

## مجله پژوهش‌های اسلامی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

دانشگاه شهید باهنر کرمان

سال دوم، شماره سوم، پاییز ۱۳۸۷

### آثار نسب نامشروع و رأی وحدت رویه مورخ ۱۳۷۶/۴/۳\*

دکتر سیدحسین صفائی

استاد دانشگاه تهران

#### چکیده

ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه مقرر می‌دارد که: «طفل متولد از زنا، ملحق به زانی نمی‌شود.» از ظاهر این ماده چنین بر می‌آید که بین فرزند طبیعی و پدر و مادر زنا کارش رابطه قانونی نسب برقرار نمی‌شود و حقوق و تکالیف ناشی از آن، مانند توارث، ولایت قهری، حضانت و نفقه پدید نمی‌آید. البته یک استثنا در قانون مدنی دیده می‌شود که مربوط به حرمت و منع نکاح است و از این لحاظ تفاوتی بین نسب مشروع و نسب نامشروع نیست. اما در سال ۱۳۷۶ یک رأی وحدت رویه از هیأت عمومی دیوان عالی کشور صادر می‌شود که تحولی بزرگ در حقوق ایران، در ارتباط با آثار نسب نامشروع، پدید می‌آورد. این رأی که به استناد قول غیر مشهور فقهای امامیه و فتوای امام خمینی (ره) صادر شده، برابری حقوق اطفال طبیعی و فرزندان مشروع را می‌پذیرد و تصریح می‌کند به اینکه زانی پدرعرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می‌باشد و صرفاً موضوع توارث حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی بین آنان منتفی است. بنابراین، امروزه در تفسیر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی باید گفت منظور از عدم الحاق ولد زنا به زانی، فقط از لحاظ توارث است و در سایر حقوق و تکالیف تفاوتی بین اطفال مشروع و نامشروع نیست.

#### واژگان کلیدی

نسب نامشروع، فرزند طبیعی، توارث، منع نکاح، اخذ شناسنامه، تساوی حقوق.

\* تاریخ پذیرش: ۸۷/۷/۲۱

\* تاریخ دریافت مقاله: ۸۷/۴/۶

نشانی پست الکترونیک نویسنده: -

### ۱- مقدمه

هرگاه در نتیجه رابطه نامشروع زن و مرد، طفلی به دنیا آید، نسب او ناشی از زنا و نامشروع است و طفل را فرزند طبیعی یا فرزند نامشروع یا ولد زنا گویند. این گونه فرزندان که قربانی هوسبازی و زشتکاری پدر و مادرند، بی گناه و قابل حمایت اند. شک نیست که روابط آزاد زن و مرد بر خلاف اخلاق و سنن اجتماعی و مذهبی و موازین قانونی است و نمی تواند جایگزین روابط ناشی از نکاح شود. توسعه روابط جنسی آزاد مانع تشکیل خانواده مشروع و قانونی است که ارزش آن از لحاظ فردی و اجتماعی بر هیچ کس پوشیده نیست. با وجود این، فرزندان ناشی از روابط آزاد نباید تاوان گناه پدر و مادر طبیعی خود را بدهند و جامعه نباید به جای پدر و مادر، این افراد را مجازات کند؛ بلکه باید در تربیت و رفع محرومیت و اعطای حقوق شایسته به آنان بکوشد.

در برخی کشورها برابری حقوق اطفال مشروع و کودکان نامشروع را شناخته اند؛ ولی گروهی آن را مخالف حمایت از خانواده قانونی و اطفال ناشی از آن و از لحاظ اجتماعی زیان آور می دانند. افزون بر آن، این امر در کشورهای اسلامی با فرهنگ و اعتقادات و سنت های مذهبی سازگار نیست. در عین حال، کوشش در راه کم کردن تفاوت و حمایت حقوقی از فرزندان نامشروع مطلوب با گرایش های جدید و اصول حقوق بشر هماهنگ است و این کاری است که در کشور ما با رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۱۳۶۷ صورت گرفته است. در این مقاله نخست از فتاوی فقهای امامیه درباره آثار نسب نامشروع سخن می گوئیم و سپس، به تشریح ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی و رأی وحدت رویه که تحولی در حقوق ایران ایجاد کرده است، می پردازیم.

