

بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع

حجة الاسلام و المسلمین خلیل قبله‌ای*

در این مقاله کودکان نامشروع و احکام فقهی و حقوقی آنان بررسی می‌شود. کودکان نامشروع چه کسانی هستند؟ کودک تلقیحی و آزمایشگاهی، مشروع است یا نامشروع؟ احکام فقهی و حقوقی در دو مرحله مطالعه می‌شود: مرحله اول، احکام حقوق مدنی از قبیل: نسب، اسلام، توارث، محرمیت و ازدواج، حضانت و ولایت، نفقه و اطاعت از والدین نامشروع. مرحله دوم، در بیان احکام حقوق جزا، از قبیل: حکم اسقاط جنین نامشروع، اثبات دیه بر جانی، قصاص قاتل کودک نامشروع و اینکه قاتل اگر خودزانی باشد قصاص می‌شود یا خیر؟ در این مقاله به پرسشهای فوق مطابق منابع و کلمات فقیهان پاسخ داده شده است.

در این مقاله احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع بررسی می‌شود موضوع بحث از دو جمله ترکیب شده است: *مذموم انسانی و مطالعات فقهی*
احکام فقهی و حقوقی، کودکان نامشروع.
احکام فقهی و حقوقی در دو مرحله مورد مطالعه قرار می‌گیرد: حقوق مدنی و حقوق جزا
مرحله اول - احکام حقوق مدنی؛ احکامی که در این مرحله بررسی می‌شود به قرار ذیل است:

- ۱- نسب کودکان نامشروع.
- ۲- آیا کودکان نامشروع در حکم اسلامند.
- ۳- توارث، کودکان نامشروع از چه کسانی ارث می‌برند و چه کسانی وارث آنان هستند.
- ۴- محرومیت و ازدواج.
- ۵- حضانت و ولایت.

۶- نفقه و اطاعت، یعنی نفقهٔ کودکان نامشروع را چه کسی به عهده می‌گیرد؟ آیا پدر نامشروع بر کودک نامشروع واجب‌النّفقه می‌شود؟ و آیا کودک نامشروع لازم است از پدر نامشروع خود اطاعت کند؟

مرحلهٔ دوّم - احکام حقوق جزا، احکامی که در این مرحله بررسی می‌شود به قرار ذیل است:
۱- اسقاط جنین ناشی از زنا.

۲- دیه جنین که در اثر جنایت سقط شده است چقدر است؟ و چه کسانی از این دیه ارث می‌برند؟

۳- اگر ولدالزنا به وسیلهٔ ولد حلال کشته شود، قاتل قصاص می‌شود یا خیر؟

۴- اگر پدر نامشروع (زانی) فرزند نامشروع (ولدالزنا) را بکشد آیا قصاص می‌شود؟ پاسخ این سؤالات به طور مستدلّ در این مقاله روشن می‌شود.

کودکان نامشروع

شایان ذکر است که تکون هر کودکی در اثر رابطهٔ بین زن و مرد میسر است اگر در بین آنها ارتباط برقرار نشود، عادتاً محال است بچه‌ای به دنیا بیاید چنانکه مریم مقدّس در جواب پیک خداوند سبحان که به او مژدهٔ عیسی را داد و گفت: *أَنْ أَلِدَ مِنْهُ* بِشْرِكٍ بِكَلِمَةٍ مِنْهُ اسْمُهُ الْمَسِيحُ عِيسَى بْنِ مَرْيَمَ. ^۱ گفت: *أَنِّي يَكُونُ لِي وَلَدٌ وَلَمْ يَمْسَسْنِي بَشَرٌ*.^۲ رابطهٔ بین زن و مرد که سبب تکون کودک می‌شود بر سه قسم است: رابطهٔ مشروع، رابطهٔ غیر مشروع و رابطه‌ای که مورد اختلاف است آیا مشروع است یا نامشروع.

رابطهٔ مشروع بر دو قسم است: رابطهٔ زوجیت زن و مرد، اعتقاد به رابطهٔ زوجیت که همان شبهه است. کودکانی که از رابطهٔ مشروع به وجود می‌آیند کودکان مشروع هستند خواه رابطه از قسم اوّل باشد، خواه از قسم دوّم.

رابطهٔ غیر مشروع نیز بر دو قسم است: رابطه‌ای که منجر به زنا می‌شود و رابطه‌ای که در آن زنا نیست لکن در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن حامله می‌شود، مانند پسر و دختری که نامزد شده‌اند و قبل از اجرای عقد در اثر تفخیز دختر حامله شده‌است. کودکانی که از رابطهٔ غیر مشروع به وجود می‌آیند، کودکان نامشروع هستند خواه از قسم اوّل باشند و خواه از قسم دوّم.

۱- سورهٔ آل عمران آیهٔ ۴۵

۲- سورهٔ آل عمران آیهٔ ۴۷

رابطه‌ای که مورد اختلاف است، آن نیز بر دو قسم است: ۱- رابطه‌ای که به وسیله عقد نکاح میان شخص و یکی از محارم خود از روی جهل به حکم و یا جهل به موضوع اتفاق می‌افتد و فرزندان در نتیجه این رابطه به وجود می‌آیند 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 رابطه‌ای مشروع است؟ و کودکانی که در اثر چنین رابطه‌ای به وجود می‌آیند کودکان مشروع به حساب می‌آیند؟ بعضی از حقوق‌دانان می‌گویند: به هیچیک از ابوبن ملحق نمی‌شوند و این حکم را به فقهای امامیه نسبت می‌دهند و بلکه می‌گویند: این امر اجماعی بین فقهای امامیه است بنابراین رابطه را نامشروع و کودکانی را که در اثر این رابطه به وجود می‌آیند نامشروع می‌دانند.^۳

۲- از مواردی که مورد اختلاف است تلقیح صناعی و یا اهداء جنین و کاشتن آن در رحمهای اجاره‌ای یا عاریه‌ای است، کودکانی که از این رابطه متکون می‌شوند مورد اختلاف است که از کودکان مشروع محسوب می‌شوند 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؟

وطی به شبهه با محارم

در خصوص وطی به شبهه با محارم از نظر فقهی هیچ شبهه‌ای 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 نکرده‌اند و این حکم را به فقهای امامیه نسبت داده و ادعای اجماع نیز کرده‌اند در صورتی که در فقه کسی قایل به نامشروع بودن آن نشده‌است و فرزندی که از آن به وجود آید کسی نگفته‌است که 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 مرتب کرده

است از جمله:

۱- علامه حلی در ارشاد الأذهان می‌گوید: فاما المسلم فلا يرث بالأسبب الفاسد ويرث بالنسب صحیحه و فاسده فان الشبهة كالأصحیح فی لحوق النسب.^۴

علامه حلی در ارشاد بعد از بیان حکم توارث مجوس، می‌گوید: بعضی از فقهای ما نسب صحیح و فاسد را در مجوس از موجبات ارث می‌دانند ولی در سبب فقط صحیحش موجب ارث است و برای آن چنین مثال می‌زند: کسی که با دختر خود ازدواج کند و از آن دختری متولد شود سپس پدر بمیرد هر دو دختر از این پدر ارث دختری می‌برند (یعنی یک نسب صحیح و دیگری نسب فاسد است) سپس عبارت فوق را دربارهٔ مسلمانان می‌نویسد و می‌گوید: و اما مسلمانان با سبب فاسد ارث نمی‌برند ولی با نسب صحیح و فاسد ارث می‌برند زیرا شبهه، در الحاق نسب همانند صحیح است.

۲- محقق در شرایع می‌نویسد: المسلم يرث بالنسب الصحيح والفاقد لان الشبهة كالعقد الصحيح فی التحاق النسب.^۵ یعنی مسلمانان با نسب صحیح و فاسد ارث می‌برند زیرا شبهه در اثبات و الحاق نسب مانند عقد صحیح است.

۳- شهید ثانی در مسالک الافهام در شرح و تفسیر عبارت فوق می‌گوید: مراد از نسب فاسد کودکی است که به نکاح صحیح مستند نباشد و گرنه ولد ناشی از شبهه نیز صحیح است و همه احکام نسب بر او ملحق می‌شود.^۶

۴- در کتاب اللمعة الدمشقیة آمده است: ولو أنکح المسلم بعض محارمه لشبهة وقع التوارث بالنسب ایضا.^۷

۵- شهید ثانی در کتاب روضه در شرح و تفسیر این جمله می‌نویسد: فروع کثیری بر آن مترتب می‌شود از جمله: فلو ولد للمجوسی بالنکاح او المسلم بالشبهة من ابنته ابنتین ورثن ماله بالسویة^۸

اگر مجوسی به وسیلهٔ نکاح و مسلمان به سبب شبهه از دختر خود دو تا دختر

۴- جلد ۲، ص ۱۳۴.

۵- جلد ۴، ص ۵۴.

۶- جلد ۲، ص ۲۸۷.

۷- اللمعة الدمشقیة، ص ۲۳۸.

۸- جلد ۸، ص ۲۲۴.

- بیاورد هر سه دختر همهٔ ماترک پدر نامشروع خود را به ارث می‌برند.
- فروع دیگری نیز ذکر کرده‌است که نیاز به نقل آنها نیست چنانکه می‌بینید شهید ثانی نیز مانند شهید اول به ارث کودک ناشی از شبه با محارم فتوی داده است.
- ۶- صاحب جواهر «فده» در این خصوص می‌فرماید: بلاخلاف و لاشکال.^۹
- ۷- صاحب ریاض بعد از حکم به توارث مجوس با نسب صحیح و فاسد می‌نویسد: واستدلوا للتوارث بالنسب الصحيح و الفاسد بتوارث المسلمین بها حیث یقع الشبهة و هی موجودة^{۱۰}
- از این عبارت مستفاد می‌شود که توارث با نسب فاسد در فقه امامیه از مسلمات است.
- ۸- در تحریر الوسیله در کتاب ارث آمده است: المسلم یرث بالنسب الصحيح و کذا الفاسد لو کان عن شبهة فلو اعتقد ان امه اجنبیه فتزوجهها و اولد منها یرث الولد منها و همامنه.^{۱۱}
- یعنی مسلمانان با نسب صحیح و فاسد از یکدیگر ارث می‌برند اگر او با مادرش به اعتقاد اینکه اجنبی است از دواج کند و از آن کودکی به دنیا بیاورد کودک از مادر و کودک از پدر ارث می‌برند.
- ۹- در تحریر الوسیله در کتاب حدود آمده است: اگر با محارم خود از دواج کند مانند مادر و دایه و با آنها نزدیک کند در صورتی که جاهل به حکم یا موضوع باشد، حد بر او جاری نمی‌شود.^{۱۲}
- ۱۰- در منهاج الصالحین آمده است: المسلم لایرث بالسبب الفاسد و یرث بالنسب الفاسد مالم یکن زنا فولد الشبهة یرث و یورث.^{۱۳}
- این عبارت نیز صراحت دارد در اینکه کودک متولد از وطی به شبهه با محارم، کودک مشروع است و احکام ولد را دارد.
- ۱۱- در مبانی تکملة المنهاج می‌فرماید: فلو عقد علی امرأة محرمة کالأم و الاخت

۹- جلد ۱۳، ص ۶۹۱

۱۰- جلد ۲، ص ۳۸۰

۱۱- جلد ۲، ص ۳۸۰

۱۲- جلد ۲، ص ۴۵۶، م. ۵.

