



دانشکده الهیات و علوم اسلامی
گروه فقه و حقوق اسلامی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته فقه و حقوق اسلامی

عنوان

بررسی حقوق کودکان نامشروع در فقه و حقوق موضوعه ایران

استاد راهنما

دکتر رضا الهامی

استاد مشاور

دکتر عبدالرضا لطفی

نگارش

یحیی طالبی سقایی

بهمن ۱۳۹۴

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تعهد نامه

عنوان پایان نامه: بررسی حقوق کودکان نامشروع در فقه و حقوق موضوعه ایران

- اینجانب یحیی طالبی سقایی دانشجوی دوره کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق اسلامی دانشکده الهیات و علوم اسلامی دانشگاه تبریز تحت راهنمایی آقای دکتر رضا الهامی با تعهد به رعایت موارد ذیل، اقرار و اذعان می‌نمایم:
- ۱- تحقیقات و نتایج ارائه شده در این پایان نامه حاصل مطالعات علمی اینجانب بوده، مسئولیت صحت و اصالت مطالب مندرج در آن را به طور کامل بر عهده می‌گیرم
 - ۲- در خصوص استفاده از مطالب و پژوهشهای محققان دیگر به مرجع مورد نظر استناد شده است.
 - ۳- مطالب مندرج در این پایان نامه را اینجانب یا فرد دیگری به منظور اخذ هیچ نوع مدرک یا امتیازی تاکنون به هیچ مرجعی تسلیم نکرده است.
 - ۴- کلیه حقوق معنوی این اثر به دانشگاه تبریز تعلق دارد. مقالات مستخرج از پایان نامه، ذیل نام دانشگاه تبریز (**University of Tabriz**) به چاپ خواهد رسید.
 - ۵- هریک از استاد راهنما و دانشجو حق دارند مستقلاً نسبت به انتشار کل پایان نامه به صورت کتاب و یا قسمتهایی از آن به عنوان مقاله اقدام نمایند مشروط بر اینکه با نام هردو منتشر گردد. ضمناً" درج نام استاد مشاور پس از نام استاد راهنما بلا مانع است
 - ۶- چنانچه بعد از جلسه دفاعیه محرز گردد که مطالب پایان نامه به صورت کلی یا جزئی مورد سرقت علمی قرار گرفته است، نسبت به ابطال مدرک تحصیلی حق هیچگونه اعتراض و ایرادی نخواهم داشت.

تاریخ

یحیی طالبی سقایی

به پاس تعبیر عظیم و انسان‌دوستانانه کلمه ایثار و از خودگذشتگی

به پاس عاطفه سرشار و گرمای امیدبخش وجودشان که در این سردترین روزگار ان بهترین پشتیبان است

به پاس قلب های بزرگشان که فریاد رس است و سرگردانی و ترس در پناهنشان به شجاعت می‌کراید

و به پاس محبت های بی دریغشان که هرگز فروکش نمی‌کند

این پایان نامه را به پدر و مادر عزیزم تقدیم می‌کنم

پاسکزاری:

بدینوسیله لازم می‌دانم از زحمات و راهنمایی‌ها و ارشادات جناب آقای دکتر رضا الهامی استاد محترم و جناب آقای دکتر عباس باقری باقری استاد بدینوسیله لازم می‌دانم از زحمات و راهنمایی‌ها و ارشادات جناب آقای دکتر رضا الهامی استاد محترم و جناب آقای دکتر عباس باقری باقری استاد

محترم مشاور که زحمات زیادی را در تدوین این پایان‌نامه تحمل شده اند پاسکزاری نمایم. از درگاه خداوند بزرگ برای اساتید کرامتقدر توفیق روز

افزون و سلامتی خواستارم.