### نظر فقهای امامیه درباره آثار نسب نامشروع

#### ۱-۲- قول مشهور

قول مشهور فقهای امامیه این است که طفل نامشروع و به تعبیر دقیقتر، طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی شود و آثار نسب بین این گونه اطفال و پدر و مادر طبیعی آنان، از قبیل نفقه، ارث، ولایت قهری و حضانت، به استثنای محرمیت و منع نکاح، پدید نمی آید. صاحب جواهر در مورد عدم ثبوت نسب با زنا ادعای اجماع کرده و حتی ادعای ضروری بودن آن را ممکن دانسته و آن را بر آمده از نصوص یا تواتر آنها در این خصوص تلقی نموده و سپس، ضمن نقل عبارت شرایع چنین گفته است: «پس اگر زنا کند و از آب (اسپرم) او فرزندی به یقین آفریده شود، طفل شرعا منسوب به او به گونه ای که احکام نسب بر آن بار شود، نخواهد بود. همچنین، به مادر (زانیه) ملحق نمی شود.»<sup>۱</sup> این نکته از مسالک شهید ثانی نیز قابل استنباط است. در ضمن شهید تصریح می کند به اینکه تجدد فراش، یعنی ازدواج زن و مرد بعد از انعقاد نطفه، موجب الحاق طفل به زانی نخواهد بود.<sup>۲</sup>

اما در مورد محرمیت و منع نکاح، صاحب جواهر با نقل عبارت شرایع تصریح می‌کند به اینکه زانی نمی‌تواند با دختر و زانیه با پسر خود ازدواج کند، زیرا طفل مخلوق اسپرم مرد و تخمک زن است و انسان نمی‌تواند با فرزند خود ازدواج کند؛ به علاوه عنوان «ولد» بر حسب لغت در این جا صادق است و اصل عدم نقل از معنی لغوی است... حتی در مسالک آمده است که تحریم اجماعی است.<sup>۳</sup>

در نقد ادعای اجماع بر عدم ثبوت نسب فرزند نامشروع باید گفت این اجماع از سوی عده‌ای از فقها از جمله محقق ثانی و شهید ثانی مورد انکار واقع شده (جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۱۹۰؛ مسالک، ج ۷، ص ۲۲۱، به نقل از رساله دکتری سید علی علوی قزوینی، ص ۱۵۶). عده‌ای از فقهای معاصر نیز، چنانکه خواهیم گفت، بر خلاف آن فتوی داده‌اند و بر فرض اینکه اجماعی وجود داشته باشد، به احتمال قوی مستند به روایاتی است که در این خصوص وارد شده و به دیگر سخن، اجماع مدرکی است که فقها آن را حجّت نمی‌دانند.

اما احادیث و اخباری که در تأیید قول مشهور به آنها استناد شده، نیز قابل بحث و ایراد است: برخی از روایات ناظر به ارث است که در محرومیت فرزند نامشروع از آن اختلافی نیست. برخی روایات هم از لحاظ دلالت بر قول مشهور قابل خدشه است. مثلاً به حدیث نبوی: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» (فرزند متعلق به شوهر زن و برای زنا کار سنگ است) نیز استناد کرده‌اند و حال آنکه این حدیث ناظر به موردی است که فراش (رابطه نکاح) وجود داشته و در تکون طفل از نطفه شوهر تردید باشد، لیکن موردی که پدید آمدن طفل از زنا مسلم باشد، خارج از شمول حدیث است. به دیگر سخن، حدیث بر الحاق طفل به شوهر زن در صورتی که تکون او از زنا و رابطه نامشروع محقق باشد، دلالت ندارد (دکتر سید علی علوی قزوینی، نسب ناشی از لقاح خارج رحم و آثار حقوقی آن، رساله دکتری، ۱۳۶۸، ص ۱۵۷).

## ۲-۲- نظریه الحاق فرزند نامشروع به زانی

نظریه دیگری که در فقه، به ویژه در میان فقهای معاصر دیده می‌شود و مخالف قول مشهور می‌باشد، آن است که طفل ناشی از زنا مانند طفل مشروع ملحق به زانی و زانیه است و آثار نسب به جز توارث بین او و پدر و مادر طبیعی اش وجود دارد و این طفل از کلیه حقوق ناشی از نسب به استثنای ارث برخوردار است.