۱۳- جلد ۲، ص ۳۸۳

و زوجة الولد و نحوها جاهلا بالموضوع او بالحکم فوطأها سقط عنه الحد.^{۱۴}
 این عبارت نیز صراحت دارد که وطی به شبهه حتی با محارم نیز زنا محسوب
 نمی‌شود و در ذیل این کلام آمده است: من دون خلاف بین الأصحاب.^{۱۵}
 از آنچه تاکنون گفته شد نتیجه می‌گیریم که وطی به شبهه زنا نیست خواه با محارم
 باشد و خواه با اجانب و بچه‌هایی که از آن به وجود می‌آیند ولد زنا نیستند پس ولد
 شبهه از کودکان مشروع به حساب می‌آید.

تلقیح صناعی و انتقال جنین

از جمله کودکانی که در مشروع بودن آنها اختلاف است کودکان تلقیحی و
 آزمایشگاهی هستند و چون اختلاف در تلقیح شدیدتر از انتقال جنین است ابتدا آن را
 بررسی می‌کنیم.

تلقیح صناعی و اقسام آن

بعضی از اقسام تلقیح اشکال شرعی ندارد و بچه‌ای که از آن به وجود می‌آید جزء
 کودکان مشروع محسوب می‌شود و همه آثار کودکان معمولی بر او نیز مترتب
 می‌گردد؛ مانند تلقیح اسپرم شوهر به زوجه خود این قسم از تلقیح حرمتی ندارد
 چون دلیلی بر حرمت آن نیست؛ چنانکه امام قده در تحریر الوسیله به جواز آن فتوی
 داده است.^{۱۶} مگر آنکه مقدمات خارجی موجب حرمت آن شود مانند تماس مرد
 اجنبی و یازن اجنبی.

تلقیح صناعی که در اینجا مورد بحث است و از جهت حکم شرعی اختلاف نظر
 در آن وجود دارد که اسپرم مرد اجنبی به رحم زن نامحرم بدون آمیزش تلقیح شود؛
 سؤال این است آیا این قسم تلقیح اشکال شرعی دارد؟ و کودک تلقیحی نامشروع
 است؟ اکنون باید دید آیا دلیل شرعی بر حرمت آن وجود دارد؟

کسانی که تلقیح صناعی را در این قسم حرام می‌دانند برای اثبات آن به کتاب و
 سنت استناد می‌کنند.

۱۴- جلد ۱، ص ۱۶۷.

۱۵- همان

۱۶- جلد ۲، ص ۶۲۱.

کتاب: «قل للمؤمنات یغضضن من ابصارهنّ و یحفظن فروجهنّ»^{۱۷} خداوند متعال به پیامبر خود فرمان می‌دهد که به زنان مسلمان و مؤمن بگو: چشمهایتان را ببندید و فروج خود را حفظ کنید. آنان عقیده دارند که حذف متعلق در آیه شریفه افاده عموم می‌کند، یعنی واجب است زنان مسلمان فروج و شرمگاه خود را از هر چیز از جمله تمامی صورتهای تلقیح حفظ نمایند.

این استدلال خالی از اشکال نیست، اولاً مقصود از حفظ، تنها حفظ آن از نگاه دیگران است. شاهد این مدعی روایت ابی بصیر از امام صادق علیه السلام است که فرمود: کُلّ آیه فی القرآن فی ذکر حفظ الفروج فهی من الزنا الا هذه الآیه فانها من النظر.^{۱۸} و در محکم و متشابه نیز نظیر این حدیث آمده است.^{۱۹} و در کتاب اصول کافی، کتاب ایمان و کفر از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند: قال الأمام علیه السلام کُلّ شیء فی القرآن من حفظ الفرج فهو من الزنا الا هذه الآیه.^{۲۰}

یعنی آنچه در قرآن مجید در خصوص حفظ فروج آمده است، منظور حفظ کردن آن از زناست به جز این آیه که مراد از آن حفظ و پوشیدن آن از دید دیگران است. در کتب اهل سنت و جماعت نیز همین تفسیر به چشم می‌خورد در تفسیر فخر رازی از ابی العالیه نقل شده است که: کُلّ ما فی القرآن من قوله «لیحفظوا فروجهم و یحفظن فروجهنّ» من الزنا الا التي فی التور یحفظوا فروجهم و یحفظن فروجهنّ أن لا ینظر الیهما احد.^{۲۱}

پس در بین فقها و مفسرین خاصه و عامه این قول وجود داشته است که آیه شریفه نور دستور سترو و پوشش فروج می‌دهد با وجود این قراین نمی‌توان گفت حذف متعلق مفید عموم است.

علامه طباطبائی «قده» از خود آیه این نظریه را استظهار می‌کند و می‌فرماید: به قرینه صدر آیه که می‌فرماید: «یغضوا من ابصارهم» استفاده می‌شود که مراد از حفظ فروج، سترو و پوشش آنها است از دید ناظران؛ همانطور که ذیل آیه نیز قرینه است که مراد از صدر (یغضوا) پوشیدن چشم است از نگاه به فروج.^{۲۲}

۱۷- نور آیه ۳۱.

۱۸- الفقیه جلد ۱، ص ۳۰۰، وسائل الشیعه جلد ۱، باب ۱، از ابواب آداب الخلوۃ حدیث ۳

۱۹- وسائل الشیعه ص ۳۰۰ باب ۱، از ابواب آداب الخلوۃ حدیث ۵.

۲۰- اصول کافی جلد ۲، ص ۳۵.

۲۱- جلد ۲۳، ص ۲۰۵.

۲۲- المیزان جلد ۱۵، ص ۱۲۰.

ثانیاً، اگر قبول کنیم که حذف متعلق مفید عموم است، باز هم آیه شریفه دلالت بر حرمت تلقیح صناعی ندارد زیرا مراد از عموم این نیست که فروج را باید از هر چیزی حفظ کرد و گرنه تخصیص اکثر لازم می آید که آن از یک متکلم حکیم قبیح است بلکه مراد این است که فروج را از هر چیز حرام باید حفظ کرد چنانکه در تفسیر کبیر فخر رازی آمده است: آنچه ظاهر آیه اقتضا می کند این است: از هر چیزی که خداوند آن را حرام کرده باید فروج را حفظ کرد مانند: زنا، مس و نظر؛ سپس می گوید: اگر مراد از آیه نظر هم باشد مس و زنا به طریق اولی حرام خواهد بود، مانند دلالت آیه شریفه «لا تقل لهما ف» بر حرمت سب و شتم پدر و مادر و مانند آنها^{۲۳}

شیخ طوسی «قده» نیز در تفسیر تبیان می فرماید: خداوند امر فرموده است که مردان و زنان مسلمان فروج خود را از هر چیز حرام حفظ کنند و آن را از ناظر محترم مستور نمایند.^{۲۴}

در اینجا سوال این است: آیا تلقیح صناعی و انتقال جنین حرام است؟ تابه حکم آیه شریفه زنان فروج خود را از آن حفظ کنند. از آیه شریفه حرمت استفاده نمی شود هیچ عامی از عمومات برای خود مصداق تعیین نمی کند حرمت تلقیح باید با دلیل دیگر ثابت شود و گرنه از قبیل شبهه مصداقیه عام خواهد بود که احدی به جواز تمسک به عام در شبهات مصداقیه عام قائل نشده است و این مسأله با تمسک به عام در شبهات مصداقیه خاص فرق می کند.

روایات

۱- علی بن سالم از امام صادق علیه السلام روایت می کند:
 أن أشد الناس عذاباً يوم القيامة رجل أقر نطفته في رحم يحرم عليه.^{۲۵} شدیدترین عذاب در روز قیامت، عذاب مردی است که نطفه خود را در حمی بریزد که بر او حرام است.
 این روایت از حیث سند و دلالت مورد مناقشه است زیرا علی بن سالم مورد اشکال واقع شده است. برخی گفته اند: علی بن سالم بین دو نفر مردّد است: یکی علی بن سالم بطائنی که واقفی و متهم به دروغگویی است و دیگری علی بن سالم که

۲۳- جلد ۲۳، ص ۲۰۵.

۲۴- جلد ۷، ص ۴۲۸.

۲۵- اصول کافی جلد ۵، ص ۵۴۱.

مجهول است بلکه بعضی‌ها گفته‌اند که علی بن سالم یک نفر است آنهم بطائنی است که متهم به دروغ‌گویی است علی بن سالم هر کدام از آن دو نفر باشد روایت فوق از درجه اعتبار ساقط است یا مجهول است یا دروغگو.

و از جهت دلالت نیز مورد اشکال است: «اولاً جمله «رجل أقر نطفته» به آنچه در این خصوص متعارف است (یعنی ریختن نطفه به صورت زنا) منصرف است یعنی کسی که با زنی که بر او حرام است آمیزش کند به شدیدترین عذاب می‌رسد. ثانیاً، این دلیل اخص از مدعی است و شامل بسیاری از تلقیحات مصنوعی نمی‌شود زیرا جمله فوق ظاهر بلکه صریح است در اینکه ریختن نطفه به صورت مباشرت باشد پس اگر این حمل با دست خود زن و یا شوهر او انجام شود مشمول روایت نخواهد بود و عنوان «رجل اقر نطفته» به این رقم تلقیح صدق نخواهد کرد و تلقیحات نوعاً دور از چشم و اختیار صاحب نطفه (اسپرم) انجام می‌گیرد.

در بعضی از نوشته‌ها آمده است: ظاهر حدیث این است: آنچه مورد منع است ریختن آب مرد در رحمی است که بر او حرام است در این جهت، به حسب عرف، مباشرت دخالتی ندارد. به همین دلیل فقها با استدلال به این حدیث، عزل را بر زناکار واجب دانسته‌اند، چون از حدیث معلوم می‌شود که علاوه بر عمل آمیزش، ریختن نطفه در رحم، خود حرامی دیگر است.^{۲۶}

این استظهار خلاف ظاهر است بار دیگر به متن روایت مرور می‌کنیم: «رجل اقر نطفته فی رحم یحرم علیه» (مردی که نطفه خود را در رحمی که بر او حرام است بریزد) سپس به تلقیح مصنوعی مراجعه می‌کنیم یعنی زنی اسپرم مرد اجنبی را در رحم خود مستقر می‌کند آیا عنوان فوق بر این کار صدق می‌کند؟ در این میان شدیدترین عذاب در روز قیامت متوجه چه کسی خواهد بود؟ صاحب اسپرم یا زن؟

اما اینکه فقها عزل را بر زانی واجب دانسته‌اند به این دلیل است که شخص زناکار دو عمل خلاف انجام می‌دهد: یکی زنا که با دخول مجرد تحقق می‌یابد و دیگری ریختن نطفه به وسیله زنا در رحم زن نامحرم. پس بر زانی دو چیز حرام است: یکی آمیزش و دیگری ریختن منی در رحم زن اجنبی، این مسأله کاملاً از مسأله ما جدا

است زیرا در این مسأله عنوان «اقر نطفته فی رحم» صدق می‌کند ولی در مسأله مورد نظر این عنوان صادق نیست.

