع است و شرط معتبر بودن اعمال ولی قهری، رعایت غبطه و مصلحت مولی علیه است و به علاوه اموال مولی علیه در نزد وی امانت می‌باشد. بنابرانی فقط درصورت تعدی و تفریط مسئول تلف یا نقصان آن خواهد بود و طبق مادهٔ ۱۱۸٤ ق. م عزل خواهد شد.

در حقوق فرانسه اختیارات ولی در موارد مختلف فرق دارد. اقداماتی که جنبهٔ اداره و نگهداری اموال داشته باشد ولی قهری بدون دخالت هیچ مقامی به تنهائی می‌تواند انجام دهد. ولی اقداماتی که موجب دخل و تصرف در اموال مولی علیه باشد، مانند فروش اموال و اجارهٔ طویل‌الامدت زائد بر نه سال و قرض کردن و نظایر آن باید با اجازه دادگاه شهرستان محل اقامت مولی علیه صورت گیرد. بعضی از اقدامات مانند تصرفات بلاعوض در اموال مولی علیه مثل هبه بلاعوض و هدیه و غیره هر چند کسب اجازه شده باشد، ممنوع است.

٤ـ در حقوق ایران درصورت مطالبهٔ مولی علیه، ولی قهری (پدر وجد پدری) مکلف است حساب زمان تصدی خود را پس از پایان ولایت بدهد. اما در حقوق فرانسه برای روشن شدن دخل و خرج مولی علیه، ولی قهری مکلف است حساب دورهٔ تصدی خود را بدهد و احتیاج به مطالبه مولی علیه، پس از پایان ولایت ندارد.

۵ـ در حقوق ایران هرگاه ولی قهری بدون رعایت مصلحت و غبطه مولی علیه خود معامله‌ای نموده باشد مولی علیه پس از رسیدن به سن کبر و رشد، می‌تواند با اقامهٔ هرگونه دلیلی ابطال معامله مزبور را از دادگاه خواستار شود، ولی در حقوق فرانسه با توجه به نظارت دادگاه شهرستان محل اقامت مولی علیه در اعمال و اقدامات ولی قهری، چنین مواردی پیش نخواهد آمد.

بخش چهارم ـ الزام به اتفاق به اعتبار قرابت نسبی.

انفاق مصدر باب افعال به معنای صرف و خرج کردن مال و در اصطلاح حقوقی عبارت است از تأمین مخارج ضروری فردی اعم از خوراک و پوشاک و مسکن و اثاث‌منزل که قانوناً، تحت تکفل دیگری است. نفقه دهنده را منفق و کسی که به او نفقه داده می‌شود منفق علیه نامیده می‌شود.

در این بحث از نفقه اولاد و ابوین و اجداد و شرایط منفق و منفق علیه و مقدار نفقه، به ترتیب مورد بررسی قرار خواهیم داد.

اول نفقهٔ اولاد و ابوبن و اجداد ــ نفقهٔ اولاد و ابوین و اجداد را در دو قسمت جداگانه به شرح مطالعه می‌کنیم:

۱ـ نفقهٔ اولاد ۲ـ نفقهٔ ابوین و اجداد

۱ـ نفقهٔ اولاد ـ در حقوق اسلام و فقه امامیه نفقه اولاد بر عهده پدر است و اگر پدر نباشد یا فقیر باشد پدر پدر هرقدر بالا روند، این تکلیف را به عهده دارند و اگر این عده نباشند یا قادر به انفاق نباشند مادر این وظیفه را برعهده دارد و درصورت نبودن یا فقیر بودن مادر تکلیف انفاق بر عهده پدر و مادر مشارالیها و همین‌طور هرقدر بالا روند بر حسب قاعده الاقرب فالاقرب خواهد بود[۱].

در حقوق ایران طبق مادهٔ ۱۱۹۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «نفقه اولاد بر عهد پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق بر عهده اجداد پدری است، با رعایت الاقرب فالاقرب، درصورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آن‌ها، نفقه بر عهدهٔ مادر است. هرگاه مادر هم زنده و یا قادر به اتفاق نباشد. با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اجداد و جدات مادر و جدات پدری است و اگر چندین نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصه متساوی تأدیه کنند». نفقه اولاد به ترتیب به عهده افراد زیر است:

پدر و اجداد پدری ـ درصورت زنده بودن و قدرت انفاق، پدر مکلف به انفاق اولاد خود می‌باشد. پدر جد و جد جد پدری هرقدر که بالا رود برحسب درجه نزدیکی آنان به منفق علیه ملزم به انفاق می‌باشند.

درصورتی که پدر غایب مفقودالاثر بوده و مالی از او باقی نماند باشد، می‌توان این واقعه را مانند فوت پدر یا عدم قدرت وی به انفاق دانست.

مادر ـ درصورت نبودن پدر و اجداد پدری یا عدم قدرت آنان به انفاق، نفقه طفل به عهده مادر است.

---

۱. شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب نکاح النظرالخامس فی‌النفقات، ص ۱۷۹؛ شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، جلد دوم، کتاب نکاح، نظر دوم در نفقات ص ۱۲۳ و ۱۲۴؛ جواهرالکلام، تألیف شیخ محمد حسن نجفی، جلد پنجم، کتاب نکاح در نفقه اقارب ص ۲۶۴

اجداد و جدات مادری و جدات پدری ـ اگرمادر هم زنده یا قادر به انفاق نباشد، نفقه طفل به عهده اجداد و جدات مادری وجدات پدری با رعایت الاقرب فالاقرب قرار می‌گیرد و چنانچه چند نفر از اجداد و جدات مزبور از حیث درجه اقربیت به طفل مساوی باشند، نفقه منفق علیه را باید به حصه مساوی تأدیه نمایند.

این ترتیب تکلیف انفاق را می‌توان از بقایای سیستم پدر سالاری[1] که پایه و اساس خانواده ملل قدیم بوده، دانست. زیرا در این سیستم اقرباء پدری بر مادر و اقربای مادری مقدم بوده‌اند ولی جدات پدری در ردیف اجداد و جدات مادری قرار داشته‌اند.

ترتیب مذکور در مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م را قانون حمایت خانوادهٔ مصوب سال ۱۳٤٦ برای موقعی که بین زوجین طلاق واقع گردد، تغییر داده بود.

مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده سابق، مصوب ۱۳٤٦ در زمینه نفقه اولاد چنین مقرر کرده بود:

«در کلیه مواردی که اختلاف زناشوئی منجر به صدور گواهی عدم امکان سازش می‌شود . . . نفقه اولاد از عواید و دارائی مرد یا زن و یا هر دو، حتی از حقوق بازنشستگی استیفاء خواهد گردید. دادگاه مبلغی را که باید از عواید یا دارائی مرد یا زن یا هر دو برای هر فرزند استیفاء گردد تعیین و طریقه اطمینان بخشی برای پرداخت آن مقرر می‌کند . . .» و همچنین مادهٔ ۱۲ آئین‌نامه اجرائی قانون حمایت خانواده مقرر داشته بود:

«میزان نفقه و هزینهٔ حضانت و تربیت اطفال با توجه به نیازمندی‌های حال و آینده آنان و وضع و موقعیت والدین برآورد خواهد گردید و هرگاه استیفای آن در درجهٔ اول از درآمد پدر به تنهائی و در درجهٔ دوم از درآمد مادر به تنهائی دشوار باشد، از درآمد هر دو تأمین خواهد گردید.».

بنابراین با توجه به مادهٔ ۱۲ قانون سابق حمایت خانواده و مادهٔ ۱۲ آئین نامه اجرائی آن، نفقه اولاد پس از وقوع طلاق و جدائی زوجین، تابع مقررات مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م نبود و به دستور دادگاه در درجه اول از دارائی و عواید پدر و در درجه دوم از عواید و دارائی مادر و یا هر دو پرداخت می‌گردید.

---

۱. Patriarcat پاتریارکا یعنی یعنی پدرسالاری و پدرشاهی. سیستم خانوادگی مبنی بر تسلط پدر خانواده یا رئیس قبیله که از لحاظ تاریخی مؤخر بر سیستم مادرشاهی است.

حال چنانچه پدر و مادر قادر به انفاق اولاد خود نمی‌بودند، آیا اجداد و جدات پدری و مادری را می‌بایست قائم مقام ابوین دانست و براساس معیار مادهٔ ۱۲ قانون حمایت خانواده و آئین‌نامه اجرائی مربوط به آن عمل می‌شد؟ یا از سیستم مذکور در مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م پیروی می‌گردید. قانون حمایت خانواده سال ۱۳٤٦ به موجب مادهٔ ۲۸ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ منسوخ گردید و به‌نظر می‌رسد که مواد ۱۹ و ۲۰ قانون ۱۳۵۳ درخصوص نفقه و حضانت اطفال درحال حاضر قابلیت اجرا دارد.

از آنجائی‌که قانون مدنی عام و قانون حمایت خانواده قانون خاصی است به‌نظر می‌رسد که در موارد سکوت قانون خاص، قانون عام به قوت خود باقی می‌باشد و باید به آن عمل گردد.

۲ـ نفقهٔ ابوین و اجداد ـ حق انفاق بین اولاد و ابوین و اجداد، حق متقابل است. یعنی همان‌طورکه نفقه اولاد درصورتی‌که ندار باشند و نتوانند به وسیله اشتغال به کار، وسیلهٔ معیشت خود را فراهم سازند به شرحی که بیان گردید، به عهده ابوین و اجداد می‌باشد. برعکس وقتی که ابوین و اجداد نیز مستحق انفاق گردند، اولاد و اولاد اولاد مکلف به انفاق آنان خواهند بود. ماده ۱۲۰۰ ق. م در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «نفقه ابوین با رعایت الاقرب فالاقرب به عهده اولاد و اولاد اولاد است».

بنابراین در حقوق ایران نفقهٔ ابوین یعنی پدر و مادر در درجه اول به عهدهٔ اولاد بلافصل است خواه ذکور باشند خواه اناث و تفاوت یا تقدم و تأخری در این زمینه بین فرزندان مزبور وجود ندارد.

لذا اگر کسی که مستحق نفقه است، دارای چند فرزند پسر و دختر باشد وهمه قادر به انفاق باشند، باید نفقه او را به حصهٔ متساوی بپردازند و درصورت نبودن اولاد این وظیفه به عهده اولاد اولاد خواهد بود.

اگر یک نفر هم پدر و هم مادر و هم اولاد بلافصل داشته باشد، طبق مادهٔ ۱۲۰۱ ق.م، پدر و اولاد باید نفقه او را متساویاً تأدیه نمایند بدون اینکه مادر سهمی داشته باشد واگر مستحق نفقه مادر و اولاد بلافصل داشته باشند، نفقه او را باید مادر و اولاد متساویاً بپردازند. (مادهٔ ۱۲۰۱ ق. م).

هر گاه اقارب واجب‌النفقهٔ متعدد باشند و منفق نتواند نفقهٔ همهٔ آن‌ها را بدهد، اقارب در خط عمودی نزولی بر اقارب در خط عمودی صعودی مقدم خواهند بود.

بنابراین اگر کسی دارای پدر و مادر و فرزند بوده و همه آن‌ها مستحق انفاق باشند و او قادر به انفاق تمامی آنان نباشد، در این‌صورت نفقهٔ فرزند بر پدر و مادر مقدم است زیرا او سبب ایجاد فرزند خود شده است و باید نفقه فرزند برحسب قواعد و نظام طبیعت بر نفقه پدر و مادر مقدم باشد و اگر فرزندان مستحق نفقه متعدد باشند و منفق فقط قادر با انفاق یکی از آنان باشد آن مقدار نفقه بین فرزندان بالسویه تقسیم خواهد شد، زیرا موجبی برای ترجیح یکی بر دیگری وجود ندارد (ماده ۱۲۰۲ ق.م).

دوم ـ شرایط منفق و منفق علیه ـ مستحق نفقه و کسی که باید نفقه را بپردازد، دارای شرایطی هستند که به شرح زیر مورد بحث قرار خواهیم داد.

یک: شرایط منفق علیه ـ کسی که باید به او انفاق شود، لازم است دارای دو شرط زیر باشد:

الف ـ ندار بوده، یعنی فاقد آنچه که برای زندگی فعلی خود به آن احتیاج دارد، باشد بنابراین، چنانچه کسی فعلاً قادر باشد زندگی خود را اداره نماید، هرچند قوت سال خود را نداشته باشد، مستحق نفقه نیست.

ب ـ نتواند به وسیله اشتغال به شغلی، وسایل معیشت خود را فراهم سازد. نفقه برای جلوگیری از گرسنگی و حفظ حیات است. کسی که قادر به انجام کار باشد، محتاج و مستحق انفاق محسوب نمی‌گردد. عدم توانائی اشتغال به کار ممکن است در اثر کمی یا زیادی سن یا بیماری با نقص جسمی و روحی و نظایر آن باشد. کار و شغل باید با موقعیت اجتماعی شخصی مناسبت داشته باشد و اگر کسی قدرت اشتغال به کاری که برخلاف شئون اجتماعی او است، داشته باشد ولی از انجام آن امتناع نماید، مستحق نفقه می‌باشد. هر چند ماده ۱۱۹۷ ق. م ایران اشتغال به هر کاری را مانع از استحقاق نفقه می‌داند.[۱]

دو: شرایط منفق ـ کسی که به دیگری انفاق می‌کند، باید طبق مادهٔ ۱۱۹۸ ق. م، اولاً متمکن از دادن نفقه باشد. ثانیاً انفاق معیشت خود او را دچار مضیقه نسازد. مادهٔ ۱۱۹۸ ق. م چنین مقرر می‌دارد: «کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد یعنی بتواند نفقه بدهد، بدون اینکه از این حیث در وضع معیشت خود دچار مضیقه گردد، برای تشخیص تمکن باید کلیه تعهدات و وضع زندگانی شخص او در جامعه

---

۱. دکتر امامی: حقوق مدنی، جلد پنجم ص ۲۳۴ و ۲۳۵

درنظرگرفته شود». بنابراین کسی که قدرت پرداخت نفقه ندارد و یا اگر قدرت پرداخت وی به اندازه‌ای است که درصورت انفاق خودش دچار مضیقه می‌شود، مکلف به انفاق اقرباء خود نیست. فرضاً شخصی قادر نیست قوت روزانه خود را فراهم سازد و دیگران به او انفاق می‌کنند و یا فقط به مقدار قوت روز و شب و لوازم اولیه زندگی مانند منزل و فرش و رختخواب، با توجه به موقعیت اجتماعی خود، دارد و اگر بخواهد از آن به دیگری بدهد، خود دچار سختی و عسرت گردد، ملزم به انفاق با اقرباء خود نیست.

سوم: **مقدار نفقه** ـ قانون‌گذار مقدار نفقه اقارب را صراحتاً تعیین ننموده است، ولی چون انفاق به اقارب به‌منظور حفظ و بقای حیات و جلوگیری از گرسنگی است، لذا به قدر رفع حاجت، آنان را مستحق نفقه دانسته است. مادهٔ ۱۲۰٤ ق.م در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

«نفقه اقارب عبارتست از مسکن و البسه و غذا و اثاث‌البیت به قدر رفع حاجت با درنظر گرفتن درجه استطاعت منفق». بنابراین با توجه به مادهٔ مذکور، در انفاق به اقارب، باید استطاعت انفاق‌کننده درنظر گرفته شود و اگر منفق قادر به تأمین تمام حوائج منفق علیه نباشد، هر مقدار که پس از وضع نفقه خود و زوجه دائمه یا منقطعه‌ای که تعهد به انفاق او نموده، قدرت داشته باشد، به اقارب مستحق نفقه می‌پردازد.

نفقه اقارب برخلاف نفقه زوجه، فقط نسبت به آتیه قابل مطالبه می‌باشد؛ زیرا انفاق به اقارب همانطورکه گذشت برای رفع حاجت و حفظ حیات آنان است و چون احتیاج گذشته ولو با استقراض رفع گردیده است، لذا نمی‌توانند، نفقهٔ گذشتهٔ خود را مطالبه نمایند. ماده ۱۲۰٦ قانون مدنی ایران چنین مقرر می‌دارد: » زوجه درهر حال می‌تواند برای نفقه زمان گذشته خود اقامهٔ دعوی نماید و طلب او از بابت نفقهٔ مزبور طلب ممتازه بوده و درصورت افلاس یا ورشکستگی شوهر. زن مقدم بر غرماء خواهدبود، ولی اقارب فقط نسبت به آتیه می‌توانند مطالبه نفقه نمایند».

با توجه به ماده مذکور ملاحظه می‌گردد که اقارب می‌توانند از طریق اقامه دعوی در مراجع حقوقی[1] نفقهٔ آیندهٔ خود مطالبه نمایند.

---

۱. مرجع حقوقی صالح با توجه به ماده واحدهٔ مصوب ۱۳۷۶ دادگاه خانواده محل اقامت منفق است.

علاوه بر ضمانت اجرای مدنی مزبور برای تأمین نفقه اقارب ضمانت اجرای کیفری نیز درنظر گرفته شده است. چنان‌که طبق مادهٔ ٦٢٤ قانون مجازات اسلامی، هر کس با داشتن استطاعت، نفقهٔ اشخاصی را که مطابق قانون واجب‌النفقه می‌باشند، ندهد به حبس از سه ماه و یک روز تا پنج ماه محکوم خواهد شد.[۱]

تعقیب جزائی ترک انفاق منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در مورد طفل و صغیر، پدر و جد پدری نماینده قانونی او می‌باشند و اگر متهم به ترک انفاق پدر باشد و صغیر، جد پدری نیز نداشته باشد، به‌نظر می‌رسد که مادر یا هر شخص دیگری می‌تواند مراتب را اعلام نماید و دادسرا برای چنین طفلی باید قیم اتفاقی تعیین نماید. (ماده واحد مصوب ١٣١٦ راجع به تعیین قیم انفاقی).

الزام به انفاق نسبت به اقارب نسبی در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه انفاق عبارتست از تأمین معاش ضروری شخصی، به شرط احتیاج به وسیله شخص یا اشخاص دیگر، به موجب قانون.

مبنای الزام به انفاق وجود قرابت نسبی یا سببی است، بین افرادی که در قانون پیش‌بینی شده است. هرچندکه این تعهد به موجب قانون برقرار و به شخص تحمیل می‌شود (الزام انفاق در خانواده) ولی اشکالی ندارد که قرارداد خصوصی نظیر معامله یا وصیت و امثال آن نیز موجد این الزام باشد.[۲]

چون موضوع بحث ما نفقه اولاد و ابوین و اجداد است لذا از مطالعه در اطراف نفقه زوجه، به علت خروج موضوعی خودداری و به مطالعه خصوصیات کلی انفاق و نفقه اولاد و ابوین و شرایط وجوب انفاق و مقدار نفقه و ضمانت اجرای انفاق، به شرح آتی می‌پردازیم.

بند اول ـ خصوصیات کلی انفاق.

نفقه و تعهدات ناشی از آن دارای خصوصیاتی است که با سایر تعهدات تفاوت دارد و اهم آن خصوصیات از این قرار است:

---

۱. برای مطالعه بیشتر در زمینه نفقه مراجعه شود به کتاب مسائل الخلاف تألیف شیخ طوسی (کتاب‌النفقات) ص ۱۲۸ به بعد، جواهرالکام تألیف شیخ محمد حسن نجفی ص ۳۰۰ به بعد، شرح لمعه تألیف شهید ثانی ص ۱۲۴ به بعد، کتاب حقوق مدنی، جلد پنجم، تألیف دکتر امامی، ص ۲۲۶ به بعد.

2. Josserand (L) . Cours de droit civil positif français. T. L. Ni 1138; Mazeaud (l. J. H) et Michele de juglart. Laçons de droit civil français. T. II. No 20; Juoliot de la Miraniére (L). Droit civil (Précis Dalloz) T. l. No 732

۱ـ نفقه قابل انتقال و اسقاط نیست. الزام به انفاق از جمله قواعد آمره بوده و با مصالح عمومی و نظم اجتماعی ارتباط کامل دارد، مضافاً به اینکه مبنای الزام به انفاق، وجود قرابت نسبی یا سببی است و تعهد مزبور به‌منظور استحکام و روابط خانوادگی به وجود آمده است. بنابراین مانند حقوق و تعهدات عادی نیست که قابل اسقاط و مصالحه و تهاتر باشد. یعنی مستحق نفقه نمی‌تواند از آن صرفنظر و متعهد گردد که حق مطالبه و مراجعه به مقامات قضائی نداشته باشد.[۱]

۲ـ نفقه قابل توقیف نیست ـ نفقه جزء دارائی منفق علیه محسوب نمی‌شود تا بتوان در قبال بدهکاری وی نزد منفق توقیف نمود.[۲]

۳ـ نفقه جنبه شخصی دارد ـ چون مبنای الزام انفاق روابط خانوادگی و وجود رابطهٔ و قرابت نسبی وسبب است، لذا نفقه کاملاً جنبه شخصی دارد و مطلقاً به شخص مربوط است و به عبارت دیگر هر کس شخصاً می‌تواند از آن استفاده نماید و پس از فوت، الزام به انفاق پایان می‌پذیرد. یعنی حق نفقه از حقوق قابل انتقال به ورثه نمی‌باشد تا پس از فوت منفق علیه، ورثهٔ وی استحقاق مطالبه آن را داشته باشند و همچنین جزء تعهداتی نیست که به ورثه منفق تحمیل گردد و پس از فوت وی ورثه مجبور و ملزم به پرداخت آن باشند.[۳]

بند دوم ـ نفقهٔ اولاد و ابوین و اجداد

در مورد انفاق اولاد و ابوین و اجداد لازم است خانوادهٔ مشروع و غیر مشروع و فرزندخواندگی را از هم تفکیک و هریک را به‌طور جداگانه مورد مطالعه قرار دهیم.

الف ـ انفاق در خانواده مشروع.

طبق مادهٔ ۲۰۵ قانون مدنی فرانسه، اولاد باید نفقه ابوین و اجداد خود را در صورت احتیاج بپردازند و طبق مادهٔ ۲۰۷ همان قانون این الزام متقابل و دو جانبه می‌باشد.

بنابراین اولاد و ابوین و اجداد، متقابلاً درصورت احتیاج و تحت شرایط خاص قانونی ملزم به انفاق یکی دیگر هستند.

---

1. Mazeaud (L. J. H) et Michel de juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. Nos 1216 et 1217
2. Planiol (M). Ripert (G), Traité Pratique de driot civil. T. II. No 59
3. Mazeaud (L. J. H) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. Nos 1213 et 1215

البته اطفال مادام که صغیرند تحت ولایت و حضانت ابوین خود می‌باشند و تهیه غذا و خوراک و لباس و پوشاک و مسکن و تأمین وسایل تربیت آنان به‌طور مشترک بعهده زوجین است ولی پس از رسیدن به سن کبر در صورت احتیاج، ابوین فقط مکلف به انفاق می‌باشند (ماده ۲۰۳ ق. م فرانسه).

الزام به انفاق اقرباء نسبی فقط درخط مستقیم اعم از صعودی و نزولی وجود دارد، ولی برای اقرباء نسبی در خط اطراف، قانونگذار تکلیفی در این زمینه معین ننموده است.

بنابراین برادر قانوناً الزامی ندارد که به برادر خود درصورت احتیاج کمک و مساعدت نماید و درصورت اقدام به کمک فقط به وظیفهٔ اخلاقی خود عمل کرده است.

عده‌ای معتقدند درصورت تعدد منفق، ازنظر منطق، در مراجعه به آن‌ها باید سلسله مراتب از حیث نزدیکی و دوری رعایت گردد زیرا الزام به انفاق از آثار قرابت است و چون قرب و بعد افراد نسبت به یکدیگر متفاوت است، آثار آن نیز مختلف می‌باشد، بنابراین فرزند بدواً باید به پدر و مادر خود و در درجه دوم به سایر اقوام ابوینی برحسب درجه قرابت، برای مطالبه نفقه مراجعه نماید.[1]

ولی عده‌ای دیگر معتقدند همانطورکه طلبکار می‌تواند به هر یک از بدهکاران تضامنی مراجعه نماید، منفق‌علیه نیز درصورت تعدد متفق، می‌تواند به هر یک از آن‌ها مراجعه نماید و رعایت سلسله مراتب جزء درمورد فرزندخواندگی ساده و نفقهٔ همسر (مواد ۲۱٤ و ۳٦۸ ق. م) لازم نیست.[2]

ولی عقیدهٔ این عده چندان صحیح به‌نظر نمی‌آید. زیرا همانطورکه قبلاً اشاره شد، انفاق از آثار قرابت است و قرب و بعد افراد نسبت به یکدیگر از حیث درجه خویشاوندی یکسان نیست، تا آثار مترتب بر آن یکسان باشد.

ب ـ انفاق در خانواده نامشروع.

بطور خلاصه فرزندان طبیعی یا نامشروع در حقوق فرانسه به سه دسته تقسیم می‌شوند:

---

1. Planiol (M). Ripert (G), traité pratique de droit civil français T. II. No 37
2. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. No 1222

یک، فرزندان طبیعی ساده.

دو، فرزندان متولد از زنای محصن و محصنه.

سه، فرزندان ناشی از زنای با محارم.[۱]

اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم طبق ماده ۲۷۶۲ ق. م فرانسه از ارث بردن محرم هستند، ولی حق مطالبه نفقه خواهند داشت.

اما درخصوص نفقه اطفال طبیعی ساده، ماده صریحی در قانون مدنی فرانسه وجود ندارد ولی از آنجائیکه اطفال طبیعی ساده که نسب آن‌ها قانوناً اثبات شده باشد، وفق مواد ۷۵۶ و ۷۵۸ و ۷۵۹ و ۷۶۰ ق. م فرانسه از ماترک پدر و مادر طبیعی خود ارث می‌برند، ولی اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم همانطورکه اشاره شد از ارثیه ابوین محرم هستند، بنابراین به طریق اولی اطفال طبیعی ساده مستحق نفقه خواهند بود. مضافاً به اینکه عرف قدیمی نیز وجود چنین تعهدی را در قبال فرزندان طبیعی ساده، مانند فرزندان قانونی تأیید می‌کند.

به عبارت دیگر وقتی که قانونگذار حق نفقه را برای اطفال متولد از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم پذیرفته است، به‌طور مسلم و به طریق اولی، برای اطفال طبیعی ساده که از حقوق و مزایای زیادتری در برابر اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم برخوردارند، باید حق مطالبه نفقه را شناخت.[۲]

البته باید توجه داشت که حدود الزام و تکلیف در خانواده طبیعی با خانواده مشروع فرق دارد. یعنی الزام انفاق در خانواده طبیعی فقط بین پدر و مادر و اطفال وجود دارد. درصورتی‌که در خانواده قانونی تعهد انفاق بین فرزند و ابوین و اجداد هرچه بالا رود و اولاد اولاد هرقدر پائین رود، وجود خواهد داشت ولی بین فرزند طبیعی و اولاد مشروع اینگونه فرزندان تعهد نفقه متقابل وجود دارد (ماده ۷۵۷ ق. م فرانسه).[۳]

ج ـ انفاق در مورد فرزندخواندگی.

فرزندخواندگی را به‌طور مفصل در فصول آتی مطالعه خواهیم کرد. در اینجا به‌طور خلاصه و به‌منظور مقایسه با فرزند مشروع یادآور می‌شویم که فرزندخوانده بر دو نوع است: فرزندخوانده ساده ـ فرزدخوانده کامل.

---

۱. در این زمینه در مباحث آتی بحث خواهیم کرد.

2. Colin (A). Capitant (H). Cours élementaire de droit civil français T. I. No 369

3. Planiol (M). Ripert (G), Traité pratique de droit français. T. I. No 26

فرزندخوانده کامل با توجه به مواد ۳۵۸ و ۳٦۷ ق. م فرانسه ازنظر ترتب آثار حقوقی شبیه فرزند مشروع است و از لحاظ الزام به انفاق نیز تفاوتی بین آن‌ها وجود ندارد. اما در فرزندخواندگی ساده پدرخوانده و مادرخوانده مکلف به انفاق فرزند خواند خود درصورت احتیاج هستند و متقابلاً فرزندخوانده ملزم به انفاق پدرخواند و مادرخوانده محتاج خود می‌باشد و این تعهد نفقه بین او و پدر و مادر واقعی نیز وجود دارد. مع‌الوصف پدر و مادر واقعی وقتی مکلف به انفاق فرزند خود هستند که او نتواند نفقه را از پدرخوانده و مادرخوانده خود اخذ نماید ولی هیچگونه حق نفقه بین فرزندخوانده ساده و اقارب پدرخوانده یا مادرخوانده وجود نخواهد داشت.

بند سوم ـ شرایط وجوب انفاق.

طبق مادهٔ ۲۰۸ ق. م فرانسه برای تحقق وجوب انفاق وجود دو شرط زیر ضروری است:

۱ـ احتیاج منفق علیه.

۲ـ استطاعت مالی منفق.

۱ـ احتیاج منفق علیه ـ منفق علیه باید احتیاج داشت باشد و محتاج به کسی اطلاق می‌گردد که از کسب وسیله معیشت خود، خواه از طریق کارکردن و خواه از راه درآمد دیگر عاجز باشد، بنابراین اگر کسی بتواند با اشتغال به کار و درآمد حاصل از آن زندگی کند، مستحق نفقه نخواهد بود. هرچند دارائی نداشته باشد. البته لازم نیست که به این کار اشتغال داشت باشد، بلکه امکان اشتغال به آن کافی است که نتواند از اقارب خود، نفقه مطالبه کند.

(Req. 7 Juil 1863, D. 63. L. 400. S. 63. L. 378, pau. 15 dec 1862 D 53. 2. 88)

معلولین و کسانی‌که نقص عضو دارند، وقتی مستحق نفقه خواهند بود که عدم قدرت کارکردن آن‌ها ثابت گردد. یعنی صرف داشتن نقص عضو یا معلول بودن برای استحقاق نفقه کافی نیست. احتیاج افراد با توجه به سن و زن و مرد بودن و موقعیت خانوادگی و اجتماعی متفاوت است. خصوصیات اخلاقی منفق علیه مانند اسراف و

تبذیر و قماربازی و ولخرجی و شرابخواری او که باعث فقر وی گردیده است از موانع استحقاق نفقه نخواهد بود.[1]

۲ـ استطاعت مالی منفق ـ منفق باید قدرت مالی و ملائت کافی برای پرداخت نفقه اقارب داشته باشد. بنابراین اگر درآمد او فقط به قدر مخارج ضروری خودش باشد. چون انفاق به دیگران به معاش وی لطمه وارد می‌آورد، تکلیف انفاق در چنین صورتی از وی ساقط می‌گردد. زیرا در درجه اول و قبل از آنکه مکلف به تأمین وسایل زندگی اقرباء نسبی یا سببی باشد، باید، خودش زنده بماند و وسایل زندگی خود را فراهم نماید. به عبارت دیگر باید منفق درآمد کافی داشته باشد تا بتوان او را به پرداخت نفقهٔ اقارب محکوم کرد. برای سنجش استطاعت مالی منفق باید سن و زن و مرد بودن و موقعیت خانوادگی و اجتماعی وی مورد توجه قرار گیرد.[2]

اگر شخصی ثابت کند که درآمد او فقط به قدر مخارجش می‌باشد، الزام به انفاق به دیگران از وی ساقط است. ولی استثناتاً پدر و مادر، وضع مادی آنان به هر شکل که باشد مکلف به تأدیهٔ نفقه فرزندان صغیر خود هستند.

منفق علیه نیز می‌تواند متقابلاً استطاعت و قدرت مالی منفق را اثبات نماید. رسیدگی به دعوی انفاق در دادگاه شهرستان محل اقامت منفق به عمل می‌آید، ولی درصورتی‌که پدر یا مادر یا اجداد، درخواست انفاق نمایند. استثناتاً طبق مادهٔ ۵۹ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۶ آوریل ۱۹۳۲ دادگاه محل اقامت منفق علیه صلاحیت رسیدگی دارد. طبق ماده ۲۱۰ ق. م فرانسه درصورتی‌که منفق ثابت کند، قادر نیست نفقه را بصورت نقدی بپردازد، می‌تواند پیشنهاد کند که منفق علیه را در منزل خود نگهداری و سرپرستی نماید. دراینصورت اگر دادگاه مصلحت بداند، رأی صادر می‌کند. و این رأی پژوهش‌پذیر نیست.[3]

اگر منفق، پدر یا مادر واجب‌النفقه باشد، طبق مادهٔ ۲۱۱ ق. م فرانسه، می‌تواند به فرزند خود پیشنهاد کند که در کانون خانواده سکنی گزیند. در اینصورت، چنانچه محکمه مصلحت دانست رأی مقتضی صادر خواهد کرد. البته این پیشنهاد مربوط به فرزندان کبیر است والا اولاد صغیر الزاماً در کانون خانوادگی زندگی می‌نماید.

---

1. Planiol (M). Ripert (G), traité pratique de droit civil français. T. II. Nos 32 et 33
2. Planiol (M). Ripert (G), traité pratique de droit civil français. T. II. No 35
3. Mazeaud (L. J. H) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. No 1210

بند چهارم ـ مقدار نفقه.

قانونگذار فرانسه مقدار نفقه را صراحتاً پیش‌بینی نکرده است کلمه aliments متضمن کلیه مایحتاج زندگی یک فرد مانند غذا، لباس و مسکن و اثاث خانه و دارو و وسایل گرم کردن و خنک کردن محل سکونت و نظایر آن می‌باشد و فقط به معنای غذا و خوراک نیست.

مقدار نفقه دارای رقم ثابتی نخواهد بود ولی مسلماً حداقل مایحتاج زندگی را دربرمی‌گیرد و میزان آن با توجه به وضع مالی منفق و احتیاج منفق علیه و وضع اجتماعی و خانوادگی آنان متفاوت است (ماده ۲۰۸ ق. م فرانسه).

تعیین میزان نفقه از طرف دادگاه نیز موقتی است و ممکن است اصولاً با سلب قدرت مالی منفق یا اضافه شدن درآمد منفق علیه تعهد انفاق پایان یابد و یا با توجه به تغییر وضع مالی منفق و همچنین ترقی و تنزل هزینه زندگی و پیدایش احتیاجات جدید، میزان و مقدار نفقه تغییر نماید. (Req. II dec 1945 . Gaz. Pal. 1946. L. 55)

بند پنجم ـ ضمانت اجرای انفاق.

در حقوق فرانسه به‌منظور تأمین و رفع حوائج ضروری کسی که مستحق نفقه می‌باشد و برای جلوگیری از ترک انفاق دو نوع ضمانت اجرائی حقوقی و جزائی پیش‌بینی شده است.

الف ـ ضمانت اجرائی حقوقی

ضمانت اجرائی حقوقی عبارت است از الزام منفق از طریق اقامهٔ دعوی در مراجع صلاحیت‌دار حقوقی واخذ رأی قطعی.

پس از صدرو حکم قطعی و لازم الاجراء مبنی بر اجبار به انفاق، درصورتی‌که محکوم علیه حاضر به پرداخت نفقه نگردد از طریق توقیف اموال او حکم به مرحله اجراء درمی‌آید. البته این ضمانت اجرا، چندان کامل و مفید نیست. زیرا اولاً صدور حکم قطعی بر محکومیت منفق مستلزم تشریفات و وقت زیادی است و با طبع انفاق که مقتضی فوریت است سازگار نمی‌باشد.

ثانیاً پس از طی تشریفات و صدرو حکم، اجرای آن همیشه به آسانی مقدور نیست. یعنی درصورت امتناع محکوم علیه از اجرای حکم، توقیف اموال وی به سهولت

صورت نمی‌گیرد و ممکن است محکوم علیه برای فرار از پرداخت نفقهٔ بـه حیلـه‌هـای گوناگون متوسل و اموال خود را مخفی نماید یا به دیگری قبلاً انتقال داده باشد وبعضی مواقع انفاق می‌افتد که محکوم علیه مالی ندارد تا قابل توقیف باشد و توقیـف مـزد وی در کارخانه‌ای که مشغول کار است، نیز به سهولت امکان‌پذیر نخواهد بود، زیـرا ممکـن است برای فرار از پرداخت نفقه، مرتباً محل کار خود را تغییر دهد. بـه همـین مناسـبت قانونگذار فرانسه برای رفع اینگونه نـواقص وحفـظ حقـوق اعضـاء خـانواده، ضـمانت اجرای کیفری نیز در مورد ترک انفاق پیش‌بینی کرده است.[۱]

ب ـ ضمانت اجرای کیفری

قانونگذار به‌منظور تأمین حقوق اعضاء و افراد خانواده و جلـوگیری از تـرک انفـاق، علاوه بر ضمانت حقوقی، ضمانت کیفری نیز پیش‌بینی نموده و برای ترک انفاق حـبس تأدیبی و غرامت درنظر گرفته است.

به موجب ماده ۱-۳۵۷ قانون مجازات عمومی فرانسه هرکس بـدون عـذر موجـه و علت قانونی خانواده خود را بیش از دو ماه ترک و عمداً از پرداخت نفقه آنان زائـد بـر دو ماه امتناع نماید. به حبس تأدیبی از سه ماه تا یکسال و یا به تأدیه غرامـت از سیصـد تا شش هزار فرانک جدید (یورو) محکوم خواهد شد.[۲]

بنابراین برای تحقق جرم ترک انفاق لازم است اولاً ترک خانواده بدون عذر و علـت قانونی باشد، ثانیاً بیش از دو ماه طول بکشد. ثالثاً از پرداخت نفقه عمداً امتناع بـه عمـل آمده باشد.

منظور از خانواده مذکور در مادهٔ مزبور عبارت است از زن و فرزند و پدر و مـادر و اولاد اولاد و اجداد. ولی سایر اقرباء و خویشاوندان از این جهت جزء اعضـاء خـانواده محسوب نخواهند شد.[۳]

مقایسه

از مطالعه و مقایسهٔ انفاق به اقارب نسبی در حقوق ایران و فرانسه نتایج زیر حاصـل می‌گردد:

---

1. Julliot de la Morandiérw (L). Droit civil (Précis Dalloz). T. I. No 741

۲. معادل سی هزار فرانک یا ششصد هزار فرانک قدیم

3. Julliot de la Morandiérw (L). Droit civil (Précis Dalloz). T. I. No 742

۱ـ در حقوق ایران نفقه اولاد در زمان زوجیت یا فوت یکی از ابوین در درجه اول به عهده پدر است و درسورت فوت پدر یا عدم قدرت وی به انفاق، به عهده اجداد پدری و بعداً به مادر و سپس به اجداد و جدات مادری و جدات پدری تعلق می‌گیرد ولی درصورت وقوع طلاق بین زوجین، دادگاه حمایت خانواده مکلف به رعایت ترتیب فوق نمی‌باشد.

در حقوق فرانسه نفقه اولاد به عهده ابوین و اجداد است و درصورت تعدد منفق، به استثناء ابوین که مشترکاً مکلف به انفاق فرزند می‌باشند، باید سلسله مراتب و درجه نزدیکی و دوری رعایت گردد و اگر چند نفر از انفاق‌کنندگان در یک درجه وجود داشته باشند، هر یک به‌طور مساوی مکلف به انفاق می‌باشند.

۲ـ نفقه ابوین و اجداد چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه به عهده اولاد و اولاد اولاد بر حسب درجه قرابت خواهد بود.

۳ـ چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه منفق علیه باید ندار بوده و نتواند به وسیلهٔ اشتغال به شغلی وسایل معیشت خود را فراهم نماید و همچنین منفق باید متمکن از دادن نفقه بوده و انفاق، معیشت خود او را دچار مضیقه نسازد.

٤ـ در حقوق ایران و فرانسه ترک انفاق دارای ضمانت اجرائی حقوقی و جزائی می‌باشد.

بخش پنجم ـ توارث بین اولاد و پدر و مادر و خویشاوندان آنها.

توارث از باب تفاعل و به معنای ازهمدیگر ارث بردن است.

ارث در لغت به معنی ترکه و مالی است که از متوفی مانده باشد و در اصطلاح حقوق عبارت است از انتقال قهری دارائی متوفی به ورثه او.

متوفی را اصطلاحاً مورث و کسی که ارث می‌برد وارث و دارائی باقیمانده از متوفی را ترکه می‌نامند.

یکی از آثار حقوقی قرابت نسبی مشروع توارث است.

در حقوق ایران که مقررات ارث آن از حقوق امامیه اقتباس گردیده است، طبق مواد ۸٦۱ تا ۹۳۹ قانون مدنی پدر و مادر اولاد و اولاد اولاد و اجداد و جدات و برادر و خواهر واولاد آنها و اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آن‌ها به ترتیب از

متوفی ارث می‌برند. یعنی درصورتی‌که کسی فوت شود سه طبق بـه موجـب نسـب بـه ترتیب زیر از او ارث می‌برند:

۱ـ پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد.

۲ـ اجداد و برادر و خواهر و اولاد آنها.

۳ـ اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آنها.

با بودن طبق اول طبقه دوم وسوم از ارث محروم می‌باشـند وهمچنـین اقربـاء طبقـه دوم اقرباء نسبی طبقه سوم را از ارث محروم می‌نمایند.

ارث به موت حقیقی یا فرضی مورث تحقق می‌یابد.[1]

مالکیت ورثه نسبت به ترکه متوفی استقرار نمـی یابـد مگـر پـس از ادای حقـوق و دیونی که به ترکهٔ میت تعلق می‌گیرد.

بنابراین بعد از وضع هزینهٔ کفن و دفن میت و حقوقی که به اعیان ترکه تعلق گرفتـه است. نظیر رهن و دیون واجبات مالی متوفی و وصایای میت تا ثلث ترکه بدون اجـازهٔ ورثه و زائد بر آن با اجازه وراث، مابقی ترکه چنانچه باقی مانـده باشـد، بـین وراث بـه نسبت قانونی تقسیم می‌شود (مواد ۸٦۷ و ۸٦۸ و ۸٦۹ و ۸۷۰ ق. م).

شرط وراثت در حقوق ایران زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملـی در بین باشد، درصورتی ارث می‌برد که نطفه او حین‌المـوت مـورث، منعقـد بـوده و زنـده متولد گردد، اگر چه بلافاصله بعد از تولد بمیرد.

قتل عمدی اعم از اینکه بالمباشره باشد یا بالتسـبیب، منفـرداً باشـد، یـا بـه شـرکت دیگری، از موانع ارث است و قاتل از ارث مورث خـود محـروم مـی‌گـردد (مـاده ۸۸۰ ق.م).

بعد از لعان بین زن و شوهر، فرزندی که به سبب انکار نسب او، لعان واقـع شـده از پدر و پدر از او ارث نمی‌برد، لکن فرزند مزبور از مـادر و خویشـاوندان مـادر خـود و همچنین مادر و خویشاوندان مادر از او ارث می‌برند.

---

۱. موت حقیقی عبارت از ازهاق روح از بدن و موت فرضی در مورد غایب مفقودالاثری که مدتی از غیبت او گذشـته باشد، مصداق می‌یابد و دادگاه صالح (دادگاه حقوقی عمومی) آخرین اقامتگاه غایب و درصـورتی‌کـه در خـارج از ایران اقامت داشته دادگاه حقوقی عمومی تهران و اگر اقامتگاه غایب در ایران معلوم نباشد دادگاه محل اقامت ورثـه و درصورت معلوم نبودن ورثه دادگاه حقوقی عمومی محل وقوع اموال غایب) طبـق مـواد ۱۰۲ و ۱۰۲۱ و ۱۰۲۲ ق. م پس از رسیدگی حکم فوت فرضی صادر می‌نماید.

هرگاه پدر بعد از لعان رجوع نماید، فرزند مورد لعان از او ارث می‌برد ولی از ارحام پدری و همچنین پدر و ارحام پدری از فرزند مورد لعان ارث نخواهند برد.

ولد زنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برند (مواد ۸۷۵ تا ۸۸٤ ق. م). در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام (فقه امامیه) طبق ماده ۹۰۷ ق. م پسر دو برابر دختر از اموال متوفی ارث می‌برد.

هرگاه میت اولاد بلاواسطه نداشته باشد، اولاد اولاد او قائم‌مقام او بوده و بجای اولاد ارث می‌برند. تقسیم ارث بین اولاد اولاد بر حسب نسل بعمل می‌آید. یعنی هر نسل حصه کسی را می‌برد که به توسط او به میت می‌رسد. بنابراین اولاد پسر دو برابر اولاد دختر ارث خواهند برد (ماده ۹۱۱ ق. م).

از ورود در جزئیات ارث و طبقه‌بندی وراث، شرایط و موانع ارث و مقدار سهم‌الارث وراث که احتیاج به مطالعه مفصلی دارد و از موضوع بحث ما خارج است، خودداری و به همین مختصر اکتفا می‌کنیم.

توارث بین اولاد و ابوین و خویشاوندان آن‌ها در حقوق فرانسه.

در حقوق فرانسه نیز مانند حقوق ایران ارث به موت طبیعی یا فرضی (مدنی) تحقق می‌آید.

شرط ارث بردن در حقوق فرانسه زنده بودن در حین فوت مورث است و حمل در صورتی ارث می‌برد که نطفه‌اش در حین فوت منعقد بوده و پس از تولد نیز قابل زیستن باشد، هرچند بعداً به عللی فوت گردد.[1] بنابراین طفلی که نطفه‌اش در زمان فوت منعقد نشده باشد و همچنین نوزادی که ولو زنده متولد شود، مستعد زیستن نباشد، از ماترک متوفی ارث نخواهد برد (مواد ۷۱۸ و ۷۲۵ ف. م فرانسه).

در حقوق فرانسه اشخاص زیر از ارث بردن محروم هستند:

۱ـ کسانی که مورث خود را عمداً به قتل رسانیده و یا اقدام به قتل وی نموده باشند.

۲ـ کسانی که تهمت و افتراء مهمی به مورث خود زده باشند.

---

1. Carbonnier (J), Droit civil. T. I. Nos 203 et 204, 205; Mazeaud (L. J. H) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. No 307 et. S.

۳ـ وارث کبیری که از قتل متوفی مطلع بوده و مراتب را بـه مقامـات فضـائی اعـلام نکرده باشد.

کسانی که از ارث محروم هستند، حق استفاده از ماترک متـوفی (مـورث) ندارنـد و درصورتی‌که استفاده‌ای نموده یا تصرفی کرده باشند، مکلف به استرداد آن هستند (مواد ۷۲۷ و ۷۲۹ ق. م فرانسه).

طبق مادهٔ ۷٤٥ قانون مدنی فرانسه اولاد و اولاد اولاد از پدر ومادر و جـد و جـده و سایر اسلاف خود بدون درنظر گرفتن جنس زن و مرد و بدون توجه به ارشدیت فرزند و یا تولد از ازدواج‌های مختلف به نسبت مساوی ارث می‌برند.

اگر کسی فوت شود و اولاد یا اولاد اولاد نداشته باشد هرگاه فقط پـدر و مـادر وی در قید حیات باشند، ارث به نسبت مساوی بین آنان تقسیم می‌گـردد و هرگـاه بـرادر و خواهر یا اولاد آن‌ها نیز با پدر و مادر متوفی در قید حیات باشند، ماترک به دو قسـمت مساوی تقسیم، نصف به ابوین و نصف دیگر به بـرادر و خـواهر یـا اولاد آن‌هـا تعلـق می‌گیرد ور در این حالت چنانچه فقط یکی از ابوین زنده باشد یـک چهـارم از مـاترک متعلق به وی و بقیه به برادر و خواهر یا اولاد آن‌ها تعلـق دارد. در اینصـورت اجـداد و جدات متوفی از بردن ارث محروم می‌باشند (مواد ۷٤۹ و ۷٥۰ و ۷٥۱ ق. م فرانسه).

برادران و خواهران متوفی یا اولاد آن‌ها اگر ابوینی یا ابی یا امـی باشـند، ترکـه بـین آن‌ها به نسبت مساوی تقسیم خواهد شـد و در غیراینصـورت نصـف ترکـه متعلـق بـه برادران و خواهران ابی و نصف دیگر به برادران و خواهران امی تعلـق دارد (مـاده ۷٥۲ ق. م فرانسه).

هرگاه متوفی پدر ومادر و اولاد و اولاد اولاد نداشته باشد وبرادر و خـواهر یـا اولاد آن‌ها در قید حیات باشند، کلیه ماترک بین خواهران و برادران یا اولاد آن‌ها بـه تسـاوی تقسیم خواهد شد.

هرگاه متوقی فاقد پدر و مادر و اولاد و برادر وخواهر واولاد آن‌هـا باشـد، ترکـه بـه اجداد و جدات پدری و مادری تعلق می‌گیرد. به این ترتیب کـه مـاترک متـوفی بـه دو قسمت متساوی تقسیم، نصف متعلق به اجداد پدری و نصف دیگـر بـه اجـداد مـادری تعلق خواهد گرفت و اجداد نزدیک اجداد دور را از ارث محروم می‌سـازند (مـاده ۷٤٦ ق. م فرانسه).

بطور خلاصه در حقوق فرانسه سه طبقه از اقرباء نسبی از متوفی ارث می‌برند:

الف ـ اقرباء نسبی در خط عمودی نزولی: اولاد و اولاد اولاد.

ب ـ اقرباء نسبی در خط عمودی صعودی: پدر و مادر واجداد و جدات.

ج ـ اقرباء در خط اطراف: برادر و خواهر و اولاد آنها.

با وجود ورثهٔ طبقهٔ اول گروه دوم و سوم ارث نمی‌برند ولی درصورتی‌که گروه دوم و سوم وجود داشته باشند و گروه اول در قید حیات نباشند، پدر و مادر از گروه دوم و اقرباء گروه سوم با هم ارث می‌برند، اما اجداد و جدات از گروه دوم با وجود وراث مذکور از ارث محروم خواهند بود. درصورتی‌که پدر و مادر از گروه دوم و اقرباء گروه سوم در قید حیات نباشند، اجداد و جدات متوفی وارث وی هستند.

اقرباء در خط اطراف اصولاً تا درجه ششم بیشتر ارث نمی‌برند ولی استثناتاً در صورتی‌که متوفی قبل از فوت، فاقد اهلیت وصیت کردن باشد و یا قانوناً محجور و ممنوع از تصرف در اموال خود بوده باشد، طبق ماده ۷۵۵ ق. م فرانسه تا درجه دوازدهم ارث خواهند برد.

عمو و عمه دائی و خاله و اولاد آن‌ها جزء وراث متوفی محسوب نمی‌گردند واز ماترک وی ارث نخواهند برد.

مقایسه

از مقایسه توارث اقارب نسبی در حقوق ایران و فرانسه به‌طور خلاصه نتایج زیر بدست می‌آید:

۱ـ در حقوق فرانسه و ایران ارث به موت حقیقی یا فرضی تحقق می‌یابد.

۲ـ در حقوق ایران شرط وراثت زنده‌بودن در حین فوت مورث است و حمل درصورتی ارث می‌برد که نطفه‌اش در حین فوت منعقد شده و زنده متولد گردد. هرچند بلافاصله پس از تولد فوت شود.

در حقوق فرانسه حمل درصورتی ارث می‌برد که نطفه‌اش درحین فوت منعقد شده باشد و پس از ولادت نیز قابل زیستن باشد. بنابراین در حقوق فرانسه تنها زنده متولد شدن طفل، شرط وراثت نیست، بلکه باید طفل مزبور قابل زیستن و ادامهٔ حیات نیز باشد هر چند بعداً به مناسبتی فوت گردد.

۳ـ در حقوق ایران قتل عمدی مورث اعم از اینکه بالمباشره باشد یا بالتسبیب منفرداً باشد یا با شرکت دیگری از موانع ارث است.

در حقوق فرانسه علاوه بر قتل عمدی مورث، اقدام به قتل و تهمت و افتراء مهم به مورث و همچنین در صورتی‌که وارث کبیر از قتل مورث خود مطلع بوده و مراتب را به مراجع قضائی اعلام ننماید، سبب محرومیت از ارث خواهد بود.

٤ـ در حقوق ایران ولد ملاعنه از ملاعن و خویشاوندان ملاعن و همچنین ملاعن از طفل مورد لعان ارث نمی‌برد.

در حقوق فرانسه چنین تأسیسی وجود ندارد تا از موانع ارث محسوب گردد.

۵ـ در حقوق ایران سه طبقه به موجب قرابت نسبی به ترتیب زیر از متوفی ارث می‌برند:

الف ـ پدر و مادر، اولاد و اولاد اولاد.

ب ـ اجداد و جدات، برادر و خواهر و اولاد آنها.

ج ـ اعمام و عمات، اخوال و خالات و اولاد آنها.

با بودن طبقه اول، طبقه دوم و سوم همچنین با بودن طبقه دوم، طبقه سوم از ارث محروم هستند.

در حقوق فرانسه در درجه اول اولاد و اولاد اولاد از پدر و مادر و جد و جده و سایر اسلاف خود ارث می‌برند.

درصورت نبودن اولاد اگر فقط پدر و مادر متوفی در قید حیات باشند ماترک بین آن‌ها بالسویه تقسیم می‌شود و اگر متوفی دارای برادر و خواهر یا برادرزاده و خواهرزاده باشد، نصف‌تر که متعلق به ابوین و نصف دیگر متعلق به برادر و خواهر یا اولاد آنهاست و اگر در این حالت یکی از ابوین در قید حیات باشد، یک چهارم ترکه به وی تعلق خواهد گرفت.

درصورت نبودن اولاد و پدر و مادر و برادر و خواهر یا اولاد آن‌ها ترکه به اجداد و جدات پدری و مادری تعلق می‌گیرد (نصف به اجداد پدری و نصف به اجداد مادری). اعمام و عمات، اخوال و خالات و اولاد آن‌ها از متوفی ارث نخواهند برد.

٦ـ در حقوق ایران پسر دو برابر دختر ارث می‌برد ولی در حقوق فرانسه پسر و دختر از پدر یا مادر خود به‌طور مساوی ارث خواهند برد.

فصل دوم

نسب ناشی از شبهه.

شبهه[1] عبارت از تصویر خلاف واقع و حقیقت است و نزدیکی به شبهه[2] عبارت از آن است که مردی به گمان وجود رابطهٔ زوجیت با زنی نزدیکی نماید و حال آنکه در حقیقت رابطهٔ زوجیت بین آنان وجود نداشته باشد.

نسب به شبهه وقتی حاصل می‌شود که در اثر نزدیکی به شبهه بین زن و مرد، طفلی بوجود آید.

نزدیکی به شبهه به شرح زیر و طی پنج گفتار مورد بررسی و مطالعه قرار خواهیم داد:

گفتار اول: اقسام شبهه

گفتار دوم: اعتبار امارهٔ فراش در وطی به شبهه

گفتار سوم: نفی ولد شبهه

گفتار چهارم: آثار نسب ناشی از شبهه

گفتار پنجم: نکاح شبهه و نسب ناشی از آن در حقوق فرانسه

---

1. Erreur
2. La cohabitation par erreur

گفتار اول
اقسام شبهه.

شبهه یا تصور خلاف واقع ممکن است حاصل از شبهه حکمیه یا موضوعیه باشد.

بخش اول ـ شبههٔ حکمیه (Erreur de droit).

شبههٔ حکمیه عبارت است از تصور باطل و خلاف واقع ناشی از عدم اطلاع نسبت به حکم و جهل به قانون.[۱] مثلاً شخصی با زنی که دارای شوهر مفقودالاثر است بعد از چهارسال ازدواج نماید و جاهل باشد که زن باید به دادگاه مراجعه و دادگاه پس از نشر آگهی طبق مادهٔ ۱۰۲۹ ق. م ایران او را طلاق دهد و زن باید عدهٔ وفات نگهدارد. فرضاً کسی اطلاع ندارد که زن مطلقه باید عده نگهدارد و پس از انقضاء عده است که می‌توان با او ازدواج کرد.[۲]

بخش دوم ـ شبههٔ موضوعیه (Erreur de fait).

شبههٔ موضوعیه عبارت از جهل به مصداق موضوع حکم است که نتیجتاً موجب تصور باطل و خلاف واقع می‌گردد. در اینجا حکم و قانون مورد شبهه نیست بلکه فقط شمول حکم نسبت به مورد خاص و مصداق خارجی است که محل شبهه و تردید است. مثلاً کسی با زنی که در عده است یا در علقهٔ زوجیت دیگری است به تصور آنکه عده‌اش منقضی شده است یا زن آزادی می‌باشد، ازدواج نماید. در این مورد مرد می‌داند ازدواج با زنی که در علقهٔ زوجیت دیگری یا در عده است باطل می‌باشد ولی در وضعیت زن اشتباه کرده و تصور نموده است، زن مزبور از لحاظ ازدواج بلامانع است.

هرگاه در اثر نزدیکی به شبهه اعم از حکمی یا موضوعی نطفه‌ای منعقد و طفلی متولد گردد، ولد مزبور، ولد شبهه نامیده می‌شود.

---

۱. محمد بروجردی (عبده): مبانی حقوق اسلامی، مختلف الاصول ص ۱۵۵ تا ۱۷۶ دکتر جعفری لنگرودی: مقدمه عمومی علم حقوق شماره‌های ۲۳۱ تا ۳۳۹

۲. البته جهل به حکم و قانون در حقوق مدنی ایران رافع مسئولیت نیست ولی درفقه اسلام فقط جاهل مقصر مسئول است.

فقهای امامیه اجماعاً معتقدند که چنین طفلی به واطی شبهه ملحق و منتسب می‌گردد و مشمول حدیث « . . . و للعاهر الحجر» نیست. یعنی طفل مزبور مانند طفل مشروع است و واطی نیز مستحق حد نمی‌باشد. زیرا اصل برائت ذمه است و اشتغال ذمه محتاج به دلیل است.

شهید ثانی در شرح لمعه می‌گوید ولد شبهه با شروط سه گانه امکان الحاق، به واطی به شبهه ملحق می‌گردد.[۱] محقق حلی در شرایع الاسلام می‌گوید طفل به واطی به شبهه ملحق می‌گردد.[۲]

صاحب جواهر می‌گوید نسب ثابت می‌شود به نکاح صحیح و همچنین ثابت می‌گردد با وطی به شبهه اجماعاً.[۳]

فقهای عامه و خاصه اتفاق نموده‌اند زنی که مورد وطی به شبهه واقع شده است باید عدهٔ طلاق نگهدارد و از حیث عده و مهرالمثل و ثبوت نسب، طفل حاصل از این رابطه، مانند زن قانونی و شرعی خواهد بود.[٤]

در حقوق اسلام با توجه به فرمایش حضرت رسول اکرم (ص) که فرموده‌اند: «ان الاعمال بالنیات»:

(اعمال بستگی به قصد و نیت‌ها دارد) و حمل عمل مؤمن بر صحت و حدیث شریف منقول از حضرت علی‌بن‌ابی‌طالب(ع) فرموده‌اند: «وضع امراخیک علی احسنه» یعنی کار برادر دینی خود را به بهترین وجهی تلقی کن، نزدیکی ناشی از شبهه درخور مذمت و تقبیح و سرزنش نیست و آثار عملی را که با فکر تجاوز از شرع و باسوء نیت انجام گرفته باشد، دربر ندارد.

در حقوق ایران نیز به پیروی از حقوق اسلام (فقه امامیه) طفل حاصل از وطی به شبهه ملحق به واطی که در اشتباه بوده است، می‌گردد. چنانکه ماده ١١٦٤ ق. م در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

---

۱. شرح لمعه تألیف شهید ثانی جلد دوم کتاب نکاح ص ۱۱۵ : « و ولدالشبهه یلحق بالواطی بالشروط الثلاثه و عدم الزوج الحاضر الداخل بها بحیث یمکن الحاقه به».

۲. شرایع الاسلام تألیف محقق حلی کتاب نکاح نظر چهارم در اولاد ص ۱۷۵

۳. جواهرالکلام تألیف شیخ محمد حسن نجفی جلد پنجم کتاب النکاح ص ۵۳ و ۵۶ و ۲۳۲

۴. جواهرالکلام تألیف شیخ محمد حسن بن شیخ باقر. کتاب النکاح ص ۵۳ تا ۵۷. شرایع‌الاسلام تألیف محقق حلی. کتاب النکاح ـ النظرالرابع فی‌احکام الاولاد ص ۱۷۵ به بعد شرح لمعه تألیف شهید ثانی جلد دوم کتاب‌النکاح ص ۷۷ به بعد. ترجمه و شرح تبصرة علامه: نگارش زین‌العابدین ذوالمجدین کتاب النکاح ص ۱۱۵؛ المغنی تألیف ابن قدامه ص ۴۵۰ .

«احکام مواد قبلی در مورد طفل متولد از نزدیکی به شبهه نیز جاری است، اگرچه مادر طفل مشتبه نباشد» و ماده ۱۱۶۵ ق. م چنین می‌گوید:

«طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و درصورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق به هر دو خواهد بود».

بنابراین درصورتی‌که مواقعه بین زن و مردی بعمل آید و این دو نفر جاهل باشند، بر این که رابطهٔ زوجیت بین آن‌ها وجود ندارد و از این نزدیکی نطفه‌ای منعقد و طفلی به وجود آید، نسب طفل مزبور در حکم مشروع بوده و به پدر و مادر حقیقی خود منتسب و ملحق می‌گردد و اگر یکی از زن و مرد به شبهه با دیگری نزدیکی نموده و آن دیگر عالم به عدم علقهٔ زوجیت باشد، طفل فقط به کسی که در اشتباه بوده است ملحق و به دیگری که عالم بوده است، به واسطهٔ تحقق زنا، طبق ماده ۱۱۶۷ ق. م، ملحق و منتسب نخواهد شد.[۱]

نزدیکی در خواب و بیهوشی و مستی درصورتی که نزدیکی‌کننده عمداً به قصد نزدیکی، مست نشده باشد و همچنین نزدیکی درحال جنون در حکم نزدیکی به شبهه است و این عده نیز مانند کسانی که در اشتباه می‌باشند، متوجهٔ حرمت عمل خود یعنی نزدیکی نیستند و به علت عدم تحقق عمل ارادی، در اینگونه موارد زنا تحقق نمی‌پذیرد.[۲]

قانون مدنی ایران طفل متولد از نکاح باطل ببین زوجین به علت وجود مانع را ملحق و منتسب به هر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده‌اند، نموده و نسب طفل را نسبت به جاهل مشروع دانسته است. ماده ۱۱۶۶ ق. ق در این زمینه چنین می‌گوید:

«هرگاه به واسطه وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل، باطل باشد، نسب طفل به هر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشروع و نسبت به دیگری نامشروع خواهد بود. درصورت جهل هر دو نسبت طفل به هر دو مشروع است».

البته موانع فوق‌الذکر ممکن است ناشی از شبههٔ حکمیه و یا شبههٔ موضوعیه باشد. هدف اصلی قانونگذار ایران در الحاق ولد شبهه به واطی یا موطوئه به شبهه جلوگیری

---

۱. در زمینهٔ الحاق و عدم الحاق ولدزنا به زانی رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، تعیین تکلیف کرده است که در گفتار سوم از فصل سوم، توضیح داده شده است.

۲. جواهرالکلام تألیف شیخ محمد حسن بن شیخ باقر کتاب النکاح ص ۵۴

از جریحه‌دار نمودن عفت عمومی و کاهش اولاد غیر قانونی است که جامعه اینگونه اطفال را همیشه با دیدهٔ حقارت می‌نگرد و خود آن‌ها نیز در خود احساس کمبود می‌نمایند.[۱]

بنابراین در وطی به شبهه چون سوء نیت و قصد تجاوز و قانون‌شکنی در بین نیست و به تصور استحقاق، نزدیکی به عمل آمده است، اقدام مزبور و نتیجهٔ آن با توجه به عدالت و نصف باید محترم شمرده شود. به همین جهت در حقوق اسلام و ایران وطی به شبهه در حکم نزدیکی مشروع می‌باشد و به‌منظور جلوگیری از اختلاط می‌اه و تشخیص نسب طفل حاصل از نزدیکی، موطوئه به شبهه باید عدهٔ طلاق نگهدارد تا موضع حمل و انعقاد نطفه روشن گردد.[۲]

چنانکه ماده ۱۱۵۷ ق. م مقرر می‌دارد:

«زنی که به شبهه با کسی نزدیکی کند باید عدهٔ طلاق نگهدارد».

گفتار دوم
اعتبار امارهٔ فراش در وطی به شبهه.

امارهٔ فراش با توجه به مادهٔ ۱۱٦٤ ق. م در مورد وطی به شبهه مانند نزدیکی ناشی از نکاح صحیح معتبر و قابل اجراء است، زیرا مادهٔ مزبور می‌گوید: « احکام مواد قبل در مودر طفل متولد از نزدیکی به شبهه جاری است اگرچه مادر مشتبه نباشد» و یکی از آن احکام، امارهٔ فراش است که در مادهٔ ۱۱۵۸ ق. م ذکر و در باب نسب قرار گرفته است.

علت اجراء امارهٔ فراش، در نزدیکی به شبهه آن است که واطی به شبهه در اثر جهل به حرمت عمل خود مرتکب عمل حرام نشده است. بنابراین ماء و نسب حاصله محترم خواهد بود و انتساب طفل حاصل از این و طی به واطی، عفت خانوادگی را جریحه‌دار نمی‌نماید و در این امر فرقی ندارد که زن در این نزدیکی نسبت به حرمت عمل جاهل باشد یا عالم.

---

۱. دکتر امامی : حقوق مدنی. جلد پنجم ص ۱۷۴

۲. شرایع الاسلام تألیف محقق حلی. کتاب الطلاق ـ ص ۱۸۶ .

برای اجراء امارهٔ فراش، در مورد طفل ناشی از وطی به شبهه لازم است دو حالت از هم تفکیک و به‌طور جداگانه مورد بحث ومطالعه قرار گیرد:

الف ـ واطی، موطوئه را با همسر خود اشتباه کند.

ب ـ واطی، موطوئه را با همسر خود اشتباه نکند بلکه او را همسر قانونی و شرعی خود بداند، درحالیکه قانوناً و شرعاً موطوئه مزبور همسر او نباشد. یعنی رابطهٔ زوجیت بین او و آن زن به سبب شبههٔ حکمی یا موضوعی برقرار نگردیده و نکاح بین آن‌ها باطل باشد.

الف ـ اعتبار امارهٔ فراش درمورد طفل ناشی از وطی به شبهه در اثر اشتباه طرف با همسر

در این حالت واطی تصور می‌کند با همسر خود نزدیکی می‌کند و حال آنکه موطوئه را با همسر خود اشتباه نموده و نتیجتاً مضاجعت صورت گرفته است. این حالت به دو صورت ظاهر می‌شود یعنی موطوئه به شبهه در علقهٔ زوجیت کسی می‌باشد، یا اینکه در علقهٔ زوجیت کسی نیست.

۱ـ وجود علقهٔ زوجیت بین موطوئه به شبهه و شخص ثالث.

هرگاه مردی با زن شوهرداری به شبهه نزدیکی نماید، طبق قاعدهٔ فراش‌الحاق و انتساب طفل به هر یک از واطی به شبهه و شوهر باید مورد رسیدگی قرار گیرد زیرا امارهٔ فراش در نزدیکی به شبهه مانند نزدیکی به نکاح صحیح قابل اجراء می‌باشد.

برای اجراء امارهٔ فراش در نزدیکی به شبهه با زن شوهردار یکی از سه فرض زیر پیش می‌آید:

فرض اول ـ هرگاه از لحاظ احتساب اقل و اکثر مدت حمل یا به جهتی از جهات دیگر نتوان طفل را از واطی به شبهه دانست و از تاریخ نزدیکی زن با شوهر خود و تاریخ تولد طفل کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد، در اینصورت امارهٔ فراش منحصراً نسبت به شوهر جاری است و طفل به شوهر ملحق می‌گردد.

مثلاً مرد بیگانه‌ای با زن شوهرداری به شبهه نزدیکی می‌کند و پنج ماه و نیم بعد از این نزدیکی طفلی از آن زن متولد می‌گردد یا فرضاً واطی به شبه در زمان و طی فاقد اسپرم بوده یا معلوم گردد که اولین نزدیکی نطفه‌ای منعقد نشده است، تا بتوان امارهٔ

کتابخانه تخصصی فقه و اصول

فراش او را نسبت به شوهر اجراء نمود، در اینصورت تعارضی وجود ندارد و طفل منتسب به شوهر می‌گردد.[۱]

فرض دوم ـ هرگاه تولد طفل از تاریخ نزدیکی به شبهه کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نباشد و از لحظ احتساب حداقل و اکثر مدت حمل به سبب غیبت، مسافرت، حبس و بستری بودن شوهر در بیمارستان و نظایر آن هم‌بستری بین زن و شوهر در زمان انعقاد نطفه متعذر بوده و نتیجتاً نتوان طفل را ملحق به شوهر دانست. مسلم است که در اینصورت امارهٔ فراش منحصراً نسبت به واطی به شبهه اجراء و طفل به او ملحق می‌گردد.

فرض سوم ـ آنکه از لحاظ احتساب اقل و اکثر مدت حمل، بتوان طفل را به شوهر و واطی به شبهه، هر دو نفر ملحق نمود. یعنی تولد طفل از تاریخ نزدیکی هر یک از دو نفر (شوهر و واطی به شبهه) در مدت ملحوظ در امارهٔ فراش قرار گیرد.

در اینصورت امارهٔ فراش در مورد هر دو نفر قابل اجراء است و اجراء آن در باره یکی معارض با دیگری است که موضوع، الحاق طفل را مشکل می‌سازد. عده‌ای از فقهای اسلام به تجویز «القرعه لکل امر مشکل» برای حل این مشکل به استقراع متوسل شده‌اند و قول دیگر آنست که طفل به شوهر ملحق می‌گردد.[۲]

اما در قانون مدنی ایران در این خصوص، استقراع پیش‌بینی نشده است و اگر دلیل خاصی برای احراز نسب طفل یافت نشود، می‌توان به احترام ارجحیت اولویت رابطهٔ زناشوئی امارهٔ فراش را نسبت به شوهر مقدم بر واطی به شبه دانست و طفل را منتسب و ملحق به شوهر نمود. زیرا آرامش و نظم خانوادگی و عفت زناشوئی را نمی‌توان به احتمال انتساب طفل به واطی به شبهه جریحه‌دار نمود. مخصوصاً هرگاه زن عالم به نبودن رابطهٔ زناشوئی به واطی نباشد.[۳]

می‌توان چنین استدلال کرد که رابطهٔ جنسی زن و شوهر دائمی و همشیگی است و نزدیکی واطی به شبهه با زن شوهردار، امر اتفاقی است و احتمال انعقاد نطفه از اسپرم شوهر بیشتر از اسپرم واطی به شبهه است، لذا درصورت تعارض دو اماره، می‌توان

---

۱. شرایع‌الاسلام تألیف محقق کتاب النکاح. النظر الرابع فی اولاد. ص ۱۷۵. شرح لمعه تألیف شهید ثانی جلد دوم کتاب النکاح ص ۷۷.

۲. عروه‌الوثقی تألیف سید محمد کاظم طباطبائی یزدی کتاب النکاح ص ۷۰۰ ؛ جواهرالکلام جلد پنجم کتاب النکاح ص ۵۷.

۳. دکتر امامی : حقوق مدنی جلد پنجم ص ۱۷۵.

امارهٔ فراش شوهر را مقدم دانست. البته امروزه از طریق آزمایش DNA تشخیص نسب طفل آسان شده است.

۲ـ صورت دوم این است که زن فارغ از علقهٔ زوجیت باشد که قضیه به سه شکل ظاهر می‌گردد:

شکل اول اینکه زن قبلاً در علقهٔ زوجیت کسی نبوده و یا هنگام و طی به شبهه عده منقضی و آثار حمل در زن وجود نداشته باشد، در اینصورت امارهٔ فراش نسبت به واطی به شبهه بلامعارض اجراء می‌شود و اگر طفل بین شش ماه و یا ظرف مدت ده ماه از تاریخ نزدیکی به شبهه متولد شود، ملحق به واطی مزبور است.

شکل دوم آنکه زن قبلاً در علقهٔ زوجیت بوده و طفل قبل از انقضاء مدت ده ماه (حداکثر مدت حمل) از تاریخ انحلال نکاح و قبل از انقضاء مدت شش ماه از زمان نزدیکی به شبهه متولد گردد، در اینصورت امارهٔ فراش در مورد واطی به شبه جاری نیست و طفل ملحق به شوهر سابق می‌گردد.

شکل سوم اینکه زن (موطونه به شبهه) قبلاً در علقهٔ زوجیت بوده و طفل قبل از ده ماه ار تاریخ انحلال زوجیت و بعد از شش ماه از تاریخ و طی به شبهه متولد گردد، در اینصورت طفل قابل انتساب به هر دو نفر می‌باشد که بعضی از فقهاء به‌وسیله استقراع اشکال مزبور را حل کرده‌اند (مانند فرض سوم از مورد اول) و برخی دیگر طفل را ملحق به واطی به شبهه شناخته‌اند.[۱]

ولی نظر به اینکه در قانون مدنی ایران مجوزی برای استقراع وجود ندارد و با توجه به مادهٔ ۱۱۵۹ ق. م باید طفل را چنانکه قبلاً نیز متذکر شدیم ملحق به شوهر دانست، زیرا امارهٔ فراش نسبت به شوهر مقدم بر امارهٔ فراش نسبت به واطی به شبهه می‌باشد و انحلال نکاح موجب زوال فراش مادام که ده ماه از تاریخ انحلال نگذرد، نمی‌گردد و ضمناً احترام خانواده و نسب، با الحاق طفل به شوهر محفوظ می‌ماند. همانطور که عنوان شد، امروزه آزمایش DNA این معضل را حل کرده است.

---

۱. شرایع‌الاسلام تألیف محقق حلی کتاب‌النکاح ص ۱۵۳.

ب ـ اعتبار امارهٔ فراش در مورد طفل متولد از نکاح به شبهه.

در این حالت واطی زنی را اشتباهاً به سبب مستی و خواب و بیهوشی و غیره همسر خود تصور نمی‌کند بلکه به سبب شبههٔ حکمی یا موضوعی با زنی عقد نکاح منعقد و به تصور صحت نکاح با وی نزدیکی می‌کند.[۱]

مثلاً شخصی بدون آنکه از قاعدهٔ ابعدالاجلین در عدهٔ وفات شوهر زن حامل اطلاع داشته باشد، پس از چهار ماه و ده روز از تاریخ وفات زوج (که عدهٔ وفات است) و قبل از وضع حمل زوجه با او ازدواج کند، یا مردی با زنی که نداند در علقهٔ زوجیت دیگری یا در عده است، ازدواج نماید، در این صورت نکاح بین زوجین به علت وجود مانع، باطل است ولی نظر به اینکه، در این مورد قصد تخطی و تجاوز از موازین شرعی و عرفی در بین نبوده و با کمال حسن نیت اقدام شده است، قانونگذار نسب طفل ناشی از اینگونه ازدواج را نسبت به هر یک از ابوین که جاهل بوجود مانع بوده و با حسن نیت اقدام نموده‌اند، مشروع می‌داند.

چنانکه مادهٔ ۱۱٦٦ ق. م در مودر طفل ناشی از نکاح باطل منبعث از شبهه، چنین مقرر کرده است:

«هرگاه به واسطهٔ وجود مانعی نکاح بین ابوین طفل، باطل باشد، نسب طفل به هر یک از ابوین که جاهل بر وجود مانع بوده مشروع و نسبت به دیگری، نامشروع خواهد بود. در صورت جهل هر دو نسبت طفل به هر دو مشروع است».

علاوه بر اینکه اعمال انسان وقتی توأم با حسن نیت باشد شرعاً و عرفاً قبیح نیست. در موضوع مورد بحث، کودک ناشی از رابطهٔ باطل، عاری از سوء نیت و فکر تجاوز بوده و در موجودیت خود اراده‌ای نداشته است. لذا شایسته نیست که در اجتماع پست و حقیر شمرده شود.

ناگفته نماند که مشروعیت نسب، درمورد جاهل به صحت نکاح، مربوط به طفلی است که نطفهٔ آن به نزدیکی در حال جهل و بی‌خبری منعقد شده باشد و اگر پس از رفع جهل و ظهور بطلان و با علم به بطلان نکاح، مواقعه صورت گیرد، چون در این نزدیکی، دیگر فرض حسن نیت مقبول نیست، لذا طفل ناشی از آن متولد از زناء محسوب است و ملحق به زانی نمی‌گردد.[۲]

---

۱. در مورد موضوعیه و حکمیه قبلاً بحث شده است.

۲. ر. ک . به رأی وحدت رویة شمارهٔ ۶۱۷ مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ دیوان عالی کشور و گفتار سوم از فصل سوم .

بنابراین همانطورکه امارهٔ فراش نسبت به مولود ناشی از نکاح صحیح و نزدیکی زن و شوهر قانونی اجراء می‌گردد، درمورد طفل ناشی از وطی به شبهه و نکاح به شبهه نیز قابل اجراء است و طفل ملحق و منتسب به واطی به شبهه یا هر یک از ابوین طفل که در شبهه بوده‌اند، می‌شود.

درصورتی‌که انتساب طفل به واطی به شبهه مورد انکار قرار گیرد، ذینفع می‌تواند با توسل به هر وسیله و دلیلی از قبیل امارهٔ فراش و ادلهٔ دیگر نظیر تجزیه خون و آزمایش DNA و غیره، آن را اثبات نماید. زیرا امارهٔ فراش دلیل منحصر نیست و قانون ادلهٔ دیگر را در این زمینه بلااثر ندانسته است.[۱]

اجراء اماره فراش در موارد زیر نیز ممکن است با اشکال برخورد نموده و تعارض ایجاد شود:

۱ـ اگر اتفاقاً چند نفر به شبهه با زنی مجامعت نمایندو طفل از آن زن متولد شود، در اینصورت طفل قابل انتساب به هر یک از واطیان به شبهه است و قاعدهٔ فراش را می‌توان نسبت به هر یک از آنان جاری نمود وا اجراء امارهٔ در مورد یکی معارض با دیگری خواهد بود واز طرفی در واقع طفل ملحق به یکی از از آنان می‌باشد، که در این مورد باید مشکل حتی‌الامکان حل گردد.

فقهاء در این‌گونه موارد با توسل به قرعه مشکل را حل می‌نمایند و معتقدند که باید به وسیله قرعه، انتساب طفل معلوم گردد ولی ازنظر قضائی و قانون مدنی ایران اولاً مجوز و دلیلی بر استقراع وجود ندارد ثانیاً استقراع هرگز ایجاد یقین در قاضی نمی‌کند، لذا باید با توسل به دلائل و قرائن دیگر و استعانت از علوم پزشکی و تجزیه خون و DNA و غیره مسئله و مشکل مزبور را حل نمود.

البته در صورت فقدان دلیل و عدم امکان آزمایشات پزشکی به علت فوت طفل یا واطیان به شبهه، نسب طفل اثبات نمی‌گردد.

۲ـ هرگاه نسبت به زنی هم نزدیکی به شبهه و هم نزدیکی به زنا صورت گرفته باشد و طفل متولد از زن مزبور را با احتساب مدت حمل بتوان به هر یک از واطی به شبهه و زنان منتسب نمود، قاعدهٔ فراش در مورد واطی به شبهه با توجه به مواد ۱۱۵۸ و ۱۱٤٦ ق. م قابل اجراء است، مگر آنکه خلاف آن ثابت گردد. زیرا به صرف احتمال

---

۱. دکتر امامی : حقوق مدنی. جلد پنجم ص ۱۷۵.

تولد طفل از زنا نمی‌توان از جریان امارهٔ فراش جلوگیری نمود. همچنانکه احتمال مزبور مانع از جریان امارهٔ فراش در مورد طفل متولد از نکاح صحیح نمی‌گردد[۱].

آقای دکتر امامی در مورد ولد شبهه عقیده دارند طفل مزبور وقتی در حکم ولد قانونی است و آثار واحکام فرزند قانونی بر آن مترتب می‌شود که حرمت نزدیکی عرضی یعنی در اثر نبودن رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد باشد، مانند نزدیکی بین زن و مرد اجنبی اگرچه زن، شوهر داشته باشد والا چنانچه بین زن و مردی یکی از موانع ذاتی نکاح مانند قرابت نسبی و سببی و رضاعی موجود باشد، نمی‌توان طفلی راکه از آنان متولد می‌شود در حکم ولد قانونی محسوب و ملحق به کسی که در شبهه بوده است، دانست زیرا این امر برخلاف اخلاق حسنه به شمار می‌رود و تصور خلاف حقیقت وجهل زن و یا مرد به عدم رابطهٔ زوجیت، نمی‌تواند نقص ذاتی رابطه را جبران نماید. اگرچه مواد ۱۱٦٤ و ۱۱٦٥ ق. م مطلق است و شامل طفل متولد از شبهه با یکی از محرمات نیز می‌شود.[۲]

به‌نظر نگارنده چنین می‌رسد که در این مورد، نباید قائل به تفاوت شد زیرا آنچه مهم است و شرع و عرف به آن توجه دارد، رعایت موازین شرعی و قوانین عرفی واحترام گذاردن به مقررات است. یعنی فقط خاطی و متجاوز است که مورد تنفر و درخود مذمت و سرزنش است ولی بین حرمت عرضی و ذاتی در نزدیکی تفاوتی وجود ندارد. به عبارت دیگر همانطورکه هرگاه مردی با اجنبیه‌ای به تصور اینکه همسرش می‌باشد، نزدیکی نماید و از این نزدیکی طفلی بوجود آید، ملحق به واطی است، اگر با یکی از اقرباء سبب یا نسبی و یا رضاعی نیز اشتباهاً و به تصور اینکه همسر او می‌باشد، نزدیکی نماید، طفل ناشی از این نزدیکی را باید ملحق به واطی نمائیم. زیرا در هر دو حالت سوءنیت و قصد تجاوز منتفی است و فلسفهٔ احترام به نسب شبهه نیز مرقوع بودن سوء نیت و جهل به حکم یا موضوع آن است. چنانکه در دین مقدس اسلام با توجه به روایت: «درفع عن امتی تسعه . . . و مالایعلمون . . . » صراحتاً در امری که برای مکلف علم نباشد، تکلیف ساقط گردیده است و اخلاق حسنه نیز چنین امری را می‌پذیرد و انتساب طفل به کسی که در اشتباه بوده، در این

---

۱. حقوق مدنی جلد پنجم تألیف دکتر امامی صفحه ۱۷۶.
۲. دکتر امامی، حقوق مدنی حلد پنجم، صفح ۱۷۶.

مورد مخالفتی با نظم عمومی و خلاق حسنه ندارد و از کودک نیز که در ایجاد خود نقشی نداشته، حمایت خواهد شد.

در حقوق ایران نیز فرقی بین حرمت ذاتی وعرضی در این زمینه وجود ندادر و مواد ۱۱٦٤ و ۱۱٦٥ و ۱۱٦٦ ق. م به‌طور مطلق بیان گردیده است.

بنابه مراتب بالا به عقیدهٔ نگارند در حقوق ایران طفل ناشی از نزدیکی به شبهه در حکم فرزند قانونی و مشروع است، اعم از اینکه موطوئه به شبهه از اقرباء نسبی و سببی و رضاعی باشد یا بیگانه. به عبارت دیگر فرقی نمی‌کند که مواقعه با یکی از محرمات ذاتی صورت گرفته باشد یا عرضی.

گفتار سوم
نفی ولد شبهه.

چون طفل ناشی از نزدیکی شبهه در حکم طفل قانونی است، در مواردی که به وسیلهٔ امارهٔ فراش، طفل به نزدیکی‌کننده ملحق می‌گردد، مشارالیه می‌تواند به هر وسیله‌ای انتساب طفل را از خود نفی نماید. زیرا امارهٔ فراش یکی از امارات قانونی است و به دستور مادهٔ ۱۳۲۳ ق. م امارات قانونی تا زمانی معتبرند که دلیل خلاف آن‌ها موجود نباشد.

بنابراین واطی به شبهه، می‌تواند از طریق تجزیهٔ خون و سایر آزمایشات پزشکی، دلائل او امارات دیگر، امارهٔ فراش را ساقط گرداند. اما چون لعان از تأسیسات مخصوص نکاح است و در مورد نفی ولد شبهه نکاحی وجود ندارد، لذا نمی‌توان ازین حربه برای ساقط کردن امارهٔ فراش در این مورد استفاده کرد.

هرگاه واطی به شبهه صریحاً یا ضمناً به ابوت خود اقرار کرده باشد، با توجه به مواد ۱۱٦۱ و ۱۱٦٤ ق. م دعوی نفی ولد از وی مسموع نخواهد بود.

مرور زمان دعوی نفی ولد شبهه.

مرور زمان دعوی نفی ولد ناشی از نزدیکی به شبهه مانند طفل متولد از نکاح صحیح است. یعنی واطی به شبهه نیز ظرف دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن بر تولد طفل، می‌تواند دعوی نفی ولد، اقامه نماید، زیرا ماده ۱۱٦۲ ق. م که مربوط به نسب مشروع است، به دستور ماده ۱۱٦٤ ق. م در مورد نسب ناشی از شبهه نیز قابل اجراء می‌باشد و

به موجب ماده ۱۱٦۲ ق. م در موردی‌که قاعدهٔ فراش نسبت به طفل متولد از وطی به شبهه جاری است، دعوی نفی ولد باید درمدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن نزدیکی‌کنندهٔ به شبهه از تولد طفل، برای اقامهٔ دعوی کافی باشد، اقامه گردد و درهرحال دعوی نفی ولد پس از انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن واطی از تولد طفل مسموع نخواهدبود.

همچنین طبق مواد ۱۱٦۳ و ۱۱٦٤ ق. م در مواردی که واطی به شبهه مطلع از تاریخ حقیقی تولد طفل نبوده و یا تاریخ تولد را برا او مشتبه نموده باشند، به نوعی که موجب الحاق به او گردد و بعدها واطی مزبور از تاریخ حقیقی تولد طفل مطلع گردد، مدت و مهلت طرح دعوی نفی ولد دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود.

البته همانطورکه قبلاً اشاره شد عقیدهٔ نگارنده این است که مهلت مذکور در مواد ۱۱٦۲ و ۱۱٦۳ ق. م مهلت ثابته می‌باشد، نه مرور زمان.

گفتار چهارم
آثار ناشی از وطی به شبهه.

همانطورکه قبلاً گفته شد، نسب ناشی و از وطی به شبهه طبق مواد ۱۱٦٤ و ۱۱٦٥ و ۱۱٦٦ قانون مدنی، مانند فرزند متولد از ازدواج قانونی است و طفل ملحق به کسی می‌شود که در اشتباه بوده است.

بنابراین تمام آثار و نتایج و احکام طفل قانونی، درمورد طفل متولد از نزدیکی به شبهه جاری است و این آثار و احکام عبارتند از:

بخش اول ـ حرمت نکاح.

مادهٔ ۱۰٤٥ ق. م می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد . . . ».

مادهٔ ۱۰٤٦ ق. م می‌گوید:

«قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی است . . . » و با توجه به مادهٔ ۱۰٤۷ ق. م معلوم می‌شود که نکاح طفل ناشی از نزدیکی به شبهه با اقرباء نسبی و سبب و رضاعی در حدود مذکور در مواد فوق ممنوع است.

بخش دوم ـ حضانت

برای هر یک از پدر و مادر که در شبهه بوده‌اند حق حضانت و تکلیف نگهداری و تربیت ولد شبهه طبق مواد ۱۱٦۸ ق. م به بعد ثابت می‌باشد و چنانچه پدر ومادر طفل هر دو در موقع نزدیکی، در شبهه بوده‌اند، طفل مزبور نسبت به هر دو مانند طفل قانونی است و حق حضانت و تکلیف نگهداری و تعلیم و تربیت طفل طبق مقررات قانون مدنی به هر دو تعلق خواهد گرفت.[۱]

بخش سوم ـ ولایت قهری

ولایت قهری طفل ناشی از وطی به شبهه درصورتی‌که شبهه از طرف پدر باشد با او و درصورت فوت پدر یا جد پدری است.

هرگاه واطی در شبهه نبوده و عالم به حقیقت امر و آگاه به حرمت عمل خود باشد ولی شبهه و تصور خلاف حقیقت از ناحیه موطوئه باشد، از آنجائیکه پدر زانی است و طفل حاصل از چنین رابطه‌ای به استناد ماده ۱۱٦۷ ق. م به زانی ملحق نمی‌گردد، لذا حق ولایت از زانی ساقط می‌شود و مادر با آنکه طفل به او ملحق می‌گردد اصولاً ولایت قهری ندارد.

بنابراین طفل مزبور مانند بچه‌ای است که ولی خاص ندارد و باید برای او طبق مقررات مربوطه، قیم معین و منصوب گردد (ر. ک. به رأی وحدت رویه شماره ٦۱۷ مورخ ۱۳۷٦/۳/٤).

بخش چهارم ـ حق انفاق.

حق انفال بین طفل حاصل از وطی به شبهه و کسی که نزدیکی از طرف او شبهه بوده است و اقارب وی طبق مواد ۱۱۹٦ به بعد قانون مدنی وجود دارد.[۲]

بخش پنجم ـ توارث

بین ولد شبهه و کسی که در شبهه بوده و اقارب وی وفق مقررات ارث، توارث وجود دارد. ماده ۸۸٤ ق. در این زمینه چنین می‌گوید: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام

---

۱. مراجعه شود به مواد ۱۱۶۸ به بعد باب دوم کتاب هشتم قانون مدنی در نگهداری و تربیت اطفال .
۲. رجوع شود به بحث انفاق در نسب مشروع .

آنان ارث نمی‌برد. لکن اگر حرمت رابطه‌ای که طفل ثمره آنست نسبت به یکی از ابوین ثابت و نسبت به دیگری به واسطهٔ اکراه یا شبهه، زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس».

گفتار پنجم
نکاح شبهه و نسب ناشی از آن در حقوق فرانسه.

LE Mariage Putatif

درد فرانسه وطی به شبهه آنطورکه در حقوق ایران و در قانون مدنی آن پیش بینی شده است و در گفتارهای قبلی در اطراف آن بحث کردیم، وجود ندارد، بلکه در حقوق فرانسه یک نوع نکاح شبهه Le Mariage Putatif وجود دارد که به شرح آتی در سه بخش مطالعه خواهیم کرد.

بخش اول ـ تعریف نکاح شبهه.

بخش دوم ـ شرط تحقق نکاح شبهه.

بخش سوم ـ آثار نکاح شبهه.

بخش اول ـ تعریف نکاح شبهه.

نکاح شبهه عبارت از نکاح باطلی است که در اثر اشتباه موضوعی یا حکمی به وجود آمده و لااقل یکی از زوجین با حسن نیت عقد نکاح را منعقد نموده باشد.

نکاح باطل عبارت از نکاحی است که یکی از شرایط اساسی یا ارکان اصلی را فاقد باشد.

اصولاً وقتی عقد یا قراردادی باطل باشد ازنظر حقوقی کان لم یکن تلقی می‌شود و مانند آن است که اصلاً عقدی منعقد نشده است و قادر نیست که هیچ‌گونه آثار حقوقی ایجاد نماید و تمام آثار عملی که احیاناً در اثر قرارداد باطل بوجود آمده باشد، با اعلام بطلان عقد مزبور از بین رفته و محو می‌گردد.

ازدواج هم مانند هر عمل حقوقی دیگر درصورت بطلان، کان لم یکن و فاقد هرگونه آثار حقوقی خواهد بود و مانند آن است که طرفین عقد هرگز با هم ازدواج نکرده‌اند.

ازدواج با اینکه مانند سایر عقود و قراردادها در اثر توافق ارادهٔ طرفین به وجود می‌اید، از حیث آثار با عقود دیگر تفاوت دارد. زیرا در سایر عقود، درصورت بطلان، به آسانی می‌توان آثار عملی آن‌ها را نیز زایل کرد ولی طفلی که در اثر نکاح باطل بوجود آمده است و در حقیقت از آثار عملی یک عقد باطل است، قابل محو و زوال نیست و این اثر را هرگز نمی‌توان از بین برد. از این جهت است که ازدواج باطل در عمل با مشکلات فراوانی روبرو می‌گردد و اگر قبول کنیم که نکاح باطل مانند قراردادهای باطل کان لم یکن تلقی گردد، رابطهٔ زوجین قبل از اعلام بطلان نکاح یک رابطه آزاد و خارج از ازدواج و اطفال حاصل از آن، اطفال طبیعی و نامشروع خواهند بود.

در حقوق فرانسه با درنظر گرفتن اشکالات عملی فوق‌الذکر، در صورتی‌که ازدواج باطل لااقل با حسن نیت یکی از زوجین منعقد شده باشد، نسبت به گذشته و آثار قبل از اعلام بطلان خللی وارد نخواهد آورد و به عبارت دیگر اثر بطلان نکاح عطف بماسبق نخواهد شد و فقط ازدواج باطل را از زمان صدور حکم بطلان و برای آینده، مانند حکم طلاق، منحل خواهد کرد و در حقیقت استثنائی است که به اصل اثر قهقرائی بطلان نکاح وارد شده است.

بنابراین نکاح شبهه پس از اعلام بطلان مانند انحلال ساده و طلاق پایان می‌پذیرد و آثار قبل از بطلان آن باقی خواهد ماند.

ایده کلی و فکری اساسی در زمینهٔ نکاح شبهه این بوده است که نسبت به زوجین و اطفال ناشی از نکاح باطلی که با حسن نیت به وجود آمده و زوجین تصور کرده‌اند، نکاح قانونی و صحیحی ایجاد نموده‌اند، کمک و مساعدتی بشود.

به همین جهت قانونگذار فرانسه بطلان چینی نکاحی را استثناتاً مانند انحلال سادهٔ نکاح، نظیر فوت یکی از زوجین یا وقوع طلاق دانسته است.

نکاح شبهه که در مواد ۲۰۱ و ۲۰۲ قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی شده از حقوق مذهبی اقتباس گردیده است.[1]

ماده ۲۰۱ ق. م فرانسه در زمینهٔ نکاح شبهه می‌گوید:

---

1. Planiol (M). Ripert (G), Traité pratique de droit civil français. T. II. No 315.; Mazeaud (J. H. L) et Michel de Jugl art. Droit civil. T. I. V. II. Nos 805. 806. 807; Josserand (L), Cours de droit civil positif français. T. I. Nos 858 et 859.

«نکاحی که باطل اعلام شده است درصورتی‌که با حسن نیت منعقد گردیده باشد، لااقل در برابر زوجین و اطفال، آثار حقوقی ایجاد می‌کند».[۱]

رویهٔ قضائی فرانسه با توجه به مشکلات و محظورات عملی مهم ازدواج باطل، به اندازه‌ای سعه صدر نشان داده و در زمینه نکاح شبهه قائل به تفسیر موسع گردیده است که غالب نکاح‌های باطل را نکاح شبهه اعلام و معرفی نموده است.[۲]

بخش دوم ـ شرط نکاح شبهه.

Condition du mariage putatif

نکاح باطل وقتی نکاح شبهه محسوب می‌شود که طبق ماده ۲۵۱ ق. م فرانسه لااقل یکی از زوجین با حسن نیت اقدام به انعقاد نکاح نموده باشد.

بنابراین برای تحقق نکاح شبهه وجود حسن نیت کافی است و شرط دیگری لازم ندارد. به عبارت دیگر حسن نیت تنها شرط لازم و کافی برای تحقق نکاح شبهه می‌باشد.

حسن نیت مذکور در مادهٔ فوق‌الذکر عبارت است از جهل و عدم اطلاع از علل بطلان نکاح و یا موانع و عیوبی که سبب می‌شوند نکاح صحیح و قانونی تحقق نیابد.

طبق صراحت قسمت اخیر مادهٔ ۲۰۱ قانون مدنی فرانسه که می‌گوید: «. . . وقتی که نکاح با حسن نیت منعقد شده باشد» وجود حسن نیت در هنگام انعقاد عقد نکاح برای تحقق شبهه کفایت می‌کند.

بنابراین اگر علت بطلان نکاح بعد از انعقاد آن برای زوجین کشف گردد، خللی به نکاح شبهه و آثار آن وارد نمی‌سازد.[۳]

اشتباه و تصور باطلی که سبب انعقاد نکاح شبهه می‌گردد، ممکن است حکمی یا موضوعی باشد. شبههٔ حکمیه عبارت است از جهل به شرایط و مقررات قانونی ازدواج. مثلاً شخصی نمی‌داند، نمی‌توان با زنی که در عدهٔ دیگری است ازدواج نمود و یا نمی‌توان با اقرباء نسبی و سببی نزدیک نظیر برادر و خواهر و غیره ازدواج کرد.

---

1. Art. 201 , le mariage qul a été declaré nul Produit nèanmions les effets civil; tant à l'égard des époux qul á léard des enfants, lorsqu a été Contracté de bon fol.
2. Mazeaud (L. J. H) et Michel de juglart, Leçon de droit civil. T. l. V. II. Nod 807 et S.
3. Planiol (M). Ripert (G) traité pratique de droit civil français. T. II. No 319

شبههٔ موضوعیه عبارت است از جهل به مصداق و موضوع حکم نه خود حکم. مثلاً، شخصی اطلاع دارد که نمی‌توان با زن شوهردار ازدواج نمود ولی با زنی ازدواج می‌کند و تصور دارد که فرضاً همسر مشارالیها فوت شده است، درحالیکه شوهر آن زن در قید حیات است.

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که شبههٔ حکمیه نمی‌تواند عذرموجه و قانونی محسوب و عدم اطلاع از حکم باعث تحقق نکاح شبهه گردد. زیرا طبق قاعده کلی جهل به حکم رافع مسئولیت نیست.[۱]

nomo censetur ignorare légam (neme jus ignorare censetur)

(یعنی هیچکس نمی‌تواند متعذر جهل به حکم گردد)

عده‌ای دیگر معتقدند که شبههٔ موضوعیه هرقدر مهم باشد سبب تحقق نکاح شبهه می‌شود، ولی اشتباه حکمی و جهل نسبت به حکم، وقتی حسن نیت تلقی می‌گردد که قابل اغماض باشد و عدم اطلاع از احکام غیرقابل اغماض نمی‌تواند موجب تحقق نکاح شبهه گردد و در چنین مواردی نکاح کان لم یکن خواهد بود.[۲]

دیوان کشور فرانسه در این زمینه هیچ‌گونه فرقی بین شبهه حکمیه و موضوعیه قائل نشده و هر دو را یکسان درنظر گرفته است و تشخیص وجود حسن نیت در زمان وقوع نکاح را بقضات ماهوی واگذار کرده است.

(civ. 30 juil 1900. D . 1901. L. 317, 5. 1902. L. 225 et note Albert Wahl).

با وجود اینکه رویهٔ قضائی فرانسه هر ازدواج باطلی را نکاح شبهه تلقی می‌نماید و با تفسیر موسع می‌خواهد دامنهٔ استثناء عطف بماسبق شدن اثر بطلان نکاح را توسعه دهد، درواقع مادهٔ ۲۲۶۸ قانون مدنی فرانسه را در عقد نکاح قابل اعمال دانسته است زیرا طبق ماده مزبور حسن نیت همیشه مفروض است. این سوء نیت است که باید اثبات گردد و بار دلیل به عهده کسی است که می‌خواهد به سوء نیت استناد و آن را به ثبوت برساند.[۳]

---

1. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. l. V. II. No 318

۲. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول. قسمت. دوم شماره ۸۰۸

3. Art 2268 : La bonne foi est toujours préumée, et c'est à celui qul allégue la mauvaise foi à la prouver

بنابراین طبق فرض قانونی مذکور در ماده ۲۲۶۸ ق. م فرانسه در نکاح شبهه نیز حسن نیت مفروض است و لزومی به اثبات ندارد و هر نکاح باطلی بنابراین فرض، توأم با حسن نیت تلقی شده و نکاح شبهه مصداق می‌یابد، بنابراین کسی که استناد به سوءنیت طرفین یا یکی از زوجین می‌کند، مکلف با ثبات آن است.[۱]

بخش سوم ـ آثار نکاح شبهه.

نکاح شبهه مادام که به موجب حکم قطعی باطل اعلام نگردیده است، مانند نکاح صحیح بوده و کلیه آثار ازدواج قانونی بر آن مترتب می‌گردد. یعنی آثار حکم ابطال نکاح شبهه از تاریخ قطعیت حکم مزبور ظاهر می‌گردد و نسبت به گذشته اثری نخواهد داشت.

در این زمینه لازم است بررسی نمائیم که نکاح شبهه منشاء چگونه آثاری برای اطفال و زوجین می‌باشد، لذا دو مورد را از هم تفکیلک و هر یک را به‌طور جداگانه مطالعه خواهیم کرد:

بند اول ـ آثار نکاح شبهه نسبت به اطفال.

بند دوم ـ آثار نکاح شبهه نسبت به زوجین.

بند اول ـ آثار نکاح شبهه نسبت به اطفال:

درنکاح شبهه حتی اگر فقط یکی از زوجین در موقع انعقاد نکاح دارای حسن نیت باشد، طفل حاصل از این نکاح قانونی و مشروع خواهد بود.

ماده ۲۰۲ ق. م فرانسه در این زمینه چنین مقرر می‌دارد:

«اگر فقط یکی از زوجین در زمان وقوع نکاح دارای حسن نیت باشد، نکاح شبهه منحصراً به نفع مشارالیه و اطفال متولد از این نکاح منشاء آثار حقوقی خواهد بود».[۲]

بنابراین اعم از اینکه هر دو نفر از زوجین یا یکی از آن‌ها در وقوع نکاح شبهه حسن نیت داشته باشند، اطفال حاصل از این نکاح مشروع بوده و از تمام مزایای فرزند مشروع نظیر نفقه و حضانت و وراثت و غیره برخوردار خواهند گردید و حتی از پدر

---

۱. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم شماره ۸۰۸ ـ پلانیول ـ ریپر: بحث علمی حقوقی مدنی فرانسه شماره ۳۲۰

2. Art 202, si la bome foi n'existe que de la part de l'un des deux épuox. Le mariage ne produit les effets civils qu'en faveur de cet époux et des enfants issus du mariage.

یا مادر با سوء نیت مثل فرزند مشروع ارث می‌برند. درصورتی‌که پدر یا مادر با سوء نیت از فرزند متولد از نکاح شبهه فقط به اندازه سهم‌الارث پدر یا مادر نامشروع ارث خواهد برد.[۱]

بنا به مراتب فوق‌الذکر اولاً نکاح بین فرزند و پدر یا مادر و اجداد و اولاد آن‌ها ممنوع است.

ثانیاً ـ حضانت طفل به عهدهٔ ابوین است (با همان شرایطی که در مبحث نسب مشروع بیان گردید).

ثالثاً ـ نفقهٔ متقابل بین فرزند و ابوین وجود دارد.

رابعاً ـ ولایت طفل به عهدهٔ کسی است که در نکاح دارای حسن نیت بوده است.

خامساً ـ توارث به شرح فوق‌الذکر بین فرزند و ابوین برقرار می‌گردد.[۲]

بحث قابل توجه این است که آیا نکاح شبهه می‌تواند مانند نکاح صحیح، اطفال طبیعی ساده و اطفال ناشی از زنای محصنه و زنای با محارم را که قبل از این ازدواج به وجود آمده‌اند، مشروع گرداند یا خیر؟

گروهی معتقدند که نکاح شبهه مانند نکاح صحیح است و می‌تواند نسب طفل طبیعی قبل از ازدواج مزبور را مشروع گرداند و چنین استدلال می‌کنند که اگر چنانچه طفلی از نکاح شبهه متولد گردد، نسب وی مشروع خواهد بود. پس نکاح شبهه دارای آثار نکاح صحیح و قانونی است و قادر است مانند نکاح قانونی، اطفال طبیعی قبل از ازدواج را نیز مشروع گرداند و از این حیث فرقی با نکاح صحیح ندارد و نباید فرقی بین اطفال متولد قبل از نکاح شبهه و بعد از آن قائل گردید.[۳]

گروهی دیگر معتقدند که مشروع گردانیدن اطفال نا مشروع،[۴] مخصوصاً اطفال ناشی از زنای محصنه و زنای با محارم تابع تشریفات خاص مقرر در مواد ۳۳۱ و ۳۳۵ ق. م است. یعنی برای مشروع ساختن اینگونه اطفال باید بدواً نسب آن‌ها مورد شناسائی ابوین قرار گیرد و سپس بین ابوین ازدواج قانونی و صحیح منعقد گردد.

---

۱. مراجعه شود به مبحث نسب طبیعی و آثار حقوقی آن.

۲. پلانیول ـ ریپر : بحث عملی حقوق مدنی فرانسه شماره‌های ۳۲۴ و ۳۲۵ و ۳۲۶ مازو : دروس حقوق مدنی جلد اول قسمت دوم شماره ۸۱۱۰.

3. Planiol (M). Ripert (G), traité pratique de droit civil français. No 327 . P. 259

4. Légitimation des enfants naturelle.

بنابراین درصورتی‌که انعقاد عقد نکاح صحیح بین ابوین طفل به‌منظور مشروع کردن نسب طفل امکان‌پذیر باشد. یعنی ابوین بتوانند با نکاح صحیح نسب طفل طبیعی را مشروع سازند، نکاح شبهه نیز قادر به مشروع گردانیدن نسب نامشروع خواهد بود و اگر چنانچه امکان نداشته باشد که ابوین بتوانند با نکاح صحیح نسب طفل نامشروع را مشروع گردانند، بالطبع نکاح شبهه نیز قادر به مشروع گردانیدن اطفال طبیعی نخواهد بود.[1]

رویهٔ قضائی پذیرفته است که نکاح شبهه می‌تواند اطفال طبیعی را مشروع گرداند. زیرا نکاح شبهه تمام آثار حقوقی نکاح صحیح را دربر خواهد داشت و فقط آن دسته از اطفال نامشروع ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم که با نکاح صحیح نیز مشروع نمی‌گردند با نکاح شبهه هم مشروع نخواهند شد.

Civ. 19 nov 1923, D. 1924. 7. 187 et note Savatier.

بند دوم ـ آثار نکاح شبهه نسبت به زوجین.

نکاح شبهه بعد از صدور حکم قطعی بطلان، پایان پذیرفته و منحل می‌شود. آثار نکاح شبهه بعد از انحلال آن برحسب اینکه احد از زوجین یا هر دو در زمان عقد نکاح دارای حسن نیت باشند، متفاوت است:

۱ـ نکاح شبهه توأم با حسن نیت زوجین

۲ـ نکاح شبهه توأم با حسن نیت یکی از زوجین

۱ـ آثار نکاح شبهه توأم با حسن نیت زوجین ـ هرگاه هر دو نفر از زوجین با حسن نیت، نکاح باطلی را منعقد کرده باشند، حکم قطعی بطلان نکاح مانند حکم قطعی طلاق، نکاح فوق‌الذکر را منحل می‌نماید. با این تفاوت که حکم بطلان نکاح مانند حکم طلاق نیست که به نفع یکی از زوجین صادر و از این حیث منشاء آثاری گردد، بلکه حکم بطلان نکاح به نفع طرفین صادر می‌شود.

نکاح شبهه تا زمانیکه منحل نشده مثل نکاح صحیح است ولی بعد از اعلام بطلان نتایج زیر بر آن مترتب می‌شود:

---

1. Mazeaud (L. J. H) et Michel de juglart, Leçons de droit civil. T. I. V. II. No 811.

اولاً زوجین چون هر دو نفر هنگام عقد نکاح دارای حسن نیت بوده‌اند، نسبت به طفل حق ولایت و حضانت داشته و مکلف به تأمین نفقهٔ فرزند حاصل از این نکاح، مانند نکاح صحیح بوده و فرزند نیز متقابلاً مکلف به انفاق ابوین خود می‌باشد.

ثانیاً زن تابعیتی را که به موجب ازدواج بدست آورده است از دست نخواهد داد.

ثالثاً کلیهٔ اقدامات مالی زوجین که طبق قرارداد مالی ازدواج، قبل از انحلال نکاح انجام شده است معتبر و مؤثر خواهد بود.

رابعاً کلیهٔ امتیازات مالی که در اثر ازدواج برای هر یک از زوجین ایجاد شده است نظیر هبه‌هائی که به مناسبت ازدواج دریافت داشته‌اند، محفوظ خواهد ماند.

خامساً هرگاه قبل از صدور حکم قطعی بطلان و انحلال نکاح شبهه، یکی از زوجین فوت شود، دیگری از اموال متوفی مثل همسر مشروع و قانونی ارث خواهد برد.

۲ـ آثار نکاح شبهه توأم با حسن نیت یکی از زوجین ـ هرگاه فقط یکی از زوجین با حسن نیت نکاح شبهه را منعقد نموده باشد، دراینصورت بطلان نکاح نسبت به دیگری عطف بماسبق می‌شود و مانند آن است که اصلاً ازدواجی بین او و همسر وی بوجود نیامده است. بنابراین باید کلیهٔ هبه‌هائی را که به مناسبت ازدواج دریافت داشته است، مسترد دارد.

هرگاه قبل از صدور حکم قطعی و انحلال نکاح، همسرش فوت شود، از وی ارث نخواهد برد. زیرا حکم بطلان تا زمان انعقاد نکاح عطف خواهد شد و تمام آثار نکاح را کان لم یکن خواهد کرد.

بحث جالب توجه این است که آیا حق ولایت قهری همسر با سوء نیت ساقط می‌گردد یا خیر؟

عده‌ای معتقدند که ولایت و حضانت طفل به همسری منتقل می‌شود که با حسن نیت مبادرت به عقد نکاح نموده است.[۱]

عده‌ای دیگر مانند مارسل پلانیول و ژرژ ریپر معتقدند که قبول این نظر سقوط حق ولایت همسر با سوءنیت خالی از اشکال نیست. زیرا از طرفی ولایت قهری به‌منظور حمایت طفل تأسیس شده است و متضمن تعهداتی برای صاحب حق مزبور می‌باشد و

---

۱. مازو : دروس حقوق مدنی جلد اول قسمت دوم شماره ۸۱۱

از طرفی دیگر طبق ماده ۳۸٤ ق. م فرانسه پدر یـا مـادر طبیعـی و نامشـروع نسـبت بـه فرزند خود ولایت دارد. لذا چنین پدر یا مادری را نمی‌توان از حق ولایت محروم کرد.

البته درصورتی‌که ابوین طفل هر دو زنده باشند، پدر یا مادر با حسن نیت چون پـدر یا مادر مشروع طفل می‌باشد، درمقام تعارض با دیگری، حق تقدم با اوست.

بنابراین اگر پدر با سوء نیت باشد ولایت به مادر تعلق خواهد گرفت. چنانکه گاهی اتفاق می‌افتد پدر طبیعی هم از حق ولایت محروم می‌گردد و آن درصـورتی اسـت کـه مادر قبلاً نسب طفل نامشروع را تصدیق کرده باشدکه دراینصورت حق ولایت بـا مـادر است.

نکاح شبهه در برابر اشخاص ثالث نیز مانند نکاح صـحیح بـوده و همـان اثـر نکـاح صحیح را دارا می‌باشد، زیرا بطلان نکاح مزبور نسبت به دیگران مؤثر نیست.

مقایسه

در حقوق ایران طفل حاصل از نزدیکی به شبهه بـه کسـی ملحـق مـی‌گـردد کـه در اشتباه بوده است و اگر طرفین مواقعه در اشتباه بـوده‌انـد، طفـل بـه هـر دو نفـر ملحـق خواهد شد و نسبت چنین طفلی مانند نسب طفل ناشی از نکاح قانونی و مشـروع بـوده و تمام آثار حقوقی نسب مشروع بر آن مترتب می‌گردد.

همانطورکه قبلاً بیان گردید، نزدیکی به شبهه ممکن است حاصل از شبهه حکمی یا موضوعی باشد.

در حقوق فرانسه نسب حاصل از نکاح شبهه حتی اگر یکی از ابوین طفـل در زمـان انعقاد نکاح دارای حسن نیت باشد، مشروع خواهد بود و طفـل بـه هـر دو نفـر ملحـق می‌گردد، تمام آثار حقوقی طفل مشروع بر چنین طفلی مترتب می‌شود ولی حق ولایـت قهری طفل مزبور به کسی تعلق می‌گردد که در موقع انعقـاد نکـاح حسـن نیـت داشـته است.

نزدیکی به شبهه بدون وقوع نکاح شبهه آنطورکه در قـانون مـدنی ایـران پـیش‌بینـی گردیده است در حقوق فرانسه وجود ندارد.

فصل سوم
نسب ناشی از زنا.

زنا و نسب ناشی از زنا را در حقوق ایران و فرانسه در این فصل، تحت چهار گفتار جداگانه، به‌شرح آتی مورد مطالعه و بررسی قرار خواهیم داد.

گفتار اول ـ تعریف و اقسام زنا.

گفتار دوم ـ نسب ناشی از زنا.

گفتار سوم ـ آثار نسب ناشی از زنا.

گفتار چهارم ـ اطفال غیرقانونی در حقوق فرانسه.

گفتار اول
تعریف و اقسام زنا.

زنا در لغت به معنای جماع غیر حلال و مقاربت غیر مشروع آمده است[1] و در اصطلاح حقوق، زنا عبارت است از نزدیکی و مواقعهٔ بین زن و مردی که می‌دانند، بین آنان رابطهٔ زوجیت وجود ندارد.

علامه در تبصره زنا را چنین تعریف کرده است: «زنا تحقق می‌یابد با فرو بردن آلت رجولیت در فرج زن اعم از قبل[2] یا دبر[3] او به طوری که حشفه[4] مخفی گردد. بدون این که بین زن و مرد مزبور عقد مزاوجت (دائمی یا انقطاعی)یا شبه عقد وجود داشته باشد. به شرط بلوغ و عقل و علم به تحریم این مواقعه و اختیار (هر یک از زانی و زانیه).[5]

---

۱. زنا به کسر با همزه و بی‌همزه «زنا: زناء» : جماع غیر حلال کردن (از فرهنگ منتخب اللغات عربی).

۲. جلو.

۳. عقب. (رکتوم)

۴. حشفه عبارت است از برجستگی آلت خنته شده مرد.

۵. شرح تبصره علامه. جلد دوم. صفحه ۵۶۴ : (هو یثبت بایلاج فرجه فی فرج امرآه حتی تغیب الحشفه قبلاً او دبراً من غیر عقد و لا شبهه عقد و .... بشرط بلوغه و عقله و علمه بالتحریم و اختیاره).

شهید ثانی در شرح لمعه زنا را چنین تعریف کرده است: «زنا عبارت است از ادخال آلت رجولیت مرد عاقل بالغ در فرج زنی که بر او حرام است اعم از قبل یا دبر وی به اندازهٔ حشفه، بدون این که بین آن‌ها عقد نکاح یا شبه نکاح که سبب اعتقاد حلیت آن زن گردد، وجود داشته باشد.[۱]

محقق حلی نیز در شرایع الاسلام نظیر همین تعریف را آورده است.[۲]

در حقوق ایران تعریفی از زنا به عمل نیامده است ولی چون اکثر اصول و قوانین مدنی ایران خصوصاً موضوع نسب و اولاد از حقوق اسلام اقتباس گردیده است، لذا با توجه به تعاریف فقهای امامیه می‌توان زنا را چنین تعریف کرد:

«زنا عبارت است از نزدیکی غیرقانونی مرد عاقل و بالغ و مختار با زنی با علم به این که رابطهٔ زوجیت بین آن‌ها وجود ندارد.»

بنابراین برای تحقق زنا شرایط زیر لازم است:

الف ـ نزدیکی بین زن و مرد- نزدیکی عبارت است از داخل کردن آلت رجولیت در قبل یا دبر زن، به طوری که حشفه مخفی گردد و اگر حشفه آلت مرد، بریده و مقطوع باشد، برای تحقق زنا و مصداق یافتن دخول، کافی است که به اندازه حشفه از آلت مرد در قبل یا دبر زن داخل شود.

بناء علیهذا در تفخیذ (ران به ران مالیدن) و نظایر آن که ادخال صورت نگرفته است، زنا مصداق ندارد.

ب ـ نبودن رابطهٔ زوجیت بین زن و مرد ـ شرط دیگر برای تحقق یافتن زنا این است که بین واطی و موطوئه، رابطهٔ زوجیت چه دائمی و چه انقطاعی وجود نداشته باشد. بنابراین اگر زنی در علقهٔ زوجیت مردی و یا در عدهٔ رجعیه باشد و شوهرش با او نزدیکی نماید، زنا مصداق خارجی ندارد.

هرگاه رابطهٔ زوجیت و نکاح موجود بین زن و مردی باطل باشد، اگر طرفین علم به بطلان نکاح داشته باشند و معذلک با هم نزدیکی کنند، این نزدیکی زنا محسوب می‌شود و اگر فقط یکی از آن‌ها عالم به بطلان نکاح باشد، تحقق زنا منحصراً در مورد

---

۱. شرح لمعه تألیف شهید ثانی، ص ۳۲۷ : هو ای الزنا ایلاج ای ادخال الذکر البالغ العاقل فی فرج امرئه بل مطلق الانثی قبلا کان او دبراً محرمه علیه من غیر نکاح بینهما ... قدر الحشفه)

۲. شرایع الاسلام تألیف محقق حلی، کتاب الحدود و التعزیر، صفحه ۳۰۰

او امکان‌پذیر است و دیگری که به تصور حلیت مبادرت بـه نزدیکـی مـی‌کنـد، زناکـار نیست.

ج ـ بلوغ ـ اگر کودکی قبل از رسیدن بـه سـن بلـوغ بـا زنـی نزدیکـی کنـد، زانـی محسوب نمی‌گردد و همچنین در مورد زانیه، زنا وقتی مصداق می‌یابد کـه زن بـه سـن بلوغ رسیده باشد.

د ـ عقل ـ شرط دیگر تحقق زنا عقل است. اگر دیوانه‌ای با زنی نزدیکی کنـد، زانـی محسوب نمی‌گردد ولی اگر زن عاقله‌ای با مرد دیوانه مقاربت نماید، مشـارالیها مرتکـب عمل زنا شده است.

همین‌طور اگر مرد عاقلی با زن دیوانه‌ای بدون وجود علقهٔ زوجیـت، نزدیکـی کنـد، زناکار است. روزی عمر، حکم به رجم زانیه دیوانه‌ای صادر کرد ولی حضرت علی (ع) فرمود: مگر نمی‌دانی که تکلیف از صغیر و نـائم و دیوانـه سـاقط اسـت. عمـر پـس از شنیدن این سخن فتوای خود را غلط اعلام کرد.[1]

هـ ـ علم به حرمت ـ اگر زانی و زانیه یا یکـی از آن‌هـا عـالم بـه حرمـت نزدیکـی نباشند و به شبهه و تصور باطل نزدیکی نمایند، در مورد جاهل به حکم یا موضوع، زنـا مصداق ندارد.

و ـ اختیار ـ نزدیکی وقتی زنا محسوب می‌شود که از روی اختیـار صـورت گرفتـه باشد. بنابراین نزدیکی مکره و مضطر زنا نیست.[2]

در حقوق اسلام زنا بر سه قسم است:

۱ـ زنای با محارم و آن عبارت است از مواقعه و نزدیکی با یکـی از اقربـا و محـارم نسبی و سببی و یا رضاعی که مجازات زنای با مادر یا یکی از محارم نسبی یا رضـاعی، قتل است.

---

۱. نقل از کتاب قضاوت‌های حضرت امیرالمؤمنین (ع) تألیف شیخ ذبیح اله محلاتی، ص ۳۱ و ۳۲

۲. محب الدین طبری در ذخائر العقبی از ابو عبدالرحمن سلمی روایت کرده که زنی را نزد عمـر بـن خطـاب آورده و گفتند، این زن در بیابان از تشنگی مشرف به هلاکت بود و از چوپانی آب طلبید. چوپان گفت، در صورتی که مطیع من گردی تا با تو جماع کنم، به تو آب خواهم داد. زن مشرف به موت راضی شده و زنا داده است. عمر با صـحابه مشورت کرد که او را رجم کنیم یا خیر؟ حضرت علی بن ابی طالب (ع) فرمود، این زن مضطر بوده (فمن اضطر غیر باغ و لا عاد فلا اثم علیه). پس عمر او را رها ساخت و از رجم چشم پوشید. نظیر ایـن روایـت را شـیخ مفیـد در ارشاد نقل کرده است. از کتاب قضاوت‌های حضرت علی (ع)، تألیف شیخ ذبیح اله محلاتی، ص ۳۰ و ۳۱

۲ـ زنای محصن و محصنه، زنای محصن وقتی مصداق می‌یابد که مرد زن‌داری با اجنبیه‌ای به زنا مواقعه نماید. اکثر فقها معتقدند که به مجرد وقوع عقد نکاح، بدون وقوع نزدیکی با منکوحه، اگر مردی با زن بیگانه‌ای مواقعه نماید، زنای محصن تحقق پیدا نمی‌کند بلکه لازم است، شوهر با زن شرعی خود مقاربت نیز نموده باشد. زنای محصنه عبارت است از نزدیکی زن شوهردار با مرد اجنبی. در این صورت نیز اکثر فقها معتقدند که زنای محصنه زمانی مصداق دارد که زن شوهر داشته و پس از وقوع عقد نکاح، شوهر با او نزدیکی کرده باشد و صرف عقد کافی نیست.[۱]

مجازات زنای محصن و محصنه، رجم و سنگسار نمودن است. بعضی از فقها معتقدند که اگر زن شوهردار به غیر بالغ زنا دهد، حد زده می‌شود.(یعنی صد تازیانه به این زن می‌زنند) و اگر زن محصنه به مجنون زنا دهد، سنگسار می‌گردد ولی اکثر فقها قائل به چنین فرقی نبوده و معتقدند که زانی محصن یا زانیه محصه رجم می‌گردد.[۲]

در اسلام زن آبستن ولو از زنا حامله شده باشد، تا زمانی که وضع حمل نکرده و بچه از مادر بی‌نیاز نگردد، به منظور مراعات مصلحت طفل، از زدن حد و همچنین رجم زانیه خودداری می‌شود.

در رجم، زانی تا کمر و تهیگاه و زانیه تا سینه در زمین، مدفون و سپس سنگسار می‌گردند.

۳ـ زنای ساده و آن عبارت است از نزدیکی زن و مردی که هر دوی آن‌ها آزاد بوده و در علقهٔ زوجیت کسی نباشند. مجازات زانی غیر محصن در اسلام این است که صد تازیانه به او زده می‌شود، سپس سر او را می‌تراشند و به مدت یک سال او را از شهر خود تبعید می‌کنند ولی مجازات زانیه غیر محصنه فقط صد تازیانه است و برای او تراشیدن سر و تبعید وجود ندارد.[۳]

در حقوق فرانسه نیز رابطهٔ زن و مردی که علقهٔ زوجیت بین آن‌ها وجود نداشته باشد، سه قسم است:

الف ـ رابطهٔ آزاد. L,union libre یا Concubinage

---

۱. شرح لمعه، جلد دوم، تألیف شهید ثانی، ص ۳۳۲ و۳۳۳؛ شرایع، تألیف محقق حلی، ص ۳۰۰؛ شرح تبصره علامه، جلد دوم، ص ۵۷۱

۲. شرح تبصره علامه، جلد دوم، نگارش زین العابدین ذوالمجدین، ص ۵۷۳ و ۵۷۵ و ۵۷۶.

۳. شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب الحدود و التعزیرات، ص ۳۵۲ ؛ شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، جلد دوم، ص ۳۳۶ و ۳۳۷.

یعنی رابطهٔ زن و مردی که هیچ یک در علقهٔ زوجیت کسی نباشد.

ب ـ زنای محصن و محصنه. Adultère

زنای محصن همان‌طور که قبلاً بیان شد عبارت است از رابطهٔ جنسی مرد زن‌دار با زن بیگانه و زنای محصنه عبارت است از رابطهٔ جنسی زن شوهردار با مرد اجنبی.

ج ـ زنای با محارم. L,inceste

زنای با محارم عبارت است از نزدیکی با یکی از اقربای نسبی و سببی درجهٔ معین که طبق قانون، نکاح با آنان ممنوع است. مانند اقربای نسبی و سببی مذکور در مواد ۱۶۱ و ۱۶۲ و ۱۶۳ ق. م. ف. که عبارتند از پدر و مادر و اجداد و جدات و اولاد و اولاد اولاد اعم از مشروع یا طبیعی و اقربای سببی در همین درجه و برادر و خواهر مشروع یا طبیعی، عمه و عمو، دایی و خاله.

در قانون مدنی ایران، انواع زنا از هم تفکیک نشده است و در موارد مختلف، فقط به ذکر کلمه زنا یا ولد زنا اکتفا گردیده است.

گفتار دوم

نسب ناشی از زنا.

همان‌طور که قبلاً بیان شد، هر گاه مردی با زنی که در علقهٔ زوجیت او نمی‌باشد، با علم به این موضوع، نزدیکی کند، مرتکب زنا شده و طفلی که از این نزدیکی به وجود می‌آید، ولد زنا نامیده می‌شود.

در حقوق اسلام ولدالزنا، هر چند که از ترکیب اسپرم زانی با تخمک زانیه تکون یافته است، شرعاً ولد آنان محسوب نمی‌شود.

محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام می‌گوید: اگر کسی با زنی زنا کند و از این نزدیکی طفلی در رحم زانیه به وجود آید، شرعاً به او ملحق و منتسب نمی‌گردد.[۱]

صاحب جواهر می‌گوید: فقها اجماعاً معتقد هستند که نسب با زنا تحقق نمی‌یابد و اگر طفلی از زنا به وجود آید، یقیناً از نظر شرع به پدر و مادر ملحق نمی‌گردد.[۲]

---

۱. شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، ص ۱۵۳ : النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لایثبت مع الزنا‌قلو زنی فانخلق من مائه ولد علی الجزم لم ینتسب علیه شرعاً.

۲. جواهر الکلام، تألیف شیخ محمد حسن، کتاب النکاح، ص ۵۶ : لا یثبت النسب مع الزنا اجماعاً فلو زنا فاتخلق من مائه ولد علی الجزم لم ینتسب علیه شرعاً علی وجه تلحقه الاحکام و کذا بالنسبته الی امه.

شهید ثانی در شرح لمعه می‌گوید: اگر مردی با زن شوهرداری زنا کند، هر چند طفلی که متولد گردیده است، شباهت زیادی به زانی داشته باشد، طفل به زوج ملحق می‌گردد و برای زانی جز رنج و حرمان و سنگساری چیز دیگری نیست و طفل از شوهر جز با لعان منتفی نمی‌گردد.[۱]

بنابراین در اسلام، طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی‌گردد و در مورد الحاق یا عدم الحاق طفل به زانیه، بین فقهای امامیه دو عقیده وجود دارد.

عده‌ای متعتقد هستند که طفل حاصل از زنا به زانیه ملحق نمی‌گردد[۲] و مستند این گروه، اخباری است که در این زمینه وجود دارد. اهم اخبار مزبور به شرح ذیل است:

۱ـ صحیح عبداله بن سنان از امام صادق (ع) است که امام در پاسخ به این سؤال که ولد زنایی فوت شده و دارای پدر و مادر است. ماترک او به چه کسی تعلق می‌گیرد؟ فرمود: ما ترک وی به امام تعلق دارد.[۳]

۲ـ خبر محمد بن الحسن القمی است که مردی با زنی نزدیکی و پس از حامله شدن زن با او ازدواج کرد و بعداً طفلی به دنیا آمد که خیلی شبیه به آن مرد بود. امام فرمود، ولد زنا ارث نمی‌برد. حکم صارده از امام در این زمینه، به علت اطلاق شامل ممنوعیت توارث بین ولدزنا و مادر او نیز می‌گردد و در نتیجه، طفل حاصل از زنا به زانیه ملحق نخواهد شد.[۴]

گروهی دیگر معتقد هستند که ولدزنا به مادر خود ملحق می‌گردد و مستند آنان، خبر اسحق بن عمار از جعفر از پدرش که علی (ع) فرمود، ولدزنا و ولد ملاعنه از مادر و خویشاوندان مادری ارث می‌برد و خبری از یونس در این زمینه نقل شده است که میراث ولدزنا از لحاظ قرابت به مادر، مانند میراث ولد ملاعنه است.

عقیده این گروه به علت این که خبر اول غیر صحیح و سند آن ضعیف است و گفته دوم نیز معلوم نیست، به امام منتسب باشد، چندان صحیح و استوار نیست. ممکن است با توجه به حدیث مشهور نبوی که فرمودند (.....و للعاهر الحجر) استدلال کنیم

---

۱. شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، جلد دوم کتاب النکاح، ص ۲۳۵

۲. شرح تبصره علامه، جلد دوم، نگارش زین‌العابدین ذوالمجدین، ص ۴۷۹

۳. کتاب الوسایل، الباب الثامن من ابواب ولد الملاعنه و ماشبهه : قالت مات ولد و له مال من یرثه قال (ع) الامام.

۴. جواهر الکلام، جلد پنجم، تألیف شیخ محمد حسن، کتاب النکاح، ص ۲۳۵

که حرمان و محرومیت و ممنوعیت به زانی و عاهر اختصاص داشته و به مادر تسری نمی‌یابد.

اما این استدلال هم صحیح نیست. زیرا منظور و هدف اساسی حدیث فوق‌الذکر استحکام قاعدهٔ فراش و حفظ آرامش کانون خانواده مشروع است و اگر چنان‌چه ثابت گردد که طفلی زنا زاده است، جایز نیست که شوهر زانیه، طفل مزبور را به خود ملحق گرداند تا این طفل به مادر نیز ملحق شود. اکثر فقهای امامیه نیز چنین اقدامی را جایز نمی‌دانند. چنان‌که علامه در تبصره می‌گوید: «لایجوز له الحاق ولد الزنا به ...» یعنی جایز نیست که شوهر ولد زنا را ملحق و منتسب به خود بداند.[۱]

در حقوق ایران، قانون‌گذار به پیروی از حقوق اسلام و الهام از عقاید فقهای امامیه و به منظور حفظ نظم عمومی و استحکام اساس خانواده و حفظ آرامش این کانون که کوچک‌ترین سلول هر جامعه را تشکیل می‌دهد.[۲] فرزند ناشی از زنا با وجود این که عملاً از اسپرم‌زانی و بطن زانیه به وجود آمده و رابطهٔ خونی و طبیعی بین طفل مزبور و ابوین وی موجود است، ملحق به زانی ندانسته و نسب چنین طفلی را قانونی و مشروع نشناخته است. چنان‌چه ماده ۱۱۶۷ ق. م در این زمینه می‌گوید: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود».

از ظاهر مادهٔ فوق الذکر چنین استنباط می‌گردد که ولد زنا را می‌توان به زانیه ملحق گردانید. در صورتی که به نظر نگارنده، منظور قانون‌گذار از استعمال لفظ زانی را در این ماده، فاعل عمل زنا و شخص زناکار است و هرگز توجه به تذکیر یا تأنیث فاعل در ارتکاب زنا نداشته، بلکه لفظ زانی را به طور مطلق برای زانی و زانیه استعمال کرده است. بنابراین اگر مرد و زنی با علم به عدم علقهٔ زوجیت، مرتکب زنا گردند، طفل حاصل از این نزدیکی به هیچ یک از زانی و زانیه ملحق نخواهد شد. زیرا اولاً مادهٔ ۱۱۶۵ ق. م ایران می‌گوید: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند، ملحق به هر دو می‌گردد.»

با توجه به مادهٔ فوق، اگر مردی تصور نماید که با زن خود نزدیکی می‌کند ولی با اجنبه‌ای مواقعه نماید و زن در این مواقعه در اشتباه نبوده بلکه عالم به عدم رابطهٔ

---

۱. شرح تبصره علامه، کتاب النکاح، فی احکام اولاد، ص ۲۷۲

۲. صفر تثنیه، فصل ۲۳، آیه ۲ تورات می‌گوید: «بچه حرامزاده داخل در جماعت اسرائیل نشده و تا پشت دهم داخل در جمیعت خداوند نگردد.

زوجیت بین او و واطی باشد، طفل حاصل از این مقاربت، فقط به واطی بـه شـبهه کـه اشتباهاً اجنبیه‌ای را زن خود تصور کرده و با او نزدیکی نموده است، ملحق مـی‌گـردد و به دیگری که در اشتباه نبوده، ملحق نخواهد شد.

ثانیاً ماده ۱۱٦٦ ق. م می‌گوید: «هر گاه به واسطه وجود مانعی، نکاح بین ابوین طفل باطل باشد، نسبت طفل به هر یک از ابوین که جاهل بر وجـود مـانع بـوده، مشـروع و نسبت به دیگری نامشروع است...». با توجه به دو مادهٔ فوق الذکر، کاملاً مسلم می‌گردد که قانون‌گذار ایران، فقط برای اعمال غیر قانونی مبتنی بر حسن نیت ارزش قائـل اسـت و برای اعمال خلاف قانون مبتنی بر سوءنیت، هیچ گونه احترام و ارزشی قائـل نیسـت. بنابراین اگر مردی با زنی که در عدهٔ دیگری است، بدون علم بـه وجـود چنـین مـانعی ازدواج و نزدیکی کند ولی زن واقف به وجود مانع و بطلان نکاح باشد، طفـل ناشـی از این نزدیکی نسبت به مرد مشروع و به وی ملحق می‌گـردد ولـی نسـبت بـه زن مزبـور نامشروع و مانند طفل حاصل از زنا است که به زانیه ملحق نمی‌گردد.

ثالثاً مادهٔ ۸۸٤ ق. م می‌گوید: «ولدالزنا از پـدر و مـادر و اقـوام آنـان ارث نمـی‌بـرد ولیکن اگر حرمت رابطه‌ای که طفل ثمره آن اسـت، نسـبت بـه یکـی از ابـوین ثابـت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد، طفل فقط از ایـن طـرف و اقـوام او ارث می‌برد و بالعکس».

بنابراین اگر فرضاً مردی در حال اکراه با زنی که در حال اکراه نباشد، نزدیکـی کنـد. با وجود این که مکره می‌داند، با کسی مواقعه می‌کند که بین آن‌ها رابطهٔ زوجیت وجـود ندارد. معذالک طفل ناشی از این نزدیکی نسبت به مکره، در حکم ولد قانونی و مشروع است و به علاوه عمل وی نیز زنا محسوب نخواهد شـد ولـی زن موطوئـه کـه در ایـن نزدیکی کراهت نداشته، زناکار است و رابطهٔ ارثی بین او و طفل متولد از ایـن نزدیکـی وجود ندارد. یعنی طفل حاصل از این رابطه به این زن ملحق و منتسب نمی‌گردد.

موضوع قابل توجه دیگر این است که هر گاه در اثـر تفخیـذ بـین زن و مـردی کـه می‌داند، علقهٔ زوجیت بین آنان وجود ندارد، طفلی به وجود آید. یعنی اسپرم حاصـل از انزال مرد به رحم زن نفوذ و با تخمک وی ترکیب و زن حامله شود، آیا این طفـل ولـد زنا محسوب می‌شود یا نه؟

با توجه به تعریفی که از زنا کردیم، چون در تفخیذ، مواقعه و نزدیک وجود ندارد، زنا مصداق پیدا نمی‌کند و طفلی هم که به وجود می‌آید، ولد زنا نیست. ولی عمل تفخیذ بدون وجود رابطهٔ زوجیت از نظر شرع مقدس اسلام حرام و مستوجب تعزیر و مجازات است.

بنابراین وقتی عملی قانونی نباشد، نتیجهٔ عمل مزبور نیز مشروع و قانونی نخواهد بود. لذا به نظر چنین می‌آید که طفل حاصله مشروع نبوده و در حکم ولد زنا است ولی به منظور ارفاق به طفل که در موجودیت خود هیچ گونه مداخله‌ای نداشته، می‌توان او را در حکم طفل قانونی دانست که از حقوق و مزایای طفل مشروع برخوردار گردد. البته قبول این نظر چندان آسان نیست.

آقای دکتر امامی معتقدند که طفل ناشی از تفخیذ در حکم ولد زنا بوده و از حقوق و مزایای قانونی محروم است، اگر چه احتمال می‌رود که ولد مزبور در حکم ولد قانونی به شمار آید. زیرا طبق مقررات مواد مربوط به ارث، اقربای مذکور در ماده ۸۶۲ ق. م ارث می‌برند مگر ولد زنا و عرفاً چنین طفلی ولد زنا محسوب نمی‌گردد.[۱]

مسأله جالب توجه دیگر این که نسب طفل متولد از دوران نامزدی مشروع است با ناشی از زنا؟

در حقوق ایران نامزدی و وعدهٔ ازدواج، ایجاد علقهٔ زوجیت نمی‌کند. چنان که مادهٔ ۱۰۳۵ ق. م می‌گوید: «وعدهٔ ازدواج ایجاد علقهٔ زوجیت نمی‌کند اگر چه تمامی یا قسمتی از مهریه‌ای که بین طرفین، برای موقع ازدواج مقرر گردیده، پرداخت شده باشد. بنابراین هر یک از زن و مرد، مادام که عقد نکاح جاری نشده باشد، می‌توانند از وصلت امتناع کنند و طرف دیگر نمی‌تواند به هیچ وجه او را مجبور به ازدواج کرده یا از جهت صرف امتناع از وصلت مطالبه خسارتی نماید.»

بنابراین اگر در دوران نامزدی که در ایران بسیار متداول و معمول است و گاهی چند سال طول می‌کشد، نامزدها با هم تماس نزدیک گرفته و مقاربت بین آن‌ها صورت پذیرد و در نتیجه طفلی به وجود آید، چون بین آن‌ها علقهٔ زوجیت وجود نداشته، مضاجعت این دو نفر غیرقانونی و نامشروع بوده و طفل حاصل از آن ولد زنا محسوب می‌شود.

---

۱. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۷۹

کمسیون مشورتی آئین دادرسی کیفری ادارهٔ حقوقی وزارت دادگستری در تاریخ ۱۳٤٥/۲/٦ عقیده بالا را تأیید و چنین نظر داده است: «چون نامزدی ایجاد علقهٔ زوجیت نمی‌کند و نکاح محسوب نمی‌شود، حمل در زمان نامزدی، حمل از زنا خواهد بود. (مادهٔ ۱۰۳٥ ق. م) و در صورتی که فرض شود، زانی نیز (در مورد سؤال) اقرار به نسبت طفل در زمان حیات نموده باشد، این اقرار مؤثر نمی‌تواند باشد. زیرا عمل نفساً مخالف قانون است. (مادهٔ ۱۲۳۷ ق. م) و در نتیجه نظر به این که طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی‌شود، مادر زانی نیز ولی دم محسوب نمی‌گردد تا دعوی خصوصی او در امور جزایی منظور قابل استماع باشد.»[۱]

از نظر اصول حقوقی و تفسیر تحت الفظی عقیدهٔ فوق الذکر صحیح است ولی با توجه به مصلحت و عدالت اجتماعی و در نظر گرفتن وضع طفل متولد از دوران نامزدی می‌توان چنین استدلال کرد که:

اولاً ـ اگر چه طبق مادهٔ ۱۰٦۲ ق. م عقد ازداوج با ایجاب و قبول لفظی صورت می‌گیرد ولی مفهوم آن انحصاری بودن طریق ایجاد رابطهٔ زوجیت نیست و حتی در اسلام، با وجود این که بعضی از فقها به کار بردن الفاظ خاص را لازم می‌دانند و اکثریت قریب به اتفاق، نکاح عملی را اصولاً معتبر نمی‌شناسند و به علت اهمیت قرارداد نکاح، به کار بردن لفظ را برای تحقق نکاح ضروری می‌دانند،[۲] ولی به مقتضای عموم فرموده: «لکل قوم نکاح» برای بستن پیمان زناشویی طریق خاص و کیفیت مخصوص مقرر نگردیده است و مادهٔ ۱۰٦٦ ق. م ایران نیز مؤید آن است. چه متعاقدین کر و لال به اشاره می‌توانند، عقد نکاح را واقع سازند. مشروط بر این که اشاره به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد.

ثانیاً ـ در الفاظ هیچ گونه خاصیتی وجود ندارد بلکه قصد و اراده است که می‌تواند، آثار حقوقی به وجود آورد و الا می‌بایستی اظهارات صغیر غیر ممیز و مجنون، مست و خفته و مغمی علیه منشأ آثار حقوقی باشد.

ثالثاً ـ در اسلام روایاتی وجود دارد که ازدواج غیر تشریفاتی را صحیح می‌داند. چنان که روایت شده است. زن تشنه‌ای در بیابان به مردی که دارای آب بود، برخورد

---

۱. ماهنامه حقوق امروز، شماره ۱۹، سال پنجم، ص ۳۴

۲. جواهر الکلام، تألیف شیخ محمد حسن، کتاب النکاح، ص ۲۸؛ شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب النکاح، ص ۱۵۰

کرده و از او مطالبه آب نمود، مرد گفت اگر همسر من بشوی، به تو آب می‌دهم. زن که احتیاج شدیدی به آب داشت، قبول کرد و آشامید و سپس مرد با او همبستر شد. زن حامله گردید و طفلی به دنیا آمد. جریان به عرض امام رسید. امام سوگند یاد می‌فرماید که بین آن‌ها ازدواج واقع شده و این زن و مرد، زن و شوهر مشروع و بچهٔ آن‌ها، حاصل از ازدواج صحیح و مشروع است. هر چند طبق این روایت ایجاب و قبول لفظی بین طرفین وجود داشته است.

رابعاً ـ شرع مقدس اسلام و مادهٔ ۱۱۶۵ قانون مدنی ایران، طفل متولد از وطی به شبهه را متولد از زنا نمی‌داند، پس چگونه ممکن است، طفل متولد از آمیزش دو نامزد را که قصد زناشویی داشته و اعتقاد به این که توافق اراده و قصد طرفین موجب تحقق ازدواج است، آمیزش کرده‌اند، نامشروع و ناشی از زنا بدانیم؟

هر چند مطابق این استدلال باید نامزدی را جزء دوره زناشویی محسوب نماییم و حال ان که قانوناً و عرفاً دورهٔ نامزدی جزء دوره زناشویی محسوب نمی‌شود.

خامساً ـ منظور قانون مدنی که می‌گوید، وعدهٔ ازدواج ایجاد علقهٔ زوجیت نمی‌کند، این است که این قول و وعده اگر به ازدواج منتهی نشود، هیچ یک از طرفین نمی‌توانند طرف دیگر را مجبور به ازدواج نمایند و یا به علت امتناع از قبول ازدواج، مطالبه خسارت کنند ولی آمیزش و نزدیکی دو نامزد، سبب می‌شود که وعده و قول ازدواج به مرحله عمل در آید. البته صرف نزدیکی دلالت بر وجود رابطهٔ زوجیت و حالت نکاح ندارد.

سادساً ـ نزدیکی دو نامزد خصوصاً وقتی که با سوء نیت توأم نباشد، ناشی از روح قانون شکنی و تجاوز و بی اعتنایی به شرع و عرف نیست، تا استحقاق مجازات داشته باشند بلکه طرفین تصور کرده‌اند که نزدیکی از جمله حقوق قانونی آن‌ها است.[۱] بنابراین هرگاه نزدیکی دو نامزد، با حسن نیت و بدون علم به حرمت مقاربت صورت گرفته، نباید با نزدیکی توأم با عصیان و نادیده انگاشتن قانون یکسان دانست و طفل حاصل از این نزدیکی را ولد زنا محسوب کرد.

هر چند که پذیرش این نظر با توجه به صراحت ماده ۱۰۳۵ ق. م ایران، بسیار دشوار است و عقیده اول را بهتر می‌توان پذیرفت ولی به نظر نگارنده، با توجه به لحن

---

۱. در تورات، آیه ۱۶ از باب سفر خروج و آیات ۲۳ و ۲۴ باب ۲۲ سفر تثنیه نامزدی مانند ازدواج است.

بیان مادهٔ ۱۰۳۵ ق. م و در نظر گرفتن مصلحت اجتماعی و منافع اطفال معصوم و بی‌پناهی که در ایجاد خود، فاقد اراده بوده و مرتکب تقصیری نشده‌اند، پذیرفتن نظر اخیر چندان دور از منطق نیست.

گفتار سوم
آثار نسب ناشی از زنا.

طفل حاصل از وطی به زنا از نظر علم زیست شناسی، فرزند زانی و زانیه است. یعنی از ترکیب اسپرماتوزئید زانی با تخمک زانیه به وجود آمده و از نظر لغوی نیز بر او فرزند اطلاق می‌شود ولی در حقوق اسلام و همچنین قانون مدنی ایران، چنین طفلی به زانی و زانیه ملحق نمی‌گردد. به عبارت دیگر، طفل مزبور شرعاً و قانوناً فرزند آنان محسوب نخواهد شد.

بنابراین طفل ناشی از زنا، با پدر و مادر خود به طور مسلم رابطهٔ خونی و طبیعی داشته و از این حیث با فرزند حاصل از رابطهٔ مشروع فرقی ندارد ولی از نظر ترتب آثار حقوقی، طفل مورد بحث با فرزندان مشروع فرق خواهد داشت. البته در حال حاضر به موجب رأی وحدت رویه شمارهٔ ٦١٧ مورخ ۱۳۷٦/٤/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، بین اطفال مشروع و نامشروع از جهت حقوق و تکالیف اصولاً تفاوتی وجود ندارد. و صرفاً توارث بین اطفال نامشروع و ابوین آن‌ها منتفی است که شرح آن در پایان این گفتار خواهد آمد. برای روشن شدن موضوع، لازم است آثار نسب ناشی از زنا را در زمینهٔ حرمت نکاح، حضانت، ولایت و انفاق و توارث بررسی کنیم.

بخش اول ـ حرمت نکاح.

همان‌طور که قبلاً بیان شد، اطفال ناشی از وطی به زنا با پدر و مادر خود، رابطهٔ خونی و فیزیولوژیکی دارند و از این حیث بین آن‌ها و فرزندان مشروع، تفاوتی وجود ندارد. شرع مقدس اسلام که در صدور فرامین و احکام خود، هرگز اصول و موازین طبیعی را از نظر دور نمی‌دارد. با وجود این که بعضی از آثار حقوقی را برای ولدالزنا نشناخته است، از جنبهٔ علمی قضیه، چندان دور نشده و در زمینهٔ ازدواج، ولدالزنا را مانند فرزند مشروع اعلام کرده است.

بنابراین دختر حاصل از زنا نمی‌تواند، با پدر یـا بـرادران طبیعـی و نامشـروع خـود ازدواج نماید و به عبارت دیگر، دختر ناشی از زنا بر پدر و برادران خـود حـرام اسـت. زیرا دختر مزبور، دختر حقیقی پدر و خـواهر واقعـی بـرادران خـونی خـود محسـوب می‌گردد. هر چند که دختر یا خواهر شرعی آن‌ها نمی‌باشد.

محقق حلی، صاحب کتاب شرایع الاسـلام از فقهـای امامیـه در بـاب نکـاح، چنـین می‌فرماید: «و هل یحرم علی الزانی و الزانیه الوجه انه یحرم لانه مخلوق من مائـه و هـو یسمی ولدالغة.» یعنی آیا طفل حاصل از زنا به زانی و زانیه حرام می‌گردد یا نه؟ بهتر آن است که بگوییم، حرام می‌گردد. زیرا از نطفه زانی خلق شده است و از نظر لغوی چنین طفلی ولد نامیده می‌شود.[۱]

صاحب جواهر در کتاب جواهر الکلام در این زمینه، عقیده دارد که دختـر مولـود از زنا بر پدر و پسر مولود از زنا بر مادر حرام بوده و نمی‌توانند با هم ازدواج نمایند. زیـرا فرزندان مزبور از ماء پدر و از رحم مادر واقعی خود به وجود آمده‌انـد و انسـان هرگـز با اقربای نسبی نزدیک خود ازدواج نمی‌کند.[۲]

ابوحنیفه و احمد بن حنبل از فقهای اهل تسـنن و مؤسسـین مکتـب‌هـای حنفـی و حنبلی نیز با عقیده فوق الذکر موافقت دارند ولـی مالـک و شـافعی معتقـد هسـتند کـه ازدواج دختر ناشی از زنا با پدر واقعی و برادران خونی، حرام نیست بلکه کراهت دارد. یعنی مرد با دختر خود که از رابطـهٔ زنـا بـه وجـود آمـده اسـت و همچـین بـرادران و خواهران خونی متولد از زنا می‌توانند، با هم ازدواج کنند و چنین استدلال می‌کننـد کـه چون ولدالزنا شرعاً فرزند زانی نیست و به او ملحق نمی‌گـردد و رابطـهٔ حقـوقی، نظیـر توارث و انفاق و غیره که از آثار نسب است، بین آن‌ها وجـود نـدارد، بنـابراین حرمـت زناشویی نیز که یکی دیگر از آثار حقوقی است، بین ولـد زنـا و زانـی وجـود نخواهـد داشت.

عقیدهٔ فوق و استدلال طرفداران این عقیده، صحیح نمی‌باشد. صاحب جـواهر بـرای رد آن می‌گوید، طبق نصوص و روایات وارده انتفـاء نسـب شـرعی بـا حلیـت ادعـایی ملازمه ندارد و تحریم ذاتی با انتفاء نسب شرعی زایل نخواهـد شـد. در ایـن زمینـه بـه

---

۱. شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب النکاح، ص ۱۵۳
۲. جواهر الکلام، تألیف شیخ محمد حسن، کتاب النکاح، ص ۵۶

روایتی از زراره استناد می‌نماید که از ابوعبداله (ع) در مورد بدو نسل ذریه آدم سؤال شد که آیا در بدو خلقت، خواهر و برادر با هم ازدواج کرده‌اند؟ حضرت ابو عبداله (ع) در جواب فرمودند خدا منزه است از این عمل. یعنی این موضوع صحت ندارد و خدا قدرت دارد که از حلال موجودی را خلق سازد و احتیاج به عمل حرام ندارد و شما را آگاه می‌گردانم که بعضی از بهایم نیز از نزدیکی با خواهر خود امتناع دارند و اگر با خواهر خود نزدیکی کرده باشند، بعد از فراغت از عمل، آلت خود را با دندان قلع می‌کنند، به این وسیله خود را نابود می‌کنند.

با وجود این که بین بهایم اصول شرعی وجود ندارد، ذاتاً به چنین نزدیکی رغبت ندارند. پس چگونه قابل تصور است که اشرف مخلوقات بتواند با دختر واقعی خود نزدیکی نماید.[۱]

حقوق مدنی ایران به پیروی از فقهای امامیه، فرزند ناشی از زنا را جزء محرمات نسبی نکاح دانسته است و ازدواج بین برادران و خواهران حاصل از زنا و همچنین نکاح پدر یا مادر را با فرزند نامشروع ممنوع اعلام نموده است. مادهٔ ۱۰۴۵۶ ق. م در این مورد چنین می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد...»

اگر انتساب طبیعی طفلی به دیگری مورد اختلاف قرار گیرد، برای اثبات آن می‌توان، به هر یک از ادله و قرائن، از جمله تولد طفل بیشتر از شش ماه یا کمتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی به زنا و احتساب مدت حمل متوسل شد. احتساب مدت حمل یک قاعدهٔ طبیعی است و امارهٔ فراش محسوب نمی‌گردد تا فقط در مورد طفل متولد از نکاح صحیح و وطی به شبهه قابل اجرا باشد.[۲]

بنابراین حتی در مورد زنا، برای اثبات نسب ناشی از زنا می‌توان از اقل و اکثر مدت حمل استفاده نمود و با قاعدهٔ فراش، این فرق را دارد که وقتی انتساب طفل به شوهر یا واطی به شبهه امکان‌پذیر باشد، در صورت وقوع زنا احتمال انتساب طفلا مزبور به زانی مورد توجه قرار نمی‌گیرد و در حقیقت با امارهٔ فراش قابل معارضه نیست ولی اگر چنان‌چه چند نفر با زنی مرتکب زنا شوند، به طوری که انتساب طفل به هر یک

---

۱. جواهر الکلام، تألیف شیخ محمد حسن نجفی، کتاب النکاح، ص ۵۷
۲. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۸۱

امکان‌پذیر باشد، هیچ یک بر دیگری ترجیح نداشته و احتمال انتساب طفل به هر یک از آنان می‌رود و نمی‌توان گفت که طفل مزبور به کدامیک منتسب است.

بخش دوم ـ حضانت.

نگاهداری و حضانت طفل یکی از آثار نسب مشروع است و چون نسب طفل حاصل از زنا مشروع نیست، لذا آثار حضانت بر آن، طبق ظاهر مادهٔ ۱۱٦۷ ق. م مترتب نمی‌شود. ولی مفاد رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور که شرح آن خواهد آمد، خلاف مفاد ماده ۱۱٦۷ است.

در حقوق اسلام، چون طفل مولود از زنا به زانی و زانیه ملحق نمی‌گردد، لذا حضانت چنین طفلی نیز به پدر و مادر واقعی وی تعلق نمی‌گیرد و فقها در کتب خود، در زمینهٔ حضانت ذکری از حضانت ولدالزنا نکرده‌اند.[۱]

در حقوق ایران، حضانت و نگاهداری طفل با توجه به مواد ۱۱۹۵ ق. م به بعد از آثار نسب قانونی است و چون طفل متولد از زنا طبق مادهٔ ۱۱٦۷ ق. م ملحق به زانی و زانیه نمی‌شود، لذا حضانت وی نیز به عهدهٔ پدر و مادر نخواهد بود ولی رأی وحدت رویه بر مادهٔ مذکور حکومت دارد لذا تکلیف حضانت وجود دارد.

به عقیده آقای دکتر امامی، چون طفل احتیاج به نگهداری و مواظبت دارد و این امر واجب کفایی است، بنابراین پدر و مادر طفل که موجب ایجاد او شده‌اند، در این تکلیف اولی از دیگران می‌باشند و از نظر نصفت و عدالت اجتماعی، می‌توان حضانت را در نسب ناشی از زنا، منحصراً تکلیف پدر و مادر دانست.[۲] (موافق رأی وحدت رویه)

البته‌وفق اصول کلی حقوقی نسب نامشروع دارای هیچ‌گونه اثر حقوقی نیست مگر آنچه که قانون صراحتاً استثنا نموده باشد. بنابراین حضانت طفل نامشروع نیز حق و تکلیف پدر و مادر طبیعی نیست ولیکن با توجه به مصلحت جامعه و طفلی که مرتکب کوچک‌ترین خطایی نشده است، از باب تسبیب و اصول مسؤولیت مدنی، باید پدر و مادر را مکلف نمود تا هزینه نگاهداری و تربیت و مواظبت طفل را به عهده بگیرند و

---

۱. شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب النکاح، ص ۱۷۶؛ جواهر الکلام، تألیف شیخ محمد حسن، کتاب النکاح، ص ۲۵۰ ؛ شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، کتاب النکاح، ص ۱۲۰ و ۱۲۱

۲. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۸۲

نظر پیشنهادی من این است که اگر ازدواج بین ابوین طبیعی امکان‌پذیر نباشد، به منظور تربیت صحیح اطفال و مهمل نماندن آنها، بهتر آن است که به هزینهٔ پدر و مادر در مؤسسات تعاون اطفال و خیریه نگاهداری و تربیت شوند تا اولاً در محیط سالم و دور از پدر و مادر عصیانگر پرورش یابند و ثانیاً، پرداخت هزینه از جانب ابوین خاطی، ضمانت اجرای مناسبی برای جلوگیری از شیوع زنا شود. ثالثاً مخارج نگاهداری این گونه اطفال به بودجهٔ دولت تحمیل نگردد. (ر. ک به رأی وحدت رویه)

بخش سوم ـ ولایت قهری

ولایت از آثار نسب مشروع و قانونی است. وقتی که طفلی قانوناً و شرعاً فرزند کسی نباشد، آن کس بر او ولایت نخواهد داشت. در حقوق اسلام، ولایت عبارت است از قدرت و سلطه‌ای که پدر و جد پدری، نسبت به طفل دارند و چون ولدالزنا فرزند زانی نیست، بنابراین، زانی نسبت به او ولایت نخواهد داشت و به طریق اولی پدر زانی نیز نسبت به ولدالزنا ولایت نخواهد داشت.

در حقوق ایران نیز به پیروی از حقوق اسلام، ولایت قهری به پدر و جد پدری تعلق دارد و از آثار حقوقی نسب مشروع می‌باشد و چون نسب طفل مولود از زنا مشروع و قانونی نیست، لذا ولایت این گونه اطفال به پدر و جد طبیعی آنان تعلق نخواهد گرفت و برای چنین طفلی مانند اطفال دیگر که ولی خاصی ندارند، باید قیم منصوب کرد. (مواد ۱۲۱۸ و ۱۲۱۹ و ۱۲۲۲ ق. م و مواد ۵۵ و ٥٦ امور حسبی) که با رأی وحدت رویهٔ اشاره شده، هماهنگی ندارد و به نظر می‌رسد پدر و جدّ پدری با توجه به مفاد رأی وحدت رویهٔ شمارهٔ ۷۱٦ـ۱۳۷٦/٤/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور بر ولد زنا ولایت خواهند داشت.

بخش چهارم ـ انفاق

انفاق یکی دیگر از آثار نسب قانونی و مشروع است. فقها در باب نفقات، قرابت نسبی را یکی از اسباب تحقق و تعلق نفقه دانسته‌اند.[1] قرابت نسبی نیز وقتی مصداق

---

۱. شرایع الاسلام، تألیف محقق حلی، کتاب النکاح، النظر الخامس فی النفقات، ص ۱۷۶ : «لاتجب النفقه الا باحد اسباب ثلاثه الزوجیه و القرابه...»؛ شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، کتاب النکاح، النظر الثانی فی النفقات، ص ۱۲۰: «و اسبابها ثلاثه الزوجیه و القرابه البعضیه و ...»؛ جواهر الکلام، تألیف شیخ محمد حسن، کتاب النکاح، النظر الخامس فی النفقات، ص ۲۵۰

می‌یابد که مشروع باشد و چون ولد زنا دارای نسب مشروع نیست، مستحق انفاق نخواهد بود.

در حقوق مدنی ایران نیز به پیروی از نظر فقهای امامیه، نفقه و حق انفاق با توجه به مواد ۱۱۹۹ و ۱۲۰۰ ق. م از آثار نسب قانونی و مشروع است و طبق مادهٔ ۱۱۶۷ قانون مدنی که می‌گوید: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.» طفل متولد از زنا، حق نفقه در برابر اقارب خود نخواهد داشت و اقارب طبیعی وی نیز متقابلاً چنین حقی ندارند ولی با عنایت به ماده ۱۱۶۵ ق. م که می‌گوید: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه، فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند، ملحق به هر دو خواهد بود.» چنین استنباط می‌گردد که طفل از ناحیهٔ پدر متولد از زنا و از جانب مادر متولد از شبهه باشد، نفقهٔ طفل به عهدهٔ مادر خواهد بود.

البته آقای دکتر امامی معتقد هستند که پدر در این مورد، از باب تسبیب ملزم به پرداخت هزینه وضع حمل و عوارض ناشی از آن و نفقهٔ طفل خواهد بود و همچنین معتقد هستند که اگر پدر و مادر طفلی عالم به عمل زنا باشند، چون با توجه به عقل سلیم و وجدان اجتماعی، انفاق به محتاج واجب کفایی است، پدر و مادر طبیعی که سبب ایجاد طفل بوده‌اند، از دیگران اولی می‌باشند و آنان را از باب تسبیب، می‌توان ملزم به انفاق طفل دانست.[۱]

به نظر من همان‌طور که در باب حضانت بیان شد، باید با توجه به مصلحت جامعه و طفل بی‌گناه از باب تسبیب و مسؤولیت مدنی[۲] پدر و مادر ملزم به پرداخت نفقه طفل بشوند و در صورتی که ازدواج بین آن‌ها امکان‌پذیر نباشد، بهتر است به منظور حمایت از طفل و جامعه، کودک مزبور در یکی از مؤسسات عمومی، تحت اسلوب صحیح تربیتی تا رسیدن به سن کبر و آماده شده برای ورود به جامعه، نگاهداری و تربیت شود. با رأی وحدت رویه، این مشکل امروزه حل شده است و زانی و زانیه، تکلیف حضانت و دادن نفقه به ولد زنا همانند طفل مشروع خواهند داشت.

---

۱. دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۸۳

۲. مراجعه شود به قانون مسؤولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹

بخش پنجم ـ توارث.

توارث یکی از آثار نسب مشروع است، ولد زنا که دارای نسب مشروع نیست، از این حق محروم است. اکثر فقهای اسلام معتقد هستند که فرزند مولود از زنا از ابوین طبیعی و نامشروع خود ارث نمی‌برد و همین طور، اگر ولد زنا فوت شود و فاقد اولاد مشروع و زوج یا زوجه باشد، ماترک او به پدر و مادر وی تعلق نخواهد گرفت. بلکه ترکهٔ او متعلق به امام است. دلیل توارث بین ولد زنا و اولاد مشروع او، عموم ادلهٔ ارث از کتاب و سنت و وجود نداشتن مانع از این جهت می‌باشد.[۱]

دلیل عدم توارث بین ولد زنا و ابوین غیر مشروع وی اخبار صحیحه‌ای است که در این زمینه وارد شده است، مانند صحیح عبداله بن سنان از امام جعفر صادق (ع) که حضرت فرمود، ماترک ولدزنایی که اولاد و زوج یا زوجه نداشته باشد ولی دارای پدر و مادر باشد، متعلق به امام است و خبر محمد بن الحسن القمی است که امام به طور مطلق فرمود، ولد زنا ارث نمی‌برد، که این اطلاق شامل ممنوعیت توارث بین ولد زنا و زانی و زانیه، هر دو می‌گردد.[۲]

صاحب شرایع در این زمینه می‌گوید: ولد زنا نسبتی با زانی نداشته و توارث نیز بین آن‌ها وجود نخواهد داشت. همین طور بین ولد زنا و زانیه، توارث موجود نیست و در صورت نبودن فرزند مشروع و زوج یا زوجه برای ولدالزنا، میراث او به امام می‌رسد.

شهید ثانی در شرح لمعه می‌گوید، چون ولد زنا شرعاً از ابوین منتفی است لذا توارث بین آن‌ها وجود ندارد.[۳] ولی گروهی نظیر ابن جنید و شیخ صدوق معتقدند که ولد زنا مانند ولد ملاعنه، از مادر خود و خویشاوندان مادری و مادر و خویشاوندان مادری از او ارث می‌برند[٤] و مستند آنان خبر اسحق بن عمار است که حضرت علی (ع) فرموده است، ولد زنا مانند ولد ملاعنه از مادر و خویشاوندان مادری ارث می‌برد و بالعکس و دیگری خبری است که از یونس در این زمینه نقل شده است.

همان‌طور که قبلاً بیان شد، خبر اول غیر صحیح و سند آن ضعیف است و خبر دوم، معلوم نیست که منتسب به امام باشد.

---

۱. شرح تبصره علامه، نگارش زین‌العابدین ذوالمجدین، الفصل الخامس فی میراث ولد الملاعنه و ولدالزنا، ص ۴۸۰
۲. در مورد این دو روایت قبلاً نیز بحث شده است.
۳. شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، ص ۳۲۰
۴. شرح لمعه، تألیف شهید ثانی، ص ۳۲۰

استاد محمد عبده (بروجردی) عقیده اول را پذیرفته و در مورد روایت اسحق بن عمار می‌گوید، با توجه به نصوص معتبری که مستفاد از آن‌ها ممنوعیت توارث، بین ولد زنا و ابوین طبیعی است، باید آن را حمل به ولد زنایی نمود که فقط از جانب پدر زنازاده است و نسبت به مادر شبهه باشد یا آنرا طرح نمود. یعنی دور افکند و نادیده گرفت.[۱]

صاحب شرایع نیز روایت مزبور را مطروحه می‌داند.[۲] بین ولد ملاعنه و مادر و خویشاوندان مادری او توارث وجود دارد. زیرا به ولد ملاعنه، ولدالزنا اطلاق نمی‌شود و بالنتیجه، رابطهٔ حقوقی بین او و مادر و اقوام مادری وی قطع نمی‌گردد، بلکه با لعان شوهر و نفی ولد از جانب او، طفل فقط از ملاعن منتفی و رابطهٔ حقوقی بین وی و طفل مزبور زایل گردیده است و الا اگر ولد ملاعنه، ولد زنا باشد، از مادر و خویشاوندان مادری خود نیز ارث نخواهد برد.[۳]

در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام، ولد زنا از پدر و مادر و اقوام آن‌ها ارث نمی‌برد و به عبارت دیگر، توارث بین او و ابوین طبیعی وی وجود ندارد. ماده ۸۸٤ ق. م چنین مقرر می‌دارد:

«ولد زنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد ولیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمرهٔ آن است، نسبت به یکی از ابوین ثابت و نسبت به دیگری به واسطهٔ اکراه یا شبهه، زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس».

در مورد لعان فرزندی که به سبب انکار او لعان واقع شده، از پدر و پدر از او ارث نمی‌برد لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند و اگر پدر بعد از لعان رجوع کند، فرزند از او ارث می‌برد ولی از ارحام پدری و همچنین پدر و ارحام پدری از فرزند ارث نمی‌برند. (مواد ۸۸۲ و ۸۸۳ ق. م)

بنابراین ولد ملاعنه شباهتی به ولد زنا از حیث آثار حقوقی ندارد و حال آن که مفهوم نفی ولد از طریق لعان، این است که طفل از نطفه و اسپرم ملاعن (شوهر) به وجود نیامده و زن مرتکب زنا گردیده است. مع‌الوصف قانون‌گذار ایران و شارع اسلام، طفل مزبور را در ردیف ولد زنا قرار نداده و نسبت به وی قائل به ارفاق گردیده‌اند.

---

۱. کلیات حقوق اسلامی، تألیف استاد محمد عبده (بروجردی) ص ۴۳۹
۲. شرایع السلام، تألیف محقق حلی، ص ۲۶۷
۳. شرایع السلام، تألیف محقق حلی، ص۲۶۷

همان‌طور که اشاره شد، فرزند ناشی از زنا و رابطهٔ نامشروع، از نظر بیولوژیکی فرزند زانی و زانیه است و از جهت قرابت خونی تفاوتی بین اطفال مشروع و نامشروع وجود ندارد و فرزندان نامشروع چه در حقوق ایران و چه در حقوق اسلام، از محارم نسبی محسوب می‌گردند و طبق مادهٔ ۱۰٤۵ ق. م ازدواج با آن‌ها به علت قرابت نسبی ممنوع است. علاوه بر این فرزند ناشی از رابطهٔ نامشروع یا زنا در ایجاد خود نقشی نداشته تا از حمایت و سرپرستی والدین خود محروم بماند. بنابراین، حکم عدم الحاق طفل حاصل از زنا به زانی و زانیه، حکمی غیرعادلانه و غیرمنصفانه است. زیرا این طفل مرتکب تقصیر یا تجاوزی به ضوابط شرعی و قانونی نشده است تا مستوجب تحمّل مجازات باشد و از حقوق اولیهٔ زندگی یعنی بهره‌مندی از حق حضانت و ولایت و نفقه و امثال آن محروم گردد و اگر برای حفظ نظم جامعه‌ای نیاز به رعایت ضوابط منطقی است، متجاوزان به ضوابط مزبور، شایستهٔ مجازات و محرومیت از حقوق اجتماعی هستند، نه افراد دیگر. به همین دلیل برای حمایت از کودکان بی‌گناه مزبور و بر اساس نظر بعضی از فقهای معاصر، رأی وحدت رویه‌ای به شمارهٔ ٦۱۷ مورخ ۱۳۷٦/٤/۳ در هیأت عمومی دیوان عالی کشور به تصویب رسید که همانند قانون، لازم الاتباع است.

به موجب رأی وحدت رویهٔ مزبور که مربوط به آثار نسب نامشروع است، بین طفل مشروع و نامشروع، از جهت حقوق و تکالیف، تفاوتی وجود ندارد و بر حسب مادهٔ ۸۸٤ قانون مدنی، صرفاً توارث بین اطفال نامشروع و ابوین آن‌ها، منتفی است که در این زمینه نیز جای بحث وجود دارد.

با توجه به مفاد رأی وحدت رویهٔ اشاره شده، حقوق و تکالیف ابوین طبیعی، مثل حضانت، تربیت، ولایت و نفقه فرزندان نامشروع، همانند فرزندان مشروع باقی است و اعلام ولادت نوزاد به ادارهٔ ثبت احوال و اخذ شناسنامه با نام پدر برای فرزند نامشروع، اجباری است.

رأی وحدت رویهٔ مذکور به استناد مادهٔ واحدهٔ قانون مربوط به وحدت رویهٔ قضایی مصوب تیرماه ۱۳۲۸ برای کلیه شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم الاتباع است.[۱]

با صدور این رأی وحدت رویه که به منزلهٔ قانون است، تحول ارزنده‌ای در جهت حمایت از طفل متولد از رابطهٔ نامشروع که نقشی در رابطهٔ ابوین خود نداشته، پدید آمده است. البته این ضابطه که جنبه حمایتی کودکان بی‌گناه دارد، مجوزی برای برقراری رابطهٔ نامشروع بین زن و مرد که در قانون جرم شناخته شده است، نخواهد بود ولی از مسؤولیت و تکلیف حاکمیت جامعه، خواهد کاست. البته ارث نبردن ولد زنا از زانی و زانیه نیز دور از انصاف و عدالت است و با رأفت و روح احکام اسلامی، هماهنگی ندارد.

گفتار چهارم
اطفال غیرقانونی در حقوق فرانسه و نسب آن‌ها.

در مقابل اطفال قانونی و مشروع، اطفال دیگری در حقوق فرانسه وجود دارد که اطفال طبیعی[۲] نامیده می‌شوند. این اطفال به دو دسته تقسیم می‌گردند:

۱ـ اطفال طبیعی ساده Les enfants naturels simples .

۲ـ اطفال ناشی از زنای محصن یا محصنه و زنای با محارم Les enfants adulterins .

بخش اول ـ اطفال طبیعی ساده و نسب آن‌ها.

بند اول ـ تعریف و کلیات.

طفل طبیعی ساده، عبارت است از طفلی که در نتیجهٔ رابطهٔ جنسی زن و مردی که در علقهٔ زوجیت کسی نباشند، به وجود آید. نسب چنین طفلی را نسب طبیعی ساده می‌نامند.[۳]

---

۱. برای دیدن متن کامل رأی وحدت رویه مذکور، رجوع شود به مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، نشریه سازمان روزنامه رسمی، ص ۴۷۸ و ۴۷۹.

2. Les enfants naturels

3. La filiation naturelle simple

زن و مردی که به طور آزاد با هم روابط جنسی برقرار و یا با هم زندگی می‌نمایند، بدون این که رابطهٔ زوجیت بین آنان وجود داشته باشد، تعهدی در قبال یکدیگر نداشته و روابط عملی آنان موجب استقرار خانوادهٔ قانونی نخواهد شد. بنابراین طفلی که از این روابط به وجود می‌آید، فقط به پدر و مادر بستگی دارد و به علت عدم تحقق خانوادهٔ قانونی، با ابوین پدر و مادر طبیعی خود یا اجداد و سایر اقوام آنان ارتباطی پیدا نخواهد کرد. معذالک مادهٔ ۷٦٦ ق. م فرانسه، بر خلاف این اصل کلی، توارث بین برادران و خواهران طبیعی را شناخته است.

حمایت از خانواده مشروع و آرامش کانون مزبور و همچنین تعهدات متقابلی که اعضای خانواده را به هم مربوط می‌سازد، ایجاب می‌کند که خانوادهٔ طبیعی و غیرقانونی منفور و مطرود باشد ولی این طرز تفکر، دلالت ندارد که اطفال ناشی از رابطهٔ غیرقانونی از هر گونه پناهگاه محروم و سرگردان باشند و موجبات اضطراب جامعه را فراهم سازند.

بنابراین لازم است، قانون‌گذار تعهداتی برای ابوین طبیعی در نظر گرفته، به نحوی که مزایایی برای این گونه ابوین ایجاد نشود تا سبب شیوع بیشتر رابطهٔ آزاد گردد.

درست است که طفل طبیعی فاقد نسب قانونی است[1] ولی نمی‌توان، رابطهٔ خونی و نسب واقعی[2] موجود بین طفل و ابوین را منکر شد و طفلی را که عملاً از اسپرماتوزئید مردی به وجود آمده است، به ابوین او مربوط ندانست. قانون‌گذار فرانسه این نسب عملی را نادیده نگرفته و برای این گونه اطفال حقوقی قائل شده است و از یک قرن قبل به این طرف، برای اصلاح حال اطفال طبیعی تحولات قانونی، به تدریج اختلاف آن‌ها را با فرزندان مشروع و قانونی، کاسته است.[3]

در حقوق قدیم فرانسه، اثبات نسب طبیعی به طور کاملاً وسیعی پذیرفته شده بود و طفل غیرقانونی می‌توانست در مقابل پدر یا مادر طبیعی خود بر خلاف میل آن‌ها نسب

---

1. La filiation de droit
2. La filiation de fait
3. julliot de la Morandiere : Droit civil (Precis Dalloz). T. 1 Nos 741- 763-786; Mazeaud (L. J.H) et Michel de juglart:lecops de Droit civil T. 1. V. 11. Nos 961; planiol (M) Ripert (G), traite pratique de civil francais.T. 1. No 1216;

Aubry et Rau, Cours de droit civil français d,après la methode de Zacharie. T. IX. P. 216 à 331.

خود را اثبات نماید و از این جهت با نسب مشروع فرقی نداشت. ولی این طرز تفکر در اواخر قرن هیجدهم (۱۷۷۰ میلادی) تغییر کرد و برای جلوگیری از فضاحت و رسوایی مردم، خاصه طبقهٔ نجبا، اثبات نسب طبیعی پدری ممنوع گردید اما اثبات نسب طبیعی مادری همچنان مجاز ماند. کدسیویل فرانسه در سال ۱۸۰٤ میلادی سیستم اخیر را پذیرفت و اثبات نسب پدر طبیعی را ممنوع کرد و فقط در موردی که طفل به وسیلهٔ پدر ادعایی ربوده می‌شد، اثبات نسب پدری را مجاز گردانید.

این سیستم با مخالفت و اعتراض شدید عقاید عمومی روبروگردید و در نتیجه قانونی در ١٦ نوامبر ۱۹۱۲ به تصویب رسید که به موجب آن، هتک ناموس نیز از موارد پذیرش دعوی اثبات نسب طبیعی پدری گردید تا بالاخره قانون ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵ به تصویب رسید. امروزه قانون‌گذار در پنج مورد، اثبات نسب طبیعی پدری را مجاز گردانیده است.[۱]

بند دوم ـ اثبات نسب طبیعی ساده.

نسب طبیعی ساده عبارت از رابطه‌ای که بین طفل با پدر و مادری که بین این دو نفر رابطهٔ زوجیت قانونی وجود ندارد. نسب طبیعی ساده ممکن است، به وسیلهٔ شناسایی ابوین یا از راه جستجو و اثبات نسب از طریق مراجع قضایی استقرار یابد.

قبل از ورود به بحث در اطراف شناسایی و اثبات نسب طبیعی ساده، لازم است نسب مشروع و نسب طبیعی را در زمینهٔ اثبات رابطهٔ نسب، با هم مقایسه نمائیم.

«مقایسه و فرق بین اثبات نسب مشروع و نسب طبیعی ساده»

نسب مشروع و طبیعی از نظر اثبات، دارای فرق‌های اساسی زیر می‌باشد.

اولاً ـ نسب مشروع در برابر پدر و مادر غیر قابل تفکیک است یعنی لزوماً طفل مشروع، فرزند هر دو نفر از زوجین خواهد بود و حال آن که نسب طبیعی چنین نیست یعنی این نسب باید در مقابل پدر و مادر به طور جداگانه اثبات گردد. به عبارت دیگر طفلی که در یک خانوادهٔ قانونی متولد می‌گردد، در حالی که مشروع است، فرزند هر دو نفر از زوجین نیز می‌باشد. یعنی پس از ثبوت نسب مادری، در حقیقت نسب پدری نیز ثابت است و احتیاج به اثبات جداگانه ندارد و شوهر فقط می‌تواند، تحت شرایطی

---

۱. مادهٔ ۳۴۰ ق. م. فرانسه.

طفل مزبور را نفی نماید، که در صورت موفقیت در نفی، رابطهٔ نسبی طفل نسبت به او منتفی می‌گردد. ولی در خارج از خانوادهٔ مشروع، هیچ گونه رابطهٔ حقوقی بین ابوین طفل وجود ندارد. یعنی خانوادهٔ نامشروع مصداق خارجی نیافته تا قانوناً آثاری بر آن مترتب گردد و حتی اگر رابطهٔ جنسی ابوین طبیعی به صورت زندگی مشترک[1] ادامه یابد، باز هم تعهدی برای مرد و زن وجود ندارد و فراشی در بین نیست تا بتوان با اعمال امارهٔ فراش طفل متولد از یک زن را فرزند مرد هم‌مسکن او نیز دانست.

بنابراین اثبات نسب طبیعی مادری، در نسب طبیعی پدری طفل، مؤثر نمی‌باشد و نسب وی در مقابل هر یک، باید به طور مستقل و جداگانه، اثبات گردد. البته اصل مزبور بدون استثنا نیست. یعنی ممکن است، نسب طبیعی مادری اثبات شود، بدون این که رابطهٔ ابوت طبیعی روشن گردد ولی به عکس، چگونه ممکن است نسب طبیعی پدری اثبات گردد بدون این که اشاره‌ای به نسب طبیعی مادری بشود. اشکالی ندارد که پدر بتواند، نسب فرزند طبیعی خود را تصدیق کند. بدون این که نام مادر مشخص گردد. ولی در اثبات و جستجوی نسب طبیعی پدری طفل مسلماً مجبور است، ثابت کند پدر ادعایی با زنی که به عنوان مادر خود معرفی می‌کند، روابطی داشته است.

لذا رابطهٔ مادر فرزندی نیز به طور غیر مستقیم، بدون آن که صراحتاً در رأی صادره ذکر بشود، روشن می‌گردد. همچنین تصدیق فرزند غیرقانونی از ناحیه پدر با ذکر نام مادر، تحت شرایطی نسبت به مادر مؤثر خواهد بود.[2] گاهی ذکر نام مادر در تصدیق حتمی و ضروری است و پدر ناچار است که نام مادر را ذکر نماید و آن در صورتی است که بخواهد فرزند طبیعی خود را که به صورت جنین است، تصدیق نماید. در این مورد مجبور می‌شود، نام مادر را در تصدیق ذکر کند، زیرا این طریقه، وسیلهٔ منحصر به فرد برای مشخص نمودن هویت طفل است.

با وجود استثنائات مذکور، اصل انفرادی بودن نسب طبیعی، به قوت خود باقی است و طفل مجبور است، نسب مادری و پدری خود (وضع حمل و انعقاد نطفه) را به طور جداگانه اثبات نماید و ثبوت یکی در دیگری مؤثر نخواهد بود.

---

1. Concubinage.

۲. اگر مادر عملاً به مادر فرزندی اقرار نماید.

ثانیاً ـ نسب مشروع با تولد طفل از زن شوهردار به خودی خود استقرار می‌یابد ولی به عکس، نسب طبیعی وقتی برقرار می‌گردد که مورد تصدیق و شناسایی ابوین یا یکی از آن‌ها واقع شود یا به موجب حکم قطعی صادره، نسب مزبور اثبات گردد.

الف ـ شناسایی نسب طبیعی ساده.

شناسایی عبارت از اعلامی است با تشریفات خاص، که به موجب آن، اعلام کننده انتساب یک طفل طبیعی را به خود اقرار و تأیید می‌کند.[۱] قانون‌گذار فرانسه، برای نسب طبیعی نیز مانند نسب مشروع، سندی را به عنوان دلیل غیر قضایی پذیرفته است ولی این سند، سند ولادت طفل نمی‌باشد بلکه سندی است که ارادهٔ پدر و مادر یا هر دو نفر، آن را به وجود آورده است. بنابراین تنها دلیل و مدرک غیر قضایی نسب طبیعی طفل، سند شناسایی است و شناسنامه یا وضع ظاهری موجود، به عکس نسب مشروع، در اینجا سند و مدرک غیر قضایی نمی‌باشد.[۲]

شناسایی نسب طبیعی ساده را در پنج قسمت به شرح زیر مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

۱ـ خصایص شناسایی نسب طبیعی ساده.
۲ـ اعتراض به شناسایی نسب طبیعی ساده.
۳ـ ماهیت حقوقی شناسایی نسب طبیعی ساده.
٤ـ آثار شناسایی نسب طبیعی ساده.
۵ـ تعارض نسب.

۱ـ خصایص شناسایی نسب طبیعی.

شناسایی نسب طبیعی اقرار است و دارای خصایص زیر می‌باشد:

اول ـ شناسایی یک عمل ارادی است.

دوم ـ شناسایی امری است شخصی.

سوم ـ شناسایی دارای جنبهٔ اعلامی است.

چهارم ـ شناسایی اقدامی تشریفاتی است.

---

۱. کلن، کاپیتان، بحث حقوق مدنی، جلد اول، شماره ۹۵۶

2. Aubry et Rau, Cours de droit civi français d,après la methode zacharie .T. IX. P . 228

اول ـ خصیصه ارادی شناسایی.

شناسایی نسب یک عمل ارادی و اختیاری است، به این معنی که ابوین طفل یا یکی از آنان مجبور نیستند که اقدام به شناسایی نسب طبیعی طفل مزبور بنمایند. یعنی اگر از این تصدیق خودداری نمایند، مرتکب هیچ گونه تقصیر و خطایی که موجب مسؤولیت مدنی باشد، نگردیده‌اند[1] ولی نمی‌توانند، به ارادهٔ خود سندی تنظیم یا اقدامی نمایند که نتوان نسب طبیعی را اثبات نمود. یعنی اگر پدر یا مادر طبیعی از تصدیق طفل نامشروع خود امتناع کنند، طفل با طرح دعوا، می‌تواند نسب پدری یا مادری خود را وفق مقررات قانونی اثبات نماید. ناگفته نماند، هنوز مواردی وجود دارد که جستجو و اثبات ابوت طبیعی ممنوع می‌باشد. در این صورت استقرار نسب پدری فقط به ارادهٔ پدر بستگی دارد.

دوم ـ خصیصهٔ شخصی شناسایی.

این خصیصه از چند جهت قابل مطاله می‌باشد. تصدیق یک اقدام و عمل فردی است.[2] چون شناسایی نسب نوعی اقرار است، نسبت به شخص دیگری منشأ اثر نبوده و فقط نسب به اقرار کننده مؤثر و موجب استقرار نسب و یا سبب ایجاد الزام و تعهد می‌شود. بنابراین اگر پدری در تصدیق نسب طبیعی فرزند خود، نام مادر را ذکر یا به عکس، مادر تصدیق کننده، نام پدر طفل را در تصدیق خود ذکر نماید، اصولاً شناسایی مزبور اثری برای کسی که نام او به عنوان پدر یا مادر ذکر شده است، ندارد[3] معذالک رویهٔ قضایی به اصل فردی بودن شناسایی، استثنا وارد آورده است. به این نحو که اگر تصدیق کننده، پدر طفل بوده و در تصدیق، نام مادر طفل تصدیق شده را ذکر کرده باشد، در صورتی که مادر به هر شکلی به مادر بودن خود اقرار نماید، تصدیق پدر نسبت به مادر نیز مؤثر خواهد بود.

در موقع تدوین قانون مدنی فرانسه، تنظیم‌کنندگان آن، در مسألهٔ شخصی‌بودن تصدیق دچار تردید شده و بدواً در نظر داشتند، با توجه به حقوق قدیم فرانسه، تصمیم بگیرند تصدیقی که از ناحیه پدر به عمل آمده، با یک اعلام، مورد تأیید یا انکار مادر

---

1. civ. 28 Oct. 1935. D. H. 1935. 537
2. acte individuel
3. Planiol (M). Ripert (G). traite pratique de droit civil français T. II. No 831.

واقع شود[1] ولی از نظر مزبور عدول کرده و بالاخره پذیرفتند که پدر و مادر، باید هر یک به طور مستقل اقدام به تصدیق نسب طفل بنماید و تصدیق هر یک در دیگری مؤثر نباشد. روی این مذاکرات ماده ۳۳۶ ق. م فرانسه به این نحو وضع شد:

«تصدیق پدر، بدون ذکر نام و اقرار مادر، اثری ندارد، مگر نسبت به پدر».

اما رویهٔ قضایی و دیوان کشور فرانسه از عبارات و طرز بیان مادهٔ فوق الذکر نتایج مهمی استنباط و استنتاج کرد و با توجه به مفهوم آن و تفسیری که از آن به عمل آمده، استثنایی به اصل فردی بودن تصدیق وارد ساخت. یعنی در قرن نوزدهم، مراجع قضایی فرانسه احساس کردند که وقتی پدری نسب طفلی را تصدیق نمود و نام مادر را نیز در تصدیق ذکرکرد، در این صورت مادر ممکن است، تصور نماید که تصدیق پدر کافی بوده و نسبت به او نیز مؤثر خواهد بود و بالنتیجه شخصاً اقدام به تصدیق جداگانه ننماید و این قصور مادر، امکان دارد بعد از فوت وی، طفل را به علت نداشتن رابطهٔ نسبی ثابت با مادر خود، از ارثیه مادر محروم گرداند. به همین مناسبت دیوان کشور فرانسه، در این زمینه اظهار نظر کرده است که تصدیق پدر با ذکر نام مادر و اقرار مشارالیها نسبت به وی مؤثر خواهد بود.[2]

رویهٔ قضایی در این زمینه دو شرط را لازم دانسته است:

شرط اول، ذکر نام مادر به وسیله پدر است که ممکن است، در شناسنامهٔ طفل، نام مادر ذکر شود، با این ترتیب که در هنگام اعلام ولادت طفل و تنظیم شناسنامه، پدر ابوت خود را تصدیق و نام مادر را نیز ذکر نماید. در این صورت تصدیق و نام مادر، هر دو در شناسنامه قید و ثبت می‌گردد. ممکن است، ذکر نام مادر در سند تصدیق جداگانه به عمل آید.

شرط دوم، اقرار مادر است که اقرار مزبور در این زمینه، تابع هیچ گونه تشریفات خاصی نمی‌باشد بلکه وجود یک نامه ساده و یا رفتار مادرانه نسبت به طفل کافی و اقرار محسوب می‌گردد.

---

۱. ماده ۳۳۹ قانون مدنی هلند این روش را اتخاذ کرده است.

2. Civ 21 aout 187.: D.p.71 143, 25 juin 1877. D. P. 78. 1. 262. 8 mars 1948, D. 213, note de M. leon.

محاکم فرانسه، وضع ظاهری موجود[1] و حتی وجود بعضی از عناصر، آن را به عنوان اقرار می‌پذیرند. (مثلاً اگر رفتار کسی که نام وی در تصدیق به عنوان مادر ذکر شده با طفل تصدیق شده، رفتار مادر به فرزند باشد، محاکم این رفتار مادرانه را اقرار تلقی می‌کنند). این ارفاق و موافقت محاکم نسبت به اطفال در عمل اهمیت فراوانی دارد؛ زیرا اجازه می‌دهد، بدون اقامه و طرح دعوی، نسب طبیعی مادری با ثبوت وضعیت ظاهری موجود با شرایط فوق الذکر استقرار یابد.

تصدیق کننده باید شخصاً اقدام به تصدیق نماید و هیچ کس نمی‌تواند، برای دیگران و به نام دیگران، اقدام به تصدیق نسب طفلی بنماید، مگر آن که وکالت‌نامه رسمی و مخصوص[2] در این زمینه از آنان داشته باشد.[3] بنابراین تصدیق حقی است وابسته به شخص و طلبکاران وی نمی‌توانند به جای او با توجه به مادهٔ ۱۱٦٦ ق. م فرانسه، اقدام به تصدیق نسب طبیعی طفلی بنمایند. به عبارت دیگر شناسایی از حقوقی نیست که قابل اعمال به وسیله طلبکاران باشد.

تصدیق از لحاظ طفل مورد تصدیق نیز شخصی است. یعنی طفل مورد تصدیق باید شخص معین بوده و کاملاً مشخص باشد. بنابراین اگر کسی بخواهد، نسب چندین طفل را تصدیق نماید، برای هر یک از آنان تصدیق مجزی لازم است تا هر طفلی به طور مشخص موضوع تصدیق واقع گردد.

معذالک این خصیصه مانع از تصدیق جنین نمی‌باشد و با وجود این که در این حالت مشخصات طفل روشن نیست، رویهٔ قضایی به استناد قاعدهٔ معروف[4] رومی «جنین و حمل از زمان انعقاد نطفه به شرط زنده متولد شدن، می‌تواند واجد حق گردد» تصدیق جنین را می‌پذیرد. در این گونه موارد معمولاً پدر نام و مشخصات زن آبستن را ذکر و حمل او را تصدیق می‌کند.

---

1. Possession d',etat.

2. Planiol (M). Ripert (G). Traite pratique de droit civil français T. 11. No 832

۳. ماده ۳۰۲ قانون مدنی سوئیس پذیرفته است که در حالت فوت پدر یا جنون وی پدر بزرگ (جد) بتواند به نام پدر، نسب طفل را تصدیق نماید.

4. infans conceptus pro nato habetur quoties de Ccm-modis. Egjus agitur.

این قاعده رومی در حقوق اکثر کشورها از جمله ایران پذیرفته شده است. چنان که مادهٔ ۸۵۱ ق. م ایران می‌گوید: وصیت برای حمل صحیح است لیکن تملک او منوط است بر این که زنده متولد شود. ماده ۵۹۷ ق. م ایران می‌گوید: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد، مشروط بر این که زنده متولد شود» و ماده ۸۷۵ ق. م می‌گوید: «شرط وراثت زنده بودن در حین فوت مورث است و اگر حملی باشد، در صورتی ارث می‌برد که نطفه او حین‌الموت منعقد شده باشد».

سوم ـ خصیصهٔ اعلامی شناسایی نسب طبیعی.

شناسایی طفل طبیعی، اقدامی است مثبت. نسب که هرگز رابطهٔ حقوقی را ایجاد نمی‌کند. بلکه اعلام کنندهٔ پدیده‌ای است که قبلاً به وقوع پیوسته است.[1] یعنی در واقع موجب استقرار و تحقق رابطهٔ نسبی موجود از روز انعقاد نطفه می‌باشد و دارای آثار و نتایج زیر است:

اول ـ تصدیق اقدامی یک جانبه است.[2] چون تصدیق از اقدامات یک جانبه است، به قبول طفل نیازی نیست و تصدیق جنین نیز با توجه به این خصیصه، امکان‌پذیر است. مسأله پذیرفتن تصدیق نسب حمل و جنین، مورد بحث فراوان واقع شده و دارای نتایج قابل ملاحظه‌ای نیز می‌باشد: مثلاً امکان دارد، پدر طفل قبل از وضع حمل یا در حین وضع و یا مادر در حین وضع، یا بلافاصله بعد از آن، فوت شوند و در نتیجه تصدیق نسب طفل، امکان‌پذیر نگردد. لذا برای جلوگیری از این گونه خطرات تصدیق جنین را پذیرفته‌اند ولی، طفل مزبور می‌تواند، مانند سایر افراد ذینفع در صورتی که مدعی باشد، تصدیق نسب وی خلاف واقع بوده، دعوی اعتراض به تصدیق اقامه نماید.

دوم ـ تصدیق و شناسایی نسب طبیعی بعد از فوت طفل.

چنان که قبلاً اشاره شد، تصدیق، ایجاد کنندهٔ رابطهٔ نسبی نیست، بلکه از واقعهٔ گذشته خبر می‌دهد. لذا تصدیق نسب بعد از فوت طفل غیرقانونی نیز امکان‌پذیر است و رویهٔ قضایی فرانسه چنین تصدیقی را پذیرفته است.[3] این راه‌حل هر چند منطقی است، معذالک مشکلات و محظورات زیادی تولید می‌کند؛ زیرا غالباً چنین تصدیق‌ها منحصراً به منظور سهیم شدن در ماترک طفل انجام می‌گیرد ولی در زمان حیات طفل، چنین نفعی تقریباً وجود ندارد.[4]

سوم ـ اهلیت لازم برای صحت شناسایی نسب.

خصیصهٔ اعلامی تصدیق، باعث شده که رویهٔ قضایی برای تصدیق‌کننده، اهلیت و صلاحیت لازم برای سایر اعمال حقوقی را لازم ندانند و فقط به صلاحیت طبیعی و

---

1. Planiol (m). Ripert (G). Traité pratique de droit civil français. T. 11 No 850.
2. La reconnaissance est unilateral.
3. Poitiers, 27 des. 1882 D. P. 1883. 2. 120, trib. Ci seine, 24 jenv 1902, Gaz. Rrib 7 mai
۴. طرح اصلاحی قانون مدنی فرانسه، با توجه به این امر مجاز نمی‌داند، بعد از فوت طفل نسب وی تصدیق گردد مگر آن که متوفی اولاد یا احفادی داشته باشد که در این صورت، امکان سوءاستفاده به مراتب کمتر می‌شود و ماترک متوفی به وراث او می‌رسد. حتی ورثهٔ متوفی نیز از تصدیق کننده ارث خواهند برد.

داشتن قوهٔ تمیز، به نحوی که تصدیق کننده از نتیجهٔ اقدام خود آگاه باشد، اکتفا نموده است.[1]

در بعضی از کشورها برای تصدیق‌کننده، سن ثابتی تعیین گردیده که قبل از رسیدن به آن سن تصدیق نسب طبیعی، فاقد هرگونه اثر است. (مثلاً طبق ماده ۳۳۷ ق. م هلند، برای مردها حداقل این سن ۱۹ سالگی است). در فرانسه زن شوهردار نیز اگر بخواهد، نسب طفلی را تصدیق نماید، اجازهٔ شوهر لازم ندارد و شوهر نمی‌تواند مانع این کار گردد. هر چند این نوع شناسایی دارای آثار محدودی است. یعنی طبق مادهٔ ۳۳۷ سابق ق. م. ف تصدیق زن شوهردار نسبت به ازدواج فعلی و اطفال متولد از آن مؤثر نیست، و فقط پس از انحلال نکاح، در صورت باقی نماندن فرزند از این ازدواج، منشأ اثر خواهد بود.

چهارم ـ اثر عطف به ماسبق شدن تصدیق.

تصدیق و شناسایی طفل طبیعی دارای اثر قهقرایی است.[2] یعنی نسب طفل مزبور از تاریخ انعقاد نطفه مستقر می‌شود و آثار آن از تاریخ ولادت مترتب می‌گردد. با توجه به این اثر و دقت در آن، لازم می‌آید که کلیهٔ اقدامات نمایندهٔ قانونی طفل، قبل از تصدیق نسب وی باطل باشد. زیرا با تصدیق نسب برای پدر از روز تولد طفل، حق ولایت قهری ایجاد می‌گردد ولی از آن جایی که در فاصلهٔ ولادت طفل تا تصدیق نسب وی، ممکن است حقوق و تعهداتی ایجاد گردیده باشد که بطلان آن‌ها خالی از اشکال نخواهد بود. لذا رویهٔ قضایی پذیرفته است که اقدامات نمایندهٔ قانونی طفل، قبل از تصدیق نسب نافذ و معتبر باشد.[3]

همچنین هر گاه نسب طفل نامشروعی بعد از ازدواج او مورد تصدیق ابوین قرار گیرد، ابوین نمی‌توانند به این علت که ازدواج بدون اجازهٔ آنان صورت گرفته است، تقاضای ابطال آن را بنمایند. زیرا ازدواج قبل از تصدیق، منشأ حقوق و تعهداتی گردیده است و رضایت شورای خانواده در این مورد نافذ و معتبر است.

پنجم ـ غیر قابل عدول و فسخ بودن شناسایی.[4]

---

1. Renes, 8 mars 1882, D. P.1884. 1.486, caen. 26 avr 1887. Rec Sirey 1887. 2. 126
2. Effet retroactf de la reconnaissance
3. civ 22 janv 1884. D. P. 1884. 1.117, Res sircy 1884 1. 227, 20 fevr 1917 .D. P. 1917. 1. 81, note de M. Capitant
4. Irrevoca Bilité de la reconnaissance

شناسایی نسب در حالی که اقرار به نسب است مانند تمام اقرارهای دیگر، قابل عدول و فسخ نبوده و تصدیق کننده اختیار بازگشت ندارد.[1] حال اگر شناسایی نسب از نظر شکل تنظیم، ضمیمهٔ یک سند اصلی قابل فسخ و یا مشروط باشد، مثلاً هر گاه شناسایی ضمن یک وصیتنامهٔ رسمی به عمل آید، از آنجایی که وصیت از جانب موصی، قابل فسخ و عدول است، در صورتی که موصی از وصیت خود عدول نماید، وصیت فاقد ارزش و اعتبار می‌گردد. در این صورت تکلیف شناسایی نسب ضمن وصیتنامهٔ مزبور چه خواهد شد؟ آیا به اعتبار خود باقی خواهد ماند یا نه؟

به عقیدهٔ عده‌ای از علما و حقوقدانان،[2] باید شناسایی نسب مزبور را به عنوان یک عمل حقوقی خاص و اصلی در نظر گرفت و در حقیقت سند وصیت مزبور، از اجتماع و ترکیب دو عمل حقوقی علیحده به وجود آمده است که فسخ وصیت مؤثر در شناسایی نسب نیست. یعنی شناسایی نسب به قوت و اعتبار خود باقی خواهد ماند و در مواردی هم که از وصیت عدول نشده و موصی در قید حیات باشد، طفل مورد شناسایی ضمن وصیتنامه، بدون این که منتظر فوت موصی باشد، از شناسایی مزبور استفاده خواهد کرد.[3] عده‌ای دیگر از حقوقدانان از جلمه پروفسور ژان کاربنیه معتقد هستند که فسخ وصیتنامه و عدول از آن، موجب عدول از شناسایی است.[4]

به نظر نگارنده، عقیده اول منطقی‌تر و با واقع نزدیک‌تر است. زیرا عدول از وصیت، به موجب قانون در اختیار موصی است و حال آن که اقرار کننده نسب، چنین اختیاری نخواهد داشت تا بتواند از اقرار خود عدول نماید. بنابراین آن قسمت از وصیتنامه که مربوط به اقرار و شناسایی طفل است، قابل عدول نمی‌باشد. با وجود این که شناسایی طفل طبیعی قابل عدول و فسخ نیست، معذالک با طرح دعوی اعتراض به تصدیق، می‌توان ثابت نمود که شناسایی مزبور مبنی بر اشتباه بوده یا در اثر اکراه و اجبار یا تدلیس یعنی بدون اراده کامل و یا در اثر تقلب واقع شده است.

---

1. Bordeaux, 25 mai 1892. D. P. 1894. 2. 50
2. Colin (A). Capitant (H) et julliot de la Morandiere (L). traiˆTé Traité de droit civil. T. 1. No 965
3. Req 24 oct 1936. J. C. P. 1940 No 1116
4. Carbonnier (J), Droit civil. T. 1 .P. 524

چهارم ـ خصیصهٔ تشریفاتی شناسایی نسب طفل.

شناسایی نسب طفل طبیعی، یک اقدام تشریفاتی است که اگر برای تنظیم آن بعضی از شرایط و تشریفات شکلی رعایت نگردد، فاقد ارزش و اعتبار خواهد بود. ماده ۳۳٤ سابق ق. م فرانسه، در این زمینه چنین مقرر می‌داشت: شناسایی نسب طفل طبیعی، به وسیلهٔ سند رسمی انجام می‌پذیرد، وقتی که تصدیق در شناسنامهٔ طفل صورت نگرفته باشد. بنابراین شناسایی باید به موجب سند رسمی به عمل آید و شناسنامه نیز سند رسمی است. رویهٔ قضایی فرانسه، شناسایی نسب در وصیتنامهٔ محضری را هم پذیرفته است و از طرف دیگر، قبول کرده است که هر نوع اقرار به ابوت یا امیت ولو غیر مستقیم، در صورتی که در سند رسمی تحقق یافته باشد، ارزش تصدیق را دارد.

مثلاً رضایتی که مادر در زمینه ازدواج فرزند صغیر خود داده و در سند ازدواج قید گردیده باشد، طبق رأی مورخ ۸ مارس ۱۹۸٤ صادره از شعبه مدنی دیوان تمیز فرانسه، به عنوان تصدیق نسب پذیرفته شده است. اگر چه رأی صادره در ۱۷ فوریه ۱۸۵۱ این رضایت را به عنوان شناسایی نپذیرفته بود.

بنابراین ممکن است، شناسایی طفل غیر قانونی، در شناسنامه طفل یا در سند رسمی خاص و مستقل، یا در سند ازدواج ابوین یا در وصیتنامهٔ محضری تحقق پذیرد. هدف اصلی تشریفات صوری و مقررات مربوط به آن عبارت است از تأمین درستی و صحت سند شناسایی و جلوگیری از غافلگیری تصدیق کننده به وسیله اعمال متقلبانه و حفظ آزادی اراده وی و تأمین نگاهداری سند از دستبرد و آسیب و مفقود شدن و ایجاد ضمانت اجرای قوی و بالاخره، تأمین تاریخ تنظیم سند تصدیق است که اهمیت فراوان دارد.

مأمورین رسمی صالح برای تنظیم سند رسمی تصدیق نسب طبیعی عبارت هستند از مأمورین رسمی اسناد سجلی و ثبت احوال و سردفتر اسناد رسمی و قاضی دادگاه.

الف ـ مأمورین رسمی استناد سجلی و ثبت احوال.

ممکن است تصدیق در شناسنامه طفل به عمل آید یعنی همان وقتی که جریان ولادت طفل به مقامات ثبت احوال و اسناد سجلی اعلام می‌گردد، پدر نسب طفل مزبور را نیز تصدیق نماید که در این صورت مراتب تصدیق در شناسنامه طفل قید می‌شود. البته مادر کمتر موفق می‌شود، ضمن تنظیم شناسنامه، نسب طفل را تصدیق کند، زیرا

اصولاً پس از وضع حمل نخواهد توانست، فوراً به مراجع صلاحیت‌دار اسناد سجلی مراجعه و اقدام به تصدیق نماید که غالباً موضوع ولادت طفل، از طریق بیمارستان یا وسیلهٔ پدر اعلام می‌گردد.

ب ـ سردفتر اسناد رسمی.

سند تنظیم شده نزد سردفتر اسناد رسمی، قانوناً معتبر و رسمی است. غالباً سند شناسایی به طور مخفیانه در نزد سردفتر، از ناحیه ابوین طفل تنظیم می‌گردد. قانون‌گذار نیز به منظور این که پدر و مادر طبیعی، وظیفهٔ خود را ولو در خفا انجام دهند، تنظیم سند شناسایی در دفاتر اسناد رسمی را تجویز کرده است. سند مزبور از حیث تشریفات تابع مقررات سایر اسناد رسمی است.[۱]

ج ـ قاضی محکمه.

ممکن است تصدیق و اقرار به نسب طبیعی طفلی، در نزد قاضی محکمه و در جریان رسیدگی به پرونده‌ای به عمل آید که در این صورت، منشی دادگاه که مأمور رسمی است، مراتب را در صورت جلسه، تنظیم و به امضای رئیس محکمه و اقرار کننده می‌رساند که چنین تصدیقی رسمی می‌باشد.

ارزش و اعتبار شناسایی غیر رسمی ـ تصدیص و شناسایی غیر رسمی، اصولاً باطل و فاقد اعتبار است معذلک تصدیق عادی و غیر رسمی، آن طور نیست که فاقد هر گونه اثری باشد بلکه در موارد زیر، مورد استفاده قرار می‌گیرد.

الف ـ ممکن است این نوشته عادی، اساس و پایه تعهد نفقه و تربیت طفل شود.

ب ـ ممکن است در جستجو و اثبات نسب پدری یا مادری به عنوان دلیلی، مورد استفاده قرار گیرد.

ج ـ اگر پدری در تصدیق رسمی نسب طفل، نام مادر را ذکر کرده باشد، رویهٔ قضایی پذیرفته است که اقرار مادر به هر شکل، ولو به شکل غیر رسمی و به صورت نوشته عادی یا رفتار عملی مادرانه، کافی است که نسب طبیعی طفل نسبت به مادر طبیعی استقرار یابد ولی ذکر نام مادر در تصدیق نسب، باید به وسیلهٔ پدر انجام گرفته باشد نه به وسیله شخص دیگری مثل پدربزرگ و غیره.[۲]

---

۱. قانون ۲۵ وانتوز، سال یازدهم و ۲۱ ژوئن ۱۸۴۳

2. Civ sect. civ. 8 mars 1948. 1948. 213. note de M Lenoan

۲ـ اعتراض به شناسایی نسب طفل طبیعی ساده

با این که شناسایی نسب طبیعی قابل عدول و فسخ نیست معذلک اشخاص ذینفع می‌توانند، با اقامه دعوی به نسب تصدیق شده اعتراض نمایند. ماده ۳۳۹ سابق ق. م فرانسه، در این زمینه چنین مقرر داشته بود: «تصدیق انجام شده از ناحیه پدر یا مادر، ممکن است مورد اعتراض اشخاص ذینفع قرار گیرد».

اشخاص ذینفع مذکور در این ماده عبارتند از خود طفل تصدیق شده، پدر و مادر حقیقی او و شخص تصدیق کننده و وارث یا اقربای تصدیق کننده و اشخص دیگری که تصدیق کذب و ناصحیح موجب زیان آنان گردیده است. زیان اعم از مادی یا معنوی از موجبات اعتراض به شناسایی نسب خواهد بود.[1] معترض شناسایی نسب باید صراحتاً ثابت نماید که شناسایی مزبور مطابق با واقع انجام نپذیرفته است. مثلاً پدر ادعایی از راه آزمایشات DNA و تجزیه و مقایسهٔ خون و همچنین مقایسهٔ سن تصدیق کننده با سن مادر و گواهی گواهان و هر وسیله و دلیل دیگر، ثابت می‌نماید که طفل از صلب او به وجود نیامده و او در شناسایی نسب طفل مزبور دچار اشتباه گردیده است. در قابل اعتراض بودن شناسایی کذب، آرای متعددی نیز وجود دارد.[2]

ابطال شناسایی ـ علاوه بر اعتراض نسبت به شناسایی خلاف واقع، آیا می‌توان با اقامهٔ دعوی بطلان نیز، شناسایی نسب را ملغی‌الاثر نمود؟

اگر در شناسایی نسب، تشریفات مربوطه رعایت نگردیده باشد، باب دعوی بطلان مفتوح خواهد بود و مسلماً هر ذینفعی می‌تواند چنین ادعایی اقامه نماید و یا اگر فرضاً کسی بر خلاف قانون، طفل متولد از زن شوهردار را تصدیق نماید، چون این شناسایی مخالف صریح قانون است، باطل بوده[3] دعوی چنین شناسایی را می‌توان مطرح کرد.

در این صورت کافی است که پدر یا ذینفع دیگر ثابت کند، تصدیق کننده بر خلاف قانون عمل کرده است و لازم نیست که فرضاً پدر، ابوت خود یا عدم ابوت تصدیق کننده را ثابت نماید.[4]

---

1. Req. 4 juull 1935. D. H. 1935. 412. Paris. 24 fevr 1939. D. P. 1939. 218.
2. Civ 30 juill 1951. Sem. Jur 1951. 11 6526 et note jean Saivati er
3. Mazeud (L. J. H) et Michel de juglart, leçon de droit civil. T. 1. V. ll. No 941.
4. Civ 8 fev ;927. 1. 76 et nite H. L. S. 1927. 1. 361 et note Hugueney.

آیا با توجه به بعضی آرای صادره[1] می‌توان به علت معلول بودن قصد و رضا، مانند اشتباه یا تدلیس و اکراه، دعوی بطلان نسبی را پذیرفت؟

اگر شناسایی را اقرار به نسب طبیعی بدانیم و برای آن خاصیت اخباری و اعلامی قائل شویم، مشکل است که بتوانیم چنین دعوایی را بپذیریم. زیرا شناسایی نسب یا بر خلاف واقع صورت گرفته یا با واقعیت مطابقت دارد. در صورت خلاف واقع بودن، احتیاج به ابطال ندارد و هر ذینفعی حق دارد، نسبت به آن اعتراض کند و پس از اثبات خلاف واقع بودن، آن را از درجهٔ اعتبار ساقط سازد. در صورتی که شناسایی نسب موافق با واقع باشد، در این صورت مهم نیست که تصدیق مزبور به زور یا اکراه و تدلیس واقع شده باشد. تصدیق کننده فقط می‌تواند، خلاف واقع بودن تصدیق را ثابت کند.

ولی اگر مدعی گردید که طفل متعلق به او است، اما موقع شناسایی نسب، در حال اکراه بوده است، نتیجتاً در محضر دادگاه به موجب این ادعا، نسب طفل غیر قانونی خود را تصدیق کرده است و دعوی بطلان موردی ندارد. این استدلال خالی از اشکال نیست. زیرا ممکن است، تصدیق کننده فقط به اثبات تدلیس یا اکراه اکتفا کند و ثابت نماید که اقرار وی مبتنی بر اکراه و تدلیس بوده است که ثبوت این امر برای رفع هر گونه اعتبار و اثر، از اقرار مقر کافی باشد و بالنتیجه لااقل خود تصدیق کننده، باید حق داشته باشد از این طریقه، تصدیق خود را از اعتبار ساقط گرداند.[2]

طرح کمیسیون اصلاح قانون مدنی در مورد نسب، به موجب ماده ۳۲ خود پذیرفته بود که تصدیق نسب، اگر ناشی گردد از شخصی که از قوه تمیز محروم است و یا تصدیق به زور و اکراه واقع شده باشد، بلااثر است.

۳ـ ماهیت حقوقی شناسایی نسب طفل طبیعی ساده.

La nature juridique de la reconnaissance

شناسایی طفل طبیعی ساده از نظر ماهیت حقوقی، به عقیدهٔ اکثر علمای حقوق[3] اقرار است. پدر و مادری که طفل طبیعی خود را تصدیق می‌کنند، در واقع اقرار

---

1. Lyon. 13 mars 1856. D. P. 1856. 2. 232. Paris 23 janv 1877.D. P. 1877. 2. 147.
2. Colin (A). Capitant (H). traité de droit civil. T. 1. No 967
3. Colin (A). Capitant (H). traité de droit civil . T. 1. No 956.

می‌نماید که طفل مزبور از نسل آنان بوده و از صلب پدر یا مادر مزبور به وجود آمده و با آنان رابطهٔ نسبی حقیقی و خونی دارد.

بنابراین شناسایی از لحاظ کیفیت حقوقی اقرار است و این اقرار جنبهٔ اعلامی دارد. یعنی تصدیق کننده، رابطهٔ نسبی موجود از روز انعقاد نطفه را اعلام می‌کند و این اقرار نسبت به اقرار کننده معتبر است. ماده ۱۷۱۸ ق. م. آلمان و مواد ۳۰۲ به بعد قانون مدنی سوئیس نیز از این عقیده پیروی نموده‌اند.

عده‌ای دیگر بر عکس معتقد هستند که تصدیق نسب طفل طبیعی، اقرار نبوده و دلالت بر وجود و تکون امری در گذشته نمی‌نماید بلکه یک عمل حقوقی است. مانند بسیاری از اعمال حقوقی دیگر که به موجب آن تصدیق کننده، طفلی را به عنوان فرزند می‌پذیرد و در حقیقت این عمل وضع جدیدی را به وجود می‌آورد.

پذیرفتن این عقیده، خالی از اشکال نیست. زیرا تصدیق دارای اثر قهقرایی بوده و از تاریخ انعقاد نطفه، آثار خود را ظاهر می‌سازد، نه از تاریخ تصدیق نسب. بنابراین تصدیق نسب عبارت از، اقرار به نسب طفل طبیعی است.

٤ـ آثار شناسایی نسب طبیعی ساده.

شناسایی نسب طبیعی ساده دارای آثار زیر است:

اول ـ اثر مطلق

شناسایی نسب اطفال غیر قانونی، دارای اثر اثباتی مطلق بوده و نسبت به همه کس حتی اشخاص ثالث معتبر است و از این حیث، سند تصدیق کاملاً شبیه شناسنامه طفل مشروع می‌باشد. اگر کسی نسبت به تصدیق معترض باشد، باید با طرح دعوی اعتراض خلاف واقع بودن آن را اثبات نماید.[1]

دوم ـ اثر تصدیق نسبت به گذشته.

همان‌طور که قبلاً اشاره شد، تصدیق نسب عطف به ماسبق می‌شود و آثار حقوقی آن از تاریخ تولد طفل ظاهر می‌شود. با دقت بیشتر در این امر در می‌یابیم که در واقع تصدیق نیست که عطف می‌شود بلکه آثار نسب موجود قبلی است که ظاهر می‌گردد.

---

1. (Paris 14 mars 1949. Gaz. Pal. 1946. 1. 167)

یعنی تصدیق حقی را ایجاد نکرده است تا عطف شده و اثر قهقرایی پیدا کند بلکه واقعیت یا امر موجودی را اعلام و بیان نموده است.

سوم ـ اثر غیر قابل عدول بودن تصدیق.

در گذشته بیان شد که تصدیق اقرار است و تصدیق کننده، نمی‌تواند از اقرار خود عدول نماید و با فسخ تصدیق، آثار آن را محو سازد اما تحت شرایطی می‌تواند، نسبت به تصدیق اعتراض کند.[۱]

چهارم ـ اثر اثباتی تصدیق.

همان‌طور که شناسنامه در مورد اطفال مشروع، دلالت بر وضع حمل مادر داشته و حکایت از مشخصات و هویت ارائه دهنده آن نمی‌کند، تصدیق و شناسایی اطفال طبیعی نیز از ناحیهٔ مادر، مبین وضع حمل او و از ناحیهٔ پدر، دلیل انعقاد نطفه است ولی سند تصدیق، به هیچ وجه دلالت بر هویت ارائه دهنده تصدیق نمی‌کند. بنابراین ارائه دهندهٔ تصدیق در موارد مشکوک باید ثابت کند، او همان طفلی است که مورد تصدیق سند ارائه شده، قرار گرفته است.[۲]

۵ ـ تعارض نسب

شناسایی نسب چنان که قبلاً متذکر شدیم، دارای اثر مطلق بوده و در مقابل اشخاص ثالث نیز معتبر است. همین اثر تصدیق باعث می‌شود که تعارضاتی در نسب به وجود آید و چند نفر ادعا نمایند، پدر یا مادر طفل می‌باشند. عملا در ابوت بیشتر تعارض حاصل می‌شود. مثلاً دو مرد ادعا می‌کنند، پدر یک طفل هستند که از دو حال خارج نیست. یا تعارض بین دو تصدیق است و یا تعارض بین تصدیق و ابوت مشروع.

تعارض دو تصدیق ـ گاهی اتفاق می‌افتد که یک طفل طبیعی موضوع دو تصدیق ابوت متوالی قرارگیرد.[۳] در این مورد چه باید کرد و کدام تصدیق را باید پذیرفت؟

محاکم فرانسه در این مورد، روش واحدی نداشته و تصمیمات مختلفی اتخاذ نموده‌اند. بعضی از محاکم، برای تشخیص واقعیت امر، به تجزیه خون و کارشناسی

---

۱. ژان کاربینیه : حقوق مدنی. جلد اول. ص ۵۲۳ و ۵۲۴

۲. کلن و کاپیتان: حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۹۷۰ ـ هانری و ژان ولئون مازوومیشل دوزو گلار: حقوق مدنی. جلد اول. قسمت دوم. شماره ۹۲۶

3. (Pau. 4. avr. 1949. Gaz. Pal. 1946. 2. 40)

متوسل شده‌اند. بعضی دیگر پذیرفته‌اند قاضی ابوینی را که بیشتر به حال طفل مساعد می‌داند و مثلاً امکان مشروع گردانیدن نسب طفل بیشتر است، انتخاب نماید.[1]

روش دیگر این است که در مورد نفقه و وراثت طفل، باید قائل به جمع دو نسب شد ولی سیستم حقوقی قابل قبول این است که چون شناسایی، دارای اثر مطلق است لذا شناسایی اول تا زمانی که خلاف واقع بودن آن، از راه طرح دعوی اعتراض به شناسایی به اثبات نرسد، معتبر باشد.

تعارض شناسایی نسب با ابوت مشروع ـ در این حالت اگر طفل دارای شناسنامه باشد و در شناسنامه او، نام مادرش ذکر گردیده باشد و مادر در زمان ولادت طفل، دارای شوهر بوده، شناسایی چنین طفلی به وسیلهٔ شخص بیگانه، فاقد اعتبار است و اگر شوهر، نسب طفل را انکار نموده باشد، در چنین صورتی نیز چون طفل ناشی از زنای محصنه است، شناسایی نسب وی از نظر قانون، ممنوع و بی اعتبار خواهد بود. در صورتی که طفل مورد اختلاف دارای شناسنامه باشد، در این صورت رویهٔ قضایی پذیرفته است که شناسایی نسب، مانع از طرح دعوی در زمینهٔ اثبات نسب مشروع نیست ولی تصدیق‌کننده می‌تواند، در دعوی نسب وارد و ثابت کند که طفل مورد اختلاف از زن شوهردار متولد نشده است. هر گاه مدارک و دلایل پرونده ثابت گرداند که طفل مذکور از زن شوهردار موضوع دعوی اثبات نسب مشروع، متولد گردیده است، شوهر آن زن حق اثبات یا عدم ابوت خود را دارد و در صورت فوت وی، فقط وراثش حق چنین اقدامی را خواهند داشت ولی اقدام اشخاص ثالث در این زمینه بی‌اثر خواهد بود.[2]

همان‌طور که قبلاً بیان شد، نسب طبیعی ساده از راه شناسایی قابل استقرار است. ولی شناسایی نسب طفل ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، طبق ماده ۳۳۵ سابق ق. م فرانسه ممنوع بوده است. البته قانون‌گذار فرانسه از رسوایی و فضاحت ناشی از شناسایی نسب این گونه اطفال و اقرار به ارتکاب زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم وحشت داشته و خواسته بود از آن جلوگیری نماید. اما موضوع مهم از

---

1. Aix. 5 oct 1935. Gaz Pal 1936. 1. 1264
2. Colin (A). Capitant (H). Traite de droit civil. T. 1. No 972.

نظر اجتماعی آن است که نباید طفل بی‌گناهی در اثر تقصیر و ارتکاب گناه ابوین خود از نعمت شناسایی نسب و تأمین معاش و تربیت صحیح محروم گردد.

با توجه به ماده ۳۳۵ سابق ق. م فرانسه، شناسایی نسب حاصل از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، باطل و فاقد هرگونه اعتبار و آثار حقوقی بود[1] و طفل مزبور حق مطالبه نفقه از ابوین خود نداشت ولی هر گاه تصدیق کننده، هبه‌ای به چنین طفلی می‌نمود، اشخاص ذینفع ثالث حق استرداد هبه مزبور را نداشتند. البته مادهٔ ۳۳۵ قدیم نسخ شده است.

به موجب ماده ۱۷۰۸ به بعد قانون مدنی آلمان، شناسایی نسب طفل ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم تجویز گردیده ولی این شناسایی برای طفل در برابر پدر یا مادر (تصدیق کننده) حقی غیر از مطالبه نفقه تا سن ۱۶ سالگی ایجاد نخواهد کرد.

در حقوق فرانسه نیز از طرفی رویهٔ قضایی، با توجه به منافع طفل و مصلحت جامعه، ممنوعیت مذکور در ماده ۳۳۵ سابق ق. م فرانسه را تا حدی تعدیل کرده است. فرضاً اگر طفل حاصل از زنای با محارم، به وسیلهٔ یکی از ابوین مورد تصدیق قرار بگیرد و یا طفل ناشی از زنای محصن و محصنه مورد تصدیق پدر یا مادری واقع شود که در علقهٔ زوجیت نبوده‌اند، چون شناسایی مزبور صفت نسب طفل را ظاهر نمی‌گرداند و معلوم نیست که طفل مورد تصدیق، حاصل از زنای با محارم یا زنای محصن و محصنه است، طبق رویهٔ معمول این گونه شناسایی معتبر خواهد بود[2] و شناسایی بعدی پدر یا مادر که سبب روشن شدن حقیقت و کشف صفت نسب طفل می‌شود، باطل و فاقد اعتبار قانونی است ولی به شناسایی اول لطمه‌ای وارد نخواهد ساخت.[3]

از طرفی دیگر، قانون‌گذار در بعضی از موارد اجازه داده است که ابوین طفل حاصل از زنای محصن یا محصنه یا زنای با محارم، به وسیلهٔ ازدواج بعدی بتوانند، نسب این‌گونه اطفال را مشروع گردانند.[4]

---

1. Civ 8 fev de M. Hugueney. 23 oct. 1950. Gaz. Pal. 1951 1031
2. Civ 27 jull 1938. D. P. 1939. 1. 73. Note de M. Lebrun
3. Paris 4 fevr 1943.D. C. 1943. 110. 10 des 1943. D. C 1944. 47, note de M. Holleaux Res. Sirey 1945 2. 49, note de M. Hebrand

۴. برای روشن شدن مطلب به مبحث مشروع کردن اطفال نامشروع مراجعه شود.

از طرف دیگر، طبق رویهٔ قبل از سال ۱۹۳۰ طفل وقتی حاصل از زنای محصن یا محصنه می‌بود که در زمان انعقاد نطفهٔ وی، پدر یا مادرش در قید زوجیت دیگری بود ولی این رویه با رأی مورخ ۸ ژانویه سال ۱۹۳۰ صادره از دیوان کشور تغییر کرد و فعلاً ملاک تشخیص صفت نسب طفل، تاریخ ولادت طفل است نه زمان انعقاد نطفه. یعنی اگر طفلی در اثر رابطهٔ زنای محصن یا محصنه منعقد ولی در زمان زوجیت زانی و زانیه متولد گردد، نسب چنین طفلی مشروع خواهد بود.

ب ـ جستجو و ا ثبات نسب طبیعی ساده.

La recherche judiciaire de la filiation naturelle

طفل نامشروع در صورتی که نسب وی مورد شناسایی ارادی ابوین قرار نگرفته باشد، می‌تواند با اقامهٔ دعوی در مراجع قضایی و تحصیل حکم، نسب طبیعی خود را محقق و ثابت گرداند.

دعوی تجسس نسب پدری و مادری طبیعی، اساساً دو دعوی جداگانه و مستقل می‌باشند و ممکن است، یکی از این دعاوی اقامه و حکم صادر گردد ولی دعوی علیه دیگری اصلاً اقامه نگردد. معذالک تحقق نسب مادری، خواه از راه شناسایی و خواه از راه طرح دعوی و صدور حکم، برای اثبات تحقق نسبت پدری مفید و مؤثر می‌باشد و د ر بعضی موارد مذکور در قانون مدنی فرانسه[1] آنچه که علیه پدر ایجاد اماره می‌کند، روابط عملی است که پدر ادعایی یا مادر طفل داشته باشد.

عده‌ای از علما و حقوقدانان[2] از نظر تئوری معتقدند، حکمی که رابطهٔ نسب طبیعی را تأیید و محقق می‌سازد، خود یک نوع شناسایی اجباری است[3] و عقیده دارند که شناسایی ارادی نسب طبیعی با اعلام قضایی نسب مزبور شباهت دارد یعنی نتیجهٔ هر دو، تحقق و تأیید رابطهٔ نسبی است. به علاوه جستجوی نسب طبیعی در بسیاری از موارد جنبهٔ ترافعی نداشته بلکه هدف اصلی از طرح چنین دعوایی، رسمی گردانیدن اوضاع و احوال و رفتار حاکی از اقرار به نسب است.

---

۱. ماده ۳۴۰ ق. م فرانسه. مورد اول و دوم و چهارم.

2. Esmein sur Aubry et Rau. 1x. SS 567. Texte et note 15. Beudant- Bretn. 111. No 1090

3. Aubry et Rau, Cours de droit civil français d,après la Methode Zacharie. T. 1X. P. 269. SS 569

مثلاً شخصی برای حفاظت و تربیت طفل وسایلی تهیه نموده و رفتار وی نسبت به طفل مزبور، کاملاً حکایت از پدر بودن او و وجود رابطهٔ فرزندی می‌نماید ولی مشارالیه رسماً اقدام به تصدیق و تأیید رابطهٔ پدر فرزندی نکرده و یا نمی‌کند. در این صورت طرح دعوی علیه این پدر ادعایی یا وارث قانونی وی و صدور حکم در این زمینه، در حقیقت، تأیید رسمی رابطهٔ نسبی و تصدیق نسب عملی است.

از طرف دیگر، شناسایی اطفال طبیعی و جستجوی نسب طبیعی، هر دو، تحت بخش و عنوان واحدی در قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی شده است.[۱] بنابراین حکم اعلام کنندهٔ رابطهٔ نسب طبیعی، شناسایی اجباری است.

عدهٔ دیگری، این عقیده و استعمال جملهٔ شناسایی اجباری را صحیح نمی‌دانند.[۲] زیرا:

اولاً ـ طفل ناشی از زنای محصن و محصنه به منظور مشروع گردانیدن، تحت شرایطی ممکن است، مورد شناسایی قرار گیرد[۳] ولی چنین طفلی نمی‌تواند، برای اثبات نسب غیر قانونی خود اقامهٔ دعوی نماید.[۴]

ثانیاً ـ شخص قبل از رسیدن به سن کبر قانونی، بدون حضور و دخالت ولی خود، می‌تواند، اقدام به شناسایی نسب طفل طبیعی بنماید. ولی چنین شخصی در دعوی جستجوی نسب، به علت نداشتن اهلیت، به تنهایی خواندهٔ دعوی قرار نمی‌گیرد بلکه نمایندهٔ قانونی وی نیز طرف دعوی واقع می‌شود.[۵]

ثالثاً ـ در شناسایی نسب، اراده ابوین یعنی تصدیق کنندگان، علت تامهٔ شناسایی است و حال آن که دادگاه خارج از ارادهٔ ابوین و حتی بر خلاف اراده آنان، رابطهٔ نسبی را تأیید می‌کند.

رابعاً ـ وقتی رأی صادره در مورد نسب به مرحلهٔ قطعیت رسید یعنی مرحله پژوهش و فرجام را طی یا مهلت آن منقضی شد، دارای اثر و قدرت نسبی امر مختومه

---

۱. بخش دوم از فصل سوم از عنوان اول از کتاب اول که سیویل تحت عنوان
De la reconnaissancesde s enfans naturels

۲. ژان کاربینه: کتاب حقوق مدنی. جلد اول. ص ۵۳۰ و ژان ولئون و هانری مازو: کتاب دروس حقوق مدنی. جلد اول. قسمت دوم. شماره ۹۴۶.

۳. طبق مادهٔ ۳۳۱ سابق ق. م فرانسه

4. Req. 26 juill 1943. J. C. P. 1944. 2. 2532. Note pean

5. Civ. 31 oct 1943. D 35. 1. 1. 52

می‌گردد و دیگر قابل اعتراض یا ابطال نیست و حال آن که شناسایی نسب، چنین خاصیتی نداشته و مانند اسناد سجلی (شناسنامه) قابل اعتراض و ابطال به طور مطلق[1] بوده و هر ذینفعی می‌تواند، اقدام به اعتراض یا ابطال آن بنماید.

بنابراین، اثبات نسب طبیعی، شناسایی اجباری نیست. از آن جایی که جستجو و اثبات نسب پدری و مادری دو دعوی مختلف می‌باشند لذا در دو قسمت جداگانه به شرح آتی، بررسی و مطالعه خواهیم کرد:

اول ـ دعوی جستجو و اثبات نسب مادری طبیعی.

دوم ـ دعوی جستجو و اثبات نسب پدری طبیعی.

اول ـ دعوی جستجو و اثبات نسب مادری طبیعی.

در صورتی که طفلی مورد شناسایی ارادی مادر واقع نشود، برای اثبات نسب طبیعی خود، ناچار از اقامهٔ دعوی علیه مادر یا وارث او خواهد بود. البته طرح چنین دعوایی، همیشه دلالت بر بی‌اعتنایی مادر نسبت به فرزند و شانه خالی کردن وی از وظایف و تکالیف مادری ندارد. چه بسا ممکن است، مادر با کمال فداکاری در حفاظت و تربیت فرزند خود بکوشد، بدون این که به فکر تصدیق نسب او باشد، یا تصور کند که چنین اقدامی لازم است و بالاخره، قبل از شناسایی رسمی نسب طفل غیرقانونی خود، فوت شود. در این صورت طفل به منظور سهیم شدن در ماترک مادر، لزوماً به مقامات قضایی متوسل می‌شود تا نسب طبیعی موجود، با صدور حکم تأیید گردد. برخورداری طفل از وضع ظاهری مانند خوراک، لباس، مسکن، نگاهدای و تربیت و حتی ذکر نام مادر ادعایی در شناسنامهٔ او، موجب نخواهد شد که نامبرده از اقامهٔ دعوی معاف و بی‌نیاز گردد.

معذلک به منظور حفظ حیثیت و شئون زنان و جلوگیری از رسوایی و هتک آبروی آنان، قانون‌گذار از زن‌ها حمایت می‌کرد و دلایل اثبات این گونه نسب را تابع مقررات شدید و سنگینی قرار می‌داد. ولی مقنن با حفظ سیستم سال ۱۸۰٤ از مقررات شدید مربوط به دلایل، کاسته و با تصویب قانون ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵ خواسته است، اختلاف بین نسب مشروع و نامشروع در زمینهٔ اثبات نسب، متدرجاً از بین برود. امروزه در دعوی نسب طبیعی مادری، اثبات دو امر ضروری است:

---

1. Erga onmes

الف ـ وضع حمل مادر و ولادت طفل.

ب ـ هویت و مشخصات طفل، یعنی فرزند ادعایی همان نوزادی است که مادر ادعایی، به دنیا آورده است.

به علاوه مدعی نسب دارای یکی از دو حالت زیر خواهد بود.

حالت اول ـ این است که مدعی نسب از وضع ظاهری فرزند مانند خوراک، لباس، مسکن و تعلیم و تربیت و غیره[1] برخوردار بوده، اعم از این که با مادر خود زندگی می‌کرده است یا خیر؟

حالت دوم ـ این است که طفل از وضع ظاهری مذکور محروم بوده باشد.

دعوی مبتنی بر حالت اول.

اگر طفل ثابت کند، به طور مداوم از حیث خوراک و مسکن و لباس و حضانت و تربیت، تحت سرپرستی مادر ادعایی بوده و رفتار زن مزبور با او، رفتار مادر نسبت به فرزند بوده است، نسب طبیعی مادری ثابت و روشن خواهد بود. یعنی ثبوت این وضع ظاهر، موجب ثبوت وضع حمل مادر و هویت طفل و فرزند ادعایی می‌گردد.

البته اثبات وضع حمل زن، با اقامهٔ هر گونه دلیلی امکان‌پذیر و قانوناً آزاد است. مثلاً شناسنامه‌ای که نام مادر در آن ذکر شده باشد، دلیل قضایی وضع حمل خواهد بود و به دلایل دیگر، نظیر شهادت شهود و قرائن و امارات، برای اثبات وضع حمل می‌توان متوسل شد.

رویهٔ قضایی از سال ۱۸۵۱ به منظور حمایت از زن و جلوگیری از هتک حیثیت او، وضع ظاهری را دلیل مؤثر در زمینهٔ وضع حمل ندانسته و خواسته است برای اثبات نسب مادری، مانع و اشکال ایجاد نماید ولی بعداً رویهٔ مزبور تغییر یافته و قانون مصوب ۱۵ ژانویه ۱۹۵۵ وضع ظاهری را دلیل مؤثر وضع حمل دانسته است و همچنین هویت طفل و این که مدعی نسب، همان طفلی است که از مادر ادعایی متولد شده، به وسیله وضع ظاهری قابل اثبات است. بنابراین اثبات وضع ظاهری برای اثبات نسب طبیعی مادری کافی است و احتیاج به اقامهٔدلیل دیگری ندارد.

---

1. possession d,état

دعوی مبتنی از حالت دوم.

اگر طفل مدعی نسب، از وضع ظاهری مادر فرزندی محروم بوده باشد، باید وضع حمل مادر و هویت خود را به ترتیب اثبات نماید:

۱ـ وضع حمل.

اگر طفل دارای شناسنامه باشد و در شناسنامهٔ او، نام و مشخصات مادر ذکر شده باشد، شناسنامهٔ مزبور دلیل وضع حمل کسی است که به عنوان مادر معرفی گردیده است. البته به ندرت اتفاق می‌افتد، زنی که وضع حمل نکرده، در شناسنامهٔ نوزادی به نام مادر معرفی شده باشد زیرا در فرانسه، بیشتر وضع حمل‌ها در بیمارستان‌ها و زایشگاه‌های خصوصی یا عمومی یا مؤسسات خیریه به عمل می‌آید و متصدیان امور، مراتب را به مراجع صلاحیت‌دار اعلام می‌نمایند و در موارد دیگر نیز به وسیلهٔ پدر یا اقربای نزدیک طفل یا خود مادر، مراتب ولادت اعلام می‌شود.

اگر طفلی فاقد شناسنامه باشد یا در شناسنامهٔ او نام مادر، ذکر نشده باشد، مدعی نسب می‌تواند، با اقامهٔ هرگونه دلیلی نظیر شهادت شهود و قرائن دیگر، وضع حمل مادر ادعایی را ثابت نمایند یعنی قانون، اثبات این امر را موکول به اقامهٔ دلیل خاص ندانسته است.

۲ـ هویت و مشخصات طفل.

مدعی نسب، اگر از وضع ظاهری محروم باشد، باید بعد از ثبوت وضع حمل مادر ادعایی، از طریق شهادت شهود و یا اقامهٔ دلایل دیگر، ثابت نماید او همان طفلی است که مادر ادعایی وضع حمل نموده و گواهی گواهان نیز وقتی ارزش و اعتبار دلیل قضایی دارد که محفوف به قرائن و امارات قویه یا مدارکی از قبیل نامه و اسناد خصوصی، مدارک و اسناد خانوادگی و نظایر آن باشد.

بعضی از علمای حقوق فرانسه عقیده دارند، باید محدودیت‌هایی در مورد بعضی از دلایل اثبات نسب طبیعی مادری قائل شد؛ زیرا در مورد گواهی گواهان، غالباً احتمال خطر اغوا و اغفال یا تطمیع شهود وجود دارد.[1] اما تسهیل طرق اثبات نسب طبیعی ساده، از نظر اجتماعی به نفع خانواده‌های مشروع و بهترین وسیله مبارز علیه روابط

---

1. Mazeaud (L.J.H) et Michel de juglart. Leçon s de droit civil .T. 1. V.11. No 959

آزاد و خارج از ازدواج است. زیرا ابوین طفل ناشی از رابطهٔ آزاد در صورت ثبوت نسب، مجبور خواهند شد که تکالیف قانونی خود را در قبال طفل مزبور انجام دهند ولی هر گاه از اثبات نسب طبیعی جلوگیری شود، مترتب نشدن مسؤولیت و تحمیل نگردیدن مخارج طفل به ابوین، سبب شیوع بیشتر رابطه آزاد خواهد شد.

۳ـ طرفین دعوی نسب مادری.

الف ـ خواهان.

خواهان دعوی نسب طبیعی مادری، فرزند ادعایی است. این دعوی شخصی و غیر قابل انتقال است. یعنی اگر خواهان کبیر باشد، شخصاً و در صورت صغیر بودن، نمایندهٔ قانونی او، اهلیت طرح دعوی دارد ولی بعد از فوت خواهان، ورثهٔ او حق طرح چنین دعوایی را نخواهند داشت مگر آن که شخص خواهان در زمان حیات خود، طرح دعوی نموده باشد که در این صورت وراث می‌توانند آن را تعقیب نمایند.[1]

بند ۲ مادهٔ ۳٤۱ سابق ق. فرانسه نیز فقط اشاره به طفل نموده بود و رویهٔ قضایی نیز با توجه به مادهٔ مزبور، دعوی شخص دیگری غیر از طفل را وارد ندانسته و چنین استدلال شده است که اصولاً نسب طبیعی مادری، از راه شناسایی ارادی مادر مستقر می‌گردد و دعوی جستجوی نسب مادری امری استثنایی است و استثنا را نباید گسترش داد.

دعوی جستجوی نسب مادری را علیه طفل طبیعی، نمی‌توان اقامه کرد و او را خواندهٔ دعوی قرار داد؛ زیرا این حق به نفع او ایجاد شده است نه به ضرر او.[2] ولی در این مورد دو استثنا وجود دارد؛

استثنای اول آن است که دادسرا، به منظور جلوگیری از نکاح با محارم و مشخص شدن چگونگی تابعیت طفل، حق دارد وضع نسب طبیعی طفلی را که مورد تصدیق واقع شده، با طرح دعوی روشن نماید.[3]

---

1. Civ. 3 avr 1872. D. P. 1972. 1. 126 et 9 mars 1926. D. P. 1926. 1. 125 note de M. Rouast. Rec. Sirey 1926. 1. 337. note de M Viallenton. Req 4 juin 1931. Res Sirey 1931. 1. 346.
2. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. 1. V. 11. No 957. Julliot la Morandiere. Droit civil (Precis Dalloz). T. 1. No 770
3. Grenoble 15 janv 1889. D. P. 1890. 2. 193. Note de M. Flurer.

استثنای دوم در زمینه هبه است. بدین شرح که شخص ذینفعی برای اقدام بـه ابطـال عقد هبه و استرداد عین موهوبه‌ای که به طفل طبیعی هدیه شده است، مـی‌توانـد ثابـت کند که نسب متهب از نظر واهب، علت اساسی و اصلی عقد هبه بوده است و واهب به تصور این که نسب طفل مشروع است، مالی را به وی هبه کرده است. در ایـن صـورت خود به خود نسب غیر قانونی، با ثبوت بطلان هبه، ثابت می‌گردد.

ب ـ خوانده دعوی.

خوانده دعوی نسب طبیعی، مادر و در صورت فوت، ورثهٔ او می‌باشـند. خوانـدگان دعوی برای رد ادعای خواهان و بی اساس بودن دعوی وی، می‌توانند هـر گونـه دلیلـی اقامه نمایند. دعوی اثبات نسب مادری، جزء دعاوی احوال شخصیه است و رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه شهرستان محل اقامت خوانده بوده و هرگز مشمول مـرور زمـان نمی‌شود.

دوم ـ دعوی جستجو و اثبات نسب پدری.

La recherche de la paternité naturelle

در حقوق فرانسه، قبلاً اثبات نسب پدری به طور وسیعی امکان‌پذیر بود و هیچ گونه محدودیتی در این زمینه وجود نداشت. (البته آثار آن محدود بود و پس از اثبـات نسـب پدری، فقط حق مطالبهٔ نفقه ایجاد می‌گردید).

در سیستم حقوقی سال ۱۸۰٤ با وجود این که موافقت گردیده بود، اطفال طبیعـی از حقوق ارثی نیز متمتع گردند، اثبات نسب پدری جز در مورد ربوده شدن مـادر ادعـایی، از ناحیه پدر، به کلی ممنوع بود.[۱]

علت این ممنوعیت ترس از رسوایی و فضاحت و مشکل بودن اثبات نسب پـدری، به علت هم‌مسکن نبودن پدر و مادر و وجود نداشتن تکلیف وفاداری بـه سـبب نبـودن رابطهٔ زوجیت قانونی و بالنتیجه قابل اجرا نبودن قاعـدهٔ فـراش بـود. ممنوعیـت اثبـات نسب پدری، سبب شیوع روابط جنسی آزاد و متزلزل گردانیـدن خـانواده‌هـا مـی‌شـد و جوانان از ازدواج قانونی و قبول مسؤولیت، خودداری می‌کردند و دختران فریب‌خـورده و اطفال حاصل از این رابطه، سرگردان و آرامش جامعه تهدید می‌شد.

---

۱. مادهٔ ۳۴۰ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۸۰۴.

علمای علوم اخلاقی و اجتماعی و نویسندگان بزرگی نظیر ویکتور هوگو و لوپلی[1] به شدت وضع مزبور را مورد انتقاد قرار دادند تا این که پارلمان در صدد تجدیدنظر و اصلاح این وضع بر آمد و پیشنهاد گوستاوریو[2] و برانژه[3] پس از مذاکرات طولانی در تاریخ ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ به صورت قانون به تصویب رسید.[4]

قانون مزبور اصل ممنوعیت اثبات نسب پدری را تا حدی متزلزل و جستجوی نسب طبیعی پدری را در موارد محدودی امکان‌پذیر ساخت.

با تصویب قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ دعاوی مربوط به اثبات نسب پدری متدرجاً رو به افزایش گذاشت.[5]

در وضع قانون فوق الذکر، دکترین و رویهٔ قضایی، نقش مهمی داشت. چنان که دُمُلب (Domolombe) یکی از علمای حقوق، استثای مذکور در ماده ۳۴۰ ق. م فرانسه (یعنی موضوع ربوده شدن مادر از ناحیه پدر) را با تفسیر موسعی گسترش داد و هتک ناموس به عنف (le viol) را شبیه ربودن می‌دانست و معتقد بود که هتک ناموس به عنف یک ربودن آنی است.[6]

رویهٔ قضایی نیز در این زمینه، اقدامات جسورانه و مؤثری به نفع طفل به عمل آورد. از طرفی محاکم فرانسه، به اصل مسؤولیت مدنی متوسل شده و پدر طفل را به علت ارتکاب تقصیر، مسؤول جبران خسارت وارده به مادر طفل، نظیر ضرر ناشی از آبستنی، ولادت طفل و مخارجی که مادر برای تربیت طفل متحمل شده بود، می‌دانستند. طبق این رویه مادر می‌توانست، خسارات مزبور را مطالبه نماید.[7]

رویهٔ قضایی در حقیقت به کمک مادر و طفل، هر دو، قیام کرده بود. یعنی درست است که در مورد رسیدگی به ضرر و زیان ناشی از آبستنی و ولادت و تربیت طفل، رابطهٔ نسبی طفل مستقیماً تأیید نمی‌گردید ولی الزاماً قبل از صدور حکم، به جبران

---

1. Le Ply
2. Gustave Rivet
3. Beranger

۴. پیشنهاد گوستاوریو و برانژه در سال ۱۹۰۵ تقدیم پارلمان گردیده بود.

۵. طبق آمار در سال ۱۹۳۰ تعداد ۶۰۸ دعوا مطرح که ۳۳۱ دعوی آن پذیرفته شد. در سال ۱۹۳۱ تعداد ۷۶۵ دادخواست واصل که ۳۷۰ دعوی آن پذیرفته گردید و در سال ۱۹۳۲ تعداد ۸۳۹ دعوا مطرح که تعداد ۴۰۶ دعوا پذیرفته و منجر به صدور رأی گردید.

6. Enlevement momentané

7. Civ 26 juill. 1869. D. P. 1864. 1.347. Rec. Sirey 1865. 1. 33. Req 23 avr 1901. D. P. 1901. 1. 360. 12 nov 1901. D. P. 1902. 1. 46 Rec Sirey 1902. 1. 237

خسارت و مسؤول دانستن خواندهٔ دعوی (پدر طبیعی) دادگاه، تلویحاً نسب عملی طفل را نیز می‌پذیرفت[1] و ضمناً نسب طبیعی ثابت می‌گردید.

البته امروزه نیز در مواردی که جستجوی نسب پدری امکان‌پذیر باشد، این رویه فایده عملی خود را حفظ می‌کند و دادگاه بدون اظهار نظر صریحی در خصوص رابطهٔ نسبی، بدون این که بتواند مقررات محدود دعوی جستجو و اثبات نسب پدری را اعمال کند، مقصر و اغفال کننده (پدر طبیعی) را به پرداخت ضرر و زیان فریب‌خورده (مادر طبیعی) محکوم می‌نماید.

ماده ۵۱۸ طرح پیشنهادی کمیسیون اصلاح قانون مدنی، جمع دو دعوی نسب و خسارت وارده را در یک دادخواست پذیرفته بود. محاکم فرانسه[2] اغوا و اغفال ناشی از اوضاع و احوال خاصی نظیر اعمال متقلبانه، حیله و تزویر، ایجاد رعب و تهدید و سوء استفاده از قدرت را تقصیر محسوب و موجب مسؤولیت مدنی پدر طفل می‌دانست.

امروزه دیوان کشور فرانسه، وعدهٔ ازدواج را که منجر به زناشویی نشود، در حکم تقصیر دانسته و موافقت کرده است که خسارت ناشی از آن جبران و مستمری معینی تا سن کبر طفل حاصل از روابط مذکور پرداخت گردد. اگر چه اغوا و اغفالی در بین نباشد.[3]

از طرف دیگر، محاکم در مورد طفل طبیعی تصدیق نشده، قائل به وجود یک تعهد طبیعی[4] بودند که تعهد مزبور فاقد ضمانت اجرا بود ولی اگر پدر طبیعی برای حضانت و نگهداری طفل، اقدام به کمک و تأمین وسایل زندگی او می‌نمود، در حقیقت از روی اراده و میل این تعهد طبیعی را انجام داده و وجوه پرداختی را نمی‌توانست استرداد نماید و همچنین اگر به موجب نوشته‌ای نظیر نامهٔ خصوصی یا اسناد خانوادگی و غیره، پدر طبیعی وعدهٔ کمک به احتیاجات طفل را می‌داد، مانند یک قرارداد، ضمانت اجرا پیدا می‌کرد و محاکم به استناد همین وعده، پدر طبیعی را محکوم به تأمین هزینه زندگی طفل می‌کردند.

---

1. M. L. Rassat. Perte de fait et perte de droit. Rev trim dr civ. 1967. P. 250 et s.
2. Civ 9 juill 1935. D. H. 1935. 444. Rec. Sirey 1936. 1. 29
3. cass. 1er civ 7 juin 1963. Gag. Pal. 1963. 2. 379
4. l,obligation naturelle

البته امروزه با تصویب قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ و مخصوصاً قانون ۱۵ ژوئیه ۱۹۱۵ که حتی اطفال ناشی از زنا یا زنای با محارم نیز حق مطالبهٔ نفقه دارند، با وجود این که قانوناً نمی‌توانند، رابطهٔ نسبی خود را ثابت کنند، عقیدهٔ تعهد طبیعی، اهمیت خود را از دست داده است.[1]

در زمینه دعوی اثبات نسب طبیعی پدری، مطالب زیر مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

اول ـ موارد پذیرش دعوی نسب طبیعی پدری.

دوم ـ طریقه رسیدگی و اثبات نسب طبیعی پدری.

سوم ـ طرفین دعوی.

اول ـ موارد پذیرش دعوی نسب طبیعی پدری

منحصراً در پنج مورد زیر جستجو و اثبات نسب طبیعی پدر در محاکم صالحه، قابل پذیرش بود.(مادهٔ ۳۴۰ ق. م سابق فرانسه):

اول ـ ربوده شدن مادر یا هتک ناموس وی به عنف از ناحیه پدر[2]

ربوده شدن مادر قبل از قانون ۱۹۱۲ نیز در ماده ۳۴۰ قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی شده بود و اگر این امر به وقوع می‌پیوست، مجوزی به دست می‌آمد تا دعوی نسب پدری در دادگاه مطرح گردد ولی هتک ناموس به عنف را قانون ۱۹۱۲ با الهام از عقیدهٔ دمولومب[3] به ماده فوق الذکر اضافه کرد. ربوده شدن یا هتک ناموس به عنف، وقتی موجب پذیرش دعوی نسب می‌گردید که در دورهٔ قانونی انعقاد نطفه صورت گرفته باشد.

دوم ـ اغفال و اغوای مادر از طریق اعمال متقلبانه نظیر وعدهٔ ازدواج یا نامزدی.[4]

این مورد از رویهٔ قضایی موجود در سال‌های قبل از ۱۹۱۲ الهام گرفته شده است. همان‌طور که قبلاً بیان گردید، قبل از تصویب قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ رویهٔ قضایی اجازه می‌داد تا مادری که از روی تحریک شدن احساس و عواطف، گول خورده و خود را

---

1. colin (A). capitant (H). Traite de droit civil. T. 1. Nos 989-990-991. Mazeaud (J. H. L) et Michel de juglart. Lecons de droit civil. T. 1.V. 11.No 963
2. Enlevement ou Viol
3. Domolombe
4. Seduction dolosive

تسلیم مردی نموده است، بتواند علیه آن مرد به منظور جبران خسارت ناشی از آبستنی و غیره، به استناد ماده ۱۳۸۲ ق. م طرح دعوی نماید ولی فعلاً قانون‌گذار این حالت را مجوز طرح دعوی نسب طبیعی پدری دانسته و اجازه می‌دهد تا علیه پدر طبیعی دعوی اثبات نسب اقامه گردد.

اغوا و اغفال باید توأم با مانورهای متقلبانه و حیله و نیرنگ باشد. به همین دلیل قانون‌گذار بعد از اغوا، صفت آن را که خدعه و تزویر می‌باشد، ذکر و چند مورد آن را نیز بیان کرده است. مانند سوءاستفاده از قدرت وعدهٔ ازدواج یا نامزدی. ولی این احصاء هرگز جنبه حصری ندارد[1] بلکه هر نوع عملیات تقلب‌آمیز که سبب گول خوردن دختر باشد، برای طرح دعوی کافی است.

ضمناً لازم است که بین اعمال خدعه‌آمیز و ارتباطات جنسی و اغوا، رابطهٔ علیت وجود داشته باشد.[2] والا اگر اعمال متقلبانه سبب اغوا و برقرار شدن رابطهٔ جنسی نباشد یا فرضاً زن و مرد یا دختر و پسری، قبلاً با هم رابطهٔ جنسی داشته باشند، زن یا دختر نمی‌تواند ادعا کند که به سبب اعمال متقلبانه ارتباطات خود را ادامه داده است.

البته ناگفته نماند که رویهٔ قضایی به تدریج از لزوم تدلیس و نیرنگ در مورد اغوا و اغفال کاسته و لازم نمی‌داند که وعدهٔ ازدواج به سوءنیت و به منظور تحریک و تشویق دختر به برقرار ساختن رابطهٔ جنسی باشد. بلکه وعدهٔ ازدواج بدون سوءنیت و توأم با قصد ازدواج و تشکیل خانواده را نیز جهت اقامه دعوی اثبات نسب و مطالبهٔ خسارت کافی می‌داند.[3]

سوم ـ اقرار کتبی و غیر مبهم پدر ادعایی بر ابوت.