امام خمینی (ره) معتقد به این نظر بوده است. به این مطلب در تحریر الوسیله (ج ۲، ص ۲۶۴) اشاره شده، ولی چون عبارت از وضوح کافی برخوردار نبوده، از ایشان سؤال می‌شود: «آیا با توجه به مسأله ۲ صفحه ۲۶۴ از جلد ۲ تحریر الوسیله که در آن آمده است

«و الاحكام المترتبة على النسب الثابتة في الشرع وغيره و ان اختصت بالاول لكن الظاهر...» نظر مبارک این است که نفقه متولد از زنا و نیز حفظ و نگهداری او بر زانی واجب نیست؟<sup>۱</sup> ایشان در جواب می فرمایند: «منظور این نیست و متولد از زنا در نفقه و حضانت حکم سایر اولاد را دارد.» (کریمی، ۱۳۶۵، ص ۱۴۹).

همچنین، در بخش استفتائات دادگاه های مدنی خاص از امام خمینی (ره) چنین آمده است: «ولد الزنا در صورتی که به زانی ملحق نمی شود، نفقه او را چه کسی باید پردازد؟» امام (ره) در پاسخ فرموده اند: «نفقه او بر پدر است» (همان کتاب، ص ۱۳۷).

مماقانی صاحب مناهج المتقین نیز می گوید که دلیلی بر عدم ثبوت نسب به علت زنا نیافته است و اقوی برابری ولد الزنا و حلال زاده در همه احکام نسب است به استثنای ارث که به علت نص خاص، بین زنا زاده و خویشان او توارث نیست. اما در غیر آن، اطلاق ادله و صدق پسر و برادر و مانند آن در لغت و عرف اقتضا می کند که احکام نسب در مورد ولد الزنا جاری گردد.<sup>۲</sup>

آیت الله العظمی سیدمحمد حسن بجنوردی در کتاب ارزشمند «القواعد الفقهیه» (ج ۴، چاپ ۱۳۸۲، ص ۴۸) و نیز آیت الله العظمی سیدابولقاسم خوئی نیز این نظر را پذیرفته اند. (التنقیح فی شرح العروة الوثقی، ج ۳، ص ۷۰).

همچنین، آیت الله العظمی فاضل لنکرانی در پاسخ به سؤالی، چنین گفته اند: "آنچه که مورد اتفاق است، این است که بین ولد زنا و زانی و اقارب زانی توارثی نیست. اما نسبت به زانیه و اقارب او مسأله محل خلاف است و احوط تصالح می باشد. «بلی ظاهر این است که بین اولاد ولد زنا و زانی نسب وجود دارد و لذا از جهت نکاح، ظاهر این است که موضوع حرمت نکاح اعم از نسب شرعی و غیر شرعی است. خلاصه ولد زنا متکون از زانی و زانیه است و لغتا و عرفا ولد بر او صدق می کند. لذا مزاجت بین آنان حرام می باشد و نیز بین ولد زنا و فرزندان زانی و زانیه احکام اخوت صدق می کند...» (جامع المسائل، استفتائات، چاپ یازدهم، ص ۴۱۳).

به هر حال، از فتوای مذکور که خلاف قول مشهور فقهای امامیه است، بر می آید که جز در مورد توارث از لحاظ نسب و آثار آن تفاوتی بین فرزند نامشروع و فرزند مشروع نیست و کلیه آثار نسب مانند نفقه، ولایت قهری، حضانت و حرمت نکاح، به استثنای ارث، بر نسب ناشی از زنا مترتب است؛ زیرا دلیل کافی بر عدم الحاق و انتساب طفل به زانی وجود ندارد؛ وانگهی، عنوان ولد بر حسب لغت و عرف بر طفل طبیعی یا به تعبیر فقها، ولد الزنا صادق است. در مورد زانیه، هر چند برخی از فقها قایل به توارث شده یا احتیاط کرده اند، ولی قول مشهور بر عدم تفاوت بین زانی و زانیه در نسب و توارث است (بجنوردی، القواعد الفقهیه، جلد ۴، ص ۴۸).