۲- در کتاب من لا یحضره الفقیه آمده است: قال النبی صلی اللہ علیہ و آله: لن یعمل ابن آدم عملاً اعظم عند اللہ عزّ و جلّ من رجل قتل نبیا او اماماً او هدم الکعبة الّتی جعلها اللہ قبله لعباده او افرغ مائه فی امرأة حراماً^{۲۷}

رسول خدا (ص) فرمود: کارهایی را که فرزندان آدم انجام می‌دهند کاری بدتر و گرانتر نزد خداوند از کشتن پیامبر یا امام و یا خراب کردن کعبه که خداوند آن را برای بندگانش قبله قرار داده و یا اینکه مردی نطفه خود را در رحم زنی از روی حرام بریزد، نیست.

این حدیث مانند حدیث سابق از حیث سند و دلالت ضعیف است آنچه در حدیث علی بن سالم گفته شد در این حدیث نیز گفته می‌شود.

۳- مهم‌ترین دلیل برای اثبات حرمت، در این قسم این است: در نصوص و فتاوی برای فروج اهمیت خاصی قابل شده‌اند و کوچکترین شبهه را در آن مانع ازدواج دانسته‌اند بنابراین مجرد احتمال حرمت در وجوب کف و احتیاط کفایت می‌کند.

برای نمونه، صحیح شعب حداد را مورد مطالعه قرار می‌دهیم او می‌گوید: به امام صادق علیه‌السلام گفتم: مردی از دوستان شما سلام می‌رساند و می‌خواهد با زنی ازدواج کند و آن زن شوهری داشته که او را طلاق داده است ولی طلاقش به طریق سنت نبوده است. او دوست ندارد با این زن ازدواج کند تا از شما اجازه بگیرد امام علیه‌السلام فرمود: هو الفرج و امر الفرج شدید و منه یكون الولد و نحن نحتاط فلا تزوجها.^{۲۸}

یعنی در این موضوع باید احتیاط شود ما احتیاط می‌کنیم و او نیز ازدواج نکند قائلین به حرمت به این حدیث استناد می‌کنند و می‌گویند: اگر جواز تلقیح مصنوعی مورد شک قرار بگیرد نمی‌توان به اصل برائت استناد کرد بلکه مرجع در اینجا اصالة الاحتیاط است.

به نظر می‌رسد که حدیث شریف ارتباط چندانی با مسأله مورد نظر ندارد و این

۲۷- الفقیه جلد ۴، ص ۱۲، حدیث ۱۰ - وسائل الشیعه جلد ۲۰، باب ۴ از ابواب نکاح محرم، حدیث ۲.

۲۸- وسائل الشیعه جلد ۲۰، باب ۱۵۷ از ابواب مقدمات نکاح حدیث ۱.

حدیث را در مقاله مستقلی در فصلنامه دیدگاههای حقوقی نشریه دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری شماره پنجم و ششم سال دوم - بهار و تابستان ۷۶، آورده‌ام و در آنجا نظریه خود را به طور تفصیل ارائه داده‌ام طالبین به آن مراجعه کنند. از آنچه گفته شد این نتیجه به دست آمد که تلقیح صناعی از حیث ادله (کتاب و سنت) مانعی ندارد و بعضی از دانشمندان مفاسدی بر آن ذکر کرده‌اند که آنها یا جزء مفاسد نیستند و یا قابل دفع هستند بنابراین نظریه تلقیح صناعی رابطه نامشروع نیست و کودکان ناشی از آن نامشروع محسوب نمی‌شوند.

انتقال جنین

یکی از راههایی که موجب تکون کودک می‌شود: انتقال جنین است در اینجا یک سؤال مطرح می‌شود و آن اینکه آیا انتقال جنین از مصادیق قسم اول (رابطه مشروع) است یا از قسم دوم (رابطه نامشروع) محسوب می‌شود؟ و بچه‌ای که به وجود می‌آید کودک مشروع است یا نامشروع؟ انتقال جنین در ۴ مرحله انجام می‌گیرد:

۱- گرفتن تخمک: توسط سوزنی مخصوص از طریق واژن و دهانه رحم به گرفتن تخمکها اقدام می‌شود تخمکها را در خارج از بدن در محیط‌های مخصوص کشت قرار داده و آنها را در داخل فضای مخصوص (یک نوع یخچال) قرار می‌دهند.

۲- گرفتن اسپرم از مرد: این عمل به طرق گوناگون انجام می‌شود بعضی از روشها حرام (استمناء) و بعضی دیگر مجاز است مانند:

آنکه شوهر در اثر تماس با همسر خود تحریک شده بندین وسیله نمونه اسپرم را گرفته و در لوله‌های مخصوص می‌ریزند.

۳- پس از تهیه اسپرم آن را با تخمک مخلوط می‌کنند و این عمل نیز با راههای متعدد انجام می‌گیرد.

۴- بعد از این مراحل در صورت موفق بودن عمل، تخمک، لقاح یافته و جنین تشکیل می‌شود در مرحله ۶ تا ۸ سلولی جنین‌ها داخل لوله مخصوصی (لوله انتقال دهنده). جمع شده سپس از طریق واژن و دهانه رحم به داخل رحم انتقال می‌یابند.

انقسام انتقال جنین

قسم اول. در این قسم، ترکیب به دست آمده از اسپرم و تخمک، از زن و شوهر است که آن را به رحم صاحب تخمک انتقال می‌دهند زیرا به سبب ضعف یکی از آنها یا هر دوی آنها تشکیل جنین از راه آمیزش معمولی ممکن نبوده و از راه انتقال شده‌است، این نوع رابطه مشروع بوده و هیچ اشکالی در جواز آن وجود ندارد.

قسم دوم. از تخمک و اسپرم زن و شوهر تشکیل جنین داده به رحم زن نازا انتقال می‌دهند در این قسم از جهت حکم تکلیفی و اینکه آیا انتقال جنین به یک زن نامحرم جایز است یا نه اختلاف نظر وجود دارد.

به نظر می‌رسد که این کار نیز مشکل شرعی ندارد و ادله‌ای از کتاب و سنت که در تلقیح صناعی به آنها استناد شده است در اینجا نیز مورد ندارند؛ بنابراین قسم دوم نیز از روابط مشروع بوده و کودک متولد از آن از کودکان مشروع خواهد بود.

قسم سوم. انتقال جنین به رحم اجاره‌ای، یعنی گرفتن اسپرم و تخمک از زن و شوهر و ترکیب آنها در خارج و کاشتن آن در رحم اجاره‌ای این قسم از انتقال جنین نیز مشکل شرعی ندارد و ادله‌ای که برای اثبات حرمت بر آنها استناد شده‌است هیچگونه دلالتی بر منع ندارند چنانکه در تلقیح صناعی به طور مشروع بیان شد؛ بنابراین کودکی که در اثر این انتقال به وجود می‌آید از کودکان مشروع محسوب می‌شود. از جهت اجاره دادن رحم نیز اشکال شرعی بر آن متوجه نخواهد بود.

از آنچه تاکنون گفته شد نتایج زیر به دست آمد:

۱- کودکان نامشروع در اثر روابط نامشروع به وجود می‌آیند. ۲- آنچه مسلم است روابط نامشروع که از آن کودک متکون می‌شود بر دو قسم است: زنا و تماس زن و مرد نامحرم که در اثر آن، زن حامله شود و کودکی به دنیا بیاید مانند تفخیز ۳- کودکانی که از راه تلقیح صناعی و یا انتقال جنین به وجود می‌آیند کودکان نامشروع نیستند. نگارنده احکام فقهی و حقوقی آنها را در یک مقاله جداگانه ارائه شده در نخستین همایش باروری و ناباروری در دانشگاه تهران بررسی کرده‌است.

در این مقاله به بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع که متولد از زنا و تفخیز و مانند آن می‌باشند می‌پردازیم و آنها در دو قسمت ارائه می‌شود:

قسمت اول - کودک متولد از زنا

احکام کودک متولد از زنا در دو مرحله بررسی می‌شود: حقوق خصوصی، حقوق جزا

مرحله اول - حقوق خصوصی

احکامی در این مرحله مورد بررسی است که ذیلاً به آنها اشاره می‌شود:

۱- نسب کودک ناشی از زنا

در باره ولد الزنا دو نظریه وجود دارد: ۱- ولد الزنا به زانی و زائیه ملحق می‌شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است.^{۲۹} و در بقیه، احکام نسب بین آنها محفوظ است؛

برای مثال: اگر مردی با زنی زنا کند و از او پسری متولد شود و سپس با آن ازدواج نماید پسر دیگری با نکاح صحیح از او متولد شود پسر بزرگتر چون ناشی از زناست حیوه به او نمی‌رسد ولی قضای نمازهای فوت شده پدر بر او واجب می‌شود زیرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی او محسوب می‌شود.^{۳۰}

۲- به هیچیک از زانی و زاینه ملحق نمی‌شود تنها ازدواج زانی یا زاینه در لسان فقها با او استثنا شده است یعنی با اینکه ولد الزنا نسبت شرعی با زانی و زاینه ندارد ازدواج آنها با یکدیگر ممنوع اعلام شده است و برای اثبات آن به اجماع و صدق ولد از حیث لغت استثنا شده است محقق «قده» در شرایع می‌فرماید: «لأنه مخلوق من مائه فهو سَمَى وَلِدَالْغَةِ».^{۳۱}

این نظریه از شهرت فتوایی برخوردار است بلکه صاحب جواهر (قده) مسأله را اجماعی و ضروری می‌داند.^{۳۲} و به حدیث شریف فراش نیز استناد شده است.

شایان ذکر است همه کسانی که بر این نظریه قائل شده‌اند و ولد الزنا را به زانی و زاینه ملحق نمی‌دانند ازدواج را استثنا کرده و گفته‌اند: ولد الزنا از حیث لغت منسوب به زانی و زاینه است و کسی حق ندارد با فرزند خود ازدواج کند و این دلیلی غیر از آیه شریفه حرمت علیکم... وبناتکم^{۳۳} ندارد و همچنین ولد الزنا اگر پسر باشد با زاینه حق

۲۹- وسائل الشیعة جلد ۲۶، باب ۸، از ابواب میراث ولد الملائعنه و ما اشبهه.

۳۰- القواعد الفقهیه جلد ۴، ص ۴۴، تالیف علامه بجنوردی.

۳۱- شرایع جلد ۲ ص ۵۰۷

۳۲- جواهر الکلام جلد ۱۰، ص ۴۹۴.

۳۳- سوره نساء آیه ۲۳

از دواج ندارد و دلیلش: حرمت علیکم امهاتکم^{۳۴} می‌باشد.

در اینجا سؤال این است اگر ولد الزنا بر حسب لغت به زانی ملحق می‌شود «لأنه مخلوق من مائه» چه دلیلی وجود دارد که او بر حسب شرع نسب نداشته باشد و بر زانی ملحق نشود؟ آیا می‌توان ادعا کرد که واژه ولد از معنای لغوی خود نقل شده و در لسان شرع در یک معنای دیگر وضع گردیده است؟ به عبارت دیگر ولد حقیقت شرعیّه دارد؟ پاسخ این سؤال یقیناً منفی است یعنی ولد الزنا همچنان ولد است لغة و شرعاً و عرفاً؛ زیرا اصل عدم نقل در الفاظ و عدم ثبوت حقیقت شرعیّه مخصوصاً در ولد، ایجاب می‌کند که نسب در زنا نیز ثابت شود. آیا می‌توان گفت: که زانی و زاینه در اثر جنایت بچه‌ای به دنیا بیاورند و مجاز باشند او را رها کرده و هیچگونه مسؤولیتی در برابر آن نداشته باشند؟ نفقه‌اش، حضانت و نگهداریش و تعلیم و تربیتش به عهده دیگران یا بیت‌المال باشد؟

بنابراین حق با کسانی است که نظریه اول را انتخاب کرده و تنها ارث را استثنا نموده‌اند؛ از تعبیر فقها نیز چنین مستفاد می‌شود.

