

انتساب طفل طبیعی به والدین در فقه امامیه و حقوق ایران^۱

اصلاح ویسی *

احسان زررخ **

چکیده:

به ظاهر در حقوق ایران فرزند طبیعی را نمی‌توان به والدین منتسب نمود. در فقه امامیه نظر مشهور عدم انتساب چنین طفلی است و این نظر در قانون مدنی و دکترین حقوقی نیز نمود یافته است. عمده دلایل مشهور بر این ادعا، حدیث فراش و اجماع منقول است. این دلایل خالی از اشکال نبوده و قابل نقدند. مخالفین مشهور با توجه به حقیقت عرفی نسب و ماهیت آن که انتزاعی و با منشاء خارجی است و لزوم رعایت عدالت و اشکالاتی که بر نظر مشهور وارد می‌نمایند، عقیده‌ای مخالف دارند. این اعتقاد از قوتی نسبی در قیاس با مشهور برخوردار است که قابل اغماض نیست. هرچند حقوقدانان بسیاری حکم عدم الحاق در ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی را با توجه به نظر مشهور به نفی نسب تعبیر نموده‌اند؛ اما توجه به سایر مواد قانونی که به نحوی مبین این ماده قلمداد می‌گردند از قوت این دیدگاه می‌کاهد. به نظر می‌رسد قانونگذار ایران به طور کامل از مشهور فقها تبعیت نکرده است. قانونگذار فرزند طبیعی را مانند سایر فرزندان منتسب به والدین دانسته و نسب او را منشاء آثار می‌داند. اگرچه به صراحت در توارث، او را از سایر فرزندان متمایز می‌نماید.

کلید واژه‌ها: فرزند طبیعی، نسب، فراش، ناشی از زنا، عدم الحاق.

۱- تاریخ وصول: ۸۹/۱۲/۱ تاریخ پذیرش: ۹۰/۱۰/۱۵

* کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علم و فرهنگ تهران

** کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی، zarrokh@alumni.ut.ac.ir

۱- مقدمه

یکی از بحث‌برانگیزترین مسائل در میان مسائل مربوط به اطفال نامشروع مسأله‌ی نسب آنان است، این که آیا اطفال ناشی از زنا و سایر اولاد نامشروع دارای نسب هستند و منتسب به والدین می‌گردند یا خیر؟ پذیرش اعتقاد غالب مبنی بر فقدان نسب، در رابطه‌ی ناشی از زنا که مصداق اجلای نسب نامشروع است، حتی می‌تواند مبنای تقسیم نسب و پذیرش وجود نوعی از نسب را که از آن به «نسب نامشروع» تعبیر می‌شود را متزلزل نموده و موجب این ابهام معقول گردد که اگر طفل متولد از زنا و سایر اولاد غیرمشروع منتسب به والدین نیستند، چرا و بر مبنای چه ضابطه‌ای نسب را باید به مشروع و غیرمشروع تقسیم نمود؟ آیا این تقسیم، با عدم انتساب این اطفال و اعتقاد به این که تنها مصداق نسب همان نسب مشروع است قابل جمع است؟

اما پیش از ورود در مباحث اصلی، ذکر چند مطلب ضروری به نظر می‌رسد:

نخست: برخی معتقدند چون نسب حقیقت شرعیّه ندارد و امری با منشا تکوینی و خارجی است، لذا حکم تکلیفی حرمت، تأثیری در صدق نسب و عناوین نسبی ندارد. پس از آنجا که شارع تنها نسب ناشی از زنا را نپذیرفته، در نتیجه نمی‌توان حکم زنا را به دیگر تماس‌های نامشروع مانند تفخیز، تلقیح عمدی نطفه‌ی دو بیگانه و ... تعمیم داد و کودک متولد شده در این تماس‌ها مشروع قلمداد می‌گردد. (ممن، سخنی درباره تلقیح، ۶۲) به علاوه، دلیلی بر تخصیص عمومات احکام وجود ندارد و قیاس چنین کودکی با کودک ناشی از زنا، چه در فرض علم و چه در فرض جهل صاحبان نطفه، نیز ممکن نیست و «قیاس مع الفارق» است. مطابق نظر آیت‌الله العظمی خوئی^۱ نیز با وجود حرمت تلقیح نطفه زن و مرد بیگانه، در صورت تولّد طفلی در اثر آن صاحب رحم مادر است و صاحب اسپرم، پدر کودک محسوب می‌شود و بین آن دو (کودک و هر یک از والدین) تمامی احکام

نسب از جمله ارث ثابت می‌شود (قبله‌ای خوئی، مسائل مستحدثه، ۲۷۷).