### ۳- قانون مدنی و تحول ناشی از رأی وحدت رویه

#### ۳-۱- ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی

ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی به تبعیت از قول مشهور فقهای امامیه چنین مقرر داشته است: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود.» از ظاهر این ماده چنین بر می آید که طفل نامشروع منتسب به زانی نیست، یعنی رابطه نسب بین آنان برقرار نمی شود و آثار نسب بر این رابطه طبیعی مترتب نمی گردد. استادان حقوق قبل از صدور رأی وحدت رویه ۱۳۶۷ در تفسیر ماده ۱۱۶۷ همین نظر را داشتند. با وجود این، در راه اجرای عدالت و انصاف و برای حمایت از اطفال نامشروع و در جهت تعدیل ماده مذکور به نهادهای دیگر حقوقی متوسل می شدند و راههایی را پیشنهاد می کردند:

بعضی از استادان حقوق چنین اظهار نظر می کردند که جامعه مکلف به تربیت و نگاهداری از اطفال نامشروع است و دادستان مکلف است شخصی را به عنوان قیم برای سرپرستی آنان به دادگاه پیشنهاد نماید که این قیم می تواند پدر یا مادر طبیعی باشد؛ به علاوه، دادگاه می تواند از باب مسئولیت مدنی و به عنوان جبران خسارت، پدر و مادر را به نگاهداری طفل ملزم کند؛ زیرا از ماده ۱۰ قانون مسئولیت مدنی بر می آید که جبران خسارت منحصر به دادن مالی به زیان دیده نیست، بلکه تعیین نحوه جبران خسارت با دادگاه است. همچنین، اظهار نظر شده بود که دادگاه می تواند از باب تسبیب و مسئولیت مدنی، پدر و مادر طبیعی را ملزم به دادن مخارج طفل نماید (دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، ۱۳۳۹، ص ۱۸۲ و ۱۸۳).

برخی دیگر از استادان حقوق با نقد نظریه تسبیب و مسئولیت مدنی، نظریه دیگری را مطرح می کردند که عبارت بود از الزام پدر به اجرای تعهد طبیعی خود مبنی بر پرداخت هزینه زندگی فرزند نامشروع که پدر به طور ضمنی ملتزم به آن شده است (دکتر کاتوزیان، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ دوم ۱۳۶۷، ص ۳۳۹ به بعد). ولی این نظر با توجه به اینکه تعهد طبیعی اصولاً ضمانت اجرای قضایی ندارد و متعهدله نمی تواند قانوناً آن را مطالبه کند (ماده ۲۶۶ ق.م.) و اثبات التزام ضمنی به اجرای تعهد طبیعی نیز دشوار است، قابل ایراد می نماید.

به هر حال، هیچ یک از نظریه های مذکور در رویه قضایی منعکس نشده بود بی شک، برای حمایت از اطفال نامشروع کافی نبود.

درباره کلمه «زانی» در ماده ۱۱۶۷ ق.م. نظر حقوقدانان به تبعیت از فقه امامیه بر این بود که این کلمه زن زنا کار را نیز شامل می شود، با این استدلال که:

اولاً، در زبان فارسی صفت مذکر و مونث یکسان است و کلمه «زانی» را می توان بدون تفاوت برای زن و مرد به کار برد.

ثانیا، قانون گذار ایران در ماده ۱۱۶۷ از فقه امامیه پیروی کرده و در فقه، بنابر مشهور، از لحاظ نسب تفاوتی بین زانی و زانیه نیست.<sup>۵</sup>

ثالثا، از مواد ۸۸۴-۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ قانون مدنی نیز بر می آید که قانونگذار در نسب و آثار آن بین زانی و زانیه فرقی نگذاشته است: برابر ماده ۸۸۴ ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنان ارث نمی برد؛ ولی اگر رابطه جنسی نسبت به یکی از ابویین به علت اکراه و یا اشتباه زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می برد و بالعکس؛ مواد ۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ نیز مقرر می دارند که طفل فقط به طرفی ملحق می شود که در اشتباه بوده و نسب طفل به هر یک از پدر و مادر که عالم به وجود مانع بوده، نامشروع است (دکتر صفایی و دکتر امامی، مختصر حقوق خانواده، چاپ دوازدهم ۱۳۸۶، ص ۳۳۹).