نام خانوادگی: طالبی سقایی	نام: یحیی
عنوان پایان‌نامه: بررسی حقوق کودکان نامشروع در فقه و حقوق موضوعه ایران	
استاد راهنما: دکتر رضا الهامی	استاد مشاور: دکتر عبدالرضا لطفی
مقطع تحصیلی: کارشناسی ارشد	رشته: فقه و حقوق اسلامی
دانشگاه: تبریز	دانشکده: الهیات و علوم اسلامی
تاریخ فارغ التحصیلی:	تعداد صفحه: ۱۱۸
واژه های کلیدی: ولد زنا، کودکان نامشروع، نسب، والدین	
<p>چکیده: طفلی که متولد می شود، یا از یک رابطه قانونی و شرعی است و یا یک رابطه غیرقانونی و غیرشرعی. به کودکانی که از طرق غیرشرعی متولد می شوند، کودکان نامشروع می‌گویند این کودکان یا ناشی از زنا هستند و یا ناشی از تلقیح مصنوعی نطفه زن با نطفه مرد اجنبی و یا ناشی از وطی به شبهه نسبت به طرفی که عالم به زنا است و یا ناشی از تفخیز و مساحقه است.</p> <p>در حقوق ایران نحوه ایجاد و تشکیل نطفه حائز اهمیت فراوانی بوده است. ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی طفل ناشی از زنا را به والدین منتسب نمی‌داند اجرای این قانون نتیجه‌ای جز این ندارد که والدین هیچگونه وظیفه یا حقی در مقابل کودکان نامشروع خود داشته باشند به عبارت دیگر این کودکان فاقد هرگونه پدر یا مادر خواهند بود. این نظریه اتخاذ شده از فقه امامیه بوده است فقهای امامیه از جمله شهید ثانی، صاحب جواهر، صاحب ریاض بر عدم انتساب زنازاده به والدین تأکید و حتی ادعای اجماع داشته‌اند. البته می‌توان گفت آنچه که منظور فقها و قانونگذار بوده با توجه به صراحت بیان آنها فقط کودکان ناشی از زنا هستند و در نتیجه سایر کودکان نامشروع مثلاً تلقیح مصنوعی، وطی به شبهه و تفخیز را می‌توان از نظر فقها و قانون مستثنی نمود و کلیه حقوق را بر آنها بار نمود. اما در خصوص کودکان ناشی از زنا باید گفت که این کودکان همانند سایر کودکان عاری از هرگونه گناه بوده و با توجه به اینکه هیچگونه نقشی در تعیین سرنوشت خود نداشته‌اند نباید متحمل چنین حکم سنگینی گردند. در میان فقهای معاصر بزرگانی از جمله مرحوم مامقانی، مرحوم بجنوردی و غیره هستند که نظر فوق را قبول ننموده و ولد زنا را به والدین خود منتسب و فقط ارث را منتفی می‌دانند که در راستای این نظریه نیز وحدت رویه ای دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۶ صادر که طی آن والدین فرزند نامشروع را به عنوان والدین طبیعی و قانونی دانسته و کلیه حقوق و وظایف آنها را در برابر فرزند به جز ارث محقق دانسته است.</p>	

فهرست مطالب

عنوان صفحه

مقدمه

- الف) بیان مسأله ۱
- ب) پیشینه تحقیق ۱
- ج) سئوالات تحقیق ۲
- د) فرضیات تحقیق ۲
- هـ) روش تحقیق (مواد و روش‌ها) ۳
- و) گزارش کلی از ساختار تحقیق ۳

فصل اول: تعاریف و مفاهیم

- ۱-۱ تعریف طفل نامشروع ۵
- ۲-۱ اقسام طفل نامشروع ۶
- ۱-۲-۱ ولد زنا ۶
- ۱-۱-۲-۱ اقسام زنا ۷
- ۱-۱-۲-۱-۱ زنا با محارم ۷
- ۱-۱-۲-۱-۲ زنای محصن و محصنه ۸
- ۱-۱-۲-۱-۳ زنای غیر محصن و محصنه ۱۰
- ۲-۲-۱ طفل نامشروع در حالت وطی به شبهه ۱۰
- ۱-۲-۲-۱ اجرای اماره فرارش در نزدیکی به شبهه ۱۲
- ۲-۲-۲-۱ تزاحم اماره فرارش در نکاح و نزدیکی به شبهه ۱۳
- ۳-۲-۱ طفل ناشی از تلقیح مصنوعی ۱۵
- ۱-۳-۲-۱ تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر ۱۷
- ۲-۳-۲-۱ تلقیح مصنوعی با نطفه مرد اجنبی ۱۹
- ۳-۱ شرایط مشروع بودن طفل ۲۲
- ۴-۱ اقسام نزدیکی خارج از نکاح ۲۴
- ۵-۱ شرایط تحقق زنا ۲۶
- ۱-۵-۱ نزدیکی بین زن و مرد ۲۶
- ۲-۵-۱ نبودن وجود رابطه زوجیت ۲۶
- ۳-۵-۱ بلوغ ۲۷
- ۴-۵-۱ عقل ۲۷

- ۱-۵-۵ علم به حرمت ۲۷
- ۱-۵-۶ اختیار ۲۷
- ۱-۶-۶ مقایسه بین طفل مشروع و نامشروع ۲۹
- ۱-۶-۱ از لحاظ طبیعی و زیستی: ۲۹
- ۱-۶-۲ از لحاظ اثبات نسب: ۲۹