در دیدگاهی دیگر و بنا بر نظر برخی فقها اگر اختلاط نطفه‌ی زن و مرد، خارج از چارچوب شرعی باشد، ولو با عدم صدق زنا؛ مانند تلقیح مصنوعی نطفه‌ی زن و مرد اجنبی، عمل شبیه زنا است و در نتیجه

۱- برای دیدن نظرات موافق رجوع کنید به سید محمدباقر صدر، منهاج الصالحین، ۲، ۳۰۰ مسأله‌ی ۴؛ سید محمد صادق روحانی، توضیح المسائل، ۴۸۰، مسأله‌ی ۳؛ سید حسن طباطبائی قمی، توضیح المسائل، ۵۱۶، مسأله‌ی ۲۸۴۲ به نقل از محمدرضا رضایا معلم، «وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین»، روش‌های نوین تولیدمثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، پیشین، ۳۴۰؛ سید یوسف مدنی تبریزی، مسائل مستحدثه، ۳، ۱، قم، نشر دفتر معظم له، ۱۳۸۸، سؤال ۱۷۶۵.

نسب نیز نامشروع و در حکم زنا است. (مکارم شیرازی، استفتائات جدید، ۴۷۴)

برخی حقوقدانان نیز معتقدند نزدیکی به زنا تنها راه ایجاد نسب نامشروع نیست و «در مورد لقاح مصنوعی بین دو بیگانه، فرزندى که به وجود می‌آید طبیعی است نامشروع و از پدر و مادر ارث نمی‌برد، مگر این که بدون آگاهی باشد که در حکم ولد به شبهه است» (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، ۵۵۴). این حقوقدانان همین حکم را در مورد سایر طرق آمیزش نامشروع و تماس‌هائی مانند تفخیز و ... بیان می‌نمایند، هرچند زنا نیز تحقق نیافته باشد. استدلال این حقوقدانان آن است که اشاره‌ی قانونگذار به زنا و نزدیکی به دلیل این است که آبستنی زن به طور معمول از این راه انجام می‌شود به عبارتی زنا نوع متعارف و شایع رابطه‌ی نامشروع است، در حالی که نسب وقتی مشروع است که رابطه‌ی جنسی بین زن و مرد اعم از آن که با نزدیکی جنسی توأم باشد یا خی، مشروع باشد. پس چون چنین تماس و لقاحی بین نطفه‌ی زن و مرد، نامشروع و حرام است و ضابطه‌ی مشروع بودن روش یا وسیله یا نزدیکی منتج به اختلاط نطفه‌ها، در آن وجود ندارد، لذا نسب حاصل از آن نیز نامشروع می‌باشد (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۲۷۵)

با توجه به آیات و روایات پیرامون لزوم حفظ فروج از هر عمل حرام بخصوص زنا، نظر دوم تقویت می‌شود؛ از باب مثال، در روایت محمد بن حسن اشعری^۱ تصریح شده فرزند «لِغَیْهِ» ارث نمی‌برد. واژه‌ی «غی» که به معنای گمراهی و خارج بودن از طریق درست است، در معنای عام، شامل سایر طرق نامشروع ایجاد نسب می‌شود؛ هر چند در روایت، کنایه از زنا می‌باشد (حرم پناهی، تلقیح مصنوعی، ۱۱۰). به علاوه اگر لام در واژه‌ی «لِغَیْهِ» لام تعلیل باشد، چون علت عدم توارث (غی و نادرست بودن منشا تولد از دیدگاه شارع) در روایت تصریح گردیده، تعمیم و تسری حکم عدم توارث به سایر موارد ایجاد نسب نامشروع غیر از زنا نیز ممکن است، زیرا علت حکم، می‌تواند مُعَمَّم (تعمیم‌دهنده‌ی حکم) باشد.

علت حکم نیز همان طور که اشاره شد، نامشروع بودن طریق ایجاد نسب و حرمت رابطه‌ی صاحبان نطفه می‌باشد که در تمامی تماس‌های نامشروع وجود دارد.