شیخ در کتاب النهایه می‌گوید: «ولا ترثه ابواه»^{۳۵}

شهید در لمعه می‌نویسد: «وللد الزنا يرثه ولده و زوجته لابواه»^{۳۶}

در مستند الشیعه آمده است: «وللد الزنا لا يرث من والده الزانی و لامن»^{۳۷}

در منهاج الصالحین می‌گوید: ولد الزنا لا يرثه ابوه الزانی و لا من یتقرّب به»^{۳۸}

امام «قدّه» در تحریر الوسیله می‌فرماید: «الرابع (من موانع الارث) التولّد من الزنا»^{۳۹} مانع بودن زنا از ارث به این معنی است که در ولد الزنا مقتضی توارث (نسب) وجود دارد، ولی زنا مانع از تأثیر آن است چنانکه در قتل و کفر چنین است؛ یعنی در قاتل و کافر نسب موجود است، ولی قتل و کفر مانع از ارث است در عبارات فوق نیز زانی و زاینه پدر و مادر فرض شده و تنها توارث از آنها نفی شده است.

۳۴- همان

۳۵- النهایه، ص ۶۸۱

۳۶- اللّمة ادمشقیة، ص ۲۳۸، کتاب ارث.

۳۷- جلد ۲، ص ۷۶۳.

۳۸- جلد ۲، ص ۳۷۸

۳۹- جلد ۲، ص ۳۶۹.

کسانی که در ولد الزنا نسب شرعی قائل نیستند و می‌گویند «ولایثبت النسب مع الزنا» به أدله ذیل استناد می‌کنند:

۱- اجماع فقهای امامیه، صاحب جواهر (قده) به اجماع محصل و منقول استناد می‌کند. بدیهی است که اجماع محصل صاحب جواهر نسبت به ما اجماع منقول است؛ بنابراین، ما اجماع محصل نداریم.

اجماعی که در این مورد ادعا شده است از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً چنین اجماعی اجماع مصطلح نیست، زیرا مدرک اجماع کنندگان معلوم یا لا اقل محتمل است و آن حدیث شریف فراش است. اعتبار این اجماع به اندازه اعتبار حدیث فراش است و دلالت آن نیز خالی از اشکال نیست چنانکه خواهد آمد.

ثانیاً، اجماع خواه محصل باشد و خواه منقول هنگامی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد. وگرنه خود اجماع قطع نظر از کاشفیت اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما مشکل بلکه غیر ممکن است، چنانکه در اصول ثابت شده است. ثالثاً، فقهای امامیه بلکه فقهای اهل سنت و جماعت بر عدم توارث اجماع کرده‌اند از کلماتشان نفی نسب استفاده نمی‌شود گرچه بعضی از آنها بعد از نفی توارث نسب را نیز نفی کرده‌اند،^{۴۰} و لکن نمی‌توان گفت همه کسانی که توارث را نفی کرده‌اند نسب را نیز نفی کرده‌اند.

۲- حدیث شریف «الولد للفراش و للعاهر الحجر»^{۴۱} این حدیث از حیث سند مشکلی ندارد میان همه فرق مسلمین به صحت و تواتر معروف و شناخته شده است ولی از جهت دلالت می‌توان آن را مورد مناقشه قرار داد؛ زیرا حدیث در مواردی کاربرد دارد که کودک مردد باشد بین دو نفر که یکی فراش و دیگری زناست. در این صورت که ممکن است ولد به هر یک از آنها ملحق شود، با این حدیث جانب فراش تقویت می‌شود و ولد به صاحب فراش ملحق می‌گردد. اما در مواردی که فراش وجود ندارد مانند زنا با زن بیوه یا با زنی که شوهرش از او دور است و ولد بر او ملحق نمی‌شود یا فاصله ولادت با نزدیکی صاحب فراش (شوهر کمتر) از ۶ ماه است، نمی‌توان گفت «الولد للفراش» ایجاب می‌کند که ولد به فراش ملحق شود.

۴۰- شرح لمعه جلد ۸، ص ۲۱۲.

۴۱- وسائل الشیعه جلد ۲۶، باب ۸، از ابواب میراث ولد الملاعنه، حدیث ۱.

محقق خوئی (قده) در این خصوص می‌فرماید: «و اما ماورد من ان الولد للفراش و للعاهر الحجر فهو حکم ظاهری فی مقام تردد الولد بین کونه ولدالمن یجوز له نکاح المرأة و کونه ولدا للزانی و لیس فی مقام بیان حکم واقعی».^{۴۲}

یعنی حدیث فراش در موارد مشکوک که جریان دارد در جاهایی که معلوم نباشد کودک از چه کسی به وجود آمده است؟ زانی یا صاحب فراش، در مقام بیان حکم واقعی نیست.

از گفته‌های گذشته این نتیجه به دست آمد که اولاً، ولد حقیقت شرعیّه ندارد، بلکه هر چه از عرف و لغت دربارهٔ ولد فهمیده می‌شود در لسان شرع نیز همان مراد است و در صورت شک جریان دو اصل معتبر یعنی اصله عدم النقل در الفاظ و عدم ثبوت حقیقت شرعیّه، بلاشکال است.

ثانیاً، شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و در هیچ نصی نیامده است که ولد الزنا ولد نیست و یا پدر شرعی ندارد و نفی توارث نیز دلالت به نفی نسب نمی‌کند؛ پس همهٔ احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود.

در اینجا لازم است رای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در خصوص کودک نامشروع ذکر شود:

رای شمارهٔ ۶۱۷ - ۱۳۷۶/۴/۳ - رای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور بموجب بند الف مادهٔ یک قانون ثبت احوال مصوب سال ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطهٔ مشروع و نامشروع تفاوتی قائل نشده است.

و تبصرهٔ مادهٔ ۱۶ و مادهٔ ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که از دواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد یا اینکه ابوین طفل نامعلوم باشد تعیین تکلف کرده است، لکن در مواردی که طفل ناشی از زنا باشد و زانی اقدام به اخذ شناسنامه ننماید با استفاده از عمومات و اطلاق مواد یاد شده و مسألهٔ ۳ و ۴۷ از موازین قضائی از دیدگاه حضرت امام خمینی «رضوان الله تعالی علیه» زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجهٔ کلیهٔ تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهدهٔ وی می‌باشد و حسب مادهٔ ۸۴۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث

۴۲- احکام الرضاع فی فقه الشیعة از مباحث فقهی محقق خوئی (قده) تألیف علامه ابروانی و علامه سید مهدی

بین آنها منتفی است و لذا رأی شعبه سی‌ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد به نظر اکثریت اعضاء هیئت عمومی دیوان عالی کشور موّجه و منطبق موازین شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد.

این رأی باستناد ماده‌ی واحد قانون مربوط به وحدت رویه قضائی مصوب تیر ماه سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است. (به نقل از مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶ ص ۴۸۷، رأی شماره ۶۱۷، ۱۳۷۶/۴/۳).

با تصویب این رأی، کودک متولد از زنا بر حسب عرف فرزند زانی محسوب و کلیه احکام ولد غیر از توارث بر این کودک ثابت می‌شود. البته اگر نسبت تنها عرفی باشد و شرعاً ثابت نشود که زانی پدر شرعی ولدالزناست غیر از توارث بعضی از احکام دیگر نیز منتفی خواهد بود.

برای مثال: اگر نسب شرعی ثابت نشود کودک نامشروع در حال صغر در حکم اسلام نمی‌شود و احکام اسلام نیز بر او مترتب نمی‌گردد در مباحث آینده در بحث بررسی حقوق جزا به بعضی از آنها اشاره خواهیم کرد. نتیجه مباحث قبلی این شد: نسب با نکاح صحیح و با وطی به شبهه هر چند با محارم باشد و باز نانیز ثابت می‌شود همانطور که در نسب صحیح شرایطی لازم است تا کودک به پدر مشروع خود ملحق شود در نسب فاسد (زنا) نیز این شرایط ضرورت دارد، بنابراین مباحث کودک ناشی از زنا در دو مبحث بررسی می‌شود: اثبات نسب ناشی از زنا، آثار و احکام نسب ناشی از زنا.

مبحث اوّل - اثبات نسب پدری ولدالزنا

گاهی اتفاق می‌افتد که انتساب طفل به زانی مورد اختلاف قرار گیرد و شخص زانی آن را انکار یا ادّعا نماید در مورد اختلاف با چه شرایطی می‌توان نسب طفل را به زانی اثبات کرد؟

قبل از بیان شرایط اثبات نسب پدری لازم است موارد اختلاف بررسی شود و آنها به قرار ذیل است:

۱- زانی با صاحب فرارش اختلاف داشته باشند؛ در صورتی که شرایط الحاق در هر یک از آنها وجود داشته باشد، ولد به صاحب فرارش (شوهر) ملحق می‌شود و دلیل آن

حدیث معروف «الولد للفراش و للعاهر الحجر» است هر چند ولد به ظاهر و قیافه شبیه زانی باشد.

۲- اختلاف زانی با کسی که وطی به شبهه کرده و هر یک از آنها ولد را ملحق به خود می‌دانند، در این قسم نیز شرایط الحاق، که در آینده به آنها اشاره خواهد شد، در هر دو وجود دارد. از کلمات بعضی از فقها مستفاد می‌شود که وطی به شبهه فراش و ولد به حکم «الولد للفراش» به او ملحق می‌شود.

این نظریه از کلمات بعضی از فقها، استظهار می‌شود چنانکه صاحب حدائق می‌گوید: اگر شوهر با زن خود نزدیکی کند و وطی به شبهه نیز با آن زن اتفاق بیافتد و کودکی متولد شود که شرایط الحاق را به هر دو داشته باشد در اینجا راه حل منحصر به قرعه است؛ چون زن نسبت به هر دو فراش است^{۴۳}

چنانکه ملاحظه می‌شود در نظر صاحب حدائق مرد اجنبی صاحب فراش شناخته شده است. در مسأله مورد نظر نیز بنابراین نظریه ولد به اوطی به شبهه ملحق می‌شود به حکم الولد للفراش مرد زانی مطرود و مردود می‌گردد.

در حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی نیز آمده است: «فرع ۲- هر گاه با زنی که وطی به شبهه شده است و اوطی مزبور یا شخص دیگری نیز زنا کرده باشد و بتوان با احتساب مدت حمل، طفل متولد از زن مزبور را ناشی از هر یک از دو عمل زنا و شبهه دانست، بدستور قاعده فراش مذکور در ماده «۱۱۵۸» ق.م طفل متولد از شبهه می‌گردد، مگر آنکه خلاف آن ثابت شود، زیرا بصرف احتمال تولد طفل از زنا نمی‌توان از جریان اماره فراش جلوگیری نمود همچنانکه احتمال مزبور مانع از جریان اماره فراش در طفل متولد از نکاح صحیح نمی‌گردد.»^{۴۴}

به نظر می‌رسد که مرد اجنبی فراش نیست، بلکه فراش اختصاص به شوهر دارد و یا هر یک از زن و شوهر فراش یکدیگرند برای اثبات این نظریه به کلمات کارشناسان فن توجه فرمائید:

۱- در لسان العرب در ماده فراش آمده است: الولد للفراش و للعاهر الحجر معناه أنه لمالک الفراش و هو الزّوج و المولی و هذا من مختصر الکلام کقوله تعالی: و اسأل القرية یرید اهل القرية.