فصل دوم: بررسی نسب اطفال نامشروع

- ۲-۱ ماهیت حقوق نسب ۳۲
- ۲-۱-۱ تعریف لغوی نسب و مفهوم آن ۳۲
- ۲-۱-۲ تحلیل ماهیت حقوقی نسب ۴۱
- ۲-۱-۳ اقسام نسب ۴۲
- ۲-۱-۳-۱-۱ نسب خاص: ۴۲
- ۲-۱-۳-۱-۲ نسب عام: ۴۳
- ۲-۱-۳-۱-۲ نسب ناشی از نکاح و نسب بدون نکاح: ۴۳
- ۲-۱-۳-۱-۲ نسب ناشی از نکاح: ۴۳
- ۲-۱-۳-۱-۲ نسب بدون نکاح: ۴۳
- ۲-۱-۴ نسب ناشی از زنا ۴۴
- ۲-۱-۴-۱-۱ نسب پدری: ۴۴
- ۲-۱-۴-۱-۲ دیدگاه فقهای امامیه: ۴۵
- ۲-۱-۴-۱-۲ فقهای قائل به انتفاء نسب: ۴۵
- ۲-۱-۴-۱-۲ فقهای قائل به الحاق نسب ۴۶
- ۲-۱-۴-۱-۲ دیدگاه فقهای عامه: ۴۹
- ۲-۱-۴-۱-۲ حقوق ایران ۵۰
- ۲-۱-۴-۱-۲ نسب مادری: ۵۱
- ۲-۱-۴-۱-۲ دیدگاه فقه اسلامی: ۵۱
- ۲-۱-۴-۱-۲ حقوق ایران: ۵۳
- ۲-۲ نسب طفل متولد شده از تلقیح مصنوعی زن و مرد اجنبی ۵۳
- ۲-۲-۱ رابطه طفل با زوج (شوهرزن) ۵۴
- ۲-۲-۲ رابطه طفل با مادر ۵۴
- ۲-۲-۳ رابطه طفل با صاحب نطفه ۵۵
- ۲-۳ صور مختلف انکار نسب ۵۶
- ۲-۳-۱ نفی ولد از طریق عدم تحقق اماره فراش ۵۶

- ۲-۳-۲ نفی ولد از طریق اثبات خلاف اماره فراش: ۵۷.....
- ۲-۳-۲-۱ اثبات خلاف اماره فراش در فقه: ۵۷.....
- ۲-۳-۲-۲ اثبات خلاف اماره فراش در قانون مدنی: ۵۸.....
- ۲-۳-۲ لعان ۳-۳-۲.....
- ۲-۳-۳-۱ آثار لعان ۱-۳-۳-۲.....
- ۲-۳-۳-۱-۱ نکاح بین زوجین منفسخ خواهد شد: ۶۱.....
- ۲-۳-۳-۲-۱ عدم توارث ۲-۱-۳-۳-۲.....
- ۲-۳-۳-۲-۴ انتفاء ولد از شوهر ۴-۱-۳-۳-۲.....
- ۲-۳-۳-۲ رجوع از لعان ۲-۳-۳-۲.....
- ۲-۳-۲ نفی ولد در مورد هویت طفل و نسب مادری ۴-۳-۲.....
- ۲-۳-۵ طرفین دعوی نفی ولد و دادگاه صالح برای رسیدگی نسب ۵-۳-۲.....
- ۲-۳-۵-۱ طرفین دعوی نسب: ۶۳.....
- ۲-۳-۵-۲ حدود دعوی نفی ولد: ۶۴.....

فصل سوم: حقوق اطفال نامشروع

- ۳-۱-۳ در امور مدنی غیرمالی ۶۷.....
- ۳-۱-۱-۳ ازدواج ۶۷.....
- ۳-۱-۱-۳ دیدگاه فقهای امامیه: ۶۷.....
- ۳-۱-۱-۲ فقه عامه: ۶۸.....
- ۳-۱-۱-۳ در حقوق ایران: ۶۹.....
- ۳-۱-۲ ولایت بر طفل نامشروع ۷۱.....
- ۳-۱-۲-۱ ولی عام: ۷۱.....
- ۳-۱-۲-۲ ولی خاص: ۷۱.....
- ۳-۱-۲-۲-۱ ولایت بر طفل نامشروع در فقه: ۷۲.....
- ۳-۱-۲-۲-۲ حقوق ایران: ۷۳.....
- ۳-۱-۲-۲-۳ ولایت پدر عرفی بر نکاح دختر نامشروع: ۷۴.....
- ۳-۱-۳ حضانت ۷۴.....
- ۳-۲ در امور مدنی مالی ۷۶.....
- ۳-۲-۱ نفقه ۷۷.....
- ۳-۲-۲ ارث ۷۹.....
- ۳-۲-۲-۱ فقه امامیه: ۸۰.....
- ۳-۲-۲-۲ فقه عامه: ۸۳.....

- ۸۳..... حقوق ایران ۳-۲-۲-۳
- ۸۴..... حقوق اجتماعی اطفال نامشروع در امور مدنی ۳-۳
- ۸۴..... داشتن نام خانوادگی ۱-۳-۳
- ۸۷..... تابعیت ۲-۳-۳
- ۸۷..... سیستم خون: ۱-۲-۳-۳
- ۸۷..... سیستم خاک: ۲-۲-۳-۳
- ۸۸..... اجرای سیستم خون درباره طفل نامشروع: ۳-۲-۳-۳
- ۸۹..... اجرای سیستم خاک در اعطای تابعیت به طفل نامشروع: ۴-۲-۳-۳
- ۹۰..... اقامتگاه ۳-۳-۳
- ۹۰..... در مورد احوال شخصیه: ۱-۳-۳-۳
- ۹۰..... از لحاظ تعیین صلاحیت دادگاه: ۲-۳-۳-۳
- ۹۱..... از لحاظ تشخیص قانون صلاحیتدار: ۳-۳-۳-۳
- ۹۱..... از لحاظ تمتع از حقوق: ۴-۳-۳-۳
- ۹۲..... مناصب مشروط به طهارت مولود ۴-۳-۳
- ۹۳..... مرجع شدن: ۱-۴-۳-۳
- ۹۳..... امامت جماعت: ۲-۴-۳-۳
- ۹۵..... شهادت: ۳-۴-۳-۳
- ۹۵..... قول مشهور: ۱-۳-۴-۳-۳
- ۹۶..... قول غیر مشهور: ۲-۳-۴-۳-۳
- ۹۷..... فقه عامه: ۳-۳-۴-۳-۳
- ۹۸..... حقوق ایران: ۴-۳-۴-۳-۳
- ۹۹..... قضاوت: ۴-۴-۳-۳
- ۹۹..... در فقه: ۱-۴-۴-۳-۳
- ۱۰۱..... حقوق ایران: ۲-۴-۴-۳-۳
- ۱۰۱..... حقوق اجتماعی اطفال نامشروع در امور کیفری ۴-۳
- ۱۰۲..... ولی دم ۱-۴-۳
- ۱۰۳..... عاقله ۲-۴-۳
- ۱۰۴..... قصاص و دیه طفل نامشروع ۳-۴-۳
- ۱۰۴..... قصاص: ۱-۳-۴-۳
- ۱۰۴..... در فقه: ۱-۱-۳-۴-۳
- ۱۰۶..... حقوق ایران: ۲-۱-۳-۴-۳

- ۱۰۶ ۲-۳-۴-۳ دیه:
- ۱۰۶ ۱-۲-۳-۴-۳ در فقه:
- ۱۰۷ ۴-۴-۳ سقط جنین
- ۱۰۹ نتیجه گیری و پیشنهاد
- ۱۰۹ منابع

الف) بیان مسأله

طفلی که متولد میشود، یا از یک رابطه قانونی و شرعی است و یا یک رابطه غیرقانونی و غیرشرعی. به کودکانی که از طرق غیرشرعی متولد میشوند، کودکان نامشروع می‌گویند این کودکان یا ناشی از زنا هستند و یا ناشی از تلقیح مصنوعی نطفه زن با نطفه مرد اجنبی و یا ناشی از وطی به شبهه و یا ناشی از تفخیز است در خصوص کودکان ناشی از زنا باید گفت که این کودکان همانند سایر کودکان عاری از هرگونه گناه بوده و باتوجه به اینکه هیچگونه نقشی در تعیین سرنوشت خود نداشته‌اند نباید متحمل چنین حکم سنگینی گردند. در میان فقهای معاصر بزرگانی از جمله مرحوم مامقانی، مرحوم بجنوردی و غیره هستند افرادی که نظر فوق را قبول ننموده و ولد زنا را به والدین خود منتسب و فقط ارث را منتفی می‌دانند که در راستای این نظریه نیز وحدت رویهای دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۶ صادر که طی آن والدین فرزند نامشروع را به عنوان والدین طبیعی دانسته و کلیه وظایف آنها را بر فرزند به جز ارث محقق دانسته است.

