



دانشگاه قم

دانشکده حقوق

پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

عنوان:

بررسی آثار فقهی و حقوقی جنین و فرزند ناشی از روابط نامشروع و مشتبه

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر گندمکار

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر پارسا پور

نگارنده:

سعید کاوه

مهر ۱۳۸۹

تقدیم به:

والدین عزیز و همسر مهربانم که زمینه رشد و تعالی مرا در زندگی فراهم آوردند، آنان که اگر تمامی هستی را به پایشان بریزم پاسخگوی ذره ای از محبت هایشان نخواهد بود، آنان که با نور شمع وجودشان به زندگی روشنایی بخشیدند، به پاس قطره ای از دریای محبتشان.

و تقدیم به همه یاران و مشوقانم، آنان که بهترین، شایسته ترین و عزیزترین تکیه گاه زندگی می باشند.

اگر انسان می‌خواست صبر کند تا کاری را آنقدر خوب انجام دهد، تا هیچکس نتواند اشتباهی در آن بیابد، هرگز آن را انجام نمی‌داد. «کاردینال نیومن»

تقدیر و تشکر :

چگونه می‌توان از زحمات معلم، تقدیر و تشکر نمود که زبان و قلم از بیان آن قاصر است و مولی علی (ع) در برابرش اظهار بندگی می‌کند. این حقیر از باب امثال حدیث شریف: من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق، بر خود فرض میدانم که از کلیه اساتیدی که در تعلیم و تربیت اینجانب ساعی بوده و خوشه چین خرمن فیضشان بوده ام صمیمانه تشکر و قدردانی نمایم. خصوصاً از استاد راهنمای ارجمندم جناب آقای دکتر گندمکار که با راهنمائیها و نظرات خردمندانه و راهگشایانه خود در تهیه و نگارش این پایان نامه مرا صمیمانه یاری نمودند و مراحم و الطاف ایشان در هر حال شامل حال بنده گردیده است و استاد مشاور گرانقدرم جناب آقای دکتر پارسا پور که اهمیت موضوع پایان نامه را با اینجانب گوشزد نموده و خط مشی کلی را برایم ترسیم نمودند و در تمام مراحل تحصیلات دانشگاهی مدیون راهنمائیها و ارشادات و الطاف ایشان می‌باشم. همچنین بر خود واجب می‌دانم که از استاد ارجمند جناب آقای دکتر عبدی پور که در تدوین و نگارش این پایان نامه از ارشادات ایشان بهره‌های بسیار بردم و کلیه بزرگواران و عزیزانی که در اینراه بنده را یاری نمودند، سپاس و تشکر نمایم.

«ما بدان مقصد عالی نتوانیم رسید

هم مگر پیش نهد لطف شما گامی چند»

چکیده:

در این تحقیق نگارنده، موضوع بررسی احکام و آثار جنین ناشی از روابط نامشروع و مشتبه را از دیدگاه فقه امامیه و حقوق موضوعه، مورد بحث و بررسی قرار داده است. هدف اصلی پرداختن به آن دسته از حقوقی است که این افراد در ضمن تولد و پس از آن، از این حقوق بی بهره میگردند. آنچه در ابتدا مورد بحث قرار می گیرد تعریفی از روابط نامشروع و مشتبه و ارائه مصادیقی از این گونه روابط می باشد. در ارتباط با موضوع مورد تحقیق، ابهامی که مطرح می گردد آن است که تلقیح مصنوعی را می توان در قالب بحث اصلی مورد بررسی قرار داد یا خیر. آنچه را که مورد استدلال قرار می دهیم آن است که عنوان تحقیق و کلیت آن اعم از روابط فیزیکی و غیر فیزیکی نامشروع است. در همین راستا به این نتیجه می رسیم که موضوع تلقیح مصنوعی و انواع مختلف آن با توجه به تازگی و نوپیدا بودن، مورد اختلاف نظرهایی زیادی از طرف فقها و حقوق دانان قرار گرفته است بخصوص در مورد تلقیح مصنوعی بین اسپرم مرد و زن بیگانه. فقها و حقوق دانان بحث های مختلفی در مورد این نوع از تلقیح مصنوعی داشته و آنرا جزء روابط غیر فیزیکی نامشروع دانسته اند. در خصوص جنین متولد از روابط مشتبه نیز آنچه مورد استتاج قرار گرفته که این دسته افراد نیز در کلیه جهات همانند جنین مشروع بوده و از کلیه حقوق مربوطه برخوردار می گردند لذا با توجه به استدلالات فوق پس از بیان کلیاتی، قسمت اصلی تحقیق به چگونگی تکون روابط نامشروع و مشتبه در یک بخش، و آثار نسب نامشروع در بخش دیگر، اختصاص داده شده است نویسنده بر آن شده است که بخش اعظم تحقیقات خود را از طریق مطالعات کتابخانه ای متون گذشته تا عصر حاضر انجام دهد. همچنین جهت ارائه بهتر مطالب سعی بر آن شده است از لوح فشرده «المعجم» و مقالات حقوقی «مکرم» بهره فراوانی برده شوند.

واژگان کلیدی: جنین، نامشروع، روابط نامشروع، مشتبه و روابط مشتبه.