۴۳- حدائق جلد ۲۳، ص ۲۸۲.

۴۴- حقوق مدنی تألیف دکتر سید حسن امامی، جلد ۵، ص ۱۷۶.

از این عبارت فهمیده می‌شود که مراد از فراش در حدیث مالک فراش (زوج) است.
۲- جوهری می‌نویسد: «الفراش و احد الفراش و قد یکنی به عن المرأة». در نظر جوهری نیز مراد از فراش زوجه است.

۳- در تاج العروس آمده است: «ومن المجاز الفراش زوجة الرجل و يقال لامرأة الرجل هی فراشه و ازاره و لحافه و من ذالک قوله صلی الله علیه و آله: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» معناه انه لمالک الفراش و هو الزوج و المولی.

از این عبارت نیز استفاده می‌شود که مراد از فراش زوجه است، لکن بعد از این کلامی دارد دال بر اینکه فراش زوج و زوجه است از ابی عمرو نقل می‌کند که: «الفراش الزوج و الفراش الزوجة».

۴- راغب در مفردات می‌نویسد: «وکنی بالفراش عن کل واحد من الأزوجین فقال النبی صلی الله علیه و آله الوله للفراش». به نظر راغب نیز هر یک از زوج و زوجه فراش یکدیگرند.

۵- در کتاب وافی آمده است: «الولد للفراش ای مالک الفراش و هو الزوج».^{۴۵}

۶- علامه بجنوردی در تعریف فراش می‌نویسد: «و اما الفراش فیهی عبارة عما یفرش لنوم اولغیره و هی هنا کنایة عن الزوج الشرعی باعتبار ان من هو زوج شرعا کان له حق ان ینام معه فیه شرعا و یتمتع منها».^{۴۶}

به نظر علامه بجنوردی هم، فراش زوج است، یعنی او در حقیقت مالک فراش است. نتیجه می‌گیریم که در مسأله مورد نظر هیچکدام از زانی و مشتبه فراش محسوب نمی‌شوند پس بنا بر مبنای مشهور که برای ولد زنا نسب قائل نیستند، ولد بر مشتبه ملحق می‌شود نه به خاطر حدیث الفراش بلکه به خاطر مبنایی که دارند: نسب با شبهه ثابت می‌شود و باز نا ثابت نمی‌شود ولی بنا بر مبنایی که ما اختیار کردیم دعوی با قرعه حل و فصل می‌شود.

۳- در صورتی که دو نفر با یک زن نامحرم مرتکب زنا شوند و از آن زن کودکی متولد شود که مردد بین آن دو نفر باشد، هیچکدام از آن دو مالک فراش نیستند؛ بنا بر مشهور ولد بر آنان ملحق نمی‌شود. اما بنا بر ثبوت نسب بر زانی مورد، مورد قرعه است. «کُل مجهول ففیه القرعة»^{۴۷}

۴۵- جلد ۳، ص ۲۱۴، باب ۲۲۶، از ابواب ولادات.

۴۶- جلد ۴، ص ۲۴

۴۷- وسائل الشیعة جلد ۲۷، باب ۱۳، از ابواب کیفیتة الحکم، حدیث ۱۱.

۴- اگر زانی ولد را از خود نفی کند هر چند شرایط الحاق نیز وجود داشته باشد، بنا بر مبنای مشهور ولد از او نفی می‌شود؛ بلکه نفی ولد از زانی نیازی به نفی زانی ندارد، کودک متولد از زنا بر این مبنی خود به خود از زانی منتفی است.

نفی زانی در بعضی از احکام نتیجه می‌دهد مثلاً، اگر کودک دختر باشد و نفی زانی را معتبر بدانیم این سؤال پیش می‌آید: آیا زانی می‌تواند با این دختر که او را از خود نفی کرده است، ازدواج کند؟ از این نظر که زانی او را از خود نفی کرده است، رابطهٔ خونی و پدر و دختری بین آنان وجود ندارد، پس حرمت سببی نخواهند داشت و اگر مبنای مشهور را بپذیریم و بگوئیم که زنا نیز نشر حرمت می‌کند؛ این دختر یا دختر زانی است و واقعیت با نفی ولد تغییری نمی‌کند و یا ربیبهٔ زانی است یعنی چون زانی با مادر او زنا کرده دختر او در حکم ربیبهٔ اوست و به حکم «و ربائبکم اللّتی فی حجورکم من نساء کم اللّتی دخلتم بهن»^{۴۸} نمی‌تواند با او ازدواج کند.

ولی بنا بر مبنای نسب، کسی که اقرار می‌کند و یا بنیبه قائم است که با زنی زنا کرده است و شرایط الحاق ولد در او جمع است، آیا می‌تواند ولد را از خود نفی کند و خود را از مسؤولیتهایی که در پی دارد برهاند؟

در باب لعان آمده است: در نفی ولد لعان هنگامی مشروع است که زن به عقد دائم در آمده باشد و اما ولد عقد موقت بدون لعان نیز منتفی می‌شود: هر چند اگر علم به انتقاء ولد نداشته باشد جایز نیست ولد را از خود نفی کند. اگر بداند با همسر موقت خود نزدیکی کرده به گونه‌ای که ممکن است از این نزدیکی بچه‌ای متکون شود و یا اقرار به نزدیکی نماید، با وجود این بچه را از خود نفی کند، بچه منتفی نمی‌شود و از او چنین انکاری مسموع نیست مانند زن دائم.^{۴۹}

این عبارت هر چند در خصوص عقد موقت آمده است و مسأله مورد نظر زناست لکن همان ملاک در اینجا نیز هست یعنی گفته می‌شود اگر زانی بداند یا اقرار نماید با زن نامحرم نزدیکی کرده به گونه‌ای که ممکن است از این نزدیکی این بچه به دنیا آمده باشد چگونه می‌تواند آن را از خود نفی کند؟

۴۸- سوره نساء، آیه ۲۳

۴۹- تحریر الوسیله جلد ۲، ص ۳۶۰.

شرایط الحاق ولد به زانی

هیچکس را نمی‌توان به زنا محکوم کرد و هیچ کودکی را نمی‌شود ولد الزنا خواند حتی اگر زنی که شوهر ندارد حامله شود نمی‌توان گفت فرزندی که در شکم دارد از زنا متکون شده است. در مبانی تکملة المنهاج آمده است. زنی که شوهر ندارد اگر حامله شود حدّ بر او جاری نمی‌شود؛ زیرا محتمل است حمل به وسیله‌های دیگر به وجود آمده باشد.^{۵۰}

در تحریر الوسیله می‌فرماید: اگر زنی که شوهر ندارد حامله شود حدّ بر او جاری نمی‌شود مگر اینکه زن چهار بار بر زنا اقرار نماید یا بینه بر آن اقامه شود و کسی حق ندارد از او سؤال و از واقعه تفتیش نماید.^{۵۱} بنابراین، نمی‌توان بچه‌ای را که از یک زن بیوه متولد شده ولد الزنا خواند و همچنین زنی که شوهر دارد اگر با مرد اجنبی زنا کند و حامله شود به این کودک نیز نمی‌توان ولد الزنا گفت، زیرا او تحت شرایطی به پدر خود که صاحب فراش است ملحق می‌شود نه به زانی.

پس الحاق ولد به زانی شرایطی دارد که ذیلاً به آنها اشاره می‌شود:

۱- اثبات زنا و اینکه مادر طفل با یک مرد اجنبی زنا کرده است. مخفی نماند که در اثبات نسب بنا بر بعضی از نظریه‌ها مجرد دخول کافی نیست، بلکه باید با انزال منی توأم باشد چنانکه امام (قده) در تحریر الوسیله در شرایط اثبات نسب می‌فرماید: الدّخول مع الأنزال سپس می‌فرماید: و فی الدّخول بلا انزال اشکال.^{۵۲} و در منهاج الصالحین آمده است: الأول الدّخول مع العلم بالأنزال او احتمالاً او الانزال علی قم الفرج.^{۵۳}

در ولد الزنا هم چنین شرطی لازم است اگر مردی با زنی بیوه زنا کند بدون انزال منی و آن زن بعدها حامله شود بچه به زانی ملحق نمی‌شود و فرزند او به حساب نمی‌آید و نمی‌توان به آن کودک ولد الزنا گفت؛ در نتیجه این زانی هیچگونه مسؤولیتی در قبال آن کودک ندارد و بلکه می‌تواند با آن ازدواج کند اگر زنا نشر حرمت کند.

۲- فاصله زنا با ولادت کمتر از شش ماه نباشد. چون اقل حمل شش ماه است اگر

۵۰- جلد ۱، ص ۱۷۸.

۵۱- جلد ۲، ص ۴۶۰.

۵۲- جلد ۲، ص ۳۰۷.

۵۳- جلد ۲، ص ۲۸۲.

فاصله زنا و تولد کمتر از شش ماه باشد معلوم می‌گردد که نطفه کودک قبل از زنا در رحم زن منعقد شده و ربطی به زانی ندارد؛ البته این شرط در جایی است که طفل به طور کامل به دنیا آمده و مطابق نظریه کارشناسان می‌تواند زندگی استقلالی داشته باشد؛ یعنی سقط نشده باشد و گرنه کمتر از شش ماه سقط جنین مانع الحاق نمی‌شود.

برای مثال، اگر مردی با زنی زنا کند و زن حامله شود و بعد از پنج ماه کودک متولد شود و در اثر ناقص بودن نتواند به زندگی استقلالی ادامه بدهد و بمیرد این کودک از زانی نفی نمی‌شود بلکه به او ملحق می‌گردد.

۳- بیش از اقصای حمل از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد نگذشته باشد و گرنه معلوم می‌شود که نطفه کودک بعد از زنا و از یک نطفه دیگر منعقد شده است. در اقصای حمل بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد مشهور آن رانه ماه دانسته‌اند و عده‌ای مثل شیخ طوسی در کتاب مبسوط و محقق صاحب شرایع آن را ده ماه ذکر کرده‌اند و گروهی دیگر مانند شهید ثانی در مسالک^{۵۴} و امام خمینی (قده) در تحریر الوسیله^{۵۵} و محقق خوئی در منهاج الصالحین آن را یک سال دانسته‌اند^{۵۶} نگارنده بحث مفصلی در این زمینه آورده است (به شماره سه فصلنامه دیدگاههای حقوقی مراجعه شود).

با توجه به شرایط سه گانه فوق که برای تحقق و اثبات ولد الزنا مقرر شد معلوم گردید که بعد از اجتماع آنها عنوان ولد الزنا مصداق پیدا می‌کند و احکامی بر آن مترتب می‌شود که آنها در مبحث آتی بررسی می‌شود.

مبحث دوم - در آثار نسب ناشی از زنا

در این مبحث آثار نسب ناشی از زنا در دو مرحله بررسی می‌شود: ۱- احکام فقهی و حقوقی ۲- احکام حقوق جزا
مرحله اول احکام فقهی و حقوقی مدنی که عبارتند از:

۱- اسلام و ولد الزنا

کودکان در اسلام و کفر تابع پدر و مادر خود هستند بچه مسلمانها محکوم به

۵۴- مسالک الافهام جلد ۲، ص ۴۵۸.