بنابر آنچه گفته شد، از ظاهر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی با توجه به قول مشهور فقهای امامیه چنین بر آمد که طفل نامشروع به پدر و مادر طبیعی خود ملحق نمی شود و آثار حقوقی نسب، مانند ارث و نفقه و ولایت و حضانت بین آنان برقرار نمی گردد. البته یک استثناء به پیروی از فقه امامیه در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی مقرر شده بود که به موجب آن نکاح با پاره ای اقارب نسبی اگر چه قرابت حاصل از زنا باشد، ممنوع است. بنابراین، از لحاظ منع و حرمت نکاح تفاوتی بین فرزندان مشروع و نامشروع نیست؛ زیرا در منع نکاح قرابت طبیعی ملاک عمل است، نه قرابت شرعی و قانونی.

آنچه گفته شد، مستفاد از ظاهر قانون مدنی است که اینک با توجه به رأی وحدت رویه ۱۳۷۶ باید از آن چشم پوشید.

### ۲-۳- تحول ناشی از رأی وحدت رویه مورخ ۱۳۷۶

این رأی که به وسیله هیئت عمومی دیوان عالی کشور صادر شده و در موارد مشابه لازم الاتباع است، برای رفع اختلاف بین دادگاهها در ارتباط با اثبات نسب و اخذ شناسنامه برای اطفال نامشروع صادر شده است. در موارد متعددی که طفلی از رابطه نامشروع بین زن و مرد به دنیا آمده و این رابطه و نامشروع بودن نسب طفل به حکم دادگاه کیفری احراز گردیده بود، مادر طفل علیه پدر طبیعی برای اثبات نسب و الزام به اخذ شناسنامه برای وی با نام خانوادگی پدر اقامه دعوی می کرد، بعضی از دادگاهها، به استناد اینکه نسب طفل نامشروع است و مقررات ثبت احوال در ارتباط با اولاد شرعی و صدور سند سجلی برای آنهاست و هیچ گاه ناظر به اولاد غیر شرعی نمی باشد، حکم به رد دعوی خواهان می دادند و بعضی دیگر با توجه به فتوای امام خمینی (ره) و اینکه این گونه فرزندان از نظر لغوی و عرفی فرزند زانی بوده و مشارالیه پدر عرفی محسوب است و باید تکالیف مربوط به پدر از جمله پرداخت نفقه، حضانت، اخذ شناسنامه را انجام دهد و تنها حسب موازین شرعی و مواد قانونی توارث بین آنان منتفی است، پدر را ملزم به اخذ شناسنامه با

نام خانوادگی خود برای فرزند طبیعی می دانستند. سرانجام، هیئت عمومی دیوان کشور برای رفع اختلاف رأی مورخ ۱۳۷۶/۴/۳ را به شرح زیر صادر کرد:

« به موجب بند الف ماده یک قانون ثبت احوال مصوب ۱۳۵۵ یکی از وظایف سازمان ثبت احوال، ثبت ولادت و صدور شناسنامه است و مقنن در این مورد بین اطفال متولد از رابطه مشروع و نا مشروع تفاوتی قایل نشده است و تبصره ماده ۱۶ و ماده ۱۷ قانون مذکور نسبت به مواردی که ازدواج پدر و مادر به ثبت نرسیده باشد و اتفاق در اعلام ولادت و صدور شناسنامه نباشد، یا اینکه ابوین طفل نا معلوم باشند، تعیین تکلیف کرده است؛ لیکن 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 مسأله ۳ و مسأله ۴۷ از موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، رضوان الله تعالی علیه، زانی پدر عرفی طفل تلقی و نتیجتاً کلیه تکالیف مربوط به پدر، از جمله اخذ شناسنامه بر عهده وی می باشد و حسب ماده ۸۸۴ قانون مدنی صرفاً موضوع توارث بین آنها منتفی است و لذا رأی شعبه سی ام دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد، به نظر اکثریت اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور موّجه و منطبق با موازین شرعی و قانونی تشخیص می گردد. این رأی به استناد ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب تیر ماه ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.» (ر.ک: مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶، نشریه سازمان روزنامه رسمی، ص ۴۷۸ و ۴۷۹).