بسمه تعالی

مقدمه :

«الحمد لله رب العالمین و الصلاة و السلام علی اشرف الخلائق اجمعین

ابی القاسم محمد بن عبدالله علیه و آله المعصومین»

در دین اسلام و دیگر ادیان آسمانی برای زناشویی قوانین و مقررات خاصی وضع شده، تا در پرتو آن زن و مرد نیازهای خود را در چارچوب خانواده برطرف نمایند و همچنین بسیاری از ملل و اقوامی که پیرو تعالیم آسمانی انبیاء نیستند نیز برای ازدواج مقررات و مراسمی وضع نموده و آمیزش بدون آن مقررات را غیرقانونی می دانند.

یکی از دلایل اهمیت دادن عرف به ازدواج و شرایط آن به جهت اهمیت نسب است، که از دیرباز متوجه تمدن بشری بوده است. در میان فراعنه مصر این گونه رسم بوده که هر فرعون غالباً با خواهر یا دختر خویش ازدواج می کرد زیرا معتقد بودند که خون خاندان سلطنتی باید پاک و پاکیزه باشد.

در دین اسلام نیز روایات بسیاری در مورد مقدمات و آداب نکاح وجود دارد و این می تواند مؤید این نکته باشد که امر نکاح به جهت ارتباط با نسل و نسب از اهمیت زیادی برخوردار است ولی با تمام این احوال اگر کسی رابطه نامشروعی برقرار کرد و از آن صاحب فرزند شد قانون مجازات های سنگینی را در مورد آن اجرا می نماید و یکی از آن موارد قطع نسب از پدر و مادر فرزند است. مجازات هایی را که قانون و شرع برای فرزندان نامشروع معین نموده است جنبه های اجتماعی و فردی زندگی او را دربر می گیرد.

محدودیت هایی چون عدم نفوذ شهادت، محدودیت هایی در امور اجتماعی و قوانینی چون نفی نسب فرزند از پدر و مادر و به تبع آن وضعیت ارث و نفقه و حضانت وی از امور فردی هستند که در مورد فرزند نامشروع قابل ملاحظه و تأمل است.

در این پایان نامه سعی شده وضعیت این فرزندان از دیدگاه فقه و حقوق بررسی شود، البته این نکته نباید نادیده انگاشته شود که حقوق ایران از فقه اسلامی برگرفته شده و در هر کجا که فقه در مواردی به نظر اجماعی رسیده حقوق ایران نیز رأی روشنی دارد و در مواردی که آراء پراکنده فقها وجود دارد حقوق ما در آن مورد سکوت اختیار کرده است. یکی از دلایل این مطلب این است که قوانین باید ضمانت اجرا داشته باشد و در جامعه مذهبی ما که نظر مراجع معظم تقلید در بیشتر امور مردم دخیل است بسیار دشوار است که نظری جامع که مورد تأیید تمام فقهای عظام باشد، برگزیده و آن را به عنوان قانون لازم الاجرا دانست.

الف) اهداف تحقیق:

هدف از نگارش این موضوع اولاً جمع آوری اطلاعات مربوط به این موضوع در یک نوشته جامع است تا بتواند مورد استفاده علاقه مندان به این موضوع قرار گیرد. و ثانیاً روشن شدن این مطلب برای خود نویسنده این رساله که چرا اطفال نامشروع از حقوق مساوی با اطفال مشروع برخوردار نیستند.

ب) پرسش ها:

سئوالاتی که در این مورد مطرح می گردد عبارت است از:

۱. روابط نامشروع و مشتبّه چه مصادیقی دارند و به چه شکلی صورت می پذیرند؟
۲. روابط جنین و فرزندان نامشروع باوالدین طبیعی را از چه جهاتی می توان مورد بررسی قرار داد؟
۳. جنین و فرزندان نامشروع در فقه و حقوق ایران چه جایگاهی دارند؟

ج) پیشینه تحقیق:

این موضوع در اکثر کتب فقهی در لابلای ابواب مختلف فقه به آن اشاره شده است. ابواب طهارت، صلوه، نکاح، قضا، شهادت و حدود از جمله ابوابی هستند که در آنها به این موضوع اشاره شده است.

در کتب حقوقی نیز بیشتر در بحث حقوق خانواده و نسب این موضوع مورد مطالعه قرار گرفته است. برای آشنایی بیشتر در این باره یک سری از کتب فقهی و حقوقی که بیشتر مورد استفاده نگارنده قرار گرفته است مورد اشاره قرار می گیرد.

۱ - الخلاف فی الفقه :

تألیف شیخ طوسی از جمله بزرگانی است که در زمینه های گوناگون علوم اسلامی آثار مهمی را به عالم فرهنگ و اندیشه عرضه کرده است. وی از شاگردان شیخ مفید و سید مرتضی بوده و بنیانگذار حوزه علمیه نجف می باشد. کتاب الخلاف که در باب مسائل اختلافی فقه شیعه و اهل سنت می باشد از معروف ترین کتب این بزرگوار است که در آن آراء شیعه در مورد احکام و علت آنها را عنوان کرده اند. شیخ طوسی در ابواب طهارت، صلوه، میراث، نکاح، حدود، قضاوت و شهادت به احکام ولد الزنا اشاره کرده است. سال تولد ایشان را ۳۵۵ ه.ق و رحلتشان را ۴۳۶ ه.ق عنوان کرده اند.

۲ - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام :

ابوالقاسم جعفر ابن حسن حلّی، مشهور به محقق حلّی از مفاخر شیعه در قرن هفتم است. شرایع الاسلام، در میان دیگر تألیفات محقق حلّی، به عنوان یک متن فقهی محکم و منظم بوده که ده ها شرح بر آن نوشته شده است. ابتکار شرایع الاسلام در تقسیم ابواب فقه بر چهار قسم عبادات و عقود و ایقاعات و احکام است.

این تقسیم، تا عصر حاضر مورد پذیرش محافل فقهی قرار گرفته است. در این کتاب نیز در ابواب گوناگون فتاوی و اظهار نظر های این فقیه در زمینه احکام ولد الزنا به چشم می خورد. سال تولد ایشان را ۶۰۲ ه.ق و سال وفاتشان را ۶۷۶ ه.ق عنوان کرده اند.

۳ - الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه :

زین الدین بن علی العاملی، معروف به شهید ثانی از ارکان فقهت شیعه است که در سخت ترین شرایط توانسته تألیفات علمی بسیاری از خود به جای بگذارد. مشهور است در جستجوی علم، بسیار سفر کرده و از هر عالمی در هر جا بهره ها گرفته است. کتاب الروضه البهیه که در شرح لمعه شهید اول نوشته شده از مهم ترین آثار شهید ثانی می باشد که در حوزه های علمیه و

دانشگاه ها تدریس می شود. ایشان نیز در لابلای ابواب مختلف فقه به بررسی احکام ولد الزنا پرداخته است. سال تولد ایشان را ۹۱۱ ه.ق و سال وفاتشان را ۹۶۶ ه.ق عنوان کرده اند.

۴- مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان:

محقق اردبیلی یکی از قله های فقاہت در قرن دهم هجری در فقه شیعه است. از خصلت های بزرگ و مشهور این فقیه سعید جمه میان زهد و تحقیق است. برجسته ترین اثر او مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان می باشد. ایشان هم در لابلای ابواب مختلف فقهی به موضوع مورد بحث اشاره فرموده اند. سال وفات ایشان را ۹۹۳ ه.ق اعلام کرده اند.

۵- جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام:

شیخ محمد حسن نجفی معروف به صاحب جواهر است که از ارکان فقهای شیعه می باشد. وی از شاگردان سید جواد عاملی و شیخ جعفر کاشف الغطاء می باشد. این کتاب در شرح شرایع الاسلام محقق حلی نگاشته شده که آن را دایره المعارف فقه اهل بیت (ع) نامیده اند. مرحوم نجفی بیش از ۳۰ سال از عمر شریف خویش را در راه تألیف این اثر گرانقدر گذاشته که در مورد بحث مورد نظر در ابواب گوناگون آن مطالب مستدلی وجود دارد. سال وفات ایشان را ۱۲۶۶ ه.ق اعلام کرده اند.

۶- مبانی تکملة المنهاج:

سید ابوالقاسم خویی از فقهای معاصر که آثار متعددی در علوم اسلامی از ایشان به جای مانده است. ایشان از شاگردان شیخ الشریعه اصفهانی، حاج شیخ مهدی مازندرانی، میرزای نائینی، آقا ضیاء عراقی و شیخ محمد اصفهانی بهره مند شده اند. کتاب مبانی تکملة المنهاج نیز که از آثار مشهور ایشان می باشد در باره موضوع مورد بحث دارای مطالب ارزشمندی می باشد. سال تولد ایشان را ۱۳۱۷ ه.ق و سال وفاتشان را ۱۴۱۳ ه.ق عنوان کرده اند.

۷- تحریر الوسيله:

حضرت امام خمینی (ره) از فقهای معاصری است که در آثار خود به خصوص در تحریر الوسيله به مباحث مرتبط با موضوع پایان نامه پرداخته است. در این تحقیق نیز سعی بر آن شده است که از نظرات ایشان استفاده فراوان گردد.

۸- شرح قانون مدنی:

تألیف سید حسن امامی ، از حقوقدانان برجسته ایران زمین می باشد. ایشان که هم دارای تحصیلات حوزوی و هم دانشگاهی می باشند در این کتاب به شرح مواد قانونی پرداخته اند. در این اثر تفاسیر متعددی در خصوص مباحث مرتبط با موضوع پایان نامه به چشم می خورد. از جمله تفسیر ماده ۱۱۶۷ ق.م

۹- مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه:

تألیف دکتر اسدالله امامی از اساتید برجسته علم حقوق می باشد. کتاب مذکور که پایان نامه دوره دکترای ایشان می باشد؛ تنها کتاب منحصر به فرد در زمینه نسب می باشد. متأسفانه این کتاب فقط یک بار قبل از انقلاب اسلامی چاپ و بعد به فراموشی سپرده شده است.

۱۰ حقوق خانواده:

تألیف دکتر ناصر کاتوزیان از بزرگان بنام و برجسته حقوق ایران می باشد. ایشان در علم حقوق تألیفات متعددی دارند که راهگشای بسیاری از تحقیقات حقوقی می باشد. از امتیازات این کتاب درباره موضوع مورد بحث این است که دکتر کاتوزیان تکون ولد الزنا را تنها منحصر به عمل شنیع زنا ندانسته بلکه مصادیق دیگری را نیز موجب تکون ولد الزنا دانسته اند.