۵۵- ص ۳۰۷.

۵۶- ص ۲۸۲.

اسلامند و فرزندان کفار حکم کفار را دارند؛ اکنون باید دید کودکی که از زنا متولد شده است چه حکمی دارد؟ این سؤال در کودکان کفار نیز مطرح است؛ یعنی اگر مرد کافر با زن کافر زنا کند، فرزندی که نتیجه این زناست چه حکمی دارد؟ به بعضی از فقها نسبت داده شده است که ولد الزنا کافر است حتی اگر به حد بلوغ برسد و اسلام را بپذیرد.

لکن این نظریه ضعیف است و ادله‌ای که به آن‌ها استناد شده است قابل اعتماد نیست.^{۵۷} و اما ولد الزنای غیر بالغ مشهور فقها را عقیده بر این است که چون او نسب ندارد، نه خود مسلمان است، چون بالغ نیست و نه در حکم اسلام است، چون پدر و مادر شرعی ندارد و همچنین کودکی که از آمیزش یک مرد و یک زن کافر به وجود آمده است نه کافر است؛ زیرا به حد بلوغ نرسیده و اسلام را اظهار نکرده است و نه در حکم کفر است؛ زیرا پدر و مادر قانونی ندارد، در نتیجه بچه متکون از زنا به مسلمان است و نه کافر خواه پدر و مادر طبیعی او مسلمان باشند خواه کافر و خواه یکی مسلمان و دیگری کافر، و در حکم اسلام و کفر هم نیست و نه احکام اسلام بر او جاری می‌شود و نه احکام کفر.

ولکن بنا بر مبنایی که ما اختیار کردیم و گفتیم ولد الزنا نسب دارد و تنها از ارث محروم است و در سایر جهات شرعاً و لغة بر زانی و زاینه ملحق می‌شود؛ ولد الزنا نیز مانند سایر کودکان مشروع در حکم اسلام است و ولد الزنایی که نتیجه زنا دو کافر است نیز به پدر و مادر طبیعی خود ملحق است و در حکم کفر می‌باشد.

آثاری که بر این دو مبنی در اینجا مترتب می‌شود بعضی از آنها را در این مرحله و بعضی دیگر را در مرحله بعدی ضمن بررسی احکام حقوق جزا مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱- کودکی که از زنا متولد شده است اگر به سن شش سالگی برسد و بمیرد، آیا نماز میت بر او واجب می‌شود؟ اختلاف نظر وجود دارد: بنا بر مبنای مشهور واجب نیست، زیرا نماز میت بر میتی واجب است که مسلمان و یا در حکم اسلام باشد.^{۵۸} و ولد الزنا بنا بر این مبنا در حکم مسلمان نیست. ولی اگر او را صاحب نسب بدانیم و

۵۷- التفتیح جلد ۲، ص ۷۱ و ۷۲ شرح عروة الوثقی، تألیف مرحوم علامه آقا میرزا علی غروی تقریر مباحث محقق خونی.

۵۸- جواهر الکلام جلد ۴، ص ۴۹۴.

برای او نیز پدر و مادر شرعی قائل بشویم، او نیز مانند کودکان مشروع در حکم مسلمان خواهد بود و آثار اسلام از جمله نماز میت بر جنازه او واجب خواهد بود.

۲- ذبیحه ولدالزنا قبل از بلوغ و اظهار اسلام چه حکمی دارد؟

یکی از شرایط ذبح شرعی این است که ذابح مسلمان و یا در حکم اسلام باشد، در کتاب شرایع آمده است:

«أما الذابح فيشترط فيه الاسلام او حكمة».^{۵۹}

اگر ولدالزنا نسب نداشته باشد در حکم اسلام نیست و ذبیحه او نیز حرام بلکه میته خواهد بود، ولی اگر او را صاحب نسب بدانیم وزانی و زانیه را به او پدر و مادر شرعی به حساب آوریم، ذبیحه او مانند سایر کودکان مشروع حلال خواهد بود.

۳- کودکان کفار و مسلمانان در طهارت و نجاست تابع پدران و مادران خود هستند. سید یزدی (قده) در عروة الوثقی می نویسد: «ولد الکافر یتبعه فی النجاسة»^{۶۰} یعنی بچه کافر در نجاست تابع پدر خود می باشد و سپس می فرماید: در نجاست بچه کافر فرقی میان بچه مشروع و نامشروع نیست و اگر یکی از پدر و مادر مسلمان باشد فرزند تابع مسلمان است مگر اینکه متولد از زنا باشد، بلکه مطلقاً تابع پدر یا مادر مسلمان است.

در این فرع نیز اگر زانی و زانیه پدر و مادر شرعی ولدالزنا باشند در طهارت و نجاست تابع پدران و مادران خود هستند، ولی بنا بر مبنای مشهور فرزندان نامشروع خواه از کافر باشند و خواه از مسلمانان در طهارت و نجاست تابع زانی و زانیه نخواهند بود. مقتضای قاعده در مورد آنان طهارت خواهد بود: یعنی لازمه مبنای مشهور طهارت ولدالزناست خواه متولد از کافر باشد و خواه از مسلمانان در اینجا یک مشکل پیش می آید و آن اینکه کودک مشروع و قانونی در کفار محکوم به نجاست می شود و کودک متولد از زنا به حکم قاعده طهارت، ظاهر خواهد بود، و این بعید است. فروع دیگری نیز در اینجا وجود دارد که بعضی از آنها در بحث حقوق جزا خواهد آمد.

۲- توارث

ولدالزنا از زانی و زانیه ارث نمی‌برد و آنها نیز از ولدالزنا ارث نمی‌برند؛ همچنین اقارب پدر و مادر از این کودک و او از آنها ارث نمی‌برد. در این حکم فرقی میان مبنایها وجود ندارد؛ البته نفی توارث بین ولدالزنا و زانی اجماعی است و مخالفی در این حکم حتی از عامه نیز وجود ندارد؛ در کتاب الفقه الاسلامی و ادلته آمده است: «وکل من ولدالزنا و ولد اللعان لا توارث بینه و بین ابیه و قرابه ابیه بالاجماع»^{۶۱} یعنی میان ولدالزنا و ولدلعان و میان پدر آنها و اقربای پدری‌شان توارث وجود ندارد.

و اما توارث بین او و مادرش و اقربای مادرش در حد اجماع نیست. در این خصوص نیز میان فقهای عامه اتفاق نظر وجود دارد. در کتاب منهاج الصالحین آمده است: «و فی عدم ارث امه الزانیة و من یتقرب بها اشکال»^{۶۲} یعنی حکم به اینکه مادر ولدالزنا و اقربای او از ولدالزنا ارث نمی‌برند، مشکل است. گروهی از فقها از جمله صدوق (قده) به توارث قائلند.

ناگفته نماند که عدم توارث دلیل بر انتفاء نسب نیست، بلکه این دو قابل جمعند، ممکن است. کسی فرزند کسی باشد (شرعاً، لغه و عرفاً) لکن بین آنها توارث نباشد چنانکه در قتل و کفر و رق و نسب وجود ندارد، ولی توارث متفی است.

۳- محرمیت و ازدواج

محرمات، یعنی کسانی که ازدواج با آنها حرام است، سه دسته‌اند: نسبی، رضاعی و قرابت سببی. (قرابت بالمصاهرة) قاعده کلی در قرابت نسبی این است: همه کسانی که با انسان قرابت نسبی دارند بر انسان محرمند و نمی‌شود با آنها ازدواج کرد به جز دختر عموها، دختر عمه‌ها، دختر دایی‌ها و دخترخاله‌ها و آنها هفت گروهند که در آیه شریفه «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم و عماتکم و خالاتکم و بنات الاخ و بنات الاخ، به آنها اشاره شده است»^{۶۳}.

در اینجا سؤال این است که آیا این گروهها بر ولدالزنا نیز حرام است؟ همه فقها

۶۱- جلد ۸، ص ۴۳۱.

۶۲- جلد ۲، ص ۳۷۸.

۶۳- سوره نساء آیه ۲۳.

معتقدند که ولدالزنا نمی‌تواند با اشخاص نامبرده ازدواج کند. از کتب فقهی مستفاد می‌شود که این حکم اجماعی است.^{۶۴}

محقق در شرایع می‌گوید: ازدواج زانی و زانیه با ولد الزنا حرام است؛ «لانه مخلوق من مائه فهو یسمى ولدالغاة»^{۶۵}

نتیجه این استدلال این است در جایی که ازدواج با محرمات نسبی، که از نکاح صحیح متولد شده‌اند. ممنوع باشد ازدواج با اقربای نسبی، که از زنا متولد شده‌اند، نیز ممنوع است؛ بنابراین کودک اگر دختر باشد زانی نمی‌تواند با او ازدواج کند و اگر پسر باشد زانیه که مادر اوست نمی‌تواند با او ازدواج نماید خواهر مادرش خاله او و خواهر پدرش عمه او محسوب می‌شود و به حکم آیه شریفه: «عماتکم و خالاتکم» ازدواج با آنها نیز حرام می‌شود.

بعضی معتقدند که احکام در شرع یا قانون بر دو قسم است: احکامی که مبتنی به رابطه خونی و طبیعی است مانند حرمت نکاح با محارم در این حکم فرق نمی‌کند که نسب صحیح باشد یا فاسد چون در نسب فاسد (مانند زنا) نیز رابطه خونی و طبیعی وجود دارد. احکامی که مبتنی بر نسب و رابطه شرعی است. از این مقدمه نتیجه می‌گیرند که ولدالزنا شرعا و قانوناً ولد نیست ولی به اعتبار طبیعی و خونی ولد محسوب می‌شود و به عبارت دیگر بعضی از احکام بر ولد طبیعی و خونی مترتب می‌شود مانند حرمت ازدواج و بعضی دیگر بر ولد شرعی و قانونی مترتب می‌گردد مانند توارث بنابراین، چون ولدالزنا ولد شرعی و قانونی نیست ارث نمی‌برد و چون ولد طبیعی و خونی است، حرمت ازدواج بر آن ثابت می‌شود.

این تحقیق در مقام ثبوت و تصور قابل توجیه است و لکن در مقام و مرحله اثبات مشکل است؛ زیرا اگر ادله احکام را در نظر بگیرید و آیات شریفه ارث و محرمات نسبی را مورد مطالعه قرار بدهید روشن می‌شود که ولد در همه آیات فوق به یک لسان است و تفکیک بین آنها بدون دلیل است. در حرمت نکاح آیه شریفه می‌فرماید: «حرمت علیکم امهاتکم و بناتکم»^{۶۶} و در آیه ارث می‌فرماید: «یوصیکم الله فی اولاد

۶۴- جواهر الکلام جلد ۱۰، ص ۴۹۵.

۶۵- شرایع الاحکام جلد ۲، ص ۵۰۷.

۶۶- سوره نساء، آیه ۲۳.

کم للذکر مثل حظ الأنثیین»^{۶۷} به چه دلیل مراد از بنات در آیه اول نسب خونی و طبیعی است ولی در آیه ارث نسب شرعی و قانونی است. هرچند دلیل خاص وجود دارد که ولد ناشی از زنا ارث نمی‌برد اما این دلیل نمی‌شود که او شرعاً ولد نیست.