در توضیح این رأی چند نکته قابل ذکر است:

۱ - برابر رأی مذکور، در بند الف ماده یک قانون ثبت احوال اصلاحی ۱۳۶۳، «ثبت ولادت و صدور شناسنامه» از وظایف سازمان ثبت احوال به شمار آمده و قانونگذار از این لحاظ تفاوتی بین اطفال مشروع و نا مشروع قایل نشده است؛ بنابر این، سازمان ثبت احوال باید ولادت اطفال نامشروع را ثبت و برای آنان شناسنامه صادر نماید.

۲ - چنانکه در رأی مذکور آمده است، تبصره ماده ۱۶ قانون ثبت احوال<sup>۶</sup> مربوط به اطفالی است که پدر و مادر آنان ازدواج کرده اند، ولی ازدواج آنان به ثبت نرسیده است؛ در این صورت، اعلام ولادت متفقاً به عهده پدر و مادر خواهد بود؛ ماده ۱۷ قانون مزبور<sup>۷</sup> نیز مربوط به اطفالی است که ابوین آنان معلوم نباشند که در این صورت سند سجلی با نام خانوادگی آزاد و نامهای فرضی در محل اسامی ابوین تنظیم می گردد. لیکن این مواد به هیچ وجه ناظر به طفل نامشروع یا طفل ناشی از زنا نیست و قانون در این مورد ساکت است.

۳ - از رأی فوق چنین بر می آید که در مورد سکوت قانون باید با توجه به قواعد عمومی (عمومات و اطلاقات) و فتاوی معتبر فقهی (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) حکم مسأله

را روشن کرد. قواعد عمومی مورد نظر دیوان عالی کشور ظاهراً قواعد عمومی ثبت احوال راجع به ثبت ولادت و صدور شناسنامه و قواعد عمومی قانون مدنی راجع به نسب اولاد و آثار آن و روابط آنان با پدر و مادر است.

۴ - هیئت عمومی با اینکه به ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی اشاره نکرده، در حقیقت آن را تفسیر نموده و در تفسیر خود از قول مشهور فقها و حقوقدانان صرف نظر کرده و به تبعیت از قول غیر مشهور، به ویژه فتوای امام خمینی (ره) طفل نامشروع را از لحاظ نسب و آثار آن، جز در مورد ارث، برابر با فرزند مشروع دانسته و گامی مهم در راه حمایت از فرزندان نامشروع و هماهنگ سازی حقوق ایران با معیارهای حقوق بشری برداشته است.<sup>۱</sup> با اینکه رأی برای حل اختلاف راجع به تکلیف پدر طبیعی به اخذ شناسنامه برای فرزند نامشروع صادر شده، از آن قاعده عالی مبنی بر تساوی حقوق فرزندان مشروع و نامشروع، جز در مورد توارث، استخراج می‌گردد.

۵ - با توجه به رأی یاد شده، امروزه در تفسیر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی باید گفت: مقصود از عدم الحاق ولد الزنا به زانی، عدم الحاق و انتساب به او از لحاظ توارث است که در ماده ۸۸۴ قانون مدنی به آن تصریح شده و این استثنا مبتنی بر نظر مشهور، بلکه اجماعی فقهای امامیه و اهل سنت است و احادیث و اخبار متعددی بر آن دلالت دارند.

۶ - از رأی مذکور بر می‌آید که رویه قضایی می‌تواند در تحوّل حقوق و هماهنگ کردن آن با عدالت و انصاف و نیازهای اجتماعی نقش سازنده ای ایفا کند و در این راه بی‌شک فتاوای معتبر فقهی، هر چند غیر مشهور، و اندیشه‌های حقوق کارساز خواهد بود.

#### ۴- نتیجه

از آنچه گفتیم، می‌توان نتیجه گرفت که قبل از صدور رأی وحدت رویه ۱۳۷۶، بر اساس قول مشهور فقهای امامیه و ظاهر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فرزند نامشروع به پدر و مادر زنا کارش ملحق نمی‌شد، یعنی بین آنان آثار نسب و حقوق و تکالیف ناشی از آن از قبیل توارث، ولایت قهری، نفقه، حضانت و تکلیف پدر به اخذ شناسنامه با نام خانوادگی خود برای فرزند وجود نداشت و نسب نامشروع فقط در منع نکاح مؤثر بود و در این خصوص نسب طبیعی ملاک عمل بود نه نسب شرعی و قانونی. اما با رأی وحدت رویه مذکور که در موارد مشابه لازم الاتباع است، تحوّل بزرگ در حقوق ایران پدید آمد. بدین معنی که برابری نسب مشروع و نامشروع و تساوی فرزندان طبیعی با اطفال قانونی در حقوق و تکالیف به تبعیت از قول غیر مشهور فقهای امامیه و به ویژه فتوای امام خمینی (ره) در حقوق ایران شناخته شد. تنها استثنایی که در این خصوص وجود دارد، در زمینه توارث است؛ زیرا بر اساس فقه و قانون مدنی بین فرزند طبیعی و پدر و مادر زنا کارش توارث وجود ندارد. اصل تساوی اطفال مشروع و نامشروع که در رأی مذکور شناخته شده، یک



اصل مترقی است که با عدالت و انصاف و معیارهای حقوق بشر و گرایش‌های حقوق تطبیقی سازگار است، اما تفاوت در ارث فقط با سنت‌های مذهبی و فقهی قابل توجیه است. این استثنا نه فقط در فقه امامیه و قانون مدنی ایران پذیرفته شده، بلکه در فقه اهل سنت و بعضی از قوانین احوال شخصیه کشورهای اسلامی، لااقل در مورد رابطه بین ولد الزنا، و پدر زانی، به آن تصریح شده است و شاید بتوان آن را با حمایت از خانواده قانونی و پیش‌گیری از گسترش روابط نامشروع نیز توجیه کرد.

به هر حال، رأی وحدت رویه ۱۳۷۶ نشان می‌دهد که رویه قضایی با استمداد از فتاوی معتبر فقهی و حقوقی، حتی از اقوال غیر مشهور، می‌تواند نقش سازنده‌ای در تحول حقوق و هماهنگ‌کردن آن با عدالت و انصاف و نیازهای اجتماعی داشته باشد.

### یادداشت‌ها

۱- «و کیف كان فلا يثبت النسب مع الزنا اجماعا بقسميه بل يمكن دعوى ضرورته فضلا عن دعوى معلوميته من النصوص او تواترها فيه فلو زنى فانخلق من مائه ولد على الجزم لم ينسب اليه شرعاً على وجه يلحقه الاحكام و كذا بالنسبه الى امه» (شيخ محمد حسن نجفی، جواهر الكلام ج ۲۹، ص ۲۵۶ و ۲۵۷).

۲- «و لو زنى انما لم يجز الحاقه به لانه متولد من الزنا و المتولد من الزنا لا يلحق بالزاني و تجدد الفراش لا يقتضى الحاق ما قد حكم بانتفائه...» (مسالك الافهام، چاپ سنگی، ص ۵۴۴).

۳- «ولكن هل يحرم على الزاني لو كان بنتا و الزانيه لو كان و لدا؟ الوجه انه يحرم لانه مخلوق من مائه و مائها فلا ينكح الانسان بعضه بعضا... و ايضا هو يسمى و لدا لغه و الاصل عدم النقل... بل فى المسالك انه يظهر من جماعه من علمائنا منهم العلامة فى التذكرة و ولده فى الشرح و غيرهما ان التحريم اجماعى...».

۴- «و قد صرح الاصحاب بعد ثبوت النسب بالزنا ولم اجد له دليلا و الاقوى اتحاد ولد الزنا و ولد الحلال فى جميع احكام النسب عدى الارث؛ فانه لا ارث بين ولد الزنا و اقاربه للنص الخاص و اما فيما عداه فالمرجع اطلاق الادله لصدق الابن و الاخ و نحوهما لغه و عرفاً» (مناهج المتقين چاپ سنگی، ص ۳۵۵).

۵- بعضی از فقها از لحاظ ارث بین زانی و زانیه فرق گذاشته و حکم به توارث بین ولد زنا و مادر طبیعی او (زانیه) کرده‌اند. لیکن قول مشهور در فقه امامیه عدم فرق بین زانی و زانیه است (دکتر صفایی و دکتر امامی، حقوق خانواده، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۸۶، ش ۱۰۱، پاورقی ص ۱۲۸).

۶ - تبصره ماده ۱۶ قانون ثبت احوال: «در صورتی که ازدواج پدر و مادر طفل به ثبت نرسیده باشد، اعلام ولادت و امضای اسناد متفقاً به عهده پدر و مادر خواهد بود و هرگاه اتفاق پدر و مادر در اعلام ولادت میسر نباشد، سند طفل با اعلام یکی از ابویین که مراجعه می کند، با قید نام کوچک طرف غایب تنظیم خواهد شد.»

۷ - ماده ۱۷ قانون ثبت احوال: «هرگاه ابویین طفل معلوم نباشند، سند با نام خانوادگی آزاد و نام های فرضی در محل اسامی ابویین تنظیم می گردد. تصحیح اسامی فرضی یا تکمیل مشخصات ناقص به موجب اقرار نامه موضوع ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی یا حکم دادگاه یا مدارک حصر وراثت به عمل خواهد آمد و نام خانوادگی طبق احکام مربوط به نام خانوادگی اصلاح خواهد شد.»

۸ - فقهای اهل سنت بر خلاف فقهای امامیه قایل به عدم توارث بین ولد الزنا و پدر او و توارث بین ولد الزنا و مادر زنا کارش می باشند: «اتفق الاربعه علی ان ولد الزنا کولد الملاعنه فی کل ما ذکر من عدم التوارث بینه و بین ابیه و علی ثبوت التوارث بینه و بین امه (المغنی، ج ۶، باب الفرائض). و قال الامامیه لا توارث بین ولد الزنا و امه الزانیه کمالا توارث بینه و بین ابه الزانی لان السبب فی کل منهما واحد و هو الزنا» (محمد جواد مغنیه، الاحوال الشخصیه علی المذاهب الخمسه، بیروت ۱۹۶۴، ص ۲۴۵ و ۲۴۶).

### کتابنامه

#### الف - فارسی

- ۱ - امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۵، تهران ۱۳۳۹.
- ۲ - سازمان روزنامه رسمی کشور، مجموعه قوانین سال ۱۳۷۶.
- ۳ - صفائی و امامی، سید حسین و اسد الله، حقوق خانواده، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهاردهم ۱۳۸۶.
- ۴ - صفائی و امامی، سید حسین و اسد الله، مختصر حقوق خانواده، چاپ دوازدهم، نشر میزان، تهران ۱۳۸۶.
- ۵ - علوی قزوینی، سید علی، نسب ناشی از لقاح خارج از رحم و آثار حقوقی آن، رساله دکتری به راهنمایی دکتر سید حسین صفائی، دانشگاه تهران، پردیس قم ۱۳۸۶.
- ۶ - فاضل لنکرانی، شیخ محمد، جامع المسائل ج ۱، چاپ یازدهم، بدون تاریخ.
- ۷ - کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، ج ۲، چاپ دوم، تهران ۱۳۶۷.
- ۸ - کریمی، حسین، موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، تهران ۱۳۶۵.

#### ب - عربی

- ۱ - بجنوردی، سید محمد حسن، القواعد الفقهیة، ج ۴، ناشر: دلیل ما، قم ۱۳۸۲.

- ۲ - شهید ثانی، مسالك الافهام، چاپ سنگی، بدون تاریخ.
- ۳ - مامقانی، عبداللّٰه، مناهج المتقين، چاپ سنگی، نجف، بدون تاریخ.
- ۴ - مغنیه، محمد جواد، الاحوال الشخصيه على المذاهب الخمسه، بيروت ۱۹۶۴.
- ۵ - الموسوی الخمينی، سيد روح اللّٰه، تحرير الوسیله، ج ۲، بدون تاریخ.
- ۶ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۹، المكتبه الاسلاميه، تهران، ۱۳۹۵.ق.