فصل اول

کلیات

مبحث اول: تعاریف و مفاهیم

✓ رابطه بین زن و مرد که سبب تکوین کودک می شود بر سه قسم است (الف) رابطه

مشروع، ب) رابطه غیر مشروع یا رابطه نامشروع، ج) رابطه ای که مورد اختلاف است آیا مشروع است یا نامشروع؟

الف) رابطه مشروع بر دو قسم است: رابطه زوجیت زن و مرد، اعتقاد به رابطه زوجیت که همان شبهه است. کودکانی که از رابطه مشروع به وجود می آیند کودکان مشروع هستند خواه رابطه از قسم اول باشد، خواه از قسم دوم.

ب) رابطه غیر مشروع نیز بر دو قسم است: رابطه ای که منجر به زنا می شود و رابطه ای که در آن زنا نیست لکن در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن حامله می شود، مانند پسر و دختری که نامزد شده اند و قبل از اجرای عقد در اثر تفخیز دختر حامله شده است. کودکانی که از رابطه غیر مشروع به وجود می آیند، کودکان نامشروع هستند خواه از قسم اول باشند و خواه از قسم دوم. ج) رابطه ای که مورد اختلاف است آن نیز بر دو قسم است:

۱- رابطه ای که بوسیله عقد نکاح میان شخص و یکی از محارم خود از روی جهل به حکم و یا جهل به موضوع اتفاق می افتد و فرزندی در نتیجه این رابطه به وجود می آیند و همچنین اگر کسی با یکی از محارم و اقربای نسبی و سببی یا رضاعی از قبیل: عمه، خاله، مادرزن، دایه و امثال اینها نزدیکی نماید و فرزندی که به شبهه از یکی از اینان متولد گردد، آیا چنین رابطه ای مشروع است؟ و کودکانی که در اثر چنین رابطه ای به وجود می آیند کودکان مشروع به حساب می آیند؟ بعضی از حقوقدانان می گویند: به هیچیک از ابویین ملحق نمی شوند و این حکم را به فقهای

امامیه نسبت می دهند و بلکه می گویند: این امر اجماعی بین فقهای امامیه است بنابراین رابطه را نامشروع و کودکانی را که در اثر این رابطه به وجود می آیند نامشروع می دانند.

۲- از مواردی که مورد اختلاف است تلقیح صناعی و یا اهداء جنین و کاشتن آن در رحم های اجاره ای یا عاریه ای است، کودکانی که از این رابطه متکون می شوند مورد اختلاف است که مشروع محسوب می شوند یا نامشروع؟

قبل از هر چیز باید معلوم شود که موارد اختلافی (وطی شبهه با محارم و تلقیح صناعی و انتقال جنین) از قسم رابطه مشروع است یا نامشروع؟

در اینجا به بحث های مختصر و کلی در خصوص رابطه مشتبه می پردازیم:

مشتبه در لغت عبارت است از «در اشتباه». پس رابطه مشتبه آن رابطه ای است که ناشی از اشتباه دو طرف یا یکی از طرفین باشد. در خصوص وطی به شبهه، بیشتر فقها نظر بر این دارند که اگر جنین متولد از چنین رابطه ای باشد، همه احکام جنین حلال زاده را دارد. فقط اختلافی که بوجود می آید در خصوص وطی به شبهه با محارم است. در خصوص وطی به شبهه با محارم از نظر فقهی هیچ شبهه ای وجود ندارد که این ارتباط مانند سایر موارد شبهه از مصادیق ارتباط مشروع است، ولی چنانکه اشاره شد بعضی از حقوقدانان در این مورد مخالفت کرده و کودک ناشی از وطی به شبهه با محارم را به هیچیک از پدر و مادر ملحق نکرده اند و این حکم را به فقهای امامیه نسبت داده و ادعای اجماع نیز کرده اند در صورتی که در فقه کسی قائل به نامشروع بودن آن نشده است و فرزندی که از آن به وجود آید کسی نگفته است نامشروع است تا چه رسد به اینکه اجماعی باشد، بلکه هر کسی در این زمینه سخن گفته، کودک را کودک مشروع دانسته و همه آثار و احکام ولد، حتی توارث را بر او مترتب کرده است، از جمله:

۱- علامه حلی در ارشاد الازدهان می گوید: " فاما المسلم فلا یرث بالسبب الفاسد و یرث بانسب صحیحه و فاسده فان الشبهه کالصحیح فی لحوق النسب ". علامه حلی در ارشاد بعد از بیان حکم توارث مجوس، می گوید: بعضی از فقهای ما نسبت صحیح و فاسد را در مجوس از موجبات ارث می دانند ولی در سبب فقط صحیحش موجب ارث است و برای آن چنین مثال می زند: کسی که با دختر خود ازدواج کند و از آن دختری متولد شود و سپس پدر بمیرد هر دو دختر از این پدر

ارث دختری می برند (یعنی یک نسب صحیح و دیگری نسب فاسد است). سپس عبارت فوق را در باره مسلمانان می نویسد و می گوید: و اما مسلمانان با سبب فاسد ارث نمی برند ولی با نسب صحیح و فاسد ارث می برند زیرا شبهه، در الحاق نسبت همانند صحیح است.