از آنچه گفته شد نتیجه می‌گیریم که مراد از ولد در آیه تحریم نکاح و آیه ارث و آیات دیگر همان معنی لغوی و عرفی و طبیعی است نهایتاً در آیه ارث به وسیله نص خاص ارث از ولد الزنا منع شده است چنانکه قاتل و کافر ورق نیز از ارث محروم شده‌اند.

۲- حضانت و ولایت

حضانت یعنی نگهداری و تربیت اطفال، ولایت یعنی حفظ و اداره اموال آنها؛ حضانت و ولایت از زمان تولد آغاز می‌شود و تا زمان بلوغ و رشد کودک ادامه می‌یابد با این تفاوت که حضانت در پسرها تا دو سال (دوران شیرخوارگی) و در دخترها تا ۷ سالگی تحت شرایطی حق مادران است.

در اینجا سؤال این است که حضانت و ولایت کودک ناشی از زنا به عهده چه کسی است؟ بنابر مبنای مشهور، زانی و زانیه حق حضانت و ولایت بر کودک ناشی از زنا ندارند چون پدر و مادر او محسوب نمی‌شوند.

در حقوق مدنی دکتر امامی آمده است: «حق ولایت پدر و جد پدری و همچنین حق حضانت مادر و پدر چنانکه از مواد مربوطه استنباط می‌شود از آثار نسب قانونی است. و بین پدر و مادر طبیعی و طفل متولد از آنان، رابطه قانونی موجود نیست و طفل متولد از زنا ملحق بزانی نمی‌شود؛ بنابراین پدر و مادر طبیعی حق ولایت و حضانت بر طفل طبیعی خود ندارند، ولی چون طفل احتیاج به نگاهداری دارد و این امر از واجبات کفائی می‌باشد و پدر و مادر که موجب ایجاد طفل مزبور شده‌اند در نگاهداری او اولی از دیگران می‌باشند».^{۶۸}

و اگر بپذیریم که نسب بازنانیز ثابت می‌شود حق حضانت و ولایت در اینجا به عهده پدر و مادر یعنی زانی و زانیه است.

۶۷- سوره نساء آیه ۱۱.

۶۸- حقوق مدنی تألیف دکتر سید حسن امامی جلد ۵ ص ۱۸۲.

سؤال دیگر: اگر زن زانیه شوهر داشته باشد، آیا می‌توان گفت او بر کودک ناشی از زنا حق حضانت دارد هر چند شرعاً و عرفاً و لغة مادر شناخته شود؟ به نظر می‌رسد که در اینجا، هم شوهر زن می‌تواند او را از حضانت منع کند و هم زانی می‌تواند فرزند خود را از او بگیرد و هم می‌توان بر حسب نص و دلیل او را از حق حضانت محروم کرد؛ زیرا در حدیث آمده است «المرأة احق بالولد مالم تتزوج»^{۶۹} اگر مردی زن خود را مطلقه کند و پسر کمتر از دو سال و دختر کمتر از ۸ سال داشته باشد حضانت آنها به عهده زن مطلقه است، ولی اگر این زن بعد از خروج عده با یک مرد دیگر ازدواج نماید حق حضانت از او ساقط می‌شود. به حکم نص و فتوی می‌توان به سقوط حق حضانت از زانیه حکم کرد؛ زیرا این زن از ابتدا زن دیگری بوده و با مرد زانی که پدر کودک است ارتباطی نداشته است اگر ازدواج در اثنا موجب سقوط حق حضانت باشد، ازدواج بدوی و سابق به طریق اولی مسقط خواهد بود. اگر زن زانیه بیوه باشد کودک ناشی از زنا در اختیار او گذاشته می‌شود و حق حضانت بر او محفوظ می‌ماند تا زمانی که با یک مرد دیگر ازدواج کند.

نتیجه بحث این شد که کودک ناشی از زنا اگر پسر باشد حضانت او تا دو سالگی و اگر دختر باشد تا ۷ سالگی حق مادر است و بعد از آن به عهده پدر خواهد بود و حق ولایت نیز از آن پدر یا جد پدری است و فرقی میان کودک ناشی از نکاح صحیح و یا زنا وجود ندارد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۵- نفقه

نفقه کودک ناشی از زنا به عهده چه کسی است؟ و آیا پدر نامشروع بر کودک نامشروع واجب النفقه است؟ در کتاب حقوق مدنی آمده است: طفل متولد از زنا حق نفقه بر اقارب خود ندارد و همچنین اقارب نسبت به او از این حق محرومند، زیرا حق انفاق چنانکه از مواد مربوط استنباط می‌شود از آثار نسب قانونی می‌باشد و طبق ماده ۱۱۶۷ ق.م. و طفل متولد از زنا ملحق بزانی نمی‌شود.^{۷۰}

ولکن بنا بر مبنای دیگر که ولد الزنا به زانی و زانیه ملحق می‌شود ثبوت نفقه بر

۶۹- وسائل الشیعه جلد ۲۱، ب ۸۱ از ابواب احکام الأولاد حدیث ۳.

۷۰- حقوق مدنی، جلد ۵، ص ۱۸۲.

زانی بلاشکال است؛ بنابراین طفل متولد از زنا حق نفقه بر اقارب خود دارد بر پدر و جد پدری واجب است به ترتیب نفقه او را بدهند و همچنین پدر و جد پدری در صورت فقر و نیازشان حق نفقه بر طفل ناشی از زنا را دارند.

کودک ناشی از زنا در سه مرحله حق نفقه بر زانی دارد:

۱- دوران حمل، در دوران حاملگی بر مرد زانی که پدر حمل محسوب می شود واجب است نفقه زن را بپردازد، زیرا در فقه و حقوق اسلامی آمده است: زنی که طلاق او باین است در مدت عدّه استحقاق نفقه از شوهر خود را ندارد مگر اینکه حامل باشد و کتاب و سنت بر این حکم صراحت دارد.

کتاب: «وَأَنْ كُنْ أَوْلَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»^{۷۱} اگر آنان باردار باشند بر آنان نفقه بدهید تا زمانی که وضع حمل کنند.

روایات: در صحیحہ محمد بن قیس آمده است: «وعلیه نفقتها بالمعروف حتی تضع حملها»^{۷۲} مطابق این حدیث نیز نفقه زن در مدت حمل به عهده شوهر است.

قانون مدنی: ماده «۱۱۰۹» ق.م نیز بر این حکم ناظر است: «نفقه مطلقه رجعیه در زمان عدّه بر عهده شوهر است مگر اینکه طلاق در حال نشوز واقع شده باشد، لیکن اگر عدّه از جهت فسخ نکاح یا طلاق باین باشد زن حق نفقه ندارد مگر در صورت حمل از شوهر خود که در این صورت تا زمان وضع حمل حق نفقه خواهد داشت».

از کتاب و سنت استفاده می شود که نفقه دایر مدار حمل است؛ یا برای حمل است و یا به خاطر حمل است، نکاح صحیح، طلاق و فسخ، رجعی و باین مداخلیت ندارد؛ بنابراین در مسأله مورد نظر نیز مناط نفقه که همان حمل است وجود دارد بلکه بعضی از فقها فرموده اند که این نفقه، نفقه حمل است که از راه حامل به او می رسد چنانکه محقق در شرایع می گوید: «هل النفقة للحمل اولأمه؟ قال الشيخ هی للحمل»^{۷۳} صاحب جواهر در شرح عبارت فوق می نویسد: جماعتی از فقها نیز این نظریه را

۷۱- سورة طلاق آية ۶

۷۲- مسائل الشیعه جلد ۲۱ باب ۷ از ابواب نفقات حدیث ۳.

۷۳- جلد ۲ ص ۳۲۰

پذیرفته‌اند، بلکه صاحب حدائق آن را به اکثر فقها نسبت داده است.^{۷۴}

این اختلاف از نظر حقوقی ثمره‌ای ندارد در هر دو صورت پدر باید نفقه حامل را بدهد.

۲- دوران رضاع (شیرخوارگی) به مادر واجب نیست بچه‌ای که از زنا به وجود آمده شیر بدهد همان طور که به مادرانی که از راه نکاح صحیح بچه به دنیا آورده‌اند شیر دادن واجب نیست؛ زیرا شیر نفقه کودک است و نفقه بر عهده پدر است؛ در کودک ناشی از زنا نیز شیر بر عهده پدر است نه مادر. این حکم بنابراین است که ولد زنا نسب دارد و زانی پدر شرعی او به حساب می‌آید ولیکن بنا بر مبنای مشهور چنین نیست؛ یعنی چون زانی پدر نیست پس کودک حق نفقه بر او ندارد.

۳- دوران بعد از رضاع. نفقه کودک بعد از دوران شیرخوارگی نیز بر عهده پدر است و اگر پدر در قید حیات نباشد و یا فقیر باشد باید جَد پدری این مسؤولیت را بر عهده بگیرد و اگر او نیز زنده نباشد و یا فقیر باشد ما در این باره دوش می‌کشیم؛ یعنی بر مادر واجب می‌شود که نفقه کودک را بدهد. این حکم مخالف با مبنای مشهور است بنابراین مبنای کودک ناشی از زنا حق نفقه بر پدر و جَد پدری حتی بر مادر خود نیز ندارد.

۶- احترام و اطاعت از ابویین.

در ماده «۱۱۷۷» ق.م آمده است: «طفل باید مطیع ابویین خود بوده و در هر سنی که باشد باید به آنها احترام کند.»

این حکم از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً، اطاعت از والدین برای هیچ فرزندی واجب نیست خواه به حد بلوغ رسیده باشد و خواه نه؛ اطاعت تنها از خدا و رسول خدا (ص) و اولوالامر واجب است. «اطیعوا الله و اطیعوا الرسول و اولی الامر منکم»^{۷۵}

چگونه واجب می‌شود اطاعت از کسی که اوامر و دستورات او غالباً منشأ صحیح و درستی ندارد، چه بسا انگیزه فرمان او انتفاع و سودجویی خود او بوده و به ضرر فرزند تمام شود چند درصد از پدران و مادران درست فکر می‌کنند و به نفع فرزندان‌شان دستور صادر می‌کنند. آنچه در قرآن مجید در حق پدر و مادر آمده است به

۷۴- جواهر الکلام جلد ۱۱، ص ۲۰۷.

۷۵- سوره نساء، آیه ۵۹.

قرار ذیل است: «و لا تقبل لهما ف و لاتنهرهما و قل لهما قولاً کریماً»^{۷۶} «و قضی ربک الّا تعبد و الّآیّاه و بالوالدین احساناً»^{۷۷} هیچکدام از این آیات بر وجوب اطاعت دلالت ندارد. در کتاب المسائل الشرعیة آمده است: «السؤال ۲۰: هل تجب طاعة الوالدین فی کل شیئی لم ینه الشّارع عنه حتی فی مثل الأمر بطاعة الغیر کمان و یقولُ یا بنی استق اخاک ماء».

«الجواب: لا تجب طاعة الوالدین فی کلّ شیئی و انما الواجب علی الولد هو معاشرتهما بالمعروف»^{۷۸}

ترجمه: آیا اطاعت از پدر و مادر، در چیزهایی که خداوند از آنها نهی نکرده است، واجب است حتی در این مثال که پدر به فرزند خود بگوید: «به برادرت آب بده» پاسخ؛ اطاعت از پدر و مادر در هیچ چیز واجب نیست بلکه تنها چیزی که بر فرزند واجب است این است که با آنها به نیکی و معروف رفتار کند.