ب) پیشینه تحقیق

در موضوع تحقیق در کتب فقهی و حقوقی مانند حقوق مدنی (امامی، سیدحسن، جلد ۵، انتشارات اسلامیة)، مقام زن در آفرینش (آموزگار، حبیب ا...، چاپ اقبال، ۱۳۵۶)، حقوق جزا اختصاصی (شامبیاتی، هوشنگ، جلد ۱، تهران، انتشارات ژوبین)، وصیت و ارث (جعفری لنگرودی، محمدجعفر، انتشارات دانشگاه تهران) تحریر الوسیله (خمینی، روح ا...، جلد ۱ و ۲، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان)، النسب و فروع الفقهیه (المحمدی الهیجی، عبدالرحمن، قم، چاپ اول)، شرح لمعه کتاب نکاح، (شهید ثانی، جلد ۵، چاپ عبدالرحیم)، شرح لمعه کتاب حدود (شهید ثانی، جلد ۲، چاپ عبدالرحیم)، درباره حقوق کودکان نامشروع مطالبی آمده است: کودکی که از رابطه نامشروع ایجاد شود، به زانی و زانیه ملحق نمیشود و از حقوق اولیه ارث، حضانت، ولایت قهری و ... محروم خواهد شد. همچنین مقاله های در این زمینه نوشته شده است برای مثال آثار نسب نامشروع، حقوق کودک در اسلام. لذا ضرورت تحقیق در این بود که در باره شرایط نامشروع بودن کودک و نیز حقوقی که بر کودکان نامشروع بار می‌شود مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد.

ج) سؤالات تحقیق

سوال اصلی تحقیق:

از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، کودکان نامشروع از چه حقوقی برخوردارند؟

سؤالات فرعی:

۱. ملاک تشخیص کودکان مشروع از کودکان نامشروع چیست؟
۲. طبق نظر مشهور فقهای امامیه کودکان نامشروع از کدام حقوق بهره‌مند و از کدام بی‌بهره‌اند؟
۳. اقتضای مصلحت در مورد احکام اولیه حقوق کودکان نامشروع چیست؟

د) فرضیات تحقیق

۱. اگر بین زن و مرد رابطه زوجیت باشد و کودکی که از این نوع رابطه متولد شود، مشروع خواهد بود و اگر رابطه زوجیت بین زن و مرد نباشد، کودکی که از این طریق متولد شود نامشروع خواهد بود.
- پس طفل زمانی نامشروع است که نطفه او در حالت غیرنکاح و به صورت عالمانه و با قصد و اختیار منعقد شده باشد.
۲. قول مشهور فقهای امامیه این است که طفل نامشروع، و به تعبیر دقیقتر، طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی‌شود و آثار نسب بین این گونه اطفال و پدر و مادر طبیعی آنان، از قبیل گفته ارث، ولایت قهری و حضانت، به استثنای محرمیت و منع نکاح، پدید نمی‌آید.
۳. کودک نامشروع به رغم محرومیت از نسب مشروع و آثار قانونی آن، از اعضای امت اسلامی به شمار می‌رود و بنابر اقتضای مصلحت و رعایت حقوق کودک، از احکام اولیه می‌شود در جایی که مصلحت اقتضاء کند عدول کرد. و در این زمینه وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۷۶ صادر شده است. کودکی که ناشی از روابط آزاد جنسی است فرزند طبیعی (عرفی) پدر و مادر خود قلمداد شده و آن دو مکلف به گرفتن شناسنامه برای او و حضانت و پرداخت مخارج او شده‌اند.

ه) روش تحقیق (مواد و روش‌ها)

الف) نوع روش تحقیق: روش توصیفی - تحلیلی را در دستور کار قرار داده است.

ب) روش گرد آوری اطلاعات: روش کتابخانه‌ای

ج) روش تجزیه و تحلیل اطلاعات: روش تجزیه و تحلیل این مجموعه از نوع کیفی و با توجه به

بررسی اسناد و مدارک (کتاب، مقاله و ...) می باشد.

و) گزارش کلی از ساختار تحقیق

این پایان نامه از سه فصل تشکیل یافته است که در فصل اول به کلیات و تعاریف و مفاهیم پرداخته ایم که طفل نامشروع کدام است؟ و چطور به وجود می آید؟ و اقسام آن بیان شده است. و در فصل دوم با عنوان نسب اطفال نامشروع است، ماهیت حقوقی و اقسام نسب توضیح داده شده است و همچنین نسب طفل متولد شده از تلقیح مصنوعی را که از مسایل روز می باشد، بیان نموده و در نهایت به صور مختلف انکار نسب اشاره کرده ایم و در فصل آخر که مهم ترین بخش این پایان نامه است در مورد حقوق کودکان نامشروع می باشد، که کودکان نامشروع از چه حقوقی برخوردار بوده و از چه حقوقی محروم می باشند بنابراین مطالب این فصل در دو بخش حقوق مدنی و حقوق اجتماعی کودکان مشروع تبیین شده است.