۲- محقق در شرایع می نویسد: "المسلم یرث بانسب الصحیح و الفاسد لان الشبهه کالعقد الصحیح فی التحاق النسب". یعنی مسلمانان با نسب صحیح و فاسد ارث می برند زیرا شبهه در اثبات و الحاق نسب مانند عقد صحیح است.

۳- شهید ثانی در مسالک الافهام در شرح و تفسیر عبارت فوق می گوید: مراد از نسب فاسد کودکی است که به نکاح صحیح مستند نباشد و گرنه ولد ناشی از شبهه نیز صحیح است و همه احکام نسبت بر او ملحق می شود.

۴- در تاب اللمه الدمشقیه آمده است: "ولو انکح المسلم بعض محارمه لشبهه وقع التوارث بالنسب ایضا".

۵- شهید ثانی در کتاب روضه در شرح و تفسیر این جمله می نویسد: فروع کثیری بر آن مترتب می شود از جمله: "ولو ولد المجوسی بالنکاح او المسلم بالشبهه من ابنته ابنتین ورثن ماله بالسویه". اگر مجوسی بوسیله نکاح و مسلمان به سبب شبهه از دختر خود دو تا دختر بیاورد هر سه دختر همه ماترک پدر نامشروع خود را به ارث می برند. فروع دیگری نیز ذکر کرده است که نیاز به ذکر آنها نیست چنانکه می بینید شهید ثانی نیز مانند شهید اول به ارث کودک ناشی از شبهه با محارم فتوی داده است.

۶- صاحب جواهر (قده) در این خصوص می فرماید: "بلا خلاف و لا اشکال".

۷- صاحب ریاض بعد از حکم به توارث مجوس با نسب صحیح و فاسد می نویسد: "و استدلوا للتوارث بالنسب الصحیح و الفاسد بتوارث المسلمین بها حیث بقع الشبهه و هی موجوده". از این عبارت مستفاد می شود که توارث با نسب فاسد در فقه امامیه از مسلمات است.

۸- در تحریر الوسیله در کتب ارث آمده است: "المسلم یرث بالنسب الصحیح و کذا الفاسد لو کان عن شبهه فلو اعتقد ان امه اجنبیه فتزوجها و اولد منها یرث الولد منها و هما منه".

یعنی مسلمانان با نسب صحیح و فاسد ارث می برند اگر او با مادرش به اعتقاد اینکه اجنبی است ازدواج کند و از آن کودکی به دنیا بیاورد از مادر و مادرو کودک از پدر ارث می برند.

۹- در تحریر الوسيله در کتاب حدود آمده است: اگر با محارم خود ازدواج کند مانند مادر و دایه و با آنها نزدیکی کند در صورتی که جاهل به حکم یا موضوع باشد، حد بر او جاری نمی شود.

۱۰- در منهاج الصالحین آمده است: "المسلم لایرث بالسبب لفساد و یرث بالنسب الفاسد ما لم یکن زنا فولد الشبهه یرث و یورث".

این عبارت نیز صراحت دارد بر اینکه کودک متولد وطی به شبهه با محارم، کودک مشروع است و احکام ولد را دارد.

۱۱- در مبانی تکمله المنهاج می فرماید: "فلو عقد علی امره محرمه کالام و الاخت و زوجه الولد و نحوها جاهلاً بالموضوع او الحکم فوطاها سقط عند الجد".

این عبارت نیز صراحت دارد که وطی به شبهه حتی با محارم نیز زنا محسوب نمی شود و در ذیل این کلام آمده است: "من دون خلاف بین الاصحاب".

از آنچه تا کنون گفته شد نتیجه می گیریم که وطی به شبهه زنا نیست خواه با محارم باشد و خواه با اجانب و بچه هایی که از آن به وجود می آیند ولد زنا نیستند پس ولد شبهه از کودکان مشروع به حساب می آیند.

مبحث دوم: نسب و اقسام آن

نسب در لغت عرب مصدر و به معنای وابستگی و ارتباط دو شیء است و در زبان فارسی به معنی نژاد و اصل و خویشاوندی است^۱ و در اصطلاح حقوقی نسب دو مفهوم دارد: نسب به مفهوم عام و نسب به مفهوم خاص.

۱- نسب به مفهوم عام - نسب به معنای عام یا قرابت نسبی که در قانون مدنی ایران با توجه به مواد ۱۰۳۱ به بعد کتاب ششم این قانون «قرابت» نامیده شده، عبارت است از: «علاقه و ارتباط خونی و

^۱ محمد معین، فرهنگ فارسی، چاپ یازدهم، (تهران: امیر کبیر، ۱۳۷۶) ج ۴، ص ۴۷۱۴. علی اکبر دهخدا، لغت نامه دهخدا، چاپ دوم، (تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۷)، جلد چهاردهم (معمد، نوال)، ص ۲۲۴۵۲.

حقوقی موجود بین دو نفر که یکی از آنها از صلب یا بطن دیگری و یا در اثر ولادت هر دو نفر از فرد ثالثی ولو با واسطه ایجاد شده باشد.

۲- نسب به مفهوم خاص - نسب به معنای خاص عبارت است از: «علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که یکی از صلب یا بطن دیگری به وجود آمده باشد»^۱
در قانون مدنی ایران نسب تعریف نشده ولی با توجه به مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ باب اول کتاب هشتم جلد دوم قانون مدنی که به نسب اختصاص یافته تعریف مذکور بدست آمده است و نسب به معنای خاص در فقه امامیه تحت عنوان اولاد^۲ و در فقه اهل سنت و مقررات احوال شخصیه کشورهای مقتبس از آن، از نسب و اولاد نام برده شده است.^۳
نسب ممکن است مشروع یا نامشروع باشد:

گفتار اول: نسب مشروع

نسب مشروع که آن را نسب قانونی نیز می گویند نسب ناشی از نکاح است. در حقوق ایران نسب هنگامی مشروع و قانونی شناخته می شود که در زمان انعقاد نطفه طفل، رابطه نکاح بین پدر و مادر او وجود داشته باشد. نسب مشروع نوع متعارف و کامل نسب است که در همه کشورهای به رسمیت شناخته شده و دارای پاره ای آثار حقوقی مانند ولایت و نفقه و ارث است.
در حقوق ایران، به پیروی از حقوق اسلام، وجود رابطه زوجیت در زمان انعقاد نطفه شرط نسب مشروع تلقی شده است. پس اگر در اثر رابطه جنسی آزاد، نطفه بچه ای بسته شود و سپس زن و مرد ازدواج کنند و طفل در زمان زوجیت به دنیا آید، نمی توان نسب او را مشروع دانست، حتی اگر انعقاد نطفه در دوران نامزدی صورت گرفته باشد. در فقه امامیه مستند این حکم نص و اجماع است.

^۱ سید حسین صفایی؛ اسد الله امامی، حقوق خانواده، چاپ سوم، ج ۲، صفحه ۳۹ و ۴۰.

^۲ شهید ثانی، شرح لمعه، جلد دوم، ص ۱۳۴. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۲۲ به بعد.

^۳ قانون احوال شخصیه لبنان، چاپ سال ۱۹۴۸، ماده ۱۳۷ به بعد؛ قانون ازدواج اندونزی، چاپ ۱۹۴۷، ماده ۴۲ به بعد.

ارکان مشترک نسب مشروع در خانواده را می توان بدین شرح خلاصه کرد^۱:

الف) زن و مردی که نسب کودک به آنان مورد گفتگو است باید زن و شوهر باشند. زیرا خانواده تنها با نکاح زن و مرد ایجاد می شود و قانون اتحاد آزاد آنان را مشروع نمی داند. بنابراین، نسب در خانواده نیز منوط به ازدواج درست پدر و مادر است.

ب) طفل در اثر نزدیکی آن دو به وجود آمده باشد. برای اینکه کودک منسوب به پدر و مادر خود شود، وقوع ازدواج بین آنان کافی نیست. آنچه از نظر طبیعی و خونی باعث رابطه پدر و فرزندی و مادر و فرزندی می شود، نزدیکی آن دو و انعقاد نطفه طفل است. نکاح، شرط مشروع بودن نسب است و در صورتی مؤثر واقع می شود که سبب اصلی (نزدیکی) رخ داده باشد. بنابراین، هر گاه دختر و پسر مدتها زن و شوهر باشند، ولی به علت دوری از یکدیگر یا بیماری و اختلافات خانوادگی نزدیکی بین آنان واقع نشود، طفلی را که زن زاییده است، نمی توان به زوج ملحق دانست. باید دانست که مقصود از نزدیکی در این باب مفهوم متعارف آن نیست. آنچه اهمیت دارد این است که جنین نتیجه ترکیب نطفه های آنان باشد. این ترکیب به طور معمول در اثر نزدیکی بین زن و شوهر انجام می شود و برای اشاره به همین مورد غالب است که نزدیکی را شرط مشروع بودن نسب می دانند. پس، اگر در نتیجه تماس بدنی (تفخیزد) بین زن و شوهر نیز نطفه بسته شود باید او را منسوب به آن زن و شوهر دانست.

ج) نزدیکی و انعقاد نطفه طفل بعد از نکاح واقع شده باشد. برای مشروع شناختن نسب طفل کافی نیست که پدر و مادر او زن و شوهر باشند و بین آنان نزدیکی واقع شده باشد، باید انعقاد نطفه کودک در دوران زناشویی انجام شود و تنها در این صورت است که می توان رابطه جنسی زن و مرد و نسبت کودک ناشی از آن را مشروع دانست.

عقد نکاح، مانند هر پدیده طبیعی و حقوقی دیگر، در آینده اثر دارد ولی رابطه نامشروع پیش از آن را تصحیح نمی کند. بنابراین، هر گاه دختر و پسر پیش از ازدواج با هم رابطه جنسی داشته

۴. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ ششم، تهران: انتشارات دارالکتب الاسلامی، ۱۳۶۳ (ج ۴۱، ص ۲۳۵). ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی خانواده، چاپ پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۶ تا ۱۵.

باشند، کودکی که در اثر آن رابطه به وجود آمده است فرزند مشروع آنان محسوب نمی شود، هر چند که پس از ازدواج نیز او را به فرزند پذیرفته باشند (ماده ۱۱۶۷ ق.م.ا).

صاحب جواهر در توضیح عبارت محقق که می نویسد: «اگر مردی با زنی زنا کند و زن آبستن شود و پس از آن با زن ازدواج کند، بچه ملحق به او نمی شود». تصریح می کند: «مراد از ولد، فرزند است که در زمان فراش متولد شده باشد نه اینکه مطلقاً در هر زمانی به دنیا آمده باشد». شهید ثانی در توجیه همین عبارت می افزاید: «زیرا آن طفل از راه زنا متولد شده است به طوری که به زانی ملحق نمی شود و به وجود آوردن فراش، ملحق کردن آنچه که حکم به انتخابش شده است را اقتضاء نمی کند»^۱. صاحب ریاض نیز بر این مطلب ادعای اجماع کرده است^۲.

گفتار دوم: نسب نامشروع

نسب وقتی نامشروع است که در اثر مقاربت و نزدیکی زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت وجود نداشته، کودکی بوجود آید و والدین یا یکی از آنها به عدم زوجیت و غیرقانونی علم داشته باشند و اگر پدر یا مادر عالم به عدم زوجیت یا حرمت رابطه نباشد، نسب کودک ناشی از شبهه و در حکم نسب مشروع است.

در حقوق ایران و اسلام اگر کودکی از رابطه نامشروع بوجود آید، نسب وی نامشروع است و به چنین بچه ای ولد الزنا گفته می شود. به عبارت دیگر کودک متولد از زنا اعم از اینکه ناشی از زنا یا غیر محصن یا غیر محصنه (ساده) و یا ناشی از زنا یا محصن و محصنه و یا ناشی از زنا یا محارم باشد، ولد الزنا محسوب است و از نظر حقوقی تفاوتی بین فرزندان حاصل از انواع زنا وجود ندارد. ولی در بسیاری از کشورهای غربی از جمله در حقوق فرانسه وضع حقوقی اطفال ناشی از رابطه آزاد یا زنا ساده که فرزند طبیعی^۴ نام دارند، با اطفال ناشی از زنا یا محصنه^۵ و

۱. محمدحسن نجفی، منبع پیشین، ص ۲۳۷.

۲. شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، چاپ اول، (قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۶ ه.ق) ج ۱۰، ص ۵۷۵.

۳. سید علی طباطبائی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، چاپ اول، (قم: انتشارات مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث، ۱۴۰۶ ه.ق) ج ۲، ص ۴۵۷. برای اطلاعات بیشتر در رابطه با نسب مشروع ر. ک: سید حسین صفائی؛ اسدالله امامی، حقوق خانواده، چاپ سوم، (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱)، ج ۲، ص ۳۹ به بعد.

۴. L'enfant Naturel

۵. L'enfant Adulterin

همچنین فرزندان ناشی از زنا با محارم^۱ تفاوت‌هایی وجود دارد. البته در فرانسه با اصلاحات جدیدی که در مقررات مربوط به حقوق خانواده در قانون مدنی به عمل آمده از تفاوت بین اینگونه اطفال کاسته شده است و برابر ماده ۳۳۴ جدید قانون مدنی فرانسه اطفال طبیعی در رابطه با والدین خود به طور کلی دارای همان حقوق و تکالیفی هستند که فرزندان مشروع دارند، ولی برابر ماده ۳۳۵ این قانون اگر نسب طفل نامشروع ناشی از زنا با محارم در برابر یکی از ابویین ثابت شده باشد، اثبات نسب وی نسبت به دیگری ممنوع است.

مبحث سوم: سیر تاریخی روابط نامشروع

بحث درباره اطفال نامشروع در تاریخ سابقه طولانی داشته و از قدیم الایام دو طرز فکر در این زمینه قابل ذکر است: عده ای بر این عقیده بودند که به منظور حفظ خانواده و احترام به ارزش‌ها و آداب و رسوم اجتماعی و مذهبی، بدون در نظر گرفتن انصاف و شفقت، برای اطفال نامشروع با وجود این که در ایجاد خود نقشی نداشته و مرتکب تقصیری نشده‌اند، نباید ارزش و اعتباری قائل شد و عده ای دیگر بر خلاف گروه اول از باب ترحم و انسان دوستی، برای اطفال ناشی از عمل خلاف قانون و شرع پدر و مادر، ارزش قائل بودند ولی بین اطفال طبیعی (ولد زنا ساده) و اطفال ناشی از زنا محصنه و زنا با محارم تفاوت می گذاشتند.

در حقوق رم از زمان امپراطوری ژوستینیان حقوقی در زمینه نفقه وارث برای اولاد نامشروع شناخته شد و مسیحیت نیز از شدت عمل خود کاست و کلیسا راه حل مشروع ساختن اطفال طبیعی را، از طریق ازدواج بعدی پدر و مادر، پذیرفت و متدرجاً قانونی کردن اطفال متولد از زنا محصنه و محارم نیز با تشریفات سنگین تری شناخته شد و در اواخر قرون وسطی طرز تفکر حقوق رم، در اغلب کشورهای جهان آن روز، رواج پیدا کرد و هر طفلی نسبت به مادر خود مشروع شناخته می شد و اجازه می دادند نسب پدری طفل اثبات گردد که نتیجه ی آن ایجاد حق نفقه برای فرزند در برابر پدر بود.

^۱ Lenfant Incestueux

در حقوق قدیم فرانسه اثبات نسب فرزند طبیعی (ناشی از رابطه ی آزاد زن و مرد) بطور کاملاً وسیعی پذیرفته شده بود و در نتیجه طفل غیر قانونی می توانست نسب پدری و مادری خود را ثابت کند؛ ولی در اواخر قرن هجدهم این طرز تفکر تغییر کرد و اثبات نسب پدری محدود به مواردی خاص نظیر ربوده شدن مادر طفل از جانب پدر ادعایی و هتک ناموس و امثال آن گردید (قانون ۱۶ نوامبر ۱۹۱۲ و ۱۵ ژوئیه ۱۹۵۵).

از آنجا که اطفال طبیعی هر چند که از رابطه نامشروع و خارج از چارچوب قانونی ازدواج به وجود می آیند از اعضای جامعه هستند و هرگز موجودیت آنها را نمی توان نادیده گرفت، چرا که آثار وجودی دارند و نمی توان آنها را از جامعه دور و یا نابود کرد و از طرفی عدم توجه به این گونه اطفال سبب بروز مخاطرات فراوانی برای جامعه ای می شود که در آن زندگی می کنند و ممکن است برای جامعه بشریت نیز مخاطره آمیز باشند، لذا حقوقدانان و جامعه شناسان جهان مترقی سعی دارند حتی الامکان از محرومیت اطفال طبیعی کاسته شود و تا جایی که مقدور است، این اطفال که زائیده نابسامانی های اجتماعی و قربانی آن هستند به پدر و مادر طبیعی خود ملحق گردند و تفاوت آنها با اطفال قانونی از بین برود و حتی از بعد روانشناسی نیز با کلمات تحقیر آمیز و محکوم کننده ای نظیر حرامزاده نامیده نشوند و به طرق مختلف از این گونه اطفال حمایت لازم به عمل آید.

در حقوق فرانسه با توجه به مراتب عنوان شده و با در نظر گرفتن این مطلب که اطفال طبیعی هر چند نسب قانونی^۱ ندارند، ولی رابطه خونی و واقعی^۲ آنها با والدین انکار ناپذیر است و تقریباً از یک قرن قبل تا کنون در زمینه ی حمایت از اطفال طبیعی تحولات لازم قانونی به وجود آمده و تلاش شده تا به تدریج از اختلاف موجود بین اطفال طبیعی و فرزندان قانونی کاسته شود. البته موضوع اطفال طبیعی از مرزهای سیاسی کشورها خارج شد و جنبه جهانی پیدا کرد و در ۱۲ سپتامبر ۱۹۶۲ پیمانی بین کشورهای: آلمان - اطریش - بلژیک - یونان - ایتالیا - دوک نشین لوکزامبورک - هلند - سوئیس و ترکیه، اعضای کمیسیون بین المللی احوال شخصیه به منظور

^۱ la filiation de droit

^۲ la filiation de fait

هماهنگ کردن مقررات مربوط به اثبات و استقرار نسب اطفال طبیعی به امضاء رسید و تحولات جدیدی در جهت حمایت از اطفال طبیعی و حفظ حقوق آن‌ها شکل گرفت.

از بُعد تاریخی حتی در قدیمی‌ترین قوانین بشری مثل قانون حمورابی برای کسانی که مرتکب جرائم خانوادگی شوند مجازات سختی پیش‌بینی کرده بودند. مثلاً زنی که به شوهرش خیانت می‌کرد یا مردی که به زنش خیانت می‌کرد به مجازات حبس، تبعید و شلاق محکوم می‌شد که این موارد بسته به نوع جرم و کیفیت آن تقسیم‌بندی‌های خاص خود را داشت و این مجازات در مواردی منجر به صدور حکم مرگ مجرم می‌شد. در شرع مقدس اسلام و تمام مذاهب آسمانی هم خیانت عملی حرام تلقی شده و ارتکاب آن از سوی هر فردی با کیفر و جزای سنگین همراه است.

به گفته مهاجری (قاضی دادگستری) در شرع مقدس اسلام این جرم در دو قسمت زنا و رابطه نامشروع تعریف شده است. یک قسمت از این مجازات مشمول حد است که از سوی خدا تعیین و در دین اسلام هم مشخص شده است و یک قسمت از این مجازات هم موجب تعزیر می‌شود. تعزیر هم مجازاتی است که تعیین آن به اختیار حاکم است و تفاوت آن با مجازات در این است که حد را خدا از طریق پیامبر خود برای ما مشخص کرده است و در آن هم جرم و هم مجازات مشخص است.

تعریف زنا از نظر قانون چیست؟ در ماده ۶۳ قانون مجازات اسلامی در تعریف جرم زنا آمده است: «جماع مرد با زنی که ذاتاً بر او حرام است.» در کتاب دوم از باب اول قانون مجازات اسلامی نیز راه‌های اثبات این جرم و انواع آن مشخص شده است. زنا محصنه، زنا به عنف و زنا غیر محصنه مواردی است که انواع و اقسام آن در دین اسلام پیش‌بینی و شرح داده شده و مجازات آن نیز کاملاً مشخص است. اما بخش تعزیری این جرم که حاکمان وقت اسلام آن را تعیین می‌کنند، در فصل ۱۸ قانون مجازات اسلامی با عنوان جرائم ضد عفت و اخلاق عمومی معرفی شده و در ماده ۶۳۷ این قانون تشریح شده است که در عرف به آن رابطه نامشروع گفته می‌شود. این جرم در قانون این گونه تعریف شده است که: «هر گاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد مرتکب