و ثانیاً، وجوب و حرمت از کودکان برداشته شده است به حکم حدیث: «رفع القلم عن الصبی حتی یحتلم»^{۷۹} او تکلیفی در مقابل هیچکس ندارد و به عبارت دیگر باید و نباید در حق کودکان مورد ندارد. در مسأله مورد نظر نیز هر چند معتقدیم که زانی و زانیه پدر و مادر کودکان را نااشی از زنا مانند سایر کودکان است تا به حد بلوغ نرسیده است تکلیف ندارد و پدر و مادر وظیفه دارند فرزندان خود را با هر وسیله ممکن تربیت و اصلاح نمایند.

مرحله دوم - احکام حقوق جزا، احکامی در این مرحله مورد بررسی است که ذیلاً به آنها اشاره می شود:

۱- اسقاط جنین ناشی از زنا، آیا زانی یا زانیه و یا هر کس دیگر می توانند حمل ناشی از زنا را اسقاط کنند؟ و در صورت اسقاط: دیه بر جانی واجب است؟ و در صورت وجوب دیه او چقدر است؟ و بالأخره چه کسی از این دیه ارث می برد؟ مباحث این عنوان در سه مرحله بررسی می شود. در این زمینه در فصلنامه

۷۶- سورة اسراء آیه ۲۳.

۷۷- سورة بقره، آیه ۸۳

۷۸- المسائل الشرعیة الجزء الثانی ص ۲۲۱.

۷۹- خصال صدوق (ره)، ص ۹۳ حدیث ۴۰.

دیدگاه‌های حقوقی شماره ۸ سال دوم زمستان ۷۶ به طور مشروح بحث شده است. و نیاز به تکرار نیست.

خلاصه پاسخهای سه گانه به قرار ذیل است: اسقاط جنین ناشی از زنا حرام است؛ در مقدار دیه ولد الزنا و حمل ناشی از زنا اختلاف نظر وجود دارد: بعضی از فقها معتقدند که دیه ولد الزنا ۸۰۰ درهم است ولی مشهور فرقی میان دیه ولد الزنا و ولد حلال نگذاشته و در صورت قبولی اسلام دیه ولد الزنا را مانند دیه ولد حلال دانسته‌اند. و دیه ولد الزنا هر چه باشد به امام می‌رسد و امام وارث من لاوارث له است و در این حکم اتفاق نظر وجود دارد برای توضیح بیشتر به مجله فوق مراجعه شود.

۲- قصاص قاتل ولد الزنا، اگر کسی ولد الزنا را قبل از بلوغ و قبل از اظهار اسلام بکشد، آیا قصاص می‌شود؟ در این مورد اختلاف نظر وجود دارد: بعضی از فقها عقیده دارند که قتل عمد موجب قصاص است و فرقی میان ولد الزنا و حلال زاده نمی‌گذارند و برای اثبات نظریه خود به کتاب و سنت استناد می‌کنند.^{۸۰}

بعضی دیگر معتقدند که در قصاص تساوی در دین شرط است و ولد الزنا چون مسلمان نیست نه ذاتاً و نه حکماً قاتلش که مسلمان است قصاص نمی‌شود. شهید ثانی در کتاب شرح لمعه صراحتاً به این نظریه فتوی داده است. او می‌گوید: ولد الزنا اگر بالغ و عاقل باشد و اظهار اسلام نماید مسلمان محسوب می‌شود و قاتل او قصاص می‌شود، ولی اگر به بلوغ نرسیده باشد و قاتل او مسلمان باشد قصاص ندارد.^{۸۱}

امام «قده» در کتاب تحریر الوسیله می‌فرماید: اگر ولد الزنا اسلام بیاورد، هر چند اسلام او قبل از بلوغ و بعد از رسیدن به حد تمیز باشد قاتل او قصاص می‌شو اما اگر ولد حلال او را قبل از بلوغ و قبل از اظهار اسلام بکشد قصاص او محل اشکال است.^{۸۲}

در اینجا باید قبل از هر چیز مبنی‌ها روشن شود تا معلوم گردد کسانی که قاتل ولد الزنا را قصاص می‌کنند روی چه مبنایی است و کسانی که تردید می‌کنند و یا به عدم قصاص حکم می‌کنند چه مبنایی دارند؟

اگر ولد الزنا به زانی و زانیه ملحق شود، قاتل قصاص می‌شود؛ زیرا که او بنابراین

۸۰- مبانی تکملة المنهاج جلد ۲، ص ۶۵

۸۱- شرح لمعه جلد ۱۰، ص ۶۲

۸۲- تحریر الوسیله جلد ۲، ص ۵۲۰

مبنا در حکم اسلام است. ولی بنابر مبنای مشهور در زمان صغر و عدم اظهار اسلام، نه خود مسلمان است و نه در حکم اسلام، در این صورت اختلاف نظر وجود دارد که آیا قاتل قصاص می شود یا خیر؟ این اختلاف مبتنی بر این است که آیا در قصاص تساوی در دین شرط است یا کفر مانع از قصاص است؟

اگر شرط باشد چنانکه شهید ثانی به آن قائل است قاتل قصاص نمی شود و اگر کفر مانع باشد چون ولد الزنا کافر نیست هر کس او را بکشد کشته می شود.

آنچه از اخبار و احادیث استفاده می شود مانعیت کفر است از جمله در حدیث محمد بن قیس از امام باقر علیه السلام آمده است: «لایقاد مسلم بذمی فی القتل ولا فی الجراحات»^{۸۳}

هیچ مسلمانی در مقابل ذمی قصاص نمی شود نه در قتل و نه در جراحات؛ بنابراین، ولد الزنا اگر محکوم به اسلام نباشد محکوم به کفر هم نیست، پس مقتضی قصاص (یعنی قتل عمدی) موجود است و تنها مانع کفر است که آن هم وجود ندارد. صاحب جواهر و صاحب مبانی این نظریه را پذیرفته اند.^{۸۴} از اینجا معلوم شد که وجه تردد و اشکال در قصاص قاتل و ولد الزنا چیست؟

۳- قصاص زانی. آیا اگر پدر نامشروع (زانی) فرزند نامشروع (ولد الزنا) خود را بکشد قصاص می شود؟

این حکم نیز با اختلاف مبناها اختلاف پیدا می کند، یعنی بنابر مبنای مشهور که ولد زنا را فرزند شرعی زانی نمی دانند، زانی در این فرض قصاص می شود؛ زیرا دلیل: «لایقتل والد بابه او بولده»^{۸۵} شامل این فرض نمی شود چون ابن یا ولد به ولد الزنا صدق نمی کند، ولی بنابر مبنایی که ما اختیار کردیم و کودک ناشی از زنا را همانند فرزندان ناشی از نکاح صحیح دانستیم قاتل قصاص نمی شود چون زانی پدر و ولد الزنا به حساب می آید.

قسمت دوم - هرگاه بین زن و مرد نکاح دائم یا منقطع نباشد و در اثر تفخیز فرزندی از آنان متولد گردد مانند این که دختر و پسر در دوران نامزدی قبل از عقد نکاح در اثر

۸۳- وسائل الشیعة جلد ۲۰، باب ۴۲ از ابواب قصاص النفس

۸۴- جواهر الکلام جلد ۱۵، ص ۹۶ و مبانی تکلمة المنهاج جلد ۲، ص ۶۵

۸۵- وسائل الشیعة جلد ۲۹، باب ۳۲، از ابواب قصاص در نفس، حدیث ۴ و ۶

تماس تفخیزی بچه‌دار شوند، این کودک تحت شرایطی کودک نامشروع محسوب می‌شود، در این قسمت از بحث، احکام فقهی و حقوقی فرزند ناشی از تفخیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

آنچه به طور یقین در این خصوص می‌توان گفت این است که این کودک هر چند نامشروع است و از نکاح صحیح یا شبهه متولد نشده است، ولی نمی‌توان آن را کودک ناشی از زنا به حساب آورد در نتیجه احکام ولد الزنا از جمله عدم توارث در اینجا جاری نمی‌شود.

احکامی که در قسمت اول بررسی شده در این قسمت نیز بدون اشکال جریان دارد. آنچه در این احکام مهم است اثبات نسب است و نسب اینجا بدون اشکال ثابت است؛ زیرا اولاً چنانکه گفته شد این تولد ناشی از زنا نیست. ثانیاً، در زنا نیز نسب ثابت است تا چه رسد به تفخیز و بعد از ثبوت نسب بقیه احکام قهراً مترتب خواهد شد حتی توارث نیز میان آنها ثابت است.

در حقوق مدنی آمده است: «در صورتیکه در اثر تفخیز بین زن و مردیکه میدانند بین آنها رابطه زوجیت موجود نیست طفلی متولد شود: بنظر می‌رسد که طفل مزبور در حکم ولد الزنا محسوب می‌گردد. و از حقوقیکه از نسب قانونی حاصل می‌شود محروم می‌باشد اگر چه احتمال میرود که ولد مزبور در حکم ولد قانونی بشمار آید، زیرا طبق مقررات مواد راجعه بارت اقربای مذکور در ماه «۸۶۲» ق.م.ا.رث می‌برند مگر ولدزنا و عرفاً او ولدزنا نمی‌باشد.^{۸۶}»

گاهی توهم شده است که مسأله مورد نظر هر چند زنا نیست لکن فاقد نسب می‌باشد، زیرا در اثبات نسب مشروع بودن رابطه شرط است و چون در اینجا رابطه مشروع نیست، نسب نیز ثابت نمی‌شود و شاید این توهم از عبارت فقها ناشی شده است که گفته‌اند: نسب با نکاح صحیح و با شبهه ثابت می‌شود. هر چیزی که نکاح و یا شبهه نباشد با آن نسب ثابت نمی‌شود هر چند زنا هم نباشد.

ولی این استدلال سه عیب دارد: اولاً از عبارت فوق حصر استفاده نمی‌شود. ثانیاً اگر هم باشد حصر اضافی است نه حقیقی؛ یعنی نسب نسبت به زنا منحصر در این دو

امر است در میان این سه رابطه نسب تنها با نکاح و یا شبهه ثابت می‌شود و از این استفاده نمی‌شود که نسب با تفخیز یا تلقیح یا انتقال و اهداء جنین ثابت نمی‌شود و ثانیاً مستند این حصر چیست؟ چرا نسب تنها با نکاح و شبهه ثابت می‌شود و با زنا و اسباب دیگر که نام برده شد ثابت نمی‌شود؟ دلیلش یا اجماع است و یا حدیث الفرائض، بارها گفته شد که هیچکدام از اینها دلالت بر انحصار ندارد.

در نتیجه فرزند مزبور در حکم متولد از نکاح خواهد بود و احکام فقهی و حقوقی که در گذشته به آنها اشاره شده بر این کودک نیز ثابت خواهد بود. از قبیل: نسب، توارث، محرمیت، حضانت و ولایت، و نفقه و اطاعت و همچنین احکام حقوق جزا، از قبیل: اسقاط جنین و ثبوت دیه و مقدار آن و حکم قصاص قاتل و حکم قصاص پدر نامشروع برای فرزند نامشروع. و الحمدلله اولاً و آخراً.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی