

## بررسی فقهی - حقوقی نسب نامشروع

نویسندگان: محمود مهدیزاده، عباس قادری نسب، مهراں سنجرى<sup>۳</sup>

پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۴

دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۲۲

### چکیده

در فقه و حقوق آثاری بر نسب مترتب است همچون ارث، نفقه، حضانت، محرمیت، حرمت ازدواج با ابوين و برخی اقرباء، ولایت و... در این که نسب مشروع این آثار را دارد و این که نسب نامشروع ارث را به دنبال ندارد، هیچ اختلافی نیست اما آیا بقیه آثار، آثار خاص نسب مشروع‌اند و یا اینکه این آثار، آثار نسب‌اند اعم از اینکه مشروع باشد یا نامشروع، اختلاف عقیده است. این نوشتار با تأکید بر این مطلب که هیچ یک از ادله‌ای که درباره عدم توارث بین ولدالزنا و زانی و زانیه وارد شده، از طفل نامشروع نفی نسب نمی‌کند و در نتیجه به جز در پاره‌ای موارد، نسب نامشروع همه آثار نسب مشروع را داراست، به بررسی فقهی و حقوقی این موضوع پرداخته است.

کلید واژه: نسب، نسب نامشروع، زانی، زانیه، فقه و حقوق

### طرح مسأله

فقه‌ها در بحث ارث حکمی را مطرح می‌کنند با عنوان این که «نسب نامشروع منشاء آثار نیست» و بر این اساس نتیجه می‌گیرند که ولد الزنا از زانی و زانیه ارث نمی‌برد و بالعکس. از آن جایی که نسب تنها در ارث مطرح نیست و در ابواب مختلف فقهی منشاء آثار و احکام مختلف است این سؤال مطرح می‌شود که نسب نامشروع در سایر ابواب فقهی چه حکمی دارد آیا همانند ارث منشاء آثار نیست؟ مثلاً در بحث قصاص می‌دانیم که اگر قاتل پدر مقتول باشد، قصاص نمی‌شود، حال در صورتی که زانی، ولد الزنای خود را به قتل برساند، آیا می‌توان با تمسک به این قاعده قائل به قصاص شد؟ یا در جمع بین دو خواهر در نکاح، اگر یکی متولد از نکاح صحیح و دیگری متولد از زنا باشد آیا جمع بنی دو خواهر امکان دارد؟ سؤال دیگری مطرح است که آیا نفقه، حضانت، ولایت فهری و... مختص به نسب مشروع است یا شامل نسب نامشروع هم می‌شود؟ و موارد دیگر... به عبارت دیگر آیا اصولاً نامشروع بودن نسب موجب سلب کلیه آثار حقوقی و فقهی مترتب بر نسب مشروع می‌شود یا خیر؟ در صورت اثبات، می‌توان منشاء آثار نبودن نسب نامشروع در باب ارث را به صورت یک قاعده فقهی و حقوقی درآورد و در سایر ابواب بدان تمسک کرد.

۱- استاد دانشگاه کرمان

۲- دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه

۳- دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد

سیر مطالب این مقاله بدین صورت است که ابتدا به تعریف برخی واژگان اساسی بحث می پردازیم (الف) سپس به بررسی فقهی (ب) و در نهایت به بررسی حقوقی (ج) این موضوع می پردازیم.

## الف. تعاریف و مفاهیم

### الف-۱. نسب

نسب در لغت عرب مصدر و از فعل نَسَبَ يَنْسَبُ است و به معنای وابستگی و ارتباط دو شیء است.<sup>۴</sup> و در زبان فارسی به معنای نژاد و اصل و خویشاوندی است<sup>۵</sup> و جمع آن انسباب است و «انتساب الی ابیه» یعنی خودش را به پدرش نسبت داد. لغت شناسان در تعریف آن گفته اند: نسب عبارت است از یک نوع رابطه خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنان از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث تحقق می یابد.<sup>۶</sup>

علیرغم آنکه به نظر می رسد تعریف نسب واضح و روشن بوده و دیگر نیازی به تعریف توسط حقوق دانان و فقها نمی باشد برخی از حقوق دانان و فقها به تعریف آن پرداخته اند که برای نمونه به موارد زیر اشاره می کنیم.

### الف -۱-۱. مفهوم نسب در اصطلاح حقوق دانان

دکتر سید حسن امامی «نسب» را این گونه تعریف کرده است «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که بواسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می گردد».<sup>۷</sup>

آقای محمد عبده بروجردی در تعریف نسب گفته است «نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می شود».<sup>۸</sup>

دکتر کاتوزیان می گوید با توجه به اینکه نسب در کتاب هشتم یکی از عنوان های فرعی اولاد است به همین قرینه در تعریف آن می توان گفت «رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می کند». به این اعتبار، نسب به معنی «رابطه پدر و فرزندی» یا مادر و فرزندی است و شامل خویشان در خط اطراف نمی شود.<sup>۹</sup>

۴. فواد افراهم البستانی، المنجد الطلاب (فرهنگ جدید عربی - فارسی) ترجمه محمد بندر ریگی، ص ۱۹۱۷.

۵. محمد معین، فرهنگ فارسی معین، ج ۴، ص ۴۷۱۴.

۶. مجد الدین، فیروزآبادی، القاموس المحيط، ج ۱، صص ۱۳۱ - ۱۳۲. حسین بن محمد راغب اصفهانی، المفردات فی غریب القرآن ج ۱، ص ۸۰۱.

۷. سید حسن امامی، حقوق مدنی ج ۵، ص ۱۵۱.

۸. محمد بروجردی عبده، کلیات حقوق اسلامی، ص ۲۸۰.

۹. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ص ۳۲۲.

دکتر سید حسین صفایی در مورد نسب می‌گوید: «نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند که به این معنی مترادف با «قربت نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است.»<sup>۱۰</sup> قانون مدنی ما نیز شاید به دلیل وضوح معنایی، تعریفی از نسب ارائه نکرده و به اصطلاح سکوت کرده است. از تعاریف فوق توسط حقوق دانان به دست می‌آید که نسب در اصطلاح حقوقی دو مفهوم دارد.

(۱) نسب به مفهوم عام: نسب به مفهوم عام یا قربت نسبی عبارت است از «علاقه و ارتباط خونی و 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 داشته باشد».<sup>۱۱</sup>

(۲) نسب به مفهوم خاص: نسب به مفهوم خاص عبارت است از «علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که یکی از صلب یا بطن دیگری بوجود آمده باشد»<sup>۱۲</sup> و این رابطه از جانب کودک «نسب» و از جانب پدر به نام «رابطه پدری یا ابوت» و از جانب مادر به نام «رابطه مادری» نامیده می‌شود و نسب به معنای خاص در فقه امامیه تحت عنوان اولاد نام برده شده است.

#### الف-۱-۲. مفهوم نسب در اصطلاح فقها

فقیه بزرگوار صاحب جواهر در تعریف نسب در باب ارث می‌گوید: «نسب عبارت است از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث مانند دو برادر و پدر»<sup>۱۳</sup> نسب دارای عمود و حاشیه است، مقصود از عمود پدران و اجداد آنها و فرزندان و فرزندان آنها می‌باشد و بقیه را حاشیه نسب گویند.

ایرادی که در این تعریف ذکر شده است این است که اتصال ولادت در حقیقت منشاء اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می‌شود لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشاء امر اعتباری خلط شده است.<sup>۱۴</sup>

---

۱۰. منظور از خط مستقیم یا خویشاوندی طولی یا عمودی، خویشاوندی است که بین دو شخص که یکی از دیگری بدون واسطه یا با واسطه تولد یافته باشد مانند پدر و مادر و منظور از خط اطراف یا خویشاوندی عرضی، خویشاوندی میان دو شخص است که از شخص دیگری با واسطه متولد شده باشند مانند رابطه خویشاوندی برادر و خواهر و همچنین عمو یا برادرزاده.

۱۱. سید حسین صفایی، اسد الله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۳۹.

۱۲. سید حسین صفایی، و دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۴۰۴.

۱۳. سید حسین صفایی و دیگران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ص ۴۰۴.

۱۴. محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق (ع) ج ۶ ص ۳۰۰، محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۲۲.

۱۵. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام فی شرائع الاسلام، ج ۳۹، ص ۷.

۱۶. سید علی علوی قزوینی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی» نامه مفید، ۳، ص ۱۶۶.

با توجه به تعاریف فوق، حقوق‌دانان و فقیهان تعریف تازه یا متفاوتی از نسب ارائه نکرده‌اند بلکه در تبیین معنای آن همان معنای لغوی را آورده‌اند و شاید علت آن باشد که مفهوم نسب حقیقت شرعی یا حقوقی ندارد. بنابراین تعریف نسب در لغت با اصطلاح فقهی و حقوقی تفاوتی ندارد.

از میان مفاهیم نسب، آنچه به موضوع بحث ارتباط دارد نسب به مفهوم خاص آن یعنی خویشاوندی والدین و فرزندان، بویژه نوع نسب پدری است.

## الف- ۲. نسب مشروع و نامشروع

نسب به مفهوم خاص آن، در همه صور و انواعش (طبیعی و مصنوعی) به لحاظ قانونی و شرعی نیز قابل تقسیم است. توضیح آن که صرف بوجود آمدن فرزند از راه‌های فوق، موجب آن نمی‌شود که همیشه و به طور مطلق، نسب او، که نسبی فیزیولوژیک است، از جهت قانونی نیز به رسمیت شناخته شود. بلکه در بعضی مواقع به رسمیت شناخته شده و مشروع تلقی و آثار و احکام خاصی بر آن مترتب می‌گردد.

ولی گاهی به رسمیت شناخته نشده و نامشروع تلقی می‌گردد و در نتیجه، تمام یا حداقل برخی از آثار و احکام نسب مشروع را از دست خواهد داد. بنابراین انواع نسب به لحاظ حقوقی و قانونی و شرعی از این قرار است.

## الف- ۲-۱. نسب مشروع

نسب مشروع یا نسب قانونی نسبی است که منشاء آن ازدواج معتبر و قانونی باشد؛ یعنی در زمان انعقاد نطفه طفل، بین پدر و مادر وی علقه صحیح زوجیت وجود داشته باشد.<sup>۱۷</sup>

مشهور فقها در باب نسب، نکاح صحیح را شرط اساسی می‌دانند، محقق حلی می‌گوید: نسب با نکاح صحیح ثابت می‌شود.<sup>۱۸</sup>

البته ایشان نکاح را مطلق بیان فرموده‌اند و اطلاق آن دلالت دارد که فرقی میان نکاح دائم و منقطع وجود ندارد چنانچه بعضی از فقها بدان تصریح نموده‌اند و مشروعیت آن را بیان نموده‌اند که فرزند ناشی از نکاح متعه به متمتع الحاق می‌شود.<sup>۱۹</sup> بنابراین نسب مشروع نسبی است که میان پدر و مادر و فرزند به نکاح صحیح صورت گرفته باشد و رابطه جنسی میان والدین آزاد نباشد علاوه بر آن این

<sup>۱۷</sup>. فاضل لنکرانی، تفصیل الشریعه، ص ۱۳۷ و سید حسین صفایی و دیگران، همان، ص ۴۰۴.

<sup>۱۸</sup>. نجم‌الدین جعفر بن حسن حلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۱۷۷.

<sup>۱۹</sup>. علی بن محمد سبزواری، جامع الخلاف والوفاق الامامیه و بین الائمة الحجاز والعراق، ص ۴۵۱.

رابطه در زمان زوجیت صورت گرفته باشد نه قبل از آن، برخی از فقها به این امر اشاره کرده‌اند که اگر مردی با زنی زنا کرد و آن زن باردار شد فرزند ملحق به آنان نمی‌شود اگرچه با آن زن ازدواج کند.<sup>۲۰</sup>

نسب مشروع خود دو گونه است: نسب مشروع واقعی، نسب مشروع حکمی

#### الف-۲-۱-۱. نسب مشروع واقعی

آن نسب طفلی است که در نتیجه نکاح صحیح شرعی و قانونی (به صورت طبیعی) و یا در نتیجه تلقیح نطفه مرد در رحم زن خویش (به صورت مصنوعی) بوجود آمده است.<sup>۲۱</sup>

#### الف-۲-۱-۲. نسب مشروع حکمی

آن نسب طفلی است که به یکی از دو صورت طبیعی و مصنوعی به گمان وجود رابطه زوجیت، از ترکیب نطفه زن و مردی پدید آمده که واقعاً رابطه زوجیت بین آنان وجود نداشته است (وطی به شبهه).

#### الف-۲-۲. نسب نامشروع (نسب طبیعی)

آن نسب طفلی است که با علم به فقدان رابطه زوجیت، به یکی از صور فوق به وجود آمده است؛ مثل طفل متولد از زنا یا فرزند ناشی از تلقیح نطفه مرد اجنبی در رحم زنی بیگانه، با علم به بیگانه بودن آنها.

#### الف-۳. طفل طبیعی

در حقوق امروزی ایران معمولاً به جای ولد زنا از اصطلاح «طفل طبیعی» نیز استفاده می‌شود که برگرفته از حقوق فرانسه است چرا که در حقوق فرانسه، اطفال حاصل از رابطه نامشروع را (enfant naturel) یعنی طفل طبیعی می‌نامند که عبارت است از طفلی که در نتیجه رابطه جنسی زن و مرد که در علقه زوجیت نباشند بوجود آید. در ترمینولوژی حقوق آمده است، طفل طبیعی، طفل حاصل از زنا گویند.<sup>۲۲</sup>

<sup>۲۰</sup>. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۳۶.

<sup>۲۱</sup>. مصطفی دانش یزوه، «تابعیت طفل طبیعی در نظام حقوقی ایران»، حوزه ودانشگاه، سال نهم شماره ۳۶ ص ۵۱.

<sup>۲۲</sup>. محمد جعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۴۳۰.

## الف - ۴. ارث

ارث در لغت به معنی ترکه و اموالی است که از متوفی<sup>۲۳</sup> به جای مانده و فقها ارث را اینگونه تعریف کرده‌اند: «میراث عبارت است از آنچه که انسانی به مناسبت موت انسان دیگر اصالتاً استحقاق پیدا می‌کند به جهت وجود نسب یا سبب». <sup>۲۴</sup> از این تعریف می‌توان استفاده کرد آنچه سبب استحقاق وارثان می‌شود نسب و سبب است. در قانون مدنی نیز ماده ۸۶۱ می‌خوانیم: «موجب ارث دو امر است: نسب و سبب».

## ب. بررسی فقهی

برای بررسی فقهی آثار نسب نامشروع، ابتدا به کلمات فقها اشاره می‌شود، آنگاه به بررسی ادله می‌پردازیم.

### ب. ۱. اشاره ای به کلمات فقها

با توجه به این که در آیات و روایات واژه «نسب» و مشتقات آن، موضوع حکم شرعی نبوده بلکه واژگانی نظیر «ولد»، «ابن»، «بنت»، «اخت»، «والد» و ... موضوع حکم اند، لذا محور کلمات برخی فقها این است که آیا ولد الزنا، ولد محسوب می‌شود؟ و آیا زانی، والد محسوب می‌شود تا روایت «لا یقاد والد بولده» شامل او شود؟ به عنوان نمونه محقق در شرایع، پس از تصریح به عدم ثبوت نسب برای ولد زنا می‌نویسد: «ولو زنی فانخلق من مائه ولد علی الجزم، لم ینسب الیه شرعاً وهل یحرم علی الزانی والزانیة؟ الوجه انه یحرم لانه مخلوق من مائه فهو یسمى ولداً لغة».<sup>۲۴</sup>

محقق برای تحریم نکاح به نسب طبیعی و برآیند آن یعنی وجود رابطه ابوت و بنوت به لحاظ عرفی و لغوی استناد کرده است و می‌نویسد دختر یا پسر زانی حقیقتاً ولد هستند زیرا ولد در لغت آن است که از نطفه دیگری به وجود می‌آید.

صاحب مستند الشیعه می‌فرماید: «نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است، بنابراین اگر در روایات، برخی از احکام نسب ناشی از زنا نفی شده، به دلیل ادله دیگر یا اجماع بوده است».<sup>۲۵</sup>

صاحب جامع المقاصد در تحریم نگاه زانی به دختر زانی‌اش و زانیه به پسر زانی‌اش اشکال کرده و می‌گویند: «دختر یا پسر زانی حقیقتاً فرزند هستند. زیرا فرزند، حیوانی [موجود زنده‌ای] است که از نطفه دیگری به وجود می‌آید و نقل این معنای عرفی به معنای شرعی

۲۳. زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۸، ص ۲۵.

۲۴. نجم الدین جعفر بن حسن حلی (محقق حلی)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۲، ص ۲۲۶.

۲۵. مولی احمد بن محمد مهدی نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۶، ص ۲۲۱.

خلاف اصل است و دلیلی بر ثبوت آن نیست، لذا اگر برخی احکام، مثل ارث از این فرزندان نفی شده، به فقدان برخی از شرایط [شرعی] مستند است و متعین نیست که نفی این نوع احکام مستند به انتفای شرعی اسم و عنوان فرزند باشد.<sup>۲۶</sup>

صاحب کتاب فقه الصادق می‌نویسد: «اگر نسب حقیقت شرعی داشت صحیح بود نفی احکام نسب از ولد زنا، لکن وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده، بلکه به عکس آن ثابت شده است بنابراین نسب، مثل سایر عناوین، بر همان مفهوم و برداشت عرفی مرتب می‌شود، هم‌چنین دلیلی ندارد که نسب به گونه مطلق از ولد زنا نفی شده باشد و نفی بعضی احکام ولد زنا، ادله خاص دارد.»<sup>۲۷</sup>

علاوه بر کلماتی که بیان شد، تعدادی از فقها به صراحت خصوص نسب ناشی از زنا را مشروع و معتبر دانسته‌اند. مرحوم مامقانی می‌نویسد: «فقه‌های شیعه به عدم ثبوت (اعتبار) نسب ناشی از زنا تصریح کرده‌اند برای آن دلیلی نیافتیم. اقوا برابری ولد زنا و حلال زاده در همه احکام نسب است، جز ارث که به علت نص خاص بین زنازاده و خویشان او توارث نیست. ولی در غیر این مورد، اطلاق ادله و صدق پسر و برادر و مانند آن در لغت و عرف مرجع هستند و اقتضا می‌کنند که احکام نسب در مورد زنازاده جاری گردد»<sup>۲۸</sup>

مرحوم سید میرزا حسن موسوی بجنوردی می‌نویسد: «این که روایت محمد بن حسن قمی از امام باقر تصریح دارد که فرزند زانی «لغیه» است، به حسب ظاهر روایت تنها از جهت ارث لغیه و محروم است نه به طور مطلق، حتی از جهت ازدواج حرام. لکن التزام به ملغاً بودن نسب ولد زنا جداً مشکل است، خصوصاً نسبت به ازدواج حرام مثل ازدواج زانی با دختر ناشی از زانیش و ...»<sup>۲۹</sup>

آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به این سؤال آیا طفل متولد از زنا، حکم فرزند شرعی دارد می‌فرماید: «طفل متولد از زنا، از نظر حضانت و وجوب انفاق و مانند آنها (جز در مواردی که دلیل قائم بر استثناء شده است مانند مسأله ارث) حکم فرزند شرعی را دارد. بنابراین ولد الزنا تمام احکام محرمیت و وجوب نگهداری و تربیت را دارد فقط ارث نمی‌برد»<sup>۳۰</sup>

سپس صاحب ماوراء الفقه می‌فرماید: اما امر اول، واضح است که دلیلی بر آن وجود ندارد زیرا مشروعیت وصف زائد بر علاقه و ارتباط است و احتیاج به دلیل دارد که دلیل منتهی است. مقصود استدلال کننده نفی حکم در مرتبه موضوع است، در حالی که احتمال دارد، نفی از محمول باشد پس دلالت التزامی ثابت نیست در نتیجه همان مسلک دوم به اثبات می‌رسد.<sup>۳۱</sup>

۲۶. علی بن حسین عاملی کرکی (محقق نانی)، جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۱.

۲۷. سید محمد صادق روحانی، الفقه الصادق، ج ۲۱، ص ۲۲۱.

۲۸. عبد الله مامقانی، مناہج المتقین، ص ۳۵۵.

۲۹. سید محمد حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۴، ص ۴۳.

۳۰. ناصر مکارم شیرازی، مجموعه استفتائات جدید، ج ۱، ص ۳۶۳.

۳۱. سید محمد صدر، ماوراء الفقه، ج ۶، ص ۲۴۳.

## ب.۲. بررسی ادله

در آیات و روایات برای ولد، والد، اخت، ام و اب و... احکامی آمده است از جمله شیخ طوسی در مبسوط می‌گوید: «آن موردی که نفقه او به نص کتاب ثابت است فرزند (ولد) است»<sup>۳۲</sup> و به چند آیه استناد می‌کند، از جمله این آیات «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلًا لَّهِ بَوْلَةٌ»<sup>۳۳</sup> یعنی باطل است که کسی با بول خود پدر یا مادر خود را آزار دهد. بعضی از فقها برای وجوب حضانت ولد به همین آیه استناد کرده‌اند. حکم حرمت نکاح و حرمت جمع بین دو خواهر را آیه «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و اخواتکم و عماتکم و خالاتکم و بنات الاخ و بنات الاخت.... و ان تجمعوا بین الاختین»<sup>۳۴</sup> بیان کرده است و آیه «لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَائِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ»<sup>۳۵</sup> حکم حرمت و جواز نگاه را بیان می‌کند. و روا یاتی چون «عن ابی عبد الله علیه السلام: لا یقتل الاب بایهه اذا قتله و یقتل الابن بایهه اذا قتل اباه»<sup>۳۶</sup>

## ب-۳. اشاره‌ای به کلمات و دلایل فقها در ارث ولد الزنا

شهید ثانی در شرح لمعه در تبیین اینکه چرا زانی و زانیه و خویشان این دو از ولد الزنا ارث نمی‌برند و بالعکس می‌نویسد: «لانتفائه عنهما شرعاً فلا یرثانه و لایرثهما»<sup>۳۷</sup> صاحب جواهر در مورد ارث ولد زنا می‌گوید: «اما ولد الزنا من الطرفين فلا نسب له بأیهه شرعاً، لان الولد للفراش و للعاهر الحجر و حیثئذ فلا ترثه ای الزانی کالعکس بلاخلاف اجده فیه، بل الاجماع بقسمیه علیه وهو الحجج»<sup>۳۸</sup> با توجه به کلمات فقها نهایت چیزی که می‌توان به عنوان ادله آنها در مورد ارث ولد زنا بکار برده شده را در موارد زیر خلاصه کرد:

## ب-۳-۱. صحیح حلبی

عن الحلبي، عن الصادق عليه السلام: ایما رجل «وقع» علی ولیدة قوم حراماً ثم اشتراها، ثم ادعی ولدها فانه لا یورث منه شیء فان النبی صلی الله علیه و آله قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولا یورث ولد الزنا الا رجل یدعی ابن ولیدته»<sup>۳۹</sup>

۳۲. محمد بن حسن طوسی، المبسوط، ج ۶، ص ۳۰.

۳۳. بقره آیه ۲۳۳.

۳۴. نساء آیه ۲۳.

۳۵. نور آیه ۳۱.

۳۶. محمد بن حسن طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۲۳۷.

۳۷. زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۸، ص ۲۱۲.

۳۸. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۹، ص ۲۷۴.

۳۹. محمد بن یعقوب کلینی، الکافی، ج ۷، ص ۱۶۲.



در صحیح حلبی از امام صادق علیه السلام نقل شده است: هر مردی با کنیز قومی از راه حرام نزدیکی کرده و سپس او را خریده است و فرزند آن کنیز را ادعا می‌کند، از او چیزی ارث نمی‌برد، زیرا رسول خدا صلی الله علیه و آله فرموده‌اند: فرزند به فراش اختصاص دارند و برای زناکار بهره‌ای نیست و از ولد زنا فقط مردی ارث می‌برد که ادعا کند مادرش در خانه او بوده است. در چگونگی استدلال به این روایت عده‌ای از فقها بیان کرده‌اند که حدیث فوق در مقام بیان حکم واقعی است یعنی شارع مقدس از اولادی که بواسطه زنا متولد شده است نفی ولدیت کرده است و او را ملحق به پدر ندانسته است و جمله لا یورث ولد الزنا در روایت مانند صریح در ولد الزنا واقعی است بنابراین در حدیث بین زانی و ولد الزنا، ارث نفی شده است که نشان می‌دهد که بین آنها هیچگونه نسب شرعی وجود ندارد زیرا از موجبات ارث، نسب است.

### ب-۳-۲. روایت محمد بن حسن اشعری قمی

قال: كَتَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا كِتَابًا إِلَى أَبِي جَعْفَرِ الثَّانِي ع مَعِيَ يَسْأَلُهُ عَنْ رَجُلٍ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ ثُمَّ إِنَّهُ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الْحَمْلِ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ وَهُوَ أَشْبَهُ خَلْقِ اللَّهِ بِهِ فَكَتَبَ بِخَطِّهِ وَخَاتَمِهِ الْوَلَدَ لَغِيَّةٍ لَا يُورَثُ.<sup>۴۱</sup>

روایت دیگر از محمد بن حسن قمی است که برخی از اصحاب ما به امام باقر علیه السلام نامه نوشتند و گفتند مردی به زنی، فجور و نزدیکی کرده و در نتیجه وی آبستن شد، سپس با او ازدواج کرده و فرزندی به دنیا آورد که شبیه‌ترین مخلوقات به وی می‌باشد امام علیه السلام با دست خط خود که مهر انگشتر هم بر روی آن بود نوشت: از فرزند لغی ارث برده نمی‌شود.

در این روایت از فرزندی که از منی زانی خلق شده به «لغیه» تعبیر شده است.

ظاهر لغیه، باطل بودن و محرومیت است یعنی به ولد زنا هیچ اعتنایی نمی‌شود و به زانی ملحق نمی‌گردد در نتیجه از ارث محروم است. بعضی دیگر این طور بیان کرده‌اند که از دو حدیث فوق استفاده می‌شود ولد زنا ارث نمی‌برد.

اما این که آیا ولد زنا از قواعد عامه ارث تخصصاً خارج است یا تخصیصاً خارج است در توضیح می‌گویند زمانی که ما مردد بین تخصیص و تخصص هستیم اصالة العموم را جاری می‌کنیم و می‌گوئیم تخصیص نخورده، نفی تخصیص ملازم است با اینکه بگوئیم این فرد تخصصاً خارج است، پس علت ارث نبردن ولد زنا بخاطر این است که تخصصاً از حوزه فرزند و نسب خارج است.<sup>۴۲</sup>

۴۰. سیدمحسن طباطبایی حکیم، مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۲۵۹

۴۱. محمد بن حسن بن علی حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۱۴.

۴۲. گروهی از مولفان، رحم جایگزین، ص ۱۰۲

### ب-۳-۳. روایت محمد بن سنان در مورد علل حرمت زنا

امام رضا علیه السلام در پاسخ به سؤال‌های محمد بن سنان فرمودند «و حرّم الله الزنا لما فيه من الفساد، من قتل النفس، ذهاب الانساب، و ترك تربية للاطفال و فساد الموارث و ما أشبه ذلك من وجوه الفساد».<sup>۴۳</sup>

خداوند زنا را به خاطر فساد، کشتن نفس انسانی، از بین رفتن انساب، ترک تربیت اطفال و فاسد شدن میراث‌ها و فسادهای شبیه به اینها حرام کرده است. در این روایت نیز یکی از علت‌های حرمت زنا از بین رفتن نسب است که می‌توان نتیجه گرفت بین زانی و ولد الزنا نسبی وجود ندارد.

### ب-۳-۴. اجماع

دلیل آخر فقها را می‌توان ادعای اجماع بر نفی ولد الزنا از زانی نام برد. صاحب جواهر در این مورد می‌نویسد: «نسب حاصل از زنا ثابت نمی‌شود دلیل بر آن اجماع منقول و محصل است».<sup>۴۴</sup>

### ج. بررسی حقوقی

قانون مدنی به پیروی از فقه اسلامی و در راه حمایت از خانواده مشروع و به منظور جلوگیری از گسترش روابط جنسی آزاد و افزایش اطفال نامشروع مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود» (ماده ۱۱۶۷ ق. م. ا.). بنابراین طفلی که ناشی از زناست قانوناً به زناکار منتسب نخواهد بود، هرگاه پدر و مادر هر دو زناکار باشند، طفل به هیچ یک ملحق نمی‌شود و اگر یکی زناکار محسوب شود و عمل دیگری به علت شبهه یا اکراه زنا نباشد طفل فقط به کسی ملحق می‌شود که مرتکب زنا نشده است مفهوم عدم الحاق این است که قانون نسب طبیعی طفل نامشروع را نادیده می‌گیرد و آثار قانونی نسب مانند ولایت قهری، حضانت و ارث بر آن مترتب نمی‌شود.<sup>۴۵</sup> بنابراین حقوق و تکالیفی که در قانون برای اولاد نسب به ابوین و سایر اقربای خط صعودی شناخته شده است مخصوص اطفال مشروع است و اطفال طبیعی که نسب آنان به رسمیت شناخته نشده است فاقد این حقوق و تکالیف هستند، این در واقع مقتضای عدم الحاق طفل به زانی است که ماده ۱۱۶۷ ق. م. ا. به آن تصریح کرده است. مشکلی که در اینجا پیدا شد این بود که از یک طرف ماده فوق صریحاً تصریح دارد که فرزند ناشی از زنا به پدر و مادرش ملحق نمی‌شود و علی القاعده آثاری که بر نسب مشروع مترتب است بر نسب نامشروع بار نمی‌شود و از طرفی فتاوی فقهای عظام در مورد اثبات بعضی از آثار مثل نفقه و حضانت برای ولد زنا موجب سردرگمی قضات و ابهام و تردید در این ماده شد و بعضاً آراء متناقض در این خصوص صادر می‌گردید، که این ابهام و تردید با صدور

۴۳. محمد بن حسن بن علی حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۵، ص ۲۳۴.

۴۴. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۹، ص ۲۵۷.

۴۵. سیدحسین صفایی و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، ص ۱۱۰.

رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ - ۳ / ۴ / ۱۳۷۶ ردیف ۷ / ۷۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در حکم قانون و در موارد مشابه لازم الاتباع است مرتفع گردید.

با این ترتیب اخذ شنا سنانه برای طفل، حضانت، تربیت، دادن نفقه و اجرای تکلیف ولایت بر عهده پدر است و او نمی‌تواند از انجام تکالیف خود امتناع کند. به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۸۸۴ ق.م. و صدور رأی وحدت رویه، ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی ثمره‌ای ندارد و ذکر آن لغو است.

علاوه بر استنباط فوق رأی وحدت رویه قضایی مذکور در ارتباط با طفل طبیعی و متولد از زنا با پدر و مادری که او را به وجود آورده‌اند بدون این که بین آنها علقه زوجیت باشد از جهات مختلف قابل بررسی و توجه است.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

مباحث گذشته را می‌توان چنین خلاصه کرد:

۱. قدر متیقن از منشاء آثار نبودن نسب نامشروع مسأله ارث است که فقها در خصوص ولدالزنا در این مورد به ادله‌ای چون حدیث الولد للفراش وللعاهر الحجر، الولد لغيره لا یورث، صحیحه حلبی، اجماع و سایر ادله استناد کرده‌اند که هیچ یک از دلایل فوق قدرت نفی نسب از ولد زنا را ندارد. لذا ولد زنا همه حقوق اطفال مشروع را دارد و فقط ارث استثناء است. البته اگر آثاری مترتب بر ارث باشد نیز طبیعتاً منتفی است و در نتیجه به طور مثال بین ولدالزنا و زانی و بین ولدالزنا و اقوام پدر و مادری‌اش، رابطه ولی دم برقرار نیست. بر اساس مطالب پیش گفته، درباره موضوع اصلی بحث یعنی «قاعده منشأ آثار نبودن نسب نامشروع، می‌توان گفت که تنها جایی که قدر متیقن است که نسب نامشروع منشأ آثار نیست بحث ارث است و باید گفت که این قاعده مختص به باب ارث است و در سایر ابواب نمی‌توان به آن تمسک کرد زیرا:
۱. ادله ارث که عبارتند از اجماع، حدیث الولد للفراش وللعاهر الحجر، الولد لغيره لا یورث و ... هیچکدام از ولد زنا نفی نسب نمی‌کند و عدم توارث ولد زنا با والدین و بالعکس از باب تخصیص است مانند قتل و کفر.
۲. از طرفی الفاظ اب و ولد در شرع حقیقت شرعی ندارد بلکه هر چه از عرف و لغت درباره ولد و اب فهمیده می‌شود در لسان شارع نیز همان مراد است و همچنین نسب نیز حقیقت شرعی و تاسیس جدیدی ندارد و لذا ولد زنا مانند سایر اولاد از حقوق و آثار مترتب بر نسب مانند حضانت، نکاح، محرمیت، نفقه، ولایت قهری و ... بهره‌مند هستند.
۳. در حقوق ایران هم ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، در بادی امر به نظر می‌رسد قطع نسب از ولد زنا شده است با رأی وحدت رویه ۶۱۷ / ۳ - ۴ / ۱۳۷۶ که عدم الحاق طفل به زانی را از جهت حقوق ارثیه و توارث دانسته است، نفی نسب از ولد زنا نمی‌کند و با توجه به ماده ۸۸۴ قانون مدنی که بیانگر عدم توارث ولد زنا با والدین و بالعکس است به نظر می‌رسد ذکر این ماده لغو و ثمره‌ای بر آن مترتب نیست لذا سایر آثار نسب بر نسب نامشروع نیز مترتب می‌شود و این قاعده با آنکه مشهور است جایگاهی در فقه و حقوق ندارد.

## فهرست منابع

### منابع فارسی

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوازدهم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ ش.
۲. روزنامه رسمی
۳. رضایا معلم، محمد رضا، *بارورهای پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۴.
۴. صفایی، سید حسین و دیگران، *بررسی تطبیقی حقوق خانواده*، چاپ اول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴ ش.
۵. فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، *القاموس المحيط*، دار الکتب العربی، ۱۴۲۹ م.
۶. قبله‌ای، خلیل، *مسائل مستحذته*، چاپ اول، تهران، سمت و دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، ۱۳۸۷.
۷. گروهی از مولفان، *رحم جایگزین*، چاپ اول، تهران، سمت، ۱۳۸۶.
۸. مکارم شیرازی، ناصر، *مجموعه استفتائات جدید*، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب، ۱۳۷۵ ش.
۹. معین، محمد، *فرهنگ فارسی معین*، چاپ بیست و یکم، تهران، امیر کبیر، ۱۳۸۱ ش.
۱۰. وزیری، مجید، *حقوق متقابل کودک و ولی در اسلام*، چاپ دوم، تهران، چاپ و نشر بین الملل، ۱۳۸۷ ش.

### منابع عربی

۱. قرآن کریم
۲. اراکی، محمد علی، *رسالة فی الارث*، چاپ اول، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۳ هـ.
۳. بجنوردی، سید حسین، *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، نگارش، ۱۳۸۶ ش.
۴. بحرانی، یوسف، *الحدائق الناظرة فی احکام العترة الطاهرة*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵ هـ.
۵. ترحینی العاملی، سید محمد حسن، *الزبدة الفقهیه فی شرح الروضة البهیة*، چاپ اول، بیروت، دار الهادی، ۱۳۸۲ ش.
۶. حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، *وسائل الشیعه*، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۱ هـ.
۷. حسینی روحانی، سید محمد، *فقه الصادق*، قم، اجتهاد، ۱۴۲۹ هـ.
۸. حلّی، محقق نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ.
۹. حلّی، محمد بن حسن بن یوسف اسدی، (فخر المحققین)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، چاپ او، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ هـ.

۱۰. خوئی، سید ابو القاسم، موسوعة الامام الخوئی. قم، المطبعة العلمیه، ۱۴۱۳ق.
۱۱. صدر، سید محمد، **ماوراء الفقه**، چاپ اول، بیروت، دار الاضواء للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۴۲۰ هـ.
۱۲. طباطبایی حکیم، سید محسن، **مستمسک العروة الوثقی**، چاپ اول، قم، مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶ هـ.
۱۳. طباطبایی، سید محمد کاظم، **العروة الوثقی**، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ هـ.
۱۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، **المبسوط فی فقه الامامیه**، چاپ سوم، تهران، مکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ هـ.
۱۵. طوسی، محمد بن حسن، **تهذیب الاحکام**، چاپ چهارم، تهران، دار الکتب اسلامیة، ۱۴۰۷ هـ.
۱۶. عاملی، زین الدین بن علی بن احمد (شهید ثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة**، چاپ اول، قم، داوری، ۱۴۱۰ هـ.
۱۷. عاملی، زین الدین بن علی بن احمد، (شهید ثانی)، **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**، چاپ اول، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ هـ.
۱۸. کرکی، علی بن حسین عاملی (محقق ثانی)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل البيت (ع) ۱۴۱۴ هـ.
۱۹. کلینی، محمد بن یعقوب، **الکافی**، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ ش.
۲۰. مامقانی، عبد الله، **مناهی المتقین**، یک مجلد، چاپ سنگی. قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۴ق.
۲۱. محسنی، محمد آصف، **الفقه والمسائل الطبییه**، چاپ اول، قم، بوستان کتاب، ۱۴۱۳ هـ.
۲۲. نجفی، محمد حسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، چاپ هفتم، بیروت - لبنان، دار احیاء التراث العربی.
۲۳. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **مستند الشیعه فی الاحکام الشریعه**، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع) ق.