ممکن است از مکاتبات و مراسلات یا نوشته‌های خصوصی پدر ادعایی، اقرار روشن و غیر مبهم بر ابوت و وجود رابطهٔ پدر فرزندی، ناشی گردد. چنین اقراری در حقیقت یک نوع شناسایی ناقص ابوت است. یعنی هم از نظر شکل و صورت ظاهری

---

1. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart. Lecons de droit civil. T. 1. V. 11.Ni 967
2. civ. 19 mai 1936. Sem, Jur. 1936. No 1007, civ ler civ 4 Janv 1963. Gag. Pal. 1963. 1. 273 et Rev. Trim. dr civil 1963. P. 537. Observ. Desbois. 13 mai 1964. Gag – Pal. 1964. 2. 117, Rev. Trim. dr. civ. 1965. P. 329. Observ. Desbois et infra Lectures 1. 30 C. pr cass ler civ. 22 oct 1963. Gaz. Pal 1964. 1. 50 et Rev Trim. dr civ 1965. P. 329. Observ Desbois
3. Req 24 mai 1944, Req. 14 juin 1944, Gaz Pal, 1944. 2, 82

(که لازم نیست نوشتهٔ حاوی اقرار دارای فرم خاصی باشد بلکه مبهم و دو پهلو نباشد)[1] و هم از نظر ماهوی (که اقرار و تصدیق مزبور اقرار صریح نبوده بلکه ضمنی ولی غیر مبهم و بدون استثنا و شرط است) ناقص بوده و باید در مراجع صلاحیت‌دار قضایی مورد رسیدگی قرار بگیرد.

اگر اقرار مزبور در سند رسمی شکل گرفته بود، در صورتی شناسایی محسوب می‌گردید که مطابق ماده ۳۳٤ ق. م تنظیم شده باشد[2] و اگر اقرار در سند عادی یا نامه خصوصی وجود یافته باشد، در این صورت تشریفات لازم رعایت نشده و ناقص است. لذا باید رسیدگی شود. البته وجود نوشته کاملاً ضروری است[3] یعنی بدون وجود نوشته، دادگاه نمی‌تواند آثار و علایم دیگری را به عنوان اقرار شفاهی بپذیرد. اما ضرورتی ندارد که اقرار مستقیم باشد. مثلاً توصیه‌هایی که در زمینه سقط جنین به مادر می‌شود، به عنوان اقرار غیر مبهم ابوت تفسیر و تلقی گردیده است. به شرط آن که توصیه طوری باشد که حکایت از ارتباط جنسی توصیه کننده به مادر طفل بنماید.

با توجه به بند ۳ ماده ۳٤۱ سابق ق. م فرانسه، ملاحظه می‌شود که نوشته باید از ناحیه پدر ادعایی باشد ولی رویهٔ قضایی پذیرفته است که لازم نیست، تمام نوشته به خط مشارالیه تنظیم گردد بلکه اگر پدر امضا کرده باشد، کفایت می‌کند.[4] اقرار باید حکایت از ابوت باشد نه حکایت از رابطهٔ جنسی بین زن و مرد[5]

چهارم ـ زندگی مشترک و روابط آزاد ابوین به طور علن.

یعنی پدر و مادر طفل بدون ازدواج قانونی و بستن پیمان زناشویی، به طور آزاد با هم زندگی کرده و هنگام انعقاد نطفه به طور علن روابط جنسی مداوم داشته باشند[6].

بنابراین برای تحقق این حالت می‌توان دو شرط را در نظر گرفت:

شرط اول ـ روابط جنسی مداوم و مستمر.

---

1. Paris, 16 nov 1921. R. H. 1932. 12, 27 mai 1943, Gas. Pal 1943. 2. 53, Angers, 14 oct. 1941. J. C. P. 1943, no 2338, note de M. Pean

۲. رجوع شود به تشریفات شناسایی نسب طبیعی

3. Civ 18 fev 1930. R. H. 1930. 193. Rec. sirey 1931 1. 41, note de M. Geny. Lyon 8 1943. J. C. P. 1944. No 1942. 2675. Note de M. Desbois. Civ 16 junv 1950. D. 226. 2 mars D. 1949. 207

4. Civ 21. Janv 1953. D. 1654. 38

5. Mazeaud (J. H. L) et Michel de juglart, Lecons de droit civil T. 1. V 11.No 967. – Julliot de la Morandiere (L), Droit civil (Precis Dalloz). T. 1. No 774

6. Concubinage notoire das parents

یعنی رابطهٔ آزاد اتفاقی و ساده کافی نخواهد بود. در حقیقت این شرط باعث می‌شود که از طرفی از طرح دعاوی به منظور اخاذی در این زمینه جلوگیری شود و از طرف دیگر، ابوت پدر ادعایی که همزمان با انعقاد نطفه طفل، با مادر وی ارتباطات جنسی مداوم داشته، امکان‌پذیر می‌باشد. رویهٔ قضایی در این مورد، اشتراک مسکن بین ابوین را در مدت قانونی حمل لازم ندانسته[1] بلکه فقط وجود استقرار و دوام کافی در روابط جنسی را برای فرض وفاداری زن در مقابل مردی که با او رابطه داشته، کافی می‌داند.

محاکم فرانسه دعاوی مبتنی بر روابط اتفاقی و فاقد دوام و استقرار را نمی‌پذیرد.[2]

شرط دوم ـ علنی بودن روابط ابوین[3]

علاوه بر رابطهٔ مداوم باید رابطهٔ مزبور علنی باشد، به طوری که در نظر دوستان و بستگان و همسایگان، زن و مرد به صورت عاشق و معشوق جلوه‌گر شوند. بنابراین روابط پنهانی و غیر علن کافی نیست.[4] لازم نیست که زندگی مشترک و رابطه جنسی ابوین، در تمام دوران قانونی انعقاد نطفه طول بکشد، بلکه کافی است که رابطهٔ مزبور داخل در ۱۲۱ روز دوره انعقاد نطفه قرار گرفته باشد.[5] یعنی مهم نیست، اگر پدر بعد از انعقاد نطفه، مادر و زندگی مشترک را ترک نماید.

مطالعه و بررسی این مورد از ماده ۳٤۰ ق. م به خوبی روشن می‌سازد که قانون‌گذار حالت مزبور را شبیه زناشویی قانونی دانسته و در حقیقت امارهٔ فراش خانواده مشروع را در اینجا قابل اعمال می‌داند، با این تفاوت که امارهٔ فراش ناشی از خانوادهٔ قانونی در خارج از هر دعوا و رسیدگی قضایی به استثنای انکار شوهر، دارای ارزش و اعتبار می‌باشد ولی امارهٔ ناشی از رابطهٔ آزاد فوق الذکر اولاً در خارج از دعوی و رسیدگی قضایی، فاقد ارزش است و فقط در دعوی جستجوی نسب طبیعی پدری و در محضر دادگاه قابل اجرا بوده و مورد استفاده قرار می‌گیرد.

---

1. Civ. 7 fev 1922, D. P. 1922, 1, 36, s. 1922, 1, 321, note cassin, Grands arrets, P. 135
2. Civ ler civ ler der 1954. D. 1955. J. 413 et note Giverdon, arret considere que des relations pendant, une periode de dix jours ne constituent pas le concubinage exige par la lot
3. La notoriété
4. civ 10 janv 1951, Gaz. Pal 1951. 1. 189
5. civ 11 Juill 1923, D. P. 1923, 107.- cass civ. Ler civ 21 et 22 oct 1963. Gaz. Pal 1964. 1. 50, ler civ 16 fev 1966, Bull civ 1966, L. 91, no 122 et Nerson, obser. Rev. trim. dr. civ 1967. 146

ثانیاً، این اماره فاقد استحکام لازم بوده و بسیار سست و متزلزل است یعنی با اقامهٔ هر گونه دلیل مبنی بر عدم ابوت ساقط می‌شود. زیرا اماره و قاعدهٔ فراش در خانوادهٔ مشروع، مبتنی بر وظایف و تعهدات زندگی مشترک زوجین و وفاداری زن نسبت به شوهر می‌باشد. در صورتی که در روابط آزاد و غیر قانونی اصولاً چنین تکالیفی وجود ندارد.[1]

پنجم ـ تصدی یا شرکت در نگهداری و تربیت طفل یا تدارک وسایل آن.

ممکن است پدر ادعایی در حضانت و تربیت طفل شرکت نموده یا وسایل حضانت و تربیت وی را تدارک نموده باشد. این اقدامات وقتی طرح دعوی اثبات نسب را مجاز می‌گرداند که مانند اقدام پدر در مقابل فرزند است.

بر حسب نظر مقنن و عقیده‌ای که رویهٔ قضایی از آن تبعیت نموده است، اقدامات مزبور در حقیقت اقرار تلویحی و ضمنی و موجد یک نوع وضع ظاهری فرزندی برای طفل است که دلالت بر ابوت اقدام کننده دارد. بنابراین لازم است، پدر ادعایی از روی میل و اراده در حضانت و تربیت طفل به نحو پدرانه شرکت نماید و رفتار او حاکی از اقرار به ابوت و به وجود آورندهٔ یک نوع وضع ظاهری فرزند طبیعی باشد.[2]

در اینجا دو عنصر را می‌توان از هم تفکیک کرد: عنصر مادی ـ عنصر شخصی

یک ـ عنصر مادی

عبارت است از اقدام به تهیه و تدارک غذا و مسکن و لباس و وسایل معیشت و تربیت طفل یا شرکت در آن، ممکن است طفل نزد مادر یا شخص ثالثی زندگی کند ولی پدر مخارج وی را تأمین نماید.

البته لازم نیست که پدر ادعایی، تمام هزینهٔ مزبور را متحمل شود بلکه کافی است که فقط در آن سهیم گردد و فرقی نمی‌کند که مخارج مزبور را متناوباً بپردازد یا یک جا و یا مستمراً پرداخت نماید.

دو ـ عنصر شخصی

شرکت در حضانت و تربیت طفل یا تدارک هزینهٔ آن باید به وسیله شخص پدر ادعایی یا نمایندهٔ قانونی وی نظیر وکیل، به عمل آید. به علاوه اقدامات مزبور باید

---

1. Alex Weill, Droit civil (précis Dalloz) T. 1. No 992; Carbonnier (J), Droit civil. T. 1.P. 535. Colin (A). capitant (H). Traite de droit civil. T. 1. No 996;
Mazeaud (J. H. L) et Michel de juglart, Lecon de droit civil. T. 1. V. 11. No 967
2. Req 28 Juin 1938, Gaz. Pal 1938, 2. 600, civ ler mars 1949, D. 1949. 207

طوری باشد که برای اقدام کننده بتوان صفت پدری قائل گردید. یعنی رفتار او کاملاً پدرانه باشد. بنابراین کمکی که دوست مادر یا شخص دیگری به عنوان نیکوکاری و خیرخواهی در زمینهٔ حضانت و تربیت طفل می‌نماید و یا از روی ترحم و دلسوزی با طفل رفتار پدرانه دارد و نظایر آن مشمول این مورد نبوده و علیه چنین اشخاصی طرح دعوی ابوت امکان ندارد.[1] البته تشخیص این گونه اقدامات و تفکیک آن از اقدامات پدرانه با دادگاه است.

دوم ـ طریقهٔ رسیدگی و اثبات ابوت طبیعی.

در صورتی که دعوی ابوت طبیعی به یکی از صور پنجگانه مذکور در ماده ۳٤۰ سابق ق. م فرانسه اقامه گردد، مرجع صلاحیت‌دار چنین دعوایی را می‌پذیرد. البته طرح دعوی مزبور و پذیرش آن ملازمه با پیروزی خواهان ندارد. یعنی مرجع رسیدگی و دادگاه، ممکن است پس از ثبوت حالتی که دعوی بر اساس آن طرح گردیده است، دلیل دیگری لازم ندانسته و رأی خود را مبنی بر اعلام رابطهٔ نسبی بین خواهان و خوانده (ابوت خوانده) صادر نماید[2] یا این که لازم بداند به دلایل دیگری که مثبت ادعای خواهان باشد، رسیدگی نماید. به عبارت دیگر دادگاه می‌تواند، دلایل تکمیلی از خواهان بخواهد.[3]

خواهان در اقامه دلایل آزاد بوده و می‌تواند، به هر گونه دلیلی متوسل شود. البته آنچه که باید به ثبوت برسد، بر حسب مورد متفاوت است. مثلاً در مورد اغفال و گمراه کردن مادر، باید موضوع اغفال و اعمال خدعه‌آمیز اثبات گردد یا در مورد اقرار غیر مبهم باید نوشتجات یا مراسلات، حاوی اقرار به ابوت باشد به نحوی که اقرار مذکور در نوشته نتواند به چیز دیگری تفسیر گردد.

در این صورت باید اولاً، نوشته وجود داشته باشد. ثانیاً نوشته متعلق به پدر ادعایی باشد. ثالثاً دلالت بر اقراری کند که دو پهلو نباشد. خواهان علاوه بر این که ثابت می‌کند، خوانده دارای طفلی بوده است. در صورت اعتراض، خوانده باید ثابت کند، او همان طفلی است که از نطفهٔ خوانده به وجود آمده است و برای اثبات این ادعا اقامه هر گونه دلیلی امکان‌پذیر است و محدودیتی در این زمینه پیش‌بینی نگردیده است.

---

1. Poitier, 17 des 1952, D. 1953, 248

۲. کلن و کاپیتان : بحث حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۹۹۸

۳. مازو : دروس حقوق مدنی. جلد اول. قسمت دوم. شماره ۹۷۱

در مقابل این امر، خوانده نیز می‌تواند در مقام دفاع با اقامهٔ هر گونه دلیل معارض از قبیل تجزیه خود یا آزمایشات DNA و غیره، ثابت کند که حالت مورد استناد تحقق نپذیرفته و خواهان از نطفهٔ او به وجود نیامده است و فرزند او نمی‌باشد.

دفاع خوانده ممکن است به صورت ایراد عدم پذیرش دعوی یا به صورت دفاع در ماهیت امر باشد. دفاع در ماهیت امر چنان که گفته شد، با اقامه هرگونه دلیلی امکان‌پذیر است ولی ایرادات عدم پذیرش دعوی خواهان به شرح زیر در قانون پیش‌بینی شده است:

ایراد اول ـ آن که خوانده مدعی گردد و ثابت کند، مادر طفل در دورهٔ قانونی انعقاد نطفه به طور علنی با شخص یا اشخاص دیگری، رابطهٔ نامشروع داشته است.(ماده ۳٤۰ سابق ق. م)[1]

ایراد دوم ـ آن که خوانده مدعی گردد و اثبات نماید که نمی‌تواند پدر طفل باشد. به این معنی که خواه به علت داشتن فاصله با مادر طفل خواه به علت حادثه یا بیماری در دوره قانونی انعقاد نطفه، نزدیکی او با مادر طفل امکان‌پذیر نبوده است.(ماده ۳٤۰ سابق ق. م) ایراد مزبور مشابه انکار در نسب مشروع مذکور در ماده ۳۱۲ ق. م فرانسه است.

ایراد سوم ـ آن که اثبات نسب طفل (خواهان دعوی) مانع قانونی دارد. یعنی پدر ثابت کند که نسب طفل ناشی از زنای محصن یا محصنه یا زنای محارم می‌باشد.(مادهٔ ۳٤۲ سابق ق. م)

ایراد چهارم ـ آن که خوانده از راه تجزیهٔ خون، ثابت می‌کند که پدر طفل نیست.(بند ۳ قسمت اخیر ماده ۳٤۰ مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵)

ایراد پنجم ـ آن که قبلاً نسب خواهان به موجب تصدیق یا صدور حکم محکمه استقرار یافته و از اعتبار ساقط نگردیده است تا بتوان علیه خوانده، چنین دعوایی طرح نمود. (مستنبط از ماده ۳٤۲ مکرر مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵)

بنابراین خوانده بدون دفاع در ماهیت دعوی بدواً و در آغاز دادرسی، می‌تواند به ایرادات فوق الذکر متوسل شد که در این صورت پس از ثبوت ایراد، محکمه دعوی خواهان را بدون رسیدگی ماهوی رد خواهد کرد.[2]

---

1. inconduite Notoire
2. in limine !itis

سوم ـ طرفین دعوی.

یک: خواهان دعوی ـ با توجه به قسمت دهم ماده ۳٤۰ سابق ق. م فرانسه، چنین استنباط می‌شود که دعوی اثبات نسب فقط به طفل تعلق دارد و به جز مادر که به نام طفل طرح دعوی می‌کند، شخص دیگری مثلاً طلبکاران او یا حتی ورثه‌اش بعد از فوت طفل نمی‌توانند، دعوی مزبور را طرح نمایند.

از طرز تدوین ماده بالا چنین به نظر می‌رسد که اگر دعوی به وسیله طفل و در زمان حیاتش نیز طرح شده باشد، بعد از فوت او نمی‌تواند ادامه یابد.[۱]

اگر طفل کبیر شده باشد، در این صورت خودش باید طرح دعوی نماید و اگر به سن کبر نرسیده باشد، مادر حتی اگر صغیر باشد، منحصراً صلاحیت اقامه دعوی دارد. البته مادر به نام فرزند طرح دعوی می‌کند و نمی‌تواند، به نام شخص خود اقدام نماید. ولی لازم نیست، صریحاً متذکر شود که به نام طفل اقدام می‌نماید، در صورتی که اقدام او در پرونده امر ایجاد ابهام نکند.[۲]

قانون‌گذار فرانسه پیش‌بینی نکرده است، در موردی که مادر با شخص دیگری غیر از پدر طفل ازدواج می‌کند. آیا مادر می‌تواند، طرح دعوی نماید و آیا اجازهٔ شوهرش در این زمینه لازم است یا خیر؟ ولی قبلاً قانون ۱۸ فوریه ۱۹۳۸ در این خصوص مقرر کرده بود که مادر برای انجام این وظیفه، احتیاج به اجازه شوهر ندارد. اگر طفل صغیر باشد و مادر قانونی نداشته باشد، (فرضاً مادر نسب طفل را تصدیق نکرده باشد) یا مادر طفل فوت شده باشد یا محجور و فاقد اراده یا غایب و یا ممنوع از مداخله در امور فرزندش گردیده باشد، در این صورت، نمایندهٔ قانونی طفل با تصویب و اجازه شورای خانواده به نام طفل اقدام خواهد کرد. (بند سیزدهم ماده ۳٤۰ مصوب ۱٤ دسامبر ۱۹٦٤)

دو: خوانده دعوی ـ دعوی اصولاً علیه پدر ادعایی اقامه می‌شود. اگر پدر ادعایی صغیر یا محجور باشد، علیه نماینده قانونی او، دعوی نسب اقامه خواهد شد و النهایه نام پدر در دادخواست و در پرونده امر ذکر می‌گردد[۳] و حکم نیز به نام پدر صادر می‌شود. در صورتی که پدر ادعایی فوت شده باشد، دعوی علیه وراث او اقامه

---

۱. کلن کاپیتان : بحث حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۹۹۹- ژال کابنیه : حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۱۷۰. ص ۵۳۶ ـ مازو : دروس حقوقی مدنی. جلد اول. قسمت دوم. شماره‌های ۹۷۳ و ۹۷۴ ـ آلکس ویل : حقوق مدنی. جلد اول. (پرسی دالوز) شماره ۹۹۳

2. Civ 24 fev 1932, D. H. 1932185 et 26 avr. 1932. Res Sirey 1932. 1. 181. et 246.

3. Civ 8 janv 1957. D. 1957, 464

می‌گردد[1] هر چند ترکه را رد کرده باشند. زیرا وراث متوفی در نام و شرافت خانوادگی دارای نفع معنوی می‌باشند.[2]

سه: مهلت اقامه دعوی ـ طرح دعوی ابوت طبیعی در مهلت معین امکان‌پذیر است و در صورت انقضای مهلت قانونی، حق طرح دعوی سلب می‌گردد. البته دعوی نسب از دعاوی مربوط به احوال شخصیه است و علی‌الاصول نباید مشمول مرور زمان گردد ولی قانون‌گذار به منظور جلوگیری از اخاذی مداوم و حفظ آرامش و حیثیت خانواده‌ها، حق اقامه دعوی ابوت را محدود به مدت معینی نموده است. این مهلت برای مادر یا نمایندهٔ قانونی طفل از تاریخ وضع حمل، دو سال و برای خود طفل پس از رسیدگی به سن کبر، یک سال است. (قسمت اخیر ماده ۳٤۰ سابق ق. م فرانسه)

در انگلستان و سوئیس، مهلت مزبور یک سال و در بلژیک، سه سال و در آلمان و هلند نیز سه سال برای هر دو پیش‌بینی شده است.

عده‌ای از حقوقدانان معتقد هستند، مهلت فوق الذکر مهلتی است که انقضای آن موجب محرومیت و سلب حق طرح دعوی می‌شود و مهلت مزبور را مرور زمان ساده نمی‌دانند. زیرا این مهلت جز در دو مورد که به شرح آن می‌پردازیم، به هیچ وجه تعلیق‌پذیر نبوده و قابل انقطاع نمی‌باشد. یعنی بعد از شروع شدن قطع نخواهد شد.

بنابراین با شرایط مرور زمان شباهتی ندارد[3] و حتی به موجب رأی دیوان کشور فرانسه، خواهان دعوی باید ثابت کنند که در مهلت قانونی دو ساله، طرح دعوی نموده است. زیرا دادن دادخواست در مهلت مقرر از شرایط پذیرش دادخواست و قبول دعوی ابوت می‌باشد.[4] لذا مهلت مزبور با مرور زمان فرق دارد و این مهلت، مروز زمان واقعی نمی‌باشد بلکه از موارد سقوط حق است. (نظیر مهلت اعتراض به نظر کارشناس مذکور در ماده ۲٦۰ ق. آ.د.م. ایران)

همان‌طور که قبلاً بیان شد، مادر می‌تواند از تاریخ وضع حمل در ظرف دو سال به نام فرزند خود، علیه پدر ادعایی دعوی ابوت طبیعی اقامه نماید ولی در موارد زیر این مهلت دو ساله استثنائاً به حال تعلیق در می‌آید.

---

1. Req 6 dec 1933. D. H. 1934, 35

2. Bordeaux 26 mai 1924, Gaz. Trib 1925. 2. 182, Paris 11 fev 1933, D.h. 1933. 209

۳. مازو : دروس حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۹۸۱

4. Larret chambre des enquetes du 28 fev 1928. D. P.1928. 1. 113 note de M. Savatier, Rec – Sirey 1929, 1. 225. Note de M. Batiffol.

۱ـ وقتی که پدر و مادر طفل، بدون داشتن رابطهٔ زوجیت دارای زندگی مشترک علنی باشد. در این صورت مادام که زندگی مزبور ادامه یابد، مهلت قانونی جاری نمی‌گردد.

البته بعد از قطع این رابطه و به هم خوردن زندگی مزبور، مهلت فوق الذکر شروع ولی با برقرار شدن مجدد زندگی مشترک بین ابوین، قطع نمی‌گردد.

۲ـ وقتی که پدر در نگهداری و تربیت طفل مشارکت داشته باشد، مادام که مشارکت وی ادامه یابد، مهلت قانونی جریان پیدا نخواهد کرد ولی با قطع کمک پدر، این مهلت شروع می‌شود با برقراری مجدد کمک مزبور، قطع نخواهد شد.[1] مهلت یک ساله در مورد طفل، در صورت اقرار مادر یا نماینده قانونی او، از تاریخ کبیر شدن وی آغاز می‌گردد و هیچ عاملی، حتی کمک یا مشارکت پدر در حضانت و تربیت طفل، مانع شروع و یا موجب انقطاع آن نیست.[2]

بعضی از حقوقدانان فرانسه معتقد هستند، قانون‌گذار در تعیین مهلت‌های مذکور دو هدف اساسی داشته است.

هدف اول، حفظ حیثیت و شرافت خانواده‌ها و هدف دوم، جلوگیری از اشکالاتی است که در اثر گذشت زمان و از بین رفتن دلایل برای اثبات دعوی تولید می‌شود. ولی نظر اخیر لااقل در مورد مهلتی که برای شخص طفل مقرر گردیده، صحیح نمی‌باشد.

عده‌ای از حقوقدانان، مهلت یک سال برای طفل را غیرعادلانه می‌دانند. به همین دلیل کمیسیون اصلاح قانون مدنی در ماده ۵۲۱ خود، پیشنهاد کرده بود که مهلت مزبور، در مورد مادر و طفل، یکسان و برای هر دو، دو سال باشد.

چهار: مرجع صلاحیت‌دار ـ دعوی اثبات نسب طبیعی پدری از جمله دعاوی احوال شخصیه است. لذا رسیدگی به آن طبق قواعد کلی، منحصراً در صلاحیت حکم شهرستان محل اقامت خوانده می‌باشد. (مستنبط از مواد ۳۲٦ و ۳۲۷ سابق ق. م). تشخیص مرجع صلاحیت با مقرّرات آئین دادرسی مدنی است.

پنج: آثار حکم ـ حکمی که مبنی بر قبول ادعای خواهان صادر می‌شود، اصولاً همان آثار شناسایی ارادی را دارد. بنابراین حکم صادره در این زمینه، جنبهٔ اعلامی

---

1. Civ ler civ 28 nai 1953. Gaz. Pal. 1954. 1.85
2. Req 10 mai 1944, D. 1945. J. 201 et note A. R.

داشته و عطف به ماسبق می‌شود ولی از طرف دیگر، حکم مزبور دارای قدرت و ارزش نسبی است و طبق قواعد کلی، نتیجهٔ آن در موارد زیر ظاهر می‌گردد:

۱ـ **در مورد اشخاص** ـ در این مورد قدرت و ارزش نسبی حکم، دارای این نتیجه است که اولاً، اگر در حال فوت پدر، دعوی فقط علیه بعضی از وراث طرح شده باشدف حکم صادره به وسیله سایر وراث، قابل اعتراض نیست.[1]

ثانیاً، در دعوی نسب حتی اگر طفل در مرحله اول موفق نشده باشد، می‌تواند دعوی جدیدی علیه وراث دیگری در زمینهٔ اثبات نسب اقامه کند.

۲ ـ **در مورد علل** ـ اگر طفل یا مادر وی در دعوی نسب، موفق نشده باشند و حکم بر علیه آن‌ها صادر گردیده باشد، می‌توانند علیه همان پدر ادعایی به استناد علت دیگری (علت دیگر از ۵ علت قانونی) طرح دعوی نمایند.[2]

۳ـ **ممنوعیت انتشار مذاکرات** ـ برای این که دعوی نسب وسیله‌ای برای رسوایی و لکه‌دار کردن حیثیت افراد نگردد، طبق ماده ۲ قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ انتشار مذاکرات دادگاه به وسیله مطبوعات مانند دعاوی افتضاح‌آمیز دیگر ممنوع گردیده است. البته این ممنوعیت شامل حکم و رأی محکمه نمی‌شود.

٤ـ **مجازات برای مبارزه با اخاذی** ـ به منظور حفظ خواندهٔ دعوی از جلوگیری از سوءاستفاده، به موجب مادهٔ ۳ قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ کسی که چنین دعوایی به منظور اخاذی اقامه نماید، وفق ماده ٤۰۰ قانون جزا، تنبیه و مجازات می‌گردد. یعنی به موجب فرمان قانونی ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ کسی که با سوءنیت دعوی ابوت طبیعی اقامه نماید، به حبس تأدیبی از یک تا ۵ سال و پرداخت جریمه ۲٤۰۰۰۰ تا ۲٤۰۰۰۰۰ فرانک قدیم محکوم می‌گردد و خود دادگاه مدنی که به دعوی نسب رسیدگی می‌کند، می‌تواند حکم جزایی علیه مدعی با سوءنیت صادر نماید که البته به ندرت محاکم از این قدرت استفاده می‌کنند. (علت این سختگیری، جلوگیری از هتک حیثیت مردم و تأمین بیشتر شرافت افراد است). علاوه بر محکومیت‌های فوق، ممکن است خواهان دعوی ۵ تا ۱۰ سال از اقامت در حوزه و محل معینی ممنوع گردد. (مجازات تکمیلی)[3]

---

1. Civ. 23 avr. 1925. D. 1925. 1. 201. note de M. Savatier. Rec Sirey 1927. 1. 97. note de M. Andinet, Bordeaux 28 oct 1946. J. C. P. 1946. et avoues No 736
2. Trib. Civ Nantes. 21 janv 1949. Gaz. Pal. 1949. 1. 176
3. Colin (A). Capitant (H) et Morandiere, traité de droit civil T. 1 – Alex Weill, Droit civil (Precis Dalloz). T. 1. No s 997 a 999

بند سوم ـ آثار نسب طبیعی ساده.

برای مطالعهٔ آثار نسب طبیعی، لازم است نسب ناشی از تصدیق ارادی یا حکم دادگاه در حالت معمولی را از حالت خاص مذکور در ماده ۳۳۷ ق. م تفکیک نماییم.

الف ـ آثار نسب طبیعی در حالت عادی.

در این حالت پدر یا مادر طفل در زمان تحقق نسب، دارای همسر و خانواده قانونی نمی‌باشند، برای بررسی آثار آن ذکر چند نکته لازم است:

نکته اول ـ نسب طبیعی وقتی منشأ اثر می‌گردد که خواه از طریق شناسایی ارادی و خواه به موجب حکم صادره تحقق یافته باشد، معذالک اگر نسبی رسماً تحقق نیافته باشد وجود عملی نسب کافی است که آثار خود را در زمینهٔ نکاح ظاهر سازد. به عبارت دیگر، این نسب عملی از موانع نکاح محسوب می‌گردد.

به علاوه، وجود رابطهٔ خونی و نسب واقعی، برای ایجاد تعهد و تکلیف طبیعی نفقه، کافی خواهد بود. چنان که بعد از تصویب قانون ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵، مطالبهٔ نفقه از ناحیه اطفال ناشی از زنای محصن یا محصنه، علیه ابوین امکان‌پذیر گردیده و حال آن که اثبات چنین نسبی کماکان ممنوع می‌باشد.

نکته دوم ـ نسب طبیعی باید در برابر پدر و مادر، هر یک به طور جداگانه اثبات شود ولی از حیث آثار تفاوتی بین نسب طبیعی پدری و مادری وجود ندارد. یعنی فرانسه از رویه بعضی از کشورها که نسب اثبات شده در برابر مادر را مشابه نسب طفل مشروع دانسته ولی برای نسب اثبات شده در مقابل پدر، اثری جز مطالبه نفقه نشناخته‌اند، پیروی نکرده است.

نکته سوم ـ نسب طبیعی اعم از این که از راه شناسایی ارادی تحقق یافته باشد یا به موجب اعلام حکم دادگاه، از نظر آثار حقوقی تفاوتی ندارد. معذالک شناسایی ارادی، دارای اثر مطلق ولی حکم دادگاه دارای اثر نسبی است. به علاوه، علما و حقوقدانان در نظر داشتند که فرقی بین شناسایی ارادی نسب و اعلام آن به وسیلهٔ حکم دادگاه، در مورد اجرای ماده ۳۳۷ ق. م قائل شوند. (شرح ماده ۳۳۷ ق. م بعداً خواهد آمد).

نکته چهارم ـ اصولاً آثار نسب طبیعی پس از ثبوت و استقرار نسب طفل، به ابوین او اختصاص داشت. یعنی طفل با اجداد طبیعی خود و فرزندان دیگر (اطفال مشروع و

طبیعی دیگر) و یا اقربای در خط اطراف پدر و مادر طبیعی خود، هیچ گونه رابطهٔ حقوقی و مالی نداشتند.[1] (ماده ۷۵۷ سابق ق. م)

معذلک اولاً ـ ممنوعیت ازدواج بین فرزند طبیعی با اجداد غیر قانونی این طفل و فرزندان دیگر و اقربای در خط اطراف پدر و مادر مانند طفل مشروع وجود داشت.

ثانیاً ـ ماده ۷٦٦ ق. م در ترکهٔ طفل غیر قانونی برای برادران و خواهران مشروع یا طبیعی و غیر مشروعش، در صورتی که طفل طبیعی بعد از پدر و مادر خود فوت و اولاد نداشت، حقوقی قائل گردیده بود. اگر چه رابطه‌ای بین طفل طبیعی و ابوین پدر و مادر طبیعی (اجداد طبیعی) وجود نداشت ولی رویهٔ قضایی و قانون پذیرفته بود که بین پدر و مادر (تصدیق کنندگان نسب) با اولاد مشروع این فرزند طبیعی، رابطهٔ حقوقی وجود دارد.[2] (مستنبط از ماده ۷٦۱ سابق ق. م)

بنابراین رابطهٔ حقوقی و مدنی در زمینه نفقه، بین اجداد طبیعی از یک طرف و طفل طبیعی از طرف دیگر وجود نداشت.

در خصوص قیمومت، طفل طبیعی در مقابل اجداد طبیعی مانند کسی بود که فاقد خانواده باشد. حقوق ارثی بین فرزند طبیعی و اولاد او از یک طرف و ابوین پدر و مادر (اجداد طبیعی) از طرف دیگر وجود نداشت.[3]

آثار نسب طبیعی به شرح زیر است:

۱ـ نفقه.

طفل طبیعی حق مطالبه نفقه از پدر و مادر خود داشت. اگر چه در این مورد قانون مدنی فرانسه صراحت نداشت، معذلک با توجه به مستنبط از ماده ۷٦۲ ق. م که اجازه می‌داد، اطفال ناشی از زنای محصن یا محصنه یا زنای با محارم، نفقه را از ماترک پدر و مادر خود بعد از فوتشان مطالبه نمایند که وجود چنین دینی ثابت می‌کرد، ابوین در زمان حیات خود نیز به طریق اولی موظف به انفاق این‌گونه اطفال بوده‌اند و با توجه به قانون مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵ که مطالبهٔ نفقه برای اطفالی که از لحاظ حقوقی، نسب

---

1. Angers, 22 fev 1938. D. H. 1938, 330: civ. 29 mars 1950, D. 1950. 593. note de M. Carbonnier.
2. Colin (A). capitant (H), Trate de droit civil No 1012
3. Alex Weill, Droit civil (Precis Dalloz) T. 1. No 1003- Aubry et Rau, Cours de droit civil francais d,après la Methode Zacharie. T. IX. P. 316

آن‌ها قابل اثبات نبود، موافقت گردیده بود، مسلم می‌گردد که اطفال طبیعی ساده نیز حق نفقه داشتند و دعوی آنان در این زمینه پذیرفته می‌شد و حق مطالبهٔ نفقه مزبور متقابل بوده و در صورت احتیاج ابوین، طفل طبیعی نیز مکلف بود نفقهٔ آنان را بپردازد.[۱]

۲ـ حق ولایت.

به منظور حمایت از اطفال طبیعی، پدر و مادر نسبت به آن‌ها حقوق و تکالیف ناشی از ولایت را دارا بودند.

۳ـ حرمت نکاح.

طفل طبیعی ساده از نظر حرمت نکاح، هیچ گونه تفاوتی با طفل مشروع نداشت.

٤ـ حضانت و تربیت طفل طبیعی ساده.

پدر و مادر طبیعی نسبت به این گونه اطفال، از نظر تربیت و حضانت همان تکالیفی را دارند که در برابر طفل مشروع دارند. هر چند که مادهٔ ۲۰۳ ق. م ناظر به وظایف و تکالیف زوجین در زمینه حضانت و تربیت بود ولی بدون شک در این مورد فرقی بین طفل مشروع و طبیعی ساده وجود نداشت. رویهٔ قضایی نیز از همین روش و عقیده پیروی نموده بود.[۲]

۵ـ توارث.

حقوقی ارثی متقابل بین طفل طبیعی از یک طرف و ابوین وی از طرف دیگر وجود داشت. (ماده ٧٥٦ به بعد قانون مدنی). سهم الارث فرزند طبیعی کمتر از سهم الارث طفل مشروع بود. البته مقدار سهم الارث این گونه اطفال به موجب قانون مصوب ۲۵ مارس ۱۸۹٦ اضافه شده بود.[۳]

---

1. Req 13 juill 1886. D. P. 1884. 1. 119. Req. Sirey 1887. 1. 65 note de M. chavegrin
2. civ 27 nov 1935. D. P. 1936. 1. 25

۳. هرگاه متوفی دارای فرزند مشروع و نامشروع بود، سهم الارث فرزند نامشروع نصف فرزند مشروع بود و اگر متوفی فاقد فرزند مشروع بود ولی دارای پدر و مادر یا اجداد و برادر و خواهر یا برادرزاده و خواهرزاده مشروع بود، سهم الارث فرزند نامشروع سه چهارم فرزند مشروع بود. هر گاه شخصی فوت می‌شد و فاقد پدر و مادر و اجداد مشروع و برادر و خواهر یا برادرزاده و خواهرزاده مشروع بود، کلیه ماترک به فرزند نامشروع تعلق می‌گرفت. ←

٦ـ برخوردار شدن از نام خانوادگی.

فرزند طبیعی ساده از نام خانوادگی پدر یا مادر خود، تحت شرایط خاص استفاده می‌کرد. یعنی اگر نسب فرزند طبیعی فقط در برابر یکی از ابوین ثابت و مستقر گردیده بود، طفل از نام خانوادگی او استفاده می‌نمود و اگر نسب طفل در برابر پدر و مادر، مقارن هم استقرار یافته بود (فرضاً ابوین به موجب یک سند نسب طفل را تصدیق کرده بودند). در این صورت فرزند از نام خانوادگی پدر برخوردار می‌گردید ولی اگر اثبات نسب در برابر پدر و مادر به توالی صورت گرفته بود، طفل از نام خانوادگی آن کس که زودتر نسب طفل نسبت به او تحقق یافته بود، بهره‌مند می‌گردید.

البته به موجب قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۵۲ اگر نسب طفل بدواً در مقابل مادر اثبات و طفل مزبور از نام خانوادگی مادر استفاده می‌نمود، پس از اثبات نسب وی در مقابل پدر، می‌توانست از دادگاه شهرستان محل اقامت خود بخواهد که نام خانوادگی پدر را جانشین نام خانوادگی مادر کرده یا به آن ملحق گرداند. در این صورت، دادگاه با در نظر گرفتن منافع طفل رأی منقضی صادر می‌کرد.

از نظر تاریخی در حقوق قدیم فرانسه، طفل طبیعی (نامشروع) حقی جز مطالبه نفقه نداشت ولی تحولات سال ۱۷۸۹ به عکس، متمایل به یکنواخت کردن وضع این گونه اطفال (مخصوصاً از نظر ارث و حقوق ارثی) با اطفال مشروع گردید. اما سیستم انقلابی سال ۱۸۰٤ علیه این یکنواختی قیام کرد و چنین اطفالی را به عنوان وراث نامشروع معرفی و فقط موافقت نمود که سهم الارث اطفال طبیعی کمتر از سهم الارث اطفال مشروع تعیین گردد ولی قانون ۲۵ مارس ۱۸۹٦ به اطفال طبیعی مجدداً صفت وارث اعطا و مقدار سهم الارث آن‌ها را اضافه نمود و در حال حاضر بین اطفال مشروع و طبیعی تفاوتی نیست.

مقایسه وضع فرزند طبیعی ساده با فرزند مشروع.

با وجود این که در این اواخر با تصویب قوانین مختلفه در فرانسه، سعی شده بود از تفاوت و اختلاف بین فرزند طبیعی ساده و فرزند مشروع کاسته شود معذالک هنوز تفاوت‌های زیر وجود داشت:

← در صورتی که فرزند نامشروع فوت می‌شد و فاقد اولاد و اعقاب بود، اگر پدر یا مادر به تنهایی نسب وی را تصدیق کرده بود، تمام ارث را می‌برد و اگر هر دو نفر (پدر و مادر طبیعی) نسب طفل را تصدیق کرده بودند، نصف ماترک به پدر و نصف دیگر به مادر تعلق می‌گرفت.

۱ـ وجود طفل طبیعی مانع قبول فرزند خوانده نمی‌شد. در صورتی که به عکس، وجود فرزند مشروع باعث می‌شد، شخص نتواند فرزند خوانده بپذیرد مگر به موجب اجازه رئیس جمهور(ماده ۳٤٥ ق. م مصوب ۱۱ ژوئیه ۱۹٦٦)

۲ـ مقدار سهم الارث طفل طبیعی در صورت وجود اطفال مشروع و اسلاف یا بعضی از اقربای در خط اطراف، کمتر از سهم الارث طفل مشروع بود. (مواد ۷۵۸ و ۷۵۹ سابق ق. م. ف).

۳ـ اطفال طبیعی نمی‌توانستند از پدر یا مادر خود، بیش از مقدار ارثیه بدون وصیت (در زمان حیات آنان) هبه بپذیرند. این اقدام احتیاطی به منظور حمایت و حفاظت خانواده مشروع در برابر اطفال غیر قانونی اتخاذ گردیده بود ولی این محدودیت برای اطفال قانونی وجود نداشت. (ماده ۹۰۸ ق. م. ف. مصوب ۲۵ مارس ۱۸۹٦).

٤ـ اگر هبه‌ای قبلاً تحقق یافته بود، به وجود آمدن بعدی طفل طبیعی موجب فسخ هبه نمی‌گردید[1] ولی به وجود آمدن طفل مشروع، سبب فسخ چنین هبه‌ای می‌شد. (ماده ۹٦۰ سابق ق. م) این ماده در سال ۲۰۰٦ کلاً اصلاح و دگرگون شده است.

ب ـ آثار نسب طبیعی ساده مذکور در ماده ۳۳۷ ق. م فرانسه و قلمروی آن.

مادهٔ ۳۳۷ سابق قانون مدنی فرانسه در خصوص نسب طبیعی کسی که در هنگام وجود رابطهٔ زوجیت تصدیق کننده، مورد تصدیق قرار می‌گرفت، چنین مقرر می‌داشت: «تصدیق انجام شده در زمان زوجیت به وسیله یکی از زوجین به نفع یک طفل طبیعی که قبل از ازدواج از شخص دیگری غیر از همسر خود داشته، نمی‌تواند نه به همسرش و نه به اطفال حاصل از این ازدواج ضرر برساند. معذالک این تصدیق بعد از انحلال نکاح مزبور در صورتی که فرزندی از این ازدواج باقی نمانده باشد، اثر خود را خواهد بخشید».

بنابراین بر تصدیق ارادی نسب طفل طبیعی به شکل فوق، هیچ گونه آثار حقوقی و مالی مترتب نبود. می‌توان گفت، دو موضوع اساسی سبب شده بود تا این ماده در سال ۱۸۰٤ وضع گردد:

---

1. Alex Weill. Precis Dalloz, Droit civil. T. 1 Nos 1000. 1001 et s. colin (A). Capitant et Julliot de la Morandiere: Traité de droit civil. T. 1. Nos 1008 a 1017.

اول آن که مادهٔ مزبور به منظور جبران حیله و نیرنگی بود که تصدیق کننده مرتکب شده و وجود چنین طفلی را از همسر خود مخفی نموده بود. دوم این که خارج از هر گونه نیرنگ و تقلب، استقرار نسب طبیعی و غیر قانونی، نمی‌توانست به حقوق مکتسبهٔ همسر و فرزندان مشروع ناشی از ازدواج ضرر وارد کند.

توجیه اول به هیچ وجه موافق با واقع امر نبوده و صحیح نمی‌باشد. زیرا اگر تصدیق کننده قبل از ازدواج به موجب سند رسمی، نسب فرزند طبیعی خود را تصدیق کرده باشد، ولی تصدیق مزبور به حالت سرّی باقی می‌ماند، به هیچ وجه مادهٔ ۳۳۷ ق. م نقشی در این زمینه، نمی‌توانست ایفا نماید. زیرا تصدیق باید در زمان زوجیت واقع می‌گردید.

ولی داعی و انگیزهٔ قانون‌گذار مسلماً حفظ و صیانت منافع خانواده مشروع بوده است. به این معنی که منافع خانواده و اطفال مشروع را بر منافع اطفال غیر قانونی و نامشروع ترجیح داده بود. البته مقررات این ماده مورد انتقاد شدید حقوقدانان قرار گرفت و آن را مخالف عدالت و انصاف می‌دانستند. زیرا اولاً، خسارت شدیدی به طفل طبیعی بی‌گناه، به علت اقدامات تصدیق کننده وارد می‌ساخت.

ثانیاً چگونه حقوق مکتسبه اطفال و خانوادهٔ مشروع، می‌توانست مورد توجه قرار گیرد و از آن صحبت به میان آید، در حالی که قبل از ازدواج و به وجود آمدن خانواده مشروع و فرزندان قانونی، نسب عملی و واقعی طفل طبیعی مورد پیدا کرده باشد. اگر چه نسب وی قانوناً استقرار نیافته ولی همین وجود خارجی نسب، ایجاد کنندهٔ حقوق مکتسبه بود. یعنی تصدیق نسب، جنبهٔ اعلامی داشت و موجب تأیید واقعه‌ای بود که قبلاً به وجود آمده است.

بنابراین قبل از تحقق خانواده مشروع، برای طفل طبیعی، حقوق مکتسبه ایجاد می‌گردید و واقعه بعدی نمی‌بایست موجب تضییع حق وی گردد.

ب ـ قلمرو و حد شمول مادهٔ ۳۳۷ سابق ق. م فرانسه.

از آن جایی که مادهٔ ۳۳۷ سابق ق. م فرانسه به وجود آورندهٔ وضع خاص و استثنایی بود، لذا باید به طور محدود تفسیر می‌گردید که حد شمول و قلمرو آن منحصر به موارد مذکور در ماده باشد. بنابراین اولاً اشخاصی که می‌توانستند به این ماده استناد و از

آن استفاده نمایند، عبارت بودند از اطفال متولد از ازدواج و همسر قانونی تصدیق کننده، حتی اگر فرزندی از این ازدواج به وجود نیامده باشد.[۱]

به عکس، افراد ذینفع دیگر خصوصاً اطفال طبیعی تصدیق شده قبل از ازدواج، نمی‌توانستند از این ماده استفاده نمایند،[۲] به شرط آن که به وسیلهٔ ازدواج بعدی با مادر طبیعی، اطفال تصدیق شده قبلی را مشروع ننموده باشند والا در صورت مشروع گردانیدن طفل طبیعی، همان حقوق اطفال مشروع را واجد می‌گردید.[۳]

ثانیاً ـ حد شمول مادهٔ مزبور از نظر حقوقی، منحصر به حقوق و منافع مالی همسر و اطفال مشروع بود. زیرا این ماده فقط در این زمینه بحث می‌کرد. بنابراین مادهٔ ۳۳۷ نسبت به امور غیر مالی دخالتی نداشت یعنی فرزند تصدیق شده، هنگام ازدواج تحت ولایت پدر بود و حق داشت از نام خانوادگی پدر نیز برخوردار شود ولی در امور مالی و ماترک تصدیق کننده، لااقل وقتی که همسر و فرزندان مشروع و بازماندگان و اعقاب مشروع در بین می‌بودند، حقی نمی‌داشت و قانون برای اطفال طبیعی در این وضع، حقی در نظر نگرفته بود.[۴]

علاوه بر این که طفل طبیعی از حقوق ارثی محروم بود، حق دریافت هیچ گونه مالی به عنوان هبه بلاعوض از تصدیق کنندهٔ خود نداشت. زیرا به استناد ماده ۹۰۸ قانون مدنی فرانسه، طفل طبیعی نمی‌تواند زائد بر میزان سهم الارث قانونی خود، مالی به عنوان هبه از ابوین خود دریافت دارد و چون طفل طبیعی تصدیق شده در زمان ازدواج، ارثی از تصدیق کننده نمی‌برد، بنابراین اهلیت دریافت هبه نیز نداشت. اما عدالت ایجاب می‌کرد که طفل طبیعی مشمول ماده ۳۳۷ ق. م، حق مطالبهٔ نفقه از تصدیق کنندهٔ خود داشته باشد. زیرا قانون برای اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه، حق مطالبهٔ نفقه قائل شده و به این وسیله به منافع خانواده مشروع، لطمه وارد ساخته بود. پس به طریق اولی باید طفل طبیعی تصدیق شده در زمان زوجیت، حق نفقه و مطالبهٔ آن را داشته باشد.

---

1. civ 3 janv 1944, Sec sirey 1945. 1. 61. note de Mme Lagarde
2. civ janv 1939, D.P. 1939. 1. 87
3. CONTRA Toulouse, 1er juin 1945, J. C. P. 1946, no 2994.
4. Bordeaux. 24 nov. 1937. D. H. 1938. 71

رویه قضایی با توجه به متن مادهٔ ۳۳۷ ق. م برای این گونه اطفال، حق مطالبهٔ نفقه از تصدیق کننده قائل شده بود، به شرط آن که تصدیق کننده، اختیار تصرف در مالی که از آن نفقهٔ طفل طبیعی پرداخت می‌شود، داشته باشد. بنابراین اگر تصدیق کننده شوهر خانواده بود، طفل می‌توانست مطالبهٔ نفقه نماید تا از اموال و درآمدهای شخصی و اموال مشترک زناشویی پرداخت شود. زیرا شوهر در رژیم اشتراک اموال خانواده، حق تصرف در اموال اشتراکی نیز خواهد داشت[1] به عکس، اگر زوجهٔ خانواده، طفل طبیعی قبل از زوجیت را تصدیق نموده بود، تا قبل از سال ۱۹۶۵ طفل نمی‌توانست، در صورتی که زن تحت رژیم اشتراک اموال ازدواج کرده بود، از مادر خود نفقه‌ای مطالبه نماید. یعنی وقتی می‌توانست اقدام به مطالبه نفقه کند که اموال زن جدا از اموال شوهر می‌بود یا شغلی مجزا از شغل شوهر می‌داشت و درآمدی از این راه تحصیل می‌کرد. زیرا در این صورت حق تصرف در اموال اختصاصی خود را داشت.[2]

از آن جایی که این تفاوت بین طفل طبیعی شوهر و طفل طبیعی زن صحیح نبود و نفقهٔ طفل، باید بدون توجه به این مسایل تأمین و پرداخت گردد.[3] لذا قانون مصوب ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۵ در زمینهٔ قرارداد مالی زوجین وضع را به نفع طفل طبیعی زن تغییر داد و اصلاح کرد و امروزه در اغلب رژیم‌های مالی زناشویی[4] خصوصاً رژیم قانونی (اشتراک اموال) زن حق تصرف در اموال مشترک به قدر اموال شخصی خود دارد. بنابراین طرح دعوی نفقه علیه وی امکان‌پذیر گردیده است.[5]

ثالثاً ـ مادهٔ ۳۳۷ ق. م علیه اطفالی قابل اعمال و اجرا بود که در حین ازدواج و زندگی زناشویی، مورد تصدیق واقع شده باشد. بنابراین از طرفی اطفالی که قبل از ازدواج و تشکیل خانوادهٔ قانونی، تصدیق شده باشند، هر چند که تصدیق بر همسر تصدیق کننده مخفی مانده باشد، مشمول قانون ۳۳۷ مزبور نخواهند بود. زیرا اختفا و خدعه به تنهایی برای توجیه مادهٔ مزبور کافی نیست.

---

1. CIV 27 mars 1950, J. C. P. 1950. no 5671
2. Req 13 Juil. 1880, D. P. 1887. 1. 119. Rec sirey 1887. 1. 65. note de M. Ehavegrin
3. Paris ler dec 1960, Sem Jur 1961, 11, 11950, note R.B.

۴. زوجین می‌توانند ضمن قرارداد ازدواج، امور مالی خود را تحت رژیم خاصی نظیر رژیم اشتراک اموال، جدایی اموال مختلط و غیره قرار دهند ولی چنان که قرارداد خاصی در این زمینه تنظیم نگردد، امور مالی آنان تابع رژیم اشتراک قانونی اموال خواهد بود.

۵. کلن و کاپیتان و ژولیو دولا موراندیز: بحث حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۱۰۰۹

از طرفی دیگر، چنان چه بعد از انحلال نکاح، فرزند طبیعی مورد تصدیق واقع می‌شد، رویهٔ قضایی چنین طفلی را مشمول ماده مذکور نمی‌دانست. هر چند این اقدام به ضرر خانوادهٔ مشروع می‌بود.[1]

مسأله مهم و قابل بحث این است که اگر نسب طبیعی، در زمان زوجیت به موجب حکم دادگاه، علیه یکی از زوجین اعلام می‌گردید، آیا مادهٔ ۳۳۷ ق. م در این مورد که تصدیق ارادی نسب وجود نداشت، قابل اجرا بود یا نه؟

اگر به متن مادهٔ مزبور توجه شود، ملاحظه می‌گردد که ماده از تصدیق ارادی یکی از زوجین بحث می‌کرد. بنابراین در صورتی که حکمی از دادگاه در زمینهٔ نسب طبیعی صادر می‌گردید، این نسب به وسیله پدر و به ارادهٔ پدر استقرار نیافته بود، بلکه نسب مزبور به موجب حکم دادگاه و بدون دخالت ارادهٔ او و حتی بر خلاف میل و اراده‌اش، بر علیه او اعلام گردیده بود ولی از طرف دیگر، نمی‌توان گفت که در این زمینه، پدر یا مادر طفل طبیعی، مرتکب خطایی در مقابل همسر خود نگردیده بود. به علاوه می‌توان توجیه کرد که هدف مادهٔ ۳۳۷ ق. م منحصراً جبران فرض خدعه و تقلب نبود، بلکه هدف مهم و اساسی تأیید تفوق ازدواج و زناشویی قانونی و حمایت از منافع خانوادهٔ مشروع بود و در این زمینه، تفاوتی بین تحقق نسب طبیعی از راه تصدیق ارادی و اعلام آن به موجب حکم دادگاه وجود نداشت و در هر مورد، حقوق مکتسبهٔ خانواده مشروع، محترم بود و باید از تعرض مصون بماند.

به علاوه این خطر نیز وجود داشت که ممکن بود، به منظور تغییر شکل دادن تصدیق ارادی و فرار از مقررات مادهٔ ۳۳۷ ق. م پدر ادعایی با تهیه دلایل و مقدمات مفید به نفع طفل طبیعی با وی همدست شده و دعوی قضایی صوری به وجود آورد. به همین مناسبت و به منظور حفظ منافع اطفال و خانوادهٔ مشروع، دیوان کشور با وجود مقاومت‌های شدید بعضی از دادگاه‌های استان[2] ماده ۳۳۷ را شامل نسب طبیعی ناشی از

---

1. civ 6 janv. 1808. Jur gen. Vo Paternite no 570, Req. 6 mars 1944. D. 1945. 3. note de M. Voirin. Rec. sitey 1645. 1. 57.
2. Besançon ler mai 1935. Rec. sirey 1935. 2. 73 note de M. Geny, Rion 4 mars 1947. D. 1947. 230

حکم و رأی دادگاه در زمان زوجیت نیز دانسته[1] و آن را در این مورد هم قابل اجرا می‌دانست.[2]

در پایان این بحث باید متذکر شویم، از آن جایی که اطفال طبیعی جزء افراد و اعضای هر جامعه می‌باشند، هر چند که از رابطهٔ نامشروع و خارج از ازدواج به وجود آمده‌اند، هرگز نمی‌توان موجودیت آن‌ها را نادیده گرفت. زیرا این گونه اطفال آثار وجودی خواهند داشت و به اصطلاح خاکروبه نیستند که بتوان آن‌ها را در زباله‌دانی ریخت و از اجتماع دور گرداند.

عدم توجه به آنان و تحقیر و تصغیر این گروه، سبب بروز مخاطرات فراوان برای جامعه‌ای که در آن زندگی می‌کنند و حتی برای جامعه بشری خواهد بود. به همین دلیل امروزه حقوقدانان و جامعه‌شناسان ملل مترقی، سعی دارند تا از محرومیت‌های اطفال طبیعی کاسته شود و حتی الامکان دارای نسب مشروع گردند و تفاوت بین آنان و اطفال قانونی از میان برداشته شود.

ضمناً با توجه به اصول روانشناسی با کلمات محکوم کننده و تحقیرآمیز نظیر ولد زنا و حرامزاده نام برده نشوند و اغلب توصیه کرده‌اند که با الفاظ پر لطف و شاعرانه‌ای نظیرکودکان روابط آزاد و یا فرزندان عشق آزاد نامیده شوند و از کودکان و مادران شوهر ناکرده[3] حمایت گردد.

البته نظر حقوقدانان و جامعه‌شناسان، به دنبال تشویق و پذیرش روابط جنسی آزاد در برابر ازدواج رسمی و مشروع نیستند، بلکه خواسته‌اند، جامعه را از شر و مفسده اطفال نامشروع مصون بدارند. لذا کوشش شده است که از راه تصدیق نسب یا مشروع گردانیدن و یا فرزند خواندگی، گذشتهٔ این گونه اطفال را که دو نفر مقصر، برای طفل بی‌تقصیری به وجود آورده‌اند، محو سازند و حتی در شناسنامهٔ آنان اثری از واقعیت امر و نسب آنان مشاهده نگردد تا در جامعه و محیط زندگی تحقیر نشوند و از عقده‌های روانی در امان باشند.

---

1. Req 19 fev 1923, D. P. 1924. 146. 6 mars 1944, qrec, civ 27 mars 1950. Prec, Grenoble. 7 dec 1944. D. 1945. 91. J. C. P. 1946, no 3015. note de M. savatier, Aix. 16 fevr 1952, Gaz. Pal. 24 mai

۲. الکس ویل: حقوق مدنی (پرسی دالوز). جلد اول. شماره ۱۰۰۵ تا ۱۰۱۰ کلن کاپیتان: بحث حقوق مدنی. جلد اول. شماره‌های ۱۰۱۸ تا ۱۰۲۳؛ ژان کاربنیه: حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۱۷۹

3. Les filles meres

این طرز فکر در اکثر کشورهای متمدن امروز رسوخ یافته است. چنان که در مجلس سنای بلژیک در سال ۱۹۵٦ مذاکرات مفصلی در زمینه اطفال نامشروع به عمل آمد و نتیجتاً پیشنهاد شد، در مواد ۳۱۹ و ۳۲۰ و ۳۳۱ و ٤۰۱ مکرر و بند ۲ مادهٔ ٤۰۵ قانون مدنی بلژیک، تغییراتی به نفع اطفال نامشروع داده شود. مثلاً از نظر اثباتی فرقی بین نسب مشروع و نسب طبیعی وجود نداشته باشد و اطفال طبیعی به جز اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، با ازدواج بعدی ابوین قابل مشروع شدن باشند[1] که مورد توجه قرار گرفت و حتی به موجب ماده ۳٤٤ جدید قانون مدنی بلژیک مصوب ۱۰ فوریه ۱۹۵۸ تمام اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم که واجد شرایط لازم برای استفاده کردن از تصدیق و مشروع گردانیدن نسب نباشند، می‌توانند به فرزند خواندگی ابوین خود قبول شوند، در صورتی که سن قبول‌کننده بیش از ۲۱ سال باشد و لااقل ده سال بیش از فرزند خوانده، سن داشته باشد.

در حقوق آلمان به موجب بند ۲ مادهٔ ۱۵۸۹ قانون مدنی مصوب ۱۸۰٤ بین طفل طبیعی و پدرش هرگز قرابت وجود نداشت و تصدیق ارادی هم قادر نبود که رابطهٔ قرابت بین آن‌ها ایجاد نماید. معذلک طفل طبیعی حق داشت، از کسی که با مادر وی در زمان انعقاد نطفهٔ او رابطه داشته است، مطالبهٔ نفقه نماید.

با وجود این که دعوی مطالبهٔ نفقه بر اساس ابوت خوانده قرار داشت، مع‌الوصف موضوعش فقط محکومیت مالی خوانده بود، نه رابطهٔ ابوت. البته عده‌ای از حقوقدانان معتقد بودند که در جنب دعوی نفقه، دعوی ابوت طبیعی که طلب طفل از آن ناشی می‌گردد، وجود دارد ولی این نظریه در عمل طرفدار چندانی نداشت.

در سال ۱۹۳۷ بنا به علل سیاسی، محاکم آلمان پذیرفتند که طفل طبیعی بتواند به استناد ماده ۲۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی از دادگاه در خواست نماید تا رابطهٔ بیولوژیکی را که او را به مرد معینی مربوط می‌سازد، اعلام نماید و در سال ۱۹۳۸ محاکم پذیرفتند که محکوم به پرداخت نفقه، حق داشته باشد عدم رابطهٔ بیولژیکی بین خود و طفل (محکوم له) را ثابت نماید. یعنی تا سال ۱۹۳۸ طفل حق نداشت رابطهٔ بیولژیکی خود را با پدر طبیعی ثابت نماید و فقط حق مطالبه نفقه داشت. از این جهت در سال ۱۹۳۸ محاکم پذیرفتند، کسی که محکوم شده است. نفقهٔ طفلی را بپردازد، حق

---

1. Jean Dabin. Le statut juridique de l,enfant naturel P. 145 a 146

اثبات عدم رابطهٔ بیولوژیکی بین خود و طفل را داشته باشد تا بتواند، از موارد اعاده دادرسی و موجب فسخ حکم قبلی گردد.

با وجود این که اثبات رابطهٔ نسبی امکان‌پذیر گردید، مع‌الوصف اثبات نسب هیچ‌گونه آثار حقوقی جز مطالبه نفقه نداشت و طفل در مقابل پدر خود، بیگانه می‌ماند و نمی‌توانست از نام خانوادگی پدر استفاده نماید.

امروزه به موجب مادهٔ ۱۷۱۷ ق. م آلمان، طفل می‌تواند از کسی که همزمان با انعقاد نطفه، با مادر او هم‌مسکن بوده است، مطالبهٔ نفقه نماید و اگر در این دعوی موفق نشد، می‌تواند به استناد ماده ٦٤٠ به بعد ق. م رابطهٔ بیولوژیکی (رابطهٔ پدر و فرزندی) خود را با کسی که با مادرش همزمان با انعقاد نطفهٔ او، رابطهٔ جنسی داشته، اثبات نماید که در این صورت به استناد این حکم، محکوم علیه مکلف خواهد گردید، نفقه و مستمری چنین طفلی را بپردازد.

در سال ۱۹٦۲ در نتیجهٔ مذاکرات چهل و چهار روزه در هانور[1] حقوقدانان آلمان متمایل شده‌اند که فاصلهٔ بین اطفال مشروع و اطفال طبیعی از بین برود و این دو گروه به هم نزیک شوند.[2]

بالاخره موضوع اطفال طبیعی جنبهٔ جهانی پیدا کرد و در ۱۲ سپتامبر ۱۹٦۲ قراردادی در زمینهٔ اثبات نسب مادری اطفال طبیعی بین کشورهای آلمان، اطریش، بلژیک، فرانسه، یونان، ایتالیا، دوک نشین لوکزامبورک، هلند، سوئیس و ترکیه، اعضای کمیسیون بین‌المللی احوال شخصیه، به منظور هماهنگ ساختن مقررات مربوط به اثبات و استقرار نسب اطفال طبیعی به امضا رسید[3] و به موجب این قرارداد توافق به عمل آمد که:

اولاً ـ وقتی نام زنی به عنوان مادر در شناسنامهٔ طفلی ذکر شده باشد، قید نام مزبور برای ثبوت و استقرار نسب مادری طفل، کفایت می‌کند ولی نسب مزبور قابل اعتراض است.

ثانیاً ـ چنانچه نام مادر در شناسنامه قید نشده باشد، مادر می‌تواند در نزد مراجع صلاحیت‌دار هر یک از کشورهای امضا کنندهٔ قرارداد، حاضر و نسب طفل را تصدیق

---

1. Fam R Z. 1962. 401
2. Paul Granlich : I, évlution de la condition de I,enfant naturelle en droit allemend. P 78 de livre Jean Dabin
3. Jean Dabin le statut juridique de L̇ enfant naturel P. 141 ets.

نماید و اگر نام مادر در شناسنامهٔ طفل ذکر گردیده باشد ولی در کشوری که مادر در آنجا اقامت دارد (و کشور مزبور عضو قرارداد نیست) اقرار و تصدیق جداگانه ضرورت داشته باشد، مادر می‌تواند در نزد مقامات صلاحیت‌دار هر یک از کشورهای عضو قرارداد، حاضر و نسب طفل را تصدیق نماید. قرارداد مزبور هنوز تا سال ۱۹٦۸ در کشور فرانسه و بلژیک قدرت اجرایی پیدا نکرده بود ولی از سال ۱۹٦۷ به بعد، به علت تحولات اجتماعی و با توجه به میثاق سال ۱۹٦۲ در زمینهٔ رفع تبعیض بین فرزندان مشروع و فرزندان طبیعی مشروع شده به ارادهٔ والدین یا به حکم دادگاه، اصلاحات عمیقی صورت گرفته و در حال حاضر فرزندان طبیعی مشروع شده، همانند فرزندان خانوادهٔ قانونی، از امتیازات قرابت نسبی برخوردار هستند. شرح مطالب مربوط به قوانین منسوخه و استناد به نظریهٔ اساتید حقوق و رویهٔ قضایی گذشته، به منظور نشان دادن سیر تحول تاریخی مسائل مربوط به موضوع نسب در ظرف نیم قرن اخیر است که در فرانسه و سایر کشورهای غربی، صورت گرفته است و می‌تواند به تشحیذ ذهن حقوقی نیز کمک کند.

بخش دوم ـ نسب اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم.

بند اول ـ تعریف.

طفل نامشروع وقتی حاصل از زنای محصن یا محصنه محسوب می‌گردد که هنگام انعقاد نطفه وی، یکی از ابوین یا هر دو نفر آن‌ها در قید زوجیت شخص دیگری باشند و نسب موجود طفل مزبور با ابوینش را نسب ناشی از زنای محصن و محصنه گویند.

با این تعریف ممکن است، طفل از ناحیه پدر یا مادر یا ابوین، زنازاده باشد. وقتی از ناحیهٔ پدر زنازاده است[1] که هنگام انعقاد نطفه، پدر طفل در علقهٔ زوجیت زن دیگری بوده باشد و از ناحیه مادر وقتی زنازاده است[2] که مادر در زمان انعقاد نطفه، در علقهٔ زوجیت مرد دیگری غیر از پدر طفل بوده باشد.

نسب ناشی از زنای محصن و محصنه ابوینی وقتی مصداق پیدا می‌کند که پدر و مادر طفل هر دو در علقهٔ زوجیت کسان دیگری باشند. ملاک تشخیص خصیصهٔ نسب

---

1. adulterin a patre
2. adulterin a mater

تاریخ انعقاد نطفه است، نه تاریخ تولد طفل؛ زیرا رابطهٔ نسبی از تاریخ انعقاد نطفه تحقق می‌یابد. تاریخ انعقاد نطفه از روی مدت قانونی حمل تعیین و مشخص می‌گردد.[1]

نسب طفل نامشروع وقتی ناشی از زنای با محارم است که بین ابوین طفل رابطهٔ نسبی یا سببی مانع نکاح وجود داشته باشد.

بند دوم ـ ممنوعیت استقرار نسب ناشی از زنای محصن و محصنه با زنای با محارم.

اصولاً در فرانسه، تحقق و استقرار نسب حاصل از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، خواه از راه تصدیق ارادی و خواه از طریقه اقامهٔ دعوی و جستجوی نسب در مراجع قضایی ممنوع گردیده بود. مادهٔ ۳۳۵ سابق ق. م فرانسه مقرر می‌داشت که «تصدیق نسب نمی‌تواند به نفع اطفال ناشی از رابطهٔ زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم مورد پیدا کند مگر با رعایت مقررات ماده ۳۳۱ ق. م».

بند اول مادهٔ ۳٤۷ سابق قانون فوق الذکر نیز جستجو و اثبات نسب، خواه علیه پدر و خواه علیه مادر را در مواردی که طبق ماده ۳۳۵ قانون مدنی، تصدیق نسب ممکن نبود، نمی‌پذیرفت. (قانون مدنی ایران به طور کلی طفل متولد از زنا را محلق به زانی نمی‌داند. ماده ۱۱٦۷ ق. م)

علت و فلسفهٔ ممنوعیت تحقق رسمی نسب ناشی از زنای محصن یا محصنه و زنای با محارم، این بود که از طرفی برای خانوادهٔمشروع خصوصاً وقتی که پدر و مادر دارای اطفال و فرزندان مشروع باشند، خطر داشته و سبب ورود ضرر فراوان مادی و معنوی به خانواده مشروع می‌گردید.

از طرف دیگر، برای نظام اجتماعی نیز خطرناک بوده و آرامش خانواده‌ها را متزلزل می‌کرد. به علاوه در کشوری مانند فرانسه که تعدد زوجات ممنوع می‌باشد، مشکل است بتوان قبول نمود که مرد متأهل با وجود داشتن فرزندانی از زن قانونی خود در یک کانون خانوادگی مشروع، از زن دیگر یا فرضاً از معشوقهٔ خود نیز فرزندانی داشته و استقرار نسب آنان قانوناً امکان‌پذیر باشد.

از طرف دیگر برای مبارزه با عمل خلاف اخلاق و غیر قانونی زنا و جلوگیری از شیوع این گونه اعمال، نباید اجازه داده شود، بین زانی (یا زانیه) با طفل حاصل از این

---

1. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart, Leçons de droit civil. T. 1. V. 11. No 985, 986

عمل، رابطهٔ قانونی به وجود آید وانگهی طفل ناشی از زنا که از زن شوهرداری متولد می‌گردد، اصولاً نفعی ندارد که نسب واقعی او تحقق پذیرد، مگر در مورد انکار نسب؛ زیرا وضع مشروعی که طفل در خانواده قانونی، از آن برخوردار می‌شود، از نسب واقعی و حقیقی‌اش به مراتب بهتر است، چون نسب مشروع حقوق بسیار وسیعی برای طفل ایجاد می‌کند.

در مورد زنای با محارم نیز همان خطرات خانوادگی و اجتماعی وجود دارد که با این عمل خلاف قانون باید مبارزه گردد. زیرا رابطهٔ جنسی با اقربای نزدیک نظیر خواهر و برادر و امثال آن از نظر عقاید و افکار عمومی و اخلاق اجتماع، منفور و مذموم است. به علاوه طفل متولد از این مقاربت در روشن شدن چنین نسبی، نفعی نخواهد داشت. زیرا مورد تحقیر جامعه و اطرافیان خواهد بود.

در هر صورت ممنوعیت تحقق رسمی رابطهٔ جنسی نباید موجب شود، طفل بی‌گناهی که در ایجاد خود کوچکترین خطایی مرتکب نشده، از وسایل معاش و ادامه حیات محروم گردد و حق مطالبه نفقه نداشته باشد.

ممنوعیت مطالبهٔ نفقه از ابوین امری است غیرعادلانه و غیرانسانی و به علاوه، نداشتن تعهد در قبال طفلی که در نتیجهٔ عمل خلاف عامل به وجود آمد است، موجب تجری بیشتر و تشویق و رواج زیادتر عمل زنا خواهد بود.

به همین مناسبت به موجب قانون مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵ در فرانسه، برای این‌گونه اطفال ناشی از این گونه روابط، حق مطالبهٔ نفقه از ابوین شناخته شده بود (بند ۲ ماده ۳٤۲ سابق ق. م).

البته تأیید رسمی نسب تا وقتی که خصیصهٔ زنا یا زنای با محارم را ظاهر نمی‌ساخت، در فرانسه ممنوع نبود. بنابراین اولاً، در مورد نسب ناشی از زنای با محارم، تصدیق و اقرار یکی از ابوین (تصدیق اول) یا جستجو و اثبات نسب علیه یکی از ابوین اشکالی نداشت، چون به این ترتیب، خصیصهٔ نسب روشن نمی‌گردید ولی تصدیق دوم یعنی تصدیق نسب طفل به وسیلهٔ دیگر از ابوین یا اثبات و جستجوی نسب علیه وی باطل و ممنوع بود. زیرا در این صورت قرابت موجود بین ابوین طفل کشف می‌گردید.

تصدیق نسب ممکن بود به توالی یا به تقارن به وقوع پیوندند، در صورت توالی، تصدیق دوم خصیصه و صفت نسب را ظاهر می‌ساخت. مثلاً اگر خاله و خواهرزاده‌ای

متوالیاً نسب طفلی را تصدیق می‌کردند، با تصدیق خواهرزاده، وضع نسب روشن می‌شد و این تصدیق طبق رویهٔ قضایی بدون این که تصدیق اول را ساقط نماید، از درجهٔ اعتبار ساقط و باطل بود[1] و همچنین رویهٔ قضایی دو تصدیق مقارن را که در یک سند واقع شده بود، باطل اعلام کرده بود.

چنان چه یکی از ابوین در ضمن تصدیق نسب طفلی، نام دیگری را نیز ذکر می‌کرد و این ذکر نام موجب آشکار شدن صفت زنای با محارم می‌گردید، رویهٔ قضایی چنین تصدیقی را به دلیل غیر قابل تجزیه بودن اقرار، باطل می‌دانست ولی نظر دیوان کشور فرانسه، کاملاً موجه و مستدل به نظر نمی‌آید. زیرا بدون شک، اقرار غیر قابل تجزیه است ولی ذکر نام شخصی فرضاً به عنوان مادر در سند تصدیق، اقرار محسوب نمی‌گردد. چه اقرار عبارت است از اخبار به حقی یا امری برای غیر به ضرر خود و ذکر نام کسی در تصدیق، یک گواهی ساده بیش نیست و هیچ قاعدهٔ حقوقی، ممنوع نمی‌کند که گواهی از اقرار تفکیک گردد.

روش عادلانه در چنین مواردی این است که نام ذکر شده از ناحیه تصدیق کننده با اقدام به تصحیح حذف گردد و تصدیق به اعتبار خود باقی بماند.

ثانیاً ـ در خصوص نسب ناشی از زنای محصن و محصنه، می‌باید نسب پدری و مادری از هم تفکیک می‌گردید و اگر نسب طفل فقط از ناحیهٔ پدر ناشی از زنای محصن بود، در این مورد فقط تأیید نسب مادری مانعی نمی‌داشت و اگر نسب طفل از ناحیه مادر، حاصل از زنای محصنه بود و مادر با وجود این که در علقهٔ زوجیت دیگری بود، مرتکب زنا گردیده که در این صورت اساساً مسأله تأیید و تصدیق نسب ناشی از زنا قابل طرح نبود. زیرا در این حالت طفل متولد از زن شوهردار، مادام که مورد انکار واقع نمی‌شد، از نسب مشروع ظاهری، بر حسب امارهٔ فراش برخوردار بود و موردی نداشت که چنین طفلی موضوع تصدیق قرار گیرد و چنان چه تصدیقی واقع می‌شد، در دادگاه شهرستان محل اقامت طفل، به تقاضای شوهر حذف یا ابطال می‌گردید.[2]

اگر نسب مورد انکار شوهر واقع می‌شد و به اثبات می‌رسید، در این صورت نسب وی از ناحیهٔ مادر، حاصل از زنای محصنه بود و با وجود این که ظاهراً تصدیق نسب چنین طفلی از ناحیهٔ پدر یا جستجوی نسب علیه او نباید منعی داشته باشد. معذلک

---

1. Civ 27 juill 1938. D. 1939. 1. 73
2. Civ 8 fev 1927. D. 1927. 1. 68 et note Rouast. S. 1927. 1. 361 et note jean Mazeaud.

دیوان کشور فرانسه، اثبات نسب پدری را در این مورد ممنوع کرده بود[1] و تصدیق از ناحیه پدر را نیز وقتی معتبر و صحیح می‌دانست که به منظور مشروع کردن طفل صورت می‌گرفت و با مادر طفل به این منظور ازدواج کرده باشد.

اگر تصدیق نسب به توالی صورت می‌گرفت، هر تصدیقی که صفت نسب را ظاهر می‌ساخت، باطل و تصدیق دیگر صحیح و معتبر بود. یعنی دیوان کشور فرانسه، تصدیق نسب انجام شده از ناحیه مادر بدون شوهر را ولو بعد از تصدیق باطلی که از ناحیه پدر متأهل واقع شده بود، صحیح اعلام می‌کرده.[2] ولی دو تصدیق مقارن را که در یک سند واقع می‌شد، به علت آشکار شدن خصیصهٔ نسب باطل می‌دانست.

استثنائات اصل ممنوعیت ـ چنانچه قبلاً بیان شد، اصولاً تأیید رسمی نسب ناشی از زنای محصن و محصنهیا زنای با محارم ممنوع بود ولی استثناتاً در بعضی از موارد به طور غیرمستقیم و در نتیجهٔ اجرای قواعد حقوقی دیگر، ممکن بود این گونه نسب استقرار یابد و این موارد عبارت بودند از:

۱ـ انکار نسب طفل.

اگر طفلی از زن شوهرداری متولد می‌گردید و مورد انکار شوهر واقع نمی‌شد، از مزایای نسب مشروع برخوردار بود ولی اگر شوهر، طفل مزبور را انکار می‌کرد و این امر به اثبات می‌رسید، نتیجه‌اش اثبات نسب حاصل از زنا بود[3] و ثابت می‌شد که مادر مرتکب زنا گردیده است. همچنین اگر طفل علیه زن شوهرداری دعوی نسب اقامه و شوهر مادر ادعایی، وارد دعوی شده، ثابت می‌کرد که خواهان دعوی فرزند او نیست ولی دادگاه حکم به نفع خواهان صادر و او را منتسب به مادر ادعایی می‌دانست، صدور چنین حکمی اثبات نسب ناشی از زنا بود.

۲ـ بطلان نکاح به علت وصلت با محارم.

اگر بین دو نفر که به علت درجهٔ قرابت، ممنوع از ازدواج با هم باشند، با علم به ممنوعیت و یا با سوءنیت رابطهٔ زوجیت برقرار گردد، چنین نکاحی باطل است و با

---

1. Civ. civ 17 janv 1949, Bull. civ. 1949. 1. 10. D. 1949. 136 Gaz. Pal 1949. 1. 146
2. civ. ler. civ 28 oct 1953. Bull. civ 1953. 1. 239. Gaz. Pal 1954. 1. 18. Sem jur 1953. 11. 7869
3. Dijon. 23 mars 1934. D. 11. 1934. civ 17 janv 1949.

صدور حکم بطلان آن، نسب ناشی از زنای با محارم طفلی که به عنوان مشروع در شناسنامه معرفی شده، رسماً تأیید گردیده بود.[1]

۳ـ حکم قطعی.

اگر به موجب حکم قطعی، نسب طفل ناشی از زنای محصن و محصنه، اشتباهاً تأیید شده بود، با وجود ممنوعیت مذکور در ماده ۳٤۲ ق. م نسب مزبور رسماً استقرار یافته و دارای ارزش امر مختوم بوده و قابل ابطال نبود.[2]

بند سوم ـ آثار و وضع حقوقی نسب ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم.

همان‌طور که سابقاً بیان گردید، اصولاً تأیید رسمی و قانونی نسب حاصل از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم و استقرار رابطهٔ نسبی بین ابوین و طفل، ممنوع و غیر مقدور بود و بر این نسب هیچ گونه آثار حقوقی و مدنی(به جز حق مطالبه نفقه) مترتب نمی‌گردید.

تا قبل از سال ۱۹۵۵ قانون‌گذار در فرانسه، برای این گونه اطفال هیچ گونه حقی حتی نفقه در نظر نگرفته بود. معذالک رویهٔ قضایی آن کشور حتی قبل از تصویب قانون ۱٦ نوامبر ۱۹۱۲ (که به موجب آن ممنوعیت اثبات نسب طبیعی پدری تقلیل یافت) با این که اثبات نسب پدری ممنوع بود، به صور و عناوین مختلف به صورت الزام پدر به جبران ضرر و زیان ناشی از اغفال مادر (ضرر و زیان ناشی از آبستنی و وضع حمل و هزینه نگهداری کودک و نظایر آن) و گاه به صورت الزام پدر به ایفای وعده‌ها و تعهداتی که به مادر فریب‌خورده در زمینهٔ حضانت و نگهداری طفل داده بود، اقدام به کمک و حمایت از اطفال غیر قانونی بی‌گناه و مادران اغفال شدهٔ بی‌پناه می‌نموده است.

مراجع و محاکم قضایی فرانسه، البته ضمن صدور حکم محکومیت پدر به تأمین و تهیهٔ حوائج زندگی اطفال و یا کمک به آنان، لزوماً بدون اظهار نظر صریح در خصوص

---

1. Paris 8 dec 1913. Gaz. Pal 1914. 1 246
2. Req. 3 aout 1908. D. p. 1909. 1. 48. Rec. sirey 1909. 1. 244. Comp. Paris 16 mai 1937. Gaz. Pal. 1937. 2. 460.

تأیید نسب، تلویحاً در این زمینه اظهار نظر می‌نمودند.[1] یعنی در حقیقت نسب عملی را از نسب حقیقی تفکیک و برای نسب عملی با وجود خیرخواهی، محاکم و مراجع قضایی، در پذیرفتن دلایل اثباتی، معتقد به سخت‌گیری و دقت زیادی بودند.

مثلاً برای صدور حکم به الزام پدر مبنی بر تأمین هزینهٔ زندگی طفل، وجود نوشتجات یا مراسلات و مکاتباتی را که حکایت صریح از تعهد و وعدهٔ حضانت طفل از ناحیهٔ پدر داشته باشد، ضروری می‌دانستند ولی قانون مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵ (بند ۲ مادهٔ ۳٤۲ ق. م) مقرر داشت که اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، حق مطالبهٔ نفقه از ابوین خود داشته باشند و تصریح نمود که مطالبهٔ نفقه، بدون این که در زمینهٔ رابطهٔ نسبی مؤثر باشد، امکان‌پذیر است.

بنابراین قانون مزبور از رویهٔ قضایی پیروی و نسب عملی را از نسب حقوقی تفکیک و آثاری برای نسب عملی در نظر گرفت ولی مجدداً اصل ممنوعیت اثبات نسب ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم را تأیید نمود. بند ۲ مادهٔ ۳٤۲ قانون مدنی مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵ دارای خصایص زیر می‌باشد.

اولاً ـ از لحاظ ابراز و اقامهٔ دلیل در زمینهٔ اقامه دعوای نفقه محدودیتی در نظر نگرفته و رویهٔ قضایی نیز به علت سکوت قانون، اقامهٔ دلیل را تابع هیچ گونه محدودیتی مخصوصاً محدودیت‌های مذکور در ماده ۳٤۰ ق. م ندانسته بود.[2]

ثانیاً ـ حق مطالبهٔ نفقه برای اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم شناخته بود و فرقی نداشت که نسب این گونه اطفال از ناحیهٔ یکی از ابوین یا هر دو، حاصل از زنای محصن و محصنه باشد.[3] البته دیوان کشور، گسترش این دعوی و اعمال آن را در مورد اطفال طبیعی ساده جایز نمی‌داشت.[4]

رویهٔ قضایی همچین پذیرفته بود، در صورتی که احتمال برود، انعقاد نطفهٔ طفل قبل از ازدواج پدر (رابطهٔ آزاد) یا بعد از ازدواج پدر (رابطهٔ حاصل از زنای محصن) صورت گرفته باشد، طفل مخیر باشد بر حسب نفع خود، نسب طبیعی ساده (که به او

---

1. civ. 23 dec. 1935. D. H. 1936. 115
2. civ. ler sect civ. 13 janv 1959. D. 1959. 61. note Rouast. Grands arrest. P. 120
3. Paris 12 dec 1963. Gaz. Pal 1964. 1. 192
4. civ. ler sect civ. 12 janv 1959. D. 1959. 62. note Rouast: Sem. Jur.1959. 11. 10952. note P. Esmein

حق دعوی جستجوی نسب می‌دهد) یا نسب ناشی از زنای محصن را (که به او فقط حق مطالبهٔ نفقه می‌دهد) انتخاب نماید.[۱]

ثالثاً ـ این قانون از آن جایی که جنبهٔ نظم عمومی داشت، عطف به ماسبق می‌شد. بنابراین حتی اطفالی که از سال ۱۹۵۵ متولد شده بودند، می‌توانستند از آن استفاده نمایند و طرح دعوی علیه وراث که از ارثیهٔ متوفی نفقه او را بپردازند، امکان‌پذیر ساخت (ماده ۷۶۲ ق. م) و این نفقه مانند طلب و یا تعهد ناشی از نفقهٔ اطفال مشروع به اموال متوفی تعلق می‌گرفت ولی تعهد شخصی وراث محسوب نمی‌شد[۲] و بدهی ناشی از نفقهٔ قبل از اجرای این قانون را قابل مطالبه نمی‌دانستند.[۳]

رابعاً ـ عدم اجرای تکلیف نفقه در مورد اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم را ترک خانواده ندانسته و مجازات آن را در این مورد، قابل اجرا نمی‌دانستند.[۴] بنابراین:

۱ـ اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، فقط حق مطالبهٔ نفقه از ابوین خود، از طریق محاکم حقوقی داشتند. اقدام به مطالبهٔ آن در زمان طفولیت و دوران صغر به عهدهٔ قیم بود که به نام طفل و بر حسب مقررات عمل می‌نمودند.

عده‌ای از حقوقدانان معتقد بودند، مادر طفل نیز حتی وقتی که سمت قیمومت ندارد، می‌تواند به نمایندگی از طرف فرزند صغیر خود اقدام به وصول نفقه بنماید.[۵] اگر در زمان صغر اقدام به وصول نفقه نشده باشد، طفل ظرف یک سال بلافاصله پس از رسیدن به سن کبر، حق مطالبهٔ نفقه داشت ولی بعضی معتقد بودند که طفل پس از کبیر شدن، طبق قواعد کلی مربوط به نفقه، وقتی حق مطالبهٔ نفقه دارد که محتاج بوده و قدرت امرار معاش نداشته باشد.[۶]

۲ـ این گونه اطفال از نظر حقوق در سایر موارد در مقابل ابوین خود، در حکم بیگانه بوده و از لحاظ نام خانوادگی و قیمومت و ولایت و نظایر آن، مانند اطفالی بودند

---

1. civ. ler sect. civ. D. 1966. 120. note P. Esmein. Sem jur 1966. 11. 14641
2. Paris. 3 avril 1957. D. 1957. 455. Sem. Jur. 1957. 11. 10177. note Nerson. civ ler sect. civ. 16 nov 1960. D. 1961. 7. note Holleaux
3. Civ. ler civ 19 nov 1958. Gaz. Pal. 1959. 1. 82.
4. Crim 6 mai 1959. D. 1959. 347.

۵. ژان کاربنیه: حقوق مدنی. شماره ۱۷۷. ص ۵۵۳ و ۵۵۴.
۶. ژان کاربنیه: حقوق مدنی. شماره ۱۷۷. ص ۵۵۳ و ۵۵۴.

که از ابوین ناشناس به وجود آمده باشند. بنابراین نمی‌توانستند از نام خانوادگی ابوین خود استفاده نمایند و ابوین حق مطالبهٔ نفقه از چنین فرزندانی نداشتند.

ثالثاً ـ این‌گونه اطفال اگر از ابوین خود مالی زاید بر مقدار نفقه دریافت می‌کردند، چون رابطه‌ای با ابوین خود نداشتند و از این حیث مانند افراد بیگانه بودند، ظاهراً نباید مشمول عدم اهلیت و ممنوعیت مذکور در ماده ۹۰۸ ق. م قرار گیرند. معذالک رویهٔ قضایی هبه‌هایی را که بر مبنای رابطهٔ نسبی نامشروع و روابط غیر قانونی زنا بود، به واسطهٔ غیر مشروع بودن علت، عقد هبه را قابل ابطال می‌دانست ولی اگر هبه منحصراً به منظور پرداخت نفقهٔ طفل و حضانت وی و به عبارت دیگر، تبدیل تعهد طبیعی به تعهد مدنی بود، صحیح شناخته بود.[1]

بند چهارم ـ وضع حقوقی نسب ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم که استثنائاً به طور رسمی ثابت شده بود.

با وجود این که ممکن بود، نسب اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم قانوناً و رسماً در موارد خاص و استثنایی استقرار یافته باشد. معذلک به علت خلاف اخلاق بودن، این‌گونه نسب‌ها فقط آثار محدودی ایجاد می‌نمود و از بعضی جهات مانند نسب طبیعی ساده (که استقرار پیدا کرده بود) شناخته شده بود. بنابراین،

اولاً ـ از موانع نکاح محسوب بود زیرا درست است که رابطه نسبی قانونی وجود ندارد ولی نسب عملی و واقعی و رابطهٔ خونی موجود، قابل انکار نمی‌باشد.

ثانیاً ـ طفل می‌توانست از نام خانوادگی پدر یا مادری که نسب او در برابر آن‌ها استقرار یافته، استفاده نماید و از حیث ولایت و نفقهٔ متقابل مانند طفل طبیعی ساده بود. مع‌الوصف از جهاتی با طفل طبیعی ساده تفاوت داشت.

اولاً ـ از ارث و حقوق ارثی ابوین محروم بود.

ثانیاً ـ از ماترک ابوین می‌توانست، فقط مطالبهٔ نفقه برای زیستن نموده (بند ۲ ماده ۷۶۲ ق. م) و علیه وراث طرح دعوی نماید ولی هرگاه ابوین در زمان حیات خود، نفقهٔ طفل را تأمین یا شغلی به او آموخته بودند و یا بهره‌ای به شکل بهره مادام‌العمر فرضاً،

---

1. Carbonnier (J). D.oit civil T. 1. No 177. P. 552 et 553 et 554; Alex Weill. Droit civil (Precis Dalloz). T. 1. Nos 1013 et 1014; Mazeaud (J. H. L) et Michel juglart. Leçons de droit civil. T. 1. V. 11. No 994

برای او در نظر گرفته بودند، دیگر طفل مزبور حق مطالبهٔ نفقه از ماترک آن‌ها نداشت. (مواد ۷٦۳ و ۷٦٤ ق. م).

ثالثاً ـ اطفال ناشی از زنا و زنای با محارم حق نداشتند که از ابوین خود هبه‌ای زائد بر مقدار نفقه (یا آنچه که صراحتاً دارای خصیصهٔ نفقه نباشد) دریافت دارند (بند ۳ ماده ۹۰۸ ق.م). این ممنوعیت به‌منظور جلوگیری از دگرگون ساختن محدودیت‌های وارده در مورد اطفال ناشی از زنا یا زنای با محارم وضع گردیده بود.[۱]

بخش سوم ـ مشروع کردن اطفال غیرمشروع.

La légitimation des enfants naturels

تعریف و مقدمه ـ مشروع‌کردن اطفال غیرمشروع عبارت‌است‌از قانونی گردانیدن نسب طفل حاصل از مقاربت نامشروع به‌وسیله ازدواج بعدی. طبق تعریف بعضی از حقوق‌دانان مشروع‌گردانیدن طفل نامشروع عبارت‌است‌از:

«تغییر وضع طفل از حالت غیرمشروع، به حالت قانونی مشروع که به‌موجب آن طفل وضع و حقوق فرزند مشروع را به‌دست‌می‌آورد[۲]».

الکس ویل مشروعیت را یک اقدام خیرخواهانهٔ قانونی می‌داند که به‌موجب آن طفل خارج از رابطه زوجیت و حاصل از رابطهٔ آزاد برای آینده، مشابه طفل مشروع می‌گردد. خواه این مشروعیت از ازدواج بعدی ابوین طفل ناشی گردد و خواه از تصمیم ارادی یا قضائی حاصل شود.[۳]

بعضی دیگر مانند کلن و کاپیتان مشروع‌گردانیدن را یک اقدام خیرخواهانهٔ قانون می‌داند که اجازه می‌دهد طفل خارج از رابطهٔ زوجیت، شبیه متولد از ازدواج قانونی ابوین گردد.[٤]

ژان کاربینه می‌گوید: مشروع‌گردانیدن عبارت از یک تأسیس حقوقی است که به‌موجب آن طفل طبیعی و غیرمشروع (طفل طبیعی ساده، ناشی از زنای محصن یا محصنه و یا زنای با محارم) حقوق طفل مشروع را به‌دست‌می‌آورد.[۵]

---

۱. الکس ویل: حقوق مدنی. جلد اول (پرسی دالوز) شماره ۱۰۱۲ ـ ژان کاربینه: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۷۷ ص ۵۵۲.

2. Mazeaud (j. H. L) et Michel de juglart: Lecons de droit civil. T. 1. V. II. No 998

۳. الکس ویل: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۰۱۵.

۴. کلن کاپیتان: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۰۳۲.

۵. ژان کاربینه: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۸۱ ص ۵۶۱.

این تأسیس قانونی از سایر طرق و تأسیسات حقوقی به مراتب بهتر است، زیرا از طرفی اطفال معصوم و بی‌تقصیر که از رابطهٔ خارج از زوجیت به‌وجودآمده‌اند و در حقیقت مرتکب گناهی نشده‌اند، بهتر به حق خود رسیده و از محرومیت‌های غیرعادلانه برکنار خواهند بود، یعنی از نظر حقوقی این‌گونه اطفال کاملاً شبیه اطفال قانونی می‌گردند و از طرف دیگر از ادامه رابطه غیرمشروع و خلاف قانون جلوگیری می‌شود و ابوین تشویق می‌شوند تا با صورت قانونی دادن به روابط خود، خطاهای گذشته را جبران نمایند.

مطالب این بحث را به‌شرح زیر مورد بررسی قرار خواهیم داد:

بند اول ـ سابقه تاریخی؛

بند دوم ـ اطفال قابل مشروع شدن؛

بند سوم ـ شرایط مشروع‌گردانیدن اطفال نامشروع؛

بند چهارم ـ تشریفات مشروع‌کردن اطفال نامشروع؛

بند پنجم ـ آثار مشروع‌کردن طفل غیرمشروع.

بند اول ـ سابقه تاریخی.

در حقوق رم تا قبل از امپراطوری رم سفلی[1] چنین تأسیسی وجود نداشته و مشروع‌گردانیدن اطفال غیرمشروع را نمی‌پذیرفته‌اند، ولی از زمان امپراطوری سفلی به بعد سه نوع مشخص مشروع‌کردن می‌توان یافت.

۱ـ مشروع‌کردن به‌وسیله ازدواج بعدی

La légitimation par marriage subsequent

این تأسیس در زمان کنستانتین[2] تحت نفوذ و تأثیر کلیسا، به‌منظور تنظیم وضع روابط خارج از ازدواج به‌وجودآمد و در اثر این‌گونه مشروعیت، طفل نامشروع کاملاً شبیه طفل مشروع می‌گردید و مزایای طفل مشروع را به‌دست‌می‌آورد.

---

۱. امپراطوری سفلی از سال ۳۳۷ تا ۴۷۶ میلادی ـ تاریخ حقوق رم شامل ادوار زیر است: ۱ـ تاریخ قدیم رم (۱۷۰۰ تا ۷۵۳ ق. م)؛ ۲ـ دوره سلطنت (۷۵۳ تا ۵۰۹ ق. م)؛ ۳ـ دوره جمهوری (۵۰۹ تا ۳۰ ق. م)؛ ۴ـ دوره امپراطوری (۳۰ ق. م تا ۳۳۷ میلادی)؛ ۵ـ امپراطوری سفلی (۳۳۷ تا ۴۷۶ میلادی).

۲. کنستانتین Constantin امپراطور رم. تاریخ تولد او ۲۷۴ میلادی است، در سال ۳۰۶ میلادی به امپراطوری رسید و در سال ۳۳۷ فوت شد.

۲ـ تئودوز دوم[۱] یک نوع مشروع‌کردن بدون ازدواج را پذیرفت، به‌شرط آن‌که طفل وقف و نذر کوری‌ها[۲] گردد تا بعد از بزرگ‌شدن، رئیس کوری شده و وظیفه سنگین مذهبی آن را در قربانی‌ها و اعیاد و جشن‌ها انجام دهد؛ چون به‌علت وظایف و تکالیف سنگین کوری‌ها، کمتر کسی حاضر به قبول انجام وظایف آن می‌شد.

۳ـ بالاخره ژوستینین[۳] مشروع‌کردن به‌وسیله قدرت عمومی را تأسیس نمود؛ یعنی وقتی‌که ازدواج ابوین طفل غیرممکن بود، مشروع‌کردن طفل غیرمشروع با فرمان امپراطور انجام می‌پذیرفت.

در حقوق مذهبی[۴] مشروع‌کردن اطفال غیرمشروع، به‌وسیله ازدواج بعدی شناخته‌شده بود و در قرن دوازدهم پاپ الکساندر سوم در فرمان معروف خود[۵] تمام اطفال غیرمشروع، به‌استثنای اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم را به‌وسیله ازدواج بعدی، قابل مشروع‌کردن می‌دانست.

در حقوق قدیم فرانسه نیز مشروع‌کردن با فتوای پاپ یا فرمان شاه پذیرفته شده بود. چنان‌که هانری چهارم[۶] و لوئی چهاردهم[۷] اطفال نامشروع خود را با صدور فرمان مشروع نمودند.[۸]

قانون مدنی فرانسه، مصوب ۱۸۰۴، مشروع‌کردن را فقط به‌وسیله ازدواج بعدی پذیرفت (مواد ۳۳۱ تا ۳۳۳).

---

۱. تئودوز دوم Theodose II (تاریخ تولد سال ۳۸۲ میلادی است، از تاریخ ۴۰۸ تا ۴۵۰ میلادی امپراطور بود.

۲. La Curie کوری در رم قدیم، عبارت‌از محل اجتماع هریک از قبایل رم بود که در آن محل، قربانی‌ها انجام می‌گرفت و اعیاد و جشن برگزار می‌شد.

۳. Justinien ژوستینین اول، امپراطور رم از سال ۵۲۷ تا ۵۶۵ میلادی، تاریخ ولادت وی را، سال ۴۹۹ میلادی نوشته‌اند.

در سال ۵۳۲ میلادی، به دستور ژوستینین، مجموعه قوانین رومی از میان دو هزار جلد مجموعه قوانین و کتب حقوقی در پنجاه جلد، به نام دیژست دوژستینین Digeste de Justinien جمع‌آوری و تنظیم شد که هریک از قوانین و مواد مربوطه در جلد و فصل معین گردآمده‌است، آن را پاندکت Pandecte نیز می‌نامند.

4. Le droit canonique

5. Tanta vis est matrimon11 ut qui antea suntgenti, post contractum matrimonium legitimi habeantur (cap. V1, ext. qui fili1 sint legit)

فرمان معروف پاپ الکساندر سوم ـ پاپ الکساندر سوم در سال ۱۱۵۹ به مقام پاپ نایل آمد و تا ۱۱۸۱ در این مقام باقی ماند.

۶. هانری چهارم، فرزند آنتوان دوبوربون و ژان آلبرت در سال ۱۵۵۳ در قصر پو به دنیا آمد و از سال ۱۵۸۹ تا ۱۶۱۰ میلادی در فرانسه حکومت می‌کرد.

۷. لوئی چهاردهم در سال ۱۶۳۸ متولد گردید، از سال ۱۶۴۳ تا ۱۷۱۵ میلادی در فرانسه حکومت می‌کرد.

۸. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم شماره ۹۹۹ ـ الکس‌ویل: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۰۱۷.

در حقیقت برای خانوادهٔ مشروع، خطرناک است که اطفال غیرمشروع بتوانند بدون این‌که ابوین آن‌ها با هم ازدواج نمایند، وضع طفل مشروع را به‌دست‌آورند؛ بلکه بالعکس، باید نحوه مشروع‌کردن اطفال نامشروع طوری باشد که ابوین را به قانونی ساختن و تنظیم روابط خود تحریک و تشویق نماید.

تغییرات بعدی در این زمینه از طرفی مشروع‌کردن اطفال نامشروع را آسان کرد و از طرف دیگر، در موارد متعدد مشروع‌کردن اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم را نیز پذیرفت.

در این‌جا، به‌ترتیب «اطفالی که می‌توانند مشروع گردند»، «شرایط مشروع‌کردن اطفال نامشروع» و «آثار مشروع‌گردانیدن این‌گونه اطفال» را مطالعه خواهیم کرد.

بند دوم ـ اطفال قابل مشروع شدن.

امروزه در فرانسه، اطفال زیر می‌توانند مشروع گردند:

الف ـ اطفال طبیعی ساده؛

ب ـ اطفال ناشی از زنای با محارم؛

ج ـ در بسیاری از موارد، اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه.

الف ـ اطفال طبیعی ساده.

با توجه به ماده ۳۳۱ قدیم قانون مدنی فرانسه، ملاحظه می‌گردد که قبلاً فقط اطفال طبیعی ساده می‌توانستند مشروع شوند، ولی اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، قابلیت مشروع شدن را نداشتند؛ اما بعداً با تحولاتی که در این زمینه پدید آمد، مقررات جدیدی وضع و از ممنوعیت مشروع‌شدن سایر اطفال نامشروع کاسته شد.

ب ـ اطفال ناشی از زنای با محارم.

تا قبل از سال ۱۹۰۷، طبق ماده ۳۳۱ ق. م فرانسه، مشروع‌کردن اطفال ناشی از زنای با محارم صراحتاً ممنوع بود؛[1] ولی از آنجایی‌که در بعضی موارد پس از تحصیل معافیت

---

۱. اطفال خارج از رابطه زوجیت، به استثناء اطفال ناشی از رابطه زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم می‌توانند به‌وسیله ازدواج بعدی پدرومادرشان، وقتی که آن‌ها را قبل از ازدواج یا در سند ازدواج تصدیق کرده باشند، مشروع گردند (ماده ۳۳۱ قدیم).

در زمینهٔ موانع ازدواج از رئیس مملکت، نکاح بین ابوین این‌گونه اطفال امکان‌پذیر می‌گردد، ممنوعیت مشروع‌گردانیدن اطفال این نوع زن و شوهر غیرعادلانه به‌نظرمی‌رسید؛ لذا بعضی از حقوق‌دانان با توجه به این امر، در تفسیر ماده ۳۳۱ قانون مدنی قبلی، منحصراً مشروع‌کردن اطفال ناشی از زنای بامحارم را که ازدواج بین ابوین امکان‌پذیر نبود، ممنوع می‌دانستند.

دیوان کشور فرانسه نیز در قرن نوزدهم، با توجه به استدلال علماء و حقوق‌دانان با آزادی بیشتر، مشروع‌کردن اطفال ناشی از زنای با محارم را در این مورد پذیرفت.[۱] بالاخره عقیده حقوق‌دانان و نظریه دیوان کشور، مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفت و در نتیجه، قانون مصوب ۷ نوامبر ۱۹۰۷ اطفال ناشی از زنای با محارم را از مستثنیات مذکور در ماده ۳۳۱ ق.م حذف نمود.

بعضی از حقوق‌دانان[۲] معتقد بودند که متن مزبور اطفال، ناشی زا زنای با محارم را در ردیف اطفال طبیعی ساده قرارداده‌است، یعنی در هر مورد که ازدواج بین ابوین آن‌ها با تحصیل معافیت لازم امکان‌پذیر باشد، مشروع‌کردن اطفال مزبور، مانع قانونی ندارد.

عده‌ای دیگر از علماء[۳] معتقد بودند نتیجه حذف بدون شرط ممنوعیت مشروع‌کردن اطفال حاصل از زنای با محارم، این است که مشروع‌کردن این‌گونه اطفال در تمام موارد امکان‌پذیر است؛ یعنی اگر ابوین طفل، بدون تحصیل معافیت لازم ازدواج کرده باشند، کافی است که یکی از آن دو، حسن نیت داشته؛ یعنی جاهل به وجود رابطهٔ قرابت باشند تا ازدواج مزبور مفروض‌الصحه تلقی و مطابق مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ ق. م، با وجود بطلان ازدواج، منجر به مشروع‌شدن اطفال گردد.

رویهٔ قضائی نیز این نظر را قبول نموده بود.[۴]

ج ـ اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه.

اصولاً با توجه به ماده ۳۳۱ ق. م. ف مشروع‌کردن اطفال ناشی از رابطه زنای محصن و محصنه ممنوع بود؛ ولی با تحولاتی که در سال‌های ۱۹۰۷، ۱۹۱۵، ۱۹۴۱ و

---

1. Civ. 22 Janv. 1867. 1. 5' Rec. Sirey 1867. 1. 49; Req. 27 Janv 1897' D. P. 1874. 1. 216' Rec. Sirey 1874. 1. 108.

۲. مازو: دروس حقوق مدنی، جلد اول قسمت دوم شماره ۱۰۱۳ (ژان کاربینه: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۸۱).

۳. کلن کاپیتان: بحث حقوق مدنی، جلد اول شماره ۱۰۵۳ (الکس ویل: حقوق مدنی (پرسی دالوز) جلد اول شماره ۱۰۱۹).

4. Civ. 19 nov 1623' D. H. 1924. 66.

۱۹۵٦ در مادهٔ مزبور حاصل شده، قانون‌گذار مشروع‌کردن بعضی از اطفال حاصل از رابطه زنای محصن و محصنه را مجاز ساخت.

وارد شدن استثنائاً به اصل ممنوعیت، از اوایل قرن بیستم آغاز گردید؛ یعنی وقتی که به‌موجب قانون مصوب ۱۵ دسامبر ۱۹۰٤، مادهٔ ۳۹۸ ق. م ملغی و اجازه داده شد تا زانی و زانیه بتوانند با هم ازدواج کرده و خانواده مشروع تشکیل دهند، دیگر قابل قبول و عادلانه نبود که اطفال معصوم و بی‌پناه حاصل از رابطهٔ جرم‌آمیز ابوین خود، که با هم زن و شوهر شده و رابطهٔ خود را تحت نظم و مقررات قانونی درآورده‌اند، از مشروعیت و مزایای طفل مشروع محروم گردند.

به‌علاوه رفتار متفاوت با خواهران و برادران تنی، در یک کانون خانواده که عده‌ای مشروع و حاصل از نکاح جدید و عده‌ای نامشروع و حاصل از رابطه زنا بودند، بسیار مشکل بود. از این جهت از سال ۱۹۰۷ به بعد، قانون‌گذار مشروع‌کردن گروهی از اطفال ناشی از زنا را مجاز کرد.

البته بعضی از حقوق‌دانان[1] ممنوعیت مشروع‌کردن اطفال حاصل از رابطه زنا را موجه دانسته و معتقد بودند که نباید اجازه داده شود این‌گونه اطفال مشروع گردند؛ زیرا قبول چنین مشروعیتی برخلاف منافع خانواده مشروع است، یعنی اولاً اگر زوج امیدوار باشد که می‌تواند طفل حاصل از رابطهٔ با غیر از همسر خود را مشروع نماید، در حقیقت این امر به‌طور غیرمستقیم و عملاً موجب تعدد زوجات[2] می‌شود.

ثانیاً موجبات شیوع رابطه خلاف قانون و اخلاق (زنا) و تزلزل اساس خانواده را فراهم می‌نماید.

با وجود معایب مزبور، به‌منظور حمایت از اطفال بی‌پناه و بی‌گناه، قانون‌گذار بدون این‌که اصل ممنوعیت مشروع‌ساختن اطفال حاصل از رابطه جرم‌آمیز زنا را به‌کلی ازبین‌ببرد، به‌تدریج مواردی را پیش‌بینی نمود که این‌گونه اطفال را می‌توان مشروع ساخت.

در این‌جا لازم است اطفال متولد و ناشی از زنای ارتکابی از ناحیه پدر (زنای محصن) و اطفال ناشی از زنای ارتکابی از ناحیه مادر (زنای محصنه) از هم تفکیک و هریک به‌طور علی‌حده مطالعه گردد.

---

1. Mazeaud (L. J. H). et Michel de Juglart, Lecons de droit civil. T. 1. V II No 1014.
2. Polygamie

الف ـ اطفال ناشی از زنای ارتکابی از ناحیه پدر.

قبلاً مشروع‌کردن اطفال حاصل از زنا، به‌وسیله مرد زن‌دار در صورتی امکان‌پذیر بود که نطفهٔ مزبور در دورهٔ افتراق و جدایی قانونی بین این مرد و همسرش منعقد شده بود، یا در زمان انعقاد نطفه طفل حاصل از زنا، فرزند مشروع وجود نمی‌داشت؛[1] زیرا قانون‌گذار نمی‌خواست مردی بتواند اطفال متعدد قانونی و مشروع در یک زمان از مادرهای مختلف داشته باشد، ولی این محدودیت به‌موجب قانون مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵٦ به‌کلی از بین رفت و به موجب قانون مزبور مشروع‌کردن چنین اطفالی، حتی درصورتی هم که از ازدواج قبلی، اطفال مشروع وجود داشته باشد، امکان‌پذیر گردید. (بند ۳ ماده ۳۳۱ ق. م. ف).

البته این راه‌حل قبلاً نیز به‌موجب قانون مصوب ١٤ سپتامبر ۱۹٤۱ به‌وسیله حکومت ویشی، اتخاذ گردیده بود که به‌موجب فرمان سوم مه ۱۹٤۵، ملغی گردید.[2]

ب ـ اطفال حاصل از زنای ارتکابی از جانب مادر.

به‌موجب امارهٔ فراش، طفل متولد از زن شوهردار مادام که مورد انکار قرار نگیرد، ملحق به شوهر بوده و از مزایای طفل مشروع برخوردار است. حفظ وضع مشروع ازدواج اول به نفع چنین طفلی خواهد بود و نباید حتی به‌منظور مشروع‌گردانیدن طفل به‌وسیلهٔ ازدواج دوم، اجازه داده شود، زن از وضع خانواده و ازدواج اول خارج گردد.

وانگهی تنها شوهر اول صلاحیت دارد امارهٔ فراش را که به او صفت قانونی طفل متولد از همسرش می‌دهد، ساقط سازد. به‌عبارت‌دیگر با حربه انکار است که می‌توان امارهٔ فراش را ساقط کرد.

با توجه به این امور، قانون‌گذار مشروع‌کردن اطفال حاصل از زنای محصنه، به‌وسیله مادر را نپذیرفته است؛ مگر در دو مورد زیر:

۱ـ طفل انکار شده از جانب پدر یا ورثهٔ او.

طفلی که مورد انکار واقع می‌شود، از خانواده‌ای که در آن متولد شده است، طرد می‌گردد.

---

۱. قانون مصوب سال‌های ۱۹۰۷ و ۱۹۱۵.

۲. مازو: دروس حقوق مدنی، جلد اول، قسمت دوم. شماره‌های ۱۰۱۵ و ۱۰۱۶؛ الکس ویل: حقوق مدنی، جلد اول شماره ۱۰۲۵.

ضمناً با صدور حکم در زمینهٔ انکار، صفت و خصیصه نسب طفل ناشی از رابطهٔ زنای محصنه محرز و مسلم می‌شود. دراین‌صورت وقتی که مادر طفل با کسی که قبلاً با او رابطهٔ جنسی داشته ازدواج کرد، منافع طفل ایجاب می‌کند، که بتواند مشروع شده و وارد خانواده جدید گردد.

به‌علاوه در این حالت، تعارض ابوت نیز به‌وجودنمی‌آید، ولی اگر قبل از انکار، مشروع‌کردن طفل متولد از زن شوهردار مقدور می‌بود، طبق قاعدهٔ فراش تعارض ابوت حاصل می‌گردید و معقول نیست که طفلی دارای دو پدر قانونی باشد.

۲ـ طفلی که نطفه‌اش در زمان جدایی قانونی مسکن منعقد شده باشد.

هرگاه نطفهٔ طفلی در دوره‌ای که زن و شوهر، به‌موجب حکم دادگاه در حالت جدایی مسکن به سر می‌برده‌اند، منعقد شده باشد، با وجود این‌که در این حالت، رابطه زوجیت، به‌کلی از بین نرفته است، معذلک، علقهٔ زوجیت به‌شدت متزلزل است و طبق ماده ۳۱۳ ق. م. ف هرگاه زن با کسی که در دوره جدایی مسکن، با او ارتباط جنسی داشته است، ازدواج نماید و طفل حاصل از این دوره را مشروع گردانند، اماره ابوت اجرا نخواهد شد.

به‌عبارت‌دیگر طفل حاصل از دورهٔ جدایی مسکن دارای وضع خاصی است که بیشتر احتمال می‌رود از اسپرم مردی که با زن در آن دوره ارتباط جنسی داشته به‌وجود آمده باشد، تا از اسپرم شوهر، از این جهت قانون‌گذار مشروع‌گردانیدن چنین طفلی را پذیرفته است.

البته اگر طفل مزبور از وضع ظاهری یک طفل مشروع برخوردار باشد، مشروع‌گردانیدن و شناسایی نسب وی، طبق ماده ۳۳۱ ق. م مصوب ۱۵ ژوئیه ۱۹۵٦ قابل ابطال بود.

بند سوم ـ شرایط مشروع‌گردانیدن اطفال نامشروع.

برای مشروع ساختن اطفال نامشروع و غیرقانونی شرایط زیر لازم است:

الف ـ ازدواج ابوین.

یکی از شرایط اساسی و ضروری برای مشروع‌ساختن اطفال نامشروع، ازدواج ابوین طفل می‌باشد و ازدواج مزبور باید صحیح باشد. بنابراین ازدواج باطل در مشروعیت اطفال غیرقانونی مؤثر نیست.[۱]

رویهٔ قضائی به عکس حقوق مذهبی، نکاح شبهه را در مشروعیت اطفال غیرقانونی مؤثر دانسته و حتی مشروع‌شدن اطفال حاصل از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم را در اثر چنین ازدواجی صحیح و معتبر می‌داند.

بنابراین یکی از ارکان و شرایط اساسی در این مورد، تحقق ازدواج است؛ ولی در فرانسه قانون‌گذار در جریان دو جنگ جهانی اول و دوم، استثناتاً مشروع‌گردانیدن اطفال قربانیان جنگ را بدون تحقق ازدواج پذیرفته است. علت این استثناء این بود که ازدواج بین ابوین طفل به‌علت فوت یکی از آن‌ها در اثر جنگ خانمان‌سوز غیرممکن گردیده بود.

البته دادگاه سعی داشت که ارادهٔ متوفی را از اوضاع و احوال و شواهد و قرائن مبنی بر رضایت به ازدواج با کسی که رابطهٔ داشته و مشروع‌کردن طفل موجود در صورت زنده‌بودن وی، احراز نماید.

درصورتی‌که چنین اراده‌ای قابل احراز نمی‌بود، دادگاه رضایت ابوین متوفی را کافی دانسته، رأی بر مشروعیت طفل صادر می‌نمود.

ب ـ تحقق نسب طفل.

برای مشروع‌کردن طفل غیرقانونی، لازم است که زن و شوهر ابوین واقعی طفل باشند، یعنی هر دو نفر با طفل رابطهٔ نسبی واقعی و خونی داشته باشند.

بنابراین درصورتی‌که طفلی از نسل زن و شوهر نباشد، یا با یکی از آن‌ها رابطهٔ نسبی واقعی نداشته باشد، مشروع‌کردن امکان‌پذیر نیست.

(البته برای مواردی که طفل با زوجین رابطهٔ نسبی و خونی نداشته باشد، قانون‌گذار فرانسه فرزندخواندگی را پیش‌بینی نموده است).

---

۱. الکس ویل: حقوق مدنی. جلد اول (پرسی دالوز) شماره ۱۷۲۲.

بنابراین یکی دیگر از ارکان اساسی و شرایط ضروری مشروع‌کردن، وجود رابطهٔ نسبی واقعی بین طفل و زوجین است.

ماده ۳۳۱ ق. م برای تحقق این رابطه نسبی، طریقه دیگری غیر از شناسایی طفل، پیش‌بینی نکرده بود.

عده‌ای از حقوق‌دانان[۱] عقیده دارند که اثبات و تحقق نسب از طریقه اقامهٔ دعوی نسب و اعلام آن با صدور حکم نیز امکان‌پذیر است؛ ولی عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان[۲] و قضات محاکم[۳] تحقق نسب از راه انکار طفل از ناحیه شوهر (که نسب مادری به‌طور غیرمستقیم و لزوماً از حکم انکار ناشی می‌شود) و یا ذکر نام مادر در تصدیق انجام شده از طرف پدر، به‌شرط اقرار ضمنی مادر و نظایر آن نیز امکان‌پذیر دانسته‌اند.

اصولاً استقرار و تحقق نسب باید قبل از ازدواج صورت پذیرفته باشد. در حین اعلام ازدواج نیز ممکن است نسب طفل تصدیق گردد، که دراین‌صورت مأمورین اسناد سجلی باید تصدیق نسب طفل را در سندی جدا از سند ازدواج تنظیم نمایند.

شرط تحقق نسب قبل از وقوع ازدواج یا در حین آن، در عمل اشکالات فراوانی ایجاد نموده بود، زیرا پدر و مادرها غالباً از وظیفهٔ خود اطلاع کامل نداشته و با وجود این‌که به قصد مشروع‌کردن اطفال، با هم ازدواج می‌کردند، به تصور این‌که ازدواج برای مشروع‌کردن طفل کافی است، اقدام به تصدیق نسب طفل مزبور نمی‌نمودند و در عمل دچار گرفتاری و مشکلات زیادی می‌شدند.

با توجه به همین مشکلات، مادهٔ ۳۳۱ ق. م به‌موجب قانون مصوب ۳۰ دسامبر ۱۹۱۵ تغییر یافت و مشروع‌کردن اطفال، به‌وسیلهٔ شناسایی بعد از ازدواج نیز امکان‌پذیر گردید.[۴]

در این مورد (تصدیق بعد از ازدواج) شروط اضافی دیگر نیز قانون‌گذار نظر گرفت.

یعنی اولاً باید چنین طفلی دارای وضع ظاهری طفل مشترک زوجین از تاریخ ازدواج باشد، ولی لزومی ندارد که طفل از تاریخ تولد از این وضع ظاهری برخوردار گردیده باشد؛ زیرا چه‌بسا ممکن است اشخاص برای مخفی نگه‌داشتن نسب طفل تا

---

۱. ژان کاربنیه: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۸۱؛ الکس ویل: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۰۳۰.

۲. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم. شماره ۱۰۰۵.

3. Paris 8 janv 1944, D. A. 1944. 43. civ. Ler juin 1942, Gaz. Pal 1942. 2. 36.

۴. چنین مشروعیتی را در اصطلاح حقوقی légitimation post nuptias می‌نامند.

زمان ازدواج، او را در جای دورافتاده، به شخص ثالثی سپرده باشند، ولی بعد از وقوع ازدواج، اصولاً چنین علتی وجود نخواهد داشت.

ثانیاً صدور حکم از مرجع قضائی صلاحیت‌دار لازم بود؛ یعنی دادگاه باید پس از بررسی و تدقیق در تصدیق و احراز واقعیت، رأی خود را مبنی بر مشروعیت طفل، صادر نماید.

بعضی[۱] عقیده دارند که دخالت دادگاه فقط درصورتی ضروری است که نسب طفل به‌موجب تصدیق، تحقق و استقرار یافته باشد، ولی در صورت استقرار نسب به‌موجب رأی صادره در زمینهٔ دعوی اثبات نسب، چون دادگاه در مورد رابطهٔ نسب تحقیق لازم معمول نموده و حکم صادره کرده و حکم نیز قدرت امر مختومه را پیدا نموده است، لذا تصور تقلب در نسب ظاهراً منتفی است و دخالت مجدد دادگاه ضرورت ندارد.

تصدیق اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه از ناحیه کسی که در زمان انعقاد نطفه در علقه زوجیت بوده است، قبل از وقوع ازدواج، به استناد ماده ۳۳۵ ق. م ممنوع و چنین تصدیقی صحیح نبود.

ماده ۳۳۱ ق. م به چنین شخصی اجازه داد که فقط در حین انجام مراسم ازدواج، نسب طفل حاصل از رابطه زنا را به‌منظور مشروع‌کردن، تصدیق نماید.[۲]

ولی هرگاه یکی از ابوین این‌گونه اطفال، در زمان انعقاد نطفهٔ طفل، در قید زوجیت نباشد، او می‌تواند قبل از وقوع ازدواج، اقدام به تصدیق نسب طفل بنماید.

در مورد اول، بعضی از محاکم فرانسه، مانند دادگاه مدنی سن،[۳] تصدیق نسب طفل را چند روز قبل از ازدواج صحیح دانسته، لازم نمی‌دانست که حتماً در حین ازدواج و در همان روز، این تصدیق به‌عمل‌آید؛ ولی بعضی دیگر از دادگاه‌های مدنی فرانسه، مانند دادگاه اورلئان[۴] اظهار عقیده کرده بودند که تصدیق باید بلافاصله قبل از ازدواج انجام پذیرد.

لزوم این امر به عقیده بعضی از قضات محاکم و حقوق‌دانان، پیروی از یک عقیده افراطی بود.[۵]

---

۱. مازو دروس: حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم، شماره ۱۰۰۶.

2. Alx, 8 mars 1932, D. H 1932. 323. Rec. Sirey 1834. 2. 168; Contra Paris, 19 avr. 1934, D. P. 1934. 2. 105; note de M. Lebrun, Rec. Sirey 1934. 2. 149.

3. Seine. 11 mars 1948, Sem. Jur 1948. 11. 4547 et note J. M, Gaz. Pal 1948. 2. 151.

4. Orleans 20 jiui11 1953. Gaz. Pal 1653. 2. 353.

5. Poitiers 28 juin 1966, D. 1967, D. 13, note Gilbert.

ج ـ تولد طفل قبل از ازدواج ابوین.

شرط دیگر این است که طفل قبل از وقوع ازدواج ابوین متولد شده باشد، چه هرگاه در زمان زوجیت متولد گردد، هرچند نطفه‌اش قبل از ازدواج منعقد شده باشد، طبق رویهٔ قضائی نسب چنین طفلی مشروع است؛ یعنی در این مورد قاعده فراش اعمال می‌گردد و احتیاج به مشروع‌کردن نیست.

د ـ زنده بودن طفل در زمان ازدواج ابوین.

اصولاً طفلی که موضوع مشروع‌کردن قرار می‌گیرد، به عکس تصدیق نسب باید هنگام ازدواج ابوین، زنده باشد.

مشروع‌گردانیدن نسب طفل فوت شده، قانوناً صحیح نیست؛ مگر آن‌که برای چنین فرزندی اولاد و یا اعقابی به جا مانده باشد که دراین‌صورت، پس از مشروع‌ساختن فرزند فوت شده، بین نوه‌ها و اجداد رابطهٔ نسبی برقرار و بچه‌های فرزند مشروع شده قائم‌مقام پدر یا مادر خود گردیده، در ماترک اجداد خود سهیم خواهند شد (ماده ۷۶۱ سابق ق. م). به‌همین‌جهت مادهٔ ۳۳۱ ق. م فقط در چنین موردی مشروع‌ساختن فرزندان فوت شده را به نفع اولاد و اعقاب آنان مجاز دانسته بود.

علاوه بر شرایط اربعه فوق‌الذکر برای مشروع‌گردانیدن فرزند نامشروع، شرایط دیگری نظیر رضایت فرزند نامشروع و غیره ضرورت ندارد.

پس از اجتماع شرایط مزبور، مشروعیت فرزند غیرقانونی به‌خودی‌خود تحقق می‌پذیرد؛ مگر درصورتی‌که تصدیق نسب طفل بعد از ازدواج صورت گرفته باشد که دراین‌صورت، حصول مشروعیت منوط به صدور حکم دادگاه است.

بند چهارم ـ تشریفات صوری مشروع‌کردن اطفال نامشروع.

همان‌طور که قبلاً بیان شد، جز در موارد استثنائی، پس از اجتماع شرایط اربعه، مشروعیت نسب فرزند غیرقانونی تحقق می‌یابد و احتیاج به هیچ‌گونه تشریفات صوری یا شرایط ماهوی دیگری ندارد.

معذلک به‌منظور روشن و مشخص بودن وضع نسب طفل، باید مراتب مشروعیت در حاشیه شناسنامه او قید گردد و برای این منظور، مأمور سجل احوال در حین ثبت

واقعه ازدواج، باید دقت و مواظبت نماید تا در صورت وجود فرزند، اقدام لازم در این زمینه معمول گردد.

در صورت اطلاع پیدا نکردن یا عدم توجه مأمور ثبت‌احوال، هر ذی‌نفعی می‌تواند به‌منظور ذکر مشروعیت در حاشیه شناسنامه طفل، اقدام لازم را بنماید. به‌علاوه باید مراتب مشروعیت، به دادگاه شهرستان محل تولد طفل اطلاع داده شود تا وضع طفل در امور قیمومت و نظایر آن، مشخص و روشن باشد.[1]

بند پنجم ـ آثار مشروع‌کردن طفل غیرمشروع.

با توجه به مادهٔ ۳۳۳ ق. م فرانسه که مقرر می‌داشت: «اطفال مشروع‌شده به‌وسیله ازدواج بعدی همان حقوقی را دارند که اگر از این ازدواج متولد می‌شدند»، معلوم می‌شود که وضع حقوقی طفل مشروع‌شده، کاملاً شبیه فرزند مشروع بوده و عمل مشروع‌کردن به او صفت مشروع اعطاء می‌نماید.

بنابراین طفل مزبور می‌تواند از نام خانوادگی پدر خود استفاده کند و از حیث نفقه و حضانت، ولایت و وراثت و نظایر آن با طفل مشروع تفاوتی ندارد.

معذلک طفل مشروع‌شده با وجود شباهت فوق‌الذکر از جهات ذیل با طفل مشروع فرق دارد:

الف ـ زمان اثر مشروع‌شدن.

صفت مشروعیت از تاریخ ازدواج ابوین به طفل مشروع‌شده اعطا می‌گردد و آثار آن نیز از تاریخ وقوع نکاح ظاهر می‌شود.

بنابراین مشروعیت به‌عکس تصدیق، ایجادکننده حق جدید بود و نمی‌توانست از تاریخ انعقاد نطفه یا ولادت، صفت مشروع به طفل ببخشد.

در مشروع‌کردن بعد از ازدواج ابوین[2] که شناسایی نسب بعد از ازدواج به‌عمل می‌آید، طبق عقیده‌ای[3] اثر مشروع‌کردن از تاریخ شناسایی نسب شروع می‌گردید. زیرا قانون، مشروعیت طفل را وابسته به شناسایی نسب وی می‌دانست.

---

۱. تشریفات شناسایی نسب طفل، همان است که قبلاً بیان شده است.

2. La légitimation post nuptias.

3. trib civ. Rouen, 29 juin 1932. D. H 1932. 552.

البته در این راه‌حل، اصل عطف به ماسبق نشدن آثار مشروعیت رعایت می‌گردید. ولی عقیده رایج[1] این بود که اثر مشروعیت از تاریخ وقوع ازدواج ظاهر شده؛ یعنی تا زمان وقوع نکاح عطف می‌گردید.

این راه‌حل اخیر بیشتر به‌منظور حفظ منافع طفل اتخاذ گردیده بود.

در هر صورت مشروعیت نسبت به قبل از نکاح ابوین بی‌تأثیر بود و نمی‌توانست صفت و خصیصه نامشروع نسب طفل را از هنگام ولادت محو سازد.

بنابراین طفل مشروع‌شده نمی‌توانست سهم‌الارث یک طفل مشروع را از ارثیه موجود قبل از ازدواج ابوین با وجود این‌که هنوز تقسیم نشده باشد، مطالبه نماید.

اثر دیگر عطف به ماسبق نشدن مشروعیت این بود که به‌عکس تصدیق، نسب فرزند غیرقانونی فوت شده را نمی‌توان مشروع ساخت؛ مگر این‌که فرزند مزبور اولاد یا نواده و اعقابی از خود به‌جا گذاشته باشد که دراین‌صورت رابطهٔ نسبی مشروع، بین جد و جده و نواده‌ها ایجاد می‌گردد و آنان متقابلاً از یکدیگر ارث خواهند برد.

ب ـ قابل اعتراض بودن نسب طفل مشروع‌شده.

نسب طفل مشروع‌شده اعتراض‌پذیر است. مشروع‌ساختن نسب طفل ممکن است مورد اعتراض هر ذی‌نفعی، اگرچه نفع معنوی و اخلاقی داشته باشد، حتی ابوین طفل و خود طفل واقع شود.[2]

البته اعتراض به مشروعیت به‌طور غیرمستقیم و با طرح دعوی بطلان یکی از ارکان و شرایط اساسی تحقق مشروعیت، امکان‌پذیر می‌گردد.

یعنی به‌طور مستقیم نمی‌توان مشروعیت را مورد اعتراض قرار داد، بلکه غالباً اعتراض متوجه یکی از دو رکن اساسی مشروعیت؛ یعنی ازدواج ابوین و تحقق نسب می‌شود و در عمل بیشتر، تصدیق و تحقق نسب است که مورد اعتراض واقع خواهد شد.

مثلاً اعتراض‌کننده مدعی می‌شود که تصدیق پدر یا مادر یا هر دو صحیح نیست و طفل مشروع‌شده فرزند زوجین یا یکی از آن‌ها نمی‌باشد، که در صورت اثبات این

---

1. trib. civ Laon. 28 juill 1928. S. 1928. 2. 135.
2. Goguey, Les reconnaissances et légitimations des Complaisance' 1959.

ادعا[1] یا اثبات بطلان نکاح (به استثناء نکاح شبهه) آثار مشروعیت محو و طفل به حالت اولیه خود برمی‌گردد.

دراین‌صورت باید مفاد حکم ابطال در دفاتر ثبت‌احوال محل ولادت طفل و همچنین در حاشیه شناسنامهٔ او ثبت و ذکر گردد. اعتراض به تحقق و استقرار نسب، هرگاه نسب طفل به‌موجب حکم صادره در زمینه دعوی اثبات نسب احراز و اعلام شده باشد، فقط از راه اعتراض و شکایت از حکم اعلام‌کننده نسب پدری یا مادری امکان‌پذیر است و اگر حکم قطعی شده باشد، مصون از هرگونه تعرض خواهد بود.

برعکس در مورد مشروعیت بعد از وقوع نکاح که نسب طفل بعد از ازدواج ابوین تصدیق گردیده است، با وجود صدور حکم مشروعیت و قطعی شدن آن، به‌نظرمی‌رسد که دعوی بطلان نسب یا بطلان ازدواج ابوین امکان‌پذیر می‌باشد؛ زیرا در حقیقت حکم صادره وضع ظاهری طفل مشترک زوجین را اعلام کرده است و حکم مزبور راجع به صحت یا سقم تصدیق یا ازدواج نبوده است.

بنابراین با توجه به اعتراض‌پذیر بودن مشروعیت و زمان تأثیر مشروعیت، ملاحظه می‌شود که طفل مشروع‌شده، آن‌طور که ماده ۳۳۳ ق. م بیان داشته بود، کاملاً شبیه طفل مشروع نیست.

در خاتمه از آنجایی که قبول اعتراض به مشروعیت بدون خطر و سوءاستفاده نیست؛ یعنی اولاً ممکن است فرضاً شوهری که با کمال میل فرزند نامشروع زوجهٔ خود را تصدیق و مشروع نموده است، بعداً آن‌را وسیله تهدید و سوءاستفاده و اخاذی از مادر طفل قرار دهد، ثانیاً مشروعیت خلاف واقع، باعث خسارات زیادی به طفل مشروع‌شده گردد. به همین مناسبت بعضی از محاکم فرانسه، به‌منظور جلوگیری از شیوع تصدیق و مشروعیت‌های تقلب‌آمیز، دعوی ضرر و زیان طفل مشروع‌شده را علیه تصدیق‌کنندهٔ برخلاف واقع، می‌پذیرند.[2]

مقایسه و نتیجه.

از مطالعه و مقایسهٔ نسب ناشی از زنا در حقوق ایران و رابطهٔ جنسی خارج از ازدواج در حقوق فرانسه، به‌طور خلاصه نتایج زیر حاصل می‌گردد:

---

۱. اعتراض به شناسایی نسب با اقامه هرگونه دلیلی امکان‌پذیر است.

۲. مازو دروس: حقوق مدنی جلد اول، قسمت دوم، شماره ۱۰۱۱؛ الکس ویل: حقوق مدنی (پرسی دالور). جلد اول شماره ۱۰۳۷؛ ژان کاربینه: حقوق مدنی جلد اول، شماره‌های ۱۸۱، ۱۸۲ و ۱۸۱؛ کلن و کاپیتان: حقوق مدنی، جلد اول، شماره ۱۰۵۲.

۱ـ در حقوق ایران با توجه به حقوق اسلام و تعریف فقهاء امامیه، سه نوع زنا وجود دارد:

الف ـ زنای ساده؛

ب ـ زنای محصن و محصنه؛

ج ـ زنای با محارم.

در حقوق فرانسه روابط جنسی خارج از ازدواج سه نوع است:

الف ـ رابطهٔ جنسی آزاد که هیچ‌یک از طرفین در علقهٔ زوجیت شخصی نمی‌باشند؛

ب ـ زنای محصن یا محصنه؛

ج ـ زنای با محارم.

۲ـ اطفال ناشی از هر سه نوع زنا در حقوق ایران ولد زنا نامیده می‌شوند؛ ولی در حقوق فرانسه، طفل حاصل از رابطهٔ آزاد، طفل طبیعی ساده و اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم، به نام ولد زنای محصن یا محصنه و ولد زنای با محارم نامیده می‌شوند.

۳ـ در حقوق ایرانْ سابقاً، ولد زنا اعم از این‌که حاصل از زنای ساده یا زنای محصن و محصنه یا زنای با محارم باشد، ملحق به زانی و زانیه نمی‌شد؛ بنابراین بین ولد زنا و زانی و زانیه انفاق و توارث وجود نداشت. ولد زنا تحت ولایت زانی نبوده، حضانت چنین طفلی با زانی و زانیه نبود؛ اما طبق رأی وحدت رویه شماره ٦١٧ مورخ ١٣٧٦/٤/٣، دیوان عالی کشور، وضع تغییر کرد و فقط توارث بین ولد زنا و والدین وجود ندارد. چون از نظر بیولوژی، طفل حاصل از زنا، فرزند زانی و زانیه محسوب است؛ بنابراین نکاح بین ولد زنا و زانی یا زانیه ممنوع و حرام بوده و است.

در حقوق فرانسه وضع اطفال طبیعی و ساده و اطفال ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم متفاوت است.

استقرار نسب اطفال طبیعی ساده از راه شناسایی نسب به‌وسیلهٔ ابوین یا اثبات نسب طبیعی ساده در مراجع قضائی امکان‌پذیر است و پس از استقرار نسب مزبور، آثاری به‌شرح زیر بر آن مترتب خواهد شد:

الف ـ انفاق متقابل بین طفل طبیعی ساده و ابوین طبیعی وجود دارد؛

ب ـ حضانت و تربیت طفل طبیعی ساده با ابوین است؛

ج ـ پدر و مادر طبیعی نسبت به طفل طبیعی ساده ولایت دارند؛

د ـ طفل طبیعی ساده می‌تواند از نام‌خانوادگی پدر یا مادر طبیعی خود استفاده کند؛

هـ ـ نکاح بین طفل طبیعی ساده و ابوین وی ممنوع است؛

د ـ توارث بین طفل طبیعی ساده و ابوین وی وجود دارد؛ البته در سابق سهم‌الارث طفل طبیعی ساده، کمتر از سهم‌الارث طفل مشروع بوده است.

استقرار نسب ناشی از زنای محصن و محصنه و زنای با محارم از راه شناسایی نسب یا اثبات نسب از راه طرح دعوی در مراجع قضائی ممنوع بود؛ ولی چنین طفلی حق مطالبه نفقه از ابوین خود را داشت، اما نمی‌توانست از ابوین خود مالی زائد بر مقدار نفقه دریافت دارد.

توارث بین طفل مزبور با ابوین وجود نداشت و مانند آن بود که طفل مزبور، از ابوین ناشناس به‌وجود آمده است. درحال‌حاضر در نظام حقوقی ایران، ولد زنا فرزند طبیعی والدین است و روابط بین آنان، روابط پدرفرزندی و مادرفرزندی است و به استثنای توارث، تمامی آثار حقوقی فرزند مشروع بر ولد زنا باز می‌شود.

٤ـ در حقوق فرانسه، تأسیس حقوق دیگری به‌نام مشروع‌گردانیدن اطفال نامشروع وجود دارد که به‌موجب آن اطفال طبیعی ساده، به‌طورکلی و اطفال ناشی از زنای با محارمی که ابوین آن‌ها بتوانند با اجازه رئیس‌جمهور با هم ازدواج نمایند و اطفال ناشی از زنای محصن، به‌طورکلی و طفل حاصل از زنای محصنه درصورتی‌که از طرف شوهر یا ورثه او، طفل مزبور مورد انکار واقع شده یا نطفه این طفل در زمان جدایی قانونی زوجین منعقد شده باشد، با ازدواج ابوین (به‌شرط شناسایی نسب، درصورتی‌که قبل از ازدواج متولد شده و در زمان ازدواج زنده باشد) مشروع می‌گردند و نسب چنین اطفالی مانند طفل حاصل از نکاح قانونی، مشروع بوده و کلیه آثار حقوقی نسب مشروع بر آن مترتب می‌گردد؛ اما چنین تأسیسی در حقوق ایران وجود ندارد. البته در فرانسه بعد از اصلاحات به عمل آمده در زمینهٔ مقرّرات نسب، خصوصاً اصلاحات انجام در سال ۲۰۰۵ به بعد، کلیهٔ فرزندان طبیعی ناشی از رابطهٔ آزاد و زنای محصن و محصنه و زنای با محارم قابلیت تصدیق‌کردن و یا مشروعیت یافتن نسبت را به دست آورده‌اند.

فصل چهارم

نسب ناشی از لقاح مصنوعی

گفتار اول
تعریف و کلیات.

تلقیح مصنوعی، عبارت است از داخل‌کردن منی مرد، به‌وسیله ابزار و آلات پزشکی و یا هر وسیلهٔ دیگری، غیر از مقاربت، در رحم زن.

طفل حاصل از عمل مزبور را طفل حاصل از لقاح مصنوعی می‌نامند.

لقاح[1] لغتاً به معنای آبستن‌شدن و تلقیح به معنی آبستن‌کردن است.

بنابراین مفهوم اصطلاحی از معنی لغوی آن دور نشده است. یعنی لقاح مصنوعی عبارت است از بارورشدن و یا آبستن‌شدن زن با وسایل مصنوعی و تلقیح مصنوعی نیز عبارت است از بارورکردن زن از راه واردکردن اسپرماتوزوئید در رحم زن از طریق مصنوعی و وسایل پزشکی، بدون اینکه احتیاج به مقاربت و عمل فیزیکی دخول از طرف مرد باشد.

تلقیح مصنوعی از پدیده‌های نسبتاً جدید و زائیدهٔ دانش امروزی دنیای بشری است.

دانش پزشکی از مدتی قبل توانسته است به‌وسیله تلقیح مصنوعی، بعضی از نواقص و عیوب مرد، نظیر عنن یا انزال سریع و یا عیوب مجاری آلات تناسلی زن و مرد را

---

۱. لقح بفتحین یعنی آبستن شدن و لقاح نیز به همین معنی است.

جبران و در تولید نسل به انسان کمک شایسته‌ای بنماید و سعادت زوجین را که به عللی قادر نیستند از مسیر طبیعی صاحب فرزند گردند، تکمیل کند.

ناگفته نماند که تلقیح مصنوعی، بدواً به‌منظور اصلاح نژاد یا تکثیر نسل حیوانات اهلی، نظیر گاو و گوسفند به‌کار می‌رفت و اولین آزمایش را یکی از دانشمندان آلمانی، به نام Lud Wig Jacobi در سال ۱۷۶۵ روی ماهی‌ها انجام داد.[1]

چند سال بعد یکی از دانشمندان معروف ایتالیایی به نام پروفسور Spalanzoni که کشیش نیز بود، تلقیح مصنوعی را روی سگ‌ها آزمایش کرد و نتیجه مثبت گرفت. در نیمه اول قرن نوزدهم در روی مادیان و گاو و گوسفند، تلقیح مصنوعی عملی گردید و بالاخره در اواخر قرن نوزدهم، یکی از دانشمندان بزرگ علم‌الامراض روسی به نام Elie Ivanoff، تلقیح مصنوعی را در چهار پایان با متدی خاص، معمول ساخت که فعلاً نیز از آن روش در حیوانات استفاده می‌شود.

دنبالهٔ این آزمایشات به انسان نیز کشیده شد و کم و بیش تلقیح مصنوعی در روی زنان انجام گرفت.

چنان‌که یک پزشک انگلیسی به نام John Hunter در سال ۱۷۹۹ گزارشی در این زمینه به دولت انگلستان داده است که گزارش مزبور مضبوط است.

یکی از پزشکان فرانسوی در سال ۱۸۶۸، طی گزارش خود خاطرنشان ساخته است که در فرانسه، ده مورد تلقیح مصنوعی در روی زن‌ها انجام شده و قدیمی‌ترین آن‌ها را مربوط به سال ۱۸۳۸ دانسته است.

در اتازونی دکتر Marion Sins اولین آزمایش خود را در بیمارستان زنان نیویورک سیتی در سال ۱۸۶۶ عملی ساخت.

ده سال بعد یکی از دانشمندان فرانسوی، موسوم به J. Gerard گزارش داد از ۷۲ زنی که تلقیح مصنوعی شده‌اند، ٤۱ نفر آن‌ها از این طریقه بارور گردیده‌اند.[2]

از سال ۱۹۱٤ تقریباً موضوع تلقیح مصنوعی، کاملاً توجه علماء و پزشکان را به خود جلب نموده است.

---

1. K. Stoyanovitch, La légitimité des enfants ne par suite de l'insémination en France et aux Etats – unis d' Amerique. Revue internationale de droit comparé huitiemé anne 1956 No 2. P. 264.
2. Sur l'histoir de l'inséminaton artificielle: J. Gerard, Contribution a l'histoire de la fecundation artificelle. Paris 1885, Ploscowe, op. cit. P. 133.

در سال ۱۹۱٤ یکی از اطباء انگلیسی مقیم مصر، موسوم به دکتر جامیسون، شنیده بود که در میان بدویان طریقه‌ای برای معالجه زنان عقیم وجود دارد که گاه منجر به آبستن‌شدن زن‌ها و گاهی منتهی به فوت آنان می‌گردد.

این موضوع نظر پزشک مزبور را به خود جلب کرد و در اثر بررسی، دریافت که زنان بدوی به قطعه‌ای از پشم افسون می‌خوانند و بعد آن‌را به زن نازا می‌دهند تا به رحم خود بمالد و معتقد بودند که زن حامله می‌شود یا می‌میرد.

این پزشک پس از تحقیقات بیشتر دریافت که زنان بدوی پشم را به نطفه مردان آغشته و سپس آن‌را به زن عقیم می‌دهند تا استعمال نماید، که علاوه بر نطفه، مقدار زیادی از میکرب‌های مضر موجود در پشم وارد رحم زن می‌گردید و اگر زن دارای بنیه قوی می‌بود، در مقابل می‌کرب‌ها مقاومت می‌کرد و الا از پای درمی‌آمد و تلف می‌شد.

دکتر جامیسون پس از خاتمه جنگ جهانی اول به انگلستان مراجعت کرد و به‌خاطر او چنین رسید که به‌وسیله تلقیح مصنوعی (که قبلاً آزمایش شده بود و بدویان و صحرانشینان نیز به‌عنوان ورد و جادو از آن استفاده می‌کردند) و از راه صحیح علمی، هزاران زن را که در آتش حسرت مادرشدن می‌سوختند بارور کند و به‌وسیلهٔ لوله آزمایش، نطفه مرد را به رحم زن منتقل نماید، تا به این وسیله خانواده‌های زیادی را که در اثر نداشتن فرزند، تهدید به نابودی و متلاشی‌شدن می‌گردیدند، نجات دهد و در این رهگذر، گاهی به‌علت بی‌ثمر بودن منی شوهر، از نطفه مردان بیگانه استفاده می‌نمود.[۱]

رواج تلقیح مصنوعی در انگلستان و هجوم زنان بی‌فرزند به بیمارستان‌های لندن، موجب شد که موضوع تلقیح مصنوعی در مجلس عوام انگلستان مطرح و وزیر بهداری وقت، استیضاح و دولت تخطئه گردد که چرا تولد این‌گونه اطفال را مانند سایر اطفال شرعی و قانونی به ثبت می‌رسانند.[۲]

با وجود اعتراضات زیاد، امروزه در انگلستان اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی به‌طور فراوان مشاهده می‌گردد.

---

۱. مجله صبا، دوره پنجم، شماره ۸.
۲. مجله خواندنی‌ها، شماره ۷۲.

در بعضی از ممالک جهان موضوع لقاح مصنوعی موجب اعتراض شدید مردم به دولت گردیده و در پاره‌ای از این کشورها، سعی شده است که از اشاعه آن جلوگیری شود.

در کشور ایتالیا، در شهر واتیکان پاپ رهبر کاتولیک‌های جهان، تلقیح مصنوعی را تحریم نمود.

ولی بعضی از کشورهای اروپایی و امریکایی، عمل تلقیح مصنوعی را مباح دانسته‌اند. چنان‌که در ایالات متحده امریکا، رواج فراوان دارد.[1]

پزشکان فرانسه در صورت توافق زن و شوهر، به تلقیح مصنوعی اقدام می‌نمایند.

گفتار دوم
اقسام لقاح مصنوعی.

ممکن است تلقیح مصنوعی با نطفه و اسپرماتوزوئید شوهر انجام گیرد یا با نطفه مرد بیگانه؛ بنابراین لقاح مصنوعی بر دو قسم است:

الف ـ لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر؛

ب ـ لقاح مصنوعی با اسپرم مرد اجنبی.

ذیلاً جواز یا حرمت هریک از اقسام لقاح مصنوعی فوق‌الذکر و وضع حقوقی اطفال ناشی از آن را طی دو بند مورد مطالعه و بررسی قرار خواهیم داد.

بخش اول ـ لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر و وضع اطفال ناشی از آن.

گاهی اتفاق می‌افتد با وجود این‌که مواد منی و نطفه شوهر، قدرت بارورکردن[2] و آبستن‌نمودن زن را دارد، معذلک به عللی نظیر عنن یا انزال سریع در مرد یا به‌علت نواقص موجود در آلت تناسلی مرد یا عیب موجود در ساختمان مهبل و یا زهدان زن، حامله‌شدن او در حالت طبیعی و از مجرای عادی امکان‌پذیر نیست که در این‌صورت به کمک دانش پزشکی و وسایل مصنوعی، اسپرماتوزوئید شوهر گرفته و به زن تلقیح می‌گردد.

---

1. K. Stoyanovitch. La légitimité des enfants né par suite de 1'insémination artificielle... R. 1. D. huiteme anneé. No 2. 1956. P. 262.
2. Fertilisation

در این‌صورت اگر زن به‌وسیلهٔ لقاح مصنوعی، از منی شوهر خود حامل شود، آیا طفل ناشی از این لقاح مشروع است یا خیر؟

در قانون مدنی ایران، به‌علت تازگی مطلب، مانند بسیاری از کشورهای دیگر جهان، مقرراتی در زمینهٔ موضوع لقاح مصنوعی و جواز یا ممنوعیت آن و مشروعیت یا عدم مشروعیت طفل حاصل از آن پیش‌بینی نشده است؛ ولی با توجه به اصول کلی حقوقی و اصاله‌الاباحه و عدم منع قانونی، می‌توان گفت که لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر در حقوق ایران جایز است و با توجه به مواد مربوط به نسب،[1] نظر به این‌که طفل حاصل از اسپرماتوزوئید شوهر واجد تمام شرایط نسب قانونی می‌باشد، لذا طفل مزبور مشروع و قانونی بوده و کلیه آثار طفل حاصل از نزدیکی طبیعی زن و شوهر بر چنین طفلی مترتب می‌گردد. یعنی نزدیکی جنسی مذکور در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق. م با اعتبار این‌که سبب انعقاد نطفه می‌گردد، مورد نظر قانون‌گذار واقع شده است و الا خصوصیتی در نزدیکی و مواقعهٔ زوجین ملحوظ نمی‌باشد تا در نسب مؤثر واقع گردد؛ زیرا درغیراین‌صورت می‌بایستی طفل متولد از تفخیذ زن و شوهر، منتسب به پدر نباشد و حال آن‌که طفل مزبور هم شرعاً (از نظر فقهای اسلام) و هم عرفاً (از نظر قانون مدنی و حقوق‌دانان ایران) مشروع بوده و به پدر ملحق خواهد شد.

بعضی از مراجع تقلید و فقهای اسلام، از جمله مرحوم آقای آیت‌الله گلپایگانی، طبق استفتائی که به‌عمل آمده است، عقیده داشتند که:

«برحسب مستفاد از ادلهٔ شرعیه نطفهٔ مرد، به هر نحو در رحم حلیله خودش (حلیله‌اش) قرار بگیرد، جایز است و اولاد ملحق به مرد و حلیله است و توارث از طرفین ثابت است...».[2]

طبق عقیده مزبور، اولاً تلقیح مصنوعی با اسپرماتوزوئید شوهر، شرعاً جایز است؛ ثانیاً طفل متولد از این تلقیح، به زوجین ملحق می‌گردد و ثالثاً توارث بین طفل و زوجین ثابت است و از هر حیث طفل مزبور با طفل حاصل از نزدیکی یکسان بوده و فرقی بین آنان وجود ندارد.

---

۱. مواد ۱۵۱۸ تا ۱۱۶۷ ق. م.

۲. آیت‌الله محمدرضا الموسوی گلپایگانی، به تاریخ ۴ ربیع‌الثانی ۱۳۸۸ هجری.

عده‌ای دیگر از فقهای معاصر در خصوص جواز یا حرمت تلقیح مصنوعی، چنین می‌گویند: «ان کان التلقیح بماءالرجل لزوجه، کان ذالک عملا مشروعاً علی ما استقف علیه...».[۱]

البته بعضی از فقهاء و مراجع تقلید، از جملهٔ آقای آیت‌الله میلانی، معتقد بودند که اصولاً تلقیح مصنوعی جایز نیست؛ ولی طفل حاصل از آن متعلق به صاحب ماء است.

مرحوم آیت‌الله بروجردی تلقیح منی زوج به زوجه را محل تأمل و اشکال می‌دانستند.

آقای دکتر امامی معتقدند که طفل متولد از لقاح مصنوعی، از منی شوهر قانونی است و نزدیکی تأثیری در نسب قانونی ندارد.[۲]

در حقوق فرانسه و در قانون مدنی سابق و فعلی آن، در زمینه تلقیح مصنوعی مقرراتی پیش‌بینی نشده است، ولی کمیسیون اصلاح قانون مدنی که به ریاست یکی از علماء و دانشمندان معروف حقوق، به نام ژولیو دولاموراندیر[۳] تشکیل شده بود، پیشنهاد کرد در بند دوم ماده ٤۹۰، طرح پیشنهادی اضافه گردد که نفی ولد پذیرفته نمی‌شود، اگر به هر وسیله‌ای ثابت گردد، طفل از راه تلقیح مصنوعی، خواه اسپرم شوهر و خواه شخص بیگانه با رضایت کتبی شوهر به‌وجود آمده است.

هرچند طرح کمیسیون مزبور اصولاً به‌علت مخالفت مجلسین ملی و سنای فرانسه به تصویب نرسیده و معلق مانده است، ولی عملاً و برحسب رویه متداوله طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر که در زمان زوجیت متولد و یا نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد می‌گردد، مشروع محسوب است؛ زیرا تمام شرایط مشروعیت را از نظر حقوقی و عملی واجد است[٤] و ضمناً طبق ماده ۳۱۲ ق. م. ف چنین طفلی مشروع و قانونی است و شوهر نمی‌تواند به این عنوان دعوی انکار ولد اقامه نماید، زیرا همان‌طور که قبلاً بیان گردید، انکار طفل در موارد خاصی پذیرفته می‌شود و لقاح مصنوعی از موارد پذیرش دعوی انکار نمی‌باشد.

---

۱. سید محمدصادق الحسینی الروحانی، کتاب المسائل المستحدثه، جلد اول، بحث التلقیح الصناعی، ص ۶ و ۷.
۲. آقای دکتر امامی، حقوق مدنی، جلد پنجم، ص ۱۸۴ و ۱۸۵.
3. Julliot de la Morandiere.
4. J. C. P. L,insémination artificielle. Par Merger. 1957. 1389.
۴. مراجعه شود به مبحث انکار در حقوق مدنی فرانسه.

در بند ۳ مادهٔ ۱۲٤٤ قانون بهداشت عمومی مصوب ۱۵ ژوئن ۲۰۰۰ میلادی اعلام گردیده است تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه ممنوع است.

بخش دوم ـ تلقیح مصنوعی با اسپرم مرد بیگانه.

ممکن است قدرت بارورکردن از مواد منوی و نطفه شوهر سلب گردیده باشد. یعنی اصلاً اسپرماتوزوئیدل یا مادهٔ حیاتی در نطفه مرد وجود نداشته و دستگاه اسپرم‌سازی وی معیوب و فاسد گردیده باشد و یا در نطفه‌اش اسپرماتوزوئید زنده و کامل که موجب بارورشدن تخمک زن است، یافت نشود و به‌عبارت دیگر مرد عقیم باشد. که دراین‌صورت، لقاح مصنوعی با نطفهٔ شوهر بی‌نتیجه خواهد بود و ممکن است پزشک از اسپرم و نطفه مرد اجنبی برای لقاح مصنوعی و بارورکردن زن استفاده نماید.

در اینجا لازم است مطالعه نماییم، تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه جایز است یا خیر؟ و اگر طفلی در نتیجهٔ چنین اقدامی به‌وجود آید، به چه کسی یا کسانی ملحق می‌گردد و وضع حقوقی وی چگونه خواهد بود.

جواز یا حرمت لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه.

با وجود این‌که موضوع لقاح مصنوعی از مسائل جدیده و مستحدثه است و در فقه اسلام و بین فقهای بزرگ، در این زمینه بحثی به میان نیامده است، معذلک می‌توان با دلایل و وجوه زیر به حرمت لقاح مصنوعی با منی مرد اجنبی از نظر اسلام اظهار نظر نمود.

دلیل اول ـ شرع مقدس اسلام درباره حفظ فروج، خصوصاً فروج زنان سفارش زیادی کرده و دستورات اکیدی در این زمینه صادر و فرج زن را بر هیچ‌کس بدون اجازه شرعی و انجام عقد نکاح مباح ندانسته است.

چنان‌که در آیه شریفه چنین آمده است: «قل للمومنات یغضضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن[1]».

این آیه دلالت بر حرمت تلقیح مصنوعی با منی مرد اجنبی و بیگانه دارد؛ زیرا آیه مزبور متضمن امر به حفظ فرج است و چون از متعلق حفظ در این آیه ذکری نشده و

---

۱. آیه ۳۰ از سوره نور؛ «به زنان پیرو خدا بگو که چشم (از نابکاری‌ها و دیدن بیگانه به شهوت) فرو پوشانند و فروج (آلت تناسلی) خویشتن را (از زشتی‌ها) نگه‌دارند».

عدم متعلق حفظ، افاده عموم می‌کند، لذا مقتضی آیه فوق‌الذکر لزوم حفظ فرج از هر چیزی، حتی تلقیح می‌باشد.

بنابراین نباید تصور کرد که منظور آیه کریمه تنها حفظ فروج از مقاربت و نزدیکی نامشروع و ارتکاب عمل زنا است، بلکه مقصود از محافظت علاوه بر خودداری و جلوگیری از نزدیکی نامشروع که فرد غالب آن است، عبارت از نگهداری فرج از مساحقه یا هرگونه تماس نامشروع دیگر، نظیر عمل تلقیح می‌باشد.

ممکن است با توجه به آیه مذکور، گفته شود اگر شوهر که محرم تمام بدن زوجه خود است و یا خود زوجه عمل تلقیح را انجام و نطفه مرد اجنبی را در رحم قرار دهد، مشمول آیه مزبور نمی‌باشد، ولی در تفسیر این آیه نصوصی وارد شده است که حرمت این عمل را کاملاً روشن می‌نماید و این نصوص آیات ۵، ٦ و ۷ از سوره مؤمنون است که می‌فرماید:

«وَالَّذینَ هُمْ لِفُروجِهِمْ حافِظون.[۱] إِلّاعَلیٰ اَزْواجِهِمْ... فَإِنَّهُمْ غَیْرُ مَلُومین.[۲] فَمَنِ ابْتَغیٰ وَرآءَ ذالِکَ فَاُولائِکَ هُمُ الْعادُونَ».[۳]

با توجه به آیات مذکور کاملاً محرز می‌گردد، هر عملی که با حفظ فروج منافات داشته باشد، تجاوز از حدود مقررات شرعی و حرام است. مخصوصاً با توجه به جمله «فَمَنِ ابْتَغیٰ وَرآءَ ذالِکَ فَاُولائِکَ هُمُ الْعادُونَ» کاملاً روشن می‌گردد که غیر از ازدواج و اجازه شرعی و قانونی، هیچ‌گونه عملی در فرج، خصوصاً تلقیح مصنوعی مجاز نمی‌باشد.

دلیل دوم ـ دلیل دیگر بر حرمت تلقیح مصنوعی، نصوصی هستند که دلالت دارند بر حرمت انزال در فرج زنی که بر انسان حرام است.

طبق نصوص مزبور، قرار گرفتن نطفه اجنبی در رحم زن اجنبیه حرام است[٤] و اهم این نصوص عبارتند از:

الف ـ خبرعلی بن سالم از امام صادق علیه‌السلام که فرموده است «ان اشد الناس عذاباً یوم‌القیامه، رجل اقر نطفته فی رحم یحرم علیه».[۵]

---

۱. آیه ۵ از سوره مؤمنون: رستگار شدند آنان‌که فروج و اندامشان را از عمل حرام نگاه می‌دارند.
۲. آیه ۶ از سوره مؤمنون: مگر بر جفت‌هایشان ... که در این‌صورت هیچ‌گونه ملامتی بر آن‌ها نیست.
۳. آیه ۷ از سوره مؤمنون: پس کسانی که غیر از این بخواهند از ستمکاران و متجاوزان هستند.
۴. الوسائل، الباب ۴، من ابواب النکاح المحرم و ما نیاسبه.
۵. بزرگ‌ترین گناه مرد این است که قرار بدهد نطفه خود را در رحم زنی که بر او حرام می‌باشد.

ب ـ مرسل صدوق است که پیغمبر اسلام صلی‌الله علیه و آله فرموده: «لن یعمل ابن آدم عملاً اعظم عندالله عزوجل من رجل قتل نبیاً او اماماً اوهدم الکعبه التی جعلها الله قبله لعباده او افرغ مائه فی امرأه حراما».[1] با توجه به روایت و حدیث فوق، اهمیت موضوع کاملاً روشن می‌گردد.

شاید بتوان گفت که روایت و حدیث مزبور ظاهراً دلالت دارند به مقاربت و نزدیکی غیرمشروع مرد و زنی که رابطه زوجیت بین آنان وجود ندارد، ولی می‌توان گفت که استقرار نطفه حرام و غیرحلال به هر شکل در رحم زن مطلقاً حرام و ممنوع است و استدلال نزدیکی و مقاربت زن و مرد به تنهایی در اینجا استدلال صحیح و عقلائی نخواهد بود.

دلیل سوم ـ این است که در شرع مقدس اسلام امر فرج و آلت تناسلی زن از آنجایی‌که مبدأ تکون طفل است، مسئلهٔ با اهمیتی تلقی گردیده و بر شخص مباح نمی‌گردد، مگر به اذن شارع و اجازهٔ شرعی. پس به مجرد احتمال حرمت کافی است که احتیاط و امتناع لازم گردد.[2]

در این زمینه روایاتی نیز وارد گردیده است از جمله:

اول ـ صحیح شعیب الحداد است که گفت «قلت لابی عبدالله علیه‌السلام رجل من موالیک یقرئک السلام و قدارادان یتزوج امرأه وقد وافقته و اعجبه بعض شأنها و قد کان لها زوج فطلقها علی غیرالسنه و قدکره ان یقدم علی تزویجها حتی یستأمرک فتکون انت تأمره. فقال ابوعبدالله علیه‌السلام هوالفرج و امر الفرج شدید و منه یکون الولد و نحن نحتاط فلا یتزوجها».[3]

«گفتم بابی عبدالله علیه‌السلام، یکی از دوستان شما سلام می‌رساند و قصد تزویج با زنی دارد که توافق حاصل است و از آن زن خوشش می‌آید و بوده است برای آن زن شوهری، پس طلاق داده است او را به غیر سنت و روش اسلام و مرد کراهت دارد که اقدام به ازدواج با آن زن بنماید و از شما دستور می‌خواهد. چه دستوری می‌دهید.

ابوعبدالله علیه‌السلام فرمود، مسئله فرج در بین است و موضوع فرج، مسئله مهمی است و از آن طفل متولد می‌گردد و ما احتیاط می‌کنیم، پس ازدواج نکند با آن زن».

---

۱. بزرگ‌ترین گناه بنی‌آدم در نزد خدا، کشتن پیغمبر یا امام یا ویران‌کردن کعبه (قبله‌گاه) بندگان خدا و قرار دادن نطفه در رحم زنی که بر انسان حرام است، می‌باشد.

۲. کتاب المسائل المستحدثه، تألیف آیت‌اله محمد صادق الحسینی الروحانی، جلد اول، ص ۸

۳. الوسائل الباب ۱۵۴، من ابواب مقدمات النکاح در آدابه.

دوم ـ خبر العلابن سیابه از حضرت صادق علیه‌السلام است در مورد زنی که به مردی وکالت داده تا او را به مرد دیگری تزویج نماید.

حضرت در این مورد فرمود: «ان النکاح احری و احری ان یحتاط فیه و هو فرج و منه یکون الولد» یعنی نکاح امر مهمی است و سزاوار آن است که در آن احتیاط شود. زیرا در نکاح مسئله فرج مطرح است و از آن ولد به‌وجود می‌آید.

با توجه به دلایل فوق‌الذکر، چون فرج مبدأ تکون طفل است، حتی در امر ازدواج احتیاط لازم دانسته‌اند. لذا اگر در جواز تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه شک نماییم، راهی برای اجرای اصل برائت و اباحه وجود ندارد؛ بلکه رعایت احتیاط دراین‌گونه موارد، مورد اتفاق علماء و فقهاء است؛ بنابراین اولی و اظهر عدم جواز تلقیح با نطفهٔ مرد اجنبی است.[۱]

مرحوم آیت‌الله بروجردی در زمینهٔ تلقیح مصنوعی چنین اظهار عقیده نموده‌اند:

«آنچه از مفاهیم ادله و بعضی مناطیق آن‌ها مستفاد می‌شود، این است که تلقیح مصنوعی منی مرد اجنبی بر مرئه اجنبه، خواه دارای زوج باشد یا نباشد، حرام است و در بعضی صور آن احکام ولد زنا ثابت است و در بعضی صور احکام ولد شبهه و اما تلقیح منی زوج به زوجه پس حکم آن محل تأمل و اشکال است و الله العالم به حقایق احکامه».[۲]

مرحوم آقای آیت‌الله میلانی، یکی از مراجع تقلید معاصر شیعیان، در این زمینه چنین عقیده داشتند:

«از ظواهر آیات و روایات، دربارهٔ لقاح اختیاری (مصنوعی) چیزی به نظر نرسیده است، ولی از لحن الخطاب و ذوق فقهی می‌توان گفت که یقیناً جایز نیست».

آقای آیت‌الله گلپایگانی در مورد تلقیح مصنوعی چنین اظهار کرده‌اند: «برحسب مستفاد از ادله شرعیه، نطفهٔ مرد به هر نحو در رحم حلیله خود قرار بگیرد، جایز است و اولاد ملحق به مرد و حلیله و توارث از طرفین ثابت است و قرار دادن نطفه مرد در رحم اجنبیه جایز نیست، چه با شوهر و چه بی‌شوهر».

در مصر علامه شلتوت در خصوص تلقیح مصنوعی چنین اظهار عقیده نموده است: «ان التلقیح الصناعی افظع جزما من‌التبنی». یعنی تلقیح مصنوعی به‌طور مسلم از

---

۱. المسائل المستحدثه، جلد اول، ص ۹، تألیف آیت‌الله سید محمدصادق الحسینی الروحانی.

۲. پایان‌نامه دوره لیسانس، به نام جنبه حقوقی لقاح مصنوعی، نگارش حسین کاظم‌زاده، ص ۴۵، چاپ نشده.

فرزندخواندگی پست‌تر است. پاپ رهبر کاتولیک‌های جهان، چنان‌که قبلاً نیز متذکر شدیم لقاح مصنوعی را تحریم کرده است.

کشیش‌های کلیساها در این مورد، به دو دسته تقسیم شده‌اند:

عده‌ای معتقدند که لقاح مصنوعی یکی از خطاها و زشتی‌های پاک‌نشدنی است که بر جبین بشر نقش بسته است و این اقدام شبیه زنائی است که صورت مصنوعی به خود گرفته است و این‌گونه اعمال بشریت را به درجات پست حیوانی تنزل می‌دهد؛ زیرا فقط حیوانات هستند که در جستن جنس نر قانون معینی را نمی‌شناسند و تداخل انساب برای آنان فاقد اهمیت و ارزش است.

به‌علاوه لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه، موجب تشتت و پراکندگی کانون خانوادگی است، یعنی این اقدام علاوه بر آنکه آرامش خانواده‌ها را متزلزل می‌گرداند، هیچ‌گونه محبتی بین زن و شوهر و طفل حاصل از آن ایجاد نخواهد کرد. به‌عبارت‌دیگر غیر از هرج و مرج حقوقی، بر این عمل فایده‌ای مترتب نمی‌شود.

عده‌ای دیگر به‌عکس معتقدند که موهبت مادری، از مواهب الهی است که خداوند هرگز هیچ زنی را از نعمت و لذت مادری محروم نکرده و سعادت مادربودن را از او سلب نمی‌نماید. به‌علاوه وجود طفل سبب همبستگی و اتحاد بیشتر اعضای خانواده و گرمی خانوادگی است.[1]

برحسب اظهارنظر یک پزشک زن انگلیسی، طبق آمار دقیق، به‌تدریج در شوهر نسبت به طفل حاصل از تلقیح مصنوعی محبت و علاقه ایجاد خواهد شد و شوهر می‌تواند چنین طفلی را در ذهن خود جانشین و جایگزین فرزند حقیقی و واقعی که از اسپرم او و از مجرای طبیعی او به‌وجود آمده باشد، بنماید.

در کشور فرانسه، اطباء در صورت توافق زوجین لقاح مصنوعی را جایز دانسته و اقدام به تلقیح خواهند کرد. بعضی از حقوق‌دانان فرانسه معتقدند که برای اظهار عقیده در زمینه جواز یا ممنوعیت لقاح مصنوعی باید از نظر اخلاقی و اجتماعی مطالعات عمیقی به‌عمل‌آید.[2] زیرا با توجه به عواقب آن اظهارنظر در این زمینه مخاطره‌آمیز است و اگر بدانیم که ممکن است تلقیح مصنوعی معمول‌شده و رسماً رواج پیدا خواهد کرد، این امر مسلماً سبب بی‌نظمی و اغتشاش اجتماعی و حقوقی خواهد گردید.

---

۱. پایان‌نامه دوره لیسانس، جنبه حقوقی تلقیح مصنوعی. نگارش حسن کاظم‌زاده، ص ۴۸، چاپ نشده.

2. M. Ripert. Les forces creatrices du droit' no 62.

بعضی دیگر از حقوق‌دانان از جمله رنه‌ساواتیه روی آثار و نتایج تلقیح مصنوعی مطالعه نموده و بدون این‌که درباره ارزش و جواز یا حرمت آن بحثی بنماید، می‌گوید حقوق مدنی آینده از نظر اصول نمی‌تواند آن‌را نادیده گرفته و انکار نماید و بالاخره در مبحث انطباق حقوق مدنی با پیشرفت‌های زیست‌شناسی دو اصل مفروض قانونی را که هر تولدی لزوماً ناشی از مقاربت بدنی پدر و مادر است و ابوت جز در نتیجهٔ ارتباط جنسی و تماس بدنی پدر و مادر در زمان انعقاد نطفه، تحقق نمی‌یابد، کهنه و در حدود معلومات زمان وضع و تدوین قانون مدنی فرانسه (سال ۱۸۰٤) دانسته است.[1]

ساواتیه درخصوص لقاح مصنوعی معتقد نیست که حقوق مدنی در آینده از آن یک تأسیس حقوقی نظیر ازدواج و غیره بسازد، بلکه می‌گوید باید به امکان این عمل و آثار آن مانند قرابت طبیعی توجه داشت.

بالاخره عده‌ای از مخالفین تلقیح مصنوعی این عمل را برخلاف اخلاق حسنه و مذهب دانسته و برای جامعه مضر می‌دانند.

چنان‌که در گزارش تقدیمی به آکادمی علوم اخلاقی و سیاسی فرانسه[2] در تاریخ ٦ مه ۱۹٤۹ چنین اظهار عقده شده است: «طفلی که به‌طور مصنوعی در خانواده‌ای به‌وجود آمده و از نام خانوادگی پدر مزبور بهره‌مند می‌گردد، آسایش و آرامش خانواده و زندگی زناشویی را متزلزل می‌گرداند».

زیرا اقدام به تلقیح مصنوعی، زن و شوهر را دائماً در معرض تصادمات روحی و برخوردهای روانی قرار می‌دهد و مخصوصاً اگر طفل با مشخصات و خصوصیاتی که مورد آرزوی زوجین بوده است متولد نشود، این تصادم شدیدتر می‌گردد. به‌علاوه پدر نمی‌تواند خود را با محیط جدید تطبیق نموده و نسبت به طفلی که در واقع برای او بیگانه است، علاقه نشان دهد.

علاوه‌براین ممکن است طفل حاصل از لقاح مصنوعی، بدون اطلاع و ندانسته در اثر ازدواج، مرتکب زنای با محارم شود. یعنی با یکی از محارم پدری (پدر واقعی) رابطهٔ جنسی برقرار نماید که ارتباط جنسی، اخلاقاً زشت و زننده بوده و از نظر مذهب نیز جایز نیست».

---

1. R. Savatier: Les metamorphosés économiques et sociales du droit civil anjourd'hui. nos 173 et 210 à 214 bis.
2. L'Academie des science morales et politiques.

موافقین لقاح مصنوعی معتقدند که وقتی شوهر رضایت به لقاح مصنوعی می‌دهد، مسلماً علاقه زیادی به داشتن فرزند دارد.

در چنین حالتی علاوه بر این‌که به طفل حاصل از لقاح مصنوعی علاقه‌مند می‌شود، ضمناً می‌تواند احساس کمبود را در محیط زندگی جبران نماید. مضافاً به این‌که بدین‌وسیله سعادت خانواده تکمیل و آرامش زندگی زناشویی تأمین و گاهی نیز از ارتکاب زنا جلوگیری می‌گردد.[1]

البته زن و مرد متأهل یا مجرد مجبور نیستند که به تلقیح مصنوعی متوسل گردند؛ زیرا در فرانسه و بسیاری از کشورهای دیگر اروپایی و امریکا، فرزندخواندگی و قبول فرزندخوانده، پذیرفته شده است.

ناگفته نماند که فرزندخواندگی مشکلات و محظوراتی دربردارد که در تلقیح مصنوعی مشکلات مزبرو وجود نخواهد داشت.

مثلاً چون فرزندخوانده را از مؤسسات تعاون عمومی و خیریه، به فرزندخواندگی می‌پذیرند و غالباً ابوین واقعی طفل مجهول‌الهویه می‌باشند، لذا این گونه اطفال از نظر اخلاقی و جسمی با سلیقه و ذوق قبول کننده تطبیق نکرده و از این حیث برای قبول کنندگان تضمینی وجود ندارد و از طرف دیگر، اگر پدر و مادر واقعی طفل مشخص باشند، در این صورت فرزندخوانده دارای دو پدر و مادر خواهد بود (پدر و مادر واقعی و پدرخوانده و مادرخوانده).

ولی در تلقیح مصنوعی، این گونه مشکلات وجود خارجی ندارد. یعنی بدواً پزشک یا سرویس پزشکی که اقدام به تلقیح مصنوعی می‌نمایند، مواظبت و مراقبت لازم راجع به انتخاب کسی که نطفهٔ او را برای تلقیح در نظر گرفته‌اند، به عمل می‌آورند و به علاوه ممکن است، وقت کنند که شخص ثالث یعنی اسپرم دهنده از نظر فکری و جسمی و روانی با خصوصیات شوهر آن زن تا اندازه‌ای هماهنگی داشته باشد.

از طرف دیگر، اسپرم دهنده و زوجین، ابداً همدیگر را نمی‌شناسند و فقط پزشک مربوطه است که زوجین و اسپرم دهنده را می‌شناسد که او نیز طبق وظیفهٔ شغلی خود، موظف به مخفی نگهداشتن اسرار مزبور می‌باشد. به همین دلیل، عدهٔ زیادی به تلقیح مصنوعی متوسل می‌شوند و کمتر اقدام به قبول فرزندخوانده می‌نمایند.

---

1. J. C. O. M. Merger: L'insémination artificielle 1957. 1389.

با وجود این که تلقیح مصنوعی در مقام مقایسه با فرزندخواندگی، دارای تمام این مزایا می‌باشد، معذلک نمی‌تواند از خطرات آینده جلوگیری کند. مثلاً به علت مخفی بودن اقدامات تلقیح مصنوعی، ممکن است که طفل حاصل از اسپرم بیگانه از راه لقاح مصنوعی، با یکی از فرزندان مشروع صاحب اسپرم، بدون اطلاع از جریان امر، ازدواج کند و بدین وسیله با یکی از محارم نسبی خود رابطهٔ جنسی برقرار نماید. هر چند ظاهراً اگر وجود قرابت نسبی مسلم نباشد، ازدواج بین دو نفر اخلاقاً و شرعاً و قانوناً به نظر بی‌اشکال می‌آید ولی از آنجایی که هیچ یک از مقررات شرعی و قوانین الهی بدون حکمت نیست، امکان دارد که اقدام مزبور از نظر زیست‌شناسی و قوانین بیولوژی مخاطرات و معایبی داشته باشد که هنوز در امر خلقت بر بشر مکشوف نگردیده است.

برای جلوگیری از این گونه اتفاقات، ممکن است مؤسسات پزشکی برای اطفال حاصل از لقاح مصنوعی، شناسنامه اخذ و یا مشخصات واقعی طفل را در دفتر خود ثبت نمایند تا در موقع ازدواج، مقام صلاحیت‌دار مراتب را از مؤسسات پزشکی مزبور سؤال نماید و در صورت وجود مانع، از ازدواج امتناع گردد. البته این طرز کار خطر آشکار شدن موضوع تلقیح مصنوعی را در بر داشته و سبب مشخص شدن اسپرم دهنده و زن ملحوقه می‌گردد.[1]

کنگرهٔ حقوقدانان اروپای شمالی که در سال ۱۹۵۱ تشکیل شد، در زمینه لقاح مصنوعی به توافق نرسید و نتوانست، اصلی را اعلام نماید تا ملاک عمل کشورهای متبوعه واقع شود.[2]

در امریکا، انجمن امریکایی مطالعهٔ نازایی آتلانتیک سیتی[3] با ۷۹ رأی موافق در مقابل ۸ رأی مخالف، اعلام نمود که تلقیح مصنوعی، تحت بعضی شرایط روانی و پزشکی، وقتی زن و شوهرهای قانونی بدون اولاد می‌مانند، موافق اخلاق و قابل پذیرش است.[4]

---

1. K. Stoyanovitch, La légitimité des enfants ne par suite de I,insémination artificelle. R. I. D. C. 1956.No 2. P. 265 et S.
2. Ivar strahi. Le congrés des Juristes Nordiques no 3. in Rev. intern de dr compare 1652. P. 259 et S.
3. La Société Americanine d, Etudes de la sterilité d, Atlantic city
4. Journal La hea, 7 Juin 1955

موضوع تلقیح مصنوعی در نهمین کنگره بین‌المللی جزا که به مدت یک هفته از ۲۴ الی ۳۰ اوت ۱۹۶۴ در شهر لاهه، پایتخت هلند تشکیل شده بود،[1] مورد بحث و بررسی قرار گرفت. شعبه دوم کنگرهٔ مزبور که نسبت به جرائم علیه خانواده‌ها و جرائم ناموسی مطالعه و بررسی می‌کرد، موضوع تلقیح مصنوعی را چنین مورد بحث و گفتگو قرار داد.

چون در این اواخر عده‌ای به وسیلهٔ تلقیح مصنوعی صاحب فرزند می‌شوند، مسایل ناشی از این امر درخور بررسی می‌باشد. مسأله باید از دو نظر مورد توجه واقع شود: یکی در موردی که حاملگی زن به وسیلهٔ نطفهٔ شوهر صورت می‌گیرد و دیگر در موردی که حاملگی به وسیلهٔ نطفهٔ شخصی غیر از شوهر صورت می‌پذیرد.

در فرض اول، در صورتی که زن و شوهری بخواهند، صاحب فرزندی شوند ولی شوهر بدون این که عقیم باشد، نتواند وظایف زناشویی را انجام دهد، نطفهٔ وی به

---

۱. نهمین کنگره بین‌المللی حقوق جزا در سال ۱۹۶۴ در شهر لاهه، پایتخت کشور هلند با حضور قریب ۵۰۰ نفر از نمایندگان ۵۵ کشور جهان تشکیل شد. نمایندگان مذکور اغلب از بین اساتید دانشگاه، قضات و وکلای دادگستری و حقوقدانان انتخاب شده بودند و بعضی از هیأت‌های نمایندگی از جمله هیأت نمایندگان تونس و یونان را وزرای دادگستری کشورهای مذکور سرپرستی می‌کردند و بیشتر شرکت‌کنندگان، نماینده‌های رسمی دولت‌های متبوع خود بودند و گروهی بر حسب میل و ذوق شخصی در کنگره شرکت کرده بودند. کنگره بین‌المللی حقوق جزا، تحت نظر انجمن بین‌المللی حقوق جزا، هر سه سال یک بار در یکی از کشورهای عضو جامعه تشکیل می‌شود. چنان که هشتمین کنگره در سال ۱۹۶۱ در شهر لیسبن، پایتخت کشور پرتقال و هفتمین کنگره در سال ۱۹۵۸ در شهر آتن، پایتخت کشور یونان تشکیل شد. موضوعاتی که معمولاً در این کنگره‌ها مورد بحث قرار می‌گیرد، از موضوعات جالب و مهم حقوق جزا است. طرز کار این کنگره این است که مدت‌ها قبل از تشکیل و انعقاد کنگره، موضوعات مورد بحث در اختیار کشورهای مختلف جهان، قرار می‌گیرد تا هر کشور بتواند، در فرصت کافی نسبت به موضوعات مورد بحث کنگره، بررسی لازم نموده و نظر خود را به وسیله نماینده یا نمایندگان خود به اطلاع کنگره برساند و اغلب دولت‌های شرکت‌کننده، از مدت‌ها قبل موضوعات مورد بحث کنگره را در اختیار حقوقدانان و قضات و اشخاص ذی‌صلاحیت می‌گذارند تا در اطراف آن مطالعه کافی نموده و حاصل مطالعات خود را به صورت گزارش ملی، به کنگره تسلیم دارند. گزارش‌های ملی از طرف دبیرخانه کنگره جمع‌آوری و در اختیار کمیسیون‌های مخصوص قرار می‌گیرد تا آن‌ها را بررسی و خلاصه نظریات کشورها را به صورت گزارش عمومی در آورده و از آن نتیجه‌گیری نمایند. سپس گزارش‌های عمومی، هنگام تشکیل کنگره در اختیار شرکت‌کنندگان قرار می‌گیرد و بر اساس گزارش‌ها، مباحثات کنگره آغاز می‌شود.

در نهمین کنگره حقوق جزا، چهار موضوع زیر مورد بحث واقع شد:

۱. کیفیت مشدده به استناد تعدد و تکرار جرم
۲. جرائم علیه خانواده و جرائم ناموسی
۳. نقش سازمان‌های تعقیب در پرونده جزایی
۴. آثار بین‌المللی احکام جزایی

هر یک از موضوعات چهارگانه فوق، در یک شعبه از کنگره مورد بررسی قرار گرفت و علاقه‌مندان به هر یک از موضوعات مذکور، در شعبه مربوطه حضور یافته و نظریات خود را بیان داشتند و در مسایل مورد اختلاف، رأی اکثریت حاضرین مناط اعتبار بود و بر مبنای نظر اکثریت، مصوبات شعب در آخرین جلسه کنگره، به اطلاع کلیه نمایندگان حاضر در کنگره رسید و نسبت به آن اخذ رأی به عمل آمد و پس از تصویب به صورت قطعنامه کنگره در آمد.

وسیله طبی مخصوص گرفته شده و به زن تلقیح می‌شود که در این مورد، هیچ گونه اشکال حقوقی و جزایی پیش نمی‌آید و علم طب وجراحی، امکان داشتن فرزند را به چنین مردی می‌دهد و فرزندی که از این راه ایجاد می‌شود، متعلق به شوهر می‌باشد.

اما در مورد تلقیح مصنوعی زن به وسیلهٔ نطفهٔ شخصی غیر از شوهر، مشکلات فراوان روی می‌دهد. این مورد وقتی انجام می‌شود که برای شوهر امکان انجام وظایف زناشویی هست ولی به علت عقم، نمی‌تواند، دارای فرزند شود و زن آرزوی داشتن فرزند را دارد و اگر زن بخواهد بچه‌ای نه از طریق غیر مشروع داشته باشد، باید به تلقیح مصنوعی متوسل شود و اگر بدون رضایت شوهر دست به این کار بزند، اشکلات فراوان ایجاد می‌گردد. زیرا فرزندی که از این راه به دنیا می‌آید، فرزند شوهر نیست و بالنتیجه یک طفل غیر قانونی است و اگر این کار با رضایت شوهر انجام شود، باز خالی از اشکال قانونی نیست. زیرا از نظر علمی و زیست‌شناسی این فرزند نمی‌تواند متعلق به شوهر باشد. از طرف دیگر این سؤال پیش می‌آید که تلقیح مصنوعی با رضایت یا بدون رضایت شوهر، اصولاً رابطهٔ نامشروع محسوب می‌شود یا نه؟

برای جلوگیری از بروز مشکلات موجود، طرح جدید قانون جزای آلمان، تلقیح مصنوعی را در صورتی که نطفه متعلق به شوهر نباشد، منع کرده است ولی نمایندگان کنگره عقیده داشتند که تلقیح مصنوعی نباید جرم شناخته شود. معذلک در مواقعی که زن بدون رضایت شوهر به این کار دست بزند، می‌توان او را مجازات کرد و در مورد فرزندانی که از این راه به وجود می‌آیند، کنگره عقیده داشت که باید مقرراتی تصویب شود تا وضع حقوقی این گونه اطفال، نظیر سایر اطفال و حقوق و تکالیف والدین نسبت به آن‌ها و بالعکس معلوم باشد.

بالاخره کنگره با توجه به گزارش شعبه دوم، اظهار نظر کرد که قوانین جزایی نباید تلقیح مصنوعی را جز در موردی که زن راضی نباشد و در موردی که شوهر به این کار رضایت ندهد، منع کنند.[۱]

در قانون مدنی ایران، راجع به تلقیح مصنوعی و جواز یا حرمت و ممنوعیت آن، به علت تازگی موضوع مقرراتی پیش‌بینی نشده است. به علت نبودن نص خاص بر حرمت لقاح مصنوعی و عدم دلالت التزامی و یا تضمینی مقررات قانونی بر حرمت

---

۱. مجله حقوقی وزارت دادگستری. شماره ۳. اسفند ماه ۱۳۴۳

لقاح و به استناد اصاله‌الاباحه، می‌توان تلقیح مصنوعی با نطفهٔ مرد بیگانه را مباح و مشروع دانست. ولی این عقیده صحیح به نظر نمی‌آید. زیرا طبق مادهٔ ۳ آئین دادرسی مدنی، در موارد سکوت و نبودن نص خاص باید به عرف و عادت مسلم مردم، و منابع متعبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، مراجعه نماییم که جنبه استمرار داشته و الزام وجدانی پیدا کرده است و مطابق شریعت مقدس اسلام و فقه امامیه، همان‌طور که قبلاً بیان شد، لقاح مصنوعی با منی مرد اجنبی ممنوع است.

بنابراین در حقوق ایران نیز با توجه به دستورات اسلامی و مذهبی، تلقیح مصنوعی با اسپرم مرد بیگانه جایز نیست و مشکل است، بتوان قبول کرد که برای تکمیل سعادت خانوادگی، مجاز بدانیم، زنی با نطفهٔ مرد اجنبی تلقیح گردد. زیرا علاوه بر بروز هرج و مرج در روابط اجتماعی و اختلاط می‌اه و تزلزل آرامش خانوادگی و عدم جبران سعادت خانواده، این اقدام بر خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی خواهد بود. یعنی بر فرض این که خود را کاملاً از اصول مذهب و اخلاق دور نگهداشته و معتقد باشیم که نباید زنی از لذت مادر شدن محروم بماند و فرضاً نبودن فرزند، سبب تزلزل سعادت خانوادگی زن و شوهر باشد و همچنین قبول نماییم که وجود یک طفل ولو این که این طفل از اسپرم بیگانه در رحم زن تکون یابد، قدرت تأمین سعادت کانون خانوادگی را داشته باشد و بنا به مراتب مزبور، تلقیح با نطفهٔ اجنبی را با رضایت زوجین جایز بدانیم، در این صورت با طرز فکر اکثریت جامعه ایرانی که با واقعیت علمی و حقیقت زیست‌شناسی نیز مطابقت دارد، مخالفت کرده‌ایم که به نظر چنین اجازه‌ای از لحاظ اصولی و منطقی صحیح نخواهد بود.

نظر نگارنده در مورد تلقیح مصنوعی به کلی از این قرار است:

در مورد تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر، اگر طفل حاصل از لقاح مصنوعی از نظر جسمی و روحی کوچک‌ترین تفاوتی با طفل حاصل از نزدیکی طبیعی نداشته باشد، یعنی اسپرم در فاصله بین اخذ آن از مرد و تلقیح آن به زن، در اثر تماس با لولهٔ آزمایش و برخورد با هوا و مواد قلیایی که نطفه موقتاً در آن قرار می‌گیرد و حرارت مصنوعی ۳۷ درجه و طول زمان، تغییر شکل ندهد و از نظر زیست‌شناسی، تحولی در آن حاصل نشود و سبب عیوب جسمی طفل نگردد و از نظر روانی نیز کوچک‌ترین

خللی در بچه تولید نکند و روان‌پزشکان معتقد گردند که اختلالی در حواس طفل مصنوعی ایجاد نخواهد شد[1] و راه چاره منحصر باشد و یک هیأت پزشکی و روانی تجویز نموده باشند، به نظر می‌رسد که تلقیح مصنوعی با اسپرم شوهر منعی نداشته و جایز باشد.

اما در موزد تلقیح زن با اسپرم بیگانه، صرف‌نظر از جنبهٔ شرعی که فقهای اسلام آن را حرام می‌دانند، از چند نظر می‌توان، استدلال کرد که چنین اقدامی جایز نیست.

اولاً ـ شوهر زنی که با اسپرم بیگانه صاحب فرزند شده است، هرگز نمی‌تواند نسبت به چنین طفلی، مانند فرزند واقعی خود علاقه‌مند شود. زیرا از طرفی با پیدا شدن این طفل، شوهر در خود بیشتر احساس حقارت کرده و خود را موجودی ناقص و مهمل می‌پندارد که همین امور سبب پیدا شدن عقده‌های روانی در شوهر خواهد شد و از طرف دیگر، چون فرزند در حقیقت ادامه دهندهٔ زندگی و حیات ابوین است که در این مورد، طفل در نظر شوهر ادامه دهندهٔ زندگی او نمی‌باشد. بنابراین شوهر همیشه خود را نسبت به طفل مزبور بیگانه می‌پندارد.

ثانیاً ـ چون در هر صورت طفل حاصل از لقاح مصنوعی از خون مادر تغذیه و در رحم او رشد می‌کند و از نظر بیولوژی نیز فرزند مادر محسوب می‌شود، لذا همین امور سبب می‌شود که مادر به چنین طفلی علاقهٔ فراوان نشان دهد و گاهی دچار عجب و خودخواهی شده و تلویحاً موضوع ضعف شوهر را به رخ او بکشد و جنگ سرد دائمی بین زوجین حکمفرما گردد که در نتیجه، آرامش و آسایش خانوادگی کلاً سلب و چه بسا امکان دارد، این عمل کانون خانوادگی را متلاشی گرداند.

ثالثاً ـ از آن جایی که همیشه پس از یک سلسله مداوا و عدم موفقیت در زمینهٔ آبستنی طبیعی، خانواده‌ها اقدام به تلقیح مصنوعی خواهند نمود. بنابراین اطرافیان زوجین غالباً از جریان لقاح مصنوعی مطلع بوده و بالنتیجه، طفل حاصل از لقاح مصنوعی نیز به هر تقدیر، از جریان امر اطلاع می‌یابد و نتیجهٔ اطلاع وی این است که چنین طفلی خود را کودک عادی و معمولی نپنداشته و در جامعه احساس حقارت نماید که از این حیث نتیجهٔ تلقیح به زنا نزدیک است.

---

۱. چون تلقیح مصنوعی از مسایل جدید است و از نظر روانی، تجربه کافی به دست نیامده است. لذا روان‌شناسان نتوانسته‌اند، اظهار نظر صریحی در این زمینه بنمایند. البته متدرجاً روشن خواهد شد.

رابعاً ـ مسأله خیلی مهم‌تر آن است که در صورت رواج تلقیح و فراوان شدن اطفال حاصل از لقاح مصنوعی، نکاح با محارم شیوع پیدا خواهد کرد. زیرا ممکن است، خواهران و برادران ناشی از لقاح مصنوعی بدون اطلاع از جریان، با هم ازدواج کنند که نکاح با محارم، در کلیهٔ ادیان جهان تحریم گردیده و حتی در بین اکثر قبایل وحشی نیز ممنوع است.[۱]

مضافاً به این که از حیث قواعد زیست‌شناسی نیز ممکن است، نکاح با محارم برای بقای نسل انسان مضر بوده یا موجب ضعف و انقراض نسل بشر گردد. بنابراین تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، باید به طور کلی تحریم گردد و قانون‌گذار صراحتاً آن را به منظور حفظ جامعه و جلوگیری از هرج و مرج جنسی ممنوع گرداند.

مسأله جالب دیگر، پرورش جنین در لابراتوار و در لوله آزمایش است که اخیراً آزمایشاتی در این زمینه، توسط دانشمندان زیست‌شناسی انجام گرفته است. چنان که پروفسور ایتالیایی به نام دانیل پتروچی موفق شده است، در آزمایشگاه خود از ترکیب نطفه مرد و تخمک زن، طفلی به وجود بیاورد. البته جنین مدت ۲۹ روز به رشد خود ادامه داد ولی دانشمندان مزبور، عملاً رشد جنین آزمایشگاهی را متوقف ساختند. زیرا رشد جنین غیر طبیعی بود و ممکن بود که هیولایی از آن به وجود بیاید.[۲]

در انگلستان نیز دکتر رابرت ادواردز در آزمایشگاه خود مشغول پرورش جنین انسان در لولهٔ آزمایش بود ولی از نتیجهٔ کار اطلاعی به دست نیامد. اگر روزی علم پیروز شود و دانشمندان موفق گردند، انسانی را در لولهٔ آزمایش، از ترکیب اسپرم مرد و تخمک زن به وجود آورند، مسلماً مسایل حقوقی جدیدی مطرح خواهد شد و لازم می‌آید که در زمینهٔ حرمت یا جواز و آثار حقوقی آن مانند لقاح مصنوعی، بحث و

---

۱. در نزد یونانیان قدیم، ازدواج با محارم کاملاً زشت و منزجرکننده بوده است. چنان که در افسانه مشهور ادی‌پوس odipus چنین نقل شده است که ادی‌پوس پدر خود لایوس Laius را کشت و بدون اطلاع از واقعیت، مادر خود ژوکاستا Jocasta را به زنی گرفت. لکن هنگامی که این دو نفر از حقیقت آگاه شدند، ژوکاستا خود را کشت و ادی‌پوس نیز خود را کور کرد و آواره و سرگردان به همراهی دختر وفادار خویش، آنتی‌گون Antigone سر به راه و بیابان نهاد. ادی‌پوس در اثر انجام این عمل ناپسند، دچار نگرانی و شکنجه روحی گردید که فروید از آن به نام عقده یا کمپکس ادی‌پوس نام می‌برد.

امروزه در میان مسیحیان و خصوصاً شعبه کاتولیک، پسرعمو و دخترعمو نیز از محارم محسوب و ازدواج آنان حرام است (از کتاب زن در حقوق ساسانی، تألیف پروفسور کریستیان بارتلمه، ترجمه دکتر صاحب‌الزمانی، پیش‌گفتار صفحه‌های ص و ض و صفحه ۴۹).

۲. اطلاعات شماره ۱۰۴۱۰- ۱۰۴۲۹ – ۱۰۴۱۱، مورخ ۲۶/ ۱۳۳۹/۱۰

استدلال شود. البته محافل کاتولیک و دربار واتیکان معتقد هستند، این گونه آزمایشات روح و اخلاق بشریت را فاسد می‌کند.

گفتار سوم
نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه و الحاق طفل.

صرف نظر از حرمت یا جواز تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، هر گاه طفلی در اثر لقاح مصنوعی مزبور متولد گردد، نسب طفل مزبور چگونه خواهد بود و به چه کسی یا کسانی ملحق خواهد شد.

این مسأله را در دو بخش جداگانه به شرح زیر مطالعه خواهیم کرد.

بخش اول ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی را اسپرم بیگانه در حقوق اسلام و ایران.

بخش دوم ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه در حقوق فرانسه.

بخش اول ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه در حقوق اسلام و ایران.

برای روشن شدن این موضوع باید سه مطلب را به طور جداگانه مورد مطالعه قرار داد.

الف ـ الحاق طفل به زوج.

ب ـ الحاق طفل به صاحب ماء.

ج ـ الحاق طفل به زوجه.

الف ـ الحاق طفل به زوج.

اگر زن ملقوحه شوهر داشته باشد، دو حالت قابل تصور است.

حالت اول ـ این است که اگر نطفهٔ مرد اجنبی به زن تلقیح گردد و شوهر نیز با او نزدیکی نماید و احتمال تکون طفل از ماء شوهر داده شود، در این صورت به استناد قاعدهٔ فراش، طفل به شوهر ملحق می‌گردد و همان‌طور که طفل به زانی ملحق نخواهد شد، در این حالت نیز طفل به صاحب ماء تلقیح شده، ملحق نمی‌گردد.[1]

---

۱. المسایل المستحدثه، جلد اول، ص ۹، تألیف آیت‌الله سید محمد صادق الحسینی الروحانی.

حالت دوم ـ این که احتمال تکون و ایجاد طفل از منی شوهر نرود و یقیناً طفل در نتیجهٔ لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه به وجود آمده باشد. در این صورت آیا می‌توان قاعدهٔ فراش را جاری ساخت و طفل را به شوهر ملحق نمود؟

در پاسخ باید بگوییم، وقتی طفل به استناد امارهٔ فراش، به صاحب فراش یعنی شوهر ملحق می‌گردد که فرض نزدیکی زوجین و احتمال انعقاد نطفه از اسپرم زوج در بین باشد والا نفس تحقق فراش بدون این که نزدیکی و مقاربت در بین باشد و یا نزدیکی به وقوع پیوندد ولی در اثر وطی شوهر نطفه‌ای منعقد نگردد، مسلماً موردی برای جاری شدن قاعدهٔ فراش و الحاق طفل به صاحب فراش در بین نخواهد بود. به عبارت دیگر امارهٔ فراش در صورتی جاری می‌گردد که نزدیکی زوجین و تکون طفل از نطفهٔ شوهر امکان‌پذیر باشد و ضمناً زنا یا تلقیح مصنوعی نیز به وقوع پیوسته باشد که در چنین صورتی، طفل به شوهر ملحق می‌گردد و به استناد «وللعاهر الحجر» به زانی و صاحب ماء در مورد تلقیح مصنوعی ملحق نخواهد شد.

با این مقدمه با علم به این که طفل از ماء زوج به وجود نیامده بلکه از نطفهٔ ملقوحه ایجاد شده است، هرگز نمی‌توان طفل را به شوهر ملحق نمود. فرزندخواندگی نیز در حقوق مدنی ایران، شناخته نشده و به استناد آیهٔ شریفه «ماجعل ادعیائکم ابنائکم»[1] صراحتاً فرزندخواندگی در اسلام نسخ گردیده است.

آن چه در این زمینه بیان شد، در مرحلهٔ ثبوت است والا در مرحلهٔ اثبات می‌توان، قاعدهٔ فراش را تا زمانی که به وسیلهٔ دعوی نفی ولد از اعتبار نیفتاده باشد، جاری دانست. در حقوق ایران نیز با توجه به این که امارهٔ فراش، از حقوق اسلام و فقه امامیه اقتباس گردیده است، نظر بالا قابل اعمال است.

ب ـ الحاق طفل به صاحب نطفه.

در صورتی که زنی از راه لقاح مصنوعی آبستن گردد و صاحب نطفه معلوم باشد، اعم از این که زن شوهر داشته باشد یا بی‌شوهر باشد، ظاهراً طفل ناشی از لقاح مزبور به صاحب ماء ملحق می‌گردد. چنان که شیخ طوسی در نهایه و شهید ثانی در مسالک و

---

۱. آیه ۴ از سوره احزاب : خداوند فرزندخوانده‌های شما را فرزندان حقیقی شما قرار نداده است.

محقق در شرایع و همچنین صاحب ریاض و صاحب جواهر، طفل را ملحق به صاحب ماء می‌دانند.[۱]

دلیل الحاق طفل به صاحب ماء این است که طفل از نطفه و اسپرماتوزئید او به وجود آمده و از لحاظ لغوی نیز فرزند او محسوب می‌شود و گفتار حضرت محمد(ص) پیغمبر اسلام که فرموده‌اند (و للعاهر الحجر) مختص زانی است. به علاوه قاعدهٔ فراش قاعدهٔ ظاهری است که برای موارد مشکوک وضع گردیده است و مفهوم آن چنین نیست که با انتفاء فراش، نسب منتفی باشد.

چون تلقیح مصنوعی عرفاً و شرعاً زنا محسوب نمی‌شود و به طفل حاصل از آن نیز عرفاً ولد اطلاق می‌گردد، لذا منع شرعی برای الحاق طفل به صاحب ماء وجود ندارد. به علاوه در این خصوص، خبری در زمینهٔ مساحقه وجود دارد و آن صحیح بن مسلم است که گفت، شنیدم اباجعفر و اباعبدالله علیهما السلام می‌گفتند، حسن بن علی (ع) در مجلس حضرت علی (ع) بود که عده‌ای وارد شدند و مسأله‌ای را می‌خواستند از حضرت علی (ع) سؤال کنند. به علت عدم حضور حضرت در مجلس، نزد امام حسن (ع) مطرح کردند و آن مسأله چنین بود که مردی با زن خود جماع کرده است و زن در همان حالت با دختر باکره‌ای مساحقه[۲] نموده و در نتیجهٔ این عمل، نطفه از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و دختر حامله شده است. چه باید کرد؟

حضرت امام حسن (ع) فرمودند که مهر دختر باکره را از زن بگیرید. زیر از طفل حاصل از این مساحقه، از رحم دختر خارج نخواهد شد مگر با ازاله بکارت وی. سپس زان را چون محصنه بوده است، رجم کنید و پس از آن که طفل متولد گردید، به صاحب نطفه رد شود و دختر مزبور را تازیانه بزنید. نظیر این خبر در کتاب قضاوت‌های حضرت امیرالمؤمنین نقل گردیده[۳] و همچنین مشابه این خبر را اسحق بن عمار از حضرت امام صادق (ع) نقل کرده است.[۴]

---

۱. شرایع، تألیف محقق حلی، ص ۳۰۴

۲. مساحقه یعنی ران به ران مالیدن. اعم از این که دو زن با هم مساحقه نمایند یا مرد و زن. در مساحقه زن و مرد، مواقعه‌ای انجام نمی‌شود.

۳. کتاب قضاوت‌های امیرالمؤمنین، ص ۱۶۹ و ۱۷۰ ، تألیف شیخ ذبیح الله محلاتی.

۴. الوسایل، الباب ۳، من ابواب السحق و القیاده، بعضی از فقها مانند ابن ادریس در اصل حدیث شک کرده و آن را رد نموده‌اند. صاحب جواهر می‌گوید که اکثر فقهای امامیه، حد سحق را تا صد تازیانه گفته‌اند. خواه طرفین دارای شوهر باشند یا نه. لذا رجم زن شوهردار را نپذیرفته است. صاحب شرایع نیز همین نظر را دارد ولی شیخ طوسی عقیده به رجم زن شوهردار دارد.

از فقهای معاصر، مرحوم آقای میلانی معتقد بودند که طفل حاصل از تلقیح مصنوعی، متعلق به صاحب ماء می‌باشد. ممکن است ایراد شود که طفل در فراش صاحب ماء متولد نشده است، پس چگونه می‌توان طفل مزبور را به او ملحق نمود. در پاسخ این ایراد می‌توان گفت، قاعدهٔ فراش قاعدهٔ ظاهری است که در حالت شک و تردید به کار می‌رود و قاعدهٔ مزبور دلالت بر نفی ولد با انتفاء فراش ندارد. بنابراین اگر فراش منتفی باشد، لازم نمی‌آید که ولد نیز نفی گردد. به عبارت دیگر همان‌طور که طفل ناشی از وطی به شبهه با وجود نبودن فراش به واطی به شبهه ملحق می‌گردد، طفل حاصل از لقاح مصنوعی نیز به صاحب ماء ملحق خواهد شد.

بعضی از حقوقدانان و فقها در مورد طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم مرد اجنبی، قائل به تفکیک شده و معتقد هستند، اگر صاحب ماء نسبت به لقاح مصنوعی جاهل باشد، مانند آن که مردی منی خود را برای آزمایش و تجزیه در اختیار پزشک قرار دهد و پزشک این ماده را در رحم زنی که برای مداوا و معالجه امراض زنانه و یا بارور نشدن به او مراجعه کرده، تلقیح نماید و زن حامله گردد یا به جای اسپرم شوهر اشتباهاً اسپرم بیگانه به زن تلقیح گردد، در این صورت طفل به پدر و مادر طبیعی خود ملحق می‌گردد. زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبهه می‌باشد و همان‌طور که ولد شبهه به کسی که جاهل به حرمت رابطه بوده است، ملحق می‌گردد، به طریق اولی طفل حاصل از لقاح مصنوعی با جهل صاحب ماء و زن ملحوقه، به آنان ملحق خواهد شد. چون در تلقیح دخول و مقاربت موضوعاً منتفی است.[1]

در حقوق ایران، از روح ماده ۸۸٤ قانون مدنی که می‌گوید: «ولدالزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی‌برد ولیکن اگر حرمت رابطه که طفل ثمرهٔ آن است، نسبت به یکی از ابوین ثابت و نسبت به دیگری به واسطهٔ اکراه یا شبهه، زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس»، همین نظر را می‌توان استنباط کرد.

هر گاه صاحب ماء نسبت به عمل لقاح مصنوعی عالم باشد، در این صورت طفل ناشی از این اقدام در حکم ولد زنا بوده و به پدر طبیعی خود ملحق نمی‌گردد؛[2] زیرا

---

۱. نظر آقای گلپایگانی و عقیده مرحوم آیت‌الله بروجردی در این زمینه، با نظر فوق مطابقت دارد.
۲. مطابق عقیده و فتوای مرحوم آیت الله بروجردی.

علم مرد به نبودن رابطهٔ زوجیت بین او و زن ملقوحه، سبب می‌شود که احترامی برای منی او از نظر اجتماعی قائل نگردیم.[۱]

بعضی از فقها در مورد تلقیح مصنوعی، اصولاً معتقد هستند که طفل فقط به مادر طبیعی خود ملحق می‌گردد. زیرا فرزند منتسب به مادر است مگر آن که حاصل از زنا باشد و عمل لقاح را به هیچ وجه نمی‌توان زنا محسوب نمود ولی طفل مزبور به صاحب نطفه ملحق نخواهد شد. زیرا در صورتی فرزند به صاحب نطفه ملحق می‌گردد که مرد صاحب نطفه، شخصاً با آن زن از طریق مشروع نزدیکی و مباشرت کرده باشد.[۲]

این عقیده محل تأمل است. زیرا طبق حدیثی که قبلاً ذکر کردیم، طفل حاصل از مساحقه به صاحب ماء تعلق می‌یابد و حال آن که نزدیکی و مباشرتی از طرف صاحب ماء با دختر مزبور صورت نگرفته است. ولی می‌توان، نظر مزبور را در مورد مجهول بودن صاحب ماء به علت شناخته نشدن صاحب نطفه، پذیرفت.

در حقوق ایران، آقای دکتر امامی[۳] معتقد هستند که با توجه به اصول حقوقی و مواد قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که هر فرزند طبیعی، قانونی است مگر آن که قانون بر خلاف آن تصریح نموده باشد و موردی را که قانونی نشناخته، ولد زنا است که ملحق به زانی نخواهد شد. (ماده ۱۱٦۷ ق. م) ولی در بقیه موارد، طفل ملحق به پدر و مادر است و بین پدر و مادر نیز از جهت آن که به وسیله طبیعی منی در رحم زن قرار گرفته باشد یا به وسیله مصنوعی نمی‌توان، فرقی قائل شد. ولی پیروی از نظریه‌ای که طبق آن در صورت علم زن و مرد به لقاح مصنوعی، طفل حاصل در حکم ولد زنا باشد و به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نگردد، از نظر اصول اخلاقی و صیانت خانواده اولی می‌باشد. اما از نظر قضایی نمی‌توان از عقیده اول دست برداشت.[٤]

چنین به نظر می‌رسد که طفل حاصل از لقاح مصنوعی، در صورت جهل صاحب ماء باید به وی ملحق گردد و در صورت علم صاحب ماء به لقاح مصنوعی نیز، نباید چندان از واقعیت علمی دور شد یعنی همان‌طور که از نظر زیست‌شناسی، بین صاحب ماء و طفل رابطهٔ خونی وجود دارد و نتیجتاً از حیث نکاح مانند فرزند مشروع است،

---

۱. حقوق مدنی. جلد پنجم. تألیف دکتر امامی. ص ۱۸۵ و ۱۸۶.
۲. مطابق فتوی و نظر فقیه معاصر آقای آیت‌الله سید محسن طباطبایی حکیم. مورخ هفتم رمضان ۱۳۳۷ قمری
۳. حقوق مدنی. جلد پنجم. ص ۱۸۶
۴. حقوق مدنی. جلد سوم. تألیف دکتر امامی. صفحه ۱۸۹

باید از لحاظ بعضی روابط حقوقی و خصوصاً حضانت و انفاق، طفل مزبور را در حکم طفل قانونی دانست. یعنی بدون این که چنین طفلی فرزند مشروع شناخته شود، به منظور کاستن مشکلات و گرفتاری‌های جامعه و در نظر گرفتن مصلحت طفل مزبور که در ایجاد خود، فاقد اراده بوده و مرتکب هیچ گونه تقصیری که مستحق کیفر و طرد باشد نگردیده، برای او حقوقی نظیر حضانت و انفاق قائل شد.

ج ـ الحاق طفل به مادر و زوجه.

در مورد الحاق طفل حاصل از لقاح مصنوعی به زن ملحوقه، اعم از این که دارای شوهر باشد یا شوهر نداشته باشد، می‌توان از لحاظ علم و جهل زن به عمل لقاح قائل به تفکیک شد.

۱ـ جهل زن به عمل لقاح ـ هر گاه زنی به عمل لقاح علم نداشته باشد. مثلاً برای معالجه به پزشکی مراجعه و پزشک به جای مداوای، نطفهٔ مرد اجنبی را به زن تلقیح و آن زن حامله گردد، در این صورت به عقیدهٔ اکثر حقوقدانان و فقهای اسلام، طفل حاصل از لقاح در حکم ولد شبهه بوده و به زن ملقوحه، ملحق خواهد شد.

۱ـ علم زن به عمل لقاح ـ در صورتی که زن به عمل لقاح عالم بوده و از حقیقت امر آگاه باشد، در این صورت بین فقها و حقوقدانان، اختلاف نظر وجود دارد. بعضی طفل حاصل از لقاح مصنوعی را در حکم ولد زنا دانسته و معتقد هستند که به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نخواهد شد و دلیل آنان، اول حدیث مشهور نبوی (الولد للفراش و للعاهر الحجر) و دوم روایت صحیح عبداله بن سنان از امام صادق و سوم، خبر محمد بن الحسن القمی است[1] که در این خبر آمده است. مردی با زنی زنا کرد و بعد از حامله شدن با او ازدواج نمود و طفل متولد شده، شباهت زیادی به زوج داشت. امام به خط خود در جواب سؤال نوشت که ولد زنا ارث نمی‌برد. حکم صادره از ناحیه امام در این زمینه مطلق است و شامل ارث نبردن ولد زنا از مادر نیز می‌شود.

خبر دیگری در این زمینه، حلبی از امام صادق (ع) نقل کرده است و مستفاد از آن این است که ولد زنا ارث نمی‌برد. بعضی دیگر معتقد هستند که اصولاً طفل حاصل از لقاح مصنوعی، به مادر ملحق می‌شود و مستند آن، خبر اسحق بن عمار از جعفر و او از

---

۱. الوسایل. الباب ۸ من ابواب میراث ولد الملاعنه و ماشبهه.

پدرش که حضرت علی (ع) می‌فرمود، ولد زنا و ملاعبه، از مادر و بستگان مادری ارث می‌برد[۱] و ولد زنا شبیه ولد ملاعنه می‌باشد.[۲]

اما اگر طفلی غیر از طریق زنا ولی از راه غیر مشروع نظیر مساحقه و مانند آن متولد شود، همان‌طور که قبلاً بیان شد، طفل مزبور به زن ملقوحه یعنی مادر طفل ملحق می‌گردد. زیرا:

اولاً ـ طفل در رحم آن زن تکون یافته و رشد نموده است.

ثانیاً ـ از نظر لغت و عرف به چنین طفلی ولد اطلاق می‌شود.

ثالثاً ـ دلیل شرعی و قانونی نیز که دلالت بر عدم الحاق طفل به زن ملقوحه نماید، وجود ندارد. زیرا آنچه دلالت به نفی ولد می‌کند، اختصاص به ولد زنا دارد و طفل حاصل از لقاح مصنوعی ولد زنا محسوب نمی‌شود.

رابعاً ـ عموم آیه کریمه «ان امهاتهم الا اللائی ولدنهم»[۳] دلالت دارد بر این که اگر طفلی در رحم زنی رشد نموده و متولد گردید، زن مزبور مادر آن طفل محسوب می‌گردد.

از علما و فقهای معاصر، آقای آیت‌الله سید محسن حکیم معتقد هستند که فرزندی که از راه تلقیح مصنوعی به عمل آید، به مادرش ملحق می‌شود. زیرا فرزند حقیقی او محسوب می‌شود و دلیلی هم بر نفی ولد مزبور از مادرش در این مورد وجود ندارد و اگر فرزند ناشی از زنا از مادر (زانیه) نفی گردیده و به او ملحق نمی‌گردد، حکم مزبور مربوط به عمل تلقیح نبوده و تلقیح و زنا کاملاً با هم متفاوت هستند.

استدلال فوق به طور کلی صحیح به نظر می‌رسد. زیرا اگر چه فقها عمل تلقیح را جایز نمی‌دانند ولی حرمت و عدم جواز لقاح مصنوعی، دلالت ندارد که طفل حاصل از آن را ولد زنا دانسته و به مادر ملحق نسازیم. زیرا از طرفی از نظر علمی و حقیقت زیست‌شناسی، طفل، فرزند واقعی مادر محسوب می‌شود و از طرف دیگر، زن ملقوحه مرتکب زنا نگردیده است تا سبب نفی ولد از او گردد.

بنابراین طفل حاصل از لقاح مصنوعی به مادر ملحق می‌گردد و بین او و مادر و خویشاوندان مادری وی توارث برقرار خواهد شد. در حقوق ایران نیز طفل حاصل از

---

۱. المسایل المستحدثه. تألیف آیت‌الله سید محمد صادق الحسینی الروحانی

۲. خبر مزبور را بعضی به علت نسبت آن به غیاث ابن کلوب و غیره ضعیف می‌دانند.

۳. سوره مجادله. آیه ۲. مادرانشان نیستند مگر زنانی که آن‌ها را زائیده‌اند.

لقاح مصنوعی را در صورت جهل می‌توان به مادر ملحق ساخت و در صورت علم وی نیز، چون زنا تحقق نمی‌یابد و فقط طفل حاصل از زنا به زانیه ملحق نمی‌شود. لذا الحاق طفل به مادر، به نظر نگارنده مانع قانونی نخواهد داشت.

بخش دوم ـ نسب ناشی از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه در حقوق فرانسه.

در حقوق فرانسه و قانون مدنی چنان‌چه قبلاً بیان شد، مقرراتی در زمینه تلقیح مصنوعی وضع و پیش‌بینی نگردیده است و مسایل این پدیده جدید کاملاً جنبهٔ نظری دارد.

در حقوق فرانسه، طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم مرد بیگانه را از دو لحاظ می‌توان مطالعه کرد:

الف ـ طفل حاصل از تلقیح مصنوعی زن بی‌شوهر

ب ـ طفل حاصل از تلقیح مصنوعی زن شوهردار[1]

الف ـ لقاح مصنوعی زن بی‌شوهر.

اگر زنی در علقهٔ زوجیت کسی نیست، در اثر لقاح مصنوعی حامله گردد، در این صورت طفل حاصل از عمل لقاح مانند طفل طبیعی است که ممکن است، مورد تصدیق و شناسایی مادر واقع شود یا واقع نگردد. بدون شک می‌توان تصور نمود که طفل متولد از مادر طبیعی، در صدد جستجو و اثبات نسب پدری خود بر خواهد آمد. البته دعوی وی در صورتی در محاکم پذیرفته خواهد شد که اثبات نسب قانوناً مجاز باشد.

بنابراین اگر زن (مادر طفل) با اسپرم مرد زن‌دار تلقیح شده باشد، در این صورت چون طفل از ناحیه پدر در حکم ولد زنای محصن است، لذا اثبات نسب پدری در این حالت درگذشته، امکان‌پذیر نبود ولی در حال حاضر وضع چنین نیست.

موضوع طفل حاصل از تلقیح زن بی‌شوهر، کاملاً جنبه تئوری دارد. زیرا تحقیقات پزشکی[2] نشان می‌دهد که پزشکان، اصولاً تلقیح مصنوعی زن بی‌شوهر را نمی‌پذیرند و

---

1. J. C. P. L,insémination artificielle par Merger. 1957. 1389
2. Etude medico- sociale de I, inéemination artificielle. Congrès des gynécologues et obstetriciens de langue française. Marseille 9- 12 septembre 1957. In Bulletin de la federation des societe de Gynecologie et d,obstetrique de langue français. tome 9. no 1 bis 1957 (Masson édit)

از طرفی دیگر، غالباً اسپرم دهنده گمنام و مجهول‌الهویه خواهد ماند و مشخصات او به علت وظیفهٔ پزشکی که اطبا را مکلف به مخفی نگاهداشتن اسرار بیماران خود می‌نماید، برای همیشه مکتوم خواهد ماند.

ب ـ لقاح مصنوعی زن شوهردار.

هر گاه زن شوهرداری در اثر لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه حامله گردد، در این صورت طفل حاصل از ان، آیا مشروع بوده و به زوجین ملحق خواهد شد یا خیر؟

هر راه‌حلی که انتخاب کنیم، نتایج مهم و بزرگی در بر خواهد داشت. البته از نظر عملی و از لحاظ تجربی، چنین طفلی نامشروع بوده و به شوهر ملحق نخواهد شد. زیرا طفل مزبور نمی‌تواند، فرزند شوهر باشد و چون مادر در قید زوجیت است، این طفل مانند طفل حاصل از زنا است و از نظر پزشکی و علم زیست‌شناسی، طفلی که در نتیجهٔ تلقیح اسپرم بیگانه متولد گردد، مسلماً متعلق و منتسب به شوهر نخواهد بود.

اما از نظر حقوقی طبق امارهٔ فراش، طفل متولد در زمان زوجیت به شوهر ملحق می‌گردد و از مشروعیت ظاهری برخوردار می‌شود. یعنی طرز فکر و نظر حقوقدانان همیشه این است که از مشروعیت اطفال حمایت کنند.

البته برای تحقق نسب مشروع، وجود چهار شرط زیر ضروری است.

اول ـ این که زن در علقهٔ زوجیت باشد.

دوم ـ نطفهٔ طفل در زمان زوجیت منتعقد و یا طفل در زمان زوجیت متولد شده باشد.

سوم ـ این که زن وضع حمل کرده و طفلی را به دنیا آورده باشد.

چهارم ـ نطفهٔ طفل از اسپرم شوهر منعقد شده باشد.

در مورد طفل حاصل از تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، سه شرط اول پذیرفته ولی شرط چهارم موجود نگردیده است. معذلک اگر نطفهٔ طفل مزبور، در زمان زوجیت منعقد و یا آن طفل در زمان زوجیت متولد گردیده باشد، چنین طفلی از مشروعیت ظاهری برخوردار خواهد شد.[1]

---

۱. طبق ماده ۳۱۲ ق. م فرانسه و رویه متداوله

البته شوهر حق دارد که ابوت خود را انکار و طفل را از خود نفی کند ولی اولاً اقامهٔ دعوی انکار، جنبهٔ اختیاری داشته و شوهر به هیچ وجه، مجبور و ملزم نخواهد بود که از این حق خود استفاده نماید.

ثانیاً به فرض این که شوهر بخواهد، از حق انکار استفاده نماید. بر حسب این که نسبت به عمل تلقیح مصنوعی زوجهٔ خود رضایت داده باشد یا این که رضایت نداده باشد، متفاوت است. البته اکثر حقوقدانان فرانسه معتقد هستند که رضایت شوهر در این زمینه بدون نتیجه است.[1] زیرا زوجین اختیار ندارند، به میل خود شرایط و مقررات زناشویی و آثار ناشی از این تأسیس حقوقی را تغییر دهند. به عبارت دیگر، رضایت شوهر نمی‌تواند، قائم مقام و جانشین شرط چهارم مشروعیت نسب طفل شود و طفل را بدون این که از اسپرم شوهر به وجود آمده باشد، با رضایت وی به تلقیح زن با اسپرم بیگانه مشروع گرداند. یعنی توافق زن و شوهر در این مورد بر خلاف مقررات و قواعد آمره قانون خواهد بود.

معذلک بعضی از حقوقدانان بالاخص دانشمندان علم جزا نمی‌پذیرند، شوهر در مواردی که به تلقیح مصنوعی زوجه خود رضایت داده است، حق طرح دعوی انکار نسب طفل داشته باشد و معتقدند که شوهر به علت همدستی و شرکت در عمل تلقیح، نمی‌تواند دعوی انکار طرح و به عمل افتضاح‌آمیز خود استناد کند و نیز نمی‌تواند، شکایت جزایی اقامه نماید.[2]

هرگاه شوهر نسبت به عمل تلقیح مصنوعی زوجهٔ خود رضایت نداده باشد، جز در موارد استثنایی پیش‌بینی شده در قانون، حق طرح و اقامهٔ دعوی انکار نخواهد داشت. یعنی طفل متولد در زمان زوجیت، از فرض مشروعیت برخوردار است و فقط در موارد کاملاً استثنایی می‌توان این فرض را ساقط کرد.

طبق ماده ۳۱۲ ق. م فرانسه و بر حسب رویهٔ قضایی جاری، طفلی که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد یا در زمان زوجیت متولد گردد، مشروع است و حتی به منظور حفظ آرامش کانون خانوادگی در بعضی موارد، اطفال نامشروع نیز به استناد قاعدهٔ فراش از مشروعیت ظاهری بهره‌مند می‌گردند و همان‌طور که قبلاً بیان شد، طبق همین مادهٔ ۳۱۲ ق. م. ف دعوی نفی ولد در دو مورد زیر امکان‌پذیر است:

---

1. J. C. P. L,insémination artificielle par Merger 1957. 1389
2. Collignon. L,insemination artificielle. Revu de criminology. 1951 Page 243.

الف ـ اخفای تولد یا آبستنی زن.

ب ـ عدم امکان همبستر شدن زوجین، خواه به علت فاصله بین زن و شوهر و خواه به علت عدم توانایی (ناتوانی جنسی) ناشی از حادثه و سانحه. ماده ۳۱۳ همین قانون، صراحتاً عدم توانایی طبیعی و عنن مرد را از موارد قبول دعوی انکار ندانسته است.[۱] بنابراین اگر شوهر نتواند دعوی انکار را با یکی از دو حالت فوق‌الذکر تطبیق نماید، دعوی وی در دادگاه پذیرفته نخواهد شد. لذا به استناد تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، نمی‌توان دعوی انکار اقامه نمود و به کمک تجزیهٔ خون یا سایر ادله، عدم ابوت را اثبات کرد.

در طرح اصلاح قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی شده است، شوهر می‌تواند طفلی را که نطفه‌اش در زمان زوجیت منعقد شده است، انکار نماید. در صورتی که ثابت کند، در زمان انعقاد نطفه خواه به علت دوری و فاصله از زوجه و خواه به مناسبت یک علت پزشکی مسلم، قدرت و توانایی تولید مثل و بارور کردن زوجهٔ خود را نداشته است ولی در همین طرح، پیش‌بینی شده است که معذلک انکار قابل پذیرش نیست، اگر ثابت شود نطفهٔ طفل از راه لقاح مصنوعی، خواه از اسپرم شوهر و خواه از اسپرم شخص ثالث ولی با رضایت شوهر منعقد شده است (ماده ٤۹۰ طرح اصلاح قانون مدنی).

در وضع فعلی حقوق فرانسه، طفل متولد از راه لقاح مصنوعی اعم از این که با اسپرم شوهر باشد یا با اسپرم بیگانه، جز در موارد استثنایی آن هم در مهلت محدود قانونی، قابل انکار نیست و طفل مزبور از مشروعیت ظاهری برخوردار می‌گردد. بنابراین در عمل اشکال چندانی در خصوص تلقیح مصنوعی در فرانسه ایجاد نخواهد شد.

در امریکا تلقیح مصنوعی رواج زیادی پیدا کرده است. چنان که طبق آمار موجود در سال ۱۹٤۱ تعداد ۹٤۸۹ نفر زن تلقیح مصنوعی شده‌اند. ولی در سال ۱۹۵٦؛ تعداد اطفال لوله آزمایش[۲] (حاصل از تلقیح مصنوعی) به ۲۰۰۰۰ رسیده بود. تبلاً در امریکا،

---

۱. این شدت کد سیویل (قانون مدنی) فرانسه که در سال ۱۸۰۴ میلادی تدوین گردیده، بی‌شک در آن زمان عاقلانه و توأم با احتیاط بوده است ولی امروزه با توجه به پیشرفت علوم زیست‌شناسی و پزشکی دیگر قابل قبول نیست که عدم توانایی جنسی ناشی از سوانح و حوادث از موارد قابل پذیرش دعوی انکار باشد ولی دعوی انکار به علت ناتوانی ناشی از مریضی و عنن و یا عقیم بودن مرد پذیرفته نگردد. به همین جهت در طرح اصلاح قانون مدنی فرانسه، این موضوع مورد توجه واقع شده است.

2. Bebés éprouvettes

اطفالی که از زن شوهردار در زمان عدم توانایی شوهر متولد می‌شدند، غیر مشروع بودند ولی به موجب رأی ۱۳ ژانویه ۱۹۴۸ صادره از دادگاه شهرستان نیویورک، اعلام شد که طفل متولد از تلقیح مصنوعی با رضایت شوهر غیر مشروع نخواهد بود.[1]

مقایسه و نتیجه.

با وجود این که در زمینهٔ لقاح مصنوعی و نسب ناشی از آن، چه در حقوق ایران و چه در حقوق فرانسه، مقرراتی پیش‌بینی نشده است و این مسأله جنبه نظری دارد، معذلک در مقام مقایسهٔ نظر حقوقدانان، نتایج زیر حاصل می‌گردد:

۱ـ طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم شوهر در حقوق ایران و فرانسه، به شوهر ملحق می‌گردد و نسب چنین طفلی با طفل حاصل از مقاربت عادی و طبیعی زن و شوهر فرقی ندارد.

۲ـ تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه، در حقوق اسلام و ایران جایز نیست و چنان چه طفلی از این طریق به وجود بیاید، به شوهر زن ملقوحه ملحق نخواهد شد و به صاحب اسپرم، در صورت جهل او نسبت به عمل لقاح، ملحق می‌گردد و در صورت علم وی به لقاح نیز، با توجه به عقیدهٔ حقوقدانان، در ردیف ولد زنا قرار نمی‌گیرد تا نتوان طفل را به صاحب ماء ملحق کرد. به مادر در صورت جهل مانند طفل ناشی از وطی به شبهه ملحق می‌گردد و در صورت علم نیز، عقیدهٔ اکثریت به الحاق است.

در حقوق فرانسه، طفل حاصل از لقاح مصنوعی زنی که فاقد شوهر باشد مانند طفل طبیعی است که ممکن است، نسب وی مورد شناسایی مادر واقع شود یا طفل نسب طبیعی خود را با طرح دعوی، اثبات نماید و طفل حاصل از لقاح مصنوعی زن شوهردار، اگر شوهر اقدام به انکار نکند یا شرایط قانونی انکار ولد موجود نگردد، از مشروعیت ظاهری برخوردار می‌گردد و در صورت نفی ولد، طفل نسبت به مادر مانند طفل طبیعی است و از نظر صاحب ماء، چون غالباً ناشناس است، مانند طفلی است که از پدر ناشناس به وجود آمده است.

۳ـ در امریکا با وجود رضایت شوهر، طفل حاصل از لقاح مصنوعی با اسپرم بیگانه نامشروع نخواهد بود.

---

1. K. Stoyanvitche, la légitimité des enfants né par suite de l,insémination artificielle en France et aux Etats unis d, Amerique. R. I. D. C. 1956 P. 270

فصل پنجم

نسب ناشی از اهداء جنین.

موضوع اهدای جنین به زوجین نابارور موضوع کاملاً جدیدی است که اخیراً در اکثر کشورهای جهان و کشور ایران مطرح شده است. با توجه به این که اهدای جنین پدیده جدیدی است، نیاز به بحث و بررسی فراوان دارد. بنابراین مطالب این فصل طی شش گفتار اساسی و مبنایی از جهات مختلف به شرح زیر مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

گفتار یکم ـ تعاریف و کلیات.

گفتار دوم ـ انواع جنین قابل انتقال.

گفتار سوم ـ جواز یا عدم جواز انتقال جنین.

گفتار چهارم ـ شرایط انتقال جنین اهدایی.

گفتار پنجم ـ آثار حقوقی انتقال جنین اهدایی در نظام حقوقی ایران.

گفتار ششم ـ اهدای جنین و آثار حقوقی آن در نظام حقوقی فرانسه.

گفتار هفتم ـ رحم اجاره‌ای.

گفتار یکم
تعاریف و کلیات.

در این گفتار نخست به تعریف اصطلاحات پزشکی و حقوقی و سپس به مطالب کلی در زمینهٔ این پدیدهٔ جدید و نیاز جامعه و خانواده‌ها به قانونی شدن اهدای جنین خواهیم پرداخت.

بخش یکم ـ تعاریف.

در این بخش برای ورود به مطلب ناچاریم به تعریف بعضی از عناوین نظیر باروری، تلقیح با ابزار پزشکی یا مصنوعی، تعریف جنین و امثال بپردازیم.

بند یکم ـ تعریف باروری.

باروری در لغت به معنای دارای محصول شدن یا تولید محصول و ثمره یافتن در گیاهان و تولید مثل در جانداران است و در اصطلاح حقوقی به معنای حامل شدن جنس مؤنث حیوانات پستاندار و زنان در نوع انسان از طریق ترکیب اسپرم[۱] جنس نر با تخمک[۲] جنس ماده یا مؤنث است.

در حالت طبیعی و بدون دخالت دست بشر، تولید مثل در حیوانات و انسان‌ها از طریق مقاربت و نزدیکی مرد یا جنس نر با زن یا جنس ماده صورت می‌گیرد. بدین ترتیب که در اثر تحریکات ناشی از نزدیکی و دخول آلت مرد یا حیوان نر در واژن[۳] زن یا حیوان ماده، اسپرم‌های فراوان ساخته شده و موجود در بدن مرد و جنس نر از مجرای خاص، آلت مرد یا حیوان نر با سرعت و جهش مشخص، وارد رحم زن و جنس ماده می‌گردد و از مسیر تقریباً و نسبتاً طولانی گذشته و یک یا چند اسپرم قوی‌تر و دارای سرعت و جهش بیشتر خود را به تخمک آزاد شده جنس ماده یا زن رسانده و با آن ترکیب می‌شوند. این سلول ماده که مانند یک حباب دیواره‌ای نازک برای ورود اسپرم دارد، بلافاصله بعد از نفوذ و ورود یک یا چند اسپرم به داخل تخمک، پوسته محکم و نفوذناپذیری اطراف تخمک تشکیل می‌شود تا از ورود اسپرم‌های دیگر

---

۱. SPERME : سلول نر مولد

۲. OVULE, OVUM, EGG: سلول مادهٔ مولد

3. VAGIN

جلوگیری به عمل آید. در این صورت به هیچ وجه اسپرم دیگری قادر به ورود به داخل تخمک نخواهد بود. البته معمولاً یک اسپرم قادر به ورود به درون تخمک است و سایر اسپرم‌ها از بین می‌روند.

بعد از ایجاد لقاح طبیعی و ورود اسپرم به تخمک، در عین تکثیر به دو و چهار و هشت سلولی و ادامه تکثیر، جنین در بدن زن لانه‌گزینی کرده و به رشد خود ادامه خواهد داد و پس از گذراندن مراحل مختلف رشد و رسیدن به حد کمال و تشکیل اعضا مختلف و کامل شدن جنین که معمولاً بین نه تا ده ماه طول می‌کشد، کودک آماده ولادت می‌گردد که از راه طبیعی یا سزارین و عمل جراحی طفل از بدن مادر جدا می‌شود و پس از تولد، زندگی استقلالی پیدا خواهد کرد.

روش عنوان شده یک روش طبیعی است که طبیعت به طور فطری، این موهبت را به انسان و حیوانات اهدا کرده است. و در انسان‌ها، کمتر نیاز به آموزش پیدا می‌کند و در حیوانات نیز وضع به همین ترتیب است که به صورت طبیعی و فطری مواقعه و تولید مثل صورت می‌گیرد. البته گاهی از طریق لقاح مصنوعی و به اشکال گوناگون، تولید مثل انجام می‌پذیرد.

بند دوم ـ تلقیح مصنوعی.

تلقیح به معنای آبستن کردن است و مصنوعی به معنای غیرطبیعی و ساختگی است. تلقیح مصنوعی به معنای بارور کردن زن بدون این که بین جنس مذکر و مؤنث، مواقعه و نزدیکی جنسی صورت گیرد. به عبارت دیگر با ابزار پزشکی و با روش‌های خاص پزشکی، اسپرم اخذ شده از جنس نر پس از غربال‌گری و در صورت لزوم بعد از تقویت وارد رحم زن می‌شود تا با تخمک آزاد شده در رحم وی ترکیب گردد و لقاح به طور مصنوعی صورت می‌گیرد.

تلقیح مصنوعی انواع مختلفی دارد که در بحث لقاح مصنوعی و در گفتار دوم فصل چهارم کتاب به بعضی از انواع آن اشاره شده و از تکرار آن جلوگیری می‌شود.[1]

آنچه در این فصل مورد توجه است، انتقال جنین به رحم یک زن است. بنابراین باید در بند آتی به تعریف جنین پرداخته شود.

---

۱. رجوع شود به فصل چهارم کتاب حاضر، صفحه ۳۲۵ به بعد.

بند سوم ـ تعریف جنین.

جنین[1] در اصطلاح حقوقی و فقهی به تخمک بارور شده گفته می‌شود که معمولاً در رحم زن مستقر شده است و تا پایان رشد و فرا رسیدن ولادت طفل، به آن حمل یا جنین اطلاق می‌گردد.

ممکن است تخمک زن در خارج از رحم بارور گردد ولی هنوز در رحم زن استقرار پیدا نکرده باشد، در این صورت نیز تخمک بارور شده با اسپرم، در علم پزشکی، جنین یا جنین بالقوه[2] گفته می‌شود.

توضیح آن که با ابزار و روش پزشکی، اسپرم از مرد گرفته می‌شود و با تخمک گرفته شده از زن، پس از بررسی‌های لازم، با روش پزشکی و در آزمایشگاه ترکیب می‌شود و به تعبیری با ابزار پزشکی اسپرم وارد تخمک تحصیل شده از زن، در خارج از رحم، خواهد شد و عمل لقاح در آزمایشگاه صورت می‌گیرد که این روش، روش لقاح خارج از رحمی نام دارد و در علم پزشکی با علامت انحصاری ivf مشخص می‌گردد.

در اصطلاح پزشکی سلول نر یا اسپرم و همچنین سلول ماده که تخمک نام دارد، در صورتی که به مرحله تکامل خود رسیده و آماده ترکیب با سلول ماده یا سلول نر باشد، گامت نامیده می‌شود.[3]

جنین به دست آمده در آزمایشگاه که بعد از ترکیب اسپرم با تخمک در داخل پوسته ضخیمی شکل می‌گیرد، شروع به تکثیر کرده و به دو سلولی و چهار و هشت سلولی و ... در می‌آید که این تکثیر تا کامل شدن و تشکیل اعضا جنین ادامه پیدا می‌کند.

جنین یا EMBRYO وقتی بین دو تا هشت[4] سلولی است، باید به رحم زن تلقیح گردد و در غیر این صورت باید منجمد شود تا رحم زن مورد نظر، آمادهٔ دریافت جنین گردد.

---

1. EMBRYON یا EMBRYO
2. PRE -EMBRYO
3. GAMETE
۴. جنین در روز دوم بعد از شکل‌گیری در خارج از رحم، چهار سلولی و در روز سوم، هشت سلولی خواهد بود. (در ک. به دکتر محمد مهدی آخوندی و غیره، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری، سال ۱۳۸۴، چاپ سمت، ص ۲۵).

به جنین تا هشت هفته پس از شروع نخستین تکثیر زیگوت[1] گفته می‌شود. بنابراین در تعریف جنین یا FETUS می‌توان گفت که جنین به زبان ساده، عبارت است از تخمکی که با داخل شدن اسپرم به درون این هسته، بارور گردد و شروع به تکثیر کند.

بند چهارم ـ لانه گزینی جنین.

لانه گزینی جنین به معنای استقرار جنین در موضع خاص رحم زن (بچه‌دان) است تا زمینه رشد جنین فراهم گردد و با ایجاد لوله‌ای به نام جفت از طریق ناف، حمل یا جنین می‌تواند مواد غذایی و اکسیژن لازم را از خون مادر برای ادامه حیات و رشد کافی، دریافت نماید.

جزئیات مربوط به لانه گزینی جنین که ممکن است به طور طبیعی یا به کمک ابزار پزشکی و باروری صورت گیرد، مربوط به رشته علم بیولوژی و پزشکی است که ارتباط چندانی با حقوق پیدا نمی‌کند و دانستن آن در تحقیقات و مطالعات حقوقی چندان ضرورتی ندارد و همین اندازه آگاهی از موضوع لانه گزینی در رحم زن، در این زمینه کفایت می‌کند.

بخش دوم ـ کلیات.

همان‌طور که اشاره شد باروری از طریق لقاح مصنوعی، انتقال جنین به رحم زن، به منظور باروری است. به این معنا که جنین یعنی تخمک بارورشدهٔ زن با اسپرم مرد در خارج از رحم یا تخمکی که اسپرم مردی در آزمایشگاه به آن تزریق شده، بدون آن که بین زن و مرد آمیزش و نزدیکی صورت گرفته باشد، بعد از شروع تکثیر و بعد از به صورت موجود چهار یا هشت سلولی در آمدن، با ابزار پزشکی برای لانه گزینی و رشد، وارد رحم زنی گردد.

اصولاً این‌گونه اقدامات را تلقیح مصنوعی می‌گویند که انواع مختلف دارد. تلقیح مصنوعی به مفهوم عام پدیده‌ای نسبتاً جدید و زائیده دانش و تکنولوژی دنیای کنونی است که توانسته است بسیاری از موانع بارداری زنان را از بین ببرد و در تولید و بقاء نسل و صاحب فرزند شدن، به زوجین علاقه‌مند به داشتن فرزند، کمک شایسته و ارزنده‌ای کرده و به کانون خانواده‌ها گرمی و شادمانی لازم ارزانی دارد.

---

1. ZYGOTE

تقریباً در نیمه اول قرن نوزدهم آزمایشات تلقیح مصنوعی، همان‌طور که در فصل مربوط در این کتاب اشاره شد، بر روی حیوانات صورت گرفت و در سال ۱۸٦۸ در فرانسه تلقیح مصنوعی روی زنان انجام شد ولی در اواسط قرن بیستم، تحولات و پیشرفت‌های قابل توجهی در زمینهٔ تولید مثل با لقاح مصنوعی به وجود آمد و تلقیح جنین حاصل از لقاح خارج رحمی (ivf) و تولید مثل ناشی از آن در انسان را می‌توان به سال ۱۹۷۸ مرتبط دانست و از آن به بعد تا به امروز یکی از روش‌های معتبر و پذیرفته شده درمان ناباروری زنان محسوب می‌شود که توانسته است، آرزوهای زوجین نابارور را برای داشتن فرزند برآورده سازد.

داشتن فرزند در بسیاری از خانواده‌های جهان و ایران، اهمیت فراوانی دارد. در ایران اگر زوجین علاقمند به همدیگر، مشکل نداشتن فرزند را در بین خود حل کنند و با این معضل به علت وجود عشق و وابستگی واقعی، کنار آیند، اطرافیان و خویشاوندان و حتی همسایگان و دوستان و آشنایان، آن‌ها را راحت نخواهند گذاشت و زندگی شیرین را به کام این گونه زوجین تلخ خواهند کرد. به طوری که از جامعه و اقوام و بستگان بیزار شده و ناچار به عزلت گزینی می‌شوند.

طبق گزارش واصله و نامه‌های قرائت شده در سمینار پژوهشکده ابن سینا در تاریخ ۸٤/٦/۸ و سمینارهای بعدی، زوجین عقیم آن چنان به علت رفتار بستگان و آشنایان به تنگ آمده بودند که حاضر به ترک جامعه شده و زندگی در قعر جنگل‌ها یا در دل کویر و دور از چشم انسان‌ها را بر زندگی اجتماعی ترجیح می‌دادند و برای رفع مشکل خود، عاجزانه به مؤسسات رویان، از جمله به پژوهشکده ابن سینا، مرکز تحقیقات بیولوژی و بیوتکنولوژی تولید مثل و درمان نازایی متوسل شده بودند. به طوری که تمام اعضای سمینار، تحت تأثیر غم و اندوه ناشی از محروم بودن از داشتن فرزند قرار گرفتند و دست اندرکاران در صدد رفع مشکل مزبور که در واقع مشکل بسیاری از زوجین نابارور جامعه ایران است، بر آمدند و قانون مصوب سال ۱۳۸۲ را برای رفع مشکل این گونه افراد جامعه را اقدامی انسان دوستانه و ضروری تشخیص دادند. البته قانون مزبور از جهاتی ناقص است که در مباحث آتی به آن پرداخته خواهد شد.

مشکل ناباروری در همهٔ کشورهای جهان از جمله در فرانسه، آمریکا و سایر کشورهای اروپایی و آسیایی و آفریقایی، کم و بیش مطرح است و به منظور رفع مشکل مزبور راه‌حل‌هایی تقریباً مشابه اندیشیده شده است.

در مورد لقاح مصنوعی، زن با تلقیح اسپرم شوهر و اسپرم بیگانه و موضوع جواز و حرمت این اقدام در نظام حقوقی ایران و آثار حقوقی آن، در گفتارهای قبلی (فصل چهارم کتاب) بررسی لازم به عمل آمده است. بنابراین در موارد مذکور نیازی به تکرار نخواهد بود ولی تلقیح مصنوعی جنین، مخصوصاً تلقیح یا انتقال جنین اهدایی از اسپرم و تخمک افراد ثالث به رحم زن نابارور به منظور بارور شدن، پدیدهٔ جدیدی است که نیاز به بحث و بررسی بیشتری دارد.

در این زمینه از انواع انتقال جنین، جواز یا حرمت انتقال جنین با ابزار فنی و کمک‌های پزشکی در نظام حقوقی ایران، حقوق و تکالیف دریافت کنندگان جنین و سایر آثار حقوقی آن، از جمله نسبت ناشی از اهدای جنین، نگاهداری و حضانت، ولایت، تربیت کودک حاصل از تلقیح جنین و توارث و امثال آن به شرح آتی بحث خواهد شد.

گفتار دوم
انواع جنین قابل انتقال.

انتقال جنین به داخل رحم، همان‌طور که اشاره شد، به این معنی است که جنین در خارج از رحم تشکیل می‌شود و پس از تکثیر و به شکل دو یا چهار یا هشت سلولی در آمدن در آزمایشگاه مؤسسه درمان ناباروری، به کمک ابزار پزشکی برای لانه گزینی، وارد رحم زن می‌گردد که ممکن است، جنین از ترکیب اسپرم مرد و تخمک زنی که زن و شوهر هستند، در خارج از رحم شکل گرفته و وارد رحم زوجه گردد و ممکن است، جنین از تخمک و اسپرم زن و شوهر بیگانه به وجود آید و یا از ترکیب اسپرم شوهر و تخمک زنی غیر از زوجه‌اش، جنین به وجود آید و در نهایت ممکن است، جنینی از اسپرم و تخمک مرد و زن بیگانه که زن و شوهر نیستند، تشکیل شود و به رحم زنی دیگر انتقال پیدا کند که به شرح آتی، انواع جنین قابل انتقال مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بخش یکم ـ جنین حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک زن و شوهر.

گاهی ممکن است، زن و شوهر دارای تخمک و اسپرم سالم باشند ولی به علل مختلف از جمله مشکلات موجود در بدن مرد و یا مشکلات تناسلی زن، تولید مثل از طریق مواقعه و برقراری طبیعی رابطهٔ جنسی امکان‌پذیر نباشد. در این صورت پزشک معالج در مؤسسهٔ درمان ناباروری پس از بررسی‌های لازم، اسپرم شوهر و تخمک زن را با ابزار پزشکی و دستگاه‌های مخصوص اخذ و پس از آزمایشان لازم و غربال‌گری اسپرم مرد و تفکیک اسپرم‌های قوی از اسپرم‌های ضعیف و بررسی تخمک‌های تحصیل شده و در صورت لزوم تقویت تخمک‌ها و آماده‌سازی آن‌ها، اسپرم‌ها و تخمک‌ها را در محیط آزمایشگاه، در کنار یکدیگر و در دمای ۳۷ درجه سانتیگراد قرار می‌دهد تا لقاح صورت گیرد و اگر لقاح صورت بگیرد و جنین تشکیل شود، برای مدت ۲٤ ساعت جنین‌ها را در داخل دستگاهی به نام « انکوباتور»[1] قرار می‌دهند تا به مرحله چهار یا هشت سلولی برسند و سپس با این که ممکن است، تعدادی از تخمک‌ها بارور شده باشند، پزشک به منظور جلوگیری از حاملگی‌های چند قلویی، فقط ۲ تا ۳ جنین را به داخل رحم منتقل می‌کند و بقیهٔ آن‌ها را با استفاده از روش ذخیره سازی جنین، به وسیله منجمد کردن ذخیره خواهد کرد تا به هنگام نیاز در دورهٔ درمانی بعدی مورد استفاده قرار دهد.

البته اگر اسپرم تحصیل شده به حالت طبیعی و بدون دخالت ابزار پزشکی با تخمک ترکیب نگردد، در آزمایشگاه از طریق لقاح و وارد کردن اسپرم در داخل هستهٔ تخمک به کمک ابزار مخصوص انجام خواهد شد[2] که امری کاملاً تخصصی در علم پزشکی است و توضیح بیشتر نیاز به تخصص و اطلاعات پزشکی دارد.

بخش دوم ـ جنین حاصل از ترکیب و تلقیح تخمک زن شوهردار با اسپرم بیگانه.

در این صورت شوهر یک زن فاقد اسپرم است و بدن وی قادر به تولید اسپرم نخواهد بود یا اگر اسپرم در بدن شوهر تولید شود، قدرت بارور کردن تخمک‌ها را

---

1. INCUBATEUR.

۲. Icsi: تزریق اسپرم به داخل تخمک

ندارند و با وسایل پزشکی و دارو، اسپرم‌های ضعیف درمان‌پذیر نیستند و معالجات طولانی تأثیری در اسپرم سازی بدن شوهر ندارد. در چنین حالتی ممکن است زن و شوهر به این توافق برسند که زن از طریق جنین حاصل از تخمک زوجه و اسپرم بیگانه صاحب فرزند شود و مشکلات خانوادگی یا اجتماعی و ناهنجاری‌های روانی آنان مرتفع گردد. در چنین وضعی ممکن است با لقاح اسپرم بیگانه در تخمک آزاد شده در بدن زن شوهردار، جنین به وجود آید و زن صاحب فرزند گردد یا ممکن است، تخمک زوجه به علت مشکلات جسمی زن قادر به ترکیب با اسپرم بیگانه در داخل رحم نباشد. که در این صورت، مؤسسات درمان ناباروری قادر هستند تخمک این زن را از بدن وی خارج کرده و پس از بررسی و آزمایشات لازم و تقویت تخمک، آن را برای ترکیب با اسپرم بیگانه آماده سازند. در این حالت نیز جنین با همان ترتیبی که شرح آن گذشت، امکان شکل‌گیری دارد که پس از آماده شدن، جنین برای لانه گزینی با ابزار پزشکی وارد رحم زن خواهد شد.

در زمینهٔ جواز و حرمت شرعی و قانونی این اقدام در گفتار بعدی بحث خواهد شد.

بخش سوم ـ جنین حاصل از اسپرم شوهر و تخمک زن بیگانه.

ممکن است جنین، حاصل از اسپرم شوهر و تخمک یک زن بیگانه باشد. با این توضیح که زن یک خانواده با وجود اقتضای سن، فاقد تخمک جهت باروری باشد. یعنی تخمدان وی به علت کسالت و بیماری یا به علت ژنتیکی قادر نباشد، تخمک تولید کند یا تخمک ناقص تولید می‌کند ولی تخمک‌های تولید شده آن چنان بیمار و ضعیف هستند که با معالجات پزشکی یا تقویت تخمک در آزمایشگاه و خارج از رحم، قابلیت بارور شدن در آن‌ها به وجود نمی‌آید ولی بدن این زن از نظر پزشکی قادر خواهد بود که جنین تشکیل شده در خارج از رحم را دریافت و آن را در رحم خود پرورش دهد. به عبارت دیگر قدرت پذیرش جنین در این زن وجود دارد و جنین تلقیح شده قادر به لانه گزینی در بدن زن مزبور بوده و رشد جنین در بدن وی امکان‌پذیر است.

این حالت نیز می‌تواند نوعی باروری زن نابارور باشد. راجع به آثار این گونه باروری نیز بحث خواهد شد.

بخش چهارم ـ جنین حاصل از اسپرم و تخمک مرد و زن بیگانه.

در این فرض، زن و شوهر فاقد تخمک و اسپرم یا فاقد تخمک و اسپرم مفید از نظر باروری هستند. لذا در درمان این گونه زوجین، پزشک معالج و مرکز پزشکی یا مؤسسه رویان، به هیچ عنوان قادر نخواهد بود از اسپرم و تخمک زوجین برای باروری زن استفاده کند ولی بررسی‌های پزشکی نشان می‌دهد که زن توانایی پذیرش جنین تشکیل شده با اسپرم و تخمک افراد بیگانه، تحت شرایط خاص را خواهد داشت که در این صورت جنین تشکیل شده از اسپرم و تخمک اهدایی را زن نازا دریافت و در بدن خود پرورش خواهد داد و کودک حاصل از جنین تلقیح شده پس از رشد کامل، متولد خواهد شد.

موضوع اصلی و اساسی مورد بحث در واقع بیشتر ناظر بر نسب ناشی از این گونه جنین و آثار حقوقی آن خواهد بود. هر چند جنین‌های اشاره شده در بخش دوم و سوم نیز به نحوی مشمول این بحث بوده و نمی‌تواند از نظر آثار حقوقی، خارج از این موضوع تلقی گردد.

ناگفته نماند که گاهی نیز از روش (Gift) ممکن است استفاده شود و این روش چنین است که اسپرم و تخمک از زوجین یا بیگانگان استحصال و پس از آماده سازی آن‌ها، به مقدار مناسب اسپرم و تخمک آماده شده به وسیله دستگاهی به نام «لاپاراسکوب» وارد لولهٔ رحم زن می‌شود تا لقاح اسپرم با تخمک در رحم زن صورت گیرد. این روش وقتی می‌تواند مفید و کارساز باشد که لولهٔ رحم سالم باشد و اگر جنین به صورت تک سلولی یا زایگوت به وسیلهٔ «لاپاراسکوب» به داخل لولهٔ رحم زن منتقل گردد، روش باروری (zift) نام دارد. این روش در مواردی کاربرد دارد که انتقال جنین از دهانهٔ رحم مشکل باشد.

از نظر حقوقی تمامی روش‌های اشاره شده یکسان است و تفاوتی بین آن‌ها از نظر انتساب کودک به دریافت کنندگان جنین و سایر آثار حقوقی وجود ندارد. مگر در مواردی که اسپرم و تخمک متعلق به زوجین نابارور باشد.

گفتار سوم
جواز و عدم جواز انتقال جنین.

منظور از جواز یا عدم جواز انتقال جنین این است که آیا در انتقال جنین شکل گرفته در خارج از رحم، از نظر قانونی و اخلاقی یا شرعی و دینی ممنوعیتی وجود دارد یا خیر؟ به عبارت دیگر این عمل قانوناً ممنوع و شرعاً حرام است یا این که ممنوعیت قانونی و حرمت شرعی در این اقدام وجود نخواهد داشت؟

برای رسیدن به حقیقت شرعی و واقعیت‌های قانونی در نظام حقوقی ایران و مذاهب حاکم بر مردم، موضوع را در دو بخش به شرح زیر بررسی خواهیم کرد.

بخش نخست ـ عدم جواز انتقال جنین و دلایل آن.

بخش دوم ـ جواز انتقال جنین و دلایل آن.

بخش نخست ـ عدم جواز انتقال جنین به رحم زن و دلایل آن.

در خصوص جواز و عدم جواز انتقال جنین با ابزار پزشکی به رحم زن، اختلاف نظر فراوانی وجود دارد. زیرا در نظام حقوقی ایران و در قانون مدنی، حکمی در این زمینه وجود ندارد و در حقوق اسلام نیز به علت جدید بودن موضوع، نمی‌توان به حکم صریح و روشنی دست یافت و عرف مسلمی هم در جامعهٔ ایران شکل نگرفته است تا بتوان طبق مادهٔ ۳ قانون آئین دادرسی مدنی با آن متوسل شد یا بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایران، برای یافتن حکم مسأله، بتوان به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر فقهی که عرف مسلم افراد مسلمان جامعهٔ ایران محسوب می‌گردد، متوسل شد. زیرا همان‌طور که اشاره شد، انتقال جنین با ابزار پزشکی و فنی از جمله مسایل مستحدثه و کاملاً پدیده و موضوعی جدید است. البته عده‌ای با توسل به آیات قرآن و اخبار، معتقد به عدم جواز انتقال جنین با ابزار فنی و پزشکی به رحم زن هستند.

این گروه با عنایت به آیهٔ ۳۰ سورهٔ نور که می‌فرماید: «قُل لِلمومِنینَ یغُضّوا مِن اَبصارِهِم و یحفَظوا فُروجَهم، ذالِکَ اَزکی لَهُم اِن اَللهَ خَبیرٌ بما یصنَعُونَ». یعنی ای پیغمبر به مردهای با ایمان و مؤمن بگو تا چشمان خود را از نگاه ناروا و گناه آلود بپوشانند و فروج و اندامشان را از کار زشت با زنان محفوظ بدارند که این اقدام برای پاکیزگی

(جسم و جان) شما اصلح و بهتر است. البته خداوند بر اعمالی که انجام می‌دهید، کاملاً آگاه است.

و با توجه به آیهٔ ۳۱ همین سوره که می‌فرماید: «و قُل لِلمومناتِ یغضُضنَ مِن اَبصارهِنَّ و یحفَظنَ فُروجَهُنَّ و لایبدینَ زینَتَهُنَّ الا ما ظَهَرَ مِنها و ...». یعنی این رسول به زنان با ایمان بگو که چشم‌های خود را از نگاه ناروا و گناه آلود بپوشانند و فروج و اندامشان را از عمل زشت محفوظ دارند و زینت و آرایش خود را غیر از آنچه قهراً ظاهر می‌شود، بر بیگانه آشکار نسازند و نشان ندهند. و همچنین با توجه به آیات ۱ و ۵ و ٦ و ۷ سورهٔ مؤمنون که می‌فرماید: «قَد اَفلَحَ المُومِنونَ، وَ اَلذینَ هُم لِفُروجهم حافِظونَ، الا عَلی اَزواجهم اَوْ ما مَلَکَتْ اَیمانُهُمْ فَاِنَّهُمْ غَیرُ مَلُومِینَ، فَمَنِ اَبتَغی وَراءَ ذالِکَ فَاُولائِکَ هُمُ الْعادونَ.» یعنی به طور مسلم افراد مؤمن که به تکالیف خود عمل می‌کنند، به رستگاری رسیده‌اند. از جمله این که افراد مؤمن، فروج و اندامشان را از عمل حرام نگاه می‌دارند و اندام تناسلی خود را محافظت می‌کنند. مگر بر همسران خود که بین آن‌ها رابطهٔ زوجیت وجود داشته باشد یا این که با کنیزان ملکی متصرفی آن‌ها که در این صورت یعنی مباشرت و برقراری رابطهٔ جنسی بین مردان و زوجه‌ها یا ملک یمین[1] اشکال و ایرادی نخواهد داشت و در این گونه موارد عمل حرامی صورت نمی‌گیرد. بنابراین کسی که از حدود مذکور تجاوز کند و با زنانی غیر از زنان شرعی مباشرت کند و رابطهٔ جنسی برقرار کند، متعدی و ستمکار خواهد بود و با عنایت به اخبار و احادیث وارده از جمله خبر علی بن سالم از امام جعفر صادق علیه السلام است که فرمودند، قرار دادن نطفهٔ مردی در رحم زنی که بر او حرام است، گناه بزرگی است و همچنین از قول پیغمبر اسلام نیز نقل شده است که اگر کسی نطفهٔ خود را در رحم زنی که بر انسان حرام است، قرار دهد، گناه بزرگی محسوب می‌گردد و با توجه به نظرات علما و فقهای شیعه و اهل تسنن،[2] این عده بر این عقیده هستند که انتقال جنین اهدایی به رحم زنی که مایل به دریافت جنین حاصل از ترکیب اسپرم و تخمک زن و شوهر بیگانه باشد، جایز نیست.

---

۱. ملک یمین: کنیزی که ملک کسی باشد. در حقوق اسلام و در فقه به معنای کنیزی است که مالک آن حق برقراری رابطه جنسی با وی دارد و این رابطه جنسی در اسلام مشروع است.

۲. رجوع شود به صفحات ۳۳۱ تا ۳۳۷.

البته مستندات این گروه مخصوصاً آیات و احادیث استنادی آنان، به ظاهر حکایت از این دارد که شارع خواهان ایجاد نظم در روابط جنسی زن و مرد و جلوگیری از اعمال خلاف اخلاق و جلوگیری از زنا و فحشاء است و در صدد است تا امنیت ارتباط جنسی صحیح بین زنان و مردان را برقرار کند ولی موضوع تلقیح و آبستن کردن زن از طریق انتقال جنین تشکیل شده در خارج از رحم با ابزار پزشکی و فنی، امر کاملاً جدیدی است که در اواخر قرن بیستم میلادی، برای درمان ناباروری زنان در علم بیولوژیکی و پزشکی با تلاش دانشمندان به وجود آمده است. بنابراین مستندات ارائه شده از طرف گروه طرفدار ممنوعیت انتقال جنین به شرحی که گذشت، خالی از اشکال و ایراد نیست و حکم صریح شرعی و قانونی بر ممنوعیت این اقدام محسوب نمی‌گردد و فتاوای بعضی از معاصرین نیز حکایت از حکم ممنوعیت صریح در حقوق اسلام و فقه امامیه یا فقه تسنن ندارد و نظریات ابرازی کاملاً جنبه استنباطی دارد که با نظرات دیگر فقها نیز در تعارض است و منهیات با توجه به اصل اباحه، نیاز که حکم شرعی صریح دارد ولی چنین حکمی که صریح و روشن باشد، یافت نشده است.

بخش دوم ـ جواز انتقال جنین به رحم زن و دلایل آن.

در زمینهٔ جواز لقاح و آبستن شدن زن از طریق انتقال جنین می‌توان به دلایل زیر استناد کرد:

بند یکم ـ قاعدهٔ کلی حقوقی.

قواعد کلی، ضوابطی هستند که ناظر بر موضوعات خاصی نیستند ولی تمامی روابط اجتماعی یک یا چند جامعه در قلمرو آن قرار دارد و در پرتو آن، نظم اجتماعی و نظم اخلاقی تأمین می‌گردد و هر رفتار یا عملی که مخل نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد، با قواعد کلی حقوقی در تضاد خواهد بود و باعث ایجاد ناهنجاری اجتماعی خواهد شد. به طور مثال عمل زنا و تجاوز به عنف در جوامع متمدن منفور و ضد اخلاق است ولی روابط جنسی زن و مرد وقتی زنا نبوده و تجاوز به عنف نباشد، اصولاً تحت عنوان ازدواج شکل می‌گیرد که امری مقدس خواهد بود. یعنی این گونه روابط جنسی با نظم عمومی و اخلاق حسنه تعارضی ندارد. یا مثلاً احترام فرزند ناشی از زنا و فرزند ناشی از وطی به شبهه، در عرف و دیدگاه جامعه یکسان نخواهد بود و اگر عملی زنا نباشد و

حکم صریحی بر ممنوعیت اقدام مزبور وجود نداشته باشد، مخالف قواعد کلی حقوقی محسوب نمی‌شود. در زمینهٔ اقدامات مربوط به لقاح مصنوعی زن یا انتقال جنین به رحم زن با ابزار کمکی فنی و پزشکی، حکم صریحی دائر بر ممنوعیت آن وجود ندارد و این اقدام به نظم جامعه و اخلاق حسنه نیز لطمه‌ای وارد نخواهد کرد. لذا طبق قواعد کلی حقوقی، عمل مزبور معتبر و مجاز خواهد بود.

بند دوم ـ اصل برائت.

در نظام حقوقی، خصوصاً در حقوق ایران و در فقه امامیه و در نظام حقوقی و فقهی اسلام، هر آنچه که برای اشخاص و افراد ایجاد تکلیف کند، یا توجهٔ تکلیف و زحمت یا ایجاد زیان یا سلب آزادی برای اشخاص، محل تردید باشد، تکلیف و تعهدی متوجه آنان نخواهد بود و اصل این است که هیچ تکلیف و تعهد یا الزامی بدون دلیل قاطع قانونی یا شرعی وجود ندارد. یعنی اصل بر عدم تکلیف یا تعهد و زحمت است.[۱]

اصل برائت جزء مستقلات عقیله و از اصول بدیهی در علم حقوق است و در شرع اسلام نیز از بدیهیات محسوب می‌گردد.

طبق اصل مسلم برائت و فقدان نص قانونی و شرعی خلاف اصل مزبور، با توجه به این که آبستن شدن زن از طریق انتقال جنین اهدایی به رحم زن پذیرنده جنین، مخالفتی در شرع به عمل نیامده و حکمی بر عدم جواز آن از طرف شارع صادر نشده است، مجاز و معتبر خواهد بود.

بند سوم ـ اصل اباحه.

اصل اباحه به این معنی است که اصولاً افراد و اشخاص اختیار انجام هر عملی را خواهند داشت مگر اعمالی که صراحتاً به موجب قانون یا به حکم شارع ممنوع شناخته شده باشد.

نظر به این که اعمال افراد متنوع و متعدد است و قابلیت شمارش ندارد، بدیهی است که نمی‌توان برای هر عملی از این اعمال نامحدود، حکمی در نظر گرفت و با توجه به اصل آزادی ارادهٔ انسان‌ها، باید گفت که تمامی اعمال آدمیان اعتبار و ارزش

---

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، وسیط با مبسوط ش ۳۶۳، ۳۷۷، ۱۵۳۱، کلمه اصل و اصاله البرائه

حقوقی دارد و آنچه بنا بر مصالح زندگی اجتماعی باید انجام نگیرد، بسیار محدود خواهد بود. زیرا ایجاد محدودیت و ممنوعیت به عنوان اصل، نظام اجتماعی را مختل خواهد ساخت و به شرافت و کرامت انسانی لطمه وارد خواهد کرد. بنابراین در خارج از قلمرو ضوابط خاص ممنوعیت قانونی و شرعی، هر فعل یا ترک فعلی مجاز خواهد بود.

نظر به این که انتقال جنین اهدایی به رحم زن دریافت کنندهٔ جنین، جزء اقدامات ممنوعه قانونی و شرعی نیست و نظر به این که طبق اصل اباحه، هر عملی مباح ومجاز است مگر عملی که صریحاً ممنوع شده باشد، انتقال جنین به رحم زن پذیرنده مجاز و مشروع است و اصاله الجواز نیز به این اصل اطلاق می‌گردد.

بند چهارم ـ اصل حلیت.

اصل حلیت به این معنی است که همه چیز یا همهٔ اشیاء حلال هستند و استفاده از آن‌ها مجاز است. یعنی حرمت اشیاء و اعمال و افعال، نیاز به وجود حکم و نص یا دلیل صریح دارد.[1] به عبارت دیگر حلیت اشیاء و حلّیت آنچه در طبیعت وجود دارد و تمامی رفتارها و عملیات افراد به عنوان اصل شناخته شده است. مگر آن چه که ممنوعیت آن‌ها صراحتاً اعلام شده باشد. بنابراین در موارد مردد و مشکوک باید به اصل اشاره شده، متوسل گردید و الا نظم جامعه مختل خواهد شد.

با توجه به اصل مسلم و بدیهی حلیت و اصل عدم ممنوعیت، نظر به این که در مورد انتقال جنین به رحم زن، ممنوعیت قانونی و شرعی در نظام حقوقی ایران و همچنین در نظام حقوقی اسلام وجود ندارد، چنین اقدامی مجاز و معتبر است.

بند پنجم ـ اصل صحت.

اصل صحت به این معنی است که هر عملی، چه آن عمل حقوقی باشد یا اقدام مزبور حقوقی نباشد و همچین هر فعل یا ترک فعلی محمول بر صحت است مگر آن که فساد و غلط بودن آن به روشنی مسلم باشد. این اصل نیز همانند اصول دیگری که شرح آن گذشت، امری بدیهی است و از جملهٔ مستقلات عقلیه به شمار می‌آید و به عنوان عرف مسلم در تمامی جوامع متمدن جهان پذیرفته شده است.

---

۱. کل شئی لک حلال الا تعلم انه حرام.

اصل صحت، در واقع اصلی است که حافظ حقوق و آزادی‌های مردم در برابر قدرت حاکمه و قوه مجریه است، لذا باید آن را محترم شمرد و تجاوز به این اصل را اقدامی ضد انسانی دانست.

بر اساس اصل صحت، هر گاه در صحت یا بطلان عملی تردید شود، اصل را باید بر صحت گذاشت و آن اقدام را از جهت قانونی و شرعی، اقدامی مجاز، قانونی و شرعی دانست.

با توجه به نظرات ابرازی در زمینهٔ جواز و عدم جواز انتقال جنین اهدایی به رحم زن و دلایل ارائه شده، می‌توان به این نتیجه رسید که لقاح و حامل شدن زن از طریق انتقال جنین اهدایی به رحم وی، مانع شرعی و قانونی ندارد. با توجه به این موضوع که غالباً در موارد کاملاً ضروری و تحت شرایط خاصی نظیر گذشتن مدتی بین ٤ الی ٥ سال از تاریخ ازدواج و شروع زندگی مشترک و بی‌نتیجه ماندن معالجات در زمینهٔ رفع موانع باروری طبیعی و اعلام نظریه قطعی پزشکی از طرف پزشکان و متخصصان در این زمینه و توافق زوجین نابارور به دریافت جنین اهدایی، این اقدام صورت می‌گیرد و با این اقدام از متلاشی شدن کانون گرم خانواده جلوگیری خواهد شد و از طرفی دیگر در این اقدام رابطهٔ جنسی وجود ندارد و عمل زنا محسوب نمی‌گردد که در واقع نوعی معالجه و مداوا به حساب خواهد آمد و زن در این جریان، مرتکب خطا و خیانت و برقراری رابطهٔ جنسی با مرد دیگری نشده است. شوهر ممکن است، اقدام مزبور را در قبال حفظ خوشبختی ناشی از زندگی مشترک، تحمل کند و چون از نظر شرعی نیز نص صریحی بر حرمت این عمل وجود ندارد تا از نظر شرعی و اخلاقی، زوجین دریافت کنندهٔ جنین دچار مشکلات روحی و روانی و عذاب درونی و وجدانی گردند و نظر به این که انتقال جنین به رحم زن به عنوان اسرار پزشکی برای همیشه مخفی خواهد ماند و صاحبان اسپرم و تخمک نیز ناشناس و ناشناخته باقی می‌مانند، از این جهت نیز در عمل مشکلاتی ایجاد نخواهد شد و احتمال سوءاستفاده در این زمینه نیز تقریباً منتفی است.

بنا بر مراتب عنوان شده، در بین دو نظر ابراز شده، وقتی مسلم و محرز نیست که نظریهٔ دوم با شرع و عرف و همچنین با فطرت و طبیعت مغایرت داشته باشد. بنابراین انتقال جنین اقدامی مباح محسوب می‌گردد. علاوه بر این مباح بودن، انتقال جنین امری

مفید است و می‌تواند مشکلات زن و شوهری را که به هم علاقهٔ وافری دارند و به علت عقیم بودن، حاضر نیستند کانون و آشیانهٔ گرم خانواده خود را ویران سازند و از هم جدا شوند، مرتفع سازد. زیرا این گونه افراد از نداشتن فرزند هم رنج می‌برند و احساس این کمبود آن‌ها را شدیداً نگران می‌کند ولی این نگرانی، می‌تواند با دریافت جنین و صاحب فرزند شدن از بین برود. لذا این گونه اقدامات به نفع خانواده و جامعه خواهد بود. اگر عنوان شود، مشکل نداشتن فرزند را از طریق فرزند خواندگی و پذیرش فرزندخوانده می‌توان حل کرد، در پاسخ می‌توان گفت: با توجه به مشکلات عملی ناشی از طرز تفکر جامعهٔ ایرانی و مداخلات غیراخلاقی عده‌ای از مردم، خصوصاً بعضی از اقارب و خویشان در زندگی خصوصی دیگران و افشا شدن موضوع فرزندخواندگی کودکان تحت سرپرستی خانواده‌ها و وارد شدن لطمات شدید روانی به اطفال و جریحه‌دار شدن احساسات این گونه کودکان و ایجاد ناهنجاری روانی در آنان با آشکار شدن موضوع فرزندخواندگی، که تا آن زمان خود را فرزند واقعی خانواده می‌دانسته‌اند، گاهی آن چنان فرزندخوانده را در وضع روانی و ناهنجاری روحی خطرناک و شدیدی قرار می‌دهد که ممکن است به خود یا پدر و مادرخوانده خود لطمات مادی و روانی شدیدی وارد نماید و این صدمات گاهی به قدری سنگین است که ممکن است، زندگی این گونه خانواده‌ها را دچار مشکلات فراوان سازد، بنابراین مراتب، امکان دارد بسیاری از زنان و شوهران بدون فرزند، در پذیرش و سرپرستی اطفال بدون سرپرست، دچار تردید گردند ولی چون بارور شدن زن از طریق انتقال جنین اهدایی کمتر در معرض توالی فاسدهٔ اشاره شده قرار می‌گیرد، احتمالاً بیشتر مورد استقبال زوجین عقیم قرار خواهد گرفت. با توجه به مطالب عنوان شده، نظر دوم یعنی مجاز بودن دریافت جنین اهدایی به منظور صاحب فرزند شدن، نظری معقول و منطقی است. تصویب قانون مربوط به جواز اهدای جنین و تأیید شورای نگهبان نیز مؤید این نظر است. که جای هیچ‌گونه تردید و ابهامی در این زمینه باقی نمی‌ماند.

در این بحث از اصول اشاره شده به عنوان قاعدهٔ حقوقی استفاده شده است نه به عنوان اصول عملیه.

گفتار چهارم
شرایط انتقال جنین اهدایی.

شرایط انتقال جنین را می‌توان به سه دسته: شرایط مربوط به مراکز تخصصی انتقال دهنده جنین، شرایط اهدا کنندگان جنین و شرایط دریافت کنندگان جنین تقسیم کرد و در سه بخش جداگانه مورد بررسی قرار داد.

بخش یکم ـ شرایط مربوط به مراکز تخصصی انتقال جنین و تکالیف آن‌ها.

در این بخش از شرایط مربوط به مراکز درمان ناباروری و شرایط عاملین انتقال جنین به شرح زیر بحث خواهد شد.

بند یکم ـ شرایط مربوط به مراکز درمان ناباروری.

مراکز درمان ناباروری با توجه به مفاد مادهٔ ۱ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ و مواد ۳ و ٦ و ۸ آئین نامهٔ اجرایی قانون مزبور، مراکز تخصصی هستند که ابزار و تجهیزات لازم برای انتقال جنین تشکیل شده در آزمایشگاه به رحم زن نازا را داشته باشند.

این مراکز تخصصی باید علاوه بر فراهم کردن تجهیزات لازم پزشکی و آزمایشگاه‌های مجهز لازم، از مرجع صلاحیت‌دار که وزارت بهداشت و درمان و امور پزشکی است، مجوز مربوط به لقاح جنین به رحم زن نازا را کسب نموده باشند.

اصولاً وزارت بهداشت و درمان و امور پزشکی، پس از بررسی‌های لازم از جهت ابزار و وسایل پزشکی به منظور اخذ اسپرم از مرد و اخذ تخمک از زن و ابزار تلقیح اسپرم به تخمک و وجود محیط مناسب و آزمایشگاه مجهز برای تکثیر و رشد جنین در استاندارد متعارف و دستگاه تکثیر جنین به تعداد سلول‌های لازم که ممکن است، دو یا چهار یا هشت سلولی باشد و همچین داشتن ابزار کافی برای انتقال جنین به رحم زن نازا و داشتن دستگاه لازم برای منجمد یا فریز کردن جنین و نگاهداری آن تا آماده شدن متقاضی دریافت جنین و امثال آن، گواهی نامهٔ مبنی بر داشتن صلاحیت درمان، برای مؤسسه تخصصی درمان ناباروری صادر خواهد کرد.

بند دوم ـ شرایط مربوط به صلاحیت پزشکان متخصص.

مراکز تخصصی درمان ناباروری، علاوه بر تجهیزات و دستگاه‌های لازم، باید از جهت علمی و علمی کاربردی نیز مجهز باشند. به عبارت دیگر پزشکان و افرادی که در این گونه مؤسسات تخصصی به کار اشتغال دارند، باید تخصص لازم در زمینهٔ فعالیت این مراکز داشته باشند.

احراز صلاحیت علمی و عملی این افراد که باید دوره تخصصی را با موفقیت گذرانده باشند، با وزارت بهداشت و درمان و امور پزشکی و دانشگاه‌های مربوط به این تخصص، خواهد بود. یعنی به فرض که پزشکان و متخصصان این رشته گواهی‌نامهٔ گذراندن دورس اختصاصی را از دانشگاه‌های داخلی و یا دانشگاه‌های معتبر بین‌المللی اخذ نموده باشند، به نظر می‌رسد مرجع تشخیص صلاحیت عملی و تجربی این گونه افراد، سرانجام، وزارت بهداشت و درمان و آموزش و امور پزشکی خواهد بود؛ زیرا جان انسان‌ها در این گونه موارد مطرح است و وزارت مذکور در موارد به وجود آمدن اشکال، باید پاسخگو باشد. بنابراین وزارت بهداشت نباید به مدارک علمی دانشگاهی اکتفا کند، بلکه باید مجوز انجام امور پزشکی متخصصان برای مراکز تخصصی صادر و اعطاء نماید. البته در این زمینه تا جایی که بررسی شد، ضابطه قانونی خاصی ملاحظه نگردید و اگر دستورالعمل‌هایی وجود داشته باشد، کافی نخواهد بود و شایسته است که قانون و حکم صریح قانونی برای حفاظت از جان انسان‌های درمانده که از روی ناچاری برای درمان به مؤسسات و مراکز درمانی تخصصی مراجعه می‌کنند، وضع گردد.

قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور، با وجود اهمیت و ارزش فراوان علمی و اجتماعی، قانونی بسیار ناقص است و تمامی مطالب آن فقط در چهار ماده، آن هم کاملاً مبهم در قوه مقننه ایران به تصویب رسیده است. به احتمال زیاد، لایحه این قانون با شک و تردید و در حالت ناباوری، تهیه و تقدیم مجلس شده و تردید در این بوده که لایحهٔ تقدیمی حتی در مجلس به تصویب برسد یا خیر؟ و تردید بیشتر در این بوده که به فرض تصویب آن در مجلس، آیا مورد تأیید شورای نگهبان قرار خواهد گرفت یا خیر؟

خوشبختانه همه تردیدها مرتفع شد و قانون بعد از تصویب مجلس شورا به تأیید شورای نگهبان نیز رسید و اگر قانون مزبور حاوی ضوابط مفصل‌تری می‌بود و از حالت کلی خارج می‌شد، شاید در تصویب و تأیید دچار مشکل می‌گردید و چون در حال حاضر پایه‌های اساسی این موضوع استقرار پیدا کرده و اصل آن از نظر قانونی پذیرفته شده است، در آینده نواقص و ابهامات آن آسان‌تر مرتفع خواهد شد.

البته آئین‌نامهٔ اجرایی این قانون در جلسه مورخ ۱۳۸۳/۱۲/۱۹ هیأت وزیران، بنا به پیشنهاد مشترک شمارهٔ ٦۹۷۷۳ مورخ ۱۳۸۳/۵/۱۰ وزارتخانه‌های بهداشت، درمان و آموزش پزشکی و وزارت دادگستری (قوه قضاییه) در ده ماده و چهار فصل به تصویب رسیده است که فصل دوم تا چهارم آن به شرایط اهدای جنین، تکالیف و وظایف مراکز مجاز درمان ناباروری و شرایط لازم برای دریافت، نگهداری و انتقال جنین اختصاص دارد. هر چند بسیاری از مقررات این آئین‌نامه، از جمله تکالیف و وظایف مراکز مجاز درمان ناباروری، به نوعی قانون گذاری و خارج از حدود صلاحیتی است که در مادهٔ ۵ قانون پیش‌بینی شده است ولی به هر حال تا حدودی قسمتی از این آئین‌نامه می‌تواند به عنوان یک دستورالعمل اجرایی، مفید واقع شود و از سرگردانی مراکز تخصصی درمان ناباروری، جلوگیری کرده و در راه ارائه خدمات پزشکی و درمانی به این مراکز کمک کند.

بند سوم ـ تکالیف و وظایف مراکز درمان.

طبق مادهٔ ٦ به بعد آئین‌نامه اجرایی مصوب ۱۳۸۳، تکالیف و وظایف مراکز درمان ناباروری به شرح زیر است:

۱ـ نگهداری جنین.

مراکز درمانی مکلف هستند، جنین‌های اهدای از سوی اهدا کنندگان مسلمان و غیرمسلمان را از هم تفکیک و به طور جداگانه نگاه‌داری کرده و با رعایت تناسب دینی و مذهبی زوج‌های متقاضی، به رحم زن دریافت کننده انتقال دهند.

۲ـ دریافت و ضبط رأی قطعی قضایی.

مراکز درمانی مکلف هستند، آرای قطعی مراجع قضایی مبنی بر جواز دریافت جنین را از متقاضی دریافت و با تشکیل پروندهٔ تقاضای دریافت جنین، آن را در پروندهٔ

متشکله بایگانی کنند. بنابراین مراکز درمان نازایی، بدون صدور حکم دادگاه خانواده مبنی بر جواز دریافت جنین، نمی‌توانند نسبت به انتقال جنین به زن نازا اقدام نمایند و چنین اقدامی غیرقانونی و ممنوع است.

۳ـ عدم افشای اطلاعات مربوط به درمان نازایی.

مراکز درمانی مکلف هستند، اطلاعات مربوط به جنین‌های اهدایی را که جزو اطلاعات به کلی طبقه‌بندی شده محسوب می‌شوند، حفظ کنند و این اطلاعات را در اختیار هیچ شخص یا مرجعی قرار ندهند. مگر این که مراجع قضایی با صدور قرار، در صورت لزوم خواستار اطلاعات مشخصی در این زمینه، از این مراکز گردند. (ماده ۱۰ آئین‌نامه)

٤ـ صدور گواهی‌نامه مبنی بر عدم توانایی باروری زوجه از طریق مقاربت طبیعی و وجود استعداد لازم در زوجه برای پذیرش جنین از طریق تلقیح و توانایی پرورش جنین، پس از انجام آزمایشات دقیق پزشکی، طبق مواد ٦ و ۷ آئین‌نامه، در صلاحیت مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری است.

۵ـ صدور گواهی‌نامه مبنی بر سلامت روانی و عدم اعتیاد زوجین و عدم ابتلا به امراض صعب‌العلاج داوطلبان دریافت جنین یا اسپرم و تخمک غیر. صدور این گواهی‌نامه‌ها نیز در صلاحیت مراکز درمانی مجاز است. نظارت دقیق بر انتقال جنین به رحم زنان نابارور، طبق مادهٔ ۹ آئین‌نامه اجرایی بر عهدهٔ مرکز مدیریت پیوند وزارت بهداشت و درمان و امور پزشکی است که بر طبق دستورالعمل‌های این وزارتخانه باید عمل کند و تخلف موجب مسؤولیت خواهد بود.

بخش دوم ـ شرایط اهداکنندگان جنین.

با توجه به مادهٔ یک قانون نحوه اهدای جنین ایران و مادهٔ ۲ آئین‌نامهٔ اجرایی آن، اهدا کنندگان جنین باید دارای شرایط زیر باشند.

۱ـ وجود علقهٔ زوجیت. اهداکنندگان اسپرم و تخمک برای شکل‌گیری جنین، باید زن و شوهر باشند. یعنی بین زن و مردی که داوطلب اهدا تخمک و اسپرم یا گامت، برای تشکیل جنین در آزمایشگاه هستند، باید رابطهٔ زوجیت قانونی و شرعی وجود داشته باشد. بنابراین مراکز درمانی حق ندارند، اسپرم مردی را با تخمک زنی که بین

آن‌ها رابطهٔ زوجیت وجود نداشته باشد، ترکیب کنند و جنین را به وجود بیاورند. البته برای این ممنوعیت ضمانت اجرایی در نظر گرفته نشده است. تفاوتی بین زوجیت دایمی و موقت وجود ندارد.

۲ـ داشتن سلامت متعارف جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب.

برای احراز سلامت جسمی و روانی و ضریب هوشی مناسب باید زوجین آزمایش شوند.

۳ـ عدم اعتیاد به مواد اعتیاد آور و روان‌گردان، نظیر هروئین، کوکائین و امثال آن. اعتیاد مضره در گامت افراد معتاد اثرگذار خواهد بود و احتمال ایجاد نقص و عیب جسمی و روانی جنین زیاد است.

٤ـ عدم ابتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج، نظیر ایدز، هپاتیت و نظایر آن. این گونه امراض ممکن است که به جنین نیز منتقل گردد.

۵ـ موافقت و رضایت کتبی دواطلبان اهدا کننده جنین، با احراز هویت داوطلبان در مراکز درمانی که این موافقت‌نامه کاملاً سرّی و محرمانه خواهد ماند. با این که تنظیم سند رسمی موافقت، اعتبار قانونی بیشتری دارد، شاید با محرمانه ماندن آن منافات داشته باشد. البته ممکن است در قانون پیش‌بینی شود که رضایت‌نامهٔ تنظیمی در نزد مسؤولان مراکز درمانی یا تأیید مفاد رضایت‌نامه و تصدیق امضای زوجین، در حکم سند رسمی تلقی گردد.

مراکز مجاز تخصصی درمان ناباروری مکلف هستند، قبل از دریافت اسپرم و تخمک از اهدا کنندگان، وجود شرایط اشاره شده را احراز نمایند و نیاز به حکم دادگاه در این زمینه ندارد. (تبصرهٔ مادهٔ ۲ آئین‌نامه)

بخش سوم ـ شرایط و تکالیف دریافت جنین.

شرایط لازم برای دریافت جنین و حقوق و تکالیف داوطلبان اخذ جنین متعدد است که در دو بند به شرح زیر مورد بررسی قرار می‌گیرد.

بند یکم ـ شرایط دریافت جنین.

با توجه به مادهٔ ۲ قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور و مواد ۲ و ٤ آئین‌نامه اجرایی آن، برای دریافت جنین اهدایی، تحقق شرایط زیر ضروری است:

۱ـ تقاضای مشترک زوجین نابارور برای دریافت جنین.

طبق مادهٔ ۲ قانون مذکور تقاضای دریافت جنین، باید مشترکاً از طرف زن و شوهر تنظیم و تسلیم دادگاه شود. دادگاه پس از بررسی لازم، در صورت احراز شرایط ذیل، مجوز دریافت جنین صادر خواهد کرد.

۲ـ نابارور بودن زوجین.

طبق بند الف مادهٔ ۲ قانون اشاره شده، زوجین باید بنا بر گواهی معتبر پزشکی، امکان بچه‌دار شدن نداشته باشند و به عبارتی عقیم باشند.

۳ـ وجود استعداد دریافت جنین در زوجه.

طبق قسمت اخیر بند الف مادهٔ ۲ قانون نحوه اهدای جنین، برابر گواهی معتبر پزشکی که صدور این گونه گواهی‌نامه در صلاحیت مراکز تخصصی درمان ناباروری است. زوجهٔ متقاضی دریافت اهدای جنین، باید استعداد دریافت جنین را داشته باشد و قادر باشد، جنین انتقال یافته به رحم خود را نگاهداری کند و این آمادگی را داشته باشد که جنین در بدن وی رشد و تکامل پیدا کند.

٤ـ زوجین متقاضی و داوطلب دریافت جنین باید صلاحیت اخلاقی داشته باشند.

تشخیص وجود این شرط با دادگاه صادرکننده مجوز است که می‌تواند، از طرق مختلف از جمله از طریق تحقیقات لازم و یا جلب نظر کارشناس، صلاحیت اخلاقی زوجین را احراز کند.

۵ـ هیچ یک از زوجین نباید محجور باشند.

منظور از محجور بودن زوجین، صغیر یا مجنون بودن آنان است ولی سفیه بودن زوجین، نمی‌تواند از موانع قبول درخواست محسوب گردد. زیرا نداشتن عقل معاش، تأثیری در ولایت، حضانت، نگاهداری و تربیت کودک نخواهد داشت.

٦ـ عدم ابتلای زوجین به امراض صعب‌العلاج.

طبق بند د مادهٔ ۲ قانون نحوهٔ اهدای جنین، هیچ یک از زوجین نباید مبتلا به بیماری‌های صعب‌العلاج باشند. منظور از بیماری‌های صعب‌العلاج، امراض مسری صعب‌العلاج و همچنین امراض صعب‌العلاجی است که زندگی کودک را به مخاطره اندازد و یا قدرت نگاهداری وی را از آنان سلب کند و یا امکان زنده ماندن زوجین یا یکی از آن‌ها بسیار ضعیف باشد. البته به نظر می‌رسد، مبتلا بودن زوجه به تالاسمی،

خصوصاً تالاسمی ماژور یعنی کم‌خونی شدید، می‌تواند به رشد جنین لطمه وارد کند که تشخیص آن با پزشکان متخصص مراکز درمانی است و دادگاه برای اتخاذ تصمیم، یقیناً نظر کارشناسان و متخصصان را جلب خواهد کرد. ایدز و هپاتیت را مادهٔ ۲ آئین‌نامه صریحاً از بیماری‌های صعب‌العلاج شمرده و مانع دریافت جنین دانسته است.

۷ـ عدم اعتیاد زوجین به مواد مخدر و مواد اعتیاد آور و روان‌گردان.

افراد معتاد به مواد مخدر، غالباً مسؤولیت‌پذیر نیستند و نمی‌توانند، از کودکان مراقبت لازم به عمل آورند و حال آن که کودکان تا سن کبر از جهت جسمانی و روانی نیاز به مواظبت و مراقبت‌های مختلف خواهند داشت.

۸ـ زوجین باید تابعیت جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند.

بنابراین اگر یکی از زوجین یا هر دو تبعهٔ کشور دیگری باشند، از نظر قانون ایران حق ندارند از جنین متعلق به اتباع ایرانی استفاده کنند. این ممنوعیت قانونی می‌تواند، مربوط به تعارض در تابعیت و یا ایجاد تابعیت مضاعف و مشکلات ناشی از آن، باشد.

۹ـ وجود علقهٔ و رابطهٔ زوجیت قانونی و شرعی برای دریافت جنین.

زن و مردی که خواستار دریافت جنین هستند، باید قانوناً زن و شوهر باشند. مصادیق علقهٔ زوجیت بین زنان و مردان معتقد به ادیان و مذاهب مختلف، متفاوت خواهد بود. به این معنا که در مذاهب مختلف مسیحیت و یهودیت، تک زنی مرسوم است ولی در مذاهب گوناگون اسلام چند زنی نیز پذیرفته شده است و در مذهب شیعه بین زوجیت دائمی و موقت از نظر مصداق علقهٔ زوجیت تفاوتی وجود ندارد ولی در مذاهب اهل تسنن، ازدواج موقت پذیرفته نشده است و علقهٔ زوجیت فقط در ازدواج دائم مصداق خواهد داشت.

۱۰ـ صدور رأی مبنی بر جواز دریافت جنین.

طبق مادهٔ ٤ قانون اهدای جنین و مادهٔ ٥ آئین‌نامه اجرایی آن، رسیدگی به درخواست دریافت جنین اهدایی و بررسی صلاحیت زوجین متقاضی در دادگاه‌های خانواده، خارج از نوبت و بدون رعایت تشریفات آئین دادرسی مدنی، صورت خواهد گرفت و فقط عدم تأیید صلاحیت زوجین قابل تجدید نظر خواهد بود. با این ترتیب پذیرش درخواست زوجین و صدور رأی مجوز دریافت جنین از مراکز درمانی قطعی و لازم

الاجرا است و نیاز به تأیید مرجع تجدید نظر ندارد و مراکز تخصصی درمان، پس از وصول رأی دادگاه، حق اقدام به انتقال جنین به رحم زوجهٔ محکوم لهم را دارند.

بند دوم ـ تکالیف و وظایف زوجین اهداء گیرندهٔ جنین.

زوجین اهداء گیرنده جنین، چه در مرحله بارداری یا حاملگی و چه بعد از ولادت کودک، تعهدات و وظایفی مشابه تکالیف و وظایف پدر و مادر در برابر جنین و کودک ناشی از مقاربت و حاصل رابطهٔ جنسی طبیعی را خواهند داشت.

مادهٔ ۳ قانون اهدای جنین در این زمینه چنین مقرر داشته است: «وظایف و تکالیف زوجین گیرنده جنین و طفل متولد شده، از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.»

با این ترتیب، زن دریافت کننده جنین باید تمام وظایف یک زن حامل طبیعی را انجام دهد. به طور مثال، زن حامل باید برای رشد جنین، مواد غذایی مناسب مصرف کند و از مصرف و استعمال داروهای مضر به جنین امتناع نماید و تحت نظر پزشک، معاینات لازم را انجام دهد و از خوردن مشروبات الکلی و مصرف دخانیات خودداری کند و رفتار زوجین باید طوری باشد که آرامش لازم در دوران حاملگی برای زن فراهم گردد و از استرس و محیط استرس‌زا پرهیز نمایند. بعد از تولد کودک نیز حضانت و نگهداری و تربیت و نفقهٔ وی بر عهدهٔ زوجین خواهد بود. (مستنبط از مواد ۱۱۶۸، ۱۱۹۹ و ۱۲۰۵ ق. م و مادهٔ ٦٤٢ قانون مجازات اسلامی) که شرح آن در گفتار پنجم خواهد آمد. ضمناً زوج خانواده باید برای نوزاد، اقدام به اخذ شناسنامه کند تا کودک از مزایای شناسنامه برخوردار گردد و بتواند به تحصیل در مدارس و دبیرستان و دانشگاه بپردازد.

در مادهٔ ۳ قانون اهدای جنین، به بعضی از حقوق و تکالیف زوجین و کودک اشاره شده که عبارتند از: نگاهداری، تربیت، نفقه و احترام متقابل. موضوع قابل توجه از جهت حقوقی این است که آیا حقوق و تکالیف نام برده شده در این ماده، جنبهٔ حصری دارد؟ یا این که موارد یاد شده، جنبهٔ تمثیلی خواهد داشت و تنها بعضی از تکالیف زوجین اهدا گیرنده در مادهٔ مزبور بیان شده و بقیه تکالیف آنان طبق ضوابط کلی حقوقی مشخص می‌گردد. به طور مثال، آیا کودک متولد شده نیاز به اخذ شناسنامه

دارد یا خیر؟ در پاسخ باید گفت، مسلم است که نوزاد متولد شده نیاز به شناسنامه دارد. در این صورت چه کسی باید اقدام به اخذ شناسنامه برای نوزاد بکند؟ البته زوج زنی که کودک را به دنیا آورده، مکلف به این اقدام است. زیرا صاحبان اسپرم و تخمک ناشناخته باقی می‌مانند و به علاوه به هیچ وجه قصد نداشته‌اند، چنین تعهدی را عهده‌دار گردند و اگر زوج خانوادهٔ دریافت کنندهٔ جنین غایب باشد یا به هر علتی قادر به انجام این تکلیف نباشد یا از اخذ شناسنامه امتناع کند، طبق مفاد مادهٔ ۱۶ قانون ثبت احوال، زوجه یعنی زنی که کودک از او متولد شده، موظف است برای وی شناسنامه اخذ کند تا طفل مزبور در آینده دچار مشکل نگردد.

برای اخذ شناسنامه، گواهی ولادت صادره از زایشگاه، بیمارستان، گواهی ماما یا شهادت شهود برای اثبات تولد کودک و زایمان یک زن کافی است و ارائه مدارک دیگری در این زمینه، لازم نیست و در صورت بروز اختلاف بررسی موضوع در صلاحیت مراجع قضایی خواهد بود.

موضوع ولایت نیز یکی از مسائل اساسی و جزء حقوق و تکالیف پدر و جد پدری است که شرح آن خواهد آمد.

گفتار پنجم

آثار حقوقی انتقال جنین اهدایی در نظام حقوقی ایران.

بعد از تلقیح جنین اهدایی با ابزار پزشکی به بدن خواهان دریافت جنین و انجام لانه گزینی، جنین مستقر شده در بدن زن، شروع به رشد خواهد کرد و پس از تکامل و گذراندن دورهٔ جنینی، متولد خواهد شد. همان‌طور که قبلاً اشاره شد، زوجین دریافت‌کنندهٔ جنین علاوه بر تکالیف دوران بارداری، بعد از ولادت کودک نیز تعهدات و تکالیفی بر عهده خواهند داشت و بین آنان و کودک روابط حقوقی خاصی ایجاد خواهد شد. از جملهٔ تعهدات زوجین عبارتند از: حضانت و نگاه‌داری کودک، تأمین مایحتاج زندگی وی از قبیل خوراک، پوشاک، دارو و درمان و همچنین پرورش جسم و روان و تربیت این کودک نیز بر عهدهٔ زوجین دریافت کننده جنین است. در مادهٔ ۳ قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ چنین آمده است:

«وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر و مادر است.»

ممکن است عنوان شود، آن چه به عنوان وظایف و تکالیف زوجین و کودک ناشی از جنین اهدایی در مادهٔ مذکور آمده است، جنبه حصری دارد و حقوق و تکالیف دیگری برای آنان وجود ندارد ولی همان‌طور که اشاره شد این طرز فکر یا استنباط مخدوش به نظر می‌آید و آنچه در مادهٔ ۳ آمده است، جنبه تمثیلی دارد نه حصری، که در بخش‌های آتی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

بخش یکم ـ حضانت و تربیت کودک.

همان‌طور که اشاره شد، طبق مادهٔ ۳ قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور، حضانت یا نگاه‌داری و تربیت کودک حاصل از جنین اهدایی به عهدهٔ زوجین دریافت کنندهٔ جنین است و از این لحاظ کودک مزبور با کودک حاصل از اسپرم و تخمک زن و اسپرم شوهر تفاوتی ندارد و رابطهٔ آنان رابطهٔ پدر فرزند و مادر فرزندی است. بنابراین تمامی احکام مندرج در مواد ۱۱٦۸ تا ۱۱۷۹ قانون مدنی که ناظر بر نگاه‌داری و تربیت اطفال است، در مورد کودکان حاصل از جنین اهدایی قابلیت اجرا دارد.

مادهٔ ۱۱٦۸ ق.م ایران می‌گوید: «نگاه‌داری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوین است.» در اصطلاح حقوق نگاه‌داری یا حضانت به معنای پروزش یا پروردن کودک است که شامل نگاه‌داری و پرورش مادی و معنوی یا جسم و جان است، توسط کسانی که قانوناً این تکلیف به عهده آن‌ها است. بنابراین حضانت هم جنبه مادی و جسمی دارد و هم جنبه معنوی و تربیت اخلاقی کودک در حدود متعارف و مناسب با موقعیت وی.

حقوق و تکالیف نگاه‌داری و تربیت، قابل اسقاط نیست و نمی‌توان آن را به یکی از زوجین یا ثالث واگذار کرد و از خود سلب مسؤولیت نمود و اگر چنین قراردادی منعقد گردد، اعتبار قانونی ندارد ولی به منظور حمایت از کودک و رعایت مصلحت مادی و معنوی وی، دادگاه ممکن است تصمیمات مقتضی در چارچوب قانون اتخاذ کند. طبق مواد ۱۱۷۳ و ۱۱۷۵ ق. م حقوق و تکالیف حضانت را از والدین نمی‌توان سلب کرد مگر به موجب قانون. در صورتی که در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی زوجین یا یکی از آنان، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر قرار

گیرد، طبق حکم دادگاه صلاحیت‌دار، حق حضانت از آنان سلب خواهد شد. البته اعتیاد زیان‌آور به الکل، مواد مخدر و قمار، اشتهار به فساد اخلاق و فحشاء، ابتلا به بیماری‌های روانی و جنون به تشخیص پزشکی قانونی، سوءاستفاده از کودک یا اجبار او به ورود در مشاغل ضد اخلاقی مانند فحشاء، تکدی‌گری، قاچاق و تکرار ضرب و جرح خارج از حد متعارف و امثال آن، از جملهٔ موجبات سلب صلاحیت از زوجین در نگاه‌داری و تربیت طفل خواهد بود.

در نگاه‌داری و حضانت طفل به وسیلهٔ زوجین، حالات مختلفی ممکن است وجود داشته باشد: حالت نخست، حالتی است که زندگی مشترک زوجین ادامه داشته باشد. در این صورت حضانت و تربیت کودک با مشارکت آنان انجام می‌گیرد و طبق مادهٔ ۱۱۰٤ ق. م زوجین باید در تشیید مبانی خانواده و تربیت اولاد به یکدیگر معاضدت نمایند و به کمک همدیگر فرزند را نگاه‌داری و تربیت کنند و مانند دو شریک و همدل در زندگی مشترک در پرورش کودکان، یار و یاور هم باشند، که مسأله اولویت در این حالت مطرح نخواهد شد ولی در عمل، بعضی از اقدامات را زن و بعضی دیگر را شوهر به عهده می‌گیرد و قانون در این صورت دخالتی را احساس نمی‌کند.

حالت دوم آن است که زوجین از هم جدا شده باشند یا این که بدون وقوع طلاق یا فسخ نکاح، جدا از یکدیگر زندگی کنند. در این حالت مشارکت عملی والدین در نگاه‌داری و تربیت کودکان امکان‌پذیر نیست. مادهٔ ۱۱٦۹ ق. م در این زمینه می‌گوید: « برای حضانت و نگاه‌داری طفلی که ابوین وی جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن ۷ سالگی، اولویت دارد و پس از آن با پدر است.

تبصره ـ بعد از هفت سالگی، در صورت حدوث اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک و به تشخیص دادگاه می‌باشد.»

حالت سوم آن که ممکن است، یکی از زوجین فوت شده باشد یا مبتلا به جنون شود و یا مادر طفل بعد از طلاق و یا فوت شوهر، با دیگری ازدواج کرده باشد. در این صورت حق حضانت منتفی یا سلب خواهد شد. مادهٔ ۱۱۷۰ ق. م می‌گوید: « اگر مادر در مدتی که حضانت طفل با او است، مبتلا به جنون شود یا به دیگری شوهر کند، حق حضانت با پدر خواهد بود.» البته جنون پدر نیز مانند جنون مادر، موجب سلب حق حضانت است. زیرا جنون هر یک از والدین، صحت جسمانی یا روانی و تربیت

اخلاقی طفل را در معرض خطر قرار می‌دهد. بنابراین تفاوتی بین جنون مادر و پدر وجود ندارد. جنون اعم از جنون دائمی و ادواری، باید استمرار داشته باشد و جنون آنی یا زودگذر یا اتفاقی و موقتی، در عرف و در علم روان‌پزشکی جنون قانونی سالب حق حضانت محسوب نخواهد شد.

ماده ۱۱۷۱ ق. م می‌گوید: «در صورت فوت یکی از ابوین، حضانت طفل با آن که زنده است خواهد بود. هر چند متوفی پدر طفل بوده و برای او (کودک) قیم (وصی) معین کرده باشد.»

ولی اگر پدر فوت شد و مادر مبتلا به جنون شد یا شوهر کرده باشد اما جد پدری زنده باشد، چون جد پدری ولی قهری طفل است، حق حضانت وی را نیز، خواهد داشت و همچنین است، اگر والدین کودک هر دو فوت شده باشند، هر گاه ابوین فوت شده یا صلاحیت حضانت کودک از آنان سلب شده باشد و جد پدری نیز در قید حیات نباشد، حضانت به عهده وصی منصوب از طرف ولی قهری است و در غیر این صورت، تکلیف حضانت به عهدهٔ قیم منصوب از طرف دادگاه است و در تعیین قیم نیز اقارب کودک، با داشتن صلاحیت بر دیگران مقدم خواهند بود. (مواد ۱۱۸۸ و ۱۲۳۲ و ۱۲۳۵ ق. م)

مادهٔ ۷۹ قانون حسبی می‌گوید: «قیم باید در تربیت و اصلاح حال محجور سعی و اهتمام نماید و در امور او رعایت مصلحت را بنماید.»

علاوه بر موارد مذکور، هر گاه یکی از زوجین مسلمان کافر شود، حق حضانت وی نسبت به کودک سلب خواهد شد. البته در نظام حقوقی ایران، نص صریحی در این زمینه وجود ندارد ولی با توجه به فقه امامیه و ملاک مادهٔ ۱۱۹۲ ق. م که می‌گوید: «ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مولی علیه خود، وصی غیر مسلم معین کند.» و با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، می‌توان گفت، کفر مانع حضانت است؛ زیرا واگذار کردن حضانت طفل مسلمان به کافر از لحاظ ایمان و حمایت اخلاقی برای او زیان‌آور و خطرناک است. قابل ذکر است که در حقوق اسلامی به جز امامیه و شافعیه، سایرفقها و

علمای مذاهب، شرط اسلام را در حضانت ذکر نکرده و کفر را مانع اعمال این حق نمی‌دانند.[۱]

نگاهداری و حضانت همان‌طور که اشاره شد، شامل پرورش جسم و روان کودک است و در پرورش جسمانی، مسأله تغذیه طفل مطرح است و چون کودک در سنین اولیه یعنی تا حدود ۲ سال اول زندگی نیاز به شیر دارد. در این صورت آیا مادر تکلیف دارد که به بچه شیر بدهد یا شیردادن جزء حضانت نیست؟

در فقه امامیه رضاع یا شیر دادن مادر به طفل جزء تکلیف حضانت نیست. به تعبیر دیگر شیر دادن مادر امری مستحب است نه واجب. مگر این که شیر دهنده یا مرضعه‌ای غیر از مادر یافت نشود و یا با یافت شدن مرضعهٔ دیگری به غیر از مادر، به علت فوت پدر یا فقر او و نبودن توان مالی، پدر نتواند رضاع کودک را به زن دیگری محول کند.

مادهٔ ۱۱۷۶ ق. م ایران می‌گوید: «مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد مگر در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد.»

البته اگر مادر مایل باشد به نوزاد خود شیر بدهد، پدر یا مقامات عمومی و قضایی حق منع او را ندارند. مگر این که در دادگاه احراز شود، اقدام مادر به شیر دادن موجب ورود ضرر به طفل است. و اگر از نظر پزشکی ثابت گردد که شیر مادر تنها غذای لازم برای طفل است یا این که بنا بر عللی استخدام دایه یا تهیه شیرخشک و یا غذای مناسب دیگری امکان‌پذیر نباشد، در این صورت شیر دادن مادر به کودک تکلیف است و در صورت امتناع، می‌توان الزام وی را از دادگاه درخواست کرد و اگر در این جریان، ضرری به کودک برسد، این مادر مسؤول خواهد بود.

هرگاه زوجین جدا از هم زندگی می‌کنند و حضانت طفل را یکی از آنان بر عهده دارد، دیگری حق دارد، طفل را ملاقات کند. مادهٔ ۱۱۷٤ ق. م می‌گوید: «در صورتی که به علت طلاق یا به هر جهت دیگر، ابوین طفل در یک منزل سکونت نداشته باشند، هر یک از ابوین که طفل تحت حضانت او نمی‌باشد، حق ملاقات طفل خود را دارد. تعیین زمان و مکان ملاقات و سایر جزئیات مربوط به آن‌ها، در صورت اختلاف بین ابوین، با محکمه است.»

---

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، امامی، دکتر اسداله، حقوق خانواده، جلد دوم، چاپ چهارم، نشر دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۶، ش ۱۲۶، ص ۱۵۹.

طبق مادهٔ ١٤ قانون حمایت خانوادهٔ مصوب ۱۳۵۳ خارج کردن طفل از کشور بدون رضایت والدین ظاهری و همچنین بدون کسب اجازه از دادگاه، ممنوع خواهد بود و به کسی که حضانت کودک با او است، اجازه داده نمی‌شود، جز با شرایط خاص محل سکونت کودک را تغییر دهد.

در مورد تربیت اطفال مادهٔ ۱۱۷۸ می‌گوید: «ابوین مکلف هستند که در حدود توانایی خود به تربیت اطفال خویش بر حسب مقتضی اقدام کنند و نباید آن‌ها را مهمل بگذارند.»

همان‌طور که اشاره شد، اگر ابوین واقعی یا ظاهری در تربیت کودک مسامحه نمایند و در اثر نقص تربیت، کودک ضرری به افراد و اشخاص وارد کند، والدین مسؤولیت خواهند داشت. (ماده ۷ قانون مسؤولیت مدنی). والدین مشترکاً تکلیف تربیت کودک را بر عهده دارند. بنابراین حق اولویت مادر تا سن ۷ سالگی منحصراً مربوط به نگاه‌داری جسمی کودک است و از پدر در زمینهٔ تربیت وی در مدت حق تقدم مادر، سلب تکلیف و رفع مسؤولیت نخواهد شد.

والدین برای تربیت کودک، حق تنبیه او را دارند ولی به استناد این حق، نمی‌توانند طفل را خارج از حد متعارف تنبیه کنند. در صورت اختلاف زوجین، تشخیص عرف و حدود متعارف تنبیه با مراجع قضایی است. مادهٔ ۱۱۷۹ ق. م می‌گوید: «ابوین حق تنبیه طفل خود را دارند ولی به استناد این حق، نمی‌توانند طفل خود را خارج از حدود تأدیب نمایند.»

بند یک مادهٔ ۵۹ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «اقدامات والدین و اولیای قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأدیب یا حفاظت آن‌ها انجام شود، مشروط بر این که اقدامات مذکور در حد متعارف تأدیب و محافظت باشد.» جرم محسوب نمی‌شود.»

با این ترتیب اقدامات تأدیبی و تربیتی صورت گرفته روی اطفال از جانب والدین، مشروط بر این که به قصد تنبیه و با هدف محافظت کودک از آلودگی فکری و جسمی بوده و این اقدامات در حدود متعارف صورت گرفته باشد، والدین مجرم محسوب نشده و مجازات نخواهند شد ولی اگر اقدامات مزبور به قصد ایذا یا انتقام‌جویی یا

لجبازی صورت گیرد و یا از حد متعارف خارج گردد، جرم محسوب است و عامل مجازات خواهد شد.

طبق نظر مشورتی شماره ۷/۱۰۶۲ مورخ ۱۳۷۲/٤/۸ اداره حقوقی وزارت دادگستری، معلمان و آموزگاران، اولیای قانونی محسوب نمی‌شوند. بنابراین اولیای مدارس حق تنبیه بدنی دانش‌آموزان را نخواهند داشت.

کودکان ناشی از جنین اهدایی، همان طور که اشاره شد، مانند فرزند واقعی، تابع مقرّرات مبحث عنوان شده خواهند بود و زوجین دریافت‌کنندهٔ جنین نیز تابع همین ضوابط هستند.

بخش دوم ـ نفقهٔ اطفال.

نفقه کلمه‌ای است عربی و از نظر دستور زبان، اسمی از انفاق است و انفاق مصدر باب افعال، در لغت به معنای خرج کردن، صرف کردن و هزینه کردن است و در اصطلاح حقوقی عبارت است از تأمین هزینهٔ زندگی دیگری در چارچوب قانون و مصادیق انفاق، عبارتند از خوراک، لباس، مسکن و اثاث البیت و سایر مایحتاج یک انسان که مجموع این مصادیق را نفقه گویند. مادهٔ ۱۱۰۷ ق. م در تعریف نفقه می‌گوید: «نفقه عبارت است از همه نیازهای متعارف و متناسب با وضعیت زن از قبیل مسکن، البسه، غذا، اثاث منزل و هزینه‌های درمانی و بهداشتی و خادم، در صورت عادت یا احتیاج به واسطهٔ نقصان یا مرض.»

هر چند مادهٔ ۱۱۰۷ ق. م ناظر بر نفقهٔ زوجه در عقد دائم است ولی این تعریف در مورد نفقه اولاد و سایر افراد واجب‌النفقه نیز مصداق دارد؛ زیرا آن چه در مادهٔ ۱۲۰٤ ق. م در زمینهٔ ارکان و مصادیق نفقه اقارب آمده و عنوان شده: «نفقهٔ اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت، با در نظر گرفتن درجهٔ استطاعت منفق.» نیز مانند مصادیق و ارکان شمرده شده در مادهٔ ۱۱۰۷ ق. م جنبه تمثیلی دارد و به عنوان نمونه آورده شده که جنبهٔ حصری و انحصاری نخواهد داشت. بنابراین فرزند یا افراد دیگری از اقارب واجب‌النفقه، تحت شرایط قانونی حق مطالبهٔ کلیه مایحتاج ضروری برای ادامهٔ حیات را در حد متعارف خواهند داشت.

طبق مادهٔ ۳ قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور، نفقه و کلیه هزینه مورد نیاز زندگی کودک حاصل از جنین اهدایی، به عهده زن و شوهر اهدا گیرندهٔ جنین و سایر افراد مقرر در قانون است.

مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م می‌گوید: «نفقه اولاد بر عهده پدر است. پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق، به عهده جد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب، در صورت نبودن پدر و اجداد و یا عدم قدرت آن‌ها، نفقه بر عهده مادر است. هر گاه مادر هم زنده و یا قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب، به عهده اجداد و جدات مادری و جدات پدری واجب‌النفقه است و اگر چند نفر از اجداد و جدات مزبور، از حیث درجهٔ اقربیت مساوی باشند، نفقه را باید به حصهٔ مساوی تأدیه کنند.»

نظر به این که به موجب حکم مندرج در مادهٔ ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، از لحاظ تکلیف انفاق و حضانت و نگاه‌داری و تربیت، کودکان حاصل از جنین اهدایی، همانند فرزندان واقعی زوجین هستند، بنابراین تکالیف و تعهدات قانونی مربوط به روابط والدین و اولاد واقعی از بابت نفقه و حضانت، در ارتباط با زوجین و فرزندان ناشی از جنین اهدایی نیز به صورت کامل برقرار است و هیچ گونه تفاوتی از نظر قانون در این زمینه وجود ندارد. در غیر این صورت مشکلات فراوانی در عمل برای اطفال حاصل از جنین اهدایی به وجود خواهد آمد و این گونه کودکان که پدر و مادر واقعی آن‌ها ناشناخته باقی می‌مانند و هرگز در هنگام اهدای گامت، قصد ایجاد تعهد برای خود و اقارب نسبی و سببی خود نداشته‌اند، سرگردان خواهند ماند و علاوه بر این گونه اطفال، جامعه نیز متضرر خواهد شد و به نظم و مصلحت جامعه لطمهٔ شدیدی وارد می‌گردد.

با توجه به مطالب عنوان شده، تأمین هزینهٔ زندگی کودک ناشی از اهدای جنین، تحت عنوان نفقه، به ترتیب بر عهده پدر ظاهری این کودک و سایر اقارب نسبی و سببی ظاهری او است که در مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م مقرر شده است، به شرط تمکن مالی منفق و نیاز منفق علیه به شرح مذکور در مواد ۱۱۹۷ و ۱۱۹۸ قانون مدنی که البته کودکان معمولاً و اصولاً مالی ندارند و استحقاق دریافت نفقه خواهند داشت. البته تکلیف حضانت و تربیت اطفال همیشه ملازمه با تأمین هزینهٔ آن نیست. بنابراین هزینهٔ

حضانت و تربیت به عنوان نفقه در درجهٔ اول با پدر است، هر چند تکلیف حضانت با مادر باشد.

امتناع از پرداخت نفقه علاوه بر ضمانت اجرای حقوقی، دارای ضمانت اجرای کیفری است و مادهٔ ٦٤٢ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: « هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع نماید، دادگاه او را از سه ماه و یک روز تا پنج ماه حبس محکوم می‌نماید.»

بخش سوم ـ رابطهٔ کودک با زوجین از جهت حرمت نکاح.

موضوع قابل بحث این است که از جهت محرمیت و عدم محرمیت، بین کودک و زوجین دریافت کنندهٔ جنین، چه رابطه‌ای وجود دارد. به تعبیر دیگر آیا از جهت شرعی و قانونی، در رابطه با ازدواج با این کودک و ایجاد رابطهٔ جنسی، ممنوعیتی وجود دارد یا خیر؟ و در اصطلاح شرعی، این کودک محرم زوجین است و از نظر محرمیت در ردیف فرزند خونی و طبیعی آنان قرار دارد یا خیر؟ به طور مثال اگر کودک مذکور دختر باشد، شوهر آن زن حق دارد با او ازدواج کند؟

در پاسخ به این مسأله می‌توان گفت، هر چند این مرد پدر واقعی و خونی دختر مزبور نیست ولی از خون همسر وی در حالت جنینی تغذیه کرده و حداقل در حکم فرزند رضاعی همسرش محسوب می‌گردد و لذا ازدواج وی با دختر مورد بحث، ممنوع است و در واقع جزء محارم زوج محسوب می‌گردد و کودک چه دختر باشد و چه پسر، در حکم فرزند رضاعی زوجه محسوب و حداقل می‌توان در این زمینه، احکام فرزند رضاعی را جاری کرد. هر چند از نظر روحی و روانی فرزند زوجین محسوب خواهد شد و حکم رضاعی را می‌توان برای اقارب نسبی زوجین جاری دانست.

با وجود مطالب عنوان شده، شایسته است قانون‌گذار تکلیف این موضوع را مانند سایر نظام‌های حقوقی جهان، از جمله کشور فرانسه، صراحتاً مشخص کند تا در عمل از تفاسیر گوناگون شرعی و قانونی جلوگیری به عمل آید.

بخش چهارم ـ ولایت بر کودک.

ولایت به معنای سرپرستی و حفاظت از جسم و جان و اموال افرادی است که به علت صغر سن یا جنون و عدم رشد عقل مالی متصل به صغر، قادر به حفظ خود و اموال خود نیستند.

مادهٔ ۱۱۸۰ قانون مدنی در این زمینه چنین مقرر کرده است: « طفل (فرزند) صغیر، تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین طفل (فرزند) غیر رشید یا مجنون، در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.»

موضوع قابل بحث این است که کودک متولد شده از زنی که جنین اهدایی را دریافت و بعد از گذراندن دوران حاملگی و بارداری، وضع حمل کرده است تا زمان رسیدن به سن بلوغ و رشد، تحت ولایت چه کسی است؟ چنین فرزندی از نظر بیولوژیکی فرزند زوج این خانواده نیست و ممکن است، پدر واقعی وی یعنی صاحب اسپرم در قید حیات باشد ولی ناشناس است و در این زمینه تعهدی یا حقی نیزی برای وی قابل تصور نیست. با این ترتیب تکلیف ولایت قهری و آثار حقوقی ناشی از آن چیست؟ آیا زوج این خانواده را می‌توان، پدر کودک قلمداد کرد و به ظاهر قضیه اکتفا نمود که البته بهتر است همین نظر را بپذیریم و از مشکلات عملی موضوع جلوگیری کنیم؛ زیرا حقی در این زمینه ضایع نخواهد شد. بلکه زوج تکلیف سرپرستی جسم و جان و اموال کودک را عهده‌دار خواهد بود و تعارضی با قانون و شرع نیز نخواهد داشت. البته در حقوق اسلام و در نظام حقوقی فعلی ایران، مادر طفل بر وی ولایت ندارد که البته محل بحث است و شایسته است که در موقعیت مناسب مورد بررسی قرار گیرد.

در قبال نظر مذکور ممکن است گفته شود، چون زوج خانواده پدر واقعی و طبیعی کودک نیست و پدر یا جد پدری واقعی وی نیر ناشناس هستند، کودک را فاقد ولی قهری دانسته و باید به حکم دادگاه، برای چنین کودکی قیم منصوب گردد که در این صورت قیم می‌تواند زوج یا زوجه خانواده یا فرد دیگری باشد ولی در پاسخ می‌توان گفت، این طرز فکر به خانواده که پایگاه امن برای کودک است، لطمه وارد می‌کند و به روان زوجین و فرزند مذکور نیز صدمه خواهد زد. بنابراین نظریه نخست منطقی‌تر خواهد بود که بهتر است، به موجب قانون موضوع حل شود.

بخش پنجم ـ توارث.

موضوع دیگری که در قانون نحوهٔ اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ و آئین‌نامه اجرایی آن مسکوت مانده است، مسأله توارث بین فرزند حاصل از لقاح جنین اهدایی و زوجین دریافت کننده جنین است که تکلیف ارث‌بری بین این افراد را قانون‌گذار معین نکرده است.

در نظام حقوقی ایران با الهام از حقوق اسلام، بر طبق مادهٔ ۸۶۱ قانون مدنی، موجبات ارث دو امر است و این دو امر عبارت است از نسب و سبب.

طبق مادهٔ ۸۶۲ قانون مدنی، سه طبقه از نسب از ماترک متوفی ارث می‌برند که عبارتند از:

۱ـ پدر و مادر و اولاد و اولاد اولاد.

۲ـ اجداد و برادر و خواهر و اولاد آن‌ها.

۳ـ اعمام و عمات و اخوال و خالات و اولاد آن‌ها.

در زمینهٔ ارث از طریق سبب در مادهٔ ۸۶۴ قانون مدنی چنین آمده است: « از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برند، هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد.»

مسأله ارث یک مسأله اجتماعی است که بر پایه اقتصاد استوار است و با تحول جوامع متحول می‌گردد و امری ثابت و غیر قابل تغییر نیست. با بررسی سوابق تاریخی ملل جهان و تعمق در نظام حقوق اسلام، نظریه مذکور کاملاً تأیید می‌شود.

در نظام حقوقی اسلام که الهام بخش نظام حقوقی ایران در بسیاری از موارد، از جمله در باب ارث است، موضوع توارث تحولات فراوانی به خود دیده است. به طور مثال، در حقوق اسلام ولاء ضمان جریره، ولاء عتق و ولاء امامت، توارث بین مهاجرین و انصار به عنوان وراثت سببی مطرح شده و حتی ارث فرزندخواندگی دوران جاهلیت نیز تا مدتی در اسلام وجود داشته است.

ولاء در لغت به معنای محبت، نصرت، قرابت و ملک است و در اصطلاح فقهی به معنای نوعی سبب توارث است که در موارد زیر به کار رفته است.

بند یکم ـ ولاء ضمان جریره.

ممکن است کسی که با دیگری رابطهٔ قرابت و وراثت ندارد. ضمن قراردادی تعهد کند ضامن دیهٔ جرایمی باشد که طرف دیگر قرارداد، ممکن است مرتکب گردد و بعد از مردن مضمون له، ضامن از ماترک وی ارث ببرد. مشروط بر این که برای مضمون له، هنگام فوت وارث نسبی در هیچ یک از طبقات سه‌گانه، وجود نداشته باشد و مضمون له نیز می‌تواند، متقابلاً چنین تعهدی را بر عهده بگیرد. عقد ضمان جریره عقدی است لازم و فقط با وجود وراث نسبی طبقات سه‌گانه عقد مزبور باطل خواهد بود. این عقد تقریباً نوعی قرارداد بیمه مسؤولیت است که امروزه در موارد مختلف کاربرد دارد.

بند دوم ـ ولاء عتق.

در نظام حقوق اسلام مرسوم بود، اگر کسی برده‌ای را آزاد می‌کرد، در صورت فوت برده و نداشتن وارث نسبی آزاد (غیر برده) از طبقات ارث‌بر، ترکه برده آزاد شده متعلق به کسی می‌شد که برده را آزاد کرده بود. هر چند در حال حاضر برده‌داری منتفی است ولی در گذشته ارث بردن به سبب عتق و آزاد کردن برده پذیرفته شده بود.

بند سوم ـ ولاء امامت.

ولاء امامت به این معنی است که اگر کسی فوت شود و هیچ وارثی حتی ضامن جریره نداشته باشد، ماترک وی به امام (ع) در صورت حضور تعلق دارد و در صورت غیبت امام، امور ترکه مزبور راجع به حاکم است.

مادهٔ ۸٦٦ قانون مدنی ایران چنین می‌گوید: «در صورت نبودن وارث، امر ترکهٔ متوفی راجع به حاکم است.»

در اصل ۱۵۹ قانون آمده است: «اموال بلا وارث متعلق به دولت است.»

بند چهارم ـ قرارداد توارث

قرارداد توارث در زمان جاهلیت و صدر اسلام وجود داشته است. قرارداد توارث یا عقد موالات به این معنی بود که دو نفر توافق می‌کردند و می‌گفتند، خون من خون تو و ذمهٔ من ذمهٔ تو، مال من مال تو است و من ترا کمک می‌کنم و ترا یاری می‌دهم و در مقابل، تو هم مرا یاری کن و به من کمک کن. من از تو ارث ببرم و تو در مقابل از من

ارث ببری و این قرارداد توأم با سوگند بود و به موجب این قرارداد، متعاقدین از یکدیگر ارث می‌بردند و در این زمینه حتی در آیه ۳۳ سورهٔ نساء چنین آمده است: «و لکل جعلنا موالی مما ترک الوالدان و الاقربون و الذین عقدت ایمانکم فاتوهم نصیبهم» معنی آیه این است که ما برای ماترک و آنچه که از ابوین و خویشاوندان مانده، وراثی قرار دادیم و کسانی که عقد موالات یا توارث بسته‌اند، باید حصه آن‌ها از ترکه داده شود.

به افرادی که عقد توارث منعقد می‌کردند، حلیف، عقید، موالی و عدیل می‌نامیدند.[۱]

البته در زمینهٔ نسخ آیه اشاره شده یا عدم نسخ آن اختلاف نظر وجود دارد. اعم از این که آیه منسوخ باشد یا نباشد، این امر مسلم است که توارث قراردادی مورد قبول اسلام قرار گرفته و حکایت از این دارد که ارث و توارث تحولاتی را به خود دیده و امر ثابتی در صدر اسلام نبوده است.

بند پنجم ـ ارث و فرزندخواندگی.

در صدر اسلام، فرزندخواندگی وجود داشته و زید بن حارثه نیز فرزندخوانده پیغمبر اسلام بود. بنا بر عقیده عده‌ای از فقهای اهل تسنن[۲] بین فرزندخوانده و پدر و مادر خوانده توارث وجود داشته و سپس نسخ گردید که شرح آن در گفتار اول فصل ششم کتاب حاضر آمده است.

بند ششم ـ توارث بین مهاجرین و انصار.

در صدر اسلام، یکی از اسباب توارث، مهاجرت مسلمان مکه به مدینه بود. یعنی اگر مسلمانی از مکه به مدینه مهاجرت می‌کرد و به مسلمانان مدینه که از اسلام حمایت می‌کردند و انصار نامیده می‌شدند، می‌پیوست، مهاجرین و انصار از یکدیگر ارث می‌بردند.

در قرآن کریم و در آیه ۷۲ سورهٔ انفال در این زمینه چنین آمده است: «ان الذین آمنوا و هاجروا و جاهدوا باموالهم و انفسهم فی سبیل الله و الّذین آوَ وا نصروا اولئک بعضهم اولیاءُ بعضٍ و الذین آمنوا و لم یهاجروا مالکم من ولایتهم من شئی حتی

---

۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، ارث، ج ۱، نشر گنج دانش، سال ۱۳۶۳، ص ۱۴ و ۱۵
۲. العذب الفائض، جلد یک، ص ۲۲

یهاجروا و ان استنصروکم فی الدین فعلیکم النصر الا علی قوم بینکم و بینهم میثاق و الله بما تعملون خبیر.»

در تفسیر این آیه عنوان شده که مهاجرین و انصار از یکدیگر ارث می‌برند و مسلمانان غیر مهاجر از مسلمانان مهاجر ارث نخواهند برد.[1] البته عقیده علما و فقها بر این است که آیه مذکور طبق آیه ۷۵ سورهٔ انفال که فرموده است: «و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض...» نسخ گردیده است.

منظور از طرح مطالب مختلف در زمینهٔ ارث این است که در مسأله توارث در حقوق اسلام، بر حسب زمان و مکان تحولاتی رخ داده است و این سیر تطور حکایت از این دارد که اسباب و موجبات توارث وضع ثابتی نداشته و قابلیت دگرگونی داشته است و در حال حاضر نیز با تحولات و اوضاع و احوال هر جامعه، ضوابط ارث می‌تواند تغییر بکند، بدون این که به پایهٔ و اصول اسلام و جوامع اسلامی لطمه‌ای وارد نماید و بدون این که اخلاق اسلامی و یا نظام اسلامی را مختل سازد.

بنابراین ضوابط و موجبات ارث را می‌توان به موجب قانون یا قرارداد تغییر داد.

در مَوضوع بحث و مسأله ارث بردن کودکان ناشی از تلقیح مصنوعی جنین اهدایی، حکم صریحی در قانون نحوهٔ اهدای جنین و آئین‌نامه اجرایی آن پیش‌بینی نشده است. بنابراین معلوم نیست تکلیف این‌گونه کودکان بی‌گناه که در ایجاد خود نقشی نداشته‌اند، از جهت توارث چیست؟ یعنی از چه کسانی ارث می‌برند. در حالی که پدر و مادر واقعی این افراد ناشناخته هستند و با این ترتیب راهی برای شناسایی والدین این گونه فرزندان وجود ندارد. به علاوه اهدا کنندگان تخمک و اسپرم قصد داشتن فرزند از طریق اهدای جنین نداشته و هرگز در نظر نداشته‌اند تعهد و تکلیفی بر عهده بگیرند و کاملاً بی انصافی و دور از عدالت است که چنین فرزندانی از ماترک زوجین دریافت‌کنندهٔ جنین، ارث نبرند و اموال این گونه زوجین به اقارب طبقه دوم و سوم و در صورت نبودن طبقات مزبور به عنوان ارث بلا وارث به دولت تعلق گیرد و این نوع فرزندان از ارث این خانواده محروم گردند.

راه‌حل این مشکل یا معضل خانوادگی و اجتماعی چیست و چگونه باید از این بن‌بست نجات پیدا کرد؟ ممکن است گفته شود، تنها راه‌حل این مسأله وجود حکم

---

۱. مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۵

صریح قانونی است. به این معنی که قانون‌گذار کودکان ناشی از اهدای جنین را در ردیف فرزندان ناشی از مقاربت واقعی و طبیعی زوجین شناخته و برای کودک و زوجین حقوق و تکالیف متقابلی همانند پدر و مادر و فرزند طبیعی مشروع بشناسد و در نتیجه موضوع ولایت و مسأله ارث را صریحاً مشخص سازد.

اگر گفته شود، فرزند ناشی از دریافت جنین مخفی می‌ماند، بنابراین در عمل اشکالی پیش نخواهد آمد. زیرا افراد ذینفع یا اقارب ارث‌بر از واقعیت مطلع نخواهند شد و به ظاهر چنین فرزندی با توجه به آبستنی زوجه و وضع حمل و گواهی پزشکی ولادت و صدور شناسنامه برای کودک به نام پدر و مادر مشخص، فرزند این خانواده محسوب است و مانند فرزند واقعی از والدین و والدین از فرزند ارث خواهند برد و اشکالی پیش نخواهد آمد.

این نظر و ظاهر امر، کافی نیست؛ زیرا ممکن است اطرافیان زوجین و اقارب ذینفع، در این زمینه حساس شده و در صدد کشف واقعیت برای رسیدن به ماترک از طریق ارث‌بری برآیند و موضوع در مراجع قضایی مطرح گردد و مراجع قضایی برای احراز واقعیت، ناچار به اقداماتی از جمله استعلام از مراکز درمان ناباروری گردند که در این صورت مراکز درمانی باید پاسخ استعلام قضایی را داده و واقعیت را اعلام دارند که در این صورت، اسرار مزبور افشا خواهد شد. لذا محرمانه بودن موضوع اهدای جنین همیشه وافی به مقصود نیست و باید برای رفع دخل مقدر، راه‌حل قانونی صریح و روشن به وجود آید.

اگر عنوان شود، قانون‌گذار صلاحیت ندارد فرزند غیرواقعی را فرزند واقعی تلقی کند و این اقدام خلاف شرع خواهد بود. در پاسخ می‌توان گفت، لازم نیست قانون‌گذار برای رفع مشکل، به ضوابط نسب و قرابت نسبی و خونی متوسل شود، بلکه دریافت جنین اهدایی را سبب تلقی کرده و آن را در قلمرو موجبات ارث به سبب قرار دهد و سبب ارث را گسترش دهد. زیرا زوجیت تنها سبب ارث بردن محسوب نمی‌شود. مادهٔ ٨٦٤ قانون مدنی نیز تنها سبب توارث را زوجیت ندانسته است و می‌گوید: « از جمله اشخاصی که به موجب سبب ارث می‌برند، هر یک از زوجین است که در حین فوت دیگری زنده باشد.» و اگر قانون‌گذار فقط رابطهٔ زوجیت را موجب توارث از طریق قرابت سببی می‌دانست، مادهٔ مذکور را با کلمات « از جمله اشخاصی...» شروع نمی‌کرد.

بنابراین از نظر ادبیات و بیان حقوقی، افراد و اشخاص دیگری نیز می‌توانند از طریق سبب ارث ببرند و از جملهٔ این اسباب ممکن است، مربوط به فرزندان حاصل از اهدای جنین به زوجین نابارور و رابطهٔ بین آن‌ها باشد. به این معنی که درخواست دریافت جنین از طرف زوجین نابارور، می‌تواند سبب توارث بین فرزندان حاصل از جنین اهدایی و زوجین دریافت کنندهٔ جنین محسوب گردد و سهم الارث این افراد معادل سهم الارث فرزند و پدر و مادر طبیعی و واقعی باشد. البته ممکن است گفته شود، زوجین دریافت کنندهٔ جنین به طور ضمنی چنین رابطهٔ حقوقی را پذیرفته‌اند ولی برای رفع هر گونه شبهه یا تردید، وجود حکم صریح قانونی ضروری به نظر می‌رسد و چنین ضابطهٔ قانونی خلاف قواعد حقوقی و شرعی نخواهد بود.

بخش ششم ـ سقط جنین اضافی تلقیح شده.

مؤسسات درمان ناباروری در بارورکردن زنان نابارور با هدف حصول اطمینان باروری و حامل شدن این گونه زنان، معمولاً سه یا چهار جنین آماده را وارد رحم آنان خواهند کرد تا یکی از جنین‌های تلقیح شده، در رحم زن لانه گزینی کرده و به رشد خود ادامه دهد ولی ممکن است همهٔ جنین‌های تلقیح شده، در کنار هم در بدن زن لانه گزینی کرده و با هم شروع به رشد کنند که این نتیجه، مورد نظر مؤسسهٔ درمانی و متقاضیان دریافت جنین نبوده است. علاوه بر این ممکن است، زن حامل از نظر موقعیت جسمی و روانی قادر به پرورش همهٔ جنین‌های دریافتی نباشد و همچنین زوجین خواستار چنین وضعی نبوده بلکه فقط مایل به داشتن یک فرزند از طریق دریافت جنین بوده‌اند یا این که زوجین ممکن است، توان مالی و اقتصادی برای نگاه‌داری و تربیت چندین کودک که با هم متولد شوند را نداشته باشند که این امر نیز معضل بزرگی برای بسیاری از خانواده‌ها است و این گونه افراد مایل هستند، معضل و مشکل چندقلویی را مؤسسهٔ درمان ناباروری حل کند و در این راه اصرار می‌ورزند که در این صورت، تنها راه چاره ساقط کردن جنین‌های اضافی خواهد بود.

سقط جنین‌های اضافی تلقیح شده، مسایلی را به ذهن متبادر می‌کند که اهم آن‌ها به شرح زیر است:

۱ـ آیا در نظام حقوقی ایران و در حقوق اسلام، سقط جنین اصولاً و به طور کلی مجاز و مباح است یا خیر؟

۲ـ آیا سقط جنین‌های اضافی انتقال یافته به رحم زن امکان‌پذیر است یا خیر؟

۳ـ آیا از نظر اخلاقی و فلسفهٔ خلقت، جایز است جنین در حال رشد که بالقوه یک انسان است، از طریق سقط از بین برود و برای ادامهٔ حیات جنین دیگر، از وی سلب حیات گردد؟

۴ـ آیا قاعدهٔ عسر و حرج در سقط جنین اضافی جایگاهی دارد و می‌تواند مجوز سقط باشد؟

۵ـ آیا سقط جنین‌هایی که رشد طبیعی ندارند یا به عبارتی ناقص الخلقه هستند، مجاز است؟

۶ـ اگر همهٔ جنین‌های تلقیح شده روند رشد ناقص داشته باشند، تکلیف چیست؟

۷ـ اگر به فرض سقط جنین‌های اضافی مجاز باشد، این اقدام در چه مرحله‌ای از رشد جنین امکان‌پذیر است. یعنی سقط جنین پیش از ولوج و دمیده شدن روح و قبل از چهار ماهگی مجاز است یا بعد از ولوج روح و حتی رسیدن به مرحلهٔ کمال و نزدیک به وضع حمل نیز می‌توان، جنین‌های اضافی را از بدن زن حامل خارج کرد یا خیر؟

۸ ـ آیا سقط جنین‌های اضافی می‌تواند عنوان سقط درمانی داشته باشد یا این که این اقدام جرم است و مسؤولیت کیفری دارد؟

۹ـ اگر سقط جنین‌های اضافی عنوان سقط درمانی داشته باشد، دلیل اثباتی آن کدام است؟

۱۰ـ آیا سقط جنین‌های اضافی به مصلحت خانواده و جامعه خواهد بود یا خیر؟

برای یافتن پاسخ منطقی و حقوقی سؤال‌های مطرح شده، لازم است موضوع سقط جنین از نظر قانونی و شرعی در حالات مختلف مورد بررسی قرار گیرد و مشخص گردد، در نظام حقوقی اسلام و ایران اصولاً و به طور مطلق، سقط جنین چه ویژگی‌هایی دارد.

در حقوق اسلام و فقه امامیه، جنین احترام دارد و در تمامی مراحل از حمایت شرعی برخوردار است و در نظام حقوقی ایران نیز به تبع از شرع اسلام، سقط جنین در مراحل مختلف مسؤولیت حقوقی و کیفری متفاوتی در پی خواهد داشت.

طبق مادهٔ ٤٨٧ قانون مجازات اسلامی ایران، دیه سقط جنین در مراحل مختلف به ترتیب زیر است.

۱ـ دیهٔ نطفه که در رحم مستقر شده، بیست دینار است. منظور از نطفه ترکیب اسپرم با تخمک است.

۲ـ دیهٔ علقه که به صورت خون بسته است، چهل دینار خواهد بود.

۳ـ دیهٔ مضغه که به صورت گوشت و همانند گوشت چرخ‌کرده در آمده است، شصت دینار است.

٤ـ دیهٔ جنین در مرحله‌ای که به صورت استخوان در آمده و هنوز گوشت نروییده است.(عظم) هشتاد دینار است.

۵ـ دیهٔ جنین که گوشت و استخوان‌بندی آن تمام شده و هنوز روح در آن پیدا نشده، یکصد دینار است. ناگفته نماند در مراحل پنج‌گانه مزبور هیچ فرقی بین دختر و پسر وجود ندارد. (البته تا مرحلهٔ مضغه یقیناً دختر و پسر بودن جنین را نمی‌توان مشخص کرد و در مراحل بعدی شاید امکان تشخیص وجود داشته باشد.)

٦ـ دیهٔ جنین که روح در آن پیدا شده است، اگر پسر باشد، دیهٔ کامل و اگر دختر باشد، نصف دیهٔ کامل و اگر مشتبه باشد، سه ربع دیهٔ کامل خواهد بود. (با این ترتیب جنین بعد ولوج روح مشابه یک انسان کامل از جهت دیه خواهد بود.)

طبق مادهٔ ٤٩٠ قانون مجازات اسلامی، در صورت تعدد جنین، سقط آن‌ها هر کدام به طور جداگانه دیه دارد. علاوه بر این که برای سقط جنین پرداخت دیه مقرر شده، عاملان سقط جنین، طبق مواد ٤٩٢ و ٦٢٢ و ٦٢٣ قانون مجازات اسلامی به تحمل مجازات حبس نیز محکوم خواهند شد و اگر طبیب یا ماما یا داروفروش و اشخاصی که به عنوان طبابت یا مامایی یا جراحی یا داروفروشی اقدام می‌کنند، وسایل سقط جنین را فراهم سازند یا مباشرت به اسقاط جنین نمایند، به حبس از دو تا پنج سال محکوم خواهند شد و دیه را نیز باید پرداخت نمایند. (مادهٔ ٦٢٤ قانون مجازات اسلامی).

در قانون مجازات اسلامی سقط جنین در هر صورت ممنوع و جرم معرفی شده و هیچ استثنایی برای مجاز دانستن سقط جنین ولو در حالات اضطراری، در این قانون پیش‌بینی نشده که چنین طرز تفکری در سیاست کیفری حتی شرعاً معقول و منطقی به نظر نمی‌آمد و حافظ منافع و مصالح جامعه و افرا نیز تلقی نمی‌گردید و در عمل مشکلات فراوانی نیز ایجاد کرده بود. به طوری که نه تنها از وقوع سقط جنین کاسته نمی‌شد بلکه در موارد بسیاری که سقط جنین اضطراری ایجاب می‌کرد، این عمل به طور مخفیانه صورت می‌گرفت و در نتیجه جان مادر را نیز دچار مخاطره می‌ساخت. لذا اخیراً ماده واحده‌ای به تصویب رسید که به موجب آن به طور استثنایی و در موارد و شرایط خاص، سقط جنین مجاز شناخته شده است.

مادهٔ واحده مصوب ۱۳۸٤/۳/۲۵ تحت عنوان قانون سقط درمانی، چنین مقرر داشته است: «در سقط درمانی با تشخیص قطعی سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی مبنی بر بیماری جنین که به علت عقب‌افتادگی یا ناقص الخلقه بودن، موجب حرج مادر است و یا بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد، قبل از ولوج روح (چهار ماه) با رضایت زن مجاز می‌باشد و مجازات و مسؤولیتی متوجه پزشک مباشر نخواهد بود. متخلفین از اجرای مفاد این قانون به مجازات‌های مقرر در قانون مجازات اسلامی محکوم خواهند شد.»

این قانون هیچ مغایرت یا تعارضی با ضوابط شرعی و اخلاقی و فلسفی ندارد و کاملاً با قواعد فقهی و اصول حقوقی هماهنگی دارد و اگر از مفاد این قانون سوءاستفاده شود، عیب قانون نیست بلکه مشکل اساسی در رفتار و اخلاق بعضی از افراد قانون شکن است که در راه ناصحیح گام بر می‌دارند و برای توجیه اعمال خود به این قانون متوسل می‌گردند.

با عنایت به مفاد مواد مختلف قانون مجازات اسلامی، در زمینهٔ ممنوعیت سقط جنین و مادهٔ واحدهٔ مصوب ۱۳۸٤ مربوط به جواز استثنایی سقط جنین، می‌توان به سؤال‌های مطرح شده به شرح آتی پاسخ داد و پیشنهاداتی نیز در مورد سقط جنین تلقیح شدهٔ اضافی، ارائه کرد.

در مورد سؤال یکم در زمینهٔ جواز یا ممنوعیت سقط جنین در حقوق ایران و اسلام، می‌تواند پاسخ داد که سقط جنین اصولاً ممنوع است ولی در موارد استثنایی و تحقق

حالت عسر و حرج و اضطرار، سقط جنین مجاز خواهد بود و در شرع اسلام، طبق قواعد عسر و حرج[۱] و رفع[۲] که از جمله قواعد عقلی است، تکلیف حفظ و نگاه‌داری جنین ساقط می‌گردد. با این ترتیب شایسته بود، در قانون مجازات اسلامی و در باب سقط جنین موارد استثنایی و مجوز سقط جنین درج می‌گردید تا نیازی به تصویب مادهٔ واحده آن هم چهارده سال بعد نباشد.

البته سقط جنین درمانی تحت شرایط قانونی مجاز است و آن شرایط عبارتند از:

الف ـ بیماری جنین که باعث عقب‌افتادگی یا ناقص الخلقه شدن کودک شود و موجب حرج برای مادر گردد.

ب ـ بیماری مادر که با تهدید جانی مادر توأم باشد.

ج ـ جنین در حالت قبل از ولوج روح (چهار ماهگی) باشد.

د ـ سه پزشک متخصص مراتب مذکور را تشخیص و به تأیید پزشکی قانونی برسد و گواهی جواز سقط جنین از طرف پزشکی قانونی صادر گردد.

هـ ـ مادر کتباً رضایت خود را به سقط جنین موجود در بدن خود اعلام نماید.

بنابراین سقط درمانی با تحقق شرایط مزبور مجاز خواهد بود و عامل سقط یعنی پزشک مباشر مسؤولیتی نخواهد داشت.

در پاسخ سؤال دوم که آیا سقط جنین‌های اضافی انتقال یافته به رحم زن، قابل اسقاط است یا خیر؟ می‌توان گفت، اگر جنین‌های تلقیح شده دارای بیماری منجر به عقب‌افتادگی یا ناقص الخلقه شدن باشند و مراتب به گواهی سه پزشک متخصص زنان و زایمان برسد و پزشکی قانونی آن را تأیید و اقدام به صدور گواهی مبنی بر جواز سقط با عنوان سقط درمانی نماید و همچنین در صورتی که مادر بیمار گردد و ادامهٔ حاملگی با جنین‌های متعدد، برای مادر خطر جانی به همراه داشته باشد، قبل از ولوج روح و با رضایت مادر و صدور گواهی جواز، سقط جنین قانوناً بلا اشکال است و مسؤولیتی متوجهٔ پزشک مباشر نخواهد بود.

در پاسخ به مسأله سوم و چهارم که آیا سقط جنین‌های اضافی در حال رشد، از نظر اخلاقی و فلسفی جایز است و می‌توان از این گونه جنین، سلب حیات کرد یا خیر؟

---

۱. عسر و حرج، سوره ۲۲، آیه ۷۸ و سوره ۲۴، آیه ۶۱ و ...

۲. حدیث نبوی، رفع عن امتی تسعه .... فمن اضطر من غیر باغ و لا عاد.

می‌توان گفت، هر گاه رشد جنین اضافی عادی باشد و هیچ گونه بیماری و عقب‌افتادگی و نقص خلقت در وی مشاهده نگردد، سقط جنین مزبور اخلاقاً پسندیده نیست و هیچ کس، برای ادامهٔ حیات یک جنین، حق سلب حیات از جنین‌های اضافی تلقیح شدهٔ دیگر را ندارد. مگر این که رشد چند جنین در آن واحد در بدن مادر، برای سلامت جسمی و روانی ولی خطر حتمی داشته باشد که در این صورت لزوم حفظ جان و روان مادر، ایجاب می‌کند طبق قاعدهٔ عسر و حرج، سقط جنین اضافی با رضایت مادر مجاز گردد و سقط درمانی در چنین حالتی مصداق خواهد داشت. البته عدم تمکن مالی لازم خانواده برای نگاه‌داری، حضانت و تربیت، هم می‌تواند به نوعی عسر و حرج تلقی گردد و راهی برای سقط جنین اضافی پیدا شود. هر چند ممکن است، مورد قبول عده‌ای از حقوقدانان و فقها قرار نگیرد ولی خیلی هم دور از منطق حقوقی و ضوابط شرعی نیست.

پاسخ سؤال‌های پنجم و ششم نیز روشن است. زیرا سقط تمام یا بعضی از جنین‌های تلقیح شده که رشد طبیعی نداشته و ناقص در حال رشد باشند، طبق مفاد مادهٔ واحده به عنوان سقط درمانی، سقط آن‌ها مجاز خواهد بود و جای ابهامی نیست.

در پاسخ به سؤال‌های هفتم تا نهم، می‌توان گفت: طبق شرایط و ضوابط مادهٔ واحده، منحصراً در مرحله قبل از ولوج روح، سقط درمانی جنین مجاز خواهد بود و بعد از ولوج روح در هر حال سقط جنین ممنوع و مباشر آن مسؤولیت حقوقی و کیفری خواهد داشت و اگر سقط جنین اضافی عنوان سقط درمانی داشته باشد، تشخیص سه پزشک متخصص و تأیید پزشکی قانونی برای اقدام به سقط ضرورت دارد و الا مباشر سقط مسؤولیت کیفری خواهد داشت.

در پاسخ به سؤال دهم مبنی بر این که سقط جنین‌های اضافی ولو با شرایط و مفاد مادهٔ واحده فوق الذکر انطباق نداشته باشد، آیا به نفع خانواده و به مصلحت جامعه خواهد بود یا خیر؟ می‌توان گفت: اولاً زوجین متقاضی دریافت جنین، قصد نداشته‌اند که در آن واحد دارای چند فرزند گردند، بلکه تصور ذهنی آنان چنین بوده که از طریق دریافت جنین، صاحب یک فرزند گردند تا آرام‌بخش و شادی آفرین زندگی مشترک خانواده باشد. ثانیاً با توجه به وضع اقتصادی و توان مالی، آمادهٔ پذیرش یک فرزند شده‌اند تا قادر باشند، فرزند مورد نظر را درست نگاه‌داری و تربیت کنند و تحویل

جامعه بدهند. بنابراین صاحب چند فرزند شدن نه موافق میل آن‌ها بوده و نه می‌توانند به صورت کامل، حضانت و تربیت فرزندان متعدد یا چندقلو را عهده‌دار گردند. لذا به جای ایجاد آرامش، موجبات تنش فکری و جسمی برای خانواده با داشتن و نگاه‌داری فرزندان چندقلو، فراهم خواهد شد که به مصلحت خانواده نخواهد بود. ثالثاً چه بسا چنین وضعی سبب از هم پاشیدن کانون خانواده گردد و نظم جامعه را نیز دچار اختلال نماید.

نظر به این که خانواده رکن اصلی هر جامعه است و جامعه موفق و سالم، جامعه‌ای است که دارای خانواده‌های منظم و آرام باشد؛ زیرا در خانواده‌های نامنظم و پر تنش، اصولاً محیط مناسب برای پرورش جسم و روان و تربیت فراهم نخواهد شد و آثار سوء آن در جامعه ظاهر می‌گردد. بنابراین به نظر می‌رسد، سقط جنین‌های اضافی با توجه به وضع اقتصادی و روانی زوجین پذیرندهٔ جنین به منظور باروری، با تشخیص هیأت متخصص پزشکی، روان‌پزشکی و اقتصادی و تأیید پزشکی قانونی مجاز است. زیرا میدان قلمرو عسر و حرج و اضطرار بسیار وسیع است و می‌توان با استفاده از حکم شرعی نفی عسر و حرج و قاعدهٔ اضطرار و رفع تکلیف، با تحقق شرایط مقرر در قواعد عنوان شده، معتقد به جواز سقط جنین‌های اضافی انتقالی شد تا نفع و مصلحت خانواده و جامعه تأمین گردد.

با وجود استدلال حقوقی مذکور برای رفع ابهام و هر گونه شبهه و نجات از سرگردانی‌ها و جلوگیری از تفاسیر و نظرات متفاوت، شایسته است در زمینهٔ سقط جنین‌های اضافی، قانونی جامع وضع گردد تا خانواده‌ها و جامعه از سوءاستفاده مصون بمانند و کشور از نظر جمیعت تحت کنترل قرار گیرد.

گفتار ششم

اهدای جنین و آثار حقوقی آن در نظام حقوقی فرانسه.

در نظام حقوقی کشور فرانسه همانند سایر کشورهای پیشرفته جهان، تولید مثل با کمک‌های پزشکی[1] و با ابزارهای درمانی، چند ده سال است که رواج پیدا کرده است.[2]

---

1. LA PROCRÉATION ASSISTÉE
2. DOMINIQUE FENOUILLET, DROIT DE LA FAMILLE, 2e EDITION, DALLOZ, 2008, P. 389, N 495

در زمینهٔ اهدای گامت یا اهدای جنین و لقاح مصنوعی و یا حاملگی و تولید مثل از طریق کمک‌های پزشکی در فرانسه، مقررات مفصل و جامعی در قانون مدنی و در قانون سلامت و بهداشت عمومی این کشور پیش‌بینی شده است.

اولین مقررات به اهدای جنین در سال ۱۹۹٤ به تصویب رسید ولی در سال‌های ۲۰۰٤ به بعد از جهات مختلف تغییراتی در این نهاد حقوقی به عمل آمده است.[1]

همان‌طور که اشاره شد، در نظام حقوقی فرانسه، برای اهدای گامت و همچنین اهدای جنین به وسیله اشخاص ثالث به زوجین نابارور و یا همسرانی که بدون ازدواج با هم زندگی می‌کنند،[2] با توجه به حفظ تمامیت جسمی انسان‌ها و جلوگیری از لطمه به این حمایت جسمانی و همچنین به منظور حفظ سلامت و بهداشت جامعه و جلوگیری از شیوع امراض گوناگون ژنتیکی و توارثی و جلوگیری از به وجود آمدن کودکان معلول که سربار جامعه خواهند بود، علاوه بر مقرراتی که در ارتباط با احوال شخصیه و حقوق و تکالیف افراد است و در مجموعهٔ قوانین مدنی این گونه مقررات و ضوابط پیش‌بینی شده است، مقررات و ضوابط علیحده‌ای در مجموعهٔ قوانین سلامت و بهداشت عمومی فرانسه آورده شده که حائز اهمیت است و نشان دهندهٔ توجه و دقت نظر خاص در امور و مسایل فردی و اجتماعی، در کشور فرانسه است.

با توجه به مقررات و ضوابط مربوط به اهدای گامت و اهدای جنین، می‌توان موضوع این گفتار را در پنج بخش به شرح زیر مورد بررسی قرار داد:

بخش یکم ـ شرایط مربوط به تکنولوژی قابل قبول در درمان ناباروری.

بخش دوم ـ شرایط مربوط به جمع‌آوری یا تحصیل گامت.

بخش سوم ـ شرایط مربوط به اهدای جنین.

بخش چهارم ـ شرایط مربوط به درخواست دریافت جنین.

بخش پنجم ـ آثار حقوقی مربوط به اهدا و دریافت جنین.

بخش یکم ـ تکنولوژی قابل قبول درمان ناباروری.

انتقال گامت (اسپرم یا تخمک) و همچنین انتقال جنین تشکیل شده از اسپرم و تخمک در آزمایشگاه، به رحم زنی که خواستار حامل و صاحب فرزند شدن است، باید

1. IBID
2. LE COUPLE

با دقت و تکنیک دقیق صورت گیرد تا خطری برای زن صاحب رحم و کودک حاصل از این تلقیح به دنبال نداشته باشد. بنابراین ابزار کمکی پزشکی برای انجام لقاح باید از تکنیک دقیق علمی و فنی برخوردار باشد و همچنین پزشکان و سایر عوامل و دستیاران پزشکان، باید دارای تخصص لازم باشند.

از طرفی دیگر، اخذ گامت‌ها و جمع‌آوری و نگهداری آن برای انتقال یا شکل‌گیری جنین (ترکیب اسپرم و تخمک) باید با دقت انجام گیرد.

با این ترتیب باید مشخصات مؤسسات درمان ناباروری و گروه پزشکی درمان و ابزار کمک‌دهنده به درمان ناباروری یا فن انتقال گامت یا جنین را قانون‌گذار با جلب نظر کارشناسان و متخصصان این رشته، دقیقاً در مواد قانونی با وضوح اعلام نماید و مؤسسات درمان ناباروری باید با در خدمت گرفتن پزشکان و کارکنان متخصص و با داشتن دستگاه‌های مجهز و قابل قبول برای درمان و باروری زنان نابارور، به اخذ مجوز از مراجع صلاحیت‌دار اقدام نمایند.

در فرانسه، وزارت بهداشت و سلامت عمومی با رعایت مقررات و ضوابط مربوط به سلامت عمومی، مجوز فعالیت به مؤسسات درمان ناباروری خواهد دارد و کنترل و نظارت کامل این گونه مؤسسات را بر عهده دارد. آژانس زیست پزشکی وابسته به وزارت سلامت عمومی، لیست و مشخصات این مؤسسات را در اختیار دارد و به منظور تضمین سلامتی یا ایمنی و رعایت بهداشت و سلامت کودک و مادر، تدابیری در قانون سلامت عمومی اندیشیده شده که به موجب آن، دقیقاً اقدامات مؤسسات درمان ناباروری مورد کنترل قرار می‌گیرد. به طور مثال، گامت‌ها باید مورد آزمایش دقیق قرار گیرند تا اطمینان حاصل شود که گامت‌های به دست آمده، از سلامت کامل برخوردارند و حامل بیماری‌های واگیردار و صعب‌العلاج نیستند.

ضوابط مربوط اهدای گامت متعلق به شخص ثالث و همچنین اهدای جنین با مداخلهٔ اشخاص ثالث اهدا کننده،[1] در مواد L.1244-1 به بعد قانون سلامت عمومی مصوب ۱۵ ژوئن سال ۲۰۰۰ و سال‌های ۲۰۰٤ و ۲۰۰۸ به بعد میلادی در فرانسه پیش‌بینی شده است.

---

1. L, INTERVENTION D, UN TIERS DONNEUR

اهدای گامت و تلقیح مصنوعی با گامت ثالث به این معنی است که اسپرم یک مرد بیگانه که شوهر زن نیست، با ابزار پزشکی به منظور باردار شدن وارد رحم آن زن گردد. بنابراین اهدا کننده گامت نر یا اسپرماتوزوئید، شخص ثالث است که در بارور شدن زن خواهان باروری به نحوی مداخله دارد[1] و ممکن است، گامت ماده یا تخمک (ovocytes) یک زن به زن دیگر اهدا گردد ولی اهدای جنین به این معنی است که جنین از تلقیح اسپرم در یک تخمک در آزمایشگاه یعنی خارج از رحم، به وجود می‌آید و سپس با وسایل و ابزار پزشکی وارد رحم زنی می‌گردد تا جنین وارد شده در بدن این زن، لانه گزینی کرده و شروع به رشد کند، که در واقع تولید مثل خارج از حاملگی طبیعی صورت می‌گیرد.

این روش درمان ناباروری در فرانسه جنبهٔ استثنایی دارد و هنگامی این نوع درمان مجاز است که باروری از طریق مقاربت طبیعی بین زوجین یا همسران[2] امکان‌پذیر نباشد. در فرانسه اجاره رحم و همچنین تولید مثل از طریق به کارگیری سلول‌های بنیادی ممنوع است.

طبق مادهٔ 7-16 L قانون مدنی فرانسه، اجاره رحم برای تولید مثل انسان ممنوع و قرارداد بسته شده در این زمینه باطل است و این اقدام طبق مادهٔ 12-22 L قانون مجازات عمومی فرانسه جرم است و برای ضمانت اجرای این جرم، مجازات حبس به مدت شش ماه و پرداخت ۷۵۰۰ یورو جریمه در نظر گرفته شده است.

طبق بند ۳ مادهٔ L,16-4 قانون مدنی فرانسه مصوب ٦ اوت ۲۰۰٤ و مادهٔ L,2151-1 قانون سلامت عمومی، شبیه‌سازی یا کلوناژ[3] (CLONAGE) در تولید مثل انسان‌ها ممنوع است و طبق مادهٔ 2-214 قانون مجازات، حبس به مدت سی سال با اعمال شاقه و مبلغ ۷۵۰۰۰۰۰ یورو جریمه کلوناژ یا شبیه‌سازی در نظر گرفته شده است و همچنین ممنوع است. استفاده از جنین انسان برای کارهای پژوهشی(2 -2151 .L) و همین طور برای کارهای تجاری و صنعتی (3-1251.L) و برای معالجات غیر قانونی (4-1251 .L) و

---

1. L, INTERVENTION D, UN TIERS DONNEUR. (L 1244- 1 C.S.P)

۲. همسران در فرانسه، زن و مردی را گویند که بدون ازدواج با هم زندگی می‌کنند.

۳. استفاده از سلول‌های بنیادی برای تولید مثل را کلوناژ می‌گویند.

مجازات شبیه‌سازی با هدف صنعتی یا تجاری و یا تحقیقاتی یا معالجاتی غیر قانونی، ۷ سال حبس و ۱۰۰۰۰۰یورو جریمه در نظر گرفته شده است. (art.511- 17,18 et 18-1 cp)

بنابراین هیچ مؤسسه یا سازمانی حق شبیه‌سازی یا انتقال جنین به رحم اجاره‌ای ندارد ولی به وسیلهٔ مؤسسات معین و پذیرفته شده از طرف وزارت سلامت عمومی، تحت شرایط و ضوابط خاص، با هدف درمان ناباروری زوجین یا همسرانی که حداقل دو سال زندگی مشترک بدون ازدواج داشته باشند، بر حسب درخواست این گونه افراد و توافق آنان برای دریافت گامت یا جنین، تحت لیسانس و مجوز وزارت بهداشت و سلامت، دریافت گامت و تشکیل جنین در آزمایشگاه‌های مجهز و انتقال به رحم این نوع زنان عقیم امکان‌پذیر خواهد بود.

طبق بند 2 مادهٔ 2 -2141 .L قانون سلامت و بهداشت عمومی، استفاده از ابزار و وسایل پزشکی در ایجاد حاملگی مجاز نیست مگر در دو مورد انحصاری زیر:

نخست برای معالجه ناباروری یا اصلاح نازایی ناشی از بیماری و آسیب شناسی مربوط به یک بیماری که باعث نازایی شده است و زوجین به علت کسالت قادر نخواهند بود از طریق طبیعی و برقراری رابطه جنسی، صاحب فرزند شوند ولی به وسیله کمک‌های پزشکی زن خانواده بتواند حامل گردد.

دوم به منظور جلوگیری از انتقال یک بیماری سخت و غیر قابل علاج به فرزند طبیعی یا یکی از همسران در یک خانواده، حاملگی از طریق انتقال گامت یا جنین اهدایی متعلق به ثالث مجاز خواهد بود که در این فرض به موجب اصلاحات به عمل آمده در تاریخ ششم اوت سال ۲۰۰٤ در مقررات موجود تغییراتی ایجاد شد. از جمله استفاده از سلول‌های بنیادی به منظور معالجه و نجات از خطر مرگ مجاز گردید. مخصوصاً در مورد معالجهٔ اعضا و افراد خانواده و کودکان مریض که از نظر ژنتیکی، کسالت‌های احتمالاً منجر به فوت دارند، از سلول‌های بنیادی اقارب نزدیک مثل برادر و خواهر استفاده گردد. (مادهٔ 1-4-2131 .L قانون سلامت عمومی فرانسه).[1]

مراکز کمک‌های پزشکی درمانی ناباروری، از دیدگاه ضوابط پزشکی باید آن چنان مجهز با ابزار پزشکی و پزشکان متخصص و دستیاران متبحر باشند که بتوانند ایمنی و

---

1. DOMINJQUE, FENOUILLET, DROIT DE LA FAMILLE, DALLOZ 2008, 2, EDITION, P. 392, N 500

سلامت مراجعین را تضمین کنند و قادر باشند، مسؤولیت آن را از هر جهت بپذیرند. بنابراین در فرانسه، منحصراً مؤسساتی اجازهٔ درمان ناباروری زنان نابارور را خواهند داشت که از همهٔ جهات صلاحیت لازم را دارا باشند و بتوانند مسؤولیت آثار سوء اقدامات خود را بپذیرند و پاسخگو باشند. (مادهٔ L.2142-1 قانون سلامت و بهداشت عمومی).

بخش دوم ـ شرایط جمع‌آوری و نگهداری گامت‌ها با کمک ابزار پزشکی.

تحصیل و جمع‌آوری گامت نر و ماده به وسیلهٔ ابزار پزشکی در مراکز و مؤسسات درمان ناباروری صورت خواهد گرفت. این اقدام باید با احتیاط و دقت فراوان صورت گیرد و در دستگاه‌های مخصوص نگهداری و در آزمایشگاه‌های مربوط از جهات مختلف، از جمله از جهت انتقال امراض مورد بررسی قرار گیرد و در موارد ضروری عمل لقاح و ترکیب اسپرم با تخمک انجام شود تا به جنین آمادهٔ تلقیح به زن، تبدیل گردد.

این گونه اقدامات را قانون ٦ اوت ٢٠٠٤ فرانسه اجازه داده است. اخذ اسپرم یا تخمک و یا هر دو گاهی ممکن است متعلق به خود زن و شوهر یا همسرانی باشد که پس از بازپروری یا اقدامات پزشکی لازم دیگر، به همان همسر یا زوجه انتقال داده شود. اگر آن زن آمادگی دریافت اسپرم تحصیل شده یا جنین شکل گرفته داشته باشند. البته گاهی ممکن است، زن آمادگی دریافت اسپرم یا جنین تشکیل شده را نداشته باشد که در این صورت، باید تا زمان آمادگی زن، اسپرم یا جنین در دستگاه خاص نگاهداری شود. البته ایجاد آمادگی مصنوعی در زن، ممکن است احتمال خطر وارد شدن لطمه به سلامتی زن را به همراه داشته باشد. (مادهٔ L. 1241- 11 قانون سلامت عمومی).

ممکن است، جنین یا اسپرم و تخمک، متعلق به غیر از زوجین یا همسران باشد که در این صورت، شخص ثالث یعنی اهدا کننده در تولید مثل مداخله خواهد داشت.[1]

طبق مادهٔ L. 152-6 قانون سابق، استفاده از جنین اهدایی افراد ثالث و انتقال آن با ابزار پزشکی به رحم زن خواهان دریافت، وقتی مجاز بود که حاملگی و بچه‌دار شدن با اسپرم و تخمک خود زوجین امکان‌پذیر نبود ولی مادهٔ ٢٤ قانون بهداشت و شمارهٔ

1. L, INTERVENTION D, UN TIERS DONNEUR, D,ARRÉS/ OP. CIT/ P.393, N 504.

٨٠٠-٢٠٠٤ مورخ ششم اوت سال ٢٠٠٤ که تبدیل به بند هفتم مادهٔ ٢١٤١ قانون بهداشت و سلامت عمومی فرانسه شده است، قلمرو موضوع اهدای جنین متعلق به افراد ثالث به متقاضی دریافت جنین اهدایی را توسعه داده و در این بند پیش‌بینی شده است، اگر خطری وجود داشته باشد که یک مرض غیرقابل علاج یا حاد و صعب‌العلاج به کودک یا یکی از زوجین یا همسرها[1] در حاملگی ناشی از ارتباط جنسی زوجین، انتقال پیدا کند ولی از طریق انتقال جنین اهدایی چنین خطری پیش نیاید و از این طریق، حاملگی شکل بگیرد، منع قانونی ندارد. البته همسر می‌تواند پس از آگاهی از این موضوع و مشکل موجود از لقاح جنین اهدایی و استفاده از این تکنیک صرفنظر کند.

با توجه به مطالب عنوان شده، مؤسسات درمان ناباروری با تکنیک‌های لازم و تکنولوژی قابل قبول، می‌توانند نسبت به تحصیل گامت‌ها اعم از گامت نر و مادهٔ زن و شوهر که برای درمان ناباروری به این مؤسسات مراجعه می‌کنند یا گامت نر و مادهٔ زوجین اهدا کننده، برای انجام آزمایشات ضروری جهت آماده سازی آن برای تلقیح به رحم زن بیگانه، یا ترکیب اسپرم با تخمک و ایجاد جنین و نگاهداری آن به منظور درمان ناباروری اقدام نمایند.

بخش سوم ـ شرایط مربوط به اهدای گامت یا جنین.

با وجود این که طبق مادهٔ 5 – 16 .L قانون مدنی فرانسه، قراردادهایی که نتیجهٔ آن‌ها واگذاری عناصر ناشی از انسان، از جمله اسپرم یا تخمک (OVOCYTES) و یا واگذاری اجزای بدن انسان در قبال دریافت پول باشد، باطل است، معذلک اهدای گامت نر و ماده به متقاضی جنین که به منظور درمان ناباروری در مؤسسات مخصوص مورد بهره‌برداری قرار خواهد گرفت، با رضایت صاحبان اسپرم و تخمک امکان‌پذیر خواهد بود و منع قانونی ندارد. به عبارت دیگر، دهندگان گامت‌ها، بدون اجبار و اکراه، بلکه با کمال میل برای تلقیح به دیگری، چه به صورت گامت (اسپرم یا تخمک) باشد و چه به صورت ترکیب و تشکیل جنین، بدون دریافت عوض اهدا خواهند کرد ولی رضایت اهدا کنندگان، هر زمان و مادامی که گامت یا جنین به بدن زن متقاضی انتقال

---

١. منظور از همسران (LES COUPLES) این است که در فرانسه علاوه بر زن و شوهر قانونی، به زن و مردی که بدون ازدواج قانونی، حداقل دو سال زندگی مشترک داشته باشند نیز اطلاق می‌شود.

پیدا نکرده، قابل عدول است. البته نام اهدا کنندگان و دریافت کنندگان به طور کلی مخفی خواهد ماند. (مواد6-L.16 و 8-16 قانون مدنی و مواد 3-1211, 2-L.1211, 5-1211, 4-1211 قانون بهداشت و سلامت عمومی).

در زمینهٔ اهدای گامت و جنین، علاوه بر کلیاتی که عنوان شد، تحقق شرایط زیر در ارتباط به اهدا و به کارگیری گامت‌ها ضروری است:

۱ـ اسپرم و تخمک اهدایی باید متعلق به زوجین یا همسرانی باشد که قبلاً صاحب فرزند شده باشند.

۲ـ زن و مرد اهدا کننده باید در این مورد به هم توافق داشته باشند و این توافق باید کتبی باشد یعنی به صورت نوشته ابراز و اعلام گردد.

۳ـ هر یک از زوجین یا همسر آزادی کامل دارند تا زمانی که گامت‌ها مورد استفاده قرار نگرفته و به زن متقاضی باروری تلقیح نشده، از این رضایت به تنهایی عدول کنند و نیازی به توافق زوجین در زمینهٔ انصراف از اهدای گامت‌ها نخواهد بود. (مواد 1244-2 و L.1244-1 قانون سلامت عمومی)

به موجب مادهٔ 1244-7 اصلاحی ششم اوت ۲۰۰۴ قانون مزبور، زنی که حاضر می‌شود، تخمک خود را به دیگری اهدا کند، باید به طور خاص از شرایط مربوط به اخذ تخمک از طریق تحریک کردن تخمدان و نحوهٔ برداشت تخمک و خطرات مربوط به این تکنیک و امثال آن آگاهی پیدا کند و باید از شرایط قانونی اهدای تخمک، خصوصاً از جهت محرمانه و سرّی بودن و عدم افشای آن و بلاعوض بودن این اهدا مطلع گردد. البته هزینه‌های مربوط به این اقدام را می‌تواند دریافت کند.

۴ ـ طبق مادهٔ 1244-4 .L قانون سلامت عمومی اصلاحی سال ۲۰۰۴ استفادهٔ عمدی و ارادی از گامت‌های اهداء شده از جانب یک نفر، برای بیش از ده فرزند ممنوع است[1] و نباید اسپرم‌های مختلف ممزوج و برای تلقیح از آن استفاده گردد.

۵ ـ افشای نام و مشخصات اهداءکنندگان گامت ممنوع است و دریافت‌کنندگان گامت، نمی‌توانند از مشخصات اهداءکنندگان گامت مطلع گردند و به نام و نشانی آن‌ها دسترسی پیدا کنند. همان‌طور که اهداءکنندگان نیز این حق را نخواهند داشت.

---

۱. قبل از سال ۲۰۰۴ و اصلاح ماده، تعداد مجاز استفاده از گامت اهدایی، برای پنج فرزند بوده است که به ده کودک افزایش پیدا کرده است.

همان‌طور که اشاره شد، در خصوص گامت‌ها و جنین، لازم است که به این نکات توجه شود که اخذ و نگاه داشتن و انتقال آن‌ها به رحم زن، به موجب مجوز قانونی امکان‌پذیر است و چون این گونه اقدامات جنبهٔ استثنایی دارد، محدود به موارد خاص قانونی است و از طرف دیگر اقدامات مربوط به اخذ و نگاه داری گامت‌ها و ایجاد جنین از طریق تلقیح اسپرم در تخمک و همچین انتقال گامت یا جنین به رحم زن به منظور باروری و آبستنی، باید به وسیله کادر مجهز پزشکی و با تکنیک و ابزار پزشکی مورد قبول مراجع صلاحیت‌دار وزارت بهداشت و سلامت عمومی، صورت گیرد و اخذ گامت به عنوان و به منظور آزمایشات دارای جنبهٔ صنعتی و تجاری ممنوع است و این گونه اقدامات جرم محسوب می‌شود که دارای ضمانت اجرایی کیفری است. (مواد 2151-2-3 و 2141-8 .L قانون سلامت عمومی)

بخش چهارم ـ شرایط مربوط به درخواست دریافت جنین.

درخواست دریافت جنین برای بچه‌دار شدن، در صورتی پذیرفته خواهد شد که دارای شرایط زیر باشد:

۱ـ درخواست باید از طرف زن و مرد تنظیم و امضا شده باشد. بنابراین دو زن که با هم زندگی مشترک دارند، نمی‌توانند خواستار دریافت جنین برای بچه‌دار شدن باشند.

۲ـ زن و مرد متقاضی دریافت جنین، باید برابر مقررات با هم ازدواج کرده باشند یا بر طبق ضوابط حاکم در فرانسه، بدون ازدواج قانونی زندگی مشترک داشته باشند.[1] یعنی افراد مجرد و افراد هم‌جنس باز حق دریافت جنین نخواهند داشت.

۳ـ دو سال تمام از تاریخ شروع ازدواج یا زندگی مشترک متقاضیان گذشته باشد و با وجود تمایل به فرزنددار شدن از طریق ارتباط جنسی، به علت نواقص جسمی از جمله به علت عقیم بودن، قادر به تولید مثل و فرزنددار شدن نباشند. بنابراین همسرانی که تازه زندگی مشترک را شروع کرده‌اند و مدت دو سال مذکور سپری نشده باشد، حق دریافت جنین را نخواهند داشت.

۴ـ زوجین یا همسران، در سن باروری باشند. یعنی در سنی باشند که اصولاً زن حامل خواهد شد. بنابراین افراد مسن و زنانی که یائسه شده و دوران بارداری را پشت سر گذاشته‌اند، نمی‌توانند خواستار دریافت جنین باشند.

---

1. COUPLE

۵ـ زوجین یا همسران باید در زمینهٔ دریافت جنین و حامل شدن زن توافق داشته و پاسخگوی بعضی از مقتضیات آن باشند.

٦ـ باید درخواست و توافق زوجین یا همسران دریافت جنین، تا زمان انجام عمل و تحقق انتقال جنین به رحم زن، ادامه داشته باشد. بنابراین تا زمان انتقال جنین، هر یک از زوجین و همسران به تنهایی یا با توافق می‌توانند از درخواست دریافت جنین و رضایت مبنی بر بارور شدن زن خانواده از طریق لقاح مصنوعی جنین اهدایی، عدول نمایند. در این صورت اقدامات پزشکی باروری متوقف خواهد شد و مراکز درمانی حق ادامهٔ درمان ناباروری را نخواهند داشت.

۷ـ در موقع انتقال جنین به رحم زن، باید شوهر یا همسر وی زنده باشد و رابطهٔ زوجیت یا زندگی مشترک ادامه داشته باشد.

۸ ـ درخواست دریافت جنین و درمان ناباروری و بچه‌دار شدن زن خانواده باید تحت شرایط قانونی انجام گیرد و همراه با دلایل موجه باشد.

۹ـ باید دلایل درخواست دریافت جنین، مورد پذیرش گروه پزشکی مرکز تخصصی درمان ناباروری که دارای تخصص لازم باشند، قرار گیرد. بررسی درخواست از طرف گروه پزشکی متخصص باید با دقت و تحت ضوابط مشخص و تشریفات رسمی و قانونی، انجام گیرد.

گروه پزشکی باید در بررسی به درخواست، تراضی و توافق ارادی زوجین یا همسران را احراز کند و باید تمامی اطلاعاتی که از زوجین به طور شفاهی دریافت می‌شود، در پرونده‌ای که تشکیل می‌گردد، ضبط و درج گردد و امکان موفقیت یا عدم موفقیت در این نوع درمان و مشقت و زحمت یا خطرات و آثار بعدی حاملگی ناشی از انتقال جنین و نتایج قانونی و جنبه‌های حقوقی باروری و تولد فرزند، باید به اطلاع متقاضی دریافت جنین برسد و عدم امکان انتقال جنین در صورت فوت همسر یا انحلال رابطهٔ زوجیت و زندگی مشترک به متقاضیان یادآوری گردد. زن و شوهر یا همسران باید تعهد و تضمین نمایند که موضوع باروری از طریق انتقال جنین اهدایی را برای همیشه مخفی نگاه داشته و از افشای این امر مخفی خودداری کنند. توافق و تعهدات درخواست کنندگان دریافت جنین باید در مراجع قضایی یا در دفاتر اسناد رسمی صورت گیرد و لازم است، احراز گردد که اقارب زوجین، اهدا کننده جنین

نیستند. در متن تعهد زوجین یا همسران باید قید گردد که بچه متولد شده از جنین اهدایی را به عنوان فرزند می‌پذیرند و با کودک متولد شده از نظر رفتار و گفتار و کردار و از نظر روانی برخورد صحیح خواهند کرد و به وی تربیت لازم خواهند آموخت و در پرورش جسم و روان کودک، از هر جهت رفتار مناسب خواهند داشت و هرگز فرزند متولد از جنین اهدایی را نفی نخواهند کرد و حق اعتراض به نسب و انکار آن را نداشته و هیچ گونه اقدامی در این گونه زمینه‌ها نمی‌کنند. در رضایت‌نامهٔ تنظیمی به وسیلهٔ سردفتر اسناد رسمی یا تنظیم شده در مراجع قضایی، موارد اشاره شده، باید درج گردد ولی مراجع مذکور موظف نخواهند بود، در زمینهٔ صحت مندرجات رضایت‌نامه تحقیقات لازم به عمل آورند.

۱۰ـ دریافت جنین به منظور درمان ناباروری نیاز به تصمیم مقام قضایی دارد. در این تصمیم‌گیری، مقام قضایی رضایت‌نامه و توافق زوجین را در مورد اهدا کنندگان گامت (اسپرم و تخمک) و تشکیل جنین و انتقال آن به رحم زوجه یا همسر، متقاضیان دریافت جنین و سایر شرایط مربوط به اهدای جنین و همچنین مفاد تراضی و تعهدات مربوط به متقاضیان دریافت جنین و مندرجات رضایت‌نامهٔ ارائه شده درخواست اهدای جنین را دقیقاً مورد توجه قرار خواهد داد. (مواد 2-2141 و 5-2141 قانون سلامت و بهداشت عمومی)

بخش پنجم ـ آثار حقوقی اهدا و دریافت جنین.

درمان ناباروی به کمک اقدامات و معالجات پزشکی از طریق انتقال جنین آزمایشگاهی به رحم زن نابارور، به منظور حامل و بچه‌دار شدن، آثار حقوقی متعددی را به دنبال خواهد داشت. مخصوصاً اگر جنین انتقال یافته به رحم زن ناشی از ترکیب گامت‌های زن و مرد ثالث باشد.

به طور کلی در زمینهٔ اهدا و دریافت جنین، همان‌طور که اشاره شد، تکالیف و مسؤولیت‌هایی متوجه مراکز درمانی است که آثار حقوقی متعددی را ممکن است در بر داشته باشد و از طرف دیگر، در عین حال که موضوع نسب کودک ناشی از دریافت جنین مطرح می‌شود، حقوق و تکالیفی نیز برای دریافت کنندگان جنین به وجود می‌آورد. موضوع ناشناس ماندن اهدا کنندگان جنین و محو رابطهٔ بین آن‌ها با کودک

متولد از جنین اهدایی، مورد توجه خاص قانون‌گذار فرانسه قرار گرفته است که به بعضی از این موضوعات در مطالب قبلی اشاره شده است و آنچه در این فصل بیشتر مورد توجه است، رابطهٔ حقوقی و قانونی بین کودک متولد از جنین اهدایی و دریافت کنندگان جنین خواهد بود که به شرح آتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

۱ـ تحمیل نسب به زوجین یا همسران دریافت کننده جنین.

وقتی که زوجین یا زن و مردی که بدون ازدواج دارای زندگی مشترک هستند، خواستار دریافت جنین به منظور صاحب فرزند شدن باشند، نسب کودک متولد از جنین را قانون به آن‌ها تحمیل می‌کند. یعنی به حکم قانون، کودک مزبور فرزند کسانی خواهد بود که با تراضی و توافق، جنین را دریافت کرده‌اند. مشروط بر این که هیچ یک از طرفین توافق، قبل از انتقال جنین به رحم زن از این اقدام منصرف نشده و رضایت خود را مسترد نکرده باشند.

۲ـ دریافت‌کنندگان جنین متعلق به افراد ثالث از مراکز درمان ناباروری، مکلف به حفظ اسرار مربوط به دریافت جنین هستند و دریافت کنندگان جنین، باید موضوع حفظ این اسرار و توافق به دریافت جنین و نتایج و آثار آن را در نزد مرجع قضایی یا نزد سردفتر اسناد رسمی اعلام و مراتب را تضمین نمایند.

۳ـ به موجب توافق به عمل آمده، دریافت کنندگان جنین اهدایی به منظور باروری و صاحب فرزند شدن، حق طرح هیچ گونه دعوایی در زمینهٔ نسب کودک نخواهند داشت و در این خصوص حق اعتراض ندارند، مگر این که مدعی گردند، طفل متولد شده ناشی از جنین مورد تراضی و توافق شده طرفین نیست. به عبارت دیگر کودک حاصل جنین موضوع توافق نیست یا این که ادعا شود، جنین بعد از فوت شوهر تلقیح شده یا بعد از انصراف کتبی از تراضی یا جدایی زوجین و انحلال زندگی مشترک، جنین موضوع توافق موجود در مرکز درمان، به رحم زن انتقال یافته است که چنین دعوایی از افراد ذینفع پذیرفته خواهد شد.

٤ـ نسب کودک حاصل از جنین اهدایی در برابر دریافت کنندگان، نسب قانونی است. یعنی نسب فرزند به موجب قانون مفروض است و طبق توافق به عمل آمده از طرف زوجین یا همسران، نسب قانونی کودک محرز است و نفی یا انکار نسب کودک

متولد شده از جنین اهدایی، ممنوع است و حق اعتراض در این زمینه از زوج یا همسر زن، قانوناً سلب گردیده است و افراد دیگر نیز حق اعتراض ندارند.

۵ـ لازم است برای فرزند متولد از جنین اهدایی به نام خانوادگی پدر قانونی، کارت هویت و شناسنامه اخذ گردد و کسی حق اعتراض در این زمینه نخواهد داشت و موضوع بیولوژیکی یا ژنتیکی در این مورد نقشی ندارد.

٦ـ ابوین قانونی در مقابل ادعای افراد ثالث در خصوص نسب طفل، از جانب هر کس یا کسانی که باشد، تکلیف دفاع دارند و باید خواستار رد دعوی مطروحه گردند. هر چند این گونه دعاوی در مراجع قضایی پذیرفته نخواهد شد. (مادهٔ L. 311-10 قانون مدنی فرانسه)

۷ـ حضانت و تربیت کودک متولد شده از جنین اهدایی و نگاهداری وی بر عهده ابوین قانونی است و عدم انجام تعهدات مزبور موجب مسؤولیت است. (مواد328 ,331 قانون مدنی)

۸ ـ هیچ رابطهٔ نسبی بین اهدا کنندگان جنین و کودک ناشی از حاملگی با جنین اهدایی که با اقدامات پزشکان متخصص مراکز درمان ناباروری و با ابزار پزشکی، به رحم زنی انتقال یافته است، قابل اثبات نیست و اقامهٔ هر دعوایی که منجر به اثبات نسب کودک به اهدا کنندگان جنین گردد، ممنوع و غیر قابل استماع است. (بند ۲ مادهٔ L. 311-20 قانون مدنی)

به عبارت دیگر ضوابط قانونی در این گونه موارد، اثبات نسب طبیعی یا واقعی و ژنتیکی را ممنوع کرده است.

۹ـ فرزند متولد از جنین اهدایی از جهت آثار حقوقی و تکالیف و حقوق در برابر مادر و پدر قانونی که جنین را با تراضی دریافت کرده‌اند، کاملاً مشابه فرزند یا فرزندانی هستند که از طریق مواقعه بین زن و شوهر یا همسران و از ترکیب اسپرم با تخمک آنان به طور طبیعی و تشکیل و رشد جنین در رحم زن، متولد شده باشند و از نظر آثار حقوقی، تفاوتی بین آن‌ها وجود ندارد. (بند 2 مادهٔ L.311-19 قانون مدنی)

با این ترتیب در نظام حقوقی فرانسه، روابط حقوقی و عاطفی پدر و مادر قانونی با فرزند ناشی از جنین اهدایی، هیچ گونه تفاوتی با فرزند طبیعی نخواهد داشت و دقیقاً از هر جهت فرزند پدر و مادر قانونی محسوب می‌گردد.

در مقایسه با نظام حقوقی ایران، نظام حقوقی فرانسه، در مورد کودکان متولد از جنین اهدایی از طرف افراد ثالث، دقیق‌تر و کامل‌تر است و مشکلات مطروحه در حقوق ایران، از جهت توارث و رابطهٔ نسبی و ولایت بر این گونه کودکان و امثال آن در حقوق فرانسه وجود ندارد. بنابرای شایسته است تا آنجا که امکان‌پذیر می‌باشد و با مقتضیات فرهنگی، اجتماعی، اخلاقی و دینی کشور ایران در تعارض جدی نباشد، قوانین و مقررات ایران با توجه به مصلحت خانواده و بهداشت فردی و عمومی جامعه، تکمیل گردد.

با توجه به این که فرزند ناشی از اهدای جنین در نظام حقوقی ایران، با تصویب قانون در سال ۱۳۸۲ و آئین‌نامه اجرایی آن که در سال ۱۳۸۳ به تصویب هیأت وزیران رسیده، فرزندی قانونی و شرعی است، باید تمامی آثار حقوقی مربوط به رابطهٔ بین والدین و اولاد طبیعی حاصل از ازدواج و اسپرم و تخمک زن و شوهر، بر این گونه فرزندان نیز مترتب گردد و هیچ گونه تفاوتی بین آنان، حتی قابل تصور نباشد تا جایگاه فرزندان ناشی از جنین اهدا شده متزلزل نگردد و از مشکلات فردی و اجتماعی این گونه اقدامات قانونی جلوگیری به عمل آید. بنابراین از طرف قانون‌گذار ایران باید ضوابط صریح و روشنی همانند ضوابط کشورهای غربی، از جمله ضوابط مقرر در کشور فرانسه وضع گردد. در غیر این صورت اشکالات عدیده‌ای خصوصاً در زمینهٔ ولایت و توارث، در جامعه ایران پدید خواهد آمد و به جای رفع مشکلات زن و شوهر فاقد اولاد، بر مشکلات آنان و سایر اعضای خانواده و جامعه افزوده خواهد شد و ممکن است، منجر به سرگردانی چنین فرزندانی گردد که به نفع جامعه نخواهد بود.

البته ممکن است وضع فرزندان ناشی از جنین اهدایی، طبق ضوابط مقرر در قانون مصوب سال ۱۳۸۲ به طور همیشه مخفی بماند و در عمل مشکلی پیش نیاید. هر چند احتمال افشا شدن این موضوع با این که ضعیف است، چون کاملاً منتفی نیست، نباید از وضع قوانین مناسب در این زمینه در نظام حقوقی ایران غافل ماند.

گفتار هفتم
اجارهٔ رحم برای تولید مثل.

یکی از پدیده‌های جدیدی که در دنیای علم پزشکی و در قلمرو حقوق مطرح و مورد بحث قرار گرفته، این است که ممکن است، رحم زنی برای پرورش جنین متعلق به غیر به اجاره واگذار گردد تا جنین تلقیح شده در رحم مورد اجاره، رشد و تکامل پیدا کرده و متولد گردد.

نیاز خانواده‌ها، محرک اصلی پیدایش این اندیشه در زمینهٔ رفع مشکلات خانواده‌های نیازمند بوده است. به این معنی که گاهی ممکن است، زن و شوهری قدرت و توانایی تولید مثل دارند ولی زن با وجود تولید تخمک کامل و قابل باروری، به علت نقص جسمانی یا ابتلا به پاره‌ای از بیماری‌ها، نظیر ابتلا به نوعی دیابت یا داشتن تالاسمی و کم‌خونی شدید یا مبتلا بودن به بعضی از امراض غیر قابل علاج، قادر نخواهد بود حمل حاصل از اسپرم شوهر و تخمک خود را به ثمر برساند و نمی‌تواند جنین را در بدن و زهدان (بچه‌دان) خود تا رشد کامل نگاه دارد و حمل قبل از رسیدن به رشد کامل، سقط می‌گردد یا قبل وضع حمل کودک در بدن وی خواهد مرد و یا این که ممکن است، زنی از حاملگی و وضع حمل وحشت داشته باشد و یا عوامل روانی دیگری باعث شود که با وجود عشق و علاقهٔ شدید به داشتن فرزند، از این موهبت الهی و فطری محروم گردد و به شوهر و کانون خانوادگی شکل گرفته نیز به شدت علاقه‌مند باشد و شوهر نیز به علت علاقهٔ فراوان به زوجه‌اش، به هیچ وجه حاضر به پاشیده شدن کانون خانوادگی و جدایی نباشد ولی مشکل کمبود اولاد از طریق اجارهٔ رحم زن بیگانه و انتقال جنین زوجین به رحم اجاره‌ای مزبور، قابل حل باشد.

همان‌طور که اشاره شد، نهاد حقوقی اجارهٔ رحم به منظور انتقال جنین به وجود آمده از ترکیب اسپرم و تخمک زن و شوهر، موضوعی کاملاً جدید علمی است که از جهات مختلف، خصوصاً از جهت حقوقی، اخلاقی، قانونی و شرعی، قابل تأمل و بررسی است؛ زیرا با تولید مثل طبیعی و رابطهٔ جنسی مرد و زن، تفاوت فراوان دارد و چون بین صاحب رحم اجاره‌ای و صاحب اسپرم، مراودهٔ جنسی وجود ندارد و در هنگام ترکیب اسپرم و تخمک زوجین نیز هیچ گونه احساس و عشقی مطرح نبوده بلکه

کلیه اعمال انجام شده در شکل گیری جنین، به دور از هر گونه تحولات روحی و روانی صورت گرفته، مشخص نیست که این گونه فرزندان از نظر جسمی و روحی همانند فرزندان ناشی از مقاربت طبیعی خواهند بود یا خیر؟

به علاوه در این زمینه مسایل متعدد دیگری از جمله مسألهٔ جواز یا حرمت انجام این اقدام و صحت و بطلان قرارداد اجاره یا هر گونه قرارداد دیگر اعم از این که این گونه قراردادها، معوض باشند یا مجانی و بلا عوض و همچنین مسأله حقوق و تکالیف طرفین قرارداد و رابطهٔ حقوقی طفل حاصل از اقدام مذکور با زوجین صاحب جنین و رابطهٔ کودک با صاحب رحم و شوهر این زن، نیاز به بحث و بررسی خواهد داشت که ذیلاً به آن‌ها پرداخته خواهد شد:

بخش یکم ـ جواز یا ممنوعیت انتقال جنین به رحم اجاره‌ای.

در زمینهٔ اجارهٔ رحم یا حق انتفاع از رحم غیر، حکم صرحی قانونی و شرعی در نظام حقوقی ایران و اسلام و اکثر کشورهای جهان ملاحظه نمی‌گردد و برای یافتن پاسخ ناچاریم به قواعد کلی حقوقی و اصول حاکم بر روابط اجتماعی از جمله ضوابط مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه و حدود و شرایط قرارداد و اعتبار آن متوسل شویم و در خصوص جواز یا ممنوعیت اقدامات پزشکی یعنی ترکیب اسپرم با تخمک و تشکیل جنین چند سلولی و انتقال آن به رحم زنی غیر از صاحب تخمک نیز نص حاکم، در مقررات نظام پزشکی ایران وجود ندارد.

با این ترتیب در زمینهٔ ممنوعیت یا جواز انتقال جنین به رحم اجاره‌ای، ممکن است نظرات مختلفی به شرح زیر ابراز گردد:

بند یکم ـ نظریهٔ ممنوعیت انتقال جنین به رحم اجاره‌ای.

ممکن است به دلایل زیر معتقد به ممنوعیت انتقال جنین به رحم اجاره‌ای شد:

۱ـ ورود لطمات و صدمات عاطفی انسانی.

ممکن است عنوان شود که تلقیح و انتقال جنین زوجین به رحم اجاره‌ای به روابط عاطفی زن و شوهر صاحب جنین و همچنین به روابط عاطفی زن و شوهری که زوجهٔ وی رحم خود را برای پرورش جنین غیر، اجاره داده، لطمه وارد کند و کانون خانوادهٔ

آن‌ها را متزلزل کرده و بنیان خانواده را بیهوده سازد و از احترام یا قداست کانون خانواده‌ها کاسته شود و آرامش خانواده‌ها از بین برود.

۲ـ یکی از انگیزه‌های اساسی و مهم تشکیل خانواده، داشتن فرزند طبیعی ناشی از مقاربت و مواقعه بین زن و شوهر است و در واقع وجود چنین فرزندانی پیوند میان زن و شوهر را استوار می‌کند ولی دخالت عامل دیگر، از جمله پرورش جنین در رحم غیر، از نظر روانی، تأثیر توالد و تناسل بی‌واسطه را نخواهد داشت و زوجین، فرزند ناشی از رحم اجاره‌ای را با فرزند واقعی و خالص که از خون زوجه تغذیه کرده و در رحم وی پرورش یافته باشد، یکسان ندانسته و هر ناهنجاری جسمی یا روانی کودک را ناشی از رحم غیر دانسته و دیدگاه زوجین در این زمینه تفاوت خواهد داشت که ممکن است، آسایش لازم برای زوجین با وجود چنین فرزندانی، تأمین نگردد.

۳ـ قرارداد اجارهٔ رحم نوعی برده‌داری جدید است و اگر بتوان بهره‌وری اندام خاصی از زن را از وی و از شوهر وی محروم کرد، در واقع نوعی ایجاد بردگی است که در شأن انسان نیست و می‌تواند ممنوع باشد.

۴ـ توالد و تناسل به صورت طبیعی یا زاد و ولد به صورت عادی و رنج حاملگی و وضع حمل، باعث می‌شود که ارزش و اعتبار مادر و مادر شدن به زن اعطا گردد و مراقبت‌های ویژه زوجین در دوران بارداری زوجه، جایگاه خاصی برای والدین به وجود می‌آورد و نقش روانی زیادی نیز به همراه خواهد داشت که در اجارهٔ رحم به منظور توالد و تولد کودک، چنین اوصافی کمتر قابل تحقق است.

۵ـ دخالت در امر توالد و تناسل طبیعی از طریق رحم اجاره‌ای، نوعی بی‌احترامی به منشأ حیات انسان و جایگاه و مقام توالد و تناسل انسانی است.

۶ـ در کلیسای مسیحیت به طور کلی و محافل مذهبی آمریکا و در نظام حقوقی فرانسه، چنین اقدام و چنین قراردادی ممنوع اعلام شده است.[1]

۷ـ بعضی از فقهای معاصر به این گونه اقدامات اشکال وارد کرده‌اند.[2]

---

1. CASS. CIV. 13 DÉC 1989, ASSOCIATION ALMAMATER. C. PROCUREUR GENERAL- PRÉS LA COUR D, APPEL D, AIX- EN PROVENCE. (JURIS PRUDENCE, 1990, N 21526.)

۲. شیخ جواد تبریزی، استفتاء شماره ۱۲۴۴- ۷۹/۴/۸؛ سیستانی، استفتاء شماره ۶۳۳۶ – ۲۶ ربیع الاول ۱۴۲۱؛ فاضل لنکرانی، جامع المسائل، ج ۱، مطبوعات امیر، ص ۶۰۲ به نقل از مجموعه استفتائات مربوط به حقوق خانواده.

بند دوم ـ نظریهٔ جواز انتقال جنین به رحم اجاره‌ای.

با توجه به دلایل زیر ممکن است، به جواز انتقال جنین به رحم اجاره‌ای معتقد گردید:

۱ـ چون حکم صریحی در مورد ممنوعیت انتقال جنین به رحم اجاره‌ای، در نظام حقوقی ایران و حقوق اسلام وجود ندارد و ممنوعیت امور، جنبهٔ استثنایی دارد، مباح بودن اعمال و امور به عنوان اصل قابلیت اجرا دارد، لذا می‌توان طبق اصل اباحه نظریهٔ جواز عمل انتقال جنین به رحم اجاره‌ای را پذیرفت.

۲ـ در موارد خاص، استفاده از رحم اجاره‌ای برای تولید مثل باعث استحکام کانون خانواده و روابط زوجین می‌گردد. توضیح آن که بعضی از خانواده‌های بدون فرزند که علاقه شدیدی به داشتن فرزند دارند ولی زوجین یا یکی از آن‌ها به علت مشکلات جسمی یا روانی، قادر به صاحب فرزند شدن از طریق طبیعی و برقراری رابطهٔ جنسی و حاملگی زوجه به طور معمول و متعارف نیستند ولی دارای اسپرم و تخمک سالم هستند، اجازه می‌یابند از طریق اجارهٔ رحم و انتقال جنین آنان به رحم اجاره‌ای، صاحب فرزند گردند و در نتیجه از هم پاشیدگی خانوادهٔ زوجینی که عاشق یکدیگر هستند، جلوگیری به عمل آید.

۳ـ استفاده از اجارهٔ رحم برای انتقال جنین در موارد ضروری و استثنایی، به زیست شناختی خانواده لطمه‌ای وارد نخواهد کرد و صدمه‌ای به عواطف زوجین که با توافق اقدام به اجارهٔ رحم کرده‌اند، نسبت به یکدیگر و نسبت به کودک وارد نخواهد شد و با حاملگی طبیعی زوجه تفاوتی در ذهن زوجین ایجاد نخواهد کرد.

۴ـ استفاده از رحم اجاره‌ای با توجه به اصل حاکمیت اراده[1] لطمه‌ای به شخصیت و انسانیت صاحب رحم وارد نمی‌کند و این اقدام تفاوتی با ارائه خدمات یک انسان ندارد و واگذاری منفعت وجود خود به دیگری، تحت شرایط و مدت مشخص، به هیچ وجه نوعی بردگی محسوب نخواهد شد.

۵ـ همان‌طور که یک انسان، تعهد به انجام کاری برای انسان دیگر یا سازمانی کرده باشد و آن کار خلاف قواعد آمره یا نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد، سلب حق تمتع و سلب استیفاء حق به طور کلی یا سلب حریت مذکور در مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون

---

1. AUTINOMIE DE LA VOLONTE

مدنی ایران، محسوب نخواهد شد، قرارداد اجاره رحم نیز علاوه بر این که با قواعد آمره و نظم عمومی یا اخلاق حسنه مغایرت ندارد و سلب حق تمتع یا سلب حق حریت محسوب نمی‌گردد، و از این جهت نیز ایرادی بر اجارهٔ رحم وارد نیست.

٦ـ عده‌ای از فقهای معاصر هم اقدام به انتقال جنین به رحم غیر و اجارهٔ رحم را عملی مباح دانسته‌اند[1] که به نظر می‌رسد، به طور استثنایی برای همسران دارای مشکل جنسی، جسمی و روانی، اقدام مزبور مباح و قابل دفاع خواهد بود.

بخش دوم ـ ارزش و اعتبار حقوقی قرارداد اجارهٔ رحم.

اجارهٔ رحم، قراردادی است که به موجب آن، صاحب رحم انتفاع از رحم خود را به منظور پرورش جنین متعلق به زن و مردی که آن مرد شوهر وی نیست، در اختیار صاحبان جنین قرار می‌دهد و حدود مدت این انتفاع نیز در قرارداد مشخص خواهد شد. به تعبیر دیگر زنی به موجب قرارداد، موافقت خواهد کرد که جنین تکوین یافته از اسپرم و تخمک زوجین ثالث، با ابزار پزشکی برای پرورش و تکامل آن به رحم وی انتقال یابد و صاحب رحم متعهد می‌گردد، جنین را در زهدان خود رشد دهد و پس از رشد و تکامل جنین و متولد شدن کودک، آن را به طرف قرارداد تحویل دهد. البته این گونه قراردادها که موضوع آن کاملاً جدید است، با سایر قراردادها تفاوت دارد.

اجارهٔ رحم در بعضی از کشورها از جمله در آمریکا، از سال ۱۹۷٦ رایج شده است.[2]

در خصوص صحت و عدم صحت یا عدم اعتبار قانونی قرارداد اجارهٔ رحم، نظرات متفاوتی به شرح زیر قابل ابراز است:

بند یکم ـ نظریه بطلان قرارداد.

ممکن است، گفته شود، قرارداد اجارهٔ رحم یا واگذاری حق انتفاع رحم به غیر، نوعی تجاوز به حریم اتحاد و اشتراکات زیستی در کانون خانواده و لطمه زدن به حقوق معنوی زن و شوهر است و از طرفی دیگر، با قراردادی که به موجب آن زن

---

۱. استفتائات پزشکی، مطابق با فتاوای یوسف صانعی، مسأله ۱۱۱، ص ۵۹-۶۰؛ استفتائات موسوی اردبیلی، ج ۱، انتشارات نجات، ص۴۰۷، مسأله ۱ به نقل از مجموعه استفتائات مربوط به حقوق خانواده، ص ۹۷؛ مکارم شیرازی، استفتائات، ش ۳۸۷۳۶- ۷۹/۴/۱۳.

۲. بررسی حقوق تطبیقی خانواده، چاپ ۱۳۸۴، دانشگاه تهران، جمعی از نویسندگان، ش ۳۳۱، ص ۲۳۵.

زهدان (بچه‌دان) خود را که محل پرورش فرزندان واقعی و طبیعی خود او است، برای مدتی در حدود ده ماه یا کمتر و یا بیشتر به موجب قرارداد، در اختیار دیگری قرار می‌دهد که در واقع همان‌طور که قبلاً اشاره شد، نوعی بردگی تحقق می‌یابد. بنابراین چنین قراردادی که منجر به بردگی و یا محرومیت از حقوق انسانی می‌شود، باطل و بلا اثر است که در بحث عدم جواز انتقال جنین نیز به آن اشاره شده است. از طرفی دیگر، برای شوهر زنی که رحم خود را اجاره داده است، در دوران بارداری و حاملگی از نظر حق تمتع و برقراری رابطهٔ جنسی، محدودیت و ممنوعیت‌هایی ایجاد خواهد شد و شوهر از این قرارداد متضرر می‌گردد. البته اگر شوهر بر این امر رضایت داده باشد، از حق خود اعراض کرده است، اگر این حق قابل اعراض باشد.

بند دوم ـ نظریهٔ صحت قرارداد.

ارادهٔ انسان‌ها در ایجاد تعهد در محدودهٔ قانون احترام دارد و هر انسانی آزاد است که در چهارچوب قانون با رعایت اخلاق حسنه و نظم عمومی، خود را برای انجام کاری متعهد سازد و برای خود تکلیف ایجاد نماید. در نظام حقوقی ایران، در زمینهٔ اصل آزادی و حاکمیت ارادهٔ افراد در تنظیم قرارداد یا اصل حاکمیت اراده، در مادهٔ ۱۰ قانون مدنی چنین آمده است: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

با توجه به اصل حاکمیت ارادی[1] و آزادی انسان‌ها در ایجاد قرارداد می‌توان گفت، این امکان وجود دارد که فردی با دیگران قراردادی منعقد کرده و متعهد گردد، خدمتی به وی ارائه کند که در واقع منفعت وجود خود را تحت شرایط قانونی به دیگری واگذار کرده است و اگر قراردادی خلاف صریح قوانین آمره یا نظم عمومی یا اخلاق حسنه نباشد و دارای منفعت عقلایی فردی، خانوادگی یا اجتماعی نیز باشد، اعتبار دارد و برای طرفین قرارداد، تعهدآور و لازم الاجرا خواهد بود.

در قرارداد اجارهٔ رحم، منافع رحم برای پرورش جنین واگذار می‌گردد و به موجب قرارداد مزبور، زن صاحب رحم متعهد می‌شود که جنین متعلق به زوجین طرف قرارداد به رحم وی انتقال یابد و قبول می‌کند که دوران بارداری را تحمل کرده و اقدامات

---

1. AUTOINIMIE DE LA VILVNTÉ

متعارف را که برای رشد جنین لازم است، انجام دهد و از اقداماتی که به رشد جنین لطمه وارد می‌کند، خودداری کرده و به موقع برای بررسی وضع جنین به پزشک متخصص مراجعه و طبق دستورات پزشک، داروهای لازم را برای رشد جنین مصرف نماید و بعد از وضع حمل، نوزاد را به متعهد لهم (زوجین صاحب جنین) تسلیم کند.

نظر به این که چنین قراردادی به تمامیت جسمی و روانی و شخصیتی صاحب رحم (متعهد قرارداد) لطمه‌ای وارد نمی‌کند و با حقوق فطری و طبیعی متعهد نیز در تعارض نیست و چون قرارداد مزبور، موجبات سلب حق تمتع یا حق استیفاء و حریت را به طور کلی، فراهم نخواهد کرد، لذا در نظام حقوقی ایران بر طبق مادهٔ ۲۱۹ قانون مدنی که مقرر داشته: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است. مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.» قرارداد اجارهٔ رحم همانند سایر قراردادهای قانونی، لازم الوفا است.

البته واگذاری منفعت رحم به منظور پرورش جنین غیر، اعم از این که واگذاری مزبور معوض باشد یا به صورت مجانی و بلاعوض، رحم در اختیار صاحبان جنین قرار گیرد، با قراردادهای دیگر تفاوت فراوان دارد؛ زیرا موضوع سرنوشت انسانی است که باید از قوه به فعل برسد و برای تحقق این امر نیاز به مقررات و شرایط خاص دارد که کلیات و اصول آن را باید قانون‌گذار مشخص کند و سایر شرایط و خصوصیات آن باید در شروط ضمن قرارداد، دقیقاً مورد توجه طرفین قرار گیرد تا در عمل از مشکلات اجرایی آن جلوگیری و از جنین به طور کامل حمایت گردد. به طور مثال، قانون‌گذار این گونه قراردادها را تا قبل از اجرای مفاد آن و انتقال و استقرار جنین در رحم طرف قرارداد، برای هر یک از طرفین قابل فسخ یا به تراضی طرفین، قرارداد مزبور قابل اقاله باشد ولی بعد از شروع به اجرای قرارداد و پیوند جنین در رحم، قرارداد لازم الوفاء و لازم الاجرا دانسته شود و ضمانت اجرای حقوقی و کیفری کافی در جهت حفظ ایمنی جنین در قانون پیش‌بینی گردد.

از جملهٔ تعهداتی که بر عهدهٔ صاحب رحم است و رعایت آن برای رشد کامل حمل و جنین ضرورت دارد، این است که زن در دوران بارداری و حاملگی، از کشیدن سیگار یا مصرف مایعات مضّر یا مصرف مواد اعتیادآور و یا خوردن داروها و غذاهای مخل حاملگی و مضر برای جنین، خودداری کند و در مواقع ضروری و بر طبق برنامه

مقرر در قرارداد یا به طور متعارف به پزشک متخصص زنان و زایمان مراجعه کرده و آزمایشات ضروری را برابر دستور پزشک انجام دهد و مواد غذایی لازم و داروهای مفید را که در رشد و تکامل جنین، بنا به تشخیص پزشک اثر قطعی دارد، مصرف نماید و از اقداماتی که منجر به سقط جنین گردد، خودداری کند و یا جنین را سقط نکند. مگر در موارد ضروری که پس از آزمایش‌های لازم و بر طبق توصیه پزشک‌های متخصص لازم باشد، رشد جنین متوقف و جنین از بدن زن حامل خارج گردد. (مادهٔ واحدهٔ سقط درمانی مصوب ١٣٨٤)

با توجه به مطالب و مراتب عنوان شده، می‌توان بر این عقیده بود که در حقوق ایران، بر طبق مواد ١٠ و ٢١٩ قانون مدنی و برابر اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها، قرارداد پرورش جنین زوجین در رحم یک زن بیگانه، اعتبار دارد و مشکلات یا مشقت و رنج بارداری و حالات جسمی و روانی ناشی از حاملگی و سختی وضع حمل در حدود متعارف و قابل تحمل که در حاملگی طبیعی خانوادگی نیز وجود دارد، منافاتی با حقوق تمتع و استیفاء و حریت زن نخواهد داشت و محرومیت زوج از برقراری رابطهٔ جنسی با زوجه و صاحب رحم در مدت حاملگی که با موافقت و رضایت زوج در اختیار صاحبان جنین قرار گرفته، بر اساس قاعدهٔ اقدام، تجاوز به حقوق زوج محسوب نخواهد شد، زیرا این‌گونه محرومیت زوج در دوران حاملگی طبیعی در خانواده نیز وجود دارد.

البته همان‌طور که اشاره شد، به منظور استحکام روابط زناشویی و استقرار خانواده و از بین نرفتن احترام مادر واقعی و حفظ خانواده طبیعی قانونی و شرعی، استفاده از رحم غیر برای پرورش جنین کاملاً جنبه استثنایی دارد و باید منحصراً در موارد ضروری و برای رفع عسر و حرج و رفع مشکلات روانی زوجین علاقه‌مند به یکدیگر، مجاز شناخته شود و این امر مهم حیاتی، حالت فانتزی به خود نگیرد و برای زن و شوهری که مشکلی برای صاحب فرزند شدن به طور طبیعی ندارند، چنین راهی را نباید باز کرد. البته وضع قانون در این زمینه، باعث جلوگیری از مناقشات حقوقی و اختلاف نظر حقوقدانان خواهد شد. ولی ممکن است، قوه مقننه و شورای نگهبان با وضع چنین قانونی موافقت نداشته باشند.

بخش سوم ـ آثار حقوقی قرارداد اجارهٔ رحم.

در این بخش، از رابطهٔ حقوقی طرفین قرارداد و رابطهٔ حقوقی کودک با صاحب رحم و شوهر وی و رابطهٔ حقوقی کودک با صاحبان جنین، به شرح زیر بحث خواهد شد:

بند یکم ـ رابطهٔ حقوقی طرفین قرارداد.

در قرارداد اجارهٔ رحم با فرض صحت، برای طرفین این قرارداد، حقوق و تکالیفی به شرح زیر ایجاد خواهد شد:

الف ـ تکالیف و حقوق صاحبان جنین.

صاحبان جنین که زن و شوهر هستند و از گامت آن‌ها جنین به وجود آمده است و با زن بیگانه قرارداد منعقد می‌کنند تا جنین آن‌ها در رحم وی پرورش پیدا کند. تکالیفی بر عهده دارند که باید به تعهدات خود عمل نمایند. از جملهٔ آن تعهدات، این است که مبالغ مورد توافق را به ترتیب و مدتی که در قرارداد تعیین شده، پرداخت نمایند و دیگر این که هزینه‌های لازم برای آمادگی صاحب رحم را نیز تأمین نمایند و همچنین هزینه‌های مرکز درمانی و مؤسسه تخصصی را که برای ترکیب گامت زوجین و آزمایشات لازم برای ایجاد جنین و همچنین هزینهٔ انتقال جنین به رحم زن طرف قرارداد را تأمین کنند.

در مقابل تکالیف و تعهدات، صاحبان جنین، با قراردادی که منعقد کرده‌اند، حقوقی نیز دارا شده‌اند. از جملهٔ حقوق صاحبان جنین این است که از تاریخ اجرای قرارداد، حق نظارت در پرورش جنین دارند و می‌توانند، رفتار و اقدامات صاحب رحم را در جهت حفاظت جنین انتقال یافته، تحت کنترل داشته باشند. بدون این که حق داشته باشند، زندگی کاملاً خصوصی خانوادهٔ صاحب رحم را مختل کنند. بنابراین صاحبان جنین، حق خواهند داشت مراقبت نمایند که صاحب رحم وظایف و تکالیف خود را در پرورش جنین به طور متعارف انجام خواهد داد یا در انجام وظیفه مسامحه خواهد کرد. به طور مثال، آیا صاحب رحم در مواقع لزوم به پزشک متخصص تعیین شده در قرارداد، برای معاینات پزشکی و انجام آزمایشات لازم، مراجعه خواهد کرد یا خیر؟ و آیا به دستورات پزشک در جهت پرورش درست جنین عمل می‌کند و داروهای توصیه

کتابخانه تخصصی فقه و اصول

شده از طرف پزشک را به موقع مصرف خواهد کرد یا خیر؟ البته اعمال این گونه نظارت در عمل چندان آسان نخواهد بود و ممکن است، با مراجعه به پزشک متخصص که صاحب رحم تحت نظر او است، تا حدودی مشخص شود که زن حامل جنین، به تکلیف خود عمل می‌کند یا خیر؟ و با توجه به گزارش پزشک مزبور می‌توان فهمید که صاحب رحم، وظایف قراردادی و متعارف خود را انجام می‌دهد یا از انجام آن امتناع دارد. تخلف از مفاد قرارداد و متعارف بارداری، موجب مسؤولیت حقوقی و کیفری است. هر چند احراز تخلف چندان آسان نخواهد بود. البته الزام زن حامل طرف قرارداد، به مفاد قرارداد از طریق مراجع قضایی نیز با اشکال مواجه خواهد شد.

ب ـ تکالیف و حقوق صاحب رحم.

صاحب رحم که به موجب قرارداد متعهد شده است، رحم خود را برای پرورش جنین طرف دیگر قرارداد، در اختیار وی و مرکز پزشکی قرار دهد، مکلف است مقدمات لازم را برای انتقال جنین به رحم خود، بر طبق دستور مرکز پزشکی و مؤسسه درمانی مشخص شده در قرارداد، فراهم نماید. به طور مثال، برای آزمایشات لازم پزشکی باید به مرکز پزشکی مربوطه مراجعه کند تا از نظر بهداشت جسمی و روانی مورد آزمایش‌های مختلف و ضروری قرار گرفته و برای دریافت جنین آماده گردد و بعد از انتقال جنین به رحم زن متعهد، مشارالیها مکلف است، تمامی اموری را که بری پرورش جنین لازم است، انجام دهد و حق ندارد، قرارداد را فسخ و خواستار خارج کردن جنین از رحم خود گردد و در تمام دوران حاملگی باید از جهت تغذیه و مراجعه به پزشک متخصص در زمینهٔ بارداری و اجرای دستور پزشک به منظور رشد صحیح و کامل جنین و سایر امور مربوط به حاملگی، ضوابط و مفاد قرارداد و متعارف دوران بارداری را مراعات کند و از استعمال مواد و غذاهای مضر و آسیب زننده به حمل، خودداری نماید و در صورت تخلف و ورود زیان به حمل، مسؤول خواهد بود و ممکن است، تخلف از مفاد قرارداد و متعارف در دوران حاملگی، ضمانت اجرای حقوقی و کیفری را در پی داشته باشد.

در مقابل تکالیف و تعهدات قانونی و قراردادی، از حقوق مقرر در قرارداد و پیش‌بینی شده در قانون یا در محدوده متعارف نیز برخوردار خواهد شد. به طور مثال، علاوه بر حق الزحمه پیش‌بینی شده در قرارداد، هزینه‌های متعارف از باب تغذیه و دارو

و هزینه‌های مربوط بـه آزمایشـات پزشـکی ضـروری دوران بـارداری و حـق ویزیـت پزشکان و هزینه‌های مربوط بـه بیمارسـتان، در صـورت بسـتری شـدن را مـی‌توانـد از صاحبان رحم مطالبه کند

بند دوم ـ رابطهٔ حقوقی کودک با صاحبان جنین و صاحب رحم.

موضوع قابل بحث در این قسمت، این است که کودک متولد شده از زن حامـل کـه رحم خود را برای پرورش جنین به صـاحبان جنـین اجـاره داده یـا از ایـن جهـت بـه استخدام آنان در آمده است، از جهت نسب و سایر آثار حقوقی، با چه کسانی ارتبـاط و وابستگی پیدا می‌کند؟ به عبارت دیگر نوزاد با صاحب رحم و شوهر وی و همچنین بـا صاحبان اولیه جنین، چه رابطهٔ حقوقی خواهد داشت؟ بـرای روشـن شـدن مطلـب بـه شرح آتی موضوع مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

الف ـ رابطهٔ نوزاد با صاحب رحم اجاره‌ای (اجیر).

به شرحی که گذشت، جنین که بعد از ترکیب اسـپرم بـا تخمـک بـه صـورت یـک مجموعهٔ زنده چند سلولی (٤ یا ٨ سلولی) در آمده، وارد رحم زنی می‌شـود کـه رحـم خود را برای پرورش آن به اجاره داده است یا با قرارداد دیگری، انتفاع از رحم خـود را در این زمینه به غیر واگذار کرده و جنین با لانه گزینی در بـدن زن مزبـور، مـدتی بـین ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز از خون او تغذیه کرده و بعد از رشد و تبـدیل شـدن جنـین بـه یـک کودک کامل، متولد می‌گردد.

حال این مسأله مطرح می‌شود که آیا این زن، مادر نوزاد محسوب می‌شود؟ یـا هـیچ رابطهٔ بیولوژیکی، خونی و عاطفی یا عرفی با نوزاد نداشته و کـودک از جهـت نسـب و قرابت نسبی و آثار حقوقی آن با صاحب رحم هیچ رابطه‌ای ندارد؟ آیـا ایـن دو انسـان (صاحب رحم و نوزاد) هیچ ارتباط قانونی و شرعی با هم ندارند یـا ایـن کـه صـاحب رحم، مادر نوزاد محسوب می‌شود و این کودک دارای دو مادر است؟ (مـادر ژنتیکـی و مادر خونی) به این معنی که مادر ژنتیکی یعنی زنی کـه نـوزاد از نخمـک او بـه وجـود آمده، مادر منحصر نوزاد نیست. البته اگر زن پرورش دهنده جنین در رحـم خـود را بـه مثابه دایه یا مادر رضاعی بدانیم، از جهت آثار حقوقی با حالتی که صاحب رحـم، مـادر نوزاد تلقی گردد، کاملاً متفاوت است؛ زیرا اگر صاحب رحم مادر نوزاد دانسته شود، در

برابر نوزاد حقوق و تکالیف قانونی، از جمله تکلیف حضانت و تربیت او را بر عهده دارد و موضوع حرمت نکاح و توارث نیز می‌تواند مطرح و مورد بحث قرار گیرد.

برای پاسخ دادن به سؤالات عنوان و مطرح شده، باید مشخص شود، در عرف و در لغت مادر یا والده به چه کسی اطلاق می‌گردد. در عرف مادر، به کسی گفته می‌شود که نوزادی از وی متولد شده است و در لغت نیز از مادر همین تعریف بر می‌آید[۱] و در قرآن کریم هم مادر هر کس، آن زنی است که او را زائیده است.[۲]

از نظر بیولوژیکی نیز لازم است روشن شود، نوزاد متولد شده، همان چند سلول اولیه است که تکثیر و تبدیل به یک انسان کامل شده است و جسم و روان این کودک، از همان سلول‌های اولیه و اصلی حاصل از ترکیب گامت نر (اسپرم) و گامت ماده (تخمک) نشأت می‌گیرد؟ به تعبیر دیگر خصوصیات اولیهٔ جنین است که متحول شده و عوامل دیگری مثل مواد غذایی و اکسیژن لازم که از طریق خون صاحب رحم، جذب بدن جنین شده است، نقشی در اصالت وجود وی ندارد؟ یا این که سلول‌های ابتدایی در اثر تجزیه و تکثیر متأثر از محیط زیست و اخذ مواد لازم، دگرگون یا نابود شده و سلول‌های جدید به جای سلول‌های قبلی تشکیل و ایجاد شده‌اند که با سلول‌های اولیه فرق دارند و هیچ گونه ارتباطی با آن‌ها نخواهد داشت؟ یا این که سلول‌های جدید در سیر تکاملی جنین، اختلاطی است از سلول‌های ابتدایی و مواد غذایی جذب شده از طریق خون زن حامل؟

البته روشن شدن مطالب عنوان شده به وضوح، بلا تردید به حل مسأله مطروحه کمک شایانی خواهد کرد ولی در حال حاضر که مطلب کاملاً روشن نیست و یقین به دست نیامده است، ممکن است گفته شود، مادر نوزاد صاحب تخمک یا صاحب رحم یا هر دو نفر هستند که پذیرش هر کدام از نظرات مذکور، آثار حقوقی خاص خود را به دنبال خواهد داشت و چون اجارهٔ رحم پدیده کاملاً جدیدی است، اظهار نظر حقوقی قطعی در این زمینه چندان آسان نیست و از دیدگاه مذهبی و شرعی، ارتباط نوزاد با صاحب رحم، خصوصاً از جهت حرمت نکاح و توارث و امثال آن، مشکلات جدی‌تر و بیشتری وجود دارد و به علت جوان بودن این پدیده، رویهٔ قضایی نیز تا

---

۱. معین، دکتر محمد، فرهنگ فارسی؛ دهخدا، دکتر علی اکبر، لغت‌نامه دهخدا؛ اقرب الموارد، کلمه مادر (امّ)

۲. آیه ۲ سوره مجادله: «ان امهاتهم الا الائی ولدنهم....»

کنون راه‌حل قضایی عملی ارائه نداده است تا راه‌گشای مشکلات باشد و تا جایی که بررسی شده، این موضوع در عمل پیش نیامده است تا بتوان به آرای قضایی استناد کرد.

از دیدگاه نظری، با توجه به سیر تکاملی جنین، می‌توان گفت زن صاحب رحم یا اجیر، با نوزاد بیگانه نیست، زیرا این کودک در حالت جنینی از خون این زن تغذیه کرده و بعد از تولد نیز شیر ناشی از این حاملگی و وضع حمل است که بهترین و مناسب‌ترین غذا برای رشد بدن این کودک خواهد بود. بنابراین نوزاد مزبور از نظر طبیعی و فطری به شیر این مادر و گرمای عاطفی و حتی تپش قلب او که مدت‌ها (حدود هفت تا ده ماه) با بدن وی مأنوس بوده و نیاز مبرمی به زن صاحب رحم دارد. در ضمن علاقه یا وابستگی روانی این زن به کودک، کمتر از وابستگی عاطفی صاحب تخمک نیست. بنابراین شایسته نیست که این نوزاد را از شیر این مادر که غذای طبیعی است و عواطف و احساس وی محروم کرده و او را در محیطی نا مأنوس قرار دهیم و به روان این کودک لطمه وارد کنیم.

با توجه به مراتب عنوان شده، مصلحت طفل اقتضا دارد که صاحب رحم از نوزاد جدا نگردد و به منظور حضانت و تربیت کودک، در صورت بروز اختلاف باید دادگاه صلاحیت‌دار، تصمیم بگیرد که کودک به کسی سپرده شود که مصلحت وی اقتضاء دارد و از جهت حرمت نکاح و حق ملاقات و توارث و انفاق، بهتر است زن صاحب رحم را هم مادر کودک دانست. هر چند این طرز تفکر مشکلاتی در روابط مردم و اجتماع ایجاد خواهد کرد.

بعضی بر این عقیده‌اند که صاحب رحم را باید در حکم مادر رضاعی تلقی کرد و منحصراً از جهت حرمت نکاح، او را مادر طفل قلمداد نمود.[۱]

عده‌ای معتقد هستند، زن اجاره‌ای هم مادر کودک است و در واقع این نوع کودکان، دارای دو مادر هستند[۲] و رابطهٔ مادر و فرزندی با تمام آثار حقوقی آن، از جمله مسأله حضانت، تربیت، حرمت نکاح و توارث، بین مادران و فرزند مزبور وجود دارد.

---

۱. یوسف صانعی، استفتائات پزشکی، چاپ سال ۱۳۷۸، مسأله ۱۱۱ و ۱۹۸، ص ۵۹ و ۸۵.
۲. موسوی اردبیلی، استفتائات، ج ۱، انتشارات نجات، مسأله ۱، ص ۴۰۷ به نقل از مجموعه استفتائات مربوط به حقوق خانواده، ص ۷۹.

ب ـ رابطهٔ حقوقی نوزاد با شوهر صاحب رحم و سایر اقارب.

جنینی که در رحم اجاره‌ای استقرار پیدا کرده و بعد از گذراندن مراحل رشد، به صورت کودک متولد می‌گردد و آن زن دارای شوهر است. این بحث به میان خواهد آمد که آیا از جهت حقوقی، رابطه‌ای بین نوزاد و شوهر زن صاحب رحم به وجود خواهد آمد یا خیر؟ به طور مثال، از جهت قرابت و آثار آن می‌توان، بین این دو نفر ارتباطی تصور کرد؟ گر چه کودک مزبور از جهت خونی یا ارتباط خونی، مشترکاتی با آن مرد ندارد ولی از جهت زیستی و قرابت سببی، نوزاد مزبور با زوجهٔ وی بیگانه نیست و از نظر حرمت ازدواج، اگر نوزاد متولد شده دختر باشد، در حکم ربیبه یا دختر زوجه‌اش محسوب می‌گردد و کودک با فرزندان ناشی از ازدواج این شوهر و زن، اشتراک خونی دارد و از جهت حرمت نکاح، رابطهٔ بین شوهر و فرزندان مزبور با نوزاد، همانند رابطهٔ پدر فرزندی و خواهر و برادری است و ازدواج بین آن‌ها از جهت قانونی و شرعی، در نظام حقوقی ایران ممنوع است ولی از جهت توارث، تکلیف حضانت، تربیت، نفقه و امثال آن، ارتباطی بین افراد مزبور وجود ندارد و می‌توان گفت، در هر حال حداقل، اعتبار این رابطه کمتر از روابط ناشی از رضاع و شیرخوارگی نخواهد بود.

ج ـ رابطهٔ حقوقی کودک با صاحبان جنین.

همان‌طور که قبلاً عنوان شد، صاحبان جنین در فرض موضوع بحث، زن و شوهری هستند که از ترکیب گامت آن‌ها (ترکیب اسپرم شوهر با تخمک همسرش) این جنین در آزمایشگاه به وجود آمده و سپس با ابزار پزشکی به رحم زن بیگانه انتقال یافته است.

حال باید بررسی کرد که کودک ناشی از این جنین که از زن بیگانه متولد شده، با صاحبان گامت یا مادهٔ حیاتی اولیه از نظر حقوقی، چه رابطه‌ای خواهد داشت.

۱ـ رابطهٔ حقوقی نوزاد با صاحب گامت نر (صاحب اسپروماتوزئید)

صاحب اسپرم از لحاظ ژنتیکی و خصوصیات ارثی و طبیعی با نوزاد متولد شده از زن بیگانه، اشتراک خونی دارد و از این لحاظ تفاوتی ندارد که همان جنین در رحم و زهدان (بچه‌دان) زوجه‌اش پرورش یافته یا این که در رحم یا بچه‌دان بیگانه و یا حتی در دستگاه و لوله آزمایش پرورش پیدا کرده باشد.

با این ترتیب نوزاد تکامل یافته در بدن زن بیگانه یا اجاره‌ای، بدون تردید فرزند صاحب اسپرم است و هیچ منع قانونی و شرعی، جهت الحاق کودک به این مرد، وجود ندارد و حقوق و تکالیف پدر و فرزندی بین آن‌ها وجود دارد. البته در نظام حقوقی ایران حکم صریحی در این زمینه ملاحظه نمی‌گردد ولی نظر به این که تنها مانع الحاق نوزاد با صاحب نطفه، آن هم از جهت توارث، فرزند ناشی از وقوع عمل زنا است که در این مورد، مصداق ندارد و با توجه به مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱٦۷ قانون مدنی ایران، این گونه کودکان به صاحبان اسپرم ملحق خواهند شد و فرزند قانونی و شرعی آنان محسوب می‌شوند.

در نظام حقوقی اسلام و در فقه امامیه نیز اخبار مربوط به موضوع مساحقه، دلالت بر الحاق طفل به صاحب اسپرم دارد و اگر جنین در لولهٔ آزمایش و در دستگاه‌های آزمایشگاهی مراکز پزشکی درمانی نیز تشکیل و به نوزاد تبدیل گردد، از نظر مراجع دینی و صاحبان فتاوی، به صاحب اسپرم و مادر ملحق می‌گردد.[1]

۲ـ رابطهٔ حقوقی نوزاد با صاحب تخمک.

صاحب تخمک یعنی زوجهٔ صاحب اسپرم نیز در وجود جنین مشارکت بنیادی دارد ولو صاحب تخمک مزبور، جنین شکل گرفته از ترکیب اسپرم با تخمک وی را در رحم خود پرورش نداده باشد و این جنین در رحم زن بیگانه یا در لولهٔ آزمایش و دستگاه بچه‌دان مصنوعی، رشد یافته و تبدیل به نوزاد شده باشد. به عبارت دیگر صاحب تخمک از جهت خونی و ژنتیکی و انتقال اوصاف و خصوصیات جسمی و امثال آن، با نوزاد ناشی از جنین، قرابت و وابستگی دارد که این قرابت از نظر حقوقی، آثاری از جهت حرمت نکاح، ارث، تکالیف حضانت و تربیت و غیره به دنبال خواهد داشت.

در نظام حقوقی ایران، حکم و نص صریحی که قابل استناد باشد، در زمینهٔ الحاق کودک به صاحب تخمک نیز ملاحظه نمی‌گردد ولی وجود رابطه و اشتراک خونی بین نوزاد و صاحب تخمک، بدون تردید، حرمت نکاح را در پی خواهد داشت و بر طبق ضوابط کلی حقوقی نیز بین آن‌ها رابطهٔ مادر فرزندی برقرار است و در نتیجه حقوق و

---

۱. سیستانی، سید علی موسوی، منهاج الصالحین، ج ۱، ص ۴۵۹، مسأله ۶۶ و ۶۷؛ استفتائات پزشکی، مطابق با فتاوای صانعی، یوسف، چاپ ۱۳۷۸، ص ۵۹، مسأله ۱۱۱.

تکالیف متقابل بین فرزند و مادر مزبور به وجود خواهد آمد که فقهای امامیه معاصر نیز این نظر را تأیید کرده‌اند[1] و در نظام حقوقی سایر مذاهب اسلامی و کشورهای مسلمان، حکم خاصی ملاحظه نگردید.

در برخی از کشورهای صنعتی جهان، از جمله در ایالات متحده آمریکا، در مورد رحم اجاره‌ای یا تبرعی سوابقی وجود دارد و در عمل چون قرارداد منعقده بین صاحبان جنین و صاحب رحم، بر خلاف نظم عمومی و اخلاق به شمار نیامده، اعتبار و الزام قانونی پیدا کرده است. به این معنی که طرفین با بقای توافق، می‌توانند به مفاد قرارداد عمل کنند و اقدام آن‌ها خلاق قانون نخواهد بود.[2]

ولی اجرای قرارداد از طریق توسل به مراجع قضایی مقدور نیست. به عبارت دیگر، قرارداد مذکور فاقد ضمانت اجرایی نیست ولی قبل از شروع به اجرا یا قبل از رسیدن به مرحلهٔ اجرایی، چنین قراردادی جزء عقود جایزه است و عدم انجام تعهد، ظهور بر فسخ قرارداد دارد اما بعد از شروع به اجراء، قرارداد از حالت جواز خارج شده و لازم الاتباع خواهد شد و در این صورت، طرفین مکلف به انجام تعهدات خود هستند و پس از ولادت کودک، اگر در خصوص حضانت طفل و ارتباط عاطفی اختلافی بین طرفین قرارداد پیش آید، در عمل مراجع ذیصلاح آن کشور، با رعایت منافع و مصلحت کودک تصمیم خواهند گرفت که این معیار و اقدامات مراجع، ارتباطی به مسأله نسب و آثار ناشی از نسب طفل نخواهد داشت و برای تعیین تکلیف قطعی در این زمینه، احتیاج به وضع قوانین و مقررات مخصوص خواهد داشت.

در نظام حقوقی فرانسه، این گونه قراردادها و قراردادهای مربوط به حاملگی و زاد و ولد به نفع دیگری (غیر از کانون خانوادگی خود) مغایر با نظم عمومی و اخلاق حسنه شناخته شده و علاوه بر بطلان قرارداد مزبور[3] این گونه اعمال جرم نیز محسوب است. (مادهٔ ۷-۱۶ قانون مدنی و ۱۲-۲۲۷ قانون جزای فرانسه)

در پایان بحث به عنوان نتیجه‌گیری در زمینهٔ رحم اجاره‌ای و زاد و ولد به نفع غیر می‌توان گفت، همان‌طور که اشاره شد، به طور کلی تلقیح مصنوعی و مسأله انتقال

---

۱. سیستانی، سید علی موسوی، همان.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، تولد بدون عشق، توجیه و نقد رویه قضایی، نشر دادگستر، چاپ اول، بهار ۱۳۷۷، ص ۴۷ تا ۵۵

3. L 16-7 C. CIV: TOUTE CONVENTION PORTANT SUR LA PROGREATION POUR LE COMPTE D, AUTRUI EST NULLE

جنین به رحم اجاره‌ای از جملهٔ مسایل مستحدثه و حاصل تلاش فکری و تحولات علمی و فنی عصر حاضر است که در جهان کنونی مورد توجه جوامع مختلف قرار گرفته و در قلمرو علم پزشکی، روان پزشکی و حقوق، بحث‌های شدیدی را بر انگیخته است و در نظام حقوقی سنتی ایران و اسلام، همانند نظام‌های حقوقی قدیم جهان، در زمینهٔ جواز و ممنوعیت و آثار حقوقی این پدیده، حکم صریحی وجود ندارد و با وجود مطرح بودن موضوع بین حقوقدانان و مراجع شرعی، اتفاق نظر وجود ندارد.

از آن جایی که وجود این پدیده انکار ناپذیر است، بنابراین نمی‌توان از کنار این موضوع و مشکلات ناشی از آن به راحتی و با بی‌تفاوتی گذشت و حقوق و تکالیف مربوط به این مسایل را نادیده گرفت. لذا شایسته است از جهات مختلف، از جمله از دیدگاه پزشکی، بیولوژیکی، روان‌شناختی، اجتماعی و حقوقی این موضوع مورد بررسی و مطالعهٔ دقیق قرار گیرد و روشن گردد که این پدیده، برای خانواده و جامعه چه آثار و نتایجی به بار خواهد آورد تا راهی برای ارشاد مردم و مقامات ذیربط و عوامل مؤثر در پیشبرد تمدن و فرهنگ صحیح و رشد و تعالی انسانیت و کرامت انسانی گشوده شود.

سرانجام پیشنهاد می‌شود برای حفظ نظم جامعه، بر حسب ضرورت، موضوع رحم اجاره‌ای و انتقال جنین به رحم غیر از جهت موارد مجاز و ممنوعیت از یکدیگر تفکیک گردد و جز در موارد استثنایی و موارد خاص به منظور حفظ کانون خانواده‌هایی که مشکلات جسمی و روانی در زاد و ولد دارند، انتقال جنین به رحم اجاره‌ای ممنوع اعلام گردد و این پدیدهٔ علمی وسیلهٔ فرار زنان خانواده‌ها از مشقت بارداری قرار نگیرد و به موجب قانون، شرایط استفاده از رحم اجاره‌ای و آثار قرارداد مربوط به آن و سایر آثار حقوقی این اقدام روشن گردد تا در عمل از مشکلات جامعه کاسته شود.

فصل ششم

فرزندخواندگی.

L'adoption

فرزندخواندگی عبارت از قبول شخصی به فرزندی، بدون آن‌که در واقع شخص مزبور فرزند قبول‌کننده باشد.

فرزندخواندگی را در سه گفتار به‌شرح زیر مطالعه می‌کنیم:

گفتار اول ـ کلیات و سابقه تاریخی فرزندخواندگی در ایران باستان و عربستان پیش از اسلام.

گفتار دوم ـ فرزندخواندگی در حقوق فرانسه و نسب ناشی از فرزندخواندگی.

گفتار سوم ـ لزوم یا عدم لزوم تأسیس حقوقی فرزندخواندگی در ایران.

گفتار اول
کلیات و سابقهٔ تاریخی فرزندخواندگی در ایران باستان و عربستان پیش از اسلام.

همانطورکه قبلاً بیان شد منظور از فرزندخواندگی این است که شخصی دیگری را به فرزندی می‌پذیرد.

قبول فرزندخواه اساساً ممکن است ناشی از علل مختلف و نیازمندی‌های گوناگون نظیر نیاز نظامی، اقتصادی، مذهبی بوده و یا به منظور کمک و معاونت به اطفال بی‌سرپرست و یا به خاطر ارضاء غریزه مادری یا پدری و یا جبران کمبود سعادت

خانوادگی باشد.

در حقوق ایران تا سال ۱۳۵۳ مقرراتی در زمینهٔ فرزندخواندگی پیش‌بینی نگردیده بود ولی در ایران باستان و مخصوصاً در حقوق ساسانیان، فرزندخواندگی و پذیرفتن فرزندخوانده مرسوم بوده است.

زردشتیان معتقد بودند که فرزند عنوان پل صراط[۱] را دارد و کسی که فرزند نداشته باشد قادر نیست در روز قیامت از پل صراط بگذرد. لذا کسانی که صاحب فرزند نبودند برای رفع این نقصیه و طلب آمرزش و عبور از پل مزبور فرزند بدلی برای خود انتخاب می‌کردند.

البته همانطورکه قبلاً اشاره شد رؤسای اقوام به منظور ازدیاد نیروی دفاعی و تکثیر جمعیت از راه تولیدمثل، مردم را به داشتن فرزند تشویق می‌کردند و با افراد کثیرالاولاد صله می‌دادند.

متدرجاً داشتن فرزند جنبهٔ وظیفه پیدا کرد و جزء سنت مقدس مذهبی گردید و برای انجام وظیفه و اداء تکالیف مذهبی در صورت فقدان فرزند واقعی اقدام به انتخاب فرزندخوانده می‌گردید.

گاهی نیز بعلت علاقه شدید به داشتن فرزند و یا به منظور کمک به اطفال بی‌سرپرست به قبول فرزند خوانده اقدام می‌شد.

در قوانین زردشتی سه نوع فرزندخوانده وجود داشت.

الف ـ فرزندخوانده‌ای که شخص در زمان حیات خود انتخاب می‌کرد تا پس از مرگش وظایف خانوادگی و مراسم مذهبی را انجام دهد.

ب ـ فرزندخوانده قهری مانند زن ممتاز[۲] یا دختری که فرزند منحصر متوفی بود. به

---

۱. دکتر ناصرالدین صاحب‌الزمانی: کتاب روانکاوی و تحریم زناشوئی بامحارم ص ۱۰۰.
پل صراط یا پل چین‌وات در جزوه تاریخ حقوق تقریرات آقای دکتر محمد حسین علی‌آبادی چنین تعریف شده است:
پل چین‌وات پلی است بین دماوند و الوند.

۲. در مذهب زردشت ۵ نوع نکاح وجود داشته است که آثار حقوقی آن‌ها مختلف بوده و ما به اختصار به ذکر آن می‌پردازیم:
۱. نکاح پادشاه زن ـ که پادشاه زن به معنای زن ممتازه است و زنان ممتازه از این قرارند:
الف ـ دختری که برای اولین بار و با رضایت اقوام و اولیای خود ازدواج می‌کرد، به شرط آنکه فرزند منحصر پدر خود نمی‌بود.
ب ـ ایوک زنی که فرزندی آورده و آن را به پدر خود می‌داد تا خلفی برای پدرش باشد. (ایوک زن به معنی دختر منحصر به فرد پدر که شوهر کرده باشد).
ج ـ خود سرزنی که پسری آورده و این پسر کبیر شده و ازدواج مادرش را بجای اقوام مادر، به این ازدواج را رد کرده بودند اجازه می‌داد. ←

این ترتیب که اگر متوفی پسر کبیر یا برادری نداشت زن ممتازه یا دختر منحصر او قهراً جانشین فرزندخوانده می‌شدند.

ج ـ فرزندخوانده‌ای که پس از مرگ شخص بدون اولاد به وسیله وراث انتخاب می‌شد.

مردی که به فرزندخواندگی انتخاب می‌گردید می‌بایست کبیر ــ عاقل و زردشتی بوده و مرتکب گناهی نشده باشد که مجازات آن مرگ است.

فرزندخوانده جانشین متوفی می‌شد و تمام وظایف و اختیارات متوفی را به عهده داشت و می‌بایست مراسم مذهبی را نیز اجرا کند.

ضمناً پل صراط متوفی نیز به شمار می‌رفت که این عقیده هنوز بین زردشتیان معمول و متداول می‌باشد.[1]

در عربستان قبل از اسلام نیز فرزندخواندگی یا تبنی وجود داشت و اعراب فرزندخوانده را دعی می‌نامیدند.[2]

اعراب دوران جاهلیت به خاطر ازدیاد قدرت نظامی و افزایش نیروی دفاعی خود به انتخاب فرزندخوانده می‌پرداختند و این رسم در بین آنان متداول بود ولی فرزندخواندگی در اسلام نسخ شده است.

پیغمبر اسلام قبل از بعثت دارای پسر خوانده‌ای به نام زید بوده ولی پدر واقعی زید حارثه نام داشت.

زید بن حارثه بنا به روایات اسلامی غلامی بود که به وسیله حکیم بن حزام در سوریه خریداری و در مکه به خدیجه همسر حضرت محمد (ص) فروخته شده بود. خدیجه پس از ازدواج با پیغمبر اسلام زید بن حارثه را به او اهداء کرد و پس از چندی

← زنان ممتازه در خانواده دارای حقوقی وسیع‌تر از دیگر زنان بودند و جهیز آنان از جهیز یک زن بیوه بیشتر بود. زن ممتازه رئیس خانه شوهر می‌شد و در کارهای شوهر دخالت می‌کرد و موظف به ترتیب اطفال بود. اگر شوهر هنگام فوت وارث دلسوزی نداشت که لایق جانشینی او باشد این زن جانشین شوهر می‌شد.
زن ممتازه تنها زنی بود که از زوج خود ارث می‌برد و فرزندان او دو برابر فرزندان زنان دیگر ارث می‌بردند.

۲. ایوک زن یا جوکان زن ـ عبارت از زنی که دختر منحصر به فرد پدر بود و پسر اول ایوک زن، منتسب به پدر دختر می‌شد نه به شوهر زن. این دختر پس از انجام این تکلیف جزء زنان ممتازه در می‌آمد.

۳. چاکر زن ـ چاکر زن یا چغر زن عبارت از زن بیوه‌ای که برای بار دوم ازدواج می‌کرد.

۴. سترون زن ـ اگر مرد کبیری قبل از ازدواج می‌مرد اقوام او می‌بایست دختری را انتخاب و با دادن جهیز او را به مردی تزویج کنند به شرط آنکه نیمی از فرزندان این دختر متعلق به مرد مجردی که مرده است باشد و زن مزبور نیز در دنیای دیگر به آن مرد مجرد تعلق داشت.

۵. خود سرزن ـ اگر دختری بدون اجازه اولیاء و اقوام خود ازدواج می‌کرد خود سرزن نامیده می‌شد.

۱. تاریخ حقوق جزوه آقای دکتر محمد حسین علی‌آبادی سال تحصیلی ۱۳۳۹ ـ ۱۳۳۸ چاپ نشده است.

۲. جمع دعی ادعیاء است که در قرآن نیز آمده است یعنی پسرخواندگان.

حارثه پدر زید برای آزادی فرزند خود به مکه رفت و بالاخره پیغمبر زید را آزاد نمود. اما زید همراه پدر خود به سوریه بازنگشت و نزد پیغمبر ماند. سپس پیمغبر او را به فرزندی پذیرفت زید تا قبل از نسخ رسم فرزندخواندگی به نام زید بن محمد خوانده می‌شد.

آقای شهابی در ادوار فقه در این زمینه فرموده‌اند که زین بن حارثه بن شراجیل کلبی از قبیله بنی عبدود بوده که پیغمبر پیش از بعثت او را از جمله اسیران جاهلیت در بازار عکاظ خریده و آزد ساخته است و به پسری خود برگزیده و در اسلام میان او و حمزه بن عبدالمطلب موآخات قرار داده بوده است.[۱]

حضرت محمد (ص) دختر عمهٔ خود زینب بنت جحش اسدی را به عقد نکاح زید درآورد ولی این زناشوئی به علت اختلاف طبقاتی منجر به طلاق گردید[۲] و پیغمبر پس از پایان عدهٔ طلاق با زینب ازدواج کرد.

این ازدواج نظر به اینکه زینب طبق سنت عرب زوجهٔ پسرخوانده (عروس) پیغمبر و از محارم سببی او به شمار می‌رفت و ظاهراً مخالف عقاید و رسوم عرب می‌نمود، سبب اعتراض مردم و منافقان خصوصاً جهودان گردید که چگونه محمد (ص) با عروس خَود ازدواج می‌کند و حال آنکه عروس از محارم سببی تلقی می‌گردد و محمد ما را نهی می‌کند که با زن پسر خود ازدواج کنیم.

به همین مناسبت آیاتی در این زمینهٔ نازل گردید که از طرفی پیغمبر صاحب فرزند ذکور نیست (مٰا کٰانَ مُحَمَّدٌ أَبٰا أَحَدٍ مِنْ رِجٰالِكُمْ)[۳] و به علاوه فرزندخواندگان فرزندان واقعی نیستند (مٰا جَعَلَ أَدْعِيٰائَكُمْ أَبْنٰائَكُمْ)[۴] و صراحتاً طبق آیه «... لَا يَكُونَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوٰاجِ أَدْعِيٰائِهِمْ إِذٰا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَراً)[۵] ازدواج با مطلقهٔ فرزندخواندگان مجاز اعلام گردید.[۶]

---

۱. ادوار فقه جلد اول صفحه ۲۳۸ تألیف استاد محمود شهابی.

۲. یعنی زینب بدواً تصور کرده بود پیغمبر برای خودش از او خواستگاری کرده است که بعداً متوجه جریان شد و چون از دختران اشراف قریش بود زید را که غلام آزاد شده‌ای بیش نبود هم کفو خود نمی‌دانست و همین امر سبب بروز اختلاف و باعث جدائی آنان گردید.

۳. آیه ۴۰ از سوره احزاب: محمد پدر هیچیک از مردان شما اعم از مردان شما اعم از زید و عمرو نیست.

۴. آیه ۴ از سوره احزاب: خداوند فرزندخواندگان شما را فرزند شما قرار نداده است.

۵. آیه ۳۷ از سوره احزاب: بر مؤمنین برای زناشوئی با همسران پسر خواندگان هنگامی که دوران زناشوئی آنان سپری شده باشد حرجی نیست.

۶. تفسیر ابوالفتح رازی جلد هشتم چاپ دوم ص ۱۲۷ تا ۱۳۰ و ۱۷۱ تا ۱۷۶. تفسیر سوره الاحزاب خلاصه المنهج الصادقین تألیف ملافتح‌الله کاشانی تفسیر سوره احزاب.
تفسیر شاهی جلد ۲ ص ۹۵۷.

با توجه به مطالب فوق‌الذکر معلوم می‌شود که در اسلام فرزندخوانده از حد شمول خویشاوندی واقعی و قرابت نسبی و رضاعی در امر زناشوئی خارج گردیده است و آثاری از این جهت بر آن مترتب نیست.

طبق مدارک ذکر شده فرزندخوانده فرزند محسوب نمی‌شود. لذا هیچگونه آثار حقوقی ناشی از رابطه فرزندی نظیر توارث و حضانت و ولایت بر فرزندخواندگی مترتب نمی‌گردد.

ولی فقهاء مالکی اجازه می‌دهند که استثناناً فرزندخوانده از پدر و مادر خوانده خود ارث ببرد و فقهاء حنفی ازدواج بین پدرخوانده و مادرخوانده و فرزندخوانده را با کراهت تلقی می‌کنند و معتقدند که بهتر است حتی‌المقدور چنین ازدواجی صورت نگیرد.

در حقوق ایران نیز به تبعیت از شرع مقدس اسلام تأسیس حقوقی فرزندخواندگی پیش‌بینی نگردیده است و هیچگونه آثار حقوقی بر آن مترتب نیست.

گفتار دوم

فرزندخواندگی و نسب ناشی از فرزندخواندگی در حقوق فرانسه.

La Filiation adoptive

در حقوق فرانسه تأسیس حقوقی فرزندخواندگی وجود دارد و مواد ۳٤۳ تا ۲ـ۳۷۰ ق.م به آن اختصاص یافته است.

نسب ناشی از فرزندخواندگی عبارت از نسب بدلی و مصنوعی است که در نتیجهٔ اقدام ارادی، بین دو نفر بدون آنکه رابطهٔ نسبی واقعی و خونی وجود داشته باشد، رابطهٔ نسبی حقوق ایجاد می‌گردد.[۱]

نسب حاصل از فرزندخواندگی، نسب صرفاً حقوقی است نه نسب واقعی و بیولژیکی، که بر اثر درخواست شخصی بین او و شخص دیگری به‌طور مصنوعی رابطهٔ پدر فرزندی یا مادر فرزندی ایجاد می‌شود و فرزندخواندهٔ مزبور قائم‌مقام و بدل فرزند مشروع است.[۲]

---

۱. مازو: دروس حقوق مدنی جلد اول قسمت دوم شماره ۱۰۲۲.
۲. ژان کاربینه: حقوق مدنی جلد اول شماره ۱۸۵ ص ۵۷۶

بعضی از حقوقدانان فرانسه گفته‌اند که فرزندخواندگی را می‌توان بـه عمـل و اقـدام حقوقی ایجادکنندهٔ روابط مصنوعی و صرفاً مدنی قرابت و نسب بین دو نفر تعبیر کرد.[۱]

بنابراین به‌طور خلاصه نسب ناشی از فرزندخواندگی عبـارت از نسـب مصـنوعی و صرفاً حقوقی است که در نتیجهٔ قبول و انتخاب یک نفر بجای فرزند حاصل می‌گردد.

در حقوق فرانسه امروزه کوشش می‌شود که فرزندخوانده و نسب ناشی از فرزندگی را به فرزند و نسب مشروع نزدیک سازند.

قانون مصوب ۱۱ ژوئیـه ۱۹٦٦ وضـع فرزندخوانـده کامـل را مشـابه وضـع فرزنـد مشروع گردانیده است.

سابقهٔ تاریخی و تحول فرزندخواندگی.

فرزندخواندگی در میان کلیه اقوام و ملل متمدن قدیم که بر پایه خانوادهٔ پدر شاهی[۲] قرار داشت معمول و متداول بوده است.

رئیس خانواده قدرت فوق‌العاده‌ای داشت و به میل خـود افـراد خـانواده را تشـکیل می‌داد. در صورت تمایل اطفال واقعی و حقیقـی خـود را طـرد و اطفـال بیگانـه را بـه فرزندی می‌پذیرفت.

در رم قدیم به منظور حفظ شـعائر مـذهبی و آئـین خـانوادگی و نگهـداری امـاکن متبرکه، مسئله فرزندخواندگی اهمیت فـراوان داشـت و فرزندخوانـده در خـانواده‌هـا و قبایل رومی نقش بزرگی ایفا می‌نمود.[۳]

---

۱. کلن کاپیتان: حقوق مدنی جلد اول شماره ۱۰۵۴.

2. Patriarcat

۳. رومیان قدیم قبل از همه چیز مایل بودند پسر داشته باشند. لازم بود پس از مرگ ایشان یک نفر خـانواده را ادامـه داده و آن را نگاه دارد که این کار از دختر ساخته نمی‌شد زیرا در نتیجه مزاوجت مذهب خویش را ترک گفته آئـین شوهر را اختیار می‌نمود. بنابراین مرد رومی را حتماً پسری ضروری بود.
اگر خود نداشت اولاد دیگران را به فرزندی قبول می‌کرد برای این مقصود با یکی از رومیان که چند پسر داشـت قـرار می‌گذاشت یکی از پسرانش را به او واگذار نموده از تمام حقوق خویش بر وی صرفنظر کند. طرفین بـا طفـل نـزد قاضی حضور یافته پدر ظاهراً سه مرتبه طفل خود را می‌فروخت. طبق یکی از الواح دوازده‌گانه هرگاه پـدری سـه مرتبه فرزند خود را می‌فروخت دیگر حقی بر او نداشت. انگاه پدر خوانده طفل را که پسر خود می‌دانسـت مطالبـه می‌کرد. قاضی سکوت پدر را علامت رضا دانسته بچه را به وی تسلیم می‌نمود. بعد از آن روابط با خانواده قـدیمی منقطع گردیده، غیر از پدر جدید نسبت به دیگری تکلیفی نداشت. اسم این فامیل جدید را گرفته، فقط لقبی را که از نام خانواده قدیم حکایت می‌کرد به آن می‌افزود (پسر پل امیل یعنی امیلیوس پتوس که پوبلیتوس کرنلیوس سیپو به فرزندی قبول کرده بود پوبلیوس کرنلیوس سیپیوامیلیانوس نامیده می‌شـد معـروف بـه سـیپیون امیلـین (از تـاریخ آلبرماله وژوال ایزاک ترجمه آقای غلامحسین زیرک‌زاده ص ۱۰۲)

یعنی بزرگترین مصیبت برای خانواده‌ای زمانی پیش می‌آمد که رئیس خانواده بدون پسر یا اخلاف و اعقاب فوت و کسی از او برای حفظ اماکن مقدسه باقی نمی‌ماند که با فرزندخواندگی و تعیین فرزندخوانده این نقص خانواده جبران می‌گردید.

در بین قبایل خاور دور نیز فرزندخواندگی به همین منظور توسعه فراوان یافته بود.

اما در مسیحیت خانواده کاملاً براساس ازدواج استوار و فرزندخواندگی مفهومی نداشت.

به همین دلیل در حقوق مذهبی و حقوق قدیم فرانسه و بسیاری از کشورهای حقوق مدون و حقوق عرفی فرزندخوانده و موضوع فرزندخواندگی به کلی در خانواده‌ها محو گردید و از بین رفت.[1]

فرزندخواندگی در فرانسه از زمان کنوانسیون ملی[2] و به وسیله مجمع قانونگذاری ۱۸ ژانویه سال ۱۷۹۲ پیش‌بینی گردید.

تنظیم‌کنندگان مجموعه قانون مدنی سال ۱۸۰٤ فرانسه در پذیرش فرزندخواندگی و قبول چنین تأسیس حقوقی دچار تردید گردیدند تا اینکه ناپلئون بناپارت به تصور اینکه از راه فرزندخواندگی برای متوفی بازماندگانی تأمین می‌گردد با این تأسیس موافقت نمود.

گروهی معتقدند که تأسیس فرزندخواندگی در حقوق فرانسه بر مبنا و ریشه تاریخی پایه‌گذاری نشده است و کیسیونی که عهده‌دار تدوین قانون مدنی (کدسیویل) بود، چنین تأسیسی را در برنامه خود قرار نداده بود ولی بنابر توصیه و سفارش ناپلئون بناپارت (کنسول اول) که محتملاً با وضع شخصی او ارتباط داشته است، فرزندخواندگی به وجود آمد.

البته ناپلئون موفق نشد مفهومی را که از فرزندخواندگی در ذهن داشت به صورت قانون در آورد.

یعنی او مایل بود بین فرزندخوانده و فرزند واقعی فرقی وجود نداشته باشد[3] ولی کمیسیون کنار گذاردن عواطف و احساس طبیعی را مخالف اخلاق دانست و به همین

---

1. Nouveau Denizart. T. ler: Vo Adoption, SS3; Merlin, Repert, Vo Adoption, SS I

۲. کنوانسیون ملی مجمع مهم انقلابی بود که در سال ۱۷۹۲ در فرانسه تأسیس گردید. جمهوری فرانسه و حکم اعدام لوئی ۱۶ را تصویب و کمیته نجات ملی را تشکیل داد. کنوانسیون از دو حزب ژاکوبن‌هاوژیروندها ترکیب شده بود، وظیفه قانونگذاری و تحکیم اساسی رژیم جدید را به عهده داشت و سال ۱۷۹۵ پایان یافت.

3. Memoires de Thibaudeau, P. 420; Fenet' x' P. 289.

مناسبت آثار محدودی برای فرزندخواندگی که نسب مصنوعی و حقوقی ایجاد می‌کرد، در نظر گرفت.[1]

در این زمان فرزندخواندگی تحت شرایط بسیار سنگین و دقیق قرار گرفت. یعنی فرزندخواندگی را مانند قرارداد می‌دانستند.

بنابراین می‌بایستی فرزندخوانده کبیر باشد تا بتواند رضایت و موافقت خود را صحیحاً اعلام نماید.

این شرایط سخت موجب شد که فرزندخواندگی به ندرت تحقق پذیرد و از طرف دیگر آثار فرزندخواندگی بسیار محدود بوده فرزندخوانده در خانوادهٔ اصلی خود باقی می‌ماند.

یعنی این تأسیس از هدف اصلی و منظور ناپلئون که معتقد بود فرزندخوانده در ردیف فرزند واقعی است منحرف گردید.[2]

بعد از جنگ بین‌الملل اول (١٩١٤ تا ١٩١٨) به منظور حفاظت و نگهداری یتیمان و بچه‌های بی‌سرپرست که ابوین آن‌ها در سوانح جنگ کشته شده بودند در مقررات و شرایط فرزندخواندگی تجدیدنظر به عمل آمد و به موجب قانون مصوب ١٩ پوئن ١٩٢٣ شرایط فرزندخواندگی تغییر کرد و از شدت شرایط و مشکلات سابق کاسته شد. قانونگذار موافقت نمود تا اطفال صغیر نیز به فرزندخواندگی پذیرفته شوند و آثار حقوقی بیشتری نیز بر آن مترتب گردید.

مثلاً قبول کننده به فرزندی نسبت به فرزندخواندهٔ خود حق ولایت قهری و قدرت پدری کسب کرد.

نتایج این تسهیلات بسیار عالی و درخشان بود. تعداد فرزندخوانده به چند برابر افزایش یافت. ضمناً به موجب فرمان قانونی ٢٩ ژوئیه ١٩٣٩ شرایط فرزندخواندگی ملایم‌تر و بر آثار آن افزوده شده به محاکم اجازه داده شد تا بتوانند قطع رابطهٔ بین طفل و خانواده اصلی را اعلام نمایند.[3]

---

1. Planiol (M). Ripert (G), Traité Pratique de droit Civil francais. T. II No 1003.
2. Memoires de Thibaudeau. P. 419 et S.; Fenet. X. P. 289.
3. Marty et Raynaud: Droit civil. T. I. V. II. No 769. Mazeaud (L. J. H) et Michel de Juglart, Lecons de droit civil T. I. II. no 1023

Planiol (M) et Ripert (G): traté pratique de droit civil francais T. II. No 1003; Josserand (L): Cours de droit civil positif francuis T. I. No 1298

به علاوه بـه موجـب قـانون ۸ اوت ۱۹٤۱ و ۱۷ آوریـل ۱۹۵۷ تغییـرات مهمـی در مقررات فرزندخواندگی به وجود آمد و دو نوع فرزندخواندگی ناشی از مشـروع کـردن فرزندخوانده[1] پیش‌بینی گردید.

قوانین ۲۱ دسامبر ۱۹٦۰ و اول مارس ۱۹٦۳ تحولاتی از لحاظ شرایط و آثار در این زمینه ایجاد کردند تا بالاخره به موجب قانون مصـوب ۱۱ ژوئیـه ۱۹٦٦ مقـررات کـاملاً تازه‌ای جانشین مقررات قبلی گردید و دو نوع فرزندخواندگی کامل و سـاده بـه وجـود آمد.

به موجب قانون فعلی فرانسه سعی شده است که حتی‌الامکـان وضـع فرزندخوانـده کامل به وضع فرزند مشروع نزدیک گردد. ضمناً برای ابوین فرزندخوانده نیز تضـمینات محکمی در نظر گرفته شده است.

بنابراین ملاحظه می‌شود که بعـد از تـدوین قـانونی مـدنی فرانسـه در سـال ۱۸۰٤، متدرجاً تسهیلاتی در زمینهٔ شرایط تحقق فرزندخواندگی فراهم گردیده است.

از نظر اجتماعی منظور اصلی قانونگذار فرانسه از طرفی حمایـت اطفـال محـروم از پدر و مادر یا اطفال مطرود و سرراهی است تـا از راه فرزندخوانـدگی بـه یـک کـانون خانواده بستگی پیدا کرده و از محبت و عطوفت زوجین یک خانواده برخوردار گردند.

البته مؤسسات تعاون اطفال با وجود تمام کوشش و فداکاری قـادر بـه تـأمین تمـام حوائج روانی و تربیتی طفل نیستند. هر چند که در این مؤسسات، اطفال تحت شرایط و مقرراتی خاص زیر نظر متخصصین فن تعلیم و تربیت و روانشناسـان مجـرب پـرورش یابند، معذلک روح اینگونه اطفال از نظر عواطـف و احسـاس و محبـت پـدر و مـادری سیراب نخواهد شد. ولی زندگی کردن آنان در خانواده‌هائی که با میل و علاقه، اقدام بـه پذیرش اطفال بی‌سرپرست به جای فرزند و به منظور فرزندی مـی‌نماینـد، تـا انـدازه‌ای کمبود روانی اطفال را جبران می‌کند و به‌طور مسلم اینگونه اطفال در زندگی کردن نـزد خانواده‌ها احساس آرامش بیشتری خواهند نمود.

از طرف دیگر زوجین عقیم که قادر به داشتن فرزند نیستند، می‌توانند کمبود زندگی خود را با قبول طفلی به فرزندی جبران و سعادت خود را تکمیل نمایند.

---

1. Adoption ordinaire – légitimation adoptive.

به علاوه افراد مجرد که نمی‌توانند یا نمی‌خواهند ازدواج کنند ولی علاقه دارند که خود را در مقام پدر یا مادر حس کنند، خواهند توانست از این تأسیس قانونی بهره‌مند گردند. از جانب دیگر در جلوگیری از سقط جنین و بچه‌کشی نیز مؤثر خواهد بود.

با وجود مزایای فوق‌الذکر فرزندخواندگی عاری از عیب و خالی از خطر نیست. زیرا ممکن است از طرفی ابوین اطفال طبیعی و غیرمشروع، به کمک فرزندخواندگی به اطفال غیرقانونی خود وضع قانونی بدهند.

هر چند که عملاً چنین اقدامی به ندرت اتفاق می‌افتد، معذلک باید اقدامات احتیاطی لازم در این زمینه معمول گردد تا از اینگونه اقدام جلوگیری شده و فرزندان طبیعی از راه مشروع کردن فرزندان و ازدواج ابوین مشروع شوند.

البته رویهٔ قضائی، امروزه اجازه داده است اینگونه اطفال به فرزندخواندگی پذیرفته شوند و تقریباً از این نظر عیبی ندارد ولی در گذشته از معایب فرزندخواندگی به شمار می‌آمده است.

عیب و خطر دیگر آن است که اقدام به قبول فرزندی همیشه بدون جلب منفعت نبوده و ممکن است به منظور تأمین مستخدم و پرستار، طفلی موضوع فرزندخواندگی واقع گردد و یا ممکن است اصولاً اقدام به قبول طفلی به فرزندی از روی هوی و هوس، بدون قصد به عهده گرفتن تعهد و قبول مسئولیت باشد.

عیب دیگر آن است که همیشه اطفال محروم از پدر و مادر نیستند که به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شوند بلکه ممکن است اطفال سرراهی نیز که مادرها به علت فقر مادی و بیچارگی یا به منظور حفظ آبرو و جلوگیری از هتک حیثیت، آن‌ها را سر راه گذارده‌اند، به عنوان فرزندخوانده وارد خانواده‌ای گردند ولی بعداً مادر، روی احساس و عاطفهٔ مادری درصدد مطالبهٔ فرزند خود از پدرخوانده یا مادرخوانده برآید و به این ترتیب مشکلاتی ایجاد نماید.

به علاوه فراهم کردن تسهیلات زیاد در مورد فرزندخواندگی و در نظر نگرفتن حقوق و تکالیف مادر سبب می‌شود که منافع طفل نیز از این لحاظ که هیچ‌کس نمی‌تواند جانشین مادر شود به خطر افتد. لذا به منظور جلوگیری از خطرات احتمالی و بروز مشکلات فوق‌الذکر باید در این زمینه با احتیاط و دقت عمل گردد.

یعنی فرزندخواندگی تحت کنترل شدید درآید. مؤسسات کمک و تعاون بـه اطفـال باید نظارت کامل در امر فرزندخواندگی معمول و اطمینان حاصل نمایند که اولاً ابـوین حقیقی و واقعی طفل در صورت زنده بودن به‌طور مسلم از طفل مزبور صرف‌نظر کـرده باشند.

ثانیاً باید اطمینان حاصل گردد که مثلاً زن و شوهر متقاضی که می‌خواهنـد طفلـی را به فرزندی بپذیرد به علت نداشتن اولاً دو صرفاً به منظور تربیـت و بـه قصـد خـدمت، دست به چنین اقدامی زده‌اند و تعهدات لازم را بعهده خواهند گرفت.

البتـه ایـن سیاسـت مـورد انتقـاد شـدید عـده‌ای از طرفـداران افراطـی آزادی فرزندخواندگی قرار گرفته است.

با توجه به مشکلات امر، قـانون مصـوب ۱۱ ژوئیـه ۱۹٦٦ دو نـوع فرزندخوانـدگی کامل و ساده پیش‌بینی کرده است که به شرح آتـی طـی دو بخـش مـورد مطالعـه قـرار خواهد گرفت.

بخش اول ـ فرزندخواندگی کامل.

L'adoption plenière

همانطور که قبلاً بیـان شـد قانونگـذار بـا توجـه بـه نتـایج اجتمـاعی و خطـرات و مشکلات فرزندخواندگی و حفظ منافع فرزندخوانده کوشـش نمـوده اسـت کـه وضـع فرزندخوانده را به وضع فرزند مشروع نزدیک نماید. لذا به موجـب قـانون مصـوب ۱۱ ژوئیه ۱۹٦٦ یک نوع فرزندخواندگی کامل به وجود آمد.

مقررات فرزندخواندگی کامل تقریباً وضع فرزندخوانده را شبیه طفل مشروع سـاخته است.[1]

فرزندخواندگی کامل را طی سه بند به شرح زیر مطالعه خواهیم کرد.

بند اول ـ شرایط فرزندخواندگی کامل.

در فرزندخواندگی کامل تحقق شرایطی لازم است که این شرایط به دو دسته ماهوی و صوری تقسیم می‌گردند:

---

1. Mazeaud (J. L. H) et Michel ee Juglart: Lecons de droit civil. T. I. V. II. No 1046.

الف ـ شرایط ماهوی.

شرایط ماهوی را در چهار قسمت به شرح زیر مورد بحث قرار می‌دهیم.

۱ـ شرایط قبول‌کننده.

۲ـ شرایط فرزندخوانده.

۳ـ اطفالی که به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شوند.

٤ـ شرط تحقق فرزندخواندگی کامل.

۱ـ شرایط قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده)

کسی که می‌خواهد طفلی را به فرزندی بپذیرد باید دارای شرایط زیر باشد.

اول اراده ـ نظر به اینکه فرزندخواندگی یک اقدام و عمل حقوقی است، لذا برای صحت آن ارادهٔ حقوقی لازم است بنابراین قبول‌کننده باید دارای عقل و قصد و رضا باشد.

فرقی نمی‌کند که قبول‌کننده متأهل یا مجرد باشد. در گذشته فقط اشخاص متأهل حق داشتند با همسر خود با هم به شرط آنکه در حالت جدائی نباشند طفلی را به فرزندی بپذیرند ولی بعد از تصویب قانون ۱۹٦٦ امروزه دیگر بین افراد متأهل و مجرد فرقی وجود ندارد و یک نفر به تنهائی اعم از اینکه ازدواج کرده و یا در حال تجرد باشد و اعم از اینکه شخص متأهل با همسر خود دارای زندگی مشترک باشد یا به‌طور جدا زندگی کند، می‌تواند طفلی را به فرزندی بپذیرد.

اما اگر شخص متأهل باشد و با همسر خود در حال افتراق جسمانی نباشد، باید رضایت همسر خود را در صورتی که فاقد اراده و محجور نباشد جلب نماید (ماده ۱ـ۳٤۳ ق.م).

در هر صورت سن متقاضی باید بیشتر از ۲۸ سال باشد. ماده ۳٤۳ ق.م. مصوب ۱۹۹٦.

البته پذیرفتن تقاضای اشخاص مجرد و متأهل به تنهائی بدون رضایت همسر در مورد قبول فرزندخوانده مورد انتقاد شدید بعضی از حقوقدانان قرار گرفته است و معتقدند که نباید موافقت شود تا اشخاص مجرد و یا افراد متأهل به تنهائی بتوانند طفلی را به فرزندی بپذیرند؛ زیرا هدف اصلی تأسیس فرزندخواندگی حمایت از اطفال

محروم و بی‌پناه است ولی اینگونه اشخاص کاملاً قادر به تأمین سعادت طفل و جبران محرومیت وی نخواهند بود.[1]

در صورتی که زوجین بخواهند طفلی را به فرزندی بپذیرند باید اولاً در حالت جدائی نباشند.

ثانیاً از تاریخ ازدواج آن‌ها دو سال گذشته باشد.

ثالثاً سن یکی از زوجین بیش از ۲۸ سال باشد (ماده ۱ـ۳٤۳ جدید ق. م. ف). رعایت شرط سن (۲۸) در مواردی که فرزند خوانده مورد تقاضا فرزند همسر متقاضی باشد، ضرورت ندارد. (مادهٔ ۲ـ۳٤۳ اصلاحی ق.م.ف)

دوم ـ قانون مصوب ۱۹٦٦ با توجه به قانون قدیم و عرف مسلم، فرزندخواندگی را در صورتی امکان‌پذیر دانست که قبول‌کننده فاقد هرگونه اولاد یا اعقاب مشروع باشد (ماده یک ۳٤٥ ق. م).

یعنی قانونگذار نخواسته بود که اطفال واقعی و فرزندخوانده را بتوان با هم جمع نمود و همچنین مجاز ندانسته بود که به سهم‌الارث وراث و اطفال مشروع لطمه‌ای وارد گردد.

عده‌ای معتقد بودند که اطفال مشروع شده را نیز باید به اطفال و اعقاب مشروع در این مورد اضافه کرد.[2] برعکس وجود اطفال غیرمشروع فرزندخوانده مانع قبول فرزندخوانده نبود.

ممنوعیت فرزندخواندگی با بودن اولاد و اعقاب مشروع مطلق نبوده بلکه استثناپذیر بوده و امکان داشت از رئیس‌جمهور از این شرط کسب معافیت کرد. یعنی رئیس‌جمهور می‌توانست با وجود اولاد و اعقاب اجازه دهد تا شخص بتواند طفلی را به فرزندخواندگی بپذیرد (ماده ۱ـ۳٤٥ ق. م سابق). ولی در اصلاحات سال ۱۹۹٦ ممنوعیت مزبور حذف شد و اگر متقاضی فرزندخوانده صاحب فرزند و اولاد باشد، دادگاه باید احراز کند که پذیرش فرزند خوانده زندگی خانواده را با مشکل مواجه نخواهد کرد. (ماده ۳۵۳ جدید).

---

1. Raynaud, chr. D. 1997, Nos 35 et 36.
2. Alex Weill: Droit civil (précis Dalloz) T. I. No 1041.

۲ـ شرایط فرزندخوانده

فرزندخوانده باید واجد شرایط زیر باشد:

یک ـ باید فرزندخواندهٔ شخص دیگری نباشد؛ زیرا هیچ کس نمی‌تواند فرزندخواندهٔ چند نفر به جز زوجین باشد (ماده ۳۴۶ ق. م).

معذالک هرگاه قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان (زوجین) فوت شده باشند فرزندخواندگی جدید امکان‌پذیر است و طفل می‌تواند فرزندخوانده شخص دیگری بشود.

دو ـ سن فرزندخوانده ـ فرزندخواندگی مجاز نیست مگر برای اطفال کمتر از ۱۵ سال (ماده ۳۴۵ ق. م). البته حداقل سن فرزند خوانده شش ماهگی است (مادهٔ ۱۳۴۵ اصلاحی ق.م.ف)

البته قبل از قانون ۱۹۶۶ اطفال کمتر از سن ۷ سالگی به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شدند.[۱]

هدف اصلی از حذف این محدودیت و زیاد نمودن سن فرزندخوانده، گسترش و توسعه دامنهٔ فرزندخواندگی بوده است. به علاوه در دو مورد زیر نیز محدودیت سن حذف می‌شود:

اول ـ وقتی که طفلی در کانون خانواده‌ای قبل از رسیدن به سن ۱۵ سالگی پذیرفته شده باشد ولی قبول‌کنندگان، شرایط قانونی لازم برای پذیرش و قبولی فرزندخواندگی کامل نداشته باشند (بند ۲ ماده ۳۴۵).

دوم ـ وقتی که طفلی قبل از رسیدن به سن ۱۵ سالگی به فرزندخواندگی ساده پذیرفته شده باشد.

در دو مورد فوق‌الذکر ممکن است در تمام دوران سن صغر طفل موضوع درخواست فرزندخواندگی کامل واقع شود و یا فرزندخواندگی ساده او به فرزندخواندگی کامل تبدیل گردد.

در صورتی که سن طفل زائد بر ۱۳ سال باشد، باید شخصاً در مورد فرزندخواندگی خود رضایت بدهد ولی در سایر موارد که سن طفل کمتر از ۱۳ سال باشد، اشخاص صلاحیت‌دار مانند ابوین یا شورای خانواده یا مؤسسه خیریه و یا سازمان کمک

---

۱. مشروع کردن از طریق فرزندخواندگی (Légitimation adoptive) شبیه فرزندخواندگی کامل بود.

اجتماعی به اطفال، باید در مورد فرزندخواندگی رضایت خود را اعلام نمایند.[1] طبق اصلاحیهٔ جدید سن ۱۵ سالگی به سن ۱۳ سالگی تقلیل یافته است.

۳ـ اطفالی که به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شوند.

طبق ماده ۳۴۷ ق. م. ف اطفالی که می‌توانند به فرزندخواندگی پذیرفته شوند، به سه گروه تقسیم می‌گردند.

گروه اول ـ اطفالی که تحقق فرزندخواندگی آنان منوط به رضایت صحیح پدر یا مادر و یا شورای خانواده است.

گروه دوم ـ اطفال تحت سرپرستی و قیمومت دولت.

گروه سوم ـ اطفالی که به موجب رأی دادگاه اطفال مطرود و سر راهی اعلام شده باشند.

گروه اول ـ فرزندخواندگی با موافقت ابوین یا شورای خانوادگی ــ این گروه از اطفال وقتی به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شود که ابوین آن‌ها یا شورای خانواده نسبت به این امر راضی و موافق باشند.

اگر طفل مشروع یا غیرمشروع تصدیق شده به وسیله ابوین، موضوع فرزندخواندگی واقع شود، در این صورت رضایت پدر و مادر با هم لازم است. برعکس هرگاه یکی از ابوین فوت شده و یا غایب و محجور گردد، رضایت دیگری کفایت می‌کند (ماده ۳۴۸ ق. م).

رضایت ابوین و توافق هر دو نفر حتی وقتی که از هم طلاق گرفته و یا در حالت افتراق جسمانی باشند لازم است.

البته در رژیم قبلی پدر یا مادری می‌توانست در مورد فرزندخواندگی فرزند خود رضایت دهد که طفل در حضانت او بوده و طلاق یا افتراق جسمانی در اثر تقصیر او واقع نشده باشند.

بنابراین چنانچه پدر و مادر از هم جدا شده بودند و در حالت افتراق جسمانی به سر می‌بردند، آن کس که طفل تحت حضانت او نبوده یا طلاق یا تفریق جسمانی در اثر تقصیر او واقع می‌شد، حق دخالت در مورد فرزندخواندگی فرزند خود نداشت و حقش در این زمینه ساقط می‌شد.

---

1. Mazeaud (J. L. H). Michel de Juglart: Lecons de droit civil. T. I. V. II. No 1049

ولی از آنجائی که علاقه ابوین در هر صورت نسبت به فرزند یکسان است قانونگذار تفاوت مزبور را از بین برده است.

موافقت و رضایت شورای خانواده در یکی از چهار حالت زیر لازم می‌آید.

۱ـ وقتی که پدر و مادر طفل هر دو فوت شده باشند.

۲ـ وقتی که پدر و مادر طفل هر دو محجور و فاقد ارادهٔ معتبر باشند.

۳ـ وقتی که پدر و مادر طفل از ولایت قهری طفل محروم شده باشند.

٤ـ وقتی که نسب طفل ثابت و محقق نباشند.

در این چهار مورد، شورای خانواده با اطلاع کسی که طفل تحت سرپرستی و مراقبت او است نسبت به فرزندخواندگی طفل موافقت و رضایت خود را اعلام می‌نماید (ماده ۲ ـ ۳٤۸ ق. م. ف).

رضایت اصولاً به موجب سند رسمی خواه در محضر دادگاه بخش محل اقامت یا سکونت رضایت دهنده و خواه در دفاتر اسناد رسمی و خواه در نزد مأمورین سیاسی یا کنسولی فرانسه باید تحقق یابد.

وقتی که طفلی تحت نظر مؤسسه خیریه و پرورشگاه یا سازمان کمک اجتماعی به اطفال[1] قرار دارد، قانون موافقت مؤسسه را کافی می‌داند (بند اول ماده ۳ ـ ۳٤۸).

قانونگذار رضایت ابوین را در یک مهلت کوتاهی قابل عدول دانسته است تا اینکه اگر ابوین واقعی طفل به علت فقر و گرفتاری مالی، ناچار به موافقت و رضایت بوده‌اند، بتوانند از آن عدول نمایند و این مدت به منظور حفظ منافع طفل، سه ماه است (بند ۲ از ماده ۳ ـ ۳٤۸ ق. م).

یعنی طولانی بودن مهلت عدول موجب بلاتکلیفی طفل شده و وضع او را به خطر می‌اندازد.

با وجود اینکه عدول از رضایت تابع تشریفات خاصی است و باید با نامهٔ سفارشی به عمل آید، معذلک تسلیم طفل به والدین ولو به درخواست شفاهی آنان، دلیل عدول از رضایت محسوب می‌شود.

هرگاه مهلت سه ماهه منقضی گردد ولی طفل عملاً در خانواده به حالت فرزندخوانده وارد نشده باشد، ابوین طفل می‌توانند از دادگاه تقاضای استرداد طفل خود

---

1. Service de L'aide socialá l'enfance.

را بنمایند. دادگاه پس از رسیدگی با در نظر گرفتن منافع طفل و اوضاع و احوال، تصمیم شایسته اتخاذ خواهد کرد.

بنابراین اگر طفل عملاً به صورت فرزندخوانده در آمده و مهلت عدول نیز منقضی شده باشد، دیگر پشیمانی والدین تأثیری ندارد.

هرگاه ابوین طفل یا شورای خانواده با سوء نیت و به منظور سوء استفاده، از اعلام رضایت استنکاف ورزند، دادگاه می‌تواند در صورتی که سوء نیت را محرز بداند، فرزندخواندگی را اعلام نماید و آن در صورتی است که ابوین فرضاً نسبت به اولاد خود بی علاقه باشند و نظایر آن.

امروزه چنانچه ابوین نسبت به فرزند خود از حیث سلامت جسمی و معنوی و اخلاقی بی‌علاقه باشند و این بی‌علاقگی یک سال طول بکشد و در این مهلت به وضع طفل خود توجهی نکنند، در این صورت دادگاه چنین طفلی را رها شده اعلام می‌نماید که می‌تواند موضوع فرزندخواندگی قرار گیرد.

گروه دوم ـ اطفال تحت سرپرستی دولت.[1]

مادهٔ ٣٤٧ ق. م. ف اطفال تحت سرپرستی دولت را جزء اطفالی می‌داند که می‌توان آن‌ها را به عنوان فرزندخوانده پذیرفت. این اطفال عبارتند از: اطفال سرراهی و مطرود، اطفال متولد از ابوین ناشناس و اطفال محروم از پدر و مادر که هیچگونه وسیلهٔ امرار معاش و زیستن ندارند.

گروه سوم ـ اطفالی که به موجب حکم مراجع قضائی اطفال رها شده یا متروک اعلام شده باشند.

این نوع اطفال عبارتند از آن دسته از بچه‌هائی که تحت سرپرستی شخص یا مؤسسه خصوصی یا سازمان کمک اجتماعی اطفال بوده و ابوین به‌طور مسلم و قطعی بیش از یک سال آن‌ها را ترک و نسبت به وضع آنان بی‌علاقه باشند و اعضاء خانوادهٔ طفل نیز در این مدت کسی حاضر به تأمین مخارج ضروری طفل نشده باشد که در این صورت دادگاه شهرستان محل سکونت طفل می‌تواند با توجه به اوضاع و احوال قضیه و منافع او چنین طفلی را متروک اعلام نماید.

1.LES PUPILLES DE L' ÉTAT.

همینطور هرگاه تولد طفل مشروعی مخفی بماند و مادر طفل موافقت به فرزندخواندگی او نموده و در ظرف یک سال پدر طفل با وجود اطلاع از قضیه به این رضایت اعتراض نکرده باشد، در این صورت چنین طفلی را نیز دادگاه می‌تواند متروک اعلام نماید.

اثر حکم صادره این است که اولاً ولایت قهری طفل به مؤسسه خصوصی یا عمومی یا شخص نگهدارندهٔ طفل واگذار می‌گردد. ثانیاً طفل متروک می‌تواند موضوع یک فرزندخواندگی واقع شود.[1]

د ـ تحقق فرزندخواندگی کامل

فرزندخواندگی کامل وقتی تحقق می‌یابد که لااقل طفل مدت شش ماه به همین منظور در کانون خانواده‌ای پذیرفته شده باشد.

در حقیقت این مدت برای آزمایش در نظر گرفته شده است تا معلوم گردد که آیا طفل می‌تواند به خانوادهٔ جدید عادت کند و آیا بین طفل و اعضاء خانواده هماهنگی ایجاد می‌شود یا خیر.

بنابراین بدواً طفل به منظور فرزندخواندگی به متقاضی تسلیم می‌شود تا این دورهٔ آزمایشی را طفل در خانوادهٔ او بگذراند و پس از انقضاء این دوره، در صورت ایجاد هماهنگی و سلوک، حکم فرزندخواندگی صادر و رسماً اعلام گردد. پس طفلی موضوع این آزمایش قرار می‌گیرد که قابلیت فرزندخواندگی را داشته باشد.

اگر مدت مزبور منقضی گردد و طفل مسترد نگردیده باشد، اولاً دیگر استرداد طفل مقدور نیست و با وجود اینکه هنوز روابط طفل با خانوادهٔ اصلی قطع نشده است برای قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان حق ایجاد می‌گردد.

ثانیاً انقضاء مهلت موجب محرومیت از هرگونه اقدام و درخواست اثبات نسب واقعی یا تصدیق نسب می‌شود و ابوین واقعی طفل دیگر نمی‌توانند درخصوص شناسائی نسب وی اقدامی به عمل آورند (ماده ۳۵۲).

ولی اگر در ضمن مدت، طفل مسترد گردد یا محکمه تقاضای فرزندخواندگی را رد نماید، مانند آن است که طفل از ابتدا وارد خانوادهٔ قبول‌کننده نشده باشد و اگر دادگاه صلاح بداند، به خانوادهٔ اصلی خود برمی‌گردد.

---

۱. الکس ویل: حقوق مدنی جلد اول شماره ۱۰۴۴ ـ مازو: دروس حقوق مدنی جلد اول قسمت دوم شماره ۱۰۴۹.

در فرزندخواندگی کامل علاوه بر شرایط فوق‌الذکر باید بین فرزندخوانده و قبول‌کننده اختلاف سنی معینی وجود داشته باشد.

یعنی سن قبول‌کننده باید ۱۵ سال زیادتر از فرزندخوانده باشد و اگر فرزندخوانده، فرزند همسر قبول‌کننده باشد، این اختلاف سن به ده سال تقلیل می‌یابد (ماده ٣٤٤).

معذالک در گذشته ممکن بود اختلاف سن مزبور با معافیتی که رئیس‌جمهور اعطاء نمود تقلیل یابد. ولی در اصلاحیه جدید، این حق به دادگاه محول شده است.

فرزندخواندگی بین اقرباء نسبی و سببی.

وجود قرابت نسبی و سببی بین فرزند و خوانده، و قبول‌کننده، مانع فرزندخواندگی نیست.

مادهٔ ٣٤٤ قانون مدنی فرانسه صراحتاً اجازه داده است تا فرزند همسر را بتوان به فرزندخواندگی قبول نمود ولی این ماده به هیچ وجه دلالت بر محدودیت و حصر فرزندخواندگی در این فرض معین شده، ندارد.

بنابراین عمو و عمه، دائی و خاله و زن‌عمو و زن‌دائی و سایر اقرباء نسبی و سببی می‌توانند پسران و دختران برادر یا خواهر و برادرشوهر و خواهرشوهر را به فرزندی بپذیرند.

فیم می‌تواند طفل تحت سرپرستی خود را به فرزندخواندگی بپذیرد و حتی فرزندخواندگی بین برادران و خواهران نیز پذیرفته شده است.[1]

سابقاً رویهٔ قضائی تردید داشت در این که ابوین طبیعی بتواند اطفال نامشروع و غیرقانونی خود را لااقل وقتی که نسب آنان اثبات گردیده بود و مخصوصاً وقتی که نسب اینگونه اطفال ناشی از زنای محصنه یا زنای با محارم بود، به فرزندخواندگی بپذیرد و خلاصه چنین فرزندخواندگی را از ترس این که ممکن است به منظور نقض قواعد آمرهٔ ممنوع‌کنندهٔ مشروعیت اینگونه اطفال غیرمشروع و با منحرف گردانیدن محدودیت‌های مربوط به حقوق ارثیه بکار رود، نمی‌پذیرفت ولی بالاخره پذیرفته شد که ابوین بتوانند چنین اطفالی را به فرزندخواندگی قبول کنند.[2]

---

۱. الکس‌ویل: حقوق مدنی . جلد اول شماره ۱۰۵۳.

2. Civ. 13 mai 1368. D. 68. 1. 2. 249: trib civ Besençon, 24 mai 1946. 5. 1947, 2. note dc Mme Sinay.

به نظر بعضی از حقوقدانان این رویه با روح عدالت‌خواهی مطابقت می‌کند و باید مورد توجهٔ مقامات قانونگذاری نیز قرار گیرد.[۱]

معذالک رویهٔ قضائی امکان فرزندخواندگی بین زوجین را به علت وجود اختلاف اساسی بین روابط ناشی از فرزندخواندگی و ازدواج، نپذیرفته است.

ب ـ شرایط صوری

فرزندخواندگی کامل علاوه بر شرایط ماهوی مذکور، شرایط شکلی و صوری نیز لازم دارد که عبارتند از:

الف ـ لزوم صدور حکم ـ فرزندخواندگی کامل ناشی می‌شود از حکمی که صادر می‌گردد روی درخواست کسی که می‌خواهد طفلی را به فرزندخواندگی بپذیرد، (ماده ۳۵۳ ق. م).

بنابراین برای تحقق فرزندخواندگی، صدور حکم از مرجع قضائی لازم است. دخالت مرجع قضائی موجب نمی‌شود که ارادهٔ خانوادهٔ اصلی فرزندخوانده دخالتی در فرزندخواندگی نداشته و عدم رضایت آنان مؤثر نباشد، مگر وقتی که استنکاف ابوین یا شورای خانواده از اعلام رضایت به منظور سوء استفاده و مبنی بر سوء نیت یا اخاذی باشد، یا وقتی که طفل تحت سرپرستی دولت بوده یا طفل موضوع فرزندخواندگی قبلاً به موجب رأی صادره، طفل مطرود و رها شده اعلام گردیده باشد، که در اینگونه موارد ارادهٔ خانواده اصلی یا شورای خانواده لازم نیست.

درخواست اعلام فرزندخواندگی را متقاضی باید به دادگاه شهرستان محل اقامت خود تقدیم نماید.[۲]

دادگاه در اطراف قضیه مطالعه می‌کند در صورتی که کلیه شرایط قانونی رعایت شده و موافق منافع فرزندخوانده نیز باشد پس از استماع اظهارات دادستان رأی خود را مبنی بر اعلام فرزندخواندگی صادر می‌نماید.

در صورتی که لازم باشد، دادگاه از کلیهٔ اشخاص صالح، تحقیقات لازم بعمل می‌آورد. یعنی در حقیقت قانون به دادگاه اجازه داده است تا از منافع طفل دفاع نماید.[۳]

---

۱. الکس‌ویل: حقوق مدنی جلد اول شماره ۱۰۵۳.

۲. در صورتی که متقاضی مقیم خارج از کشور باشد مرجع صلاحیت‌دار دادگاه شهرستان محل اقامت فرزندخوانده و در صورتی که او نیز مقیم خارج باشد باید درخواست به دادگاه ابتدائی سن داده شود.

۳. تصویب‌نامه ۲ دسامبر ۱۹۶۶ ماده ۷ بند ۲.

البته کلیه مطالعات و تحقیقات و مذاکرات در جلسهٔ سری صورت می‌گیرد ولی اعلام رأی دادگاه در جلسهٔ علنی به عمل خواهد آمد.[1]

محکمه موظف نیست با درخواست و اصله موافقت و رأی موافق صادر نماید. به علاوه ممکن است با موافقت متقاضی رأی بر فرزندخواندگی ساده صادر گردد ولو تقاضا و درخواست بر مبنای فرزندخواندگی کامل تنظیم شده باشد. ضمناً لزومی ندارد که رأی صادره مدلل باشد (ملاک ماده ۳۵۳ ق. م فرانسه).

کسی که می‌خواهد طفلی را به فرزندی بپذیرد، باید شخصاً تقاضای خود را تقدیم دادگاه نماید ولی اگر بعد از اینکه طفلی را وفق مقررات در خانوادهٔ خود به منظور فرزندخوانده پذیرفت، فوت نماید ممکن است درخواست مزبور را همسر وی با یکی از ورائش به نام او تقدیم دادگاه نمایند (مفاد ماده ۳۵۳ ق. م).

احکام صادره در زمینهٔ فرزندخواندگی قابل رسیدگی پژوهشی و فرجام است یعنی دادستان و طرفین دعوی، حق شکایت از احکام صادره به شرح فوق‌الذکر دارند.[2]

اعتراض اشخاص ثالث به موجب مادهٔ ۱ ــ ۳۵۳ قانون مدنی مصوب ۱۱ ژوئیه ۱۹٦٦ در صورتی پذیرفته می‌شود که قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان مرتکب تقلب یا تدلیس در زمینهٔ فرزندخواندگی شده باشند.

ب ـ ثبت حکم فرزندخواندگی.

حکم صادره در زمینهٔ فرزندخواندگی باید ظرف پانزده روز از تاریخ قطعیت، بر حسب درخواست دادستان، در دفاتر اسناد سجلی محل ولادت طفل ثبت گردد. ثبت مزبور باید حاوی روز، ساعت، محل تولد طفل و جنس طفل و همچنین نام و مشخصات دیگر او که از حکم فرزندخواندگی ناشی می‌شود و نام و نام‌خانوادگی، تاریخ ولادت و شغل و محل اقامت قبول‌کنندگان (زوجین) باشد ولی به منظور جلوگیری از هرگونه سوء استفاده و تهدید و جستجوی طفل از ناحیهٔ خانوادهٔ اصلی و واقعی، ذکری از مشخصات نسب واقعی طفل نمی‌گردد.

به علاوه برای جلوگیری از خطرات احتمالی و حفظ منافع طفل و خانواده‌ای که فرزندخوانده در آن وارد می‌گردد، قانونگذار مقرر کرده است در شناسنامهٔ اصلی طفل

---

۱. تصویب‌نامه ۲ دسامبر ۱۹۶۶ ماده ۹.

۲. تصویب‌نامه ۲ دسامبر ۱۹۶۶ بند ۱ ماده ۱۱۱.

که ابوین واقعی وی گرفته‌اند یا شناسنامه‌ای که بر حسب اظهار پیداکننده طفل سرراهی تنظیم شده است کلمهٔ فرزندخواندگی، تحت مراقبت دادستان ذکر گردد. در این صورت مانند آن است که شناسنامهٔ مزبور باطل شده باشد به عبارت دیگر مشخصات طفل مزبور در حقیقت همان مشخصاتی است که با توجه به حکم صادره در دفاتر ثبت احوال ذکر شده است که این ثبت ارزش شناسنامه را داشته، شناسنامه از روی آن صادر می‌گردد (مادهٔ ٣٥٤ ق. م).

طبق قوانین قبلی به منظور آگاهی اشخاص ثالث، می‌بایستی مفاد حکم صادره انتشار یابد ولی عدم انتشار حکم، به علت اینکه انتشار از شرایط شکلی محسوب نمی‌گردید، سبب بطلان فرزندخواندگی نبود.

اما در این صورت اشخاص ثالث و حتی وراث پدرخوانده یا مادرخوانده حق اعتراض نسبت به حکم صادره داشتند.

امروز نیز عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که لازم است مفاد حکم علاوه بر ثبت در دفاتر اسناد سجلی منتشر گردد[1] ولی در قانون فعلی ذکری از لزوم چنین اقدامی نشده است.

بند دوم ـ آثار فرزندخواندگی کامل.

قبل از ورود به بحث در اطراف آثار حقوقی فرزندخواندگی کامل لازم است متذکر شویم که:

اولاً حکم صادره در زمینهٔ فرزندخواندگی از تاریخ تقدیم درخواست به دادگاه اثر داشته و از آن تاریخ فرزندخواندگی شروع می‌گردد یعنی نسبت به گذشتهٔ طفل هیچگونه اثری نخواهد داشت (ماده ٣٥٥ ق. م). البته تأثیر حکم نسبت به طرفین درخواست و اشخاص ثالث یکسان است.

ثانیاً ـ به منظور نزدیک ساختن وضع فرزندخواندهٔ کامل به فرزند واقعی مشروع، فرزندخواندگی کامل غیرقابل فسخ است (ماده ٣٥٩ ق. م) و اثر فرزندخواندگی بعد از شروع محدود به مدت معینی نیست و با فرزند واقعی مشروع از این لحاظ تفاوتی ندارد.

---

١. مازو: حقوق مدنی. جلد اول شماره‌های ١٣٠٧ و ١٠٥٣.

غیرقابل فسخ بودن فرزندخواندگی مانع از این نیست که فرزندخوانده بعد از فوت قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان، مجدداً به فرزندخواندگی شخص دیگری پذیرفته شود.

با ذکر خصوصیات فوق‌الذکر فرزندخواندگی کامل دارای آثار حقوقی خاصی است که برای بررسی آثار آن باید سه موضوع زیر به‌طور جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد:

الف ـ رابطهٔ فرزندخوانده با قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان (زوجین یا یکی از آنها) و آثار حقوقی آن.

ب ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ قبول‌کننده و آثار حقوقی آن

ج ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی خود و آثار آن[1]

الف ـ رابطهٔ فرزندخوانده با قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده).

وضع فرزندخوانده در رابطه‌اش با قبول‌کننده کاملاً شبیه وضع طفل مشروع ناشی از ازدواج می‌باشد.

بنابراین همان حقوق و تکالیف فرزند مشروع برای فرزندخوانده کامل نیز وجود دارد (مواد ٣٥٦ و ٣٥٧ ق. م) و آثار آن از این قرار است.

١ـ فرزندخوانده از نام‌خانوادگی قبول‌کننده استفاده می‌کند و نام‌خانوادگی خانواده اصلی خود را از دست خواهد داد. حتی بر حسب درخواست قبول‌کنندگان، دادگاه می‌تواند به عکس فرزندخواندگی ساده نام کوچک طفل را نیز تغییر دهد (قسمت دوم ماده ٣٥٧ ق. م).

٢ـ قبول‌کننده نسبت به فرزندخوانده حق ولایت دارد و می‌تواند حق مزبور را اجراء نماید. محرومیت از حق مزبور کلاً یا جزئاً تابع شرایط و مقررات ولایت ابوین مشروع است.

٣ـ حق انفاق ـ حق نفقه متقابل بین فرزندخوانده و قبول‌کنندگان وجود دارد.

٤ـ توارث ـ از لحاظ وراثت نیز مانند طفل مشروع است. یعنی فرزندخوانده و قبول‌کنندگان متقابلاً از همدیگر ارث می‌برند و ترکهٔ فرزندخوانده به خانواده اصلی وی برنمی‌گردد.

٥ـ حضانت ـ از حیث حضانت نیز فرزندخوانده شبیه فرزند واقعی مشروع می‌باشد.

---

1. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart: Lecons de droit civil T. I. V II, Nos 1054 d 1052.

٦ـ حرمت نکاح ـ از لحاظ موانع نکاح بین فرزندخوانده و قبول‌کننده و اقرباء نسبی و سببی او مانند طفل مشروع بوده و از این نظر فرزندخوانده در خانوادهٔ جدید وارد و با تمام اعضاء این خانواده مانند طفل مشروع نسبت پیدا می‌کند.

با وجود شباهت‌های فوق یک فرق اساسی بین فرزندخوانده و فرزند مشروع وجود دارد و آن این است که وجود فرزند مشروع اصولاً مانع پذیرفتن فرزندخوانده است و حال آنکه وجود فرزندخواندهٔ کامل مانع نمی‌شود که اطفال دیگری به فرزندخواندگی، حتی فرزندخواندگی کامل پذیرفته شوند.[1]

ب ـ رابطه فرزندخوانده با خانوادهٔ قبول‌کننده.

طبق مادهٔ ۳۵۸ قانون مدنی فرانسه فرزندخواندگی کامل رابطهٔ خویشاوندی و قرابت (مصنوعی) بین فرزندخوانده و اعضاء خانواده پدرخوانده یا مادرخوانده ایجاد می‌کند و با فرزند مشروع از این جهت فرقی ندارد (به عکس، فرزندخواندگی ساده رابطهٔ خویشاوندی محدودی به وجود می‌آورد که با فرزندخواندگی کامل متفاوت است).

بنابراین حق انفاق متقابل بین فرزندخوانده و اسلاف قبول‌کننده وجود دارد. همچنین از یکدیگر ارث می‌برند.

از لحاظ موانع نکاح نیز فرزندخوانده در حکم فرزند واقعی مشروع خواهد بود.

از لحاظ حضانت و ولایت نیز با فرزند مشروع فرقی ندارد. حق موافقت و رضایت به ازدواج فرزندخوانده مانند خانواده مشروع باسلاف منتقل می‌گردد.[2]

ج ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی.

فرزندخواندگی کامل موجب می‌شود که رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی او قطع گردد (ماده ٣٥٦ ق. م).

بنابراین فرزندخوانده، دیگر از نام‌خانوادگی ابوین اصلی خود استفاده نمی‌کند. نفقه و حضانت، ولایت و وراثت بین چنین طفلی و خانواده و ابوین اصلی وی وجود ندارد. معذلک حرمت نکاح بین آنان همچنان به قوت خود باقی است زیرا صحیح است که از لحاظ حقوقی رابطه طفل با خانوادهٔ اصلی او قطع گردیده است ولی این قطع رابطه،

---

1. Mazeaud (J. H. L) et Michel de Juglart, Lecons de droit civil. T. I. V. II. No 1056.

۲. مازو: دروس حقوق مدنی جلد اول کتاب دوم شماره ۱۰۵۷.

ناشی از یک اقدام حقوقی و قرارداد است که هرگز نمی‌تواند واقعیت را قلب و ماهیت امر را دگرگون سازد.

بنابراین از لحاظ حرمت و ممنوعیت نکاح، رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی به قوت خود باقی می‌ماند و مانند آن است که فرزندخواندگی به وجود نیامده است.[1]

بند سوم ـ قطع رابطه فرزندخواندگی کامل.

Cessation de l'adoption plénière

با وجود این که فرزندخواندهٔ کامل از نظر اثار حقوقی شباهت زیادی به فرزند واقعی مشروع دارد و فسخ فرزندخواندگی امکان‌پذیر نمی‌باشد و هرگاه قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان فوت شوند، فرزندخواندگی خاتمه نمی‌پذیرد و طفل مانند طفل مشروع روابطی را که او را به اقرباء و ابوین قبول‌کنندگان مربوط می‌سازد، حفظ می‌کند و مانند طفل مشروعی است که از ابوین واقعی محروم باشد، معذلک قانونگذار مجاز ساخته است که فرزندخوانده بعد از فوت قبول‌کنندگان، بتواند فرزندخواندهٔ شخص دیگری شود (بند ۲ مادهٔ ٣٤٦ ق. م. ف).

در این صورت لزوماً رابطهٔ او با خانوادهٔ قبول‌کننده اولی به منظور ورود به کانون خانواده جدید قطع می‌گردد.[2]

بخش دوم ـ فرزندخواندگی ساده.

L'adoption Simple

علاوه بر فرزندخواندگی کامل که شرح آن گذشت قانون مصوب سال ١٩٦٦ فرزندخواندگی دیگری به نام فرزندخواندگی ساده[3] پیش‌بینی نموده است که از لحاظ آثار حقوقی با هم تفاوت دارند.

برای تحقق فرزندخواندگی ساده علاوه بر شرایط مشترک با فرزندخواندگی کامل، شرایطی خاصی نیز لازم است.

---

۱. مازو: دروس حقوق مدنی جلد اول کتاب دورم شماره ۱۰۵۸.

2. Mazeaud (J. L. H) et Michel de Juglart: Leçons de droit civil T. I. V. II. No 1058-2.

۳. فرزندخواندگی ساده فعلی جانشین فرزندخواندگی عادی adoption ordinaire قانون قدیم گردیده است.

بنابراین بدواً شرایط تحقق فرزندخواندگی ساده و سپس آثار حقوقی آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد.

بند اول ـ شرایط تحقق فرزندخواندگی ساده.

برای تحقق فرزندخواندگی ساده باید شرایطی که قانون‌گذار پیش‌بینی کرده است موجود گردد. بعضی از این شرایط بین فرزندخواندگی ساده و فرزندخواندگی کامل مشترک است ولی برای تحقق فرزندخواندگی ساده شرایط خاصی نیز پیش‌بینی شده است.

الف ـ شرایط مشترک.

بسیاری از شرایط ماهوی و تشریفاتی بین دو نوع فرزندخواندگی مذکور مشترک است. چنان که ماده ۳۶۱ ق. م مقررات مواد ۳۴۳ تا ۳۴۴ و ۳۴۵ تا ۳۵۰ و ۳۵۳ و ۱ـ۳۵۳ و ۳۵۵ و قسمت اخیر ماده ۳۵۷ قانون مدنی مربوط به فرزندخواندگی کامل را در مورد فرزندخواندگی ساده قابل اعمال می‌داند.

بنابراین شرایط مربوط به سن قبول‌کنندگان و مدت ازدواج آن‌ها و تفاوت سن فرزندخوانده با قبول‌کنندگان و شرایط مربوط به وجود اولاد و اعقاب مشروع و اطفالی که می‌توانند به فرزندخواندگی پذیرفته شوند و نحوهٔ رسیدگی مراجع قضائی و صدور حکم مبنی بر اعلام فرزندخواندگی و رضایت قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان (زوجین) و نحوهٔ رضایت در هر دو نوع فرزندخواندگی یکسان است. لذا از تکرار آن برای جلوگیری از اطالهٔ کلام خودداری می‌شود.

ب ـ شرایط اختصاصی.

علاوه بر شرایط مشترک فوق‌الذکر، قانون‌گذار شرایط و مقررات خاصی نیز برای فرزندخواندگی ساده پیش‌بین کرده است که عبارتند از:

اولاً ـــ سن فرزندخوانده. در فرزندخواندگی کامل اطفال کمتر از ۱۵ سال می‌توانستند به فرزندخواندگی پذیرفته شوند در صورتی که در فرزندخواندگی ساده، سن فرزندخوانده هر چه باشد اهمیتی ندارد.

بنابراین علاوه بر اطفال اعم از اینکه کمتر از ۱۵ سال داشته باشند یا بیشتر، اشخاص کبیر نیز می‌توانند به این نوع فرزندخواندگی پذیرفته شوند. لذا دامنهٔ فرزندخواندگی مزبور از لحاظ سن فرزندخوانده بسیار وسیع‌تر از فرزندخواندگی کامل است (قسمت اول ماده ۳۶۰ ق. م). البته طبق اصلاحات سال ۱۹۹۶، فرزند حخوانده کامل نیز مجاز است که به فرزند خواندگی ساده پذیرفته شود.

ثانیاً ـ چنانچه سن فرزندخوانده زائد بر ۱۳ سال باشد باید شخصاً به این فرزندخواندگی موافقت نموده و رضایت خود را اعلام نماید (قسمت اخیر ماده ۳۶۰ ق.م).

این شرایط از شرایط اختصاصی فرزندخواندگی ساده است. زیرا در مورد اطفالی که بیش از ۱۵ سال سن داشته باشند، فرزندخواندگی کامل امکان‌پذیر نیست.

بنابراین هرگاه سن طفلی بیش از ۱۳ سال باشد، در این صورت شخصاً باید در فرزندخواندگی ساده رضایت و موافقت خود را اعلام نماید ولی در صورتی که سن او کمتر از ۱۳ سال باشد مانند فرزندخواندگی کامل، ابوین یا مؤسسه‌ای که طفل را نگهداری می‌کند، باید موافقت و رضایت خود را برای تحقق فرزندخواندگی اعلام نمایند.

بند دوم ـ آثار فرزندخواندگی ساده.

قبل از بحث در زمینهٔ آثار فرزندخواندگی ساده باید متذکر گردیم که:

اولاً ـ فرزندخواندهٔ ساده در خانوادهٔ اصلی خود باقی می‌ماند یعنی رابطهٔ بین او و خانوادهٔ اصلی اصولاً قطع نمی‌شود ولی با قبول‌کننده یا قبول‌کنندگان (زوجین یا یکی از آنها) نیز به وسیلهٔ رابطهٔ نسبی ناشی از فرزندخواندگی (که با رابطهٔ نسبی مشروع تفاوت دارد) ارتباط پیدا می‌کند.

ثانیاً ـ به عکس فرزندخواندگی کامل، فرزندخواندگی ساده قابل فسخ است.

ثالثاً ـ آثار فرزندخواندگی ساده مانند فرزندخواندگی کامل نسبت به طرفین و اشخاص ثالث از تاریخ تسلیم دادخواست به مرجع قضائی شروع می‌شود. بنابراین اثر حکم صادره نسبت به قبل از تاریخ دادخواست عطف نمی‌گردد و حکم مزبور در حقیقت فرزندخواندگی را ایجاد می‌کند (ماده ۳۵۵ ق. م).

برای مطالعهٔ آثار حقوقی فرزندخواندگی ساده ناچاریم سه موضوع زیر را به‌طور جداگانه مورد بررسی قرار دهیم:

الف ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی و واقعی او و آثار آن.

ب ـ رابطهٔ فرزندخوانده با قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده).

ج ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانواده قبول‌کننده.

الف ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ اصلی او.

رابطهٔ فرزندخواندهٔ ساده، بعکس فرزندخواندهٔ کامل با خانوادهٔ حقیقی او هرگز قطع نمی‌شود. به عبارت دیگر فرزندخواندهٔ ساده بدون هیچ گونه محدودیتی در خانوادهٔ اصلی خود باقی می‌ماند. این اصل دارای نتایج زیر است:

۱ـ فرزندخواندگی مانع تحقق و استقرار بعدی نسب واقعی طفل نمی‌باشد. بنابراین بعد از اعلام فرزندخواندگی ممکن است نسب طفل از راه شناسائی یا با اعلام قضائی، پس از اقامهٔ دعوی اثبات گردد و این استقرار بعدی رابطهٔ نسبی، در فرزندخواندگی قبلی مؤثر نخواهد بود (ماده ۳۶۹ ق. م).

۲ـ حرمت ازدواج بین فرزندخوانده و اعضاء خانواده اصلی او اعم از اقرباء نسبی یا سببی با توجه به مواد ۱۶۱ تا ۱۶۴ قانون مدنی باقی می‌ماند (بند ۲ ماده ۳۶۴ ق. م).

۳ـ حق انفاق متقابل بین فرزندخوانده و اسلاف او نظیر پدر و مادر و جد و جده و غیره وجود دارد.

معذلک ابوین واقعی طفل در این زمینه تکلیفی در برابر طفل ندارند مگر اینکه قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده) نتواند مخارج و هزینه معشیت طفل را فراهم نماید.

در حقیقت تکلیف ابوین واقعی در مورد نفقهٔ طفل در درجهٔ دوم و بعد از تکلیف قبول‌کننده طفل قرار دارد (بند ۲ ماده ۳۶۷ ق. م). اگر دولت یا سازمان‌های مددکاری اجتماعی در گذشته عهده‌دار نفقهٔ کودک بوده‌اند، تعهد والدین حقیقی کودک در زمینهٔ انفاق ساقط می‌شود و اگر پذیرندگان قادر به انفاق فرزند خوانده نباشند، تکلیف انفاق کودک بر عهده دولت یا سازمان مددکاری اجتماعی خواهد بود. (الحاقیه ۵ مارس سال ۲۰۰۷ میلادی به ماده ۳۶۷ ق.م.ف).

۴ـ فرزندخوانده حقوق ارثی خود را در خانوادهٔ اصلی حفظ می‌کند و از اعضاء آن وفق مقررات ارث می‌برد ولی اگر فرزندخوانده فوت شود بدون اینکه اولاد و اعقابی از خود باقی گذاشته باشد، در این صورت بعد از آنکه اموال هبه شده از ناحیهٔ پدر و مادر یا پذیرندگان، به آنان برگشت و سهم‌الارث همسر فرزندخوانده و دیون او پرداخت گردید، بقیهٔ ماترک بین خانوادهٔ اصلی و خانوادهٔ ناشی از فرزندخواندگی بالمناصفه تقسیم می‌گردد.[1] (ماده ۱ـ۳۶۸ اصلاحی سال ۲۰۰۶ و ۲۰۰۷).

۵ـ حق ولایت بر فرزندخوانده از ابوین واقعی به قبول‌کننده منتقل می‌گردد. یعنی ابوین حق مزبور را از دست خواهند داد. معذلک وقتی که قبول‌کنندهٔ طفل، همسر پدر یا مادر او باشد، ولایت به هر دو نفر (قبول‌کننده و همسرش) تعلق می‌گیرد ولی اجرای ولایت با شوهر خواهد بود (ماده ۳۶۵ ق. م).

با وجود اینکه ابوین واقعی از حق ولایت محروم شده‌اند، محاکم می‌توانند برای آنان حق ملاقات طفل در نظر گیرند.[2]

ب ـ رابطهٔ فرزندخوانده با قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده).

فرزندخواندگی ساده بین قبول‌کننده و فرزندخوانده یک رابطهٔ خویشاوندی و قرابت ایجاد می‌کند و این رابطه حتی به اطفال مشروع فرزندخوانده نیز تسری می‌یابد.

رابطهٔ ایجاد شده دارای آثار و نتایج زیر می‌باشد:

۱ـ فرزندخواندگی ساده نام‌خانوادگی قبول‌کننده را به فرزندخوانده اعطاء می‌کند.

اصولاً نام‌خانوادگی اعطاء شده به نام‌خانوادگی اصلی طفل اضافه می‌گردد ولی دادگاه می‌تواند تصمیم بگیرد و دستور بدهد که فرزندخوانده فقط از نام‌خانوادگی قبول‌کننده استفاده نماید (ماده ۳۶۳ ق. م).

اگر زنی طفلی را به فرزندی پذیرفته باشد، دادگاه می‌تواند نام‌خانوادگی شوهرش را به طفل اعطاء نماید که در این صورت اگر شوهر زنده باشد، باید رضایت بدهد و اگر فوت شده یا محجور و فاقد اراده باشد، دادگاه پس از مشورت با وراث یا کسانی که در

---

1. L. Barbier' Des indices de la loi du 11 juillet 1966 sur le droit des successions' Gaz-Pal 28 mars 1967; Prévault' art precit' no 1023.

۲. الکس‌ویل: حقوق مدنی. جلد اول. شماره ۱۰۶۶.

آینده وراث متوفی می‌باشند، چنین اقدامی می‌نماید ولی در فرزندخواندگی ساده، دادگاه نمی‌تواند نام کوچک فرزندخوانده را تغییر دهد.[۱]

۲ـ حق ولایت طفل (فرزندخوانده) به قبول‌کننده انتقال می‌یابد و او تنها کسی است که نسبت به طفل ولایت داشته کلیه حقوق ناشی از آن را منحصراً اجرا می‌نماید.

البته قانونگذار بین حقوق مزبور به حق رضایت نسبت به ازدواج فرزندخوانده بیشتر توجه کرده و صراحتاً آن را ذکر نموده است که در این مورد فرقی بین فرزندخوانده و فرزند مشروع وجود ندارد (ماده ۳٦٥ ق. م).

۳ـ حق نفقهٔ متقابل بین فرزندخوانده و قبول‌کننده وجود دارد (ماده ۳٦۷ ق. م).

ولی حقوقدانان این حق و تکلیف را به اطفال مشروع فرزندخوانده نیز توسعه داده‌اند.[۲]

٤ـ حرمت نکاح ـ به علل اخلاقی، ازدواج بین فرزندخوانده و قبول‌کنندگان و اخلاف و اسلاف آنان ممنوع است. چنانکه ماده ۳٦٦ ق. م. ازدواج بین افراد زیر را ممنوع اعلام نموده است.

اول ـ بین قبول‌کننده و فرزندخوانده و اولاد و اعقاب او.

دوم ـ بین فرزندخوانده و همسر قبول‌کننده و همچنین بین قبول‌کننده و همسر فرزندخوانده.

سوم ـ بین فرزندخواندگان یک شخص.

چهارم ـ بین فرزندخوانده و اطفال قبول‌کننده.

معذالک ممکن است در صورتی که علل مهمی وجود داشته باشد، ممنوعیت‌های ردیف ۳ و ٤ با اعطاء معافیت از طرف رئیس‌جمهور برداشته شود.

۵ـ قواعد مربوط به ادارهٔ قانونی اموال[۳] و قیمومیت اطفال مشروع، در مورد فرزندخوانده نیز قابل اعمال است (قسمت اخیر ماده ۳٦۵ ق. م).

٦ـ حقوق ارثی متقابل و توارث و بین قبول‌کننده از یک طرف و فرزندخوانده و اولاد مشروع وی از طرف دیگر وجود دارد. در زمینهٔ توارث، فرزندخوانده و اولاد مشروع او در گذشته دارای همان حقوقی بودند که طفل مشروع داشت ولی طبق

---

۱. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم . شماره ۱۰۴۲.

۲. مازو: دروس حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم شماره ۱۰۴۲ – الکس‌ویل: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۰۶۸.

3. administration légale.

اصلاحیهٔ ۵ ژوئیهٔ ۱۹۹۶، فرزند خوانده و اعقاب وی، در برابر والدین و اجداد پذیرنده، وصف و ارث ندارند.

بنابراین اولاد مشروع فرزندخوانده از اسلاف و ابوین قبول‌کننده و حتی از اقرباء در خط اطراف او نیز ارث می‌برند[1] که به شرح فوق اصلاح شده است.

ج ـ رابطهٔ فرزندخوانده با خانوادهٔ قبول‌کننده.

اصولاً فرزندخواندگی ساده، رابطهٔ خویشاوندی و قرابت، بین فرزندخوانده و خانوادهٔ کسی که طفلی را به فرزندی پذیرفته است ایجاد نمی‌کند.

بنابراین اولاً هیچگونه آثار حقوقی به غیر از حقوق ارثیه محدود بین فرزندخوانده یا اولاد و اعقاب مشروع وی و قبول‌کننده، با خانوادهٔ قبول‌کننده فرزند، حتی با همسر وی به وجود نمی‌آید البته در گذشته فرزندخوانده و اعقاب مشروع او در زمینهٔ ارثیه دارای همان حقوقی بودند که طفل مشروع دارا بود.

بنابراین از ابوین و اسلاف و اقرباء در خط اطراف قبول‌کننده ارث می‌برند ولی این حق برای آنان همیشه محفوظ نبود بلکه امکان داشت که اقارب فوق‌الذکر فرزندخوانده را از ورثهٔ خود خارج سازند (ماده ۳۶۸ ق. م قدیم).

ثانیاً هیچگونه حق نفقه و ولایت و حضانت بین فرزندخوانده و ابوین و اقارب قبول‌کننده وجود ندارد. یعنی در حقیقت در اثر فرزندخواندگی، خانوادهٔ جدیدی مرکب از قبول‌کننده و فرزندخوانده و اعقاب مشروح وی به وجود آمده است.

ثالثاً ـ با وجود عدم قرابت بین فرزندخوانده و اعضاء خانوادهٔ قبول‌کننده، قانون‌گذار با توجه به علل اخلاقی و تحت تأثیر قوانین گذشته، ازدواج بین فرزندخوانده و بعضی از اعضاء خانوادهٔ قبول‌کننده را ممنوع ساخته است که قبلاً در بحث فرزندخواندگی کامل مورد بررسی قرار گرفت (ماده ۳۶۶ ق. م).

بند سوم ـ قطع رابطه فرزندخواندگی ساده.

cessatior. de l'adoption simple

ممکن است فرزندخواندگی ساده به دنبال درخواست فسخ یا تبدیل فرزندخواندگی ساده به فرزندخواندگی کامل پایان پذیرد و رابطهٔ فرزندخواندگی ساده قطع گردد.

---

۱. مازو: دروس حقوق مدنی، جلد اول قسمت دوم شماره ۱۰۴۲.

الف ـ فسخ فرزندخواندگی ساده.

در قانون مدنی فرانسه مصوب سال ١٨٠٤ فرزندخواندگی غیرقابل فسخ بود ولی بعد از تصویب قانون ١٩ ژوئن ١٩٣٢ قابل فسخ گردید و به تدریج تغییراتی در شرایط فسخ به وجود آمد.

مثلاً در سال ١٩٣٩ قبول‌کننده وقتی می‌توانست درخواست فسخ فرزندخواندگی تقدیم دادگاه نماید که فرزندخوانده بیش از ١٣ سال سن داشته باشد.[١]

ولی امرزوه درخواست فسخ وقتی پذیرفته می‌شود که فرندخوانده بیش از ١٥ سال سن داشته باشد (بند ٢ ماده ٣٧٠ ق. م مصوب ١٩٦٦).

در فسخ فرزندخواندگی چهار موضوع زیر قابل بحث است:

١ـ علل فسخ.

٢ـ کسانی که حق درخواست فسخ دارند.

٣ـ طرز رسیدگی به درخواست فسخ.

٤ـ آثار فسخ.

١ـ علل فسخ.

فرزندخواندگی قابل فسخ نیست مگر اینکه دلائل قوی و علل مهمی برای فسخ وجود داشته باشد (بند اول ماده ٣٧٠ ق. م).

قانونگذار ذکری از نوع علل و دلائل مزبور نکرده است ولی حقوقدانان ناسپاسی و عدم قدردانی فرزندخوانده یابد رفتاری و ناسازگاری شدید طفل یا عدم صلاحیت و شایستگی قبول‌کننده را از علل قانونی قبول درخواست فسخ می‌دانند.[٢]

ولی اصولاً تشخیص و ارزیابی اینگونه علل به نظر دادگاه واگذار شده است و قضات در اظهارنظر در این زمینه، اختیار تام دارند.

البته بعکس بعضی از کشورها در فرانسه به هیچ وجه فسخ فرزندخواندگی به صورت دیگر، حتی با توافق و رضایت متقابل طرفین امکان‌پذیر نیست.[٣]

---

١. تصویب نامه قانونی ٢٩ ژوئیه ١٩٣٩ ـ مازو : دروس حقوق مدنی. جلد اول. قسمت دوم شماره ١٠٤٥.

٢. الکس‌ویل: حقوق مدنی. شماره ١٠٧١.

٣. مازو: حقوق مدنی. جلد اول قسمت دوم شماره ١٠٤٥.

۲ـ کسانی که حق درخواست فسخ دارند.

درخواست فسخ فرزندخواندگی ممکن است از طرف قبول‌کننده یا فرزندخوانده بعمل آید.

این اقدام به آنان اختصاص داشته و کاملاً جنبهٔ شخصی دارد. یعنی قابل انتقال به وراث و طلبکاران فرزندخوانده یا قبول‌کننده نیست. وراث و اشخاص دیگر حق اقامهٔ دعوی مبنی بر فسخ فرزندخواندگی ندارند و حتی نمی‌توانند دعوی اقامه شده را ادامه دهند.[۱]

علیه وراث نیز طرح دعوی مزبور امکان‌پذیر نمی‌باشد. این راه‌حل که قبلاً وجود داشته بعد از اصلاحات و تغییرات سال ۱۹٦٦ نیز باقی مانده است.

در مادهٔ ۳۷۰ قانون مدنی مقرر گردیده است که درخواست فسخ از ناحیهٔ قبول‌کننده پذیرفته نمی‌شود مگر آن که فرزندخوانده بیش از ۱۵ سال داشته باشد.

حقوقدانان معتقدند که فرزندخواندگی قبل از رسیدن فرزندخوانده به سن ۱۵ سالگی به‌طور کلی امکان‌پذیر نیست.[۲]

بنابراین چنانچه فرزندخواندگی مخالف منافع بوده و فرزندخوانده کمتر از ۱۵ سال تمام داشته باشد، تنها راه حفظ منافع طفل و حمایت از وی این است که قبول‌کننده از حق ولایت نسبت به فرزندخوانده محروم گردد.

اگر فرزندخوانده صغیر باشد، پدر و مادر واقعی او و در صورت فقدان ابوین مزبور یکی از اعضاء خانوادهٔ اصلی فرزندخوانده تا درجه چهارم یعنی فرزندان عمو و عمه حق طرح دعوی فسخ، علیه قبول‌کنندهٔ طفل دارند (بند ۳ ماده ۳۷۰ ق. م).

هرگاه طفل غیر از پدرخوانده یا مادرخوانده کسی را نداشته باشد باید قیم اتفاقی تعیین و منصوب گردد. در صورت صغیر بودن فرزند خوانده، بنا به درخواست دادستان، فرزند خواندگی، در صورتی که علل مهمی وجود داشته باشد، فسخ خواهد شد. (اصلاحیهٔ ۵ ژوئن ۱۹۹٦ ماده ۳۷۰ ق.م.ف)

---

1. Aix. 12 Juill. 1952. Gaz. Pal. 1952. 2. 43; Ren-nes. 13 juill 1948 D. 1949. 85. note Rouast.

۲. مازو: حقوق مدنی. جلد اول شماره ۱۰۴۵ ـ الکس‌ویل: حقوق مدنی جلد اول شماره ۱۰۷۱.

۳ـ طرز رسیدگی به دعوی فسخ فرزندخواندگی ساده.

دعوی فسخ فرزندخواندگی ساده در دادگاه ابتدائی محل اقامت خوانده اقامه می‌شود و تابع تشریفات رسیدگی عادی است. بحث و مذاکرات در جلسهٔ سری انجام می‌گیرد ولی صدور و اعلام رأی پس از استماع اظهارات دادستان در جلسهٔ علنی دادگاه صورت می‌گیرد.[۱]

رأی صادره باید موجه و مدلل باشد (بند اول ماده ۳۷۰ ق. م).

رأی مزبور قابل رسیدگی از کلیهٔ طرق عادی شکایت نسبت به احکام می‌باشد.

مفاد حکم باید در حاشیهٔ شناسنامه در دفتری که حکم فرزندخواندگی در آن ثبت گردیده است در ظرف پانزده روز از تاریخ قطعیت حکم به درخواست دادستان ثبت گردد. (بند ۱ ماده ۳۷۰ ق.م.ف مصوب ۱۹۹۶).

٤ ـ آثار فسخ.

فسخ موجب قطع رابطهٔ فرزندخواندگی و آثار آن برای بعد از صدور حکم می‌گردد.

بنابراین به آثار گذشته فرزندخواندگی لطمه‌ای وارد نخواهد ساخت و فرزندخوانده تمام امتیازات را، نظیر هبه‌ای که فرضاً از قبول‌کننده (پدر یا مادرخوانده) دریافت داشته است حفظ می‌نماید ولی از تاریخ صدور حکم قطعی، فرزندخوانده حق استفاده از نام‌خانوادگی قبول‌کننده ندارد و حقوق ارثی را از دست می‌دهد، حق نفقه از آن تاریخ قطع می‌شود و سایر آثار نیر با فسخ فرزندخواندگی قطع می‌گردد. (بند ۲ ماده ۱.۳۷۰ ق. م مدنی).

ب ـ تبدیل فرندخواندگی ساده به فرزندخواندگی کامل.

قانون مدنی فرانسه پیش‌بینی کرده است که می‌توان درخواست کرد فرزندخواندگی ساده به فرزندخواندگی کامل تبدیل گردد، حتی اگر طفل بیش از ۱۵ سال داشته باشد. مادام که فرزندخوانده صغیر است چنین درخواستی قانونی بوده و مورد قبول می‌باشد. به شرط آن که طفل قبل از رسیدن به سن ۱۵ سالگی به فرزندخواندگی ساده پذیرفته شده و شرایط فرزندخواندگی کامل نیز موجود باشد. در این صورت فرزندخواندگی

---

۱. تصویب‌نامه ۲ دسامبر ۱۹۶۶. ماده ۱۲

ساده با صدور رأی مبنی بر اعلام فرزندخواندگی کامل پایان می‌پذیرد و رابطهٔ جدید با آثار خاص خود شروع می‌گردد (بند ۲ ماده ۳۴۵ ق. م).

بنابراین قانونگذار به این ترتیب اجازه می‌دهد کسانی که متمایل به داشتن فرزندخوانده کامل هستند ولی فاقد شرایط لازم می‌باشند، طفل مورد نظر را به فرزندخواندگی ساده که شرایط آن سهل‌تر ست بپذیرند و پس از تحقق شرایط لازم فرزندخوانده ساده را به فرزندخواندهٔ کامل تبدیل نمایند.

گفتار سوم
لزوم یا عدم تأسیس حقوقی فرزندخواندگی و وضع فعلی موجود در نظام حقوقی ایران.

تأسیس فرزندخواندگی همانطور که قبلاً در اطراف آن مطالعه کردیم سبب ایجاد رابطهٔ سنبی واقعی نمی‌گردد، بلکه بین فرزندخوانده و قبول‌کننده، نسبت مصنوعی ایجاد می‌کند، با توجه به این مطلب آیا ضرورت دارد که در حقوق ایران فرزندخواندگی به وجود آید و مقرراتی در این زمینه وضع گردد یا خیر؟

برای پاسخ به این سؤال باید بگوئیم همانگونه که امروزه برای آشکار شدن حقایق باید مسائل (خصوصاً مسائل اجتماعی) از جهات مختلف مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد. در مورد فرزندخواندگی نیز لازم است مزایا و مضار آن را از نظر اجتماع و فرزندخوانده و قبول‌کنندهٔ به فرزندی به‌طور دقیق بررسی نمائیم تا لزوم یا عدم لزوم وجود فرزندخواندگی در حقوق ایران روشن گردد.

امروزه روانشناسان و جامعه‌شناسان جهان بالاتفاق عقیده دارند که بهترین محیط برای رشد عقل و تلطیف عواطف کودکان، خانه و خانواده است. گرمی و حرارت خانواده موجب می‌شود که همهٔ احساسات و عواطف عالی به خودی خود در نهاد کودک شکفته شود.[1]

کودک علاوه بر غذا و لباس احتیاج به محبت دارد. محبت است که روان کودک را پرورده و او را انسانی کامل و مفید تحویل اجتماع می‌دهد.

---

۱. ما و فرزندان ما ص ۴ ترجمه بانو منیر مهران تألیف ریموندبیچ (Raymond Beach)

از نظر روانشناسی کودکانی که از پرتو محبت خانواده برخوردارند سالم‌تر و باهوش‌تر از کودکان پرورشگاهی می‌باشند و ثابت شده است که یکی از علل عقب‌افتادگی اطفال دوری از محیط خانه و خانواده است. ناراحتی‌های عصبی در میان کودکانی که در محیط‌های شبانه‌روزی، نظیر پرورشگاها بسر می‌برند به مراتب بیشتر شایع است.

به همین جهت پرورشگاه‌های مترقی جهان، کودکان محروم از پدر و مادر را زیاد از خانواده‌ها دور نگاه نمی‌دارند و سعی می‌کنند که افراد خیر و نیکوکار جامعه آنان را به فرزندی بپذیرند.

زیرا به قول ارسطو محبت مانند یک مثقال عسل است که نمی‌تواند بیش از یکی دو کاسه آب را شیرین سازد و اگر آن را باده‌ها و یا صدها کاسه آب مخلوط کنند، اثر خود را از دست خواهد داد.

محبت یک یا دو انسان نیز قادر است فقط کام تشنهٔ چند کودک را سیراب کند. ولی به حال کودکان یک پرورشگاه مفید نخواهد بود. لبخندها و محبت‌های مصنوعی متصدیان پرورشگاها نیز قادر به تلطیف و پرورش عواطف اطفال نمی‌باشد.

به همین دلیل ارسطو با نظر تربیتی استاد خود افلاطون که نسخ مقررات خانواده‌ها را خواستار شده پیشنهاد کرده بود که همه اطفال در یک جا و دور از پدر و مادر زندگی کنند، بطوری که هیچ کس پدر و مادر خود را نشناسد، تا همه مردها نسبت به همهٔ کودکان احساس پدری و همه زنها نسبت به آن‌ها احساس مادری و کودکان نسبت به یکدیگر احساس خواهری و برادری کنند، مخالفت کرد.

بنابراین به‌طور مسلم خانواده سالم‌ترین و بهترین محیط برای رشد جسم و روح طفل است و پرورشگاه‌ها برای اطفال به منزله تبعیدگاه و زندان محسوب می‌گردند.

در اسلام نیز نظر شارع مقدس این نیست که اطفال بی‌سرپرست را در دارالایتام جمع کرده و با آن‌ها مانند حیوانات رفتار کرد و فقط شکم آنان را سیر نمود و به اندام آن‌ها لباس پوشانید، بلکه پیغمبر اسلام (ص) فرمود:

«خیر بیوتکم بیت فیه یتیم یحسن الیه و شربیوتکم بیت یساء الیه»[1]

یعنی بهترین خانه‌های شما خانه‌ای است که در آن یتیمی احسان شود و بدترین خانه‌های شما خانه‌ای است که با یتیمی بدرفتاری گردد.

---

۱. مستدرک جلد اول ص ۱۴۸.

حضرت علی (ع) در فرمان تاریخی خود به مالک اشتر دستور می‌دهد که: (مواظب یتیمان باشد و به وضع آن‌ها رسیدگی کند)[۱] و نیز در وصیت خود به فرزندان خویش حسن و حسین علیهماالاسلام فرمود:

«الله الله فی‌الایتام فلاتغبوا افواههم و لا یضیعوا بحضرتکم»[۲]

یعنی در مورد یتیمان از خدا بترسید نکنند که آن‌ها را گرسنه بگذارید و در اثر بی‌سرپرستی ضایع و تباه گردند.

علت این همه سفارش این است که اطفال بی‌سرپرست به علت استعداد فراوان در پذیرش خوب و بد و خیر و شر، در محیط نامساعد، فاسد و تباه خواهند شد و ضرر مستقیم آن متوجه جامعه‌ای است که در آن چنین اطفالی زندگی می‌کنند. زیرا اینگونه کودکان به علت عدم رشد عاطفه و اشباع نشدن از محبت مسلماً صاحب عقده‌ها و کمپلکس‌های روحی خواهند شد که جامعه از آتش درونی آنان در امان نخواند ماند.

البته هرگز طفلی از بطن مادر خود شقی و فاسد و شرور متولد نمی‌گردد بلکه موجودی پاک و معصوم پا به عرصه وجود می‌گذارد، چنانکه در قرآن‌کریم نیز آمده است: «لقد خلقنا الانسان فی احسن تقویم».

جامعه و محیط تربیتی و محل رشد طفل است که امکان دارد او را فاسد و شقی یا شایسته و سعید تربیت نماید.

از آنجائی که بهترین محیط برای این کودکان بی‌آلایش خانواده است نه پرورشگاه، لذا به نظر نگارنده چنین می‌آید که به منظور حمایت از جامعه و سعادت اطفال بی‌سرپرست لازم است خانواده‌های بشر دوست که فاقد اولاد می‌باشند از راه قبول اطفال به فرزندی این تکلیف عالی بشری را انجام دهند و کودکان بی‌سرپرست را در خانوادهٔ خود از لذت محبت سیراب سازند و آنان را افرادی مفید و شایسته تربیت کنند.

بنابراین تأسیس فرزندخواندگی برای کودکان بی‌سرپرست و سرراهی کاملاً مفید بوده و جامعه نیز از این اقدام کاملاً بهره‌مند خواهد گردید. زیرا تا حدی از لطمهٔ به آرامش و آسایش اجتماع جلوگیری می‌شود.

اما از نظر قبول‌کننده (پدرخوانده یا مادرخوانده) نیز تأسیس فرزندخواندگی مفید خواهد بود. همانطور که عملاً میان مردم ایران مرسوم و متداول است زن و شوهری که

---

۱. نهج‌البلاغه فیض ص ۱۰۱۰.
۲. نهج‌البلاغه فیض ص ۹۶۸.

قادر به داشتن فرزند نیستند می‌توانند تا حدی کمبود خانوادگی را تکمیل و سعادت کانون زناشوئی را تأمین نمایند.

از نظر حقوقی نیز چندان اشکالی ندارد که طفلی بر حسب میل و ارادهٔ قبول‌کننده وارد خانوادهٔ او گردد و از مزایای فرزند حقیقی برخوردار شود.

اگر ایراد شود عادلانه نخواهد بود که پدر یا مادرخوانده را مجبور کنیم نگاهداری و تربیت فرزندخوانده‌ای را که مورد علاقه و دلبستگی آنان نیست و یا با ذوق و سلیقه آن‌ها انطباق ندارد به عهده بگیرند، در پاسخ ایراد مزبور می‌توان گفت که هرگاه اینگونه اطفال از کانون خانوادهٔ قبول‌کننده طرد و در اجتماع سرگردان و بی‌سرپرست بمانند لطمهٔ شدیدی به آرامش جامعه وارد خواهند ساخت و مخاطرات بزرگی در این زمینه فراهم می‌آورند که جبران آن مشکل خواهد بود.

با توجه به این موضوع از آنجائی که همیشه مصلحت جامعه بر مصلحت فرد مقدم است، هرگاه پدرخوانده یا مادرخوانده به نگهداری و تربیت اینگونه فرزندخواندگان اجبار گردند از عدالت اجتماعی چندان دور نیست.

به عبارت دیگر همانطور که نگهداری و تربیت فرزندان واقعی ناخلف و ناباب به فرض اینکه مورد علاقهٔ ابوین خود نباشند تکلیف پدر و مادر است، اشکالی ندارد که تربیت و نگاهداری چنین فرزندخواندگانی نیز از وظایف و تکالیف پدرخوانده یا مادرخوانده باشد.

از نظر وراثت با اینکه قواعد و مقررات ارث از قواعد تشریعی و قابل تغییر است و هیچ اشکالی در بین نیست که با وضع قانون، فرزندخوانده از ماترک پدرخوانده یا مادرخوانده منتفع گردد، معذلک چون قبول‌کننده می‌تواند از راه صلح و هبه، دارائی خود را در زمان حیات به فرزندخوانده خود منتقل نماید، بنابراین اهمیت چندانی ندارد که چنین طفلی جزء وراث آورده نشود و یا از حیث حرمت نکاح، چون رابطهٔ خونی و قرابت واقعی به وجود نیامده است، لذا فرزندخوانده در مقابل اعضاء خانواده پدر و مادرخوانده بیگانه بماند.

با وجود اینکه مسلم است فرزندخوانده چون از صلب زوج و بطن زوجه به وجود نیامده است نمی‌تواند قائم‌مقام فرزند واقعی گردد و علاقه کامل بین آنان ایجاد شود ولی روی هم رفته مزایای فرزندخواندگی بر مضار آن ترجیح دارد و مانعی ندارد که

مقرراتی در زمینه فرزندخواندگی وضع و فرزندخوانده از لحاظ حضانت و تربیت و انفاق شبیه فرزند واقعی گردیده تا از طرفی به موجب قانون، حقوق و تکالیفی در این مورد ایجاد گردد و از طرف دیگر ابوین واقعی طفل یا دیگران نتوانند موجبات اخاذی و مزاحمت خانواده قبول‌کننده را فراهم نمایند.

همان طور که قبلاً اشاره شد، در صدر اسلام بنابر جهاتی فرزندخواندگی متحول شد و با نسخ و حذف نهاد فرزندخواندگی در حقوق اسلام، این نهاد حقوقی جایگاه خود را در کشورهای اسلامی از دست داد. در حقوق ایران نیز بعد از انقراض حکومت ساسانیان و ورود احکام اسلامی به این کشور، فرزندخواندگی منسوخ گردید و تا سال ۱۳۵۳ شمسی این نهاد مهم حقوقی و اجتماعی فاقد پایگاه قانونی بود و فقط در میان اقلیت‌های مذهبی غیرمسلمان براساس آیین و مذهب آنان فرزندخواندگی ادامه یافته و برابر قانون رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیرشیعه مصوب ۱۳۱۲، منشاء آثار حقوقی بر پایه عادات مسلمه متداوله در مذهب پذیرنده فرزند بوده و هست.

وضع کنونی فرزندخواندگی در ایران

در بین مسلمانان ایرانی به رغم فقدان مقررات و ضوابط قانونی در زمینه فرزندخواندگی، از قدیم‌الایام، نگاهداری و سرپرستی و تربیت اطفال بی‌سرپرست به عنوان اقدام به امر خیر و عمل خداپسندانه مورد توجه بود. خانواده‌ها در این زمینه بی‌تفاوت نبوده و عملاً از اطفال بی‌سرپرست مراقبت و سرپرستی می‌کردند. اما برای حمایت از این گونه اطفال، ضابطه و قانونی وجود نداشت و در نتیجه حقوق و تکالیف افراد نیکوکار و خیّر مشخص نبود و هیچ گونه وسیلهٔ قانونی برای کنترل این امر مهم اجتماعی تا قبل از سال ۱۳۵۳ به وجود نیامده بود. اگر خانواده‌هایی که اطفال بی‌سرپرست را نگاهداری می‌کردند، آن‌ها را از منزل خود بیرون می‌کردند، این اخراج مسئولیتی به وجود نمی‌آورد و این گونه کودکان در جامعه سرگردان می‌شدند که غالباً در دام تبهکاران افتاده، به فساد کشیده می‌شدند. به عبارتی رساتر برای کودکان بی‌سرپرستی که گاهی در عمل جذب خانواده‌ها می‌شدند، به طور رسمی و قانونی، حقوقی شناخته نشده بود.

این نکتهٔ مهم اجتماعی مورد توجه دانشگاه و دانشگاهیان و متفکران جامعه قرار گرفت.

تحولات اجتماعی، دگرگونی‌های ناشی از انقلاب صنعتی و علمی، خطرات و ضایعات حاصل از پیشرفت صنعتی و حوادث طبیعی و غیرطبیعی سبب افزایش کودکان سرراهی و یا بی‌سرپرست شد و بر اهمیت حمایت از این گونه اطفال افزود.

با وجود موانع و مشکلات شرعی، سرانجام در اسفندماه ۱۳۵۳ «قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست» در هفده ماده به تصویب رسید. در این قانون ضوابطی در زمینه خصوصیات و شرایط زن و مردی که مایل به پذیرش طفل بی‌سرپرست در خانواده خود هستند، خصوصیات و شرایط طفل بی‌سرپرست، نحوهٔ واگذاری طفل، مرجع صالح واگذاری طفل به خانواده، آثار حقوقی این نهاد و روابط متقابل کودک با زن و شوهر سرپرست پیش‌بینی شده که البته به عنوان شروع کار با وجود نواقص فراوان اقدامی مفید و گامی ارزنده است. در ادامهٔ مطالب به اختصار، این ضوابط به طرح بندهای آتی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد:

بخش یکم ـ شرایط سرپرستان.

کسانی که تمایل دارند طفلی را سرپرستی کنند باید واجد شرایط زیر باشند:

بند یکم ـ اعضای یک خانواده و زن و شوهر بودن سرپرستان.

برابر مادهٔ یک قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، کسانی می‌توانند سرپرستی این گونه اطفال را عهده‌دار شوند که علقهٔ زوجیت بین آن‌ها وجود داشته باشد.

با این ترتیب سرپرستی به زن و مردی واگذار می‌شود که خانواده تشکیل داده و با هم زن و شوهر باشند. بنابراین، اگر زن و مردی که زن و شوهر نیستند، در نگهداری طفل بی سرپرست توافق نمایند ولو این زن و مرد با هم قرابت نسبی و یا سببی داشته و از جهت اخلاقی و تمکن مالی افراد شایسته‌ای باشند. به‌طور مثال پدر و دختر یا پسر و مادر و یا برادر و خواهر یا مادرزن و داماد، طبق مادهٔ یک قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست، صلاحیت سرپرستی اطفال بی سرپرست را نداند و به طریق اولی سایر زنان و مردان مجرد نیز صلاحیت این کار را نخواهند داشت.

با توجه به اطلاق مادهٔ یک قانون یاد شده، ممکن است این سؤال مطرح شود که در نکاح موقت یا متعه که زن و مرد، زن و شوهر هستند، اشکالی برای پذیرفتن کودک بی‌سرپرست به عنوان فرزندخوانده از طرف آنان وجود دارد یا خیر.

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت: اولاً در نکاح منقطع و موقت، خانواده دوام و ثبات چندانی ندارد و با بذل مدت یا انقضای آن رابطهٔ زوجیت منحل و خانواده به آسانی از هم پاشیده می‌شود. بنابراین، زمینهٔ مناسبی برای سرپرستی کودک فراهم نمی‌شود و در چنین وضعی محیط اطمینان بخشی برای حمایت از کودک به وجود نخواهد آمد. ثانیاً با توجه به مفاد مادهٔ دوازده قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست که مربوط به اختلاف زوجین و منجر شدن این اختلاف به صدور گواهی عدم امکان سازش است، به خوبی استنباط می‌شود که منظور قانونگذار در مادهٔ یک قانون مذکور، زن و شوهری هستند که رابطهٔ زوجیت آن‌ها دائمی است.

بند دوم ـ اقامت داشتن زوجین سرپرست در ایران.

یکی دیگر از شرایط سرپرستان این است که زن و شوهری که قصد دارند طفلی را به فرزندخواندگی بپذیرند، باید در ایران اقامت داشته باشند. کسانی مقیم ایران محسوب می‌شوند که در ایران اقامتگاه داشته باشند؛ یعنی محل سکونت و مرکز مهم امور آن‌ها در ایران باشد (ماده ۱۰۰۲ ق. م). هدف قانونگذار از ذکر شرط مزبور این است که طفل در قلمرو سیاسی ایران و تحت نظارت دولت ایران قرار داشته باشد تا چنانچه مورد سوء استفاده سرپرستان قرار گیرد، از طریق مراجع ذی‌صلاح قضایی ایران و به کمک ضوابط این کشور حمایت و حفاظت شود و از وی رفع ستم گردد. لازم به ذکر است که هر دو سرپرست یعنی زوجین باید مقیم ایران باشند و اقامت یکی از آن‌ها در ایران کافی نیست و به احتمال زیاد اهمیت سکونت داشتن زوجین در ایران بیشتر از اقامتگاهی باشد که در مادهٔ ۱۰۰۲ به آن اشاره شده است؛ زیرا طفل پذیرفته شده فقط در چنین شرایطی است که از طرف دولت ایران مورد حمایت قرار خواهد گرفت.

در قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست مصوب ۱۳۵۳،از تابعیت زوجین سرپرست بحثی نشده و جزء شروط سرپرستان نیست. بنابراین، برابر ظاهر مادهٔ یک این قانون، اتباع بیگانه مقیم ایران با داشتن سایر شرایط، صلاحیت سرپرستی اطفال بدون

سرپرست را خواهند داشت. به نظر می‌رسد که در این زمینه قانونگذار دچار مسامحه شده باشد؛ زیرا اتباع بیگانه ممکن است بعد از واگذاری طفل به آن‌ها و قطعیت حکم سرپرستی از ایران خارج شوند و طفل مورد سوء استفاده آنان قرار گیرد.

بند سوم ـ تراضی زوجین سرپرست.

شرط دیگر سرپرستی این است که زوجین برای پذیرفتن کودک بی‌سرپرست به فرزندی توافق و تراضی کرده باشند. بنابراین، چنانچه یکی از زوجین با امر سرپرستی یا فرزندخواندگی مخالفت داشته یا کتباً رضایت خود را به دادگاه اعلام نکند، تقاضای سرپرستی پذیرفته نخواهد شد.

بند چهارم ـ فاقد فرزند بودن سرپرست‌ها.

شرط دیگر این است که پس از گذشت پنج سال از تاریخ ازدواج، زوجین صاحب فرزندی نشده باشند (بند الف مادهٔ سه قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست). البته اگر زوجین یا یکی از آن‌ها عقیم باشد یا به دلایل پزشکی نتوانند صاحب فرزند شوند، برابر تبصرهٔ دو مادهٔ سه ممکن است از این شرط معاف گردند.

ابهامی که در این زمینه وجود دارد این است که آیا زوجین در هر صورت صاحب فرزند نباشند یا این که در تشکیل خانواده جدید صاحب فرزند نشده باشند. به طور مثال اگر زن و مردی قبلاً ازدواج کرده و هر یک صاحب فرزند یا فرزندانی هستند و در اثر فوت یا فسخ یا طلاق یا بذل مدت، ازدواج اول منحل شده باشد و این زن و مرد پس از انحلال نکاح قبلی با یکدیگر آشنا شده و ازدواج کرده باشند و به علت کسالت یا برداشتن تخمدان یا بستن لوله رحم زن و یا عقیم شدن مرد در اثر عملیات پزشکی در خانواده جدیدی که تشکیل داده‌اند صاحب فرزند نگردند، آیا این زن و شوهر در صورت داشتن شرایط دیگر می‌توانند طفلی را به فرزندی بپذیرند یا خیر؟ از اطلاق بند الف مادهٔ سه قانون مذکور چنین استنباط می‌شود که ملاک و شرط لازم این است که در ازدواج جدید زوجین صاحب فرزندی نشده باشند؛ زیرا در کانون جدید خانواده است که زوجین نیاز به داشتن کودک را ولو از طریق فرزندخواندگی احساس می‌کنند و داشتن فرزند از شوهر یا زن دیگر مانع قبول سرپرستی کودک بی‌سرپرست نخواهد بود. اگر ایراد گرفته شود که وجود فرزندان واقعی این خطر را در بر خواهد داشت که

فرزندخوانده مورد بی‌مهری یا ظلم و اجحاف فرزندان واقعی یا زوجین سرپرست قرار گیرد، این ایراد یا تشویش خاطر چندان منطقی نیست؛ زیرا چنانچه منافع فرزندخوانده در چنین خانواده‌ای به مخاطره افتد، دادگاه در جهت حفظ حقوق فرزندخوانده، براساس قانون حمایت از خانواده می‌تواند تصمیم شایسته‌ای اتخاذ کند. همان طور که بعد از برقراری سرپرستی، اگر زوجه سرپرست صاحب فرزند شود، برابر تبصرهٔ (یک مادهٔ سه قانون مذکور) سرپرستی ادامه می‌یابد.

بند پنجم ـ داشتن سن لازم.

یکی از شرایط سرپرستی این است که حداقل یکی از زوجین متقاضی سرپرستی، به سن سی سال تمام رسیده باشد. از دیدگاه قانون، رسیدن به این سن می‌تواند به این علت باشد که متقاضی سرپرستی با این سن و سال در تصمیم‌گیری خود بیشتر از منطق و فکر منطقی پیروی خواهد کرد تا از احساس و هیجانات عاطفی که ممکن است غالباً زودگذر باشد. البته چنانچه به دلایل پزشکی محرز باشد که زوجین یا یکی از آن‌ها قادر نیستند صاحب فرزند شوند، دادگاه می‌تواند آنان را از این شرط نیز معاف کند (تبصرهٔ دو مادهٔ سه).

در نظر قانون هر یک از زوجین که به سن سی سالگی رسیده باشند کفایت می‌کند و نتیجه منطقی مورد نظر قانونگذار حاصل می‌شود.

بند ششم ـ نداشتن سابقهٔ کیفری مؤثر.

شرط دیگر سرپرستی این است که هیچ یک از زوجین نباید دارای محکومیت کیفری مؤثر به علت ارتکاب جرایم عمومی باشد (بندج مادهٔ سه). برابر مادهٔ واحدهٔ قانون تعریف محکومیت‌های مؤثر در قوانین جزایی مصوب ۱۳۶۸/۸/۵، مراد از محکومیت‌های مؤثر کیفری در قوانین جزایی عبارت است از محکومیت به حد، محکومیت قطع یا نقص عضو، محکومیت حبس از یک سال به بالا در جرایم عمدی، محکومیت به جزای نقدی معادل مبلغ دو میلیون ریال و بالاتر، سابقهٔ محکومیت لازم‌الاجرا دوبار و بیشتر به علت جرم‌های عمدی مشابه با هر میزان مجازات (جرم های سرقت، کلاهبرداری، اختلاس، ارتشاء یا خیانت در امانت از جرم‌های مشابه محسوب می‌شوند).

منظور قانونگذار این است که دارندگان سابقهٔ کیفری مؤثر، صلاحیت سرپرستی اطفال بدون سرپرست را ندارند و به علت اشکالات روحی و داشتن حالت تجری و روحیه تجاوز کاری احتمال دارد در ارتکاب جرم و اعمال خلاف قانون، طفل مورد سوء استفاده قرار گیرد و تربیت کودک نیز به مخاطره افتد.

بند هفتم ـ اهلیت زوجین سرپرست.

برابر بند دال مادهٔ سه قانون حمایت از کودکان بی‌سرپرست، زوجین متقاضی سرپرستی، باید اهلیت قانونی داشته یعنی عاقل و بالغ و رشید باشند تا تکلیف سرپرستی به نحو شایسته و مطلوب انجام گیرد و منافع مادی و معنوی طفل تحت سرپرستی تأمین شود. به عبارت دیگر، کسانی که خود تحت سرپرستی یا ولایت و قیمومت دیگری باشند شایستگی سرپرستی کودکان بی‌سرپرست را نخواهند داشت.

بند هشتم ـ صلاحیت اخلاقی سرپرست.

براساس بند ه مادهٔ سه قانون مذکور، زوجین سرپرست باید دارای صلاحیت اخلاقی باشند. منظور از صلاحیت اخلاقی این است که سرپرست‌ها متجاهر به فسق و فجور و فساد اخلاقی نباشند. البته صلاحیت اخلاقی مفهوم گسترده و مبهمی دارد که به عرف و آداب و رسوم جوامع بستگی کامل پیدا می‌کند که در هر صورت تشخیص آن با دادگاه خواهد بود.

بند نهم ـ تمکن مالی سرپرست

زوجین یا یکی از آن‌ها باید دارای تمکن مالی لازم برای تأمین زندگی مادی طفل و پرداخت نفقه و هزینهٔ تحصیل و تربیت وی، در حدود متعارف باشند.

به عبارت دیگر، متقاضی سرپرستی و پذیرندهٔ طفل به فرزندخواندگی در حدی توانایی مالی و ملائت داشته باشد که بتواند مایحتاج زندگی مادی و تربیتی طفل تحت سرپرست را فراهم و تأمین کند و طفل را قبل از رسیدن به سن لازم و قانونی وادار به کار کردن نکند و قصد استثمار او را نداشته باشد. بنابراین، اگر زوج یا زوجه درخواست‌کنندهٔ سرپرستی، فاقد وجه نقد یا اموال و املاک باشد، ولی ممرّ اطمینان‌بخشی برای تأمین معاش خود و کودک داشته باشد، کفایت می‌کند و صلاحیت

عهده‌دار شدن سرپرستی طفل را خواهد داشت. به همین دلیل ماده پنج قانون مذکور می‌گوید: «دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر خواهد نمود که درخواست کنندگان سرپرستی به کیفیت اطمینان‌بخشی در صورت فوت خود، هزینهٔ تربیت و نگاهداری و تحصیل طفل را تارسیدن به سن بلوغ تأمین نمایند.» وسیله تأمین هزینه مزبور ممکن است صلح یا هبه مالی یا توثیق لازم و اطمینان‌بخش باشد و یا حتی از طریق وصیت عهدی یا تملیکی این منظور تأمین شود. اگر زوجین مالی را به فرزندخوانده خود از راه صلح و امثال آن انتقال دهند، در صورت فوت طفل، اموال مذکور از طرف دولت به انتقال دهنده برابر تبصرهٔ مادهٔ پنج تملیک خواهد شد و در عمل برای رفع هر شبهه باید از طریق مراجع قضایی اقدام و براساس دادخواست، حکم قطعی تملیک و اعاده مال صادر و اجرا شود. به این ترتیب، در صورت فوت فرزندخوانده، اموال صلح یا تملیک شده از طرف سرپرست یا سرپرست‌ها به آنان برمی‌گردد و به ورثهٔ قانونی طفل یا دولت قهراً منتقل نخواهد شد. قانونگذار با وضع چنین حکمی که جنبهٔ استثنایی دارد، در نظر داشته است که به سرپرست اطمینان کافی بدهد تا نگران خروج مال تملیک شده به فرزندخوانده از قلمرو خانواده وی و انتقال قهری آن به اقارب حقیقی و نسبی طفل، نباشد و هدف یا منظور مقنّن که جذب اطفال بدون سرپرست و حمایت از آنان است، تأمین گردد.

بند دهم ـ مبتلا نبودن سرپرست‌ها به بیماری‌های صعب‌العلاج

به منظور تأمین و حفظ سلامت جسمی و روحی طفل، برابر بند ز مادهٔ سه قانون مذکور، هیچ یک از زوجین متقاضی سرپرستی، نباید به امراض واگیر صعب‌العلاج نظیر جذام، سل، ایدز، و امراض مسری صعب‌العلاج دیگر مبتلا باشند. بدین ترتیب، متقاضیان سرپرستی باید به همراه درخواست خود گواهی سلامت مزاج نیز پیوست نمایند تا بر دادگاه محرز شود که سرپرست‌ها از جهت سلامت جسمی مشکل اساسی قانونی ندارند. البته ضروری است که علاوه بر گواهی صحت جسمی، گواهی صحت روانی نیز اخذ و به دادگاه ارائه شود.

بند یازدهم ـ عدم اعتیاد.

برابر بند ج مادهٔ سه قانون یاد شده، زوجین متقاضی نباید معتاد به الکل یا مواد مخدر و یا معتاد به سایر اعتیادات مضرّه باشند. اخذ این گواهی نیز از مراجع ذی‌صلاح و ارائه آن به دادگاه ضروری است.

بند دوازدهم ـ تدین به اسلام.

کفر مانع سرپرستی است اگرچه بر آن تصریح نشده است. با این ترتیب مانع و مسقط سرپرستی است هر چند تردیدهایی نیز در این زمینه وجود دارد.

بخش دوم ـ شرایط فرزندخوانده.

کودکی که به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شود، برابر مادهٔ شش قانون حمایت از اطفال بی‌سرپرست باید دارای شرایط زیر باشد:

بند یکم ـ کم سن بودن کودک.

فرزندخوانده باید کمتر از دوازده سال سن داشته باشد؛ زیرا خردسالان بیشتر و بهتر با خانواده و اعضای خانواده انس می‌گیرند و آمادگی انطباق آن‌ها با محیط جدید به مراتب بیشتر از کودکانی است که تا حدودی شخصیت آن‌ها شکل گرفته است. تربیت‌پذیری کودکان در سنین پایین‌تر بهتر و امکان‌پذیرتر است و زوجین سرپرست هم در پذیرش این گونه اطفال رغبت بیشتری نشان داده و ارتباط معنوی بین آن‌ها راحت‌تر صورت می‌گیرد.

بند دوم ـ ناشناس بودن خانوادهٔ کودک.

خانواده واقعی طفلی که به فرزندخواندگی پذیرفته می‌شود، باید معلوم نباشد. منظور از نامعلوم بودن خانواده این است که اعضای خانواده شامل پدر و مادر و جد پدری طفل ناشناخته باشند و یا جد پدری و والدین وی در قید حیات نبوده و یا از جمله کودکانی باشد که به مؤسسه عام‌المنفعه سپرده شده و سه سال تمام، پدر یا مادر یا جد پدری وی به آن مؤسسه برای ملاقات یا جستجوی وضع طفل، مراجعه نکرده باشند. بند ب مادهٔ شش قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست در این زمینه چنین

مقرر داشته است: «هیچ یک از پدر، جد پدری یا مادر طفل شناخته نشده یا در قید حیات نباشند و یا کودکانی باشند که به مؤسسه عام‌المنفعه سپرده شده و سه سال تمام پدر یا مادر یا جد پدری او مراجعه نکرده باشند.»

مفهوم بند ب مادهٔ مذکور این است که مشخص نبودن سایر اقوام مثل برادر و خواهر یا جد و جده مادری یا جده پدری مانع سرپرستی نیست.

بخش سوم ـ نحوهٔ واگذاری طفل و مرجع صالح

واگذاری کودک بی‌سرپرست نیاز به تنظیم و تسلیم درخواست یا تقاضانامه سرپرستی دارد و مرجع رسیدگی به تقاضا و اتخاذ تصمیم دادگاه‌های دادگستری است، که به شرح زیر مورد بحث قرار می‌گیرد.

بند یکم ـ تقاضانامه.

زن و شوهری که قصد دارند طفلی را سرپرستی کنند، باید تقاضانامه سرپرستی را مشترکاً تنظیم و پس از امضا به دادگاه محل اقامت خود تسلیم نمایند. تقاضانامه فرم مخصوصی ندارد ولی غالباً زن و شوهر درخواست خود را روی اوراق دادخواست تنظیم خواهند کرد و اگر بر روی این اوراق خواسته زوجین نوشته شود، در ستون خوانده نام کسی یا موسسه‌ای نوشته نخواهد شد؛ ولی باید مدارک لازم از جمله رونوشت مصدق شناسنامه متقاضیان و فتوکپی مصدق سند نکاح آن‌ها در مرحله درخواست، پیوست تقاضانامه شود (مواد سه و هفت قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست).

بند دوم ـ مرجع رسیدگی.

طبق مواد سه و هفت قانون مذکور، مرجع رسیدگی به درخواست زوجین خواهان سرپرستی، دادگاه محل اقامت متقاضیان است نه محل اقامت طفل یا اطفال بی‌سرپرست.

قبل از انقلاب، دادگاه صلاحیت‌دار برای رسیدگی به تقاضانامه سرپرستی، دادگاه حمایت خانواده بود و دادگاه از نظر ترتیب رسیدگی به امر سرپرستی، تابع قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳ بود.

بعد از انقلاب، سیستم قضایی ایران به کلی دگرگون شد و دادگاه خانواده نیز جای خود را به دادگاه مدنی خاص داد و بعد از مدتی دادگاه مدنی خاص، منحل و تمام امور حسبی و دعاوی حقوقی و کیفری و مسائل خانواده در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار گرفت و با این که موجب قانون مصوب ۱۳۷۶ امور خانواده در صلاحیت دادگاه‌های خاص از دادگاه عمومی قرار گرفته است، رسیدگی به درخواست فرزندخواندگی در صلاحیت دادگاه عمومی است و دادگاه خانواده فعلی پیش‌بینی شده در ماده واحده قانون مصوب ۱۳۷۶، صلاحیت رسیدگی به امر فرزندخواندگی را ندارد. گرچه رسیدگی به این امر که به نوعی مربوط به امور خانواده می‌شود، بهتر است در صلاحیت دادگاه خانواده باشد، امّا برابر رأی وحدت رویه شماره ۲۲ ردیف ۸/۶۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۶۰/۴/۶ رسیدگی به امور فرزندخواندگی در صلاحیت دادگاه عمومی است.

دادگاه صالح پس از وصول درخواست سرپرستی برابر مادهٔ چهار قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست، قبل از صدور حکم سرپرست، بدواً پس از کسب نظر مؤسسه یا شخصی که کودک تحت سرپرستی موقت اوست و بعد از بررسی وضع زوجین متقاضی، چنانچه مصلحت بداند با صدور قرار دورهٔ آزمایشی، طفل را برای مدت شش ماه به زوجین متقاضی سرپرستی خواهد سپرد و در این مدت آزمایشی به طرق مختلف نحوهٔ زندگی کودک در خانواده، مورد بازرسی و کنترل قرار خواهد گرفت. اگر دادگاه در اثر گزارش مؤسسه‌ای که طفل قبلاً در آن جا تحت مراقبت قرار داشته یا انجمن‌ها و سازمان‌های دیگر، و یا در اثر تحقیق با هر وسیله‌ای که مقتضی می‌داند، تشخیص دهد که مصلحت نیست طفل مزبور در این خانواده تحت سرپرستی قرار گیرد؛ قرار موقت را فسخ خواهد کرد.

هرگاه زوجین سرپرست احساس کنند که طفل با آنان ناسازگار است و برقراری رابطهٔ معنوی با کودک تحت سرپرستی امکان‌پذیر نیست و یا به هر علتی توانایی یا تمایل نگاهداری فرزندخوانده را ندارند، می‌توانند مراتب انصراف خود را از سرپرستی طفل به دادگاه اعلام دارند که در این صورت نیز دادگاه قرار موقت سرپرستی را فسخ خواهد کرد. قرار دادگاه در مورد برقراری دورهٔ آزمایشی و فسخ آن قابل تجدیدنظرخواهی است (رجوع شود به قانون تجدیدنظر آرای دادگاه‌ها مصوب ۱۳۷۲ و ماده هیجده قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳).

بعد از سپری شدن دورهٔ آزمایشی و موقت، چنانچه قرار صادره فسخ نشده و گزارشی از بدرفتاری سرپرست‌ها نسبت به طفل واصل نگردد، دادگاه حکم سرپرستی دائمی صادر خواهد کرد و در این صورت کودک به طور دائم تحت سرپرستی زوجین متقاضی سرپرستی قرار خواهد گرفت. حکم دائمی سرپرستی نیز مانند قرار موقت سرپرستی قابل تجدید نظر خواهی است.

بخش چهارم ـ آثار فرزندخواندگی.

با صدور حکم سرپرستی، حقوق و تکالیفی برای سرپرستان و کودک تحت سرپرستی به وجود می‌آید که از جهاتی مشابه حقوق و تکالیف پدر و مادر و فرزندان واقعی است.

اهم این حقوق و تکالیف عبارتند از:

بند یکم ـ حضانت و تربیت طفل.

نگهداری و تربیت کودکان تحت سرپرستی همانند فرزندان حقیقی برعهده سرپرستان است و برابر مادهٔ ۱۱۶۹ سابق ق. م برای نگاهداری طفل، مادرخوانده تا سن دو سالگی اولویت داشت و پس از انقضای این مدت حضانت با پدرخوانده بود، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آن‌ها با مادرخوانده بود. ولی مادهٔ مزبور در تاریخ ۱۳۸۲/۹/۸ اصلاح شد و مادرخوانده، برای حضانت فرزندخوانده اعم از پسر یا دختر، تا سن ۷ سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدرخوانده خواهد بود. اگر زوجین به زندگی مشترک ادامه دهند، اولویت در حضانت و نگهداری کودک، مطرح نیست و در صورت جدایی ناشی از فسخ ازدواج یا وقوع طلاق، موشوع اولویت و تقدم سرپرست‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت و اگر مصلحت طفل تحت سرپرستی اقتضا کند، و یا در اثر عواملی نظیر ابتلای مادرخوانده یا پدرخوانده به جنون یا شوهر کردن مادرخوانده و عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی سرپرستی که طفل تحت سرپرستی و حضانت او است، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی کودک در معرض خطر قرار گیرد، در این صورت دادگاه می‌تواند به تقاضای اقارب و نزدیکان طفل یا قیم یا رئیس دادگستری، هرگونه تصمیمی را که برای حضانت طفل و مصلحت او مقتضی بداند اتخاذ نماید و امر حضانت را به یکی از سرپرستان یا ثالثی که صلاحیت

نگاهداری طفل را دارد، واگذار کند (مواد ۱۱۷۰ تا ۱۱۷۳ ق. م و مواد دوازده و سیزده قانون حمایت خانواده).

هزینه حضانت در وهله اول با پدرخوانده است و در صورت فوت پدرخوانده بر عهده مادرخوانده خواهد بود. برابر مستنبط از مادهٔ ۱۱۷۲ قانون مدنی، هزینه حضانت نوعی نفقه محسوب است که حکم ویژه‌ای دارد. به همین دلیل هزینه حضانت منحصراً بر عهده پدر و مادر است و نظیر انفاق اقارب و شرایط و تکالیف متقابل نفقه اقارب نخواهد بود.

پدرخوانده و مادرخوانده در انجام وظیفه و تکلیف حضانت، استحقاق مطالبه اجرت ندارند و اقدام آن‌ها بلاعوض و مجانی است و دینی به وجود نمی‌آورد.

تربیت فرزندخوانده نیز الزاماً همراه با حضانت و متناسب با سن کودک صورت خواهد گرفت و اگر در اثر عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی سرپرست، صحت جسمانی و یا تربیت اخلاقی طفل تحت سرپرستی در معرض خطر باشد، دادگاه می‌تواند به تقاضای دادستان یا سازمان‌های قانونی، هر تصمیمی را که برای حضانت فرزندخوانده مصلحت بداند، اتخاذ کند. مصادیق عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی عبارتند از: ۱ ـ اعتیاد به مواد مخدّر، ۲ ـ اعتیاد به الکل، ۳ ـ قماربازی، ٤ ـ اشتهار به فساد اخلاقی و فحشا، ٥ ـ ابتلا به امراض روانی با تشخیص پزشکی قانونی، ٦ ـ سوء استفاده از طفل یا اجبار وی به ورود در مشاغل غیراخلاقی نظیر تکدی و قاچاق مواد مخدر، ۷ ـ تکرار ضرب و جرح خارج از حدود متعارف (رجوع شود به ماده ۱۱۷۳ ق. م و ماده واحده مصوب ۷٦/۸/۱٤).

انتهای مدت حضانت و پایان این تکلیف در قانون مدنی یا سایر قوانین، پیش‌بینی نشده ولی براساس عرف و عادت مسلم جامعه و فلسفه حضانت، این تکلیف تا زمانی ادامه خواهد یافت که فرزندخوانده به نحو استقلالی قادر به زندگی نباشد.

بند دوم ـ نفقه.

فراهم کردن مایحتاج زندگی فرزندخوانده بر عهده سرپرست است. برابر ماده یازده قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست، وظایف و تکالیف سرپرست و طفل تحت سرپرستی او از لحاظ نگاهداری و تربیت و نفقه و احترام، نظیر حقوق و تکالیف اولاد و پدر و مادر است و براساس ملاک مستنبط از مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م نفقه فرزندخوانده بر عهده پدرخوانده است و پس از فوت پدرخوانده یا عدم قدرت او به انفاق یا عدم

امکان دریافت نفقه از پدرخوانده، نفقه فرزندخوانده از اموال و دارایی مادرخوانده استیفا خواهد شد[۱] و اجداد پدرخوانده با توجه به عدم توارث و نبودن قرابت واقعی و خونی، تکلیف انفاق به فرزندخوانده اولاد و احفاد خود را ندارند.

ممکن است گفته شود تکلیف انفاق فرزندخوانده بالسویه بر عهده پدرخوانده و مادرخوانده است؛ با این استدلال که زوجین سرپرست، مشترکاً سرپرستی کودک را بر عهده گرفته‌اند و در تمام تعهدات ناشی از فرزندخواندگی مسئولیت مشترک و متساوی دارند. بنابراین، از جهت تکلیف انفاق فرزندخوانده تفاوت یا تقدم و تأخر بین آن‌ها ترجیح بلامرجح است؛ و اگر مبنای این اولویت و تقدم، ملاک ماده ۱۱۹۹ ق. م باشد، باید اجداد پدری فرزندخوانده را بر مادرخوانده در تکلیف انفاق مقدم بدانیم و حال آن که این الزام برای اجداد پدری فرزندخوانده محل تردید است؛[۲] ولی با توجه به ماده یازده قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست ناظر بر مادهٔ ۱۱۹۹ ق. م، تقدم و تأخر تکلیف انفاق زوجین سرپرست روشن است و ترجیح بلامرجح نیست. درخصوص الزام متقابل انفاق بین فرزندخوانده و زوجین سرپرست، بین حقوقدانان اختلاف‌نظر وجود دارد. گروهی معتقدند تکلیف انفاق در مورد سرپرستی حکمی استثنائی است که برابر ماده دو قانون مذکور به منظور حمایت از طفل و تأمین منافع مادی و معنوی وی وضع گردیده و تکلیف فرزندخوانده در برابر سرپرست‌ها نیاز به حکم صریح دارد که چنین حکمی جعل نشده و از مقررات موجود نیز چنین تکلیفی قابل استنباط نیست. گروهی دیگر قائل به الزام انفاق متقابل تحت شرایط قانونی انفاق اقارب هستند.[۳] نظریه اخیر از نظر ضوابط اخلاقی و معنوی قابل توجیه است؛ ولی در عمل با توجه به استثنایی بودن تکالیف و مسئولیت‌های قراردادی و قانونی، صدور حکم بر محکومیت فرزندخوانده به انفاق سرپرست‌ها در صورت استنکاف، وجه قانونی ندارد.

بند سوم ـ ادارهٔ اموال و نمایندگی قانونی فرزندخوانده

برابر تبصره ماده یازده قانون سرپرستی کودکان بی‌سرپرست، علی‌الاصول اداره اموال و نمایندگی قانونی طفل صغیر بر عهده سرپرست است، مگر آن که دادگاه ترتیب دیگری اتخاذ نماید. اگر پدرخوانده را در حکم ولی قهری یا ولی ناشی از حکم

---

۱. دکتر صفایی، سیدحسین؛ دکتر امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۶، ص ۳۲.

۲. دکتر کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ش ۳۸۳.

۳. دکتر کاتوزیان، ناصر، همان منبع، ش ۳۸۲.

سرپرستی بدانیم، در این صورت اداره اموال و نمایندگی قانونی فرزندخوانده صغیر بر عهده پدرخوانده است، اما پدرخوانده به منزله ولی قهری نیست؛ زیرا در ولایت قهری برابر مادهٔ ١١٨٤ ق. م مصوب ١٣٧٩ هرگاه ولی قهری طفل رعایت غبطهٔ صغیر را ننماید و مرتکب اقداماتی شود که موجب ضرر مولی‌علیه گردد، به تقاضای یکی از اقارب وی یا به درخواست دادستان پس ازاثبات، دادگاه ولی مذکور را عزل و از تصرف در اموال صغیر منع و برای ادارهٔ امور مالی طفل فرد صالحی را به عنوان قیم تعیین می‌نماید. همچنین اگر ولی قهری به واسطهٔ کبر سن و یا بیماری و امثال آن قادر به اداره اموال مولی علیه نباشد و شخصی را هم برای این امر تعیین ننماید، طبق مقرّرات این ماده، فردی به عنوان امین به ولی قهری منضّم می‌گردد. پدرخوانده را نمی‌توان به منزله قیم تلقی کرد؛ زیرا حدود وظایف پدرخوانده با حدود تکالیف قیم مشابهت ندارد. رأی وحدت رویه قضایی شماره ٢٢ ردیف ٨/٦٠ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ١٣٦٠/٤/٦ نیز این نظر را تأیید می‌کند. بنابراین، سرپرستی پدرخوانده نوعی نمایندگی قانونی یا ولایت خاص است که به حکم دادگاه در جهت حفظ حقوق فرزندخوانده قابل تغییر و سلب از پدرخوانده و محول کردن این نمایندگی به مادرخوانده یا هر شخص صالح و قابل اعتماد است. یعنی این سِمَت، ثابت و غیرقابل انتقال نخواهد بود و در هنگام صدور حکم سرپرستی، دادگاه می‌تواند اداره اموال و نمایندگی از صغیر را به مادرخوانده یا ثالثی محول نماید و اولویتی در این زمینه وجود ندارد.

بند چهارم ـ اطاعت فرزندخوانده از سرپرست‌ها

برابر مستنبط از مادهٔ ١١٧٧ ق. م و مادهٔ یازدهٔ قانون حمایت از اطفال بی‌سرپرست، فرزندخوانده باید مطیع پدر و مادرخوانده در حدود متعارف باشد و در هر سنی که باشد باید به آن‌ها احترام کند و در صورت عدم اطاعت فرزندخوانده از سرپرستان به منظور تأدیب فرزندخوانده نافرمان، برابر مستنبط از ماده ١١٧٩ ق. م تنبیه وی در حدود متعارف مجاز است و برابر بند یک مادهٔ ٥٩ قانون مجازات اسلامی، اقدام سرپرستان جرم محسوب نخواهد شد. تشخیص تنبیه در حدود متعارف با دادگاه رسیدگی‌کننده به شکایت شاکی خواهد بود.

بند پنجم ـ حرمت ازدواج.

یکی از مسائل مهم فرزندخواندگی این است که آیا فرزندخوانده از محارم پدرخوانده و مادرخوانده محسوب می‌شود، و نکاح بین آنان ممنوع است یا چنین حرمتی وجود ندارد. اگر فرزندخوانده از محارم نباشد پس از رسیدن به سن بلوغ، نحوهٔ برخورد و تماس پدرخوانده با دخترخوانده و یا مادرخوانده با پسرخوانده از نظر اخلاقی و شرعی چگونه باید باشد و آیا در بین خانواده‌های مذهبی مشکلی پیش خواهد آمد یا خیر و از نظر شرعی به فرض وجود مشکل چه راه‌حلی در این زمینه می‌توان یافت؟

یکی از راه‌حل‌های این مشکل ایجاد حرمت از طریق رضاع و شیرخوارگی است؛ به این ترتیب که خواهر پدرخوانده یا مادرخوانده به دختر یا پسر تحت سرپرستی کمتر از دو سال طبق ضوابط رضاع شیر بدهد؛ فرزندخوانده، خواهرزادهٔ رضاعی پدرخوانده یا مادرخوانده محسوب، و از محارم شرعی آنان خواهد شد؛ اما این راه‌حل همیشه در عمل وجود ندارد و چنین موقعیتی پیش نخواهد آمد و مشکل حل نمی‌گردد.

از طرف دیگر، اگر بین فرزندخوانده و سرپرستان قائل به حرمت در امر نکاح نباشیم، ممکن است زمینهٔ گسترش وسوسه‌های غیراخلاقی ومقاربت جنسی و هوسبازی فراهم شود و نهاد فرزندخواندگی از هدف اساسی و انسانی آن فاصله گرفته و محل مقدس و معبد تربیت و آموزش اطفال بی‌سرپرست به مکان سوءاستفادهٔ جنسی تبدیل گردد، و از نظر اخلاقی و نظم اجتماعی نیز پذیرفته نیست که پدرخوانده یا مادرخوانده یا کسی ازدواج کند که در شناسنامه وی و همچنین در اسناد سجلی ثبت احوال فرزند او معرفی شده است و اگر این حرمت شکسته شود، به فرض که ازدواج صورت نگیرد، فساد پنهانی خطرناکی شیوع خواهد یافت که اساس جامعه را متزلزل خواهد کرد و چون وجدان جامعه حرمت عنوان شده را می‌پذیرد و رابطهٔ معنوی فرزندخواندگی انکارناپذیر است، لذا پیشنهاد می‌شود این مسئله مورد توجه فقها و اهل فتوا قرار گیرد و چه بسا بتوان با توجه به اختیارات حاکم اسلامی، حرمت ازدواج را در بعضی موارد قانونی کرد.[1]

---

۱. صانعی، یوسف، مجمع‌المسائل، ج ۲، در پاسخ به سؤال شمارهٔ ۱۶۸۳ (۲) اعلام کرده‌اند از جهت محرومیت، فرزندخوانده، حکم فرزند اصلی را داشته و همهٔ محارم فرزند اصلی به او محرم هستند. (مورخ ۱۳۸۳/۴/۱) به نقل از سایت فقه الثقلین ۲۰۱۲/۹/۱۰.

بند ششم ـ نام‌خانوادگی.

پس از قطعیت حکم سرپرستی، فرزندخوانده از نام خانوادگی پدرخوانده استفاده خواهد کرد و به همین منظور حکم قطعی سرپرستی طفل از طریق دفتر دادگاه صادرکننده حکم بدوی به اداره ثبت احوال ابلاغ می‌شود تا مفاد حکم در اسناد سجلی زوجین سرپرست و طفل درج و شناسنامه جدیدی برای طفل با مشخصات زوجین سرپرست به نام پدر و مادر و با نام‌خانوادگی پدرخوانده صادر شود. (ماده ۱۴ ق ح ـ ا ـ ب ـ س)

بند هفتم ـ توارث.

برابر ضوابط حاکم بر جامعهٔ اسلامی ایران، موجبات ارث نسب و سبب است و کسانی با هم قرابت نسبی دارند که با یکدیگر رابطهٔ خونی مشروع داشته باشند و چون فرزندخوانده رابطهٔ نسبی و خونی با پدرخوانده و مادرخوانده ندارد، طبق حکم صریح مذکور در ماده دو قانون سرپرستی اطفال بدون سرپرست، فرزندخوانده از سرپرست‌ها و سرپرست‌ها از طفل تحت سرپرستی ارث نخواهند برد؛ ولی با توجه به هدف فرزندخواندگی و حمایت از کودکان بدون سرپرست، مادهٔ پنج این قانون در این راستا چنین مقرر داشته است: «دادگاه در صورتی حکم سرپرستی صادر خواهد نمود که درخواست‌کنندگان سرپرستی به کیفیت اطمینان‌بخشی در صورت فوت خود، هزینه تربیت و نگاهداری و تحصیل طفل را تا رسیدن به سن بلوغ تأمین نمایند.»

معمولاً به منظور تأمین منافع مادی و معنوی کودک، پدرخوانده یا مادرخوانده اموال و املاکی را در قالب صلح یاعقود دیگر به وی انتقال می‌دهند؛ ولی این نگرانی برای زوجین سرپرست پیش می‌آید که اگر فرزندخوانده در زمان حیات آن‌ها فوت شود، اموال و املاک انتقالی به ورثهٔ متوفی به خانوادهٔ اصلی و واقعی وی یا به دولت تعلق گیرد و هدف مورد نظر سرپرست‌ها تأمین نشود و اموال از مالکیت مالکین اولیه بدون علت وارد ملکیت غیر شود. به همین جهت در تبصره مادهٔ پنج چنین مقرر داشته است: «هرگاه وجوه و اموالی از طرف زوجین سرپرست به طفل تحت سرپرستی صلح شده باشد، در صورت فوت طفل، وجوه و اموال مذکور از طرف دولت به زوجین سرپرست تملیک خواهد شد.»

در توجیه این تبصره می‌توان گفت منظور اساسی از انتقال اموال یا وجوه به طفل این بوده که کودک تحت سرپرستی، شخصاً از آن‌ها منتفع گردد و شخص دیگر یا

دولت علت این انتقال نبوده است، لذا هر چه به کودک و فرزندخوانده صلح و منتقل شده با فوت وی بدون علّت شده و یا علت آن منتفی گردیده، در حقیقت عقد باطل و اموال موضوع عقد به صاحبان اولیه برمی‌گردد. با وجود تبصره اشاره شده نگرانی اتفاقات آینده رفع خواهد شد.

برای جلوگیری از هرگونه سوءاستفاده و مسلم شدن واقعیت، اعلام بطلان عقد و اعاده اموال، نیاز به رسیدگی و صدور حکم از طریق مراجع قضایی دارد.

بند هشتم ـ قطع نشدن رابطهٔ فرزندخوانده با پدر و مادر اصلی و سایر اقارب نسبی.

با صدور حکم سرپرستی، رابطه خویشاوندی کودک بی‌سرپرست با خانواده اصلی وی که با آن‌ها رابطه خوبی و طبیعی دارد، قطع نخواهد شد و به همین دلیل برابر قسمت اخیر بند سه مادهٔ شانزده قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست، با توافق زوجین سرپرست و پدر و مادر واقعی طفل صغیر، حکم سرپرستی قابل فسخ است بنابراین قرابت واقعی و خونی با فرزندخواندگی و آثار حقوقی آن از جمله حرمت نکاح و توارث و غیره باقی خواهد ماند.

بند نهم ـ رابطه نداشتن فرزندخوانده با اقارب نسبی و سببی و رضاعی سرپرست‌ها.

در حقوق ایران، فرزندخوانده منحصراً با پدرخوانده و مادرخوانده رابطهٔ حقوقی خاصی پیدا خواهد کرد و این رابطهٔ حقوقی طوری نیست که به اقارب دیگر نسبی و سببی یا رضاعی زوجین سرایت کند. با این ترتیب ولایت و تکلیف حضانت و نفقه و حرمت نکاح و امثال آن قابل تسری به ابوین یا برادر و خواهر و اعمام و اخوال زوجین سرپرست نیست.

بخش پنجم ـ پایان فرزندخواندگی.

رابطه حقوقی ناشی از فرزندخواندگی یا سرپرستی اطفال بدون سرپرست، بعکس رابطهٔ حقوقی بین طفل و والدین واقعی، دائمی و زوال‌ناپذیر نیست. بنابراین، ممکن است بنابر علل و عواملی، رابطهٔ فرزندخواندگی و سرپرستی باطل یا فسخ گردد. که ذیلاً به توضیح آن می‌پردازیم:

بند یکم ـ بطلان فرزندخواندگی.

ممکن است چنین تصور شود که بقای فرزندخواندگی به بقای رابطهٔ زوجیت بین سرپرست‌ها و حفظ کانون خانواده پذیرنده کودکی بی‌سرپرست بستگی دارد و جدایی زوجین سرپرست، سبب انحلال فرزندخواندگی است و از مفاد قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست، خصوصاً مواد یک و سه آن که مربوط به شرایط زن و شوهر سرپرست است نیز چنین برمی‌آید که فرزندخوانده برای سرپرستی به زن و شوهری سپرده می‌شود که دارای زندگی مشترک باشند تا منافع مادی و معنوی فرزندخوانده تأمین گردد و اگر زن و شوهر از هم جدا شوند، منافع طفل به مخاطره خواهد افتاد و همچنین اگر یکی از زوجین فوت شود کانون خانوادگی متلاشی و طفل، محیط مناسب برای پرورش جسم و تربیت را از دست خواهد داد. ولی این تصور صحیح نیست؛ زیرا درخصوص جدایی زوجین، ماده دوازده قانون یاد شده تعیین تکلیف کرده و چنین مقرر داشته است: «در مواردی که اختلاف زناشویی زوجین سرپرست منجر به صدور گواهی عدم امکان سازش شود، دادگاه در مورد طفل تحت سرپرستی به تربیت مقرر در قانون حمایت خانواده اقدام خواهد کرد.» و برابر ماده سیزده قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳، ممکن است دادگاه، سرپرستی طفل بی‌سرپرست را به پدرخوانده یا مادرخوانده یا ثالث محول کند. در زمینه فوت یکی از زوجین نیز از ماده پنج قانون مذکور استنباط می‌گردد که حکم فرزندخواندگی باطل نخواهد شد و قانونگذار در مقام بیان اگر نظر به بطلان حکم سرپرستی در اثر فوت یکی از زوجین سرپرست می‌داشت، صریحاً اعلام می‌کرد.

با توجه به مراتب عنوان شده، چنانچه یکی از زوجین سرپرست فوت شود، دیگری که زنده است؛ سرپرست فرزندخوانده است و وظایف مربوط بر عهده وی خواهد بود، و اگر شوهر خانواده یعنی پدرخوانده فوت شود، سرپرستی اطفال بی‌سرپرست با قیمومت مشابهت ندارد تا نیاز به نصب قیم برای طفل صغیر باشد و برای مادرخوانده حکم قیمومت صادر شود. در تأیید این نظر به رأی وحدت رویه شماره ۲۲ ردیف ۸/۶۰ هئیت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۶۰/٤/٦ استناد می‌گردد که به طور کلی سرپرستی اطفال بدون سرپرست را نوعی قیمومت ندانسته و سرپرستی مذکور در قانون حمایت کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ با توجه به نحوه سرپرستی و شرایط کلی آن متفاوت با مفهوم قیمومت و مختصات آن دانسته است.

بنابراین، جدایی زوجین سرپرست یا فوت یکی از آن‌ها موجب بطلان حکم سرپرستی نخواهد شد. ولی ممکن است نسبت به حکم قطعی سرپرستی اعتراض و تجدیدنظرخواهی شود و خواهان یا خواهان‌ها با ارائه مدارک و دلایلی ثابت کنند که پدر و مادر حقیقی طفل هستند که در این صورت پس از احراز صحت ادعای معترض یا معترضین حکم سرپرستی ابطال خواهد شد.

بطلان فرزندخواندگی این نتیجه را به دنبال دارد که موجبات نگرانی دائمی زوجین سرپرست را فراهم خواهد کرد و همیشه در حال تشویق به‌سر می‌برند که مبادا روزی پدر و مادر حقیقی طفل پیدا شوند و فرزندخوانده آنان را که برای نگاهداری و تربیت وی زحمت کشیده و رابطهٔ معنوی شدید بین آن‌ها ایجاد شده از سرپرست‌ها استرداد نمایند. این فکر و تشویش می‌تواند عاملی باشد که اشتیاق زوجین فاقد اولاد را در پذیرش سرپرستی اطفال بدون سرپرست کاهش دهد. بنابراین، لازم است قانونگذار در این زمینه راه‌حل منطقی بیابد و بهتر است دعوی افراد ثالث پس از قطعیت دادنامه سرپرستی غیرقابل استماع باشد و قضیه مختومه تلقی گردد.[۱]

بند دوم ـ فسخ فرزندخواندگی.

با وجود این که پس از صدور حکم قطعی سرپرستی، طفل به زوجین سرپرست به‌طور دائمی واگذار می‌شود، نظر به این که رابطهٔ به وجود آمده بین فرزندخوانده و پدر و مادرخوانده رابطه‌ای فطری و غیرقابل زوال نیست، لذا قانونگذار به منظور حمایت از طفل و رعایت مصلحت وی و همچنین رعایت مصالح خانواده اصلی و خانواده پذیرنده کودک، مواردی را برای فسخ سرپرستی پیش‌بینی کرده که جنبهٔ حصری داشته و در موارد مشابه قابلیت تسرّی ندارد. برابر ماده شانزده قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست در موارد زیر، سرپرستی قابل فسخ است:

الف ـ فسخ سرپرستی به درخواست مقام قضایی: ممکن است زوجین سرپرست یا یکی از آن‌ها اهلیت و شایستگی لازم برای نگاهداری و تربیت طفل تحت سرپرستی را از دست بدهند یا سوء رفتار شدید آنان نسبت به فرزندخوانده مسلم باشد؛ دادگاه به درخواست مقام صالح قضایی یعنی دادستان، بعد از رسیدگی لازم، اقدام به صدور حکم بر فسخ سرپرستی دائمی خواهد کرد.

---

۱. دکتر صفایی، سیدحسین؛ دکتر امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ دانشگاه تهران، چاپ چهارم، سال ۱۳۸۶، ص ۲۸ و ۲۹، ش ۲۴.

ب ـ فسخ سرپرستی به درخواست سرپرست: ممکن است سوء رفتار شدید فرزندخوانده سبب شود که ادامه سرپرستی را برای زوجین سرپرست یا یکی از آن‌ها غیرقابل تحمل کند و همچنین ممکن است در مواردی قدرت و توانایی مالی و جسمی یا روحی از زوجین سرپرست سلب گردد و نتوانند فرزندخوانده را نگاهداری و تربیت کنند که در این صورت دادگاه صلاحیت‌دار پس از رسیدگی به ادعای سرپرست و احراز واقعیت، حکم بر فسخ سرپرستی صادر خواهد کرد. از ظاهر بند دو مادهٔ شانزده چنین استنباط می‌شود که پدرخوانده در این زمینه تصمیم می‌گیرد؛ ولو علت فسخ مربوط به مادرخوانده باشد و توافق زوجین در این زمینه ضرورت ندارد.

ج ـ فسخ سرپرستی با توافق زوجین سرپرست و پدر و مادر واقعی طفل صغیر یا در اثر توافق فرزندخوانده و زوجین سرپرست، چنانچه فرزندخوانده به سن کبر رسیده باشد:

در صورت درخواست فسخ حکم سرپرستی، دادگاه صلاحیت‌دار که همان دادگاه عمومی بدوی است وارد رسیدگی خواهد شد و برابر ماده هفده قانون یاد شده، دادگاه قبل از صدو حکم فسخ سرپرستی در هر مورد سعی خواهد نمود که اقدامات لازم را در جهت بقای سرپرستی به عمل آورد. در صورت عدم توفیق بر حفظ وضع موجود، دادگاه حکم فسخ سرپرستی را صادر خواهد کرد که براساس مقررات آئین دادرسی مدنی به افراد ذینفع ابلاغ می‌شود و پس از قطعیت دادنامه صادره، مراتب به وسیله دادگاه صادرکننده حکم بدوی برای تصحیح شناسنامه و اسناد سجلی مربوط به ادارهٔ ثبت احوال اعلام می‌شود و اداره ثبت احوال پس از وصول و ابلاغ شدن دادنامه قطعی، نام پدرخوانده و مادرخوانده را از شناسنامه و اسناد سجلی طفل یا فرزندخوانده کبیر با توضیح لازم حذف و شناسنامه قبلی را اخذ و بایگانی کرده، شناسنامه جدیدی برای طفل صادر خواهد کرد و اگر پدر و مادر واقعی طفل یا فرزندخوانده در دادنامه صادره مشخص شده باشد، نام آنان در شناسنامه جدید درج می‌گردد، در غیر این صورت شناسنامه جدید با ذکر نام پدر و مادر فرضی صادر و تسلیم خواهد شد.

کلیه احکام صادره در امور مربوط به سرپرستی قابل تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان خواهد بود (رجوع شود به مادهٔ هجده قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ و ماده ۳۳۱ ق. آ. د. م مصوب ۱۳۷۹)

بخش ششم ـ نتیجه.

با تلاش و پیگیری جامعه علمی، حقوقدانان و متخصصان علوم اجتماعی، در سال ۱۳۵۳ قانونی به نام «قانون حمایت از اطفال بدون سرپرست» به تصویب رسید که در آن حقوق و تکالیف متقابلی برای اطفال بی‌سرپرست و سرپرست‌ها پیش‌بینی شد. این قانون دارای نقایصی است که به برخی از آن‌ها اشاره گردید.

امید است که نواقص عنوان شده و پیشنهادات متفکرین جامعه و دست‌اندکاران امر و مؤسسات مرتبط، در آینده مورد توجه قرار گیرد. و با کامل‌تر شدن مقررات موجود و تصویب آیین‌نامه اجرایی در جهت اجرای قانون و مرتفع شدن مشکلات ناشی از جذب کودکان بی‌سرپرست در خانواده‌های فاقد اولاد، این معضل اجتماعی حل شود. و از فرزندان بی‌سرپرست این مملکت که مردان و زنان آینده جامعه را تشکیل می‌دهند؛ حمایت لازم به عمل آید.

البته در راستای همین فکر و به منظور حمایت بیشتر از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست، هیأت وزیران در تاریخ ۱۳۸۷/۱۱/۱۳ لایحه‌ای تحت عنوان «لایحهٔ حمایت از کودکان و نوجوانان بی‌سرپرست» در ۳۸ ماده و ۱۳ تبصره تهیه و در تاریخ ۱۳۸۷/۱۲/٤ به قوهٔ مقننه تقدیم کرده است ولی این لایحهٔ دولت تاکنون در مجلس مطرح نشده و مورد بررسی قرار نگرفته است.

در لایحهٔ پیشنهادی و تقدیمی دولت به قوهٔ مقننه مطالب تازه و جدیدی ارائه گردیده است که به بعضی از آن‌ها که اهمیّت بیشتری دارد، ذیلاً اشاره می‌گردد:

۱ـ در بند ج مادهٔ ۵ لایحه پیش‌بینی شده است که زنان و دختران بدون شوهر، در صورتی که سن آن‌ها کمتر از سی سال نباشد، منحصراً حق سرپرستی کودکان یا نوجوانان از جنس دختر (اناث) را خواهند داشت که این موضوع پدیدهٔ جدیدی است و تا حدودی از طرز تفکر کشورهای غربی از جمله فرانسه بهره‌برداری شده است ولی این حق منحصراً به دختران و زنان مجرد و بدون شوهر داده شده و مردان مجرد از این حق، در لایحه محروم شده‌اند که چندان این تبعیض موجه به نظر نمی‌آید؛ زیرا احتمال سوءاستفاده از فرزندخواندگان در هر دو جنس، وجود خواهد داشت.

۲ـ طبق تبصرهٔ مادهٔ ٦ لایحه، واگذاری کودکان و نوجوانان غیرمسلمان به درخواست‌کنندگان مسلمان، در صورت نبودن درخواست‌کنندهٔ هم کیش آنان، مجاز شمرده شده است. البته این فکر کاملاً جنبه انسانی دارد ولی عکس آن یعنی واگذاری

کودکان یا نوجوانان مسلمان به درخواست‌کنندگان غیرمسلمان پیش‌بینی نشده و مجاز نخواهد بود که محل بحث و اشکال است.

۳ـ طبق مادهٔ ۷ لایحه، درخواست‌کنندگان نمی‌توانند بیش از دو کودک یا نوجوان را سرپرستی نمایند، مگر در مواردی که کودکان یا نوجوانان تحت سرپرستی، اعضاء یک خانواده باشند.

٤ـ طبق مادهٔ ۱۱ لایحه، درخواست یا تقاضای سرپرستی به جای تقدیم به دادگاه، باید به سازمان نگهدارندهٔ کودک تسلیم گردد و سازمان مزبور مکلف است پس از بررسی کارشناسانه، با اعلام نظر، درخواست را به دادگاه صالح جهت صدور قرار سرپرستی آزمایشی موقت شش ماهه ارسال کند که در این صورت تا حدودی از تراکم کار در مراجع قضایی کاسته خواهد شد.

۵ـ در مادهٔ ۱۵ لایحه، پیش‌بینی شده درخواست‌کنندگان علاوه بر تأمین هزینهٔ نگاه‌داری و تربیت و تحصیل افراد تحت سرپرستی تا سن ۱۵ سالگی، مکلف خواهند بود. در نزد یکی از شرکت‌های بیمه به نفع کودک یا نوجوان تحت سرپرستی، خود را بیمه عمر کنند تا در صورت فوت سرپرستان، فرد تحت سرپرستی از حق بیمه عمر مزبور بهره‌مند گردد که از جهت حمایت کودکان بی‌سرپرست مفید خواهد بود.

٦ـ در مادهٔ ۱۹ لایحه، پیش‌بینی شده است در صورت فوت سرپرست منحصر یا سرپرستان که مشمول یکی از صندوق‌های بازنشستگی بوده‌اند، افراد و اطفال تحت سرپرستی، در حکم افراد تحت تکفل متوفی محسوب گردیده و تا تعیین سرپرست جدید، از مزایای مستمری و وظیفهٔ بازماندگان برخوردار گردند، که بسیار مفید است.

لایحهٔ تقدیم شدهٔ دولت به مجلس، البته کامل‌تر از محتویات قانون مصوب ۱۳۵۳ است و مصالح و منافع اطفال و نوجوانان بی سرپرست، بیشتر تأمین خواهد شد ولی نظام حقوقی ایران با توجه به مطالب و آداب و رسوم برگرفته از حقوق اسلام، هنوز قادر نیست نهاد حقوقی فرزندخواندگی کامل و فرزندخواندگی سادهٔ معمول و مرسوم در نظام حقوقی کشورهای غربی نظیر فرانسه، انگلیس، آلمان و آمریکا و آثار حقوقی آن را پذیرا گردد که امید است در آیندهٔ نزدیک نهاد حقوقی فرزندخواندگی کامل و ساده، با توجه به آثار فردی و اجتماعی آن، همانند کشورهای دیگر در نظام حقوقی ایران نیز پذیرفته شود.

فصل هفتم

تغییر جنسیت

در این فصل به تعریف و کلیات تغییر جنسیت، اقسام تغییر جنسیت، جواز و عدم جواز تغییر جنسیت و آثار حقوقی تغییر جنسیت در نظام حقوقی اسلام و ایران و تغییر جنسیت در نظام حقوقی فرانسه و مقایسهٔ آن با حقوق ایران به شرح آتی خواهیم پرداخت.

گفتار یکم
تعاریف و کلیات.

بخش یکم ـ تعاریف.

در این قسمت از مفاهیم تغییر و جنسیت بحث خواهد شد.

بند یکم ـ تعریف و مفهوم تغییر.

تغییر کلمه‌ای است عربی، مصدر متعدّی از باب تفعیل و در لغت به معنای گردانیدن، دگرگونه ساختن، از حال و وضع خود به حال وضع دیگر درآوردن و غیرهمگن شدن است.[1]

---

۱. منتخب اللغات، مجمع اللغات؛ المنجد، فرهنگ فارسی دکتر معین و لغت نامه دهخدا، کلمه تغییر.

به عبارت دیگر تغییر در لغت به معنای تبدیل و دگرگونی یک شیئی به وضع دیگری که با وضع نخست فرق داشته باشد.

البته تغییر ممکن است مربوط به اشیاء یا حیوان و یا انسان باشد. بنابراین در علوم مختلف تغییر مفاهیم متفاوت دارد به طور مثال در علوم شیمی تغییر در یک ماده یا یک شیئی عبارت است از کم و زیاد شدن اتم‌های موجود در مولکول یک ماده یا تغییر و دگرگونی در ترتیب تنظیم مولکول‌های یک شیئی است. به طور مثال اسید سولفوریک که در اثر ترکیب مواد اسیدی و گوگرد به وجود می‌آید، دگرگونی در ترتیب تنظیم مولکول‌های اسید و گوگرد، شکل خواهد گرفت ولی تغییرات فیزیکی، دگرگونی در یک جسم یا ماده است که ترکیب شیمیایی آن را تغییر نمی‌دهد مگر آن که تغییرات شیمیایی و فیزیکی با هم صورت گرفته باشد. به طور مثال اگر شمش طلا به جواهر تبدیل شود، تغییرات حاصله، تغییر فیزیکی است ولی ترکیبات شیمیایی فلز مزبور تغییر پیدا نکرده است. تغییر حالت[1] در علم فیزیک و یا در اصطلاح فیزیک عبارت است از تبدیل جامد به مایع یا گاز و امثال آن خواهد بود[2] ولی تبدیل شدن مرد به زن یا برعکس قابل قیاس با تغییرات شیمیایی یا فیزیکی اشیاء نیست زیرا انسان شیئی جامد یا مایع نیست و وجود انسان از جسم و جان به وجود آمده است بنابراین خاصیت مخصوص به خودش را دارد و تغییر زن به مرد و یا تغییر مرد به زن از سیستم تغییرات شیمیایی یا فیزیکی جدا است.

بند دوم ـ تعریف جنسیت.

جنسیت یک کلمه‌ای عربی، مصدر جعلی و به معنای حالت و کیفیت جنس است و جنس در علوم مختلف معانی متفاوت دارد. به طور مثال در علم منطق، جنس به کلی اطلاق می‌شود که شامل انواع متعدد باشد مانند حیوان که یک مفهوم کلی دارد و شامل انسان، آهو، شیر و زنبورعسل و دیگر اقسام خواهد بود و در اقسام بشر نیز جنس شامل زن و مرد و جنسیت به معنای رجولیت و انوثیت افراد انسانی است.[3]

---

1. CHANGE OF STATE

۲. دایرةالمعارف فارسی، دکتر غلامحسین مصاحب، ج ۱، سال ۱۳۸۳، کلمه تغییر و تغییرات.

۳. فرهنگ دهخدا، فرهنگ عمید، فرهنگ معین، کلمه جنس و جنسیت.

بند سوم ـ مفهوم تغییر جنسیت.

تغییر جنسیت در موضوع بحث عبارت است از دگرگون شدن حالت و کیفیت مردانگی و زنانگی. به عبارت دیگر تغییر جنسیت در انسان به معنای تغییر و دگرگونی فیزیکی به شکل خاص و تبدیل حالت روانی و رفع روان پریشی است که در نظام حقوقی و علوم پزشکی نیز تغییر جنسیت همین مفهوم را دارد.

توضیح آن که تغییر جنسیت در انسان‌ها تبدیل شدن وضع افراد خنثی و یا افراد دو جنسی (هرما فرودیت) به یکی از دو جنس زنانه یا مردانه و رفع ابهام موجود یا تعیین و تشخیص جنس واقعی افراد است. بنابراین اگر به طور مثال جنس مذکر یا انسان نر از جهت روانی یا هورمونی با خصوصیات جنس مؤنث نزدیک‌تر است و تمایل به تغییر جنسیت ظاهری خود دارد، در حقیقت خواهان رسیدن به جنس واقعی و حقیقی خود است. با این ترتیب اگر کسی واقعاً از جنس مرد باشد و بخواهد از طریق عمل جراحی تغییر جنسیت بدهد و به زن واقعی تبدیل شود یا برعکس، شاید مقدور نباشد. یعنی شاید نتوان با حذف آلت مردی (آلت رجولیت) و ایجاد آلت زنانه مصنوعی، مردی را به زن تبدیل کرد؛ زیرا اعضاء داخلی مردان و زنان با هم فرق دارد و هیچ مردی با حذف آلت رجولیت و پیوند آلت ظاهری زنانگی (پیوند مهبل مصنوعی) تمام خصوصیات زنانگی را به دست نمی‌آورد و چون بدن او فاقد تخمدان است و قادر به تولید تخمک نیست و زهدان یا محل رشد جنین ندارد، هرگز مانند یک زن کامل واقعی در اثر مقاربت یا یک مرد صاحب فرزند نخواهد شد. بنابراین تغییر جنسیت به مفهوم واقعی آن و به معنای دقیق کلمهٔ تغییر و تبدیل جنس مرد به زن، مصداق ندارد و فرضی بیش نیست. همان طور که کارشناسان و متخصصان در علوم پزشکی گفته‌اند، تغییر جنسیت در افرادی که زن یا مرد هستند و ابهام جنسی در آن‌ها مشاهده نمی‌شود به هیچ‌وجه امکان‌پذیر نیست و فقط در مورد افراد دو جنسی (هرما فرودیت) که اختلال و ابهام جنسی از نوع ژنتیکی و کروموزومی و نشانه‌های دیگری از این قبیل دارند، تغییر جنسیت پس از آزمایش‌های پزشکی و بررسی‌های علمی، امکان‌پذیر خواهد شد. به عبارت دیگر از طریق آزمایشات پزشکی و بررسی‌های دقیق علمی در امور ژنتیکی و مطالعات مربوط به کروموزوم‌های موجود در یک فرد، مشخص خواهد

شد کسی که از لحاظ علائم ظاهری (آلت رجولیت یا انوثیب) مرد یا زن معرفی شده از جنس دیگری است.[۱]

با توجه به مراتب عنوان شده، تغییر جنسیت در عرف عمومی و عرف تخصصی پزشکی یا حقوقی به معنای اصلاح و رفع مشکلات مربوط به حالات بین وضع زنانگی و مردانگی از طریق عملیات جراحی است. به طور مثال فردی دارای اختلالات و ابهامات جنسی است نظیر کسی که خنثی است یعنی دارای علائم ظاهری مردانه و زنانه است (خنثای ظاهر که علائم رجولیت یا علائم انوثیب در وی غالب است و یا هیچ یک از علائم مزبور غالب نباشد که خنثای مشکل نامیده می‌شود و یا از لحاظ ظاهری وضع مشخصی ندارد یعنی دارای علائم مردی یا علائم زنی نیست که در بین فقها چنین فردی ممسوح نامیده شده است) که در این گونه موارد به کمک عملیات جراحی و بررسی‌های بیولژیکی، جنس واقعی چنین فردی مشخص خواهد شد.

البته امروزه در اثر آزمایشات دقیق پزشکی و با انجام سونوگرافی، غالباً به آسانی قابل تشخیص است که یک انسان دو جنسی یا ممسوح و یا فرد دارای اختلالات و ابهامات جنسی، دارای خصوصیات زنانه است یا مردانه. به عبارت دیگر به کمک علوم پزشکی و آزمایشات مربوط، مشخص می‌شود که فرد مشکوک اعضاء داخلی مخصوص زنان نظیر تخمدان، زهدان، مهبل داخلی، لوله‌های فالوب و رحم دارد یا خیر و حتی از طریق بررسی ترشحات هورمونی و فعالیت‌های مغزی و ترشحات هیپوتالاموس و امثال آن جنس واقعی فرد دارای اختلال و ابهامات جنسی، مشخص خواهد شد و همچنین با بررسی‌های بیولژیکی و آزمایشگاهی مشخص می‌گردد که در بدن فرد مشکوک غدد سازنده اسپرم وجود دارد یعنی چنین فردی دارای بیضه هست یا خیر؛ زیرا ممکن است بیضه‌ها در حفره‌های شکمی باقی مانده و به کیسهٔ بیضه انتقال نیافته و در نتیجه ظاهر نشده باشد. بیضه‌های جنس نر که سازنده یا یکی از عوامل سازنده و گردآورندهٔ اسپرم هستند در برابر تخمدان زنان قرار دارند که وظیفهٔ آن‌ها ساخت و تکمیل تخمک‌ها خواهد بود و همچنین با بررسی‌های بیولژیکی مشخص می‌گردد که لوله‌های مربوط به انتقال اسپرماتوزوئید و آلت تناسلی مردانه در فرد مورد آزمایش وجود دارد یا خیر و چه عواملی باعث شده است که آلت تناسلی مردانه به

---

۱. اعلامیه نظام پزشکی مندرج در روزنامه کیهان، شماره ۹۹۹ مورخ ۱۳۵۵/۷/۲۴.

صورت ظاهر پدیدار نشده و یا کامل نیست و چه عواملی یا معایبی باعث اختلالات جنسی شده‌اند و یا چه عواملی سبب شده است که هورمون‌های مردانه یا زنانه به طور کامل در بدن این گونه افراد ترشح نشود و اختلالات یا ابهامات جنسی موجود تا چه اندازه با عوامل مزبور ارتباط دارد.

امروزه پیشرفت‌های محیرالعقول در علم پزشکی و بیولژیکی و همچنین تحولات عمیقی که در زمینهٔ روان‌کاوی و روان‌شناختی پدیده آمده سبب شده است که تعیین جنس واقعی و مشخص کردن جنسیت کسانی که دچار اختلال یا ابهام جنسی هستند به آسانی امکان‌پذیر گردد ولی همان طور که اشاره شد طبق نظر متخصصان تغییر جنس واقعی مردانی که واقعاً مرد هستند و یا تغییر جنس واقعی زنانی که کاملاً و واقعاً زن هستند، امکان‌پذیر نیست و اگر روزی دانش پزشکی و زیست‌شناسی به مرحله‌ای از رشد برسد که تغییر و تبدیل زنان کامل به مردان کامل و برعکس امکان‌پذیر گردد، این گونه اقدامات باعث اختلال در نظام خلقت و بر هم زدن نظم زاد و ولد و تولیدمثل ابناء بشر و اقدامی مضر به سیستم حاکم بر زیست و زندگی انسان‌ها است که به نفع بشریت و جوامع بشری نیست و فایده‌ای بر آن مترتب نخواهد بود.

بخش دوم ـ کلیات و سوابق تاریخی تغییر جنسیت.

موضوع دو جنسیتی یا هرمافرودیت و خنثی متولد شدن کودکان پدیده تازه‌ای نیست و از نظر تاریخی می‌توان سوابق این امر را به دوران آغاز خلقت و پیدایش بشر اولیه مرتبط دانست؛ زیرا در ادیان مختلف از جمله در دین اسلام موضوع دو جنسیتی در باب مسائل گوناگون از جمله در مسأله ازدواج و توارث ماترک متوفی مطرح بوده و آن را اولیاء ادیان به عنوان مسأله حادث عنوان نکرده‌اند بلکه احکامی را در مورد این‌گونه افراد بیان کرده‌اند که خود حکایت از قدیم بودن این پدیده دارد و چون در ادوار قدیم بشر از دانش بیولژیکی، پزشکی و روان پزشکی اطلاعی نداشت به علل و عوامل این موضوع پی نبرده بود و راهی برای برطرف کردن این گونه اختلالات جنسی و جسمی و روانی نیافته بود بلکه بر این تصور بود که این گونه افراد باید به همان حال بمانند و به ناچار باید این وضع را تحمل کرده و به زندگی غیرمتعارف و متلاطم خود ادامه دهند.

با این که پیدایش انسان‌های دو جنسیتی را نمی‌توان به زمان خاص منتسب نمود ولی می‌توان گفت عوامل مختلفی می‌تواند در این موضوع نقش داشته باشد که جو، محیط زیست و آب و هوا، تغذیه و در حال حاضر مصرف داروهای شیمیایی، عوامل عصبی و امواج مغناطیسی مخصوصاً امواج مصنوعی موجود در فضای زیست را می‌توان جزء این عوامل دانست.

البته در زمینهٔ چگونگی شکل‌گیری انسان‌های دو جنسی یا خنثی اعم از خنثای ظاهر و مشکل یا ممسوح، در علوم بیولژی و پزشکی جنین بررسی و چنین اعلام‌نظر شده است که در مراحل تولیدمثل، وقتی اسپرماتوزئید مرد با تخمک زن ترکیب می‌شود، جنین با ورود اسپرم به داخل تخمک بلافاصله شکل می‌گیرد و از داخل شروع به تکثیر سلولی می‌کند. یعنی ابتداء به دو و چهار و هشت سلولی درآمده و شروع به تکثیر تصاعه هندسی خواهد کرد و در مراحل اولیهٔ تکثیر و در دوره‌ای بین سه هفته تا سه ماه بنابر نظر عده‌ای از متخصصان، جنس این جنین مشخص نیست و نمی‌توان فهمید که جنین از جنس ذکور است یا اناث ولی بعد از این دوران است که کروموزوم‌های xy یعنی ژن مردانه و کروموزوم‌های xx یعنی ژن زنانه، در جنین فعالیت خود را در برابر یکدیگر شروع کرده و در واقع با هم به مقابله می‌پردازند و در این مبارزه یکی از دو ژن بر دیگری غلبه می‌کند و ژن غالب، ژن مغلوب را تحت سلطهٔ خود قرار می‌دهد و در نتیجه بدون این که ژن مغلوب به کلی از بین برود، رشد آن متوقف می‌گردد ولی ژن غالب به رشد خود ادامه خواهد داد و جنس جنین از جهت نر یا ماده بودن و علائم مربوط به آن مشخص خواهد شد. ولی گاهی جنین تحت تأثیر عواملی که عنوان شد مثل آب و هوا، امواج مغناطیسی و تغذیه و داروهای مصرف شده و غیره، قرار می‌گیرد و در نتیجه هر دو ژن زنانه و مردانه با هم رشد می‌کنند و کودک به صورت دو جنسی متولد می‌شود و گاهی نیز ممکن است هیچ یک از علائم جنس مذکر یا مؤنث رشد نکند و نوزاد به صورت ممسوح از مادر متولد گردد و ترشحات هورمونی بدن کودک نیز ممکن است سبب شود که تمایلات جنسی مختلف در وی ظاهر گردد و ابهامات جنسی بر خلاف علائم ظاهری، در وی نمایان شود. اختلالات و ابهامات جنسی در تمامی جوامع جهان یافت می‌شود و در ایران نیز افراد دو جنسی و دارای ابهامات و اختلالات جنسی وجود دارند که طبق آمار به دست آمده در حدود ٤

تا ٦ در هزار کودکان در جهان از این نوع افراد هستند و در ایران حدود ۵۰۰ نفر تاکنون تغییر جنسیت پیدا کرده‌اند و در مردان اختلال جنسی بیشتر از زنان اعلام شده است.[۱]

بحث قابل توجه این است که آیا کسانی که دارای تخمدان، زهدان، رحم و سایر آثار زنانه نظیر برجستگی سینه و پستان و امثال آن هستند، ممکن است به علت کمبود ترشح هورمون‌های جنسی زنانه دچار اختلال جنسی شده و از جنس زنانه ناراضی باشند ولی از طریق مراجعه به پزشکان متخصص بیماری‌های غدد، با روش هورمون درمانی و با مصرف داروهای معالج و به کمک روان‌پزشکان، معالجه شده باشند و ناخشنودی آنان مرتفع شده باشد؟ گزارش‌ها و تحقیقات پزشکی و آمار به دست آمده حاکی از آن است که این گونه بیماران معالجه شده و مشکلات مربوط به اختلالات و ابهامات جنسی آن‌ها رفع و جنسیت جسمی یا بیولژیکی آن‌ها و ساختار ژنتیکی این گونه افراد تثبیت شده است[۲] و غالباً در کودکان و نوجوانان، اختلالات و ابهامات جنسی در اثر رشد جسمی و فکری و رسیدن به سن بلوغ خود به خود مرتفع خواهد شد.[۳]

در مورد افراد دو جنسی (هرمافرودیت) قبل از عمل جراحی، باید هورمون درمانی و روان درمانی انجام شود تا جنس غالب مشخص گردد و برای جراح ثابت شود که برداشتن کدام علائم (مردانه یا زنانه) به حال مریض مناسب‌تر است و ابهامات جنسی وی با جراحی و برداشتن یکی از دو علامت جنسی و تقویت علامت جنسی دیگر که باقی می‌ماند، از بین می‌رود. البته امروزه با آزمایشات مختلف و با کمک سونوگرافی و اقدامات دیگر مشخص خواهد شد که اعضاء درونی مریض و فرد دو جنسی، اعضاء مردانه است یا زنانه و یا کدام یک بر دیگری غلبه دارد و بعد از تشخیص این موضوع برای رفع اختلالات جنسی، مداوای هورمونی و روان درمانی به مراتب آسان‌تر خواهد بود و اگر چنین اقدامی صورت نگیرد و به علائم ظاهری فرد دو جنسیتی توجه شود و یکی از دو علائم جنسی با جراحی حذف و علامت دیگر باقی بماند و تقویت گردد،

---

۱. محمدمهدی کریمی‌نیا، تغییر جنسیت از نظر فقه و حقوق، چاپ قم، نشر مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) سال ۱۳۸۹، ص ۲۸۸، به نقل از دکتر بهرام می‌رجلالی، حراج تغییر جنسیت.
۲. هارولد کاپلان، بنیامین سادوک، خلاصه روان‌پزشکی، ترجمه نصرت‌اله پورافکاری، ص ۳۹۰.
۳. همان منبع.

در این صورت چنانچه اعضاء ظاهری با اعضای باطنی مریض هماهنگی نداشته باشد، نتیجهٔ مطلوب بدست نخواهد آمد و اختلالات یا ابهامات جنسی چنین کسی رفع نخواهد شد و از گرفتاری نجات پیدا نخواهد کرد ولی اگر احیاناً اعضاء درونی تولیدمثل فرد دو جنسیتی شکل نگرفته باشد و فقط علائم ظاهری مردانه و زنانه داشته باشد، در این صورت اگر با عمل جراحی علامت جنسی مورد نظر بیمار حذف گردد ممکن است مشکلات روانی وی مرتفع گردد ولی مشکل تولیدمثل حل نخواهد شد که اگر برای بیمار موضوع تولیدمثل اهمیتی نداشته باشد، این اقدام مفید خواهد بود.

احتمال دارد که در اثر اختلالات کروموزومی که در جنین پیش می‌آید، کودکی دو جنسیتی باطنی و ظاهری به وجود آید که در این صورت چنین کودکی هم اعضاء داخلی و ظاهری تناسلی مردانه دارد و هم دارای اعضاء داخلی و خارجی زنانه از لحاظ توالد و تناسل است و گاهی نیز ممکن است هیچ یک از اعضاء تناسلی ظاهری و باطنی مردانه یا زنانه را نداشته باشد. در فرض نخست، باید متخصصین بیولژی و باروری با انجام آزمایشات لازم، مشخص کنند کدام یک از علائم مردانگی یا زنانگی قوی‌تر و با موقعیت مریض کارسازتر است و قابلیت تقویت و تکامل به منظور ارضاء نیازهای جنسی و فراهم شدن امکان تولیدمثل، دارد و از طریق هورمون درمانی و روان درمانی و با انجام عملیات جراحی علائم ضعیف، از بدن فرد دو جنسیتی حذف گردد و مشکل چنین افرادی رفع شود.

در فرض دوم که در فردی هیچ کدام از علائم مردانه و زنانه چه در داخل بدن و چه در خارج بدن و از نظر ظاهری رشد نکرده یا اصلاً شکل نگرفته باشد، در این صورت مداوای چنین فردی باید به کمک مشاوران روان‌کاو و جراحان و مختصصان بیولژی انسانی، شروع شود و در صورت امکان با توجه به وضع جسمی و روحی و روانی مریض جراحی لازم روی بدن این فرد انجام شود و پیوند اعضاء صورت گیرد. البته ممکن است دانش بیولژی و علم پزشکی و جراحی به درجه‌ای برسد که از طریق استفاده از سلول‌های بنیادی توفیق ساخت عناصر و اعضاء تولیدمثل نظیر تخمدان، زهدان، رحم و ساخت عناصر و علائم ظاهری و درونی مخصوص مردان به دست آید و در بدن این گونه افراد پیوند گردد. البته در حال حاضر این احتمال وجود دارد که جراحی و پیوند علائم ظاهری مصنوعی مردانه و زنانه امکان‌پذیر باشد که در این

صورت موضوع و مشکل تولیدمثل چنین افرادی رفع نخواهد شد هر چند ممکن است مشکل جسمی و مجاری دفع ادرار آنان مرتفع گردد و این احتمال نیز وجود دارد که با انجام عملیات جراحی تا حدودی مشکل روانی این افراد هم رفع گردد. همان‌طور که بیان شد علت پیدایش افراد دو جنسیتی و یا ایجاد حالت خنثی اعم از خنثای ظاهری یا خنثای مشکل و افراد ممسوح، ناشی از ژن موجود در کروموزوم‌های جنسی زن و مرد است. توضیح آن که هر انسان دارای ٤٦ کروموزوم[1] یا رشتهٔ حیاتی است که ٢٦ عدد کروموزوم در ساخت و تشکیل جنس مذکر یا مؤنث نقش دارند و بقیه یعنی ٢٠ عدد کروموزوم بقیه در ساخت و شکل‌گیری سایر ارگان‌های بدن جنین مثل سر، چشم، گوش، دست و پا و سایر اعضاء تأثیر گذارند که در جنس مذکر یا مؤنث، مشترک خواهد بود. جنین از ترکیب اسپرم مرد و تخمک زن به وجود می‌آید. تخمک زن حامل کروموزوم xx و اسپرماتوزئید مرد حامل کروموزوم xy است و بعد از ترکیب اسپرم با تخمک، جنین شکل می‌گیرد و بلافاصله شروع به تکثیر به صورت دو، چهار، هشت سلولی می‌کند و این ترتیب به حالت تصاعد هندسی ادامه پیدا کرده، جنین مرتب رشد خواهد کرد و در هفته‌های هفتم تا چهاردهم یا حدود سه ماهگی مشخص نیست که جنین مذکر است یا مؤنث و از آن تاریخ به بعد است که موضوع غلبه کروموزوم‌ها شروع می‌شود تا سرانجام کروموزوم‌های زن یا کروموزوم‌های مرد در این کشمکش غالب می‌شود و متدرجاً ضمن شکل‌گیری اعضاء بدن، علائم ذکوریت یا انوثیت، شروع به رشد می‌کند و رشد جنس مغلوب متوقف خواهد شد که گاهی ممکن است تحت تأثیر عواملی، علائم و ارگان‌های هر دو جنس در عرض همدیگر در جنین شروع به رشد کنند و هیچ کدام از دو جنس مذکر و مؤنث از رشد باز نمانند و علائم باطنی و ظاهری مذکر و مؤنث در جنین ساخته شوند و در واقع هرمافرودیت یا دو جنسی شکل گیرد و فرزند با هر دو علامت از مادر متولد گردد و ممکن است چنین کودکی هر دو علامت ظاهری (مردانه و زنانه) را دارا باشد ولی در باطن و اعضاء درونی یک جنسی باشد و گاهی احتمال دارد که به طور کاملاً استثنایی علائم ظاهری هیچ کدام از دو جنس مذکر و مؤنث و حتی علائم باطنی هیچ یک از دو جنس در یک جنین رشد نکند که فقهاء این گونه افراد را ممسوح نامیده‌اند. در حالات اخیر ابهامات و اختلالات

---

1. CHROMOSOME

جنسی برای این گونه افراد به وجود می‌آید که از جهت شخصی و خانوادگی و اجتماعی مشکل آفرین خواهد شد. علاوه بر مشکلات جسمی و روانی، آثار حقوقی نیز در پی خواهد داشت و در حقوق اسلام از جهت مسأله ارث، ازدواج، حجاب، نماز، حج و جهاد و امثال آن‌ها، این گونه افراد دچار مشکل خواهند شد.

فرد دو جنسیتی یا خنثی ممکن است خنثای ظاهر یا خنثای مشکل باشد. در خنثای ظاهر همان طور که اشاره شد، ممکن است یکی از علائم ذکوریت یا انوثیت بر دیگری غلبه داشته باشد ولی خنثای مشکل به کسی اطلاق می‌شود که علائم ذکوریت و انوثیت در وضعی هستند که یکی از این علائم بر دیگری ترجیح ندارد[1] و این فرد نه مذکر است نه مؤنث ولی بعضی از فقهاء معتقدند فرد خنثی در واقع یا مذکر است یا مؤنث، بنابراین نه مذکر و نه مؤنث بودن یک انسان قابل تصور نیست.[2] البته این نظر نمی‌تواند متقن باشد؛ زیرا در عمل خلاف این نظر طبق آمار بدست آمده، قابل ارائه است.

از نظر پزشکی هرمافرودیت یا دو جنسیتی براساس شکل ظاهری غدد و اعضاء جنسی به سه دسته قابل تقسیم است:

دستهٔ نخست ـ مردان زن‌نما.

اعضاء داخلی این افراد مردانه است یعنی این افراد از لحاظ ژنتیک دارای خصوصیات جنس مذکر هستند و کروموزوم xy داشته و بیضه در حفره شکم دارند ولی اعضاء خارجی این گونه افراد به صورت طبیعی مردانه نیست بلکه اعضای بیرونی آنان زنانه بوده و دارای ابهام و اختلالات جنسی هستند به عبارت دیگر از نظر علم پزشکی و بیولژیکی، وضع هورمونی آن‌ها مردانه است امّا به علت کمبود نسوج مربوط به غدد اسپرم‌سازی، در بیضه‌ها تغییرات غیرعادی دیده می‌شود و تست کروماتین این افراد منفی است.

دستهٔ دوم ـ زنان مردنما.

این دسته از افراد دارندهٔ اختلالات جنسی، دارای اعضاء داخلی زنانه هستند به عبارت دیگر این افراد زنانی هستند که دارای جنس ژنتیکی مونث یعنی کروموزوم xx هستند و اعضای زنانه از جمله تخمدان دارند ولی دستگاه تناسلی خارجی آن‌ها نمای

---

۱. شهید ثانی، لمعه، ج ۸، ص ۱۹۴؛ میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۵۵.
۲. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۲۷۷ و ۲۷۸.

زنانهٔ طبیعی ندارند بلکه اعضای خارجی یا علائم مردانه داشته یا حالت ظاهری مبهمی خواهند داشت و از لحاظ هورمونی نیز دارای هورمون‌های زنانه هستند و تست کروماتین آن‌ها مثبت است.[۱]

دسته سوم ـ افراد بینابین

این دسته از افراد دو جنسیتی دارای اعضاء داخلی و ظاهری زنانه و مردانه هستند ولی یکی از دو خصیصهٔ مردانه یا زنانه بر دیگری ارجحیت دارد. در حقوق اسلام و در بین فقهای اسلامی متقدم با توجه به این که دانش بیولژیکی و پزشکی در سطح بسیار ابتدایی بود و از اعضای داخلی و هورمون‌های زنانه و مردانه اطلاعاتی در اختیار نبود، لذا به اندام ظاهری تناسلی افراد توجه می‌شد و در خنثای ظاهر ارجحیت یکی از علائم ذکوریت یا انوثیت، ملاک عمل قرار می‌گرفت و براساس غلبهٔ علایم ظاهری رجولیت یا اناثیت، فرد خنثی را مرد یا زن می‌نامیدند و آثار شرعی و حقوقی بر این افراد مترتب می‌گردید و اگر هیچ یک از علائم غالب نبود، چنین مردی را خنثای مشکل می‌نامیدند و نصف حقوق یک مرد و نصف حقوق یک زن به وی تعلق می‌گرفت که این نظریه وارد قانون مدنی ایران شده و در حال حاضر لازم‌الاجراء و لازم‌الاتباع است (مادهٔ ۹۳۹ ق. م ایران).

البته معیارهای دیگری نیز از جهت مشاهدات ظاهری در تعیین جنسیت افراد دو جنسی، در صورت عدم ارجحیت یکی از دو اندام ظاهری مردانه و زنانه در حقوق اسلام مطرح شده است که از جمله این معیارها نحوهٔ خروج ادرار از این گونه افراد است به این معنا که اگر ادرار از طریق آلت مردانه خارج شود آن فرد را مرد دانسته و اگر ادرار از طریق آلت زنانه خارج گردد، چنین فردی زن تلقی و اگر ادرار از هر دو مجرا خارج گردد، ملاک مرد یا زن بودن را در سبقت خروج ادرار و اگر همزمان ادرار خارج گردد، تأخیر قطع ادرار را مبنای تعیین جنس زن یا مرد دانسته‌اند و سرانجام در صورت عدم تشخیص جنس خنثای مشکل، عنوان شده است اگر تعداد دنده‌های بدن فرد مشکوک مساوی باشد زن و در صورت عدم تساوی دنده‌ها یا اضلاع، فرد مزبور را باید مرد دانست[۲] که از جهت علمی مورد انتقاد قرار گرفته است (و عنوان شده که پایهٔ

---

۱. کروماتین ماده‌ای که وجود آن دلیل این است که فرد خاصیت زنانگی دارد.
۲. علم‌الهدی، سیدمرتضی، انتصار، ص ۳۰۶.

علمی ندارد) و در حال حاضر برای تعیین جنسیت افراد دو جنسی، جلب نظر متخصصان و کارشناسان علوم پزشکی، بیولژی و روان‌شناسی و هورمون‌شناسی و غیره ضروری است و از این راه می‌توان مشکل این گونه افراد را حل کرده و از طریق جراحی ابهامات و اختلالات جنسی آنان را مرتفع ساخت.

گفتار دوم
جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت.

همان طور که قبلاً عنوان شد، تغییر جنسیت یک مرد کامل به یک زن کامل یا برعکس مفهومی نخواهد داشت و به فرض که در آینده دانش بشر آن قدر توسعه پیدا کند که چنین اقدامی صورت بگیرد، اقدامی خلاف فطرت و عملی بی‌فایده خواهد بود. به عبارت دیگر اقداماتی که فاقد منفعت عقلایی باشد، با خرد انسان سازگار نیست و امری بیهود است که مورد پسند اندیشمندان نیست. ولی در جوامع افرادی وجود دارند که دو جنسیتی هستند و اختلال و ابهام جنسی دارند که ممکن است این‌گونه افراد اصطلاحاً خنثی اعم از خنثای ظاهر یا خنثای مشکل یا ممسوح باشند و از این جهت به علت تردید و ابهام جنسی رنج می‌برند و نمی‌توانند مانند افراد معمولی و عادی بر زندگی خود ادامه دهند و شدیداً تمایل دارند ابهامات و اختلالات جنسی آن‌ها مرتفع گردد. البته تعیین جنسیت واقعی، حق مسلّم آن‌ها است و خواستار آن هستند که از طریق تکنیک‌های جراحی و یا از طریق مداوای پزشکی و روان پزشکی اشکالات جسمی و روانی خود را رفع کنند که در حال حاضر با توجه به توسعهٔ علوم پزشکی و روان پزشکی، این مشکلات قابل رفع است.

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که مداوای این افراد و تغییر یا تعیین جنسیت واقعی آنان از طریق جراحی و غیره، قانوناً مجاز است و با توجه به آداب و رسوم و دین و آئین حاکم بر جامعه از نظر شرعی اشکال دارد یا خیر؟

در این زمینه نظرات مختلف وجود دارد، عده‌ای دیگر آن را غیرجایز و عده‌ای آن را جایز می‌دانند که به شرح زیر به توضیح دو نظر مزبور پرداخته خواهد شد:

بخش یکم ـ عدم جواز تغییر جنسیت.

در زمینهٔ عدم جواز تغییر جنسیت نظرات مختلفی به شرح زیر ارائه شده است:

بند یکم ـ حرمت تغییر جنسیت واقعی و کامل به جنس دیگر.

طبق نظر فقهاء امامیه و اهل سنت، تغییر جنسیت در افرادی که از جهت اعضای تناسلی داخلی و ظاهری، عیب یا ایراد و اشکالی ندارند، جایز نیست. یعنی جایز نیست هیچ مرد کامل یا زن کامل با عمل جراحی جنس مردانگی یا جنس زنانگی خود را تغییر دهد؛ زیرا این گونه اقدامات، علاوه بر این که فایدهٔ عقلایی ندارد، نوعی مداخله در فطرت و خلقت انسان است و تغییر در خلقت فطری و الهی را جایز نمی‌دانند[۱] و تغییر جنسیت واقعی به جنس دیگر را عده‌ای صراحتاً حرام اعلام کرده‌اند.[۲] به نظر می‌رسد تغییر جنسیت به مفهوم مذکور، مقدور نباشد یعنی علم پزشکی و جراحی، در حال حاضر قادر نخواهد بود یک مرد واقعی را به یک زن واقعی با تمام خصوصیات آن تبدیل کند تا از نظر جسمی و روانی مانند یک زن بتواند تولیدمثل کند و مانند یک مادر وظیفهٔ خود را انجام دهد و برعکس.

بند دوم ـ حرمت تغییر جنسیت به طور کلی.

معدودی از فقهاء شیعه با تغییر جنسیت به طور کلی و به هر حال و به طور مطلق مجاز ندانسته‌اند به این معنی که افراد خنثی اعم از این که خنثای ظاهر بوده یا این که خنثای غیرظاهر و مشکل باشند، جایز نیست، تغییر جنسیت دهند و همچنین جایز نیست افرادی که ظاهراً علائم مردانه دارند و در واقع دارای عوامل و عناصر داخلی زنانه هستند، تغییر جنسیت دهند و همین طور اگر بدن کسی از نظر داخلی و اعضاء درونی مردانه باشد ولی علائم ظاهری زنانه داشته باشد، مجاز نیست با عملیات جراحی، تغییر جنسیت دهد.[۳] نظریه اخیر که تغییر جنسیت به هیچ وجه مجاز نباشد و مطلقاً این تغییر حرام باشد، مخدوش به نظر می‌رسد؛ زیرا اختلالات جسمی و روانی

---

۱. محمد کنعان، احمد، الموسوعه الطبیبه الفقهیه، بیروت، سال ۲۰۰۰ میلادی، ص ۲۸۵؛ مکارم شیرازی، ناصر، مرکز تحقیقات قوه قضائیه، گنجینه سؤالات فقهی، قضایی، سؤال و پاسخ شماره ۵۲۸۰ و استفتاآت جدید، ج ۲، ص ۶۱۸.

۲. فاضل لنکرانی، محمد، جامع‌المسائل، استفتائات، قم، سال ۱۳۷۷، ص ۱۳۸.

۳. حسینی، سیدصادق، المسائل الطبیه، قم، ۱۴۲۷ قمری، ص ۱۱۹ و ۱۲۰.

افراد دو جنسی، نوعی کسالت و مریضی است که معالجهٔ آن با عقل و منطق هماهنگی دارد و نباید از نظر شرعی ممنوع اعلام گردد و در قوانین ایران نیز ممنوع نشده است.

بخش دوم ـ جواز تغییر جنسیت.

اکثر فقها امامیه و اهل تسنن، تغییر جنسیت افراد خنثی را به طور کلی و مطلق جایز دانسته‌اند[1] ولی گروهی از فقیهان در زمینهٔ جواز تغییر جنسیت افراد خنثی، بین خنثای مشکل و غیرمشکل، قائل به تفکیک شده‌اند:

بند یکم ـ تغییر جنسیت در افراد خنثای ظاهر یا خنثای غیرمشکل.

خنثای ظاهر یا خنثای غیرمشکل به کسی اطلاق می‌گردد که علائم ظاهری جنس مذکر و جنس مؤنث را با هم دارد. چنین فردی را دو جنسی نیز می‌نامند و یکی از دو علامت جنسی وی بر دیگری غلبه و ارجحیت دارد. در این مورد، تقریباً اکثر فقهای امامیه قایل به جواز تغییر جنسیت هستند تا این فرددو جنسی از حالت سرگردانی نجات پیدا کند. البته امروزه پزشکان و متخصصان در رشته بیولژی با آزمایشات لازم و انجام سونوگرافی و بررسی‌های اعضای داخلی و خارجی بدن این گونه افراد، به آسانی تشخیص خواهند داد که کدام یک از علائم ظاهری باید حذف شود و عضو دیگر باقی مانده و تقویت گردد.[2]

بند دوم ـ تغییر جنسیت در افراد خنثای مشکل یا خنثای غیرظاهر.

خنثای مشکل یا غیرظاهر به کسی اطلاق می‌گردد که آلت مردانه و زنانه را با هم دارد ولی هیچ یک از علائم یا آلت مردانگی یا زنانگی بر دیگری غلبه و ارجحیت نداشته باشد. در این صورت نیز باید تکلیف این فرد مشخص گردد و از سرگردانی جسمی و روانی نجات پیدا کند و حکم تعلق سهم‌الارث نصف سهم یک مرد و نصف یک زن، نمی‌تواند گویای وضع این گونه افراد در روابط اجتماعی و اخلاقی و دینی باشد. بنابراین در چنین مواردی نیز تغییر جنسیت یا در واقع تعیین جنسیت واقعی از

---

۱. فاضل لنکرانی، محمد، جامع‌المسائل، استفتاآت، ج ۲، ص ۳۷۶؛ صانعی، یوسف، استفتاآت پزشکی، ص ۹۲ تا ۹۴؛ منتظری، حسین‌علی، احکام پزشکی، ص ۱۱۳.
۲. منتظری؛ فاضل لنکرانی؛ صانعی، همان منابع.

طریق معالجات پزشکی و روان‌کاوی و انجام عملیات جراحی، ضروری و جایز دانسته شده است.[۱]

فقهاء امامیه برای اثبات جواز تغییر و تعیین جنسیت به قواعد فقهی معتبر و معروف، نظیر قاعدهٔ اضطرار، قاعدهٔ نفی عسر و حرج و قاعدهٔ نفی ضرر و قاعدهٔ ضرورت (الضرورات تبیح المخطورات) و اصول حلّیت، صحت و برائت و امثال آن‌ها متوسل شده‌اند که در گفتار مربوط به جواز اهداء و انتقال جنین، بحث تفصیلی قواعد و اصول مزبور آمده است لذا از تکرار آن خودداری می‌شود (گفتار سوم فصل پنجم).

در زمینهٔ تغییر جنسیت، عده‌ای بر این عقیده‌اند که اگر انجام وظایف و تکالیف شرعی، بدون تغییر جنسیت امکان‌پذیر نباشد، اقدام به تغییر و تعیین جنسیت امری واجب است و در غیر این صورت آن را جایز دانسته ولی واجب شرعی نمی‌دانند[۲] ولی عده‌ای دیگر در هر حال تغییر جنسیت را واجب ندانسته‌اند.[۳] و می‌گویند دلیل بر وجوب تغییر جنسیت ولو به عنوان وجوب مقدمهٔ عقلی وجود ندارد. البته اگر با عدم تغییر جنسیت، فرد خنثی مرتکب عمل حرام گردد، در این صورت به عنوان مقدمهٔ واجب به منظور انجام واجبات و ترک محرمات، واجب است که اقدام به تغییر و تعیین جنسیت نماید.

بند سوم ـ تغییر جنسیت ممسوح.

در فقه اصطلاحاً ممسوح به کسی اطلاق می‌گردد که علائم یا آلت مردانه یا زنانه ندارد و فقط مجرایی برای دفع ادرار در بدن وی ملاحظه می‌شود. به عبارت دیگر اوصاف و خصوصیات هیچ یک از دو جنس ذکور یا اناث در چنین فردی ظهور و بروز ندارد و معلوم نیست که از نظر داخلی و ارگان درونی. چنین فردی اوصاف و خصوصیات زنانه یا مردانه دارد. لذا وضع این گونه افراد از دو حال خارج نیست: ممکن است اعضای تناسلی داخلی آنان به صورت کامل شکل گرفته باشد یعنی اعضای داخلی متعلق به زنان یا متعلق به مردان در درون بدن این افراد تشکیل شده باشد، یا این که اعضاء داخلی آنان همانند وضع خارجی دارای اشکال و ابهام است.

---

۱. همان منابع.
۲. منتظری، همان، ص ۱۱۶.
۳. جناتی، محمدابراهیم، رساله توضیح‌المسائل (استفتاآت، ج ۲، قم، سال ۱۳۸۲، ص ۲۵۴ و ۲۵۶).

در مورد ظاهر بدن ممسوح مطالب مختلفی عنوان شده است از جمله آن که ممکن است کسی آلت تناسلی مردانه یا زنانه نداشته باشد و دارای قُبُل نباشد و آلتی شبیه تکه‌ای گوشت داشته باشد که از آن ادرار ترشح کند و گاهی ممکن است فردی فقط یک مخرج به جای دو مخرج (مخرج بول و غایط) داشته و از آن مخرج هم بول (ادرار) و هم غایط (مدفوع) خارج گردد که یک مخرج مزبور ممکن است جلو بدن یا عقب بدن آن فرد قرار داشته باشد.

در فقه برای تشخیص جنس چنین فردی نظرات مختلفی ابراز شده است که از جملهٔ این نظرات به عنوان قول مشهور، توسل به قرعه برای رفع مشکل از جهت آثار حقوقی است[۱] و بعضی دیگر قرعه را وسیلهٔ تعیین جنس ممسوح ندانسته‌اند.[۲]

برای تعیین و تشخیص جنسیت افراد ممسوح امروزه از آزمایشات پزشکی و سونوگرافی و غیره استفاده می‌شود و به کمک عمل جراحی و مداوای هورمونی و استفاده از سلول‌های بنیادی و روان‌کاوی امکان تعیین جنسیت وجود دارد که در بخش آثار حقوقی، توضیحات لازم داده خواهد شد.

گفتار سوم
شرایط تغییر جنسیت.

برای این که فرد خنثی یا ممسوح که اختلالات جنسی دارد و خواستار معالجه به منظور رفع اختلال جنسی گردد، آیا لازم است شرایطی را رعایت کند و یا این که مانند افراد مریض مبتلا به امراض مختلف حق دارد به متخصصان مراجعه و به مداوا بپردازد؟

در نظام حقوقی ایران مقررات خاصی در این زمینه وجود ندارد ولی با توجه به اصول حقوقی می‌توان دو حالت را در این مورد از هم تفکیک و به طور جداگانه مورد بررسی قرار داد:

حالت نخست مداوای هورمونی و روان درمانی و حالت دوم انجام عملیات جراحی.

---

۱. میرفتاح، عناوین، ج ۱، ص ۳۸ به بعد؛ نجفی، محمدحسین، جواهرالکلام، ج ۳۹، ص ۲۹۷ و ۲۹۸؛ خوانساری، سیداحمد، جامع‌المدارک، قم سال ۱۴۰۵ قمری، ج ۵، ص ۳۸۲.

۲. الوسائل، الباب ۴ من ابواب میراث الخنثی، الحدیث ۲، ۳، ۵.

در حالت نخست ممکن است فردی از نظر اندام ظاهری مشکلی نداشته باشد و دارای علائم مردانه یا علائم کامل زنانه باشد ولی از جهت کمبود هورمون‌های بدن و یا از لحاظ روانی دچار اختلال و ابهام جنسی است. در این صورت چنانچه از طریق هورمون درمانی و روان درمانی مشکل وی رفع گردد، چنین فردی برای رفع مشکل خود به متخصصان مربوط مراجعه خواهد کرد و چون بعضی از این گونه افراد با تجویز هورمون‌های مناسب از طرف پزشک متخصص تغییر وضع داده و مداوا خواهند شد و به کمک متخصصان در رشتهٔ روح و روان، مشکلات روانی آن‌ها نیز مرتفع شده مسیر زندگی عادی و بدون دغدغه خود را طی خواهند کرد که در این فرض بدون تردید نیاز به هیچ گونه تشریفاتی نداشته و به عنوان یک مریض به معالجه خود می‌پردازد ولی ممکن است این گونه افراد از طریق مداوا معالجه نگردند و نیاز به عمل جراحی و تغییر وضع ظاهری نیز داشته باشند که در این صورت قضیه تفاوت دارد.

حالت دوم. به این صورت خواهد بود که فرد از نظر ظاهری بدن دو جنسیتی است و یا ممسوح است که در این حالت مشکلات این فرد بدون انجام عمل جراحی رفع نخواهد شد و بعد از عمل جراحی تبدیل به مرد یا زن می‌گردد که در این گونه موارد از دیدگاه جامعه و از منظر آثار حقوقی وضع چنین افرادی به طور کلی دگرگون خواهد شد و در حقوق و تکالیف آنان تأثیر به سزایی خواهد داشت. به طور مثال فردی که ظاهری زنانه دارد و با نام زن نامیده می‌شود و در مدارس و دانشگاه‌ها به عنوان جنس مؤنث به تحصیل اشتغال داشته و مدارک شناسایی و تحصیلی را با نام ظاهری اخذ و در جامعه وارد بازار کار شده و یا جذب خدمت در مؤسسات دولتی یا عمومی گردیده و صاحب حقوق و تکالیفی در اجتماع شده است و تعهداتی در برابر اشخاص ثالث پیدا کرده که با تغییر جنسیت و تغییر نام، مشکلاتی برای سایر اشخاص و جامعه ایجاد خواهد کرد. و این تغییر جنسیت برای کسی که تغییر جنسیت می‌یابد نیز تأثیر فراوان خواهد داشت زیرا باید نام کوچک وی تغییر پیدا کند و کلیه مدارک مربوط به این فرد از جمله شناسنامه، کارت شناسایی، مدارک تحصیلی و استخدامی، اسناد رسمی مالکیت املاک و اموال دارای سند مالکیت و اسناد تعهدآوری که به نفع وی یا علیه وی تنظیم شده و امثال آن با توجه به نام جدید این فرد باید تغییر پیدا کند. با توجه به مراتب مذکور تردیدی نیست که تغییر جنسیت حالت دوم که به تغییر علائم ظاهری علائم

مردانه یا زنانه منجر می‌شود، با حالت نخست که معالجه منجر به تغییر علائم ظاهری نمی‌شود، تفاوت فاحشی دارد و باید تابع شرایط خاصی باشد.

در نظام حقوقی ایران همان‌طور که اشاره شد، مقررات و قوانین خاصی در این زمینه وجود ندارد تا بتوان به عنوان شرایط قانونی از آن نام برد ولی برای جلوگیری از مشکلات عملی آتی و رفع هرگونه تردید در تغییر جنسیت فرد مورد نظر و حفظ نظم عمومی و رعایت اخلاق حسنه، شایسته است تغییر جنسیت تابع تشریفات و شرایط خاصی باشد.

ممکن است گفته شود تغییر جنسیت نیاز به مداخله و بررسی مراجع قضایی دارد تا با احراز ضرورت تغییر جنسیت از طرف مراجع صلاحیت‌دار قضایی، با جلب نظر کارشناسان و متخصصان بیولژی، پزشکی و روان‌پزشکی، حکم مبنی بر تغییر جنسیت صادر و به مرحلهٔ اجراء درآید. بنابراین طرز تفکر، خواهان تغییر جنسیت یا وکیل وی باید دادخواستی به طرفیت دادستان که حافظ منافع عمومی است و ادارهٔ ثبت احوال به خواستهٔ تغییر جنسیت طبق بند ۱۸ مادهٔ ٤ قانون حمایت خانواده مصوب شانزدهم اسفندماه ۱۳۹۱ به دادگاه خانوادهٔ محل اقامت خود تقدیم و دلایل کافی و لازم مبنی بر ضرورت تغییر جنسیت از جمله گواهی پزشک متخصص معالج که به تأیید ادارهٔ پزشکی قانونی رسیده باشد و احیاناً گواهی روان پزشک و فتوکپی شناسنامه و کارت شناسایی و ملی و امثال آن، پیوست دادخواست نماید. مدارک و دادخواست باید به تعداد خواندگان به اضافه یک نسخه تهیه و تقدیم دادگاه شده باشد.

دادگاه پس از رسیدگی‌های لازم و در صورت لزوم با جلب نظر کارشناسان و احراز صحت ادعای خواهان، حکم مبنی بر تغییر جنسیت خواهان صادر به طرفین ابلاغ خواهد کرد و طبق بند ب مادهٔ ۳۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ با توجه به این که دعوی مطروحه غیرمالی است آراء بدوی در این زمینه قابل تجدیدنظرخواهی است و طبق مادهٔ ۳۳۲ همین قانون قرارهای صادره نیزقابل تجدیدنظر است. البته با توجه به مفاد مواد ۳٦۷ و ۳٦۸ قانون آئین‌دادرسی مدنی، آراء و قرارهای صادره در زمینهٔ تغییر جنسیت قابل رسیدگی فرجامی به نظر نمی‌آید. بعد از صدور حکم قطعی و نهایی، طبق مفاد رأی دادگاه عملیات جراحی به منظور تغییر جنسیت با ارائه رأی از طرف خواهان (محکوم‌له) انجام خواهد شد و پس از انجام عمل جراحی، باید گواهی

نامه عمل جراحی و رأی دادگاه به ادارهٔ ثبت احوال ارائه گردد تا مراتب تغییر جنسیت در دفاتر اسناد سجلی ثبت گردد و شناسنامه قبلی خواهان ابطال، شناسنامهٔ جدید با جنسیت فعلی صادر و به متقاضی تسلیم گردد.

ممکن است گفته شود کسی که گرفتار اختلالات جنسی است در واقع مبتلا به نوعی کسالت جسمی و روانی است. بنابراین باید در فرصتی مناسب بدون درگیری با تشریفات دادرسی، بتواند کسالت خود را با مراجعه به متخصصان در اولیّن فرصت معالجه کرده و از طریق عمل جراحی از اختلالات و ابهامات جنسی هرچه زودتر نجات پیدا کند. همان‌طور که هر گاه کسی کسالت معده یا چشم و یا قلب داشته باشد و نیاز به عمل جراحی طبق نظر پزشک معالج باشد، نیاز به اخذ جواز از مرجعی ندارد و می‌تواند در فرصت مناسب با جراحی لازم از کسالت عارض شده و درد و رنج آن نجات پیدا کند، بهتر آن است که در موارد اختلالات جنسی و هرمافرودیت (دو جنسی) و امثال آن با تشخیص و اظهارنظر صریح شورای پزشکان و متخصصان در این رشته و تأیید پزشکی قانونی، جواز جراحی و تغییر یا اصلاح و تعیین جنسیت صادر گردد و بعد از انجام عمل جراحی و صدور گواهی مبنی بر انجام عمل جراحی با تأیید اداره پزشکی قانونی وابسته به قوهٔ قضائیه، برای صدور جواز و حکم تغییر و اصلاح اسناد سجلی و ابطال شناسنامهٔ قدیم و صدور شناسنامهٔ جدید، متقاضی شخصاً یا با وکالت وکیل به تقدیم دادخواست به طرفیت ادارهٔ ثبت احوال و دادستان به دادگاه خانوادهٔ محل اقامت خود، اقدام کند و با ارائه مدارک و گواهی تغییر جنسیت، خواستار صدور حکم مبنی بر الزام ثبت احوال بر اصلاح اسناد سجلی و ابطال شناسنامه و کارت ملی و صدور شناسنامه و کارت ملی جدید با تعیین جنس فعلی و نام کوچک انتخابی، گردد و بهتر است به منظور جلوگیری از اطاله دادرسی و جلوگیری از ایجاد اختلال در امور شخصی و اجتماعی فرد تغییر جنسیت یافته، مرجع رسیدگی به موضوع، دادگاه خانواده با حضور و مشارکت دو دادرس مرجع تجدیدنظر باشد و در جلسه فوق‌العاده و خارج از نوبت رسیدگی به عمل آید و رأی صادره قطعی و لازم‌الاجراء باشد و رأی صادره جهت آگاهی عمومی در روزنامه رسمی و یکی از روزنامه‌های کثیرالانتشار سه مرتبه متوالی به فاصله یک ماه به هزینه متقاضی منتشر گردد.

شاید ایراد شود که آگهی حکم در روزنامه به حیثیت و شخصیت متقاضی لطمه خواهد زد ولی به نظر می‌رسد، انتشار آگهی برای آگاهی عمومی و جلوگیری از عواقب و آثار ناگوار اجتماعی و توالی فاسده ناشی از عدم اطلاع عمومی، مفید است و لطمه‌ای نیز از نظر معنوی به متقاضی وارد نخواهد شد و فرهنگ آن، در جامعه جایگاه خود را پیدا خواهد کرد.

راه‌حل دیگر در زمینهٔ تغییر جنسیت و رفع مشکلات افراد ممسوح و دو جنسی این است که عمل جراحی آن‌ها طبق تشخیص و تصمیم شورای پزشکان و متخصصان، تحت نظر و ریاست ادارهٔ پزشکی قانونی، صورت گیرد و بعد از انجام عمل جراحی و صدور گواهی مبنی بر اتمام عمل جراحی و تغییر یا اصلاح و تعیین جنسیت، گواهی با تأیید ادارهٔ پزشکی قانونی، در هیأت یا شورائی مرکب از رئیس ادارهٔ ثبت احوال، رئیس اداره حقوقی ثبت احوال و یک نفر از قضات دادگستری، ترجیحاً دادرس دادگاه تجدیدنظر، مطرح، تا نسبت به اصلاح اسناد سجلی و ابطال کارت ملی و شناسنامهٔ قدیم و صدور شناسنامه و کارت ملی جدید با اکثریت آراء اتخاذ تصمیم گردد و به این وسیله از تراکم کار در مراجع قضایی کاسته و در واقع به نحوی قضا زدایی شود و رد درخواست متقاضی قابل رسیدگی در شورای عالی ثبت احوال باشد.

راه‌حل دیگری که می‌توان ارائه کرد این است که جواز تغییر جنسیت و مجوز انجام عمل جراحی و اصلاح اسناد سجلی و شناسنامه و کارت ملی به کمیسیونی مرکب از پزشکان و روان‌شناسان متخصص و نمایندهٔ دادستان و دادرس دادگاه تجدیدنظر به ریاست پزشکی قانونی واگذار گردد و رأی یا تصمیم متخذه در این زمینه قطعی و لازم‌الاجرا باشد و کمیسیون مکلف به اتخاذ تصمیم حداکثر تا سه ماه از تاریخ درخواست متقاضی، باشد.

البته هر کدام از راه‌حل‌های پیشنهادی ممکن است مزایا و معایبی داشته باشد که اگر به عنوان لایحه یا طرح در قوهٔ مقننه مطرح گردد، از طرف متخصصان باید بررسی دقیق در این زمینه به عمل آید تا بهترین و مفیدترین راه‌حل به صورت قانون درآید و لازم‌الاتباع گردد. حسن دیگر وضع قانون در مورد چگونگی تغییر جنسیت این است که جامعه و ۰ انواده‌ها این واقعه را می‌پذیرند و افراد مبتلا به اختلالات و ابهام جنسی از

جامعه و خانواده دور نمی‌شوند و خود را جدای از سایر انسان‌ها ندانسته و فرهنگ پذیرش این گونه افراد در خانواده و جامعه نیز ایجاد خواهد شد.

گفتار چهارم
آثار حقوقی تغییر جنسیت در نظام حقوقی ایران.

تغییر جنسیت آثار حقوقی متعدد و مختلفی دارد که علاوه بر جنبهٔ شخصی و فردی، آثار اجتماعی نیز دارد ولی تفکیک بین دو جنبهٔ مزبور همیشه آسان نیست.

بخش یکم ـ آثار حقوقی فردی.

وقتی کسی در اثر عمل جراحی تغییر جنسیت می‌دهد، بر این تغییر جنسیت آثاری به شرح زیر مترتب می‌گردد:

بند یکم ـ تغییر نام کوچک فردی که تغییر جنسیت داده است.

اصولاً انسان‌ها از طریق نام کوچک و در کشورهای متمدن جهان با نام کوچک و نام‌خانوادگی در جامعه معرفی و از یکدیگر متمایز می‌گردند و بر حسب عرف و عادت، بعضی از اسامی به جنس مذکر و بعضی دیگر به جنس مؤنث اختصاص یافته است. بنابراین اگر جنس مذکری به جنس مؤنث تغییر وضع بدهد یا برعکس، لزوماً باید نام کوچک وی تغییر کند و نام مخصوص جنس فعلی خود را باید نامبرده انتخاب تا در اسناد سجلی وی درج گردد و با نام جدید مناسب با جنس فعلی نامیده شود.

بند دوم ـ اصلاح هویت و ذکر جنس جدید در اسناد سجلی ثبت احوال.

بند سوم ـ ابطال شناسنامه و کارت ملی قبلی و صدور شناسنامه و کارت ملی با مشخصات جدید با شماره و سریال جدید.

البته برای رفع مشکلات علمی شایسته است در شناسنامه و کارت ملی جدید اقدام به کدگذاری گردد تا در صورت لزوم مشخصات قبلی چنین افرادی قابل شناسایی به وسیلهٔ مراجع صلاحیت‌دار از جمله مرجع قضایی، باشد.

بند چهارم ـ تغییر و اصلاح مشخصات دارندهٔ اسناد مالکیت، مدارک تحصیلی و استخدامی با نام کوچک جدید.

بند پنجم ـ تغییر رابطهٔ نسبی.

با تغییر جنسیت، رابطهٔ نسبی نیز تغییر می‌کند. به طور مثال اگر فرزند یک خانواده تغییر جنسیت پیدا کند و دختری تبدیل به پسر شود یا برعکس، در وضع فعلی دختر قبلی، پسر والدین و یا پسر قبلی، دختر والدین خواهد بود و همچنین است قرابت بردار و خواهر، عمو و عمه،دائی و خاله و درجات بعدی مثل برادرزاده و خواهرزاده، پسر عمو، پسر عمه، پسر دائی و پسر خاله و امثال آن که با تغییر اوصاف مزبور، آثار حقوقی آن‌ها نیز تغییر خواهد کرد.

بند ششم ـ تغییر در توارث و سهم‌الارث.

در نظام حقوقی ایران و سایر کشورهای اسلامی با الهام از ضوابط و احکام شرعی، سهم‌الارث افراد در طبقات و درجات قرابت نسبی، بین دختر و پسر و مذکر و مؤنث همیشه یکسان نیست. به طور مثال در بین اقارب نسبی طبقه اول پسر دو برابر دختر ارث می‌برد. (قسمت اخیر مادهٔ ۹۰۷ قانون مدنی)

البته لازم است توضیح داده شود ممکن است مورث فرد خنثی قبل از عمل جراحی و تغییر یافتن جنسیت خنثی، فوت شده باشد، در این صورت بلافاصله بعد از وقوع فوت، ماترک متوفی به ورثهٔ وی به طور قهری و قانونی انتقال پیدا می‌کند و سهم‌الارث خنثی در قانون مدنی ایران با الهام از حقوق اسلام، مشخص گردیده است. مادهٔ ۹۳۹ ق. م در این زمینه چنین مقرر داشته است: «در تمام موارد مذکوره در این مبحث (مبحث سوم: سهم‌الارث وراث طبقهٔ سوم) و در دو مبحث قبل، (مبحث اول: در سهم‌الارث طبقهٔ اول و مبحث دوم: در سهم‌الارث طبقهٔ دوم) اگر وراث خنثی بوده و از جمله ورائی باشد که ذکور آن‌ها دو برابر اناث ارث می‌برند، سهم‌الارث او به طریق ذیل معین می‌شود:

اگر علائم رجولیت غالب باشد، سهم‌الارث یک پسر از طبقهٔ خود را می‌برد و اگر علائم اناثیت غلبه داشته باشد، سهم‌الارث یک دختر از طبقهٔ خود را می‌برد و اگر هیچ یک از علائم غالب نباشد، نصف مجموع سهم‌الارث یک پسر و یک دختر از طبقهٔ خود را خواهد برد.»

در قانون مدنی ایران تعریفی از خنثی نشده و فقط در ماده ۹۳۹ آن از خنثی نام برده شده است ولی فقهاء در تعریف خنثی گفته‌اند: خنثی کسی است که هم فرج زن و هم آلت تناسلی ظاهری مرد را داشته باشد یا دارای آلت مردی است سوراخی نیز در کنار و اطراف آن آلت وجود دارد که از آن بول (ادرار) خارج گردد ولی این سوراخ شبیه فرج یا آلت زنانه نیست و ممکن است عکس این حالت در فردی وجود داشته باشد یعنی دارای فرج زن و سوراخی که از آن ادرار خارج گردد و خنثی را به خنثای ظاهر و مشکل تقسیم کرده‌اند که شرح ان گذشت و در فقه از ممسوح نیز نام برده شده که در مباحث قبلی مورد بررسی قرار گرفته است و از تکرار آن خودداری می‌شود.

قانون مدنی ایران در باب ارث به خنثای ظاهر و خنثای مشکل اشاره کرده و نسبت به ممسوح ساکت است و برای تعیین سهم‌الارث خنثی به غلبه علائم رجولیت یا اناثیت و عدم غلبه علائم زنانگی و مردانگی اشارهٔ نموده و سهم‌الارث این افراد را مشخص نموده و با این ترتیب مشکل سهم‌الارث آنان را به ظاهر حل کرده است ولی در قانون معیار و مفهوم غلبه مشخص نشده و قانونگذار مشخص نکرده است منظور از غلبه علامتی بر علامت دیگر چیست و برای روشن شدن این موضوع طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی ناچاریم به کتب و فتاوای معتبر فقهی مراجعه کنیم و یا از کارشناسان متخصص و خبره نظرخواهی نمائیم.

در فقه برای تشخیص علائم غالب معیارهایی به شرح زیر عنوان شده است:

۱ـ خروج بول. اگر بول یا ادرار خنثی از آلت مردانه خارج شود، مرد است و اگر از آلت زنانه خارج شود زن است و اگر از هر دو آلت بول خارج شود، آغاز خروج ادرار ملاک است و اگر خروج ادرار هم زمان باشد، قطع دیرتر ادرار ملاک خواهد بود و اگر شروع و قطع ادرار از آلات دو گانه هم زمان باشد، باید به قراین دیگر مثل جهش بول و سیلان آن متوسل شد و گفت جهش علامت مردی و سیلان علامت زنانگی است و اگر از این معیار نتوان غلبه را تشخیص داد به علائم دیگر باید متوسل شد.

۲ـ ریش و برجستگی پستان‌ها. ریش علامت غالب برای مردان و برجستگی یا کروی بودن پستان علامت غالب در زنان است و در صورت تعارض ریش و پستان، وجود ریش را علامت غلبهٔ جنس مردانگی دانسته‌اند.

۳ـ ریش و حیض. اگر خنثی هم ریش داشته باشد و هم عادت ماهانه ببیند، در این صورت حیض مقدم است و علامت زنانگی غلبه دارد.

٤ـ ریش و حمل. در تعارض بین ریش و حمل، آبستنی و زن بودن، جنس غالب تلقی خواهد شد.

۵ـ در تعارض حیض و احتلام، حیض علامت غالب محسوب می‌شود.

٦ـ در تعارض بین حامل کردن و برجستگی یا کرویت پستان، علائم مردانگی غالب است و در تعارض حامل کردن و حیض، جانب حیض را غالب دانسته‌اند.

۷ـ در تعارض حامل کردن و حامل شدن، برای تعیین جنس غالب باید به قراین دیگر متوسل شد که تعداد دنده‌ها را بعضی غلبه دانسته‌اند ولی علم پزشکی اختلاف دنده‌ها یا اضلاع را نپذیرفته است.

۸ ـ معیار روانی. اگر تمایلات مردانه در خنثی قوی‌تر باشد، علامت غالب مردانه و برعکس آن علامت غالب زنانه دانسته‌اند و تمایل مساوی به هر دو جنس سبب وجود تعارض است[1] و توسل به بیولژی و علم پزشکی از طریق آزمایشات هورمونی و سونوگرافی شاید رفع تعارض کند.

۹ـ در مورد ممسوح و سهم‌الارث وی، همان‌طور که اشاره شد، قانون مدنی ایران حکم صریحی ارائه نکرده است لذا شاید بتوان چنین فردی را در ردیف خنثای مشکل دانست و نصف مجموع سهم‌الارث یک پسر و یک دختر از طبقه‌ای که در آن قرار دارد برای وی منظور کرد.

در فقه امامیه برای حل مشکل عده‌ای توسل به قرعه را عنوان کرده‌اند.[2]

حکم قانونی و شرعی سهم‌الارث خنثای مشکل که نیمی از مجموع سهم یک پسر و یک دختر است، تمام مسائل را در قضیه ارث حل نخواهد کرد، زیرا فروض صاحبان فرض با توجه به حکم مزبور در هاله‌ای از ابهام باقی می‌ماند. اگر به طور مثال متوفی

---

۱. مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۲۱۳ به بعد؛ جواهر الکلام، جلد ۳۹، ص ۲۹۷ به بعد.

۲. جامع المدارک، ج ۵، ص ۲۸۲ به بعد؛ مفتاح الکرامه، ج ۸، ص ۲۴۲؛ جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۵۹ به بعد.

دارای پدر و مادر و یک فرزند خنثای مشکل باشد، معلوم نیست چقدر از ماترک، مازاد بر فروض است تا بتوان بین ورثه، بقیه ماترک را به نسبت فروض تقسیم کرد ولی اگر جنس خنثای مشکل تمیز داده شود وضع تقسیم ترکه مشخص خواهد شد یعنی اگر جنس خنثای مشکل زن باشد، در مسألهٔ عنوان شده نصف ماترک به وی تعلق می‌گیرد و یک سوم از ماترک به ابوین متوفی تعلق گرفته و بقیه ماترکه یعنی یک ششم باقیمانده طبق ماده ۹۰۸ ق. م ایران به نسبت فروض به ابوین و یک دختر خواهد رسید که سهم دختر سه پنجم از یک ششم و سهم ابوین دو پنجم از یک ششم مازاد خواهد بود و اگر مادر حاجب داشته باشد از یک ششم مازاد سهمی نخواهد برد امّا اگر خنثای مشکل مشخص شود مرد است، سهم ابوین مجموعاً یک سوم از ماترک خواهد بود و بقیه ماترک به قرابت متعلق به پسر است، در صورتی که متوفی فاقد زوج یا زوجه باشد. بنابراین با توجه به پیشرفت علوم پزشکی و بیولژی انسانی، برای رفع مشکل اشاره شده، باید به طور قاطع جنس خنثای مشکل و حتی جنس فرد ممسوح را تمیز داد.

طبق مادهٔ ۸٦۷ ق. م ایران، ارث به موت حقیقی یا به موت فرضی مورث تحقق پیدا می‌کند. بنابراین تغییر جنسیت و تاریخ فوت مورث ملاک تعیین سهم‌الارث فرد تغییر جنسیت یافته خواهد بود و اگر قبل از تغییر جنسیت فرد خنثی یا ممسوح، مورث وی فوت شود سهم‌الارثی را که قانون مدنی در مادهٔ ۹۳۹ مقرر کرده به وی تعلق خواهد گرفت ولو چند لحظه بعد از فوت مورث، زنی به مرد یا مردی به زن تبدیل شده باشد، ملاک سهم‌الارث وراث زمان فوت مورث است ولو ترکه هنوز بین ورثه تقسیم نشده باشد.

بند هفتم ـ اثر حقوقی تغییر جنسیت در ازدواج.

ممکن است دو نفر که یکی از آنان ظاهراً مرد و دیگری زن است با هم ازدواج نمایند و اگر بعد از ازدواج و قبل یا بعد از مواقعه و برقراری رابطهٔ جنسی یکی از آنان یا هر دو نفر تغییر جنسیت بدهند، تکلیف چیست؟ و چه آثاری بر تغییر جنسیت بعد از ازدواج مترتب خواهد شد؟

مسائل مطروحه به شرح زیر مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

الف ـ اثر تغییر جنسیت در اصل نکاح.

در نظام حقوقی ایران مانند بسیاری از کشورهای جهان و کشورهای اسلامی، با توجه به مواد ۱۰۳۵، ۱۰۵۹، ۱۰۶۷، ۱۱۲۲ و ۱۱۲٤ قانون مدنی ازدواج دو هم جنس باطل است و همان طور که اختلاف در جنس یعنی زن و مرد بودن زوجین شرط صحت تحقّق ازدواج است، ادامهٔ رابطهٔ زوجیت نیز با اختلاف در جنس زوجین، امکان‌پذیر است. یعنی همان‌طور ازدواج دو زن یا دو مرد با یکدیگر ممنوع و باطل است، اگر تفاوت جنس زوجین یا یکی از آن‌ها با تغییر جنسیت از بین برود، ازدواج باطل خواهد شد ولی با توجه به اشکالات عملی که ممکن است بعداً ایجاد شود و بین طرفین اختلاف به میان آید که تغییر جنسیت تحقق نیافته و ازدواج به اعتبار خود باقی است، اعلام بطلان نکاح به طرق مختلف از جمله از طریق ارسال اظهارنامه به نظر کافی نیست لذا شایسته است دادگاه که مرجع تظلمات عمومی است موضوع بطلان ازدواج به علت تغییر جنسیت را با توجه به مدارک ارائه شده و موجود در پرونده و با احراز ادعای خواهان مبنی بر بطلان نکاح به علت تغییر جنسیت، مراتب بطلان نکاح را اعلام نماید. رأی صادره جنبهٔ اعلامی دارد و دادگاه ادعای بطلان ازدواج را تشخیص و مراتب را اعلام خواهد کرد و چون این گونه دعاوی جنبهٔ غیرمالی دارد، رأی صادره قابل تجدیدنظر است. (مادهٔ ۳۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹)

ب ـ اثر تغییر جنسیت در مهر یا صداق.

معمولاً به هنگام ازدواج، برای زوجه مهر یا صداق تعیین خواهد شد و گاهی اتفاق می‌افتد شوهر قبل از نزدیکی و مواقعه، مهر را می‌پردازد که در این مورد دو حالت قبل و بعد از مواقعه تفاوت دارد.

۱ـ تغییر جنسیت قبل از مواقعه.

اگر بعد از انعقاد عقد ازدواج و قبل از برقراری رابطهٔ جنسی بین زوجین، به علت تغییر جنسیت یکی از آنان، ازدواج باطل گردد، تکلیف مهر تعیین شده و پرداخت شده چیست؟ آیا باید تمام مهر پرداخت شده مسترد گردد و یا نصف مهر برمی‌گردد؟ آنچه مسلم است بطلان ازدواج خصوصیات طلاق قبل از مواقعه را ندارد تا نصف مهر در ملکیت زن مستقر گردد و مشابه فسخ نکاح نیز محسوب نمی‌گردد تا تعلق نصف

مهرالمسمی در مورد عنن به زوجه و عدم تعلق مهر به زوجه در سایر موارد انحلال به علت فسخ قابل تصور باشد ولی با توجه به این که تعیین و پرداخت مهرالمسمی به منظور تشکیل و ادامه خانواده است و در تغییر جنسیت ازدواج باطل خواهد شد و خانواده منتفی می‌گردد لذا علت تعیین مهر و پرداخت آن از بین رفته است و با انتفاء علت، موضوع مهر نیز منتفی است و در صورت پرداخت مهر، باید مسترد گردد و اگر در این جریان ضرری به یکی از آنان وارد شده باشد و بین عمل تغییر جنسیت و ضرر مسلم وارده، رابطهٔ سببیت وجود داشته باشد، از طریق مراجع قضایی قابل مطالبه است. به‌نظر می‌رسد، ضرر قابل مطالبه، منحصراً ضرر مادی است و ضرر معنوی قابل مطالبه نباشد؛ زیرا تغییر جنسیت به حکم ضرورت انجام گرفته است و مشابه معالجه امراض دیگر یا جراحی‌های ضروری دیگر است که مبتلا به کسالت اختلال جنسی برای رفع آن حق معالجات لازم، از جمله تغییر جنسیت از طریق عمل جراحی را خواهد داشت. تدلیس و کتمان ابهامات جنسی می‌تواند عامل ورود زیان تلقی گردد و در این صورت شاید ضرر معنوی نیز قابل مطالبه باشد.

هرگاه زوجین هم زمان یا در دو زمان قبل از مواقعه تغییر جنسیت دهند نیز مهر ساقط خواهد شد. در مورد تغییر جنسیت یافتن هم زمان زوجین دو نظریه ابراز شده است: یک نظر این است که ازدواج سابق احتمالاً از بین نخواهد رفت؛ زیرا خصوصیات زوجین تغییر کرده و جایگاه این دو همسر عوض شده و اتفاق دیگری نیفتاده است. به عبارت دیگر زوجه تبدیل به زوج شده و زوج تبدیل به زوجه شده است و در این صورت قطع رابطهٔ زوجیت سابق محل تردید است و یقین سابق قابل استصحاب خواهد بود و دلیل قطعی بر اسقاط رابطهٔ زوجیت نیز وجود ندارد.[1] البته این نظریه به عنوان احتمال و با تردید مطرح شده است.

نظریه دیگر این است که در صورت تغییر جنسیت زوجین، همزمان و غیرهمزمان، ازدواج آنان باطل خواهد شد زیرا خصوصیات سابق ازدواج کاملاً دگرگون شده و قابلیت‌های قبلی تغییر کرده است و اراده یا قصد و رضای طرفین قرارداد ازدواج بر این اساس تحقق یافته بود که جنس مؤنث هنگام شکل‌گیری قرارداد با حقوق و تکالیف

---

۱. مؤمن، محمد، کلمات سدیده فی مسائل جدیده، مؤسسه نشر اسلامی، سال ۱۴۱۵ قمری، ص ۱۱۰؛ صانعی، یوسف، استفتاآت پزشکی، ص ۱۰۵ و ۱۰۶.

مخصوص به خود اقدام به ایجاب در عقد ازدواج کرده و جنس مذکر آن زمان نیز با تصور بر عهده گرفتن تکالیف مردانه و تحصیل حقوق خاص شوهر، ایجاب اعلام شده را پذیرفته و به آن رضایت داده است و موضوع ازدواج به هیچ وجه مشابهتی به داد و ستد اشیاء و اموال ندارد تا تغییر مالکیت اموال و اشیاء مورد داد و ستد تأثیری در وضع مالی طرفین قرارداد داد و ستد نداشته باشد و تعادل مادی و مالی طرفین بهم نخورد. مثلاً به موجب توافقی یکی از دو طرف قرارداد داد و ستد، مقدار دویست کیلو گندم را با این تصور که مالک آن است با یکصد کیلوگرم برنج طرف مقابل خود با تصور مالک بودن وی، معاوضه کند ولی بعد از انعقاد قرارداد مشخص شود که گندم متعلق به طرفی بوده که خود را مالک برنج می‌دانسته و برنج متعلق به طرف دیگر بوده که خود را مالک گندم می‌دانسته است، در این حالت شاید بتوان پذیرفت که چنین معاوضه‌ای صحیح باشد و چنین استدلال کرد که این گونه رد و بدل کالاها در وضع اقتصادی و مالی طرفین قرارداد معاوضه تغییری به وجود نمی‌آورد و ضرر طرفین منتفی است ولی در مورد ازدواج وضع بدین منوال نیست تا در صورت تغییر خصوصیات و جنسیت زن و شوهر، در وضع آنان تأثیرگذار نباشد؛ زیرا رابطهٔ شخصی و حقوقی زوجین با تغییر جنسیت آنان کاملاً تغییر خواهد کرد و وضع به کلی دگرگون خواهد شد. لذا عقد ازدواج سابق باطل می‌گردد و طرفین برای ادامهٔ زندگی مشترک نیاز به عقد ازدواج مجدد دارند. به تعبیر دیگر در موضوع تغییر یافتن جنسیت زوجین، نظر به این که تعهدات و حقوق دو طرف عقد ازدواج یکسان و مشابه هم نیست تا با تغییر جنسیت هم زمان یا غیر هم زمان زن و شوهر، تعهدات و وظایف آنان تغییر نکند یا تغییرات اساسی را در برنداشته باشد. لذا تبدیل جنسیت زوجین با معاوضه اشیاء و کالا به شرحی که عنوان شد قابل قیاس نیست و استناد به اصل استصحاب نیز جایگاهی ندارد زیرا یقین سابق امر دیگری است و وضع فعلی امری دیگر، بنابراین نمی‌توان بقاء زوجیت سابق را استصحاب کرد. البته تغییر جنس دختر و پسر در ارتباط با والدین از جهت بعضی از آثار حقوقی نظیر حق انفاق و تکالیف مربوط به آن تفاوتی نخواهد کرد ولی تغییر جنس زن و شوهر چنین نیست.[1] نظریهٔ اخیر با اصول حقوقی هماهنگی و انطباق بیشتری دارد و با عقل و منطق نیز سازگارتر خواهد بود.

---

۱. مؤمن، محمد، همان منبع، ص ۱۱۰؛ صانعی، یوسف، استفتاآت پزشکی، ص ۱۰۵ و ۱۰۶؛ فاضل لنکرانی، محمد، همان منبع، مسأله ۳۵۱، ص ۱۴۱.

۲ـ تغییر جنسیت بعد از مواقعه.

هرگاه یکی از زوجین بعد از برقراری رابطهٔ جنسی و مواقعه، تغییر جنسیت بدهد، در این صورت نیز ازدواج باطل می‌گردد و رابطهٔ زوجیت، ادامه پیدا نخواهد کرد و چون قبل از تغییر جنسیت، ازدواج اعتبار قانونی و شرعی داشته است، لذا زوجین در برابر یکدیگر حقوق و تکالیف قانونی و شرعی دارند. بنابراین مواقعهٔ بین آن‌ها کاملاً براساس مقررات و ضوابط قانونی و شرعی صورت گرفته است لذا آثار حقوقی بر اقدام مزبور مترتب خواهد شد. حال اگر مردی با زنی ازدواج کند و بعد از مواقعه تغییر جنسیت بدهد، تمامی مهرالمسمی در ذمهٔ وی مستقر گردیده که اگر قبلاً آن را به زوجهٔ خود پرداخت نکرده باشد، مکلف به پرداخت آن است هر چند مرد و شوهر سابق با تغییر جنسیت تبدیل به زن شده باشد و اگر به هنگام ازدواج مهر تعیین نشده یا به شرط عدم مهر عقد ازدواج منعقد شده باشد، بعد از مواقعه، به زوجه مهرالمثل تعلق خواهد گرفت که بر ذمه زوج است و مکلف به پرداخت آن خواهد بود و بعد از تغییر جنسیت شوهر و تبدیل شدن به زن در تعهد ایجاد شدهٔ وی تأثیری ندارد و نمی‌تواند به بهانه این که در حال حاضر زن است و شوهر آن زن نیست، از انجام تعهد یعنی پرداخت مهر زوجهٔ سابق خود امتناع کند. بنابراین بر طبق مقررات باید حکم بر محکومیت وی به پرداخت مهر زوجهٔ سابق این فرد صادر و به مرحلهٔ اجرا درآید و اگر قادر به پرداخت مهرالمسمی یا مهرالمثل زوجهٔ سابق خود نباشد، دادگاه می‌تواند او را به پرداخت به طور اقساط با قسط معین در حد استطاعت و توان مالی محکوم کند و در صورت اثبات اعسار، وی از پرداخت مهر تا زمان ملأمت نسبی از انجام تعهد مزبور معاف خواهد بود و اگر با وجود قدرت یا توانایی مالی از پرداخت مهر عمداً و با سوءنیت خودداری کند، طبق مادهٔ ۲ قانون نحوهٔ اجرای محکومیت‌های مالی قابل تعقیب و بازداشت است و تغییر جنسیت در این زمینه تأثیری نخواهد داشت. حال چنانچه زنی بعد از مواقعه با شوهر خود تغییر جنسیت بدهد، در این صورت نیز مهرالمسمی یا مهرالمثل وی بر ذمهٔ شوهر سابق نامبرده که قبلاً استقرار یافته، به اعتبار و قوت خود باقی است و مهر زوجهٔ سابق به علت تغییر جنسیت و تبدیل به مرد شدن ساقط نخواهد شد.

ج ـ اثر تغییر جنسیت در نگاه داشتن عده.

آیا در صورت ابطال زوجیت به علت تغییر جنسیت زوج، زوجهٔ سابق وی باید عدّه نگه دارد یا خیر؟ نظر به این که ممکن است که زن مذکور حامل باشد، لذا به منظور جلوگیری از اختلاط نسل، لازم است تا سه طهر عده نگاه دارد مگر این که زن یائسه باشد یا تغییر جنسیت شوهر قبل از مواقعه و آمیزش صورت گرفته باشد و اگر احیاناً زن حامل باشد تا وضع حمل و انقضاء مدت ده روز دوران نفاس، باید عده نگاه دارد، هر چند در مدّت عده، شوهری ندارد زیرا زوج سابق وی تبدیل به زن شده است و در نظام حقوقی ایران و اسلام، زنی شوهر زن دیگر نخواهد بود و به فرض اگر شوهر سابق بعد از تغییر جنسیت به حالت سابق برگردد نیز رابطهٔ زوجیت اعاده نخواهد شد؛ زیرا بطلان مزبور، علقهٔ زوجیت را قطع کرده و برقراری رابطهٔ زوجیت سابق، نیاز به انعقاد قرارداد ازدواج جدید دارد ولی در این فرض نیاز به انقضاء عده ندارد، چون اختلاط نسل منتفی است. البته با بطلان ازدواج، زن با این که باید عده نگاه دارد، در مدّت عده شوهر ندارد لذا در صورت فوت این زن یا شوهر سابق وی، موضوع توارث بین آنان منتفی است و در صورت فوت شوهر سابق، عدهٔ وفات وجود ندارد و فقط عدّهٔ مربوط به حاملگی و جلوگیری از اختلاط نسل مورد نظر است. ممکن است گفته شود اگر در اثر آزمایشات پزشکی مسلم گردد که زن حامل نیست، نیاز به رعایت عده نیست، برای رفع هرگونه شبهه یا احتمالات حاملگی یا حاملگی خارج از رحم و رعایت احترام و شخصیت زن، به نظر شایسته است که زن عده نگاه دارد. اگر زنی با تغییر جنسیت به مرد تبدیل گردد و با شوهر سابق خود رابطهٔ جنسی داشته و یائسه نباشد، به نظر می‌رسد باید عده نگاه دارد زیرا بعید نیست که قبل از تغییر جنسیت حامل شده باشد مگر این که ثابت باشد حملی در بدن زن تغییر جنسیت یافته و تبدیل به مرد شده، وجود ندارد. البته نظر خلاف نیز قابل ابراز است.

د ـ اثر تغییر جنسیت در نفقهٔ زوجه.

نفقهٔ زوجه دائمی در نظام حقوقی ایران در صورت تمکین در زمان زوجیت بر عهدهٔ شوهر است. (مواد ۱۱۰٦ و ۱۱۰۸ ق. م) و اگر شوهر نفقهٔ گذشته زوجهٔ خود را نپرداخته باشد، زوجهٔ حق مطالبه آن را خواهد داشت و در عقد انقطاع یعنی در ازدواج

موقت، زن حق نفقه ندارد مگر این که حق دریافت نفقه، شرط شده باشد یا آن که عقد ازدواج موقت مبنی بر آن واقع شده باشد. (مادهٔ ۱۱۱۳ ق. م) حال اگر مردی با تغییر جنسیت، تبدیل به زن شده باشد، ازدواج وی باطل خواهد شد و زوجهٔ وی برای جلوگیری از اختلاط نسل و رعایت حیثیت خود، باید به مدت سه طهر یا سه ماه در ازدواج دائم و دو طهر یا ٤٥ روز در ازدواج موقت، عده نگاه دارد و اگر زن حامل باشد تا وضع حمل، در هر دو صورت باید عده نگاه دارد و بعد از انقضاء عده می‌تواند با مرد دیگری ازدواج کند. زوجهٔ مرد تغییر جنسیت یافته، حق مطالبه نفقهٔ گذشته و نفقهٔ ایام عده را از شوهر سابق خود دارد ولی حق مطالبه و دریافت نفقهٔ ایام عدّه، مانع از آن نیست که زوجهٔ سابق از شوهر سابق خود که سبب ابطال ازدواج و به هم پاشیدگی کانون خانواده را فراهم کرده است، بتواند خسارات مسلم وارده به خود را مطالبه کند، هر چند خلاف این نظر نیز قابل تصور است، با این استدلال که زوج سابق به اختلالات جنسی مبتلا بوده در واقع گرفتار کسالت شدید جسمی و روانی بوده است لذا حق داشته ابهامات جنسی موجود خود را با عمل جراحی و تغییر جنسیت مرتفع سازد و اعمال حق اگر وسیلهٔ سوء استفاده نباشد، سبب ورود زیان به دیگری محسوب نمی‌گردد و بین اقدام به اعمال حق از جانب صاحب حق و ورود ضرر به دیگری رابطهٔ سببیت وجود ندارد تا از این بابت خسارتی قابل مطالبه باشد پرداخت نفقهٔ ایام عده که زن حق ازدواج با مرد دیگری ندارد، به عنوان جبران خسارت، قابلیت توجیه حقوقی دارد که وضع مقررات، به این گونه مناقشات پایان خواهد داد. البته اگر زوجهٔ مردی تغییر جنسیت دهد نیز موضوع مطالبهٔ خسارات وارده به شوهر سابق چنین فردی با همان دلایل و استدلالات عنوان شده در مورد تغییر جنسیت مرد، قابلیت طرح و بررسی خواهد داشت.

هـ ـ اثر تغییر جنسیت در حقوق و تکالیف ناشی از حضانت اطفال.

در نظام حقوقی ایران و اسلام، حضانت و نگاه‌داری و پرورش جسمی و روحی و تربیت اطفال از جملهٔ حقوق و تکالیف والدین است. مادهٔ ۱۱٦۸ ق. م می‌گوید: «نگاه‌داری اطفال هم حق و هم تکلیف است.»

حقوق و تکالیف مادهٔ ۱۱٦۸ مذکور آثار خاصی دارد و از جملهٔ این آثار این است که با قرارداد یا توافق قابل اسقاط نیست و به علت اهمیتی که دارد، امتناع والدین از

انجام تکالیف مزبور ضمانت اجرای حقوقی و کیفری را در پی خواهد داشت. ماده ۱۱۷۲ ق. م می‌گوید: «هیچ یک از ابوین حق ندارد در مدتی که حضانت طفل به عهدهٔ آن‌ها است از نگاه‌داری او امتناع کند، در صورت امتناع یکی از ابوین، حاکم باید، به تقاضای دیگری یا تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی‌العموم، نگاه‌داری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهدهٔ اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا مؤثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.» البته دادگاه حق دارد برای الزام به حضانت جریمه مالی نیز معین نماید.

در مادهٔ ٦٣٣ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر شده است: «هر کسی شخصاً یا به دستور دیگری طفل ... را ... در محلی که خالی از سکنه است رها نماید به حبس از شش ماه تا دو سال و یا جزای نقدی از سه می‌لیون تا دوازده می‌لیون ریال محکوم خواهد شد ... و چنانچه این اقدام سبب وارد آمدن صدمه یا آسیب یا فوت شود، رها کننده علاوه بر مجازات فوق حسب مورد، به قصاص یا پرداخت دیه یا ارش نیز محکوم خواهد شد.»

حکم مادهٔ ٦٣٣ شامل والدین نیز خواهد بود.

مادهٔ ١١٦٩ ق. م می‌گوید: «برای نگاه‌داری طفلی که ابوین او جدا از یکدیگر زندگی می‌کنند، مادر تا سن هفت سالگی اولویت دارد و پس از آن با پدر است.

تبصره ـ بعد از هفت سالگی، در صورت اختلاف، حضانت طفل با رعایت مصلحت کودک به تشخیص دادگاه می‌باشد. (اصلاحی و الحاقی مورخ ۱۳۸۲/۹/۸).

حال این سؤال قابل طرح است که اگر پدر کودک با تغییر جنسیت تبدیل به زن گردد، تکلیف حضانت طفل بعد از سن هفت سالگی بر عهده چه کسی است؟ همچنین اگر ما در تغییر جنسیت بدهد و به مرد تبدیل گردد، تکلیف حضانت کودک تا سن هفت سالگی با چه کسی خواهد بود؟

در قانون مدنی و سایر قوانین ایران حکمی در این زمینه وجود ندارد. در مورد تغییر جنسیت پدر، با توجه به مستنبط از مواد ١١٦٨ تا ١١٧٩ ق. م می‌توان گفت پدر که در عرف به مرد اطلاق می‌شود، وجود ندارد و یا اوصاف و خصوصیات پدری در فرد تغییر جنسیت یافته وجود ندارد و حتی ممکن است این فرد شوهر هم بکند. در این

صورت، ما در حق و تکلیف حضانت طفل را بر عهده خواهد داشت؛ زیرا وقتی که به علت عدم مواظبت یا انحطاط اخلاقی یکی از والدین، صحت جسمانی یا تربیت اخلاقی طفل در معرض خطر باشد، حق حضانت وی ساقط می‌گردد، با تغییر جنسیت پدر طفل و تبدیل شدن وی به یک زن نیز، به تربیت اخلاقی کودک لطمه خواهد زد و ممکن است صحت جسمانی این کودک نیز در معرض خطر قرار گیرد. چون کودک تحت حضانت پدر سابق که تبدیل به زن شده با توجه به فرهنگ و اخلاق اجتماعی ایران، مورد تمسخر اطرافیان واقع شده و لطمهٔ اخلاقی و روانی به وی وارد خواهد شد و به صحت جسمانی چنین طفلی نیز ممکن است صدمه وارد آید و این گونه صدمات در کودکی، در شکل‌گیری شخصیت وی تأثیر فراوانی خواهد داشت که جبران‌ناپذیر خواهد بود. با این ترتیب واگذاری تکلیف حضانت به مادر یا فردی دیگر به تشخیص و حکم دادگاه، به نفع کودک خواهد بود. البته هزینه حضانت به عهده پدر سابق کودک است و اگر پدر سابق قادر به تأمین هزینهٔ حضانت طفل نباشد، به خرج مادر، نگاه‌داری خواهد شد. (مستنبط از مواد ۱۱۷۲ و ۱۱۷۳ ق. م) البته ممکن است این احتمال نیز داده شود که چون فرد تغییر جنسیت یافته قبلاً پدر کودک بوده و تکلیف حضانت طفل را بر حسب قانون بر عهده داشته، با تغییر جنسیت تعهد وی ساقط نخواهد شد. لذا تکلیف حضانت طفل را خواهد داشت هر چند خصوصیات پدری خود را از دست داده است و مانند موردی است که پدر فوت شده یا صلاحیت حضانت را از دست داده باشد. البته این استدلال ممکن است پذیرفته نشود.

موضوع حق و تکلیف حضانت در مورد مادری نیز مطرح می‌شود که تغییر جنسیت داده و به مرد تبدیل شده است. به این معنی که ممکن است مادر طفل در دورانی که تکلیف حضانت وی را به عهده دارد در اثر عمل جراحی تبدیل به مرد شود که در این صورت عرفاً مادر طفل محسوب نمی‌شود هر چند که کودک از ترکیب اسپرم شوهر سابق وی و تخمک این فرد شکل گرفته و در بدن او مراحل رشد را گذرانده و بعد از رسیدن به مرحله تکامل از وی متولد شده است. البته همان طور که قبلاً عنوان شد برابر مقررات، مادر تکلیف حضانت کودک را تا سن هفت سالگی به عهده دارد و این حق و تکلیف با وصف مادر بودن و داشتن خصوصیات اخلاقی، جسمانی و معنوی مناسب در مهلت قانونی ادامه خواهد یافت ولی اگر از مادر اوصاف و خصوصیات

لازمهٔ حضانت سلب گردد، طبق مستنبط از مادهٔ ۱۱۷۳ ق. م دادگاه حق دارد برای حمایت از کودک، حق حضانت مادر را سلب کند و برای حضانت کودک تصمیم مقتضی اتخاذ نماید و چون مادر طفلی با تغییر جنسیت، اوصاف زنانه را از دست داده است و احتمال زیاد می‌رود که نتواند کودک را درست نگاه‌داری و تربیت کند و در نتیجه به سلامت جسمی و روحی بچه لطمهٔ جدی وارد گردد، در چنین وضعی طبق مادهٔ ۱۱۷۰ ق. م حضانت با پدر است و تکلیف دارد طفل را نگاه داری و تربیت کند. البته حضانت و تربیت کودکان در سال‌های اوّلیهٔ ولادت، شایسته است به عهده زنان محوّل گردد تا با خصوصیات زنانه و عواطف خاصی که دارند، این تکلیف را به خوبی انجام دهند. لذا پدر ناچار است تکلیف حضانت و تربیت را به کمک یک زن واجد صلاحیت به پایان برساند.

ممکن است گفته شود مادری که تغییر جنسیت داده است، حق حضانت و تربیت کودک، تا سن هفت سالگی از وی سلب نمی‌شود، چون کودک را در بدن خود پرورش داده و به دنیا آورده است و احتمال زیاد می‌رود که هنوز احساس مادری از وی سلب نشده باشد، مگر این که مادر تغییر جنسیت یافته از جهت روحی و جسمی، توانایی و آمادگی یا صلاحیت حضانت و نگاه‌داری کودک در سنین پائین را از دست داده باشد. بنا بر مراتب مذکور در این صورت نیز می‌توان گفت مادر قبلی کودک می‌تواند به کمک یک زن واجد صلاحیت، تکلیف خود را انجام دهد. اگرمعتقد گردیم حضانت چنین فردی ساقط گردد و این تکلیف به پدر محوّل شود، همان‌طور که گفته شد، پدر نیز در انجام تکلیف حضانت محوله به موجب قانون، دچار اشکال خواهد شد و باید به کمک یک زن واجد صلاحیت، این وظیفه را انجام دهد. با این ترتیب تشخیص مصلحت کودک در این گونه موارد با دادگاه صلاحیت‌دار خواهد بود.

و ـ حق ولایت پدری که تغییر جنسیت یافته است.

در نظام حقوقی ایران به تابعیت از حقوق اسلامی و فقه امامیه، پدر و جد پدری بر اطفال و کودکان تارسیدن به سن کبر ولایت قهری و قانونی دارند و افراد غیررشید یا مجنون که سفه و جنون آنان متصل به زمان صغر باشد نیز تحت ولایت پدر و جد پدری خواهند بود. در این زمینه مادهٔ ۱۱۸۰ ق. م می‌گوید: «طفل صغیر تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می‌باشد و همچنین است طفل غیررشید یا مجنون، در

صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد». توضیح آن که طفل مذکور در این ماده به معنای فرزند است زیرا در عرف به افرادی که به سن کبر رسیده باشند، طفل اطلاق نمی‌گردد تا طفل به صغیر و کبیر قابل تقسیم باشد. مفاد قسمت اخیر مادهٔ مذکور که عنوان کرده است: «... طفل غیررشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد، تحت ولایت قهری پدر و جد پدری قرار دارند، مؤید آن است که کلمهٔ طفل در کنار کلمهٔ صغیر و کلمات غیررشید و مجنون که عدم رشد یا جنون متصل به صغر، مؤید آن است که کلمهٔ طفل به معنای فرزند، در مادهٔ اشاره شده استعمال شده است. یعنی طفل غیررشید یا مجنون مذکور در ماده به معنای فرد بالغ غیررشید یا مجنون به کار رفته است.

ولایت در لغت و اصطلاح حقوقی و فقهی به معنای نمایندگی قهری یا قانونی پاره ای از اشخاص نسبت به کسانی است که به علت ضعف دماغی یا روانی یا اعسار در امور مدنی یا حدوث حالت ورشکستگی در امور تجاری صلاحیت و حق مداخله در اموال و امور مالی خود ندارند که به وسیلهٔ نمایندهٔ آنان اداره می‌شود و همچنین جسم و جان اطفال و محجورین از طریق نمایندگی مزبور تحت کنترل و مورد حمایت قرار می‌گیرند. از جملهٔ نمایندگان قانونی عبارتند از: پدر، جد پدری، وصی منصوب از طرف آنان، قیم و مدیر تصفیه یا ادارهٔ تصفیه امور ورشکستگان و امثال آن. با توجه به مفهوم مادهٔ ۱۱۹٤ ق. م که می‌گوید: «پدر و جد پدری و وصی منصوب از طرف یکی از آنان ولی خاص طفل محسوب می‌شود.»، بقیهٔ نمایندگان قانونی افراد، اولیاء عام نامیده می‌شوند.

در حقوق ایران پدر و جد پدری در عرض هم بر فرزندان صغیر و سفیه یا مجنون که سفه و جنون آنان متصل به صغر باشد، ولایت قهری دارند ولی در عمل با توجه به وضع کنونی جامعه، در وهلهٔ نخست پدر ولایت دارد و مادر نیز با نسخ مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانوادهٔ مصوب ۱۳۵۳ در تاریخ ۱۳۵۸/۷/۱۸ در حال حاضر، بر فرزندان مذکور ولایتی ندارد. البته این طرز فکر مربوط به دوران بسیار گذشته و جوامع ابتدایی بوده که زنان موقعیت اجتماعی نداشته‌اند و احتمالاً قادر به انجام این وظیفهٔ سنگین نبوده‌اند ولی در حال حاضر و با توجه به موقعیت علمی و اجتماعی زنان کنونی، این تفکر

چندان منطقی به نظر نمی‌رسد، زیرا زنان تحصیل کرده و با فرهنگ به خوبی قادرند وظیفهٔ ولایت را انجام دهند.

حق ولایت قهری بر حسب ظاهر مواد ۱۱۸۲ به بعد قانون مدنی، ناظر بر سرپرستی و حفاظت از اموال و حقوق مالی مربوط به افراد تحت ولایت است امّا نباید به ظاهر مواد مزبور توجه کرد بلکه باید بر این عقیده بود که سرپرستی این افراد از جهت تعلیم و تربیت و رشد اخلاقی و معنویت آنان نیز بر عهده ولی قهری است و تخلف از وظایف قانونی اولیاء قهری آثار حقوقی مختلفی از جمله عزل ولی و ممنوعیت وی از دخالت در اموال و امور غیرمالی صغار و افراد تحت ولایت قهری را در پی خواهد داشت.

با توجه به مقدمات مذکور، بحث اساسی این است که اگر پدر کودکی تغییر جنسیت یافته و تبدیل به زن گردد و جد پدری نیز در قید حیات نباشد و یا به علت کهولت سن یا علل و عوامل دیگر قادر به انجام تکلیف ولایت نباشد، تکلیف ولایت قهری چیست؟

در پاسخ ممکن است گفته شود با تغییر جنسیت مرد و تبدیل شدن به زن چون این فرد خصوصیات و روحیه پدر بودن را از دست داده است، دیگر صلاحیت جسمی و اخلاقی یا روانی که لازمهٔ برقراری تکلیف سرپرستی و تصدی به امر ولایت است را دارا نیست و نمی‌تواند بر فرزند خود ولایت داشته باشد و از طرفی دیگر اگر فرض بر این است که جد پدری در قید حیات نیست تا عهده‌دار ولایت قهری و قانونی باشد و یا اگر در قید حیات است قادر نیست امر ولایت را انجام دهد یا از نظر اخلاقی صلاحیت آن را ندارد، و از طرفی دیگر مادر همان‌طور که اشاره شد در نظام جدید حقوق ایران بر فرزند ولایت ندارد. بنابراین در چنین وضعی می‌توان بر این باور بود که مانند حالتی است که طفل یا محجور فاقد پدر و جد پدری است یا از دیدگاه شرع و قانون فرد تغییر جنسیت یافته صلاحیت لازم برای تصدی ولایت نخواهد داشت که در این صورت لازم است از طریق دادگاه صالح اقدام به نصب قیم گردد و در واقع ولایت و سرپرستی چنین اطفال یا محجورینی به عهد حاکم خواهد بود که از طریق تعیین قیم و نظارت بر اعمال قیم، این تکلیف انجام می‌پذیرد.[1]

---

۱. فاضل لنکرانی، جامع المسائل، استفتاآت، قم، سال ۱۳۷۷ شمسی، مسأله ۳۵۶ و ۳۵۷.

نظر دیگری که می‌توان ابراز داشت این است که به طور مسلم و به یقین پدر کودک و محجورین خاص قانونی، بر آنان ولایت داشته و در حال حاضر که پدر تغییر جنسیت پیدا کرده، بقاء ولایت وی محل تردید است و چون حکم صریحی در این زمینه وجود ندارد، می‌توان ولایت سابق وی را استصحاب کرد و از طرفی دیگر طبق ضوابط کلی حقوقی، تکلیف فردی و اجتماعی افراد در بسیاری از موارد با تغییر جنسیت، ساقط نخواهد شد و اگر در شرع و قانون، پدر و جد پدری ولی قهری اطفال معرفی شده‌اند به این معنی می‌تواند باشد، که مادر و اقوام مادری بر کودک ولایت ندارند و فرد تغییر جنسیت یافته پدر کودک بوده که اوصاف مردی از وی سلب شده است ولی این حالت، سبب سقوط حق ولایت نیست مگر این که به علت خیانت یا عدم رعایت مصلحت افراد تحت ولایت، پس از اثبات و احراز در دادگاه صالح حق ولایت مزبور به حکم دادگاه ساقط گردد.

در تأیید این نظر می‌توان گفت ولایت به معنای سرپرستی و حفاظت از اموال یا حمایت از جسم و جان افرادی است که قدرت و توانایی حفاظت از خود و اموال خود را ندارند. ولایت بر اطفال و محجورین از دیدگاه و نظر قانونگذار، در انحصار مردها نیست، همان طور که در قانون حمایت خانواده ۱۳۵۳ زن نیز صلاحیت ولایت بر کودک داشت که بعد از انقلاب، این حکم منسوخ اعلام گردیده است. (مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانوادهٔ سابق)

از طرفی دیگر چگونه می‌توان معتقد شد که زن یا مردی که با تغییر جنسیت تبدیل به زن شده است قادر نیست وظایف ولایت و سرپرستی افراد تحت ولایت را به نحو شایسته انجام دهد، در حالی که تحت عنوان قیمومت، صلاحیت خواهد داشت همان وظایف ولایت را انجام دهد و جای تردیدی در این مورد یعنی در قیمومت، وجود ندارد. بنابراین بدون تردید می‌توان گفت زن نیز قادر است تکلیف ولایت را انجام دهد و در موضوع مورد بحث هم ایرادی ندارد که پدر تغییر جنسیت یافته و به زن تبدیل شده، کماکان به عنوان ولی و سرپرست اطفال و سایر افراد تحت ولایت، تکالیف ولایت را انجام دهد مگر در مواردی که عدم صلاحیت وی در مرجع قضایی صالح اثبات شود که در این صورت قیمومت جای ولایت را خواهد گرفت.

ز ـ اثر اجتماعی تغییر جنسیت.

در نظام حقوقی ایران تغییر جنسیت اثر اجتماعی فراوانی دارد و زنان با این که یکی از اعضای خانواده هستند و از جهات گوناگون در زندگی اجتماعی نقش دارند و در زمینه‌های مختلف اجتماعی به طور مستقیم یا غیرمستقیم مشغول فعالیت هستند و در زیر ساخت جامعه، بزرگ‌ترین عامل و مؤثرترین عنصر حیات و فضیلت و کرامت بشریت محسوب می‌شوند ولی متأسفانه در بسیاری از زمینه‌ها وجود با ارزش آن‌ها نادیده گرفته می‌شود. به طور مثال از رسیدن به مقام ریاست جمهوری محروم خواهند بود و در قانون اساسی عنوان شده است: رئیس‌جمهور باید از میان رجال مذهبی و سیاسی، مدیر و مدبر باشد. (اصل ۱۱٤ قانون اساسی) که عده‌ای رجال سیاسی را به معنای مردهای سیاسی دانسته‌اند و معتقدند طبق اصل مزبور، زنان حق رئیس‌جمهور شدن ندارند. بنابراین اگر رئیس‌جمهور تغییر جنسیت بدهد، بلافاصله سمت و صلاحیت وی ساقط می‌گردد. البته ادارهٔ یک کشور از طریق رئیس‌جمهور کار بسیار دشواری است به همین دلیل در جهان، زنان کمتر داوطلب و کاندیدای ریاست جمهوری می‌شوند و با طبیعت ظریف آنان هم چندان سازگار نیست ولی در جهان کنونی زنانی هستند که کارهایی چنین و دشوار را به نحو احسن انجام داده و انجام می‌دهند. در حقوق ایران زنان از اشتغال به شغل قضاوت به معنای «حکمت بذالک» محروم هستند هر چند به عنوان مشاور قضایی یا دادیاری در قوه قضائیه فعلی زنان اشتغال دارند و کار خود را با موفقیت انجام می‌دهند. البته ممنوعیت قضاوت زنان در ایران ریشه در ضوابط شرعی و دینی دارد ولی در کشورهای غربی این ممنوعیت وجود ندارد. ناگفته نماند که زنان ایران در پوشیدن لباس و انجام فرایض دینی، شرایط خاصی را باید مراعات کنند و همچنین زنان حق امام جماعت شدن و امثال آن نخواهند داشت که ناشی از عرف و آداب دینی در ایران است و بعضی از این ممنوعیت و محرومیت‌ها احتمالاً با تحولات بعدی تا حدودی مرتفع خواهد شد. بنابراین تبدیل شدن مرد به زن در ایران دارای آثار مختلف اجتماعی است.

گفتار پنجم
تغییر جنسیت در نظام حقوقی فرانسه.

موضوع تغییر جنسیت که با توسعه و پیشرفت علوم پزشکی و بیولژی انسانی مطرح شده است و در همهٔ کشورهای جهان افرادی کـه دچـار اخـتلالات و ابهامـات جنسـی هستند خصوصاً در کشورهای آسیایی که تعداد فراوانی یافت می‌شوند، مراجع مختلـف علمی و اداری را درگیر مسائل و مشکلات خود کرده است.

در نظام حقوقی کشورهای غربی نظیر اروپا و امریکا که علاوه بر رشد علوم بیولژی و پزشکی و روان‌پزشکی و پیدا شدن راه‌های درمانی اختلالات جنسی، مسـائل مربـوط به حقوق اوّلیه بشر مورد توجه خاص قرار دارد، موضوع تغییر جنسـیت ابعـاد ویـژه‌ای پیدا کرده و توجه حقوق‌دانـان را در توجیـه ایـن موضـوع و آثـار حقـوقی، اخلاقـی و اجتماعی آن، به خود جلب کرده است.

در کشور فرانسه و دیگر کشورهای اروپـایی، تغییـر جنسـیت بـه عنـوان یـک حـق انسانی برای افراد دو جنسـی (HERMAPHRODiTES) یـا دگـر جـنس‌گـرا یـا دگـر جنس‌جو (TRANSSEXUALISTES) شناخته شده است به طوری که هـیچ امـری از جمله معتقدات دینی، مذهبی یا عرف و عادات جامعه، قادر نخواهد بود مـانعی در ایـن راه ایجاد کند؛ زیرا اختلالات و ابهامات جنسی موجود در این گونه افراد نوعی کسـالت جسمی و روانی تلقی می‌شود که برای رفع این کسـالت و درمـان آن بـه ارادهٔ مقامـات مذهبی یا سیاسی هیچ گونه ارتباطی نخواهد داشـت. امـروزه در بسـیاری از کشـورهای جهان به منظور آگاهی دادن به عموم و ارتقاء سطح دانش و اطلاعات مهـم و ضـروری پزشـکی، روان‌پزشـکی، اجتمـاعی، اقتصـادی و اخلاقـی و امثـال آن، دانشـمندان و متخصصان در آزادی کامل مطالب و مسائلی را که مردم با آن درگیرنـد، مـورد بررسـی قرار می‌دهند و راه‌حل برون رفت از مشکلات را نیـز ارائـه مـی‌کننـد و مخالفـت‌هـای مذهبی هر چند وجود دارد ولی مانع روشن‌گری و اطلاع‌رسانی از طرف متخصصـان و اندیشمندان نخواهد شد. به طور مثال در سال ۱۹۹۰ و ۲۰۰۵ میلادی در زمینهٔ افـراد دو جنسی (هرمافرودیت) و دگر جنس‌جوها، در حقوق خانواده و در سال ۱۹۹۸ در حقوق

تطبیقی مطالبی از طرف حقوق‌دانان در فرانسه مطرح گردیده[1] و همچنین از نظر تاریخی و اجتماعی و پزشکی و مفهوم شخص و سکس «sex» یا جنس زنانگی و مردانگی با توجه به مدارک موجود نیز بیشترین مطالب از سال ۱۹۸۵ میلادی به بعد مطرح گردیده است تا آحاد جامعه از واقعیت‌های موجود مطلع گردند و یا فرهنگ‌سازی از تنش‌ها و حساسیت‌های غیرمنطقی در بین مردم در جامعه کاسته شود و زندگی مسالمت‌آمیز مردم در روابط با یکدیگر تأمین گردد.[2]

در دیوان دادگستری اتحادیهٔ اروپا نیز تغییر جنسیت مورد بحث و بررسی قرار گرفته و به عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر شناخته شده و نادیده گرفتن حق تغییر جنسیت افرادی که اختلالات جنسی داشته باشند، تجاوز به حقوق مسلم حقوق بشر قلمداد شده است و در واقع نسبت به زندگی خصوصی این افراد به نوعی بی‌احترامی محسوب می‌گردد و این بی‌احترامی به نحوی، نقض کردن مادهٔ ۸ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است؛[3] زیرا یک انسان گرفتار ابهامات و اختلالات جنسی، از طریق معالجات هورمونی و انجام عمل جراحی که تنها راه علاج و رفع ابهامات وی بوده است می‌تواند تغییر جنسیت پیدا کرده و تبدیل به جنس دیگر و غیر از جنس اولیه گردد و عمل جراحی باعث می‌شود علائم ظاهری و خارجی جنس قبلی خود را از دست بدهد و به طور مثال زنی تبدیل به مرد یا مردی تبدیل به زن شده و بتواند از سرگردانی روانی و جسمانی نجات پیدا کند و در این وضع، حالت رضامندی در وی احساس گردد و بنابراین جامعه باید به وضع جدید او احترام بگذارد و در نتیجه باید نام کوچک وی در اسناد سجلی تغییر پیدا کند و سرانجام به آنچه در گذشته خواستار آن بوده، از همهٔ جهات به خواستهٔ خود برسد. (بند ۲ و ۳ مادهٔ ۸ کنوانسیون حقوق بشر اروپائی)[4] و حتّی عدم تطابق بیولژیکی ظاهری فرد تغییر جنسیت یافته نیز نمی‌تواند

---

1. J.C.P, 1988, J.C.P, 2001.
2. Dalloz, 1985. p. 651. RASSAT MELANGES, RAYNAUD.
3. EDH: EUROPÉEN, DRoiT DE L'HOMME.
4. CEDH, 3e ÉD, No 127, OBS; DALLOZ, 1993, NO 101; J.C.P. 1992, 11. No 21955. NOTE GERÉ; RTD, civ, 1992, 540. OBS HAUSER.

بهانه و انگیزه‌ای برای عدم شناسایی آثار حقوقی ناشی از تغییر جنسیت فرد مزبور باشد.[1]

در مراجع قضایی فرانسه و دیوان عالی آن کشور به عنوان یک قاعده یا اصل حقوقی پذیرفته و عنوان شده: هرگاه فردی دچار اختلال جنسی است یا دگر جنس‌گرا است و با آزمایشات و معالجات پزشکی و روان‌پزشکی مسجل گردد که این فرد هیچ خصوصیتی یا کاراکتری از جنس اولیه و ظاهری از خود نشان نمی‌دهد و تمایل به جنس دیگر دارد و در جامعه خود را غیر از جنس موجود می‌داند و تغییر جنسیت از طریق عمل جراحی و درمان هورمونی تنها راه خروج از این بن‌بست و رفع مشکل روحی وی است، طبق قاعدهٔ ضرورت احترام نهادن به زندگی خصوصی این فرد، اقتضاء در این است که اسناد سجلی وی بر حسب جنس ثانوی او اصلاح گردد و وجود اسناد سجلی اولیهٔ وی نباید مانع رسیدن به حق تغییر جنسیت باشد که این ضابطه مورد توجهٔ خاص و بررسی و اظهارنظر حقوق‌دانان و متخصصان در مسأله اختلالات و ابهامات جنسی قرار گرفته است.[2]

در این ضابطه یا قاعدهٔ قضایی که عنوان شد، اشاره‌ای به نیاز کسب مجوز از مراجع قضایی یا مراجع اداری در مورد تغییر جنسیت افرادی که احتیاج به معالجه و عمل جراحی دارند، نشده است که این عدم اشاره منطقی به نظر می‌رسد؛ زیرا اقدام برای رفع کسالت جسمی و روحی و رجوع به متخصص نیاز به کسب مجوز از هیچ مرجع قضایی یا اداری ندارد و حقّ مسلم هر انسان است. ممکن است خلاف این نظر نیز ابراز گردد زیرا در مورد این کسالت خاص که به تغییر جنسیت منجر می‌شود و آثار اجتماعی فراوانی در پی خواهد داشت، اخذ مجوز قضایی ضروری است ولی در نظام حقوقی فرانسه قانونی وجود ندارد که متقاضی تغییر جنسیت ملزم به اخذ مجوز برای جراحی و مداوا باشد، البته اخذ تصمیم به معالجه و جراحی برای تغییر جنسیت با شورای پزشکی و روان پزشکی است. در نظام حقوقی ایران نیز قانونی در این زمینه وجود ندارد ولی عملاً متقاضی از دادگاه عمومی حقوقی (دادگاه بدوی) به طرفیت

---

1. CEDH, 11 Juill 2009 – GOODWIN: DALLOZ. 2009, No 2032, NOTE CHAVENT LECLÉRE.
2. CASS., ASS. PLEN., 11 DÉC 1992 (2 ARRETS): BULL. CiV. No 13; R., P. 67, RAPP. GÉLiNÉAU - LARRiVET; gAjC, 12E ÉD, No 25 – 26 (11). JCP 1993. 11. 21991, CONCL. JÉOL, MEMET.; GAZ. PAL. 1993. 1. 180, CONCL JÉOL.

دادستان دادسرای عمومی، خواستار صدور مجوز برای تغییر جنسیت می‌گردد که رأی دادگاه بدوی قابل اعتراض در محاکم تجدیدنظر خواهد بود. این اقدام قضایی مستند قانونی ندارد ولی رویهٔ عملی شده است[1] و اگر عنوان شود دادگستری مرجع تظلمات عمومی است. در این مسأله تظلم‌خواهی مفهومی ندارد. در فرانسه آثار تغییر جنسیت وقتی به ثبت احوال از طرف مراجع صلاحیت‌دار اعلام می‌گردد از جهت اصلاح اسناد سجلی عطف به ماسبق نخواهد شد و در شناسنامه فرزندان فرد تغییر جنسیت یافته، تغییری در ستون مشخصات والدین آن‌ها به عمل نخواهد آمد و فقط اسناد سجلی فرد تغییر جنسیت یافته اصلاح خواهد شد و کارت هویت این افراد نیز تعویض می‌گردد.[2]

از نظر حقوق اجتماعی در فرانسه بین زن و مرد از نظر اشتغال به مشاغل مختلف و ارتقاء رتبه شغلی تفاوتی وجود ندارد و اصل مساوات بین آن‌ها جاری است لذا تغییر جنسیت و تبدیل شدن مرد به زن یا برعکس در این زمینه تأثیری نخواهد کرد و از نظر تأمین اجتماعی و بازنشستگی و استفاده از مزایای آن‌ها که سن بازنشستگی زن از ٦٠ سالگی و مرد از سن ٦٥ سالگی است، ملاک عمل به آن، تاریخ تغییر جنسیت است و عطف به سابق نخواهد شد به طور مثال اگر زنی که در سن ٦٠ سالگی از مزایای بازنشستگی استفاده کرده و در سن ٦٥ سالگی تغییر جنسیت داده و تبدیل به مرد شده باشد، مزایای قبلی از وی مسترد نخواهد شد.

---

۱. به عنوان نمونه در پرونده کلاسه ۱۷۷۳. ۵۶۶. ۹۹۸. ۸۷ شعبه هفتم دادگاه عمومی گرگان که منجر به دادنامه شماره ۱۹۳۳. ۵۶۶. ۹۹۷. ۸۷ مورخ ۸۷/۱۲/۱۷ شده است، تغییر جنسیت متقاضی بلامانع اعلام گردیده است.

2. PARiS, 2 juill. 1998: jcp. 1999. 11. 1000 S , NOTE GARÉ 1. 149, No 2; obs. TyssiÉ, DR. FAM, 1999, No 13, NOTE MURAT.

ENTRE HOMMES ET FEMMES EN MATiÈRE D' ACCÈS À L'EMPLOiT. DE FORMATiON ET DE PROMiTiON PROFESSiONNELLES, AiNSi QUE DE CONDiTiON DE TRAVAiL, S'OPPOSE AU LiCENCiEMENT D'UN TRANSS EXUEL POUR UN MOTiF LiÉ – À SA CONVERSiON SEXUELLE. CjCE 30 - AVR. 1996: D. 1996. iR. 137. ET-PRiNCiPE D'ÉGALiTÉ DE TRAiTEMENT ENTRE HommES ET FEMMES EN MATiÈRE, DE SÉCURiTÉ SOCiALE S'OPPOSE À UNE LÉGiSLATiON Qui REFUSE BÉNÉFiCE D'UNE PENSiON DE RETRAiTE À UNE PERSONNE PASSÉE LÉGALEMENT DU SEX MASCULi NAU SEX FEMiNiN AU MOTiF QU'ELLE N'A PAS ATTEiNT L'AGE.DE 65 ANS, ALORS QU'ELLEy AURAiTEU DROiT DES 60 ANS S'Il AVAiT ÉTÉ CONCIDERÉE COMME ETANT UNE FEMME. CjCE 27 AVR 2006, C – 423 – 04: D. 2006. D. 2007, OBS GALLOUX ET GAUMONT – PRAT.

با این که تغییر جنسیت در فرانسه تأثیری در مشاغل اجتماعی اعم از مشاغل رسمی و دولتی یا مشاغل غیر دولتی ندارد و بین زن و مرد در این گونه موارد تفاوتی وجود ندارد،[1] امّا با تغییر جنسیت، لازم است اصلاحاتی در اسناد سجلی و هویتی این افراد صورت گیرد. طبق مادهٔ ۹۹ قانون مدنی فرانسه، اصولاً اصلاح اسناد سجلی و هویتی طبق حکم مرجع قضائی و به دستور ریاست دادگاه، انجام خواهد شد. یعنی اگر اصلاح اسناد سجلی و هویتی بر طبق آراء صادره که جنبهٔ اعلامی یا تکمیلی دارد، باید صورت گیرد، این امر طبق دستور ریاست دادگاه انجام خواهد شد. یکی از مواردی که جنبهٔ اعلامی دارد، اصلاح و تغییرنام کوچک و مشخصات فردی است که تغییر جنسیت داده است. البته در عمل بررسی موضوع تغییر هویت و نام کوچک فرد تغییر جنسیت یافته جنبهٔ ترافعی دارد و ممکن است رأی صادره مورد اعتراض دادستان شهرستان محل اقامت متقاضی تغییر نام کوچک و اصلاح شناسنامه قرار گیرد.[2]

نکتهٔ قابل توجه این است که در فرانسه به موجب مادهٔ ٦٠ قانون مدنی مصوب ۱۹۹۳ و اصلاحات ۲۰۰۹ هرگاه کسی از نام کوچک خود که در انتخاب آن مداخله و نقشی نداشته در رنج بوده یعنی از نام کوچک خود ناراضی باشد و دلیل موجه و قابل پذیرش قانونی داشته باشد، می‌تواند برای تغییر آن اقدام نماید. درخواست وی در دادگاه امور خانواده بررسی و تصمیم مبنی بر تغییر نام کوچک در صورت موجه بودن درخواست، اتخاذ خواهد شد و حتی تغییر نام کوچک افراد صغیر یا کبیر تحت قیمومت نیز به درخواست قیم و سرپرست این افراد پذیرفته می‌شود. البته درخواست ممکن است مبنی بر تغییر کامل نام کوچک یا حذف و اضافه در نام کوچک باشد و اگر کودکی که تغییر نام کوچک وی درخواست شده بیشتر از ۱۳ سال سن داشته باشد، رضایت وی نیز در این زمینه ضروری است.

حال این مطلب مطرح می‌شود که آیا دگر جنس‌گرا «ترانسکسوآلیست» یا کسی که مبتلا به اختلالات و ابهامات جنسی است و از نام جنس ظاهری خود رنج می‌برد، حق دارد تغییر نام کوچک مردانه خود را به نام زنانه یا برعکس از مراجع قضایی و دادگاه

---

1. L'ARTiCLE 5, PARAGR 1. DE LA DiRECTiVE, DU FEVR 1976; L'ART 4 PARAGR 1 DE LA DiRECTiVE DU 19 DÉC. 1978 RELATiVE À LA MiSE EN OEUVRE DU PRiNCiPE DE L'ÉGALiTÉ DE TRAiTEMENT
2. CIV. 1ER, 7 DEC 1961: BULL. CiV. 1. No 586.; CiV. 1ER, 23 NOV. 1976. BULL. CiV. 1. No 362.

امور خانواده، خواستار شود و دگر جنس‌جوئی یا ناخشنودی روانی از جنس ظاهری می‌تواند دلیل موجه و قانونی تلقی گردد، بدون این که متقاضی تغییر جنسیت داده باشد؟

در این زمینه نظرات مختلفی در فرانسه ابراز شده است:

نظر موافق با این درخواست بر این پایه استوار است که دگر جنس‌گرا و دارای اختلالات جسمی از وضع موجود جسمی خود و همچنین از نام کوچک موافق با وضع جسمی ظاهری خود رنج می‌برد و تغییر نام کوچک مردانه به زنانه و بر عکس تا حدودی ممکن است برای وی خشنود کننده باشد. بنابراین درخواست تغییر نام کوچک چنین فردی موجه خواهد بود.[1]

نظر دیگر این است که درخواست تغییر نام کوچک فرد دگر جنس‌گرا و کسی که دچار اختلالات و ابهامات جنسی است، بدون تغییر جنسیت و تبدیل شدن به زن یا مرد و یا بر عکس، از نام مردانه به نام زنانه و بر عکس پذیرفته نیست.[2]

در نظام حقوقی ایران تغییر نام کوچک اصولاً ممنوع است مگر نام‌هایی که موجب هتک حیثیت مقدسات اسلامی یا نام‌هائی که زننده و مستهجن یا نامتناسب با جنس باشد. تشخیص نام‌های ممنوع با شورای عالی ثبت احوال می‌باشد (تبصره‌های ۱ و ۲ مادهٔ ۲۰ قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵). البته با این که تغییر نام کوچک ممکن است آثار حقوقی ناگواری را در پی داشته باشد ولی استفاده از نام تحمیلی با انتخاب والدین یا افراد دیگر که صاحب نام کوچک از آن در رنج باشد، منصفانه نیست. به همین جهت است که در اسلام تأکید شده است برای فرزند نام نیکو و شایسته باید انتخاب گردد که در آینده و در جامعه دچار سرافکندگی نگردد و یا از نام خود ناخرسند نباشد، هر چند نام غیرنیکو انتخابی از والدین مغایرتی با مقدسات اسلام نداشته باشد.

نام کوچک هر انسان جنبهٔ کاملاً فردی و شخصی دارد، هر چند که در روابط اجتماعی نام کوچک، نقش خواهد داشت، نباید هیچ کس از داشتن نام کوچک مناسب و خشنودکننده تا پایان عمر محروم بماند. بنابراین برای احترام و حفاظت از فضیلت و

---

1. PARiS. 24 Fev 1978: JCP 1979. 11. 19202, NOTE PENNEAU. TGi SAiNT – ETiENNE, 26 MARS 1980: D. 1981. 270 (2e ESP). V AUSSi. CiV 1ER 16 DEC 1975: D 1976. 397 (2e EPS). NOTE LiNDON, TOULOUSE'3AOUT2000: D. 2001. Ir. 179.
2. nancy. 14 nov 2003: bIcc. 1ER juIn 2004, No 895.

کرامت هر انسان و ارزش قائل شدن به شخصیت وی، باید قادر باشد با ارائه دلایل موجه از مراجع قضایی درخواست تغییر یا اصلاح نام کوچک خود را بنماید و مرجع قضایی با توجه به دلایل ابرازی و وضع جسمانی و روانی متقاضی، تصمیم شایسته، منصفانه و منطقی اتخاذ کند.

در فرانسه طبق ماده ۱٤٤ قانون مدنی، ازدواج به مفهوم تشکیل زندگی مشترک بین زن و مرد است و در این ماده اصلاحی سال ۲۰۰٦ عنوان شده است که سن ازدواج زن و مرد ۱۸ سال تمام است و اگر دگر جنس‌گرا ازدواج کرده باشد ولی هماهنگی بیولژیکی و روحی ـ روانی در چنین فردی وجود نداشته باشد، به بهانه این که چنین فردی خانواده تشکیل داده است، قابل توجیه نیست که حق تغییر جنسیت نداشته باشد. به عبارت دیگر هرگاه کسی با هویت ظاهری زنانه یا مردانه و براساس اسناد هویتی یا اسناد سجلی که با ظاهر وی از نظر بیولژیکی نیز انطباق دارد، اقدام به ازدواج کند ولی هماهنگی جسمی و روحی لازم در این فرد وجود نداشته باشد و از جنس ظاهری خود رنج به برد، حق تغییر جنسیت از وی سلب نخواهد شد[1] و ادامهٔ زندگی مشترک شکل گرفته مزبور با مفاد مادهٔ ۱٤٤ قانون مدنی انطباق نخواهد داشت و اگر گفته شود فرد دگر جنس‌جو (ترانسکسوآلیست) یا دو جنسی (هرمافرودیت) حق ازدواج نخواهد داشت، این طرز تفکر خلاف حقوق بشر است و اگر ازدواج چنین فردی قبل از تغییر جنسیت باطل تلقی شود، به کانون خانواده موجود لطمه خواهد زد ولی اگر فرد مزبور تغییر جنسیت بدهد به طور مثال زن خانواده تبدیل به مرد شود یا برعکس، در این صورت، با مادهٔ ۱٤٤ قانون مدنی در تعارض قرار می‌گیرد لذا ازدواج قبلی از تاریخ وقوع تغییر جنسیت باطل خواهد شد.

در انگلستان ازدواج یا زندگی مشترک دو همجنس ایراد قانونی ندارد. بنابراین اگر یکی از زوجین تغییر جنسیت بدهد و طرفین تمایل به ادامه زندگی مشترک داشته باشند، زندگی مشترک و خانوادگی ادامه خواهد یافت و اگر یکی از زوجین مایل و موافق با ادامهٔ زندگی مشترک بعد از تغییر جنسیت یکی از زوجین نباشد، از طریق وقوع طلاق زندگی مشترک منحل خواهد شد.[2]

---

1. CEDH. 11 JUiLL. 2002; GOODWiN. D. 2003. 2039. NOTE CHAVANT – LECTERE. SOMM. 525. OBS BiRSAN. OBS LEMOULAND, J.C.P. 2003. 1. 101. No 1600.
2. CEDH, SECT. IV. 28 NOV 2006, R ET F PARRYCL ROYAUME. UNE, REQ. NoS 35748/05: RTD CiV. 2007, 287, OBS. MARGUENAUD.

البته در فرانسه نیز اخیراً زندگی مشترک هم‌جنس‌ها پذیرفته شده ولی نام ازدواج ندارد. که در این زمینه از طرف حقوق‌دانان انتقادات شدیدی صورت گرفته است. با توجه به جواز تشکیل زندگی مشترک افراد همجنس، عنوان شده است که هرگاه شوهر تغییر جنسیت داده و به زن تبدیل شده باشد، طبق قسمت اخیر مادهٔ ۲۲۹ و مادهٔ ۲۴۲ قانون مدنی به عنوان تقصیر زن یا شوهر نیز وقوع طلاق امکان‌پذیر خواهد بود[1] و آثار حقوقی طلاق بر آن مترتب خواهد شد که از جملهٔ آن تعلق نصف دارائی مرد به زن است.

در نظام حقوقی فرانسه، حضانت «ENTRETENiR» و نگاهداری جسمی و اخلاقی و تربیتی کودکان و ولایت «AUTORiTÉ PARENTALE» برصغار، مشترکاً بر عهدهٔ والدین است و در هر حال تفاوتی بین زن و شوهر وجود ندارد ولو زوجین از هم جدا شده باشند، تکالیف و حقوق آنان در مورد اطفال یکسان خواهد بود.

طبق مادهٔ ۳۸۹ قانون مدنی فرانسه وقتی زوجین با هم زندگی می‌کنند به طور مشترک بر اولاد صغیر ولایت دارند و این ولایت «AUTORiTÉ PARENTALE» از جهت استقلال و قدرت اجرائی شبیه ولایت قهری در نظام حقوقی ایران است یعنی اجرای امور ولایت تحت کنترل مراجع قضایی نیست. انجام امر ولایت قهری در صورت فوت یکی از والدین یا سلب حق مزبور از یکی از والدین به موجب حکم دادگاه امور خانواده، با آن دیگری خواهد بود (مادهٔ ۲ ـ ۳۸۹ قانون مدنی فرانسه) و اگر والدین از انجام امر ولایت خودداری کرده و اموال کودک را اداره نکنند به پیشنهاد دادستان، دادگاه یک نفر را به عنوان مدیر برای ادارهٔ اموال کودک، منصوب خواهد کرد. (مادهٔ ۳ ـ ۳۸۹ ق. م. ف) اگر والدین در قید حیات نباشند یا ممنوع از انجام امر ولایت بر کودک باشند، امور کودک طبق ماده ۳۹۰ ق. م. ف. از طریق قیم، زمت و سرپرستی، اداره خواهد شد، هم چنین است اگر ابوین در ادارهٔ اموال کودکان خرد توافق نداشته باشند (مادهٔ ۵ ـ ۳۸۹ ق. م. ف) با توجه به مطالب عنوان شده ولایت ابوین مشتمل بر مجموع حقوق و تکالیفی است که برای حفظ منافع و امنیت و سلامت و بهداشت

1. NiMES, 7 JUiN 2000: DR. FAM. 2001, No 4, NOTE LECUYER; L P A 12 AVR 2001, NOTE MASSiP; RTD CiV 2001. 20001. 335, OBS HAUSSER. TGi CAEN, 28 Mai 2001: D 2002. 124, NOTE MAUGER – ViELPEAU, DR, FAM 2002, No 42, NOTE LECURY; L P A. 29 AVR. 2002, NOTE MASSiP; RTD CiV 2002. 274, OBS HAUSSER.

جسمی و اخلاقی و تربیتی و رعایت شخصیت کودک، به ابوین در وهلهٔ اول به نحو مشترک تعلق دارد و هرگاه یکی از ابوین فوت شود یا ممنوع از مداخله در امر ولایت بر کودک گردد، آن دیگری تکلیف مزبور را انجام خواهد داد. (ماده ۱ ـ ۳۷۳ ق. م. ف)

در حقوق ایران طبق مادهٔ ۱۱۸۰ ق. م. به بعد، ولایت قهری صغیر و افراد غیررشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد و جنون آن‌ها متصل به صغر باشد، با پدر و جد پدری است و در حال حاضر مادر بر این افراد ولایت ندارد. البته در گذشته برابر مادهٔ ۱۵ قانون حمایت خانوادهٔ مصوب ۱۳۵۳ مادر نیز در ردیف جد پدری بر فرزندان خود ولایت داشت ولی بعد از انقلاب ولایت مادر را شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داد و مادهٔ مزبور منسوخ گردید.

در ایران نیز مانند نظام حقوقی فرانسه ولی قهری برابر مادهٔ ۱۱۸۳ ق. م در کلیهٔ امور مربوط به اموال و حقوق مالی مولی‌علیه نمایندهٔ قانونی افراد تحت ولایت او است. با این که مادهٔ ۳ ــ ۳۸۹ قانون مدنی فرانسه مشابهٔ ماده ۱۱۸۳ ق. م ایران از جهت نمایندگی قانونی است امّا در فرانسه پدر و مادر مجتمعاً در حالت عادی و ادامهٔ زندگی مشترک بر امور مالی و غیرمالی فرزند خود نمایندگی قانونی دارند و جد پدری دخالتی در امر ولایت ندارد.

در فرانسه نگاهداری و ولایت بر کودکان در خانواده از اهمیت خاص و ویژه‌ای برخوردار است و از این دیدگاه نیز خانواده در فرانسه رکن اصلی و اساسی جامعه شناخته شده است، زیرا نظم و انضباط و آرامش جامعه را خانواده مدیریت می‌کند و سلامت و امنیت جامعه مدیون سلامت خانواده و ارتباط منطقی والدین با اولاد است و تربیت اولیه هر فردی، از خانواده پایه‌گذاری می‌شود. با توجه به اعتبار خانواده و تأثیر مستقیم آن بر اجتماع، طلاق و انحلال روابط خانوادگی در فرانسه بدون علل موجه امکان‌پذیر نیست ولی هرگاه به علت قانونی جدایی زوجین و طلاق بنابر حکم دادگاه امور خانواده تحقق یابد یا به علت تغییر جنسیت یکی از زوجین بنیان خانواده متزلزل یا متلاشی شود، طبق مادهٔ ۲ ـ ۳۷۳ قانون مدنی، لطمه‌ای به ضوابط ولایت و نگاهداری کودک و اجرای امر ولایت و سرپرستی قانونی والدین وارد نخواهد کرد و هر یک از والدین باید روابط عاطفی و شخصی خود را با فرزند حفظ کند و حق ندارد به جسم و روان کودک صدمه بزند و تغییر جنسیت، وضع ظاهری و کاراکتر فعلی بیولژیکی فرد تغییر جنسیت یافته که یک واقعه است، تأثیرگذار در اجرای امر ولایت و حضانت

نخواهد بود. البته تغییر جنسیت و ابطال ازدواج قانونی ممکن است تحولاتی را در پی داشته باشد که طبیعتاً در امر اجرای ولایت و حضانت نقش خواهد داشت لذا برای حفظ و حمایت از کودک، هر تغییر باید در زمان مفید به اطلاع دیگری (پدر یا مادر) برسد و در صورت عدم حصول توافق در این‌گونه موارد، دادگاه امور خانوادهٔ در فرانسه و سایر کشورها اقدام به اتخاذ تصمیمی خواهد کرد که به نفع کودک باشد و مصلحت وی مراعات گردد.[1]

طبق مادهٔ ۱ ـ ۲ ـ ۳۷۳ قانون مدنی، چنانچه مصلحت و منافع کودک اقتضاء کند، قاضی امور خانواده می‌تواند اجرای امور ولایت بر کودک را به یکی از والدین محول کند ولی حق ملاقات آن دیگری ساقط نخواهد شد مگر در مواردی که سقوط حق ملاقات کاملاً مهم و موجه باشد. تشخیص سلب حق ملاقات با دادگاه امور خانواده است. در زمینهٔ حق ملاقات و نحوهٔ دیدار، در صورت ضرورت دادگاه امور خانواده، اتخاذ تصمیم خواهد کرد. اعمال حق ولایت و تربیت و حضانت و نگاهداری کودک تا رسیدن به سن کبر که ۱۸ سالگی است به شرحی که گذشت ادامه خواهد داشت و تغییر جنسیت یکی از والدین به هر دوی آنان و سایر تحولات در این موارد تأثیری نخواهد داشت. (ماده ۱ ـ ۲ ـ ۳۷۳ قانون مدنی) البته طبق مادهٔ ۳۷۳ قانون مدنی والدین غیرصالح حق اجرای امور ولایی فرزند خود را نخواهند داشت که تشخیص عدم صلاحیت مزبور با دادگاه امور خانواده است.

همان طور که اشاره شد ولایت والدین نسبت به اطفال در صورت ادامهٔ زندگی مشترک خانواده، حقی و قدرتی کاملاً مستقل است و مراجع قضایی در این زمینه و در مورد تربیت و نگاهداری اطفال خانواده، نظارت و کنترلی نخواهند داشت ولی در صورت جدائی زوجین و انحلال نکاح، قاضی دادگاه امور خانواده به صورت مستمر در امور تربیتی و صحت جسمانی و روانی کودکان این گونه والدین، نظارت کامل خواهد داشت و اگر حضانت و ولایت بر طفل به یکی از والدین واگذار شده باشد، قاضی بر امر حضانت و تربیت یا ولایت تفویضی نظارت‌های مختلفی خواهد کرد تا خطری متوجه کودک نگردد. (مواد ۷ ـ ۳ ـ ۳۷۳ تا ۳۷۵ ق. م) البته هزینه حضانت و تربیت و یا سایر امور مربوط به ولایت اطفال، اعم از این که در مؤسسات مخصوص نگاهداری

---

1. CEDH. 22 NOV. 2001. R. W. CL AUTRiCHE: REQ. No 36222/97.

شوند یا در نزدیکی از والدین زندگی کند، بر عهدهٔ والدین است که میزان آن را دادگاه امور خانواده مشخص و معین خواهد کرد. (مواد ۲ ـ ۲ ـ ۳۷۳ و ۷ ـ ۲ ـ ۳۷۳ ق. م)

با توجه به مطالب مذکور، تغییر جنسیت یکی از زوجین یا هر دوی آنان، تأثیری از جهت نفقه، حضانت، تربیت و ولایت بر کودک نخواهد داشت، هر چند ممکن است صدمات روانی به طفل وارد گردد که اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.

تا زمانی که کودک تحت ولایت والدین است، چون اعمال و رفتار کودک تحت کنترل آنان خواهد بود، در برابر اشخاص ثالث، والدین مسئولیت خواهند داشت ولی وقتی فرزند به سن کبر رسید از تحت قدرت ولایت ابوین خارج می‌شود و در این صورت والدین نسبت به اعمال ارتکابی فرزند خود مسئولیتی نخواهند داشت (مادهٔ ۷ ـ ۴۱۳ ق. م) و عاقله‌ای که در امور کیفری ایران در بعضی موارد پیش‌بینی شده است در نظام حقوقی فرانسه مفهومی ندارد. در زمینهٔ توارث نظر به این که بین ارقاب نسبی ارث بر، تفاوتی بین پسر و دختر در نظام حقوقی فرانسه نیست و سهم‌الارث پسر و دختر مساوی و یکسان است لذا تغییر جنسیت و تبدیل شدن پسر به دختر یا برعکس در این زمینه تأثیری ندارد و زمان تغییر جنسیت نیز مؤثر در این مورد نیست ولی در نظام حقوقی ایران پسر دو برابر دختر از پدر یا مادر ارث می‌برد بنابراین تغییر جنسیت و زمان آن از جهت توارث نقش دارد و مسائل خاصی را به دنبال خواهد داشت.

تغییر جنسیت در امور اجتماعی، اخلاقی و حقوق و تکالیف دینی و مذهبی نیز در فرانسه و سایر کشورهای اروپائی و امریکایی و حتی در بسیاری از کشورهای آسیایی تفاوتی بین زن و مرد وجود ندارد و هر دو جنس به عنوان انسان شناخته می‌شوند و از حقوق اقتصادی، اجتماعی، اخلاقی و سیاسی یکسان برخوردارند. بنابراین تغییر جنسیت تأثیری در این گونه امور ندارد ولی در بعضی از کشورها هنوز تبعیض‌های بین زن و مرد مشاهده می‌گردد که با گذشت زمان و سیر تحول جهانی امید است این گونه تبعیض‌ها مرتفع گردد.

با توجه به مطالب عنوانی شده به طور خلاصه در کشور فرانسه و بیگر کشورهای اتحادیهٔ اروپا و سایر کشورهای غربی در زمینهٔ رفع مشکلات افراد دو جنسی (هرمافرودیت) و دگر جنس‌جوها (ترانسکسوآلیست) یا دگر جنس‌گراهای دارای اختلالات و ابهامات جنسی، در مقام مقایسه با نظام حقوقی ایران، نکات اساسی زیر قابل توجه است:

۱ـ در نظام حقوقی فرانسه تغییر جنسیت به منظور رفع مشکلات جسمی و روانی افراد گرفتار، به عنوان یک حق انسانی پذیرفته شده و همانند بیماری‌های دیگر تلقی گردیده است. البته مقامات کلیسا در بعضی موارد تغییر جنسیت را خلاف طبیعت و مداخله در خلقت دانسته‌اند که تأثیر چندانی در روند جامعه ندارد.

در حقوق اسلام و در بین فقهاء تسنن و شیعه در زمینهٔ جواز یا حرمت تغییر جنسیت اختلاف‌نظر وجود دارد و در نظام حقوقی ایران حکم صریحی بر جواز یا عدم جواز تغییر جنسیت وجود ندارد ولی در عمل تغییر جنسیت پذیرفته شده است.

۲ـ در فرانسه تغییر جنسیت نیاز به صدور مجوز قضایی ندارد و گواهی شورای پزشکی و پزشکان متخصص، برای لزوم جراحی و تغییر جنسیت کافی است. در حقوق ایران ضابطه‌ای مبنی بر لزوم صدور مجوز قضایی در زمینهٔ تغییر جنسیت وجود ندارد ولی در عمل دادخواست تغییر جنسیت به طرفیت دادستان محل اقامت خواهان در مراجع قضایی ایران پذیرفته شده و آرایی نیز در این زمینه صادر گردیده که به آن اشاره شده است. شاید دلیل پذیرش دعوی تغییر جنسیت این باشد که دادگستری طبق اصل ۱۵۹ قانون اساسی مرجع تظلمات عمومی است و اقامه دعوی مبنی بر تغییر جنسیت به نوعی تظلم‌خواهی و احقاق حق باشد ولی به نظر می‌رسد این گونه امور نیاز به رسیدگی قضایی ندارد، بلکه امری پزشکی و روان پزشکی و کاملاً تخصصی است که به منظور قضازدایی شایسته است مجوز تغییر جنسیت به موجب قانون به شورای پزشکی تحت ریاست پزشکی قانونی محول گردد.

۳ـ در فرانسه اصلاح اسناد سجلی و تغییر نام کوچک افرادی که تغییر جنسیت داده‌اند و همچنین صدور کارت شناسایی یا هویتی جدید نیاز به صدور حکم از مراجع قضایی دارد ولی در حقوق ایران نص قانونی در این زمینه نیز وجود ندارد که شایسته است قانونگذار تکلیف این مورد را مشخص کند، زیرا مصلحت جامعه در این است با توجه به آثار حقوقی ناشی از تغییر جنسیت، اصلاح اسناد سجلی و تغییر نام کوچک این گونه افراد به منظور جلوگیری از سوء استفاده در این‌گونه تحولات، حکم مقتضی از مراجع قضایی صادر گردد.

٤ـ در نظام حقوقی فرانسه بین زن و مرد تفاوتی از جهت برخورداری از حقوق اجتماعی و اقتصادی و امثال آن وجود ندارد ولی در حقوق ایران زن و مرد از جهت اجتماعی و اقتصادی مشابه هم نیستند. به طور مثال در حقوق ایران به تبع از حقوق

اسلام زن حق اشتغال بر امر قضاوت را ندارد و از جهت توارث نیز زن و مرد از سهم مساوی برخوردار نبوده، مرد دو برابر زن ارث خواهد برد. البته در بعضی موارد به طور استثنایی بین زن و مرد تفاوتی وجود ندارد.

۵ـ در فرانسه شرط صحت ازدواج به مفهوم واقعی آن، این است که دو جنس مخالف یعنی یک زن و یک مرد با هم ازدواج کرده باشند گرچه تشکیل زندگی مشترک دو همجنس نیز پذیرفته شده هر چند نام ازدواج نخواهد داشت.

در نظام حقوقی ایران تحت هیچ عنوان دو همجنس حق ازدواج یا تشکیل خانواده و زندگی مشترک ندارند و ازدواج دو همجنس باطل است.

٦ـ در فرانسه، تغییر جنسیت زن یا شوهر سبب بطلان نکاح است که در حقوق ایران نیز بعد از تغییر جنسیت زوجین یا یکی از آن‌ها نکاح باطل می‌گردد.

۷ـ در حقوق فرانسه، حضانت، تربیت و قدرت ولایت یا سرپرستی کودکان، حق و تکلیف زوجین است که در صورت ادامهٔ زندگی مشترک این وظیفه را زوجین مشترکاً انجام خواهند داد و در صورت جدائی یا طلاق نیز این وظیفه ادامه دارد مگر در مواردی که دادگاه امور خانواده حق ولایت را به علت موجه قانونی از یکی از والدین سلب و آن را منحصراً به دیگری محول کند و تغییر جنسیت در این گونه امور تأثیری ندارد.

البته ولایت بر فرزند حق و تکلیف پدر و جد پدری است و مادر درنظام حقوقی ایران بر فرزند ولایت ندارد.

در حقوق ایران حضانت کودک تا سن هفت سالگی تکلیف مادر و سپس تکلیف پدر خواهد بود امّا ولایت بر کودک همان طور که اشاره شد، تا سن کبر حق و تکلیف پدر و جد پدری است و مادر در هر درجه و مقام علمی یا اجتماعی باشد، بر فرزند خود ولایت نخواهد داشت که جای بحث فراوان دارد و در صورت تغییر جنسیت نیز در پاره‌ای از موارد آثار خاصی به وجود می‌آید که شرح آن گذشت.

۸ ـ در فرانسه و سایر کشورهای غربی و شرقی، موضوع افراد دو جنسی یا دگر جنس‌جو، مورد توجه خاص اندیشمندان مختلف قرار گرفته و این پدیده ناخواسته را که عده‌ای از ابناء بشر گرفتار آن هستند، متخصصان، در ابعاد گوناگون از جمله از منظر پزشکی، روان پزشکی و مخصوصاً از بعد اجتماعی مورد بررسی دقیق علمی قرار داده‌اند، با این هدف که روشن سازند موضوع اختلالات و ابهامات جنسی افراد دو

جنسی یا دگر جنس‌گرا یا دگر جنس‌جو، پدیده‌ای نیست که مبتلایان به آن، مرتکب خطا و تقصیر یا اشتباهی شده باشند تا از خانواده و جامعه طرد گردند و در نتیجه زندگی فردی و اجتماعی این افراد در مراودات مختلف مواجه با اشکال گردد. به عبارت دیگر با تشریح مسائل و معضلات افراد گرفتار ابهامات و اختلالات جنسی، خانواده‌ها و مردم جامعه با خصوصیات و کاراکتر این افراد آشنا خواهند شد و سطح اطلاعات مردم نسبت به این‌گونه انسان‌ها بیشتر خواهد شد و آحاد جامعه متوجه خواهند شد که این افراد با دیگران از جهت رفتار اجتماعی تفاوتی ندارند و همانند دیگران کارهای در حد صلاحیت و تخصص خود را به خوبی انجام خواهند داد و از دیگر مردم جدا و متفاوت نیستند. بنابراین اطلاع‌رسانی در زمینهٔ مسائل مربوط به افراد دو جنسی و دگر جنس‌جو به عموم مردم، خدمت بزرگی به تمامی افراد جامعه و مبتلایان به اختلالات جنسی خواهد بود. در ایران به این موضوع توجه چندانی تشده و در نتیجه افراد دو جنسی یا دگر جنس‌جو چندان مورد عنایت خانواده‌ها و حتی خویشاوندان و اقارب و بستگان آنان و همچنین مورد علاقه و عنایت مردم قرار نگرفته‌اند و حتی گاهی با دید انحراف جنسی با این افراد برخورد می‌شود. به همین دلیل این گروه سعی دارند از اجتماع و ارتباط اجتماعی دور بمانند یا مشکلات خود را مخفی نگاه دارند و از این بابت رنج فراوان خواهند برد که امید است با تلاش متفکران و اندیشمندان، موضوع برای عموم روشن گردد تا خدمتی به جامعه و این‌گونه افراد شده باشد و از ناهنجاری‌های اجتماعی جلوگیری به عمل آید. البته رسانه‌های عمومی و هنرمندان و فیلم‌سازان نیز می‌توانند نقش ارزنده در روشن‌گری و اطلاع رسانی ایفاء کنند و خدمات شایسته‌ای به جامعه ارائه دهند.

به پایان آمد این دفتر — حکایت همچنان باقی بافی است
به صد دفتر نشاید گفت — وصف الحال مشتاقی

فهرست منابع و مأخذ

کتب فارسی

۱- افشار، دکتر حسن، مجموعه حقوق تطبیقی، شماره ۱، چاپ دانشگاه سال ۱۳٤٦.

۲- افشار، دکتر حسن، مجموعه حقوقی وزارت دادگستری، سال‌های ۱۳۳۸ تا ۱۳٤۲.

۳- افشار، دکتر حسن، مقدمه حقوق تطبیقی، چاپ سوم، چاپ گیلان، سال ۱۳۳٦.

٤- افشار، دکتر حسن، مجله حقوقی وزارت دادگستری، شماره ۱۰۲ سال ۱۳۳۹ و شماره ۳. سال ۱۳٤۳ و شماره ۱ سال ۱۳٤٥ شمسی.

٥- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی ایران، جلد سوم و پنجم، چاپ دانشگاه سال ۱۳۳۹ شمسی.

٦- بارتلمه، پروفسور کریستیان، ترجمه و تحشیه دکتر ناصرالدین صاحب‌الزمانی، زن در حقوق ساسانی، تهران، چاپ مؤسسه عطائی، مرداد سال ۱۳۳۷.

۷- جرجانی، سید الوالفتح، با توضیحات میرزا ولی‌الله، تفسیر شاهی در دو جلد، تبریز چاپ شفق سال ۱۳۸۰ هجری.

۸- جعفری‌لنگرودی، دکتر جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ پیروز، سال ۱۳٤۱.

۹- حائری (شباهباغ)، سید علی، شرح قانون مدنی، دو جلد، چاپخانه آفتاب سال ۱۲۲۹ شمسی.

۱۰- دولتشاهی، دکتر فتح‌الله، اقرار در حقوق مدنی ایران، تهران، چاپ تابان، بهمن سال ۱۳٤۲.

۱۱- ذوالمجدین، زین‌العابدین، شرح تبصره علامه، جلد دوم، چاپخانه دانشگاه، سال ۱۳۲۰ شمسی.

۱۲- سنگلجی، استاد محمد، ضوابط معاملات، چاپخانه عالی هروی، سال ۱۳٤۱ شمسی.

۱۳- سنگلجی، استاد محمد، کلیات عقود و ایقاعات و قانون رضاع در اسلام، چاپ چاپخانه فردوسی، سال ۱۳٤۱ شمسی.

۱٤- سنگلجی، استاد محمد، ماهنامه حقوق امروز شماره ۲۹ اسفندماه سال ۱۳٤٥ و شماره ۲۰ فروردین‌ماه سال ۱۳٤٦ سال چهارم و پنجم.

۱٥- شایگان، دکتر سیدعلی، حقوق مدنی ایران، چاپ چهارم، چاپخانه مجلس سال ۱۳۳۱ شمسی.

۱۶- شهابی، محمود، ادوار فقه، چاپ دانشگاه، جلد اول چاپ دوم سال ۱۳٤۰ و جلد دوم چاپ اول سال ۱۳۳٦
۱۷- صفائی، دکتر سیدحسین، حقوق مدنی ایران، جلد اول از انتشارات مؤسسه عالی حسابداری، چاپ می‌هن، تهران، سال ۱۳٤٦ شمسی، نشریه شماره ۱۸.
۱۸- عبده (بروجردی)، استاد محمد، کلیات حقوقی اسلامی، تهران، چاپ چاپخانه دانشگاه سال ۱۳۳۹ شمسی.
۱۹- عبده (بروجردی)، استاد محمد، مبانی حقوق اسلامی، چاپ دانشگاه تهران.
۲۰- علی آبادی، دکتر محمدحسین، (تقریرات) تاریخ حقوق ایران چاپ نشده.
۲۱- فروید، زیگموند، ترجمه و تحشیه دکتر ناصرالدین صاحب‌الزمانی، روانکاوی و تحریم زناشوئی با محارم چاپ چهارم، تهران، چاپ مؤسسه مطبوعاتی عطائی، مرداد سال ۱۳٤٤ شمسی.
۲۲- قائم مقامی، دکترعبدالمجید، اقرار، چاپ دانشگاه سال ۱۳٤٦.
۲۳- کاتبی، دکتر حسین‌قلی، فرهنگ حقوقی فرانسه به فارسی چاپ اول، تهران، چاپ چهر، سال ۱۳۳۷ شمسی.
۲٤- کاتبی، دکتر حسین‌قلی، قانون حمایت خانواده حمایت خانواده و آئین‌نامه اجرائی آن مصوب سال ۱۳٤٦ شمسی، مؤسسه مطبوعاتی فرخی سال ۱۳٤٦.
۲۵- کاتبی، دکتر حسین‌قلی، قانون مدنی ایران، تهران، چاپ چاپخانه نقش جهان.
۲٦- کاشانی، ملا فتح الله، تفسیر خلاصه‌المنهج، تهران، مطبعه حاج عبدالمحمد سال ۱۳۳۱ هجری.
۲۷- کاشانی، ملا فتح‌الله، تفسیر منهج‌الصادقین، تهران، چاپخانه علمی سال ۱۳۳۰ شمسی.
۲۸- ماله، آلبر و ایزاک، ژول، ترجمه مرحوم غلامحسین زیرک‌زاده، تاریخ رم، تهران مطبعه مجلس سال ۱۳۰۹ شمسی (از نظریات کمیسیون معارف).
۲۹- محلاتی، شیخ ذبیح‌الله، قضاوت‌های حضرت‌امیرالمؤمنین (ع) چاپ چهارم، کتابخانه ارشاد سال ۱۳٤۷ شمسی.
۳۰- ناصری، دکتر فرج‌الله، امارات، تهران، چاپ رنگین، اسفند ۱۳٤٤.

کتب عربی

۱- ابن ادریس، سرائر، تهران، مطبعه آقاسید محمدباقر، سال ۱۳۰۷ قمری.
۲- اصفهانی، شیخ محمد حسن بن شیخ باقربن شیخ عبدالرحیم، (معروف به شیخ جواهر)، جواهرالکلام، چاپ تبریز، سال ۱۳۲۵ هجری قمری.
۳- جبعی، عاملی، زین‌الدین بن علی بن احمد، (معروف به شهید ثانی)، الروضة البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، چاپ تبریز سال ۱۲۷۱ قمری.

٤- جعفربن یحیی، نجم‌الدین ابوالقاسم، (معروف به محقق) شرایع‌الاسلام فی‌المسائل الحلال و الحرام چاپ علیقلی خان قاجار، سال ۱۳۰۷ قمری.
٥- جعفربن یحیی، نجم‌الدین ابوالقاسم، (معروف به محقق) قرآن مجید چاپ تهران، سال ۱۳۲۱ شمسی.
٦- الحسینی‌الروحانی، آیت‌الله محمد صادق، المسائل المستحدثه در دو جلد، چاپ قم، مؤسسه مطبوعاتی دارالفکر، سال ۱۳۸٤ قمری.
۷- حنبل شیبانی، احمدبن، مسند، مصر، مطبعة السعاده، سال ۱۹۵۱ میلادی.
۸- خزاعی رازی، جمال‌الدین ابوالفتح حسین بن علی بن محمد بن احمد، روض الجنان و روح الجنان، تهران، چاپخانه مجلس سال ۱۳۱۵ شمسی،
۹- سیوطی، جلال الدین، کنزالمدفون و الفلک المشحون مصر مطبعه العامره سال ۱۳۳۰ قمری.
۱۰- شافعی، محمدبن ادریس، الام، چاپ بولاق مطبعه الکبری سال ۱۳۲۱ و ۱۳۲٤ قمری.
۱۱- طباطبائی، سیدعلی بن سید محمد، ریاض‌المسائل، چاپ سنگی، عبدالله بن محمد حسین خوانساری، سال ۱۲٦۷ قمری.
۱۲- طریحی، (فخرالدین محمدعلی بن احمد بن علی)، مجمع البحرین، تهران، چاپ می‌رزا، محمد جیلانی، سال ۱۲۹۸ هجری.
۱۳- طوسی، محمدبن حسن بن علی، (معروف به شیخ طوسی)، مبسوط، تهران، مطبعه آقا سید محمدباقر سال ۱۳۷۱ قمری.
۱٤- طوسی، محمدبن حسن بن علی، (معروف به شیخ طوسی، خلاف، تهران، چاپخانه اسلامیه، سال ۱۳۷۰ قمری.
۱۵- عبدالحمید، محمد محیی‌الدین، الاحوال الشخصیه فی الشریعة الاسلامیه، چاپ مصر مطبعةالسعاده سال ۱۳۷۷ قمری.
۱٦- علامه حلی، حسن بن یوسف بن علی بن مطهر، مختلف الشیعه، تهران، چاپخانه حاج شخ احمد شیرازی، سال ۱۳۲٤ هجری.
۱۷- علم‌الهدی، سیدمرتضی، انتصار، چاپ تهران، چاپخانه میرزا محمدعلی شیرازی سال ۱۳۱۵ قمری
۱۸- قدامه المقدسی، ابن قدامه ابن محمد عبدالدین احمدبن محمد بن، المغنی، مصر، دارالمنار، سال ۱۳٦۷ قمری.
۱۹- کلینی، محمد بن یعقوب، کافی، تهران، چاپخانه حیدری، سال ۱۳۷۸ هجری.
۲۰- مغنیه، محمد جواد، الزواج و الطلاق علی المذاهب الخمسه، چاپ بیروت، سال ۱۹٦۰.
۲۱- مقداد، فاضل، کنزالعرفان فی فقه القرآن، تهران، مطبعه آقا اسمعیل سال ۱۲۱۱ شمسی.

کتب فرانسه

1- Alex Weill, Droit Civil, T. I. (Précis Dalloz) Paris 1968.
2- Aubry et Rau: Droit Civil francais. T. 7. Paris 1948.
3- Bonnir (E): traité théorigue et pratique des preuvies en droit civil et en droit Criminel. Paris 1888 (5e edition).
4- Carbonnier (J): Droit Civil. .1. Paris 1964.
5- Code civil de l'empire d' Ethiopie 1960 avec une note interoductive de René Davide.
6- Code civil francais (Dalloz) Paris 1967 – 68 - 2009.
7- Colin (A). Capitant (H) et Julliot de la Morandière: (L): Traité de droit civil. T. Paris 1967.
8- Dabin. (Jean): Le Statut Juridique de l'enfant natural,travaux de la premire Jonrnee d' etudes Juridiques. 1. Vol. 1965.
9- Décottignies (R): Présomption en droit privé. Paris 1950.
10- Dominique (Fenouillet), Droit De la Famille, 2^{è} ed, Dalloz, 2008.
11- Giffard (A E): Précis de droit romain (2 Volumes) Paris Dalloz 1951.
12- Horni: L' e nfant natural en droit Comparé these Zurich 1943.
13- Julliot de la Morandiére (L): Droit civil (Précis Dalloz) Paris 1963.
14- K. Stoyanovitch: la legitimation des enfants néspar suite de l'insemination artificille en france et aux Etats – unis d' Amerique. Révue international de droit compare. Paris 1956.
15- Marty et Raynaud: Droit civil. T. 1. V. 2. Paris 1964.
16- Mazeaud (H. J. L) et Michel de juglart: lec çon de droit civil. T. 1. V. II. Paris 1967.
17- Merger: l' insemination artificille. J. C. P. Paris 1957 No 1389.
18- Paul Graulich: Essai sur les elements constitutifs de la filiation légitime. Σiége 1951.
19- Planiol (M) – Ripert (G), traité pratique de droit civil français. T. II. Paris 1954. Mis à Jour de 1962.
20- Ripert (g) – Boulanger (J): Traité de droits civil. T. 1. Paris 1955 – mis à Jour de 1961.
21- Rouast (A): les tendances individualists de la Jurisprudence en matiére de la filiation légitime. Revue trimestrielle de droit civil Paris 1941.
22- Safai (Hossein): la protection des incapables. Paris (Dalloz). 1966.
23- Savatier (R): Les metamorphoses économiques et socials droit civil aujord'hui. Paris 1948 (Dalloz).
24- Savatird (R): la recherché de patrnité Paris 1927.