فصل اول

تعاریف و مفاهیم

۱-۱ تعریف طفل نامشروع

اطفال جمع طفل می‌باشد. و صغیر را طفل گویند، که در مقابل آن بالغ قرار می‌گیرد و به طفل حاصل از زنا طفل طبیعی و یا طفل نامشروع می‌گویند.^۱ در قاموس قرآن آمده است: طفل بمعنی بچه است بر پسر و دختر و جمع اطلاق می‌شود.^۲ قریب به اتفاق، فقها طفل را کسی دانسته‌اند که به بلوغ شرعی نرسیده باشد در فقه اسلامی ابتدای دوره بلوغ پایان دوره کودکی است یعنی بلوغ مرز بین کودکی و نوجوانی را مشخص می‌کند.^۳ اطفال نامشروع یا طبیعی اطفالی هستند که ناشی از یک رابطه غیر شرعی و غیر قانونی ما بین یک زن و مرد نامحرم صورت می‌گیرد. پس منظور از اطفال نامشروع افراد حاصل از زنا می‌باشند، هر چند بعضی طفل حاصل از تلقیح مصنوعی را ملحق به زنا دانسته‌اند، یعنی اولاد ناشی از زنا، اولاد جمع ولد است و در مفهوم عام آن یعنی تمام کسانی که از نسل مشخصی به طور مستقیم بوجود آمده باشند خواه مستقیم خواه غیر مستقیم و معنی خاص اولاد تنها به کسانی گفته می‌شود که بی واسطه بوجود آمده باشند.^۴

البته بعضی‌ها عقیده دارند اولاد باید دارای نسب مشروع باشند و قانون بر وابستگی آنها با پدر و مادر خود یا یکی از آنها صحه گذارد پس کودکانی که دارای نسب مشروع نیستند و یا با پدر و مادر طبیعی خود نسبتی ندارند نمی‌توان ولد نامید.^۵ دکتر کاتوزیان نیز شخصاً بر این عقیده می‌باشد که منظور از اولاد در قانون مدنی و فقه اطفالی هستند که دارای نسب مشروع هستند و قانون آنها را وابسته به پدر یا مادر یا هر دو می‌داند و کودکانی که دارای نسب مشروع نیستند با پدر و مادر طبیعی خود نسبتی ندارند نمی‌توان آنها را «ولد» یا فرزند نامید.^۶

پس با توجه به موارد فوق‌الذکر اطفال نامشروع را چنین می‌توان تعریف کرد:

۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۵، ص ۴۳۰

۲- قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، تهران، دار الکتب الإسلامية، چاپ ششم، ۱۴۱۲ ه ق، ج ۴، ص: ۲۲۶.

۳- موسوی بجنوردی، سید محمد، حقوق خانواده اندیشه‌های حقوقی ۱، تهران: انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد، چاپ اول، ۱۳۸۶،

ص ۲۲۲

۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوقی، ص ۴۳۴ و ۴۳۳

۵- شریف، علی، حقوق خانواده، نشر دنیای نو، ۱۳۷۷

۶- کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، چاپ هشتم، جلد ۲، ص ۳۲۱

کلیه اطفالی که از زن و مردی که هیچگونه علقه زوجیتی با یکدیگر نداشته و ناشی از شبهه یا وطی به اکراه نیز نباشد بوجود آمده باشند و رابطه آنها با والدین صرفاً طبیعی بوده و با هم اشتراک خونی دارند. پس برای تحقق فرزند نامشروع لازم است رابطه‌ای میان والدین این فرزند در زمان انعقاد نطفه نبوده باشد که این رابطه الزاماً از طریق نکاح و ملک کنیز صورت می‌پذیرد خواه نکاح دائم باشد خواه موقت و همچنین تصور وجود رابطه زوجیت نیز نبوده و یا ناشی از اکراه نیز نباشد. هر چند بعضی طفل حاصل از تلقیح مصنوعی را ملحق به زنا دانسته اند.

۱-۲ اقسام طفل نامشروع

اطفال نامشروع اقسامی دارد که شرایط وجودی آنها یکسان نیستند این اطفال یا ناشی از زنا هستند و یا ناشی از رابطه‌ای که منجر به زنا نمی‌گردد ایجاد می‌شوند یا در اثر شبهه است که یکی از طرفین به نامشروع بودن این و طی آگاهی دارد که در این صورت طفل فقط نسبت به کسی که آگاهی دارد نامشروع است و نسبت به کسی که آگاهی ندارد مشروع می‌باشد و یا ناشی از تلقیح مصنوعی است که در این حالت هیچگونه رابطه و نزدیکی بین زن و مرد وجود ندارد در اینکه آیا متولدین ناشی از تلقیح مصنوعی را می‌توان در زمره اطفال نامشروع دانست اختلافاتی وجود دارد. پس با توجه به مراتب فوق اطفال نامشروع در دسته‌های زیر قرار می‌گیرند.

۱-۲-۱ ولد زنا

هرگاه بین زن و مرد نامحرم رابطه نزدیکی صورت پذیرد و از این نزدیکی طفلی بوجود آید این طفل را ولد زنا یا فرزند نامشروع می‌نامند.

زنا در لغت به معنی جماع غیر حلال و مقاربت غیر مشروع می‌گویند خواه در جهت آلت تناسلی باشد خواه نه^۱ البته می‌تواند این امر در جهت قبل باشد یا دبر که فرقی میان این دو در جهت تحقق زنا وجود ندارد.

شهید ثانی در شرح لمعه زنا را چنین تعریف کرده است:

۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۲۷۵۸

زنا عبارتست از ادخال آلت رجولیت مرد عاقل در فرج زنیکه بر او حرام است اعم از قبل یا دبر به اندازه حشفه بدون اینکه بین آنها عقد نکاح یا شبه عقد نکاح که سبب اعتقاد حلیت آن زن گردد، وجود داشته باشد.^۱

شیرازی در شرح تبصره زنا را به نقل از علامه چنین تعریف کرده است:

زنا تحقق می‌یابد با فرو بردن آلت رجولیت در فرج زن اعم از قبل یا دبر بطوریکه حشفه مخفی گردد بدون اینکه بین زن و مرد مزبور عقد مزاجت یا شبهه عقد وجود داشته باشد بشرط بلوغ و عقل و علم به تحریم این واقعه و اختیار هر یک از زانی و زانیه.^۲

مرحوم حسن امامی در تعریف زنا می‌گوید: زنا عبارت است از نزدیکی زن و مردی که میدانند بین آنها رابطه زوجیت موجود نیست.^۳

حقوق کیفری ایران در ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلام زنا را چنین تعریف می‌کند: زنا عبارت است از جماع مرد با زنی که علقه زوجیت بین آنها نبوده و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد.^۴ طبق تعریفی که صورت گرفته قانونگذار داشتن شرایط خاصی را برای تحقق زنا لازم ندانسته و برای آن وجود عقل و یا اختیار و یا ... از جهت تحقق زنا ملاک نیست و این شرایط را صرفاً عوامل رفع حد شرعی می‌داند.

۱-۲-۱-۱ اقسام زنا

در اسلام اقسام زنا در حالت‌های زیر می‌باشد:

۱-۲-۱-۱-۱ زنا با محارم

یعنی نزدیکی کردن با یکی از محارم نسبی و یا سببی و یا رضاعی که مجازات اینگونه زنا اعدام

۱ - شهید ثانی، شیخ زین الدین بن علی، شرح لمعه، کتاب حدود، جلد دوم، ص ۳۲۴

۲ - حسینی شیرازی، سید صادق، شرح تبصره علامه حلی، قم، چاپ مهر، ۱۴۰۹، ص ۳۸۳

۳ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۱۸۹

۴ - قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۲۱

است. از فقها نقل شده است، کسی که با محارم زنا کرده را با یک ضربه شمشیر کشته می‌شود. دسته دیگر گفته‌اند که چنین شخص رجم می‌شود.^۱

زنانی که به سبب خویشاوندی بر مرد حرام می‌شوند، عبارتند از: مادر [و مادر مادر و مادر مادر مادر] هر چند بالا رود دختر و دختر و دختر پسر [و دختر دختر پسر] هر چند پایین رود، خواهد و دختر خاهر هر چند پایین دختر برادر هر چند پایین رود، عمه و خاله هر چند بالا رود. هر چه به واسطه خویشاوندی حرام می‌شود، به واسطه شیرخواری نیز حرام می‌شود، البته به شرط آنکه شیرخواری از نکاح باشد، [یعنی شیری باشد که از ازدواج مشروع فراهم شده باشد]، و به مقداری که گوشت بروید یا استخوان را سخت کند، یا آنکه یک شبانه روز کامل باشد و یا پانزده مرتبه باشد. و بنا بر قولی نزدیک تر به صواب، حرمت با ده مرتبه شیر دادن حاصل می‌شود. همچنین باید کودک در طی دو سال اول شیر بخورد، و در میان آن شیر خوردن‌ها، از شیر زن دیگری نخورد، و شیر زن از یک شوهر باشد. بنابراین، اگر چند بچه را متناوباً از شیر دو شوهر شیر دهد، آنها بر هم حرام نمی‌شوند. مانند آنکه دختری را از شیر شوهر اول و پسری را از شیر شوهر دوم شیر دهد، که در این صورت آن دختر و پسر بر هم حرام نخواهند بود.^۲

۱-۲-۱-۱-۲ زانی محصن و محصنه

احصان عبارت است از آنکه مرد بالغ و عاقل [آلت تناسلی خود را] در آلت تناسلی زنی بالغ و عاقل داخل کند که فرج او، به عقد دائم یا به ملک، از آن او می‌باشد، و آن زن در اختیار مرد باشد به گونه‌ای که صبح و شام بتواند از او بهره‌مند شود. بنابراین، اگر مرد، نزدیکی کردن زنش را انکار کند، از او پذیرفته می‌شود، اگر چه فرزندی از آن زن داشته باشد، زیرا فرزند گاهی در اثر رها شدن منی در فرج زن، بدون آنکه ادخال صورت گرفته باشد بوجود می‌آید. و در احصان، اسلام و عدم طلاق در صورتی که عده رجعی باشد، معتبر نیست. اما اگر عده با ین باشد، با احصان منافات دارد. [پس کسی که زن خود را طلاق رجعی داده و هنوز ایام عده به سر نرسیده، محصن است؛ بر خلاف کسی که زن خود را طلاق با ین داده است]. نزدیکتر به صواب آن است که هرگاه زانی محصن باشد، هم شلاق می‌خورد و هم سنگسار می‌شود. اگر چه جوان باشد. بدین صورت که ابتدا او را شلاق می‌زنند، و آنگاه

۱- تبریزی، ابوطالب تجلیل، التعلیقه الماستدلایه علی تحریر الوسیله، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا

۲- شهید اول، محمد بن مکی، لمعه دمشقیه، ج ۲، صص ۶۱-۶۲

زن را تا سینه و مرد را تا کمر در خاک دفن می‌کنند؛ اگر پس از قرار دادن آنها در گودال فرار کنند، در صورتی که زنا با بیینه ثابت شده باشد یا آنکه، بنا بر قولی، سنگ به او نخورده باشد، او را برمی‌گرداند، و اگر نه بازگردانده نمی‌شود.^۱

قانون ۳ شرط را برای آن قائل شده است.^۲

۱- مرد عاقل بوده و قبلاً نزدیکی مشروع صورت داده باشد.

۲- بوسیله عقد دائم و زنی در اختیار داشته باشد.

۳- زن همیشه در اختیار مرد باشد.

فقها نیز شرط بلوغ و عقل را نیز ذکر کرده‌اند که اختلاف نظر وجود دارد.^۳

بنابراین اگر شرایط فوق در شخص بالغ جمع شود و صاحب این شرط ها زنا کند آن زنا را زناى محصن می‌نامند. زناى محصنه نیز به زناى گفته می‌شود که زن شوهردارى با مرد اجنبیه‌ای زنا کند و در احصان زن نیز وجود شرایط فوق الذکر لازم است.

سپس چنانچه یکی از شرایط فوق‌الذکر وجود نداشته باشد شرایط احصان را نخواهد داشت. مجازات هر یک از زناى محصن و محصنه رجم است^۴ بعضی از فقها معتقدند که اگر زن شوهر دار به غیر بالغ زنا دهد حد زده می‌شود (صد تازیانه) و اگر به مجنون زنا دهد سنگسار می‌گردد ولى اکثر فقها قائل به چنین فرقی نبوده و معتقدند که زانی محصن یا زانیه محصنه رجم می‌گردد.^۵

و چنانچه زانی و یا زانیه هر یک از شرایط فوق‌الذکر را نداشته باشد طبق ماده ۲۳۰ قانون مجازات اسلامی صد تازیانه متحمل خواهند شد.

۱ - شهید اول، محمد بن مکی، لمعه دمشقیه، مترجم: علی شیروانی، قم، دال‌فکر، ۱۳۷۳، فقه جعفری، جلد دوم، ص ۲۲۲-۲۲۳

۲ - قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۲۶

۳ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، منبع پیشین، ص ۱۶

۴ - قانون مجازات اسلامی، ماده ۲۲۵

۵ - ذوالمجدین، زین العابدین، شرح تبصره علامه حلی، صص ۵۷۳، ۵۷۵، ۵۷۶