کوتاه سخن آن که نسب حاصل از رابطه‌ی نامشروع (در معنای عام) شرط شرعی بودن رابطه‌ی صاحبان نطفه را ندارد و شارع در آثار شرعی آن را مورد بی‌اعتنائی قرار می‌دهد و همین معنای نفی نسب از ولد زنا

۱- «كَتَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَبِي جَعْفَرِ الثَّانِي عَلَيْهِ السَّلَامُ، مَعِيَ يَسْأَلُهُ عَنِ رَجُلٍ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ ثُمَّ إِنَّهُ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الْحَمْلِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ هُوَ أَشْبَهُ خَلْقِ اللَّهِ بِهِ، فَكَتَبَ بِخَطِّهِ وَ خَاتِمِهِ: أَلَوْلَدُ لَغَيْهِ لَا يُورَثُ»

و سایر اولاد نامشروع می‌باشد^۱ (نجفی، جواهر الکلام، ۳۹، ۷)

نتیجه آن که نسب نامشروع به طور کلی بر دو قسم است:

نخست) نسب ناشی از زنا.

دوم) نسب در حکم ناشی از زنا؛ به عبارتی نسب ناشی از سایر روابط نامشروع.

بنابراین به اعتقاد نگارندگان، دیدگاه اخیر از قوت نسبی برخوردار می‌باشد، و علی‌الاصول تمامی اولاد نامشروع در احکام مربوط به ولد زنا شراکت دارند. مطلب دیگر آن است که گاه نطفه‌ی زن و مرد بیگانه با تماس‌هایی خارج از مصادیق زنا؛ مثل تفخیز یا از طرق دیگر؛ مانند مساحقه‌ی زوج‌هی مرد با زنی دیگر لقاح می‌یابد. حتی امروزه با تلقیح مصنوعی نطفه‌ی زن و مرد، خارج از محیط رحم و سپس انتقال به داخل رحم، ممکن است نطفه‌ی زن و مردی بیگانه، بدون نزدیکی و تماس جنسی لقاح یابد و کودکی در اثر آن متولد شود. در این موارد، چون تماس جسمی و جنسی و دخول، با تفصیلی که در کتب فقهی آمده رخ نمی‌دهد، اگر حتی نطفه‌ی زن و مرد بیگانه نیز با یکدیگر لقاح یابد یا تلقیح گردد، مورد خارج از مصادیق زنا می‌باشد. اگرچه فرزندی که در موارد اخیر متولد می‌گردد را نمی‌توان ولد زنا دانست، اما مصداق طفل نامشروع می‌باشد. بنابراین نسبت بین «طفل نامشروع» و «ولد زنا» عموم و خصوص مطلق است. به علاوه «ولد زنا» با «ولد حرام» نیز انطباق همیشگی ندارد. گاه ولد حرام، نه ولد زنا است و نه حتی ولد نامشروع؛ از باب مثال، طفلی که انعقاد نطفه‌اش در ایام حیض زوجه بوده ولد حرام است، اما نسب او به والدینش، مشروع تلقی می‌گردد. لذا مباحثی که بیان خواهد شد، منصرف از چنین طفلی می‌باشد. نکته‌ی آخر آن که در مقاله‌ی حاضر، صرفاً به بحث نحوه‌ی انتساب طفل نامشروع به والدین پرداخته خواهد شد و نظریات مختلف موجود در این باب مطرح می‌گردد. پرداختن به مباحث مربوط به آثار ناشی از این نسب، از جمله بحث نگهداری و تربیت فرزند نامشروع و حقوق طفل نامشروع از قبیل حق هویت، حق شناسایی والدین، حق داشتن شناسنامه و ...؛ بحث حقوق و تکالیف والدین طفل نامشروع و این که کدام دسته از آثار نسب مشروع از نسب نامشروع سلب می‌گردد و نیز آثار تجاوز از حقوق طفل نامشروع توسط والدین و ضمانت اجرای این حقوق و بسیاری دیگر از این دسته مباحث، مجال دیگری را می‌طلبد. نویسندگان نیز مقاله‌ای مستقل در این زمینه تهیه نموده‌اند.

۱- «فی موجبات الارث و اسبابه و هی اما نسب و هو الاتصال بالولاده بانتهاه احد الشخصین الی الآخر کالاب والابن او بانتهاهما الی ثالث مع صدق النسب عرفاً علی الوجه الشرعی او ما فی حکمه»

۲- نسب ناشی از زنا در فقه

در فقه پیرامون نسب اطفال نامشروع دو قول وجود دارد. مشهور معتقد به انتفای نسب در مورد اطفال نامشروع‌اند در حالی که برخی دیگر از فقها مخالف این اعتقاد بوده و این اطفال را نیز منتسب به والدین دانسته‌اند. در ادامه به صورت جداگانه و مبسوط دلایل طرفداران (مشهور) و مخالفان این نظر ارائه و مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱- دیدگاه مشهور و دلایل آن

فقهای مذاهب عامّه به ظاهر اجماع دارند که با ثبوت زنا ولد ناشی از این رابطه به نحو شرعی قابل انتساب به صاحب نطفه نیست (مغنیه، احوال شخصیه، ۹۹) در فقه امامیه نیز دیدگاهی مشابه وجود دارد. مرحوم صاحب جواهر (قدس) می‌فرماید که نسب با نکاح صحیح و نیز با وطی به شبهه ثابت می‌شود ولی نسب با زنا ثابت نمی‌شود. ایشان در اثبات اعتقاد خویش به اجماع منقول و نیز اجماع محصل (هر دو قسم اجماع) استناد می‌نماید و حتی بر این نظر ادعای ضرورت می‌نماید. (نجفی، جواهرالکلام، ۲۵۷-۲۵۸) ^۱ نظیر همین عبارت را برخی دیگر از فقها به کار برده و گفته‌اند: «ولد زنا نسبی ندارد» (محقق کرکی، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۲، ۱۲۰) ^۲ این نظریه از شهرت فتوایی برخوردار است (قبله‌ای خوبی، مسائل مستحدثه، ۱۳۶) دلایل مشهور بر این ادعا را در ادامه مورد نقد و بررسی قرار خواهیم داد.

۳-روایات

طرفداران مشهور می‌گویند: «در حدیث بین زانی و زانیه و فرزند زناى آن دو، ارث نفی شده است که نشان دهنده‌ی این است که بین آنها هیچ گونه نسب شرعی وجود ندارد» (گروه فقه و حقوق، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، ۳۴۱). البته دلیل و استدلال مزبور بر این مدعا دلالت صریحی ندارد لذا در ادامه به این روایات خواهیم پرداخت:

۳-۱- حدیث فرائش

۱- «فلا یثبت النسب مع الزنا اجماعاً بقسمیه بل یمکن دعوی ضرورته فضلاً عن دعوی معلومته من النصوص او تواترها فیه فلو زنی فانخلق من مائه ولد علی الجزم لم ینسب الیه شرعاً علی وجه تلحقه الاحکام و کذا بالنسبه الی امه»
 ۲- «اما ولد الزنا فلا نسب له»

از مشهورترین این روایات حدیث شریف «فراش» است، با این عبارت حضرت رسول (ص) که فرموده‌اند: «الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۱۷، ۵۶۷ و ۵۶۸). این حدیث از حیث سند مشکلی ندارد و میان همه‌ی فرق مسلمین به صحت و تواتر معروف و شناخته شده است (قبله‌ای خوبی، مسائل مستحدثه، ۱۳۷). با وجود قطعی بودن صدور این حدیث و یا لااقل فقدان شک در صدور آن، دلالت آن و معنای حدیث قابل بحث است؛ در اینجا باختصار به معنای کلمات آن پرداخته می‌شود:

معنای ولد: ولد به معنای فرزند است (الف و لام در اینجا به ظاهر الف و لام جنس و مفید عموم است). در تعریف آن (ولد) آمده است: نطفه‌ای [است] که در رحم استقرار یافته و پس از رشد قابلیت دخول روح در آن ایجاد شده یعنی خلقت بدنیش تکمیل شده باشد، [پس نطفه] هنگامی که روح در آن حلول نماید [در نسبت با والدینش] ولد خوانده می‌شود (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۴، ۲۵).

معنای فِراش: «فرش» و «فراش» گاه در معنای «مفروش» و آنچه که برای نشستن یا خوابیدن روی آن بر زمین پهن می‌شود به کار می‌رود و در اصطلاح در معنای زن یا شوهر به کار می‌رود. از سیاق روایات واضح است که مراد از فراش در آنها همین معنای اصطلاحی است و به معنای شوهر زن یا مالک کنیز است.

معنای عاهر: «عاهر» به معنای مرد فاجر و زناکار است.

معنای حَجَر: «حجر» به معنای سنگ است و کنایه از حرمان و بی‌بهره بودن و ناامیدی نیز می‌باشد. بر این اساس در جمله‌ی «و للعاهر الحجر» دو احتمال وجود دارد:

احتمال اول: همان معنای لغوی است؛ یعنی برای زناکار سنگ است و به عبارتی نصیب زناکار رجم و سنگسار شدن است؛

احتمال دوم: زناکار محروم است. در این احتمال نیز تردید است که منظور محرومیت از ارث است یا از نسب (محدث بحرانی، حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، ۲۵، ۱۴).

اما در باب دلالت حدیث فراش، فراش اماره‌ای شرعی است و در صورت وجود شرایط، دلیل بر انتساب طفل به صاحب فراش (شوهر) است. سؤال مهم و قابل بحث آن است که آیا مدلول حدیث فراش عدم انتساب طفل به زانی است؟ به عبارتی آیا این روایت در مقام بیان نفی نسب از فرزند ناشی از زنا است؟ یا این که مراد، نفی ارث بری و توارث است؟

در پاسخ می‌توان گفت، که قَدْر متیقن، مصداق روایت هنگامی است که ادعای نسب ناشی از زنا در مقابل فراش معتبر (زوج دائم یا موقت یا مالک کنیز) که مانع عقلی و عادی برای الحاق طفل به او وجود ندارد، قرار گرفته باشد (قبله‌ای خوبی، مسائل مستحدثه، ۱۳۸). در این فرض هر چند امکان و احتمال عقلی الحاق طفل به زنا برابر با فراش یا حتی بیش از آن وجود داشته باشد، اما شارع طفل را متولد از فراش و نه از رابطه‌ی نامشروع می‌داند؛ به عبارتی اگر هم امکان خلق طفل از نطفه‌ی شوهر وجود داشته باشد و هم به لحاظ ارتباط زن با غیر شوهر امکان خلق از نطفه‌ی اجنبی و تولد طفل از زنا وجود داشته باشد، شارع مقدس طفل را ملحق به شوهر می‌نماید و زانی هیچ شانس نسبت به چنین فرزندی ندارد. بنابراین، عبارت «وَوَالِئِ الْحَبْرُ» برای طرد ادعای نسب زانی در مقابل فراش است و مفید حکم واقعی نفی نسب به طور مطلق از زانی نیست (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۴۳ و ۴۴). موارد استناد به این حدیث در لسان ائمه (علیهم السلام) نیز مؤید این نظر است. بنابراین مواردی که فراش وجود ندارد مانند زنا با بیوه زن یا زنی که شوهرش مدتهای مدیدی به او دسترسی نداشته خروج موضوعی از حکم روایت دارند.

۳-۲- صحیحی ابن سنان

ابن سنان از امام صادق (ع) روایت کرده، می‌گوید: «سَأَلْتُهُ فَقُلْتُ لَهُ: جُعِلْتُ فِدَاكَ كَمْ دِيَهٍ وَكَلْدُ الزَّوْنِ؟ قَالَ: يَعْطَى الَّذِي أَنْفَقَ عَلَيْهِ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ. قُلْتُ: فَإِنَّهُ مَاتَ وَ لَهُ مَالٌ مِّنْ يَرِثُهُ؟ قَالَ: أَلَا مَالٌ.»؛ یعنی: «از امام صادق (ع) سؤال کردم و گفتم: فدایت شوم دیه‌ی ولدزنا چقدر است؟ فرمود: کسی که مخارج او را پرداخته است خرجکرد او از دیه داده می‌شود. گفتم: اگر زنازاده بمیرد و مالی بجا گذارد وارثش کیست؟ فرمود: امام» (حر عاملی، وسائل الشیعه، ۵۷۱ و ۵۷۲).

۳-۳- روایت محمد بن حسن اشعری

محمد بن حسن اشعری می‌گوید: «كَتَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا إِلَى أَبِي جَعْفَرِ الثَّانِي عَلَيْهِ السَّلَامُ، مَعِيَ يَسْأَلُهُ عَنِ رَجُلٍ فَجَرَ بِامْرَأَةٍ ثُمَّ إِنَّهُ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ الْحَمْلِ، فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ هُوَ أَشْبَهُ خَلْقِ اللَّهِ بِهِ، فَكَتَبَ بِخَطِّهِ وَ خَاتِمِهِ: الْوَلَدُ لَغِيهِ لَا يورَثُ.»؛ یعنی: جمعی از دوستانم که با من بودند. نامه‌ای به امام جواد (ع) نوشته، سؤال نمودند در خصوص مردی که با زنی زنا کرده و بعد از آن که زن از زنا حامله شده او را به نکاح خود

درآورده و زن فرزندی زاینده که از تمامی مردم به آن مرد شبیه‌تر است. امام (ع) با خط و مهر خود پاسخ را نوشت: به خاطر زنا زاده بودن کسی (از اقارب) از طفل ارث نمی‌برد (همان، ۵۷۶-۵۷۷).

همان‌گونه که واضح است در دو روایت اخیر نیز چیزی که مفید نفی نسب از فرزند نامشروع باشد وجود ندارد و تنها ناظر بر انتفای توارث‌اند. در روایت محمد بن حسن اشعری، واژه‌ی «غی» به معنای گمراهی و در روایت کنایه از زنا می‌باشد (گروه فقه و حقوق، روش‌های نوین تولید مثل، ۱۱۰) ممکن است ادعا شود که این واژه به معنای بطلان مطلق عمل زانی در هر صورتی (اعم از وجود فرارش در مقابل آن یا عدم آن) است. اما این ادعا با ظاهر روایت چندان سازگاری ندارد. روایت اشعری دلالت دارد که ولد زنا بخاطر زنازاده بودن ارث نمی‌برد ولی دلالتی بر نفی مطلق نسب از زنا ندارد. درست است که مبنای توارث نسب است و به طور قطع جایی که نسب نیست وراثت هم نیست، اما عکس آن صادق نیست و بین عدم توارث و عدم نسب، ملازمه‌ای وجود ندارد (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۴۴). در موارد بسیاری با وجود نسب نیز توارث منتفی است که در این موارد از قبیل قتل مورث توسط وارث، حکم شارع به عدم توارث را نمی‌توان به مبنای ارث یعنی نسب، نسبت داد.

به علاوه قرآن کریم در آیه‌ی ۱۱ سوره‌ی مبارکه‌ی نساء تأکید می‌فرماید که احکام ارث بر اساس علم و مصلحت و حکمت کلّی الهی است. بر این اساس همان‌گونه که در مثل دلیل تنصیف سهم الارث دختر نسبت به پسر برای ما روشن نیست دلیل محرومیت ولدزنا از ارث نیز روشن نیست. حتی اگر دلائلی در این زمینه وجود داشته باشد، این دلائل به عنوان حکمت قابل توجّه‌اند و نه به عنوان علت حکم و تفاوت میان این دو مشخص است. علت حکم را می‌توان تعمیم داد (العلّه تميم داد و تُخصّص) و به واسطه‌ی آن قائل به تخصیص شد، اما حکمت حکم، توانایی چنین کاری ندارد؛ زیرا حکمت تعبیر دیگری از مقتضی است و بخصوص در مواردی که چندین مقتضی وجود داشته باشد که مقتضاهای متفاوت داشته باشند از باب مثال صدور حکم بر عدم توارث می‌تواند برای جلوگیری از سوء استفاده‌ی برخی اشخاص در ایجاد طفل خارج از خانواده و تملک میراث توسط آنان باشد و یا به منظور تنبیه زناکار. حال چگونه می‌توان گفت این نفی توارث ناشی از نفی نسب است؟ به هر حال حکم بر انتفای نسب اگر مبتنی بر فهم و برداشت علی از این روایات باشد قابل دفاع نیست.

نکته‌ی دیگری که در روایت اشعری قابل توجّه است نحوه‌ی طرح سؤال از ناحیه‌ی مسائل (سؤال کننده) است که کلّی و غیر مرتبط با حق و تکلیفی خاص بوده است. در نامه‌ای که برای امام (ع)

ارسال شده از وضعیّت کلیّ رابطه‌ی این طفل با والدین و حقوق او سؤال شده، اما امام (ع) تنها توارث را نفی نموده و همین مطلب می‌تواند گویای پذیرش نسب و سایر حقوق ناشی از آن باشد.

۳-۴- اجماع و نقد وارد بر آن

به ظاهر تنها کسی که مدّعی اجماع محصّل مبنی بر «عدم ثبوت نسب به واسطه‌ی زنا» شده است مرحوم صاحب جواهر (قدس) است که می‌فرماید: «ولدزنا شرعاً از ناحیه‌ی هیچ کدام از طرفین (زانی و زانیه) نسب ندارد.

بخاطر دستور حدیث شریف فراش که می‌فرماید فرزند از آن فراش است و زناکار محروم است و بر این مبنا است که زانی از او ارث نمی‌برد، همان گونه که او از زانی ارث نمی‌برد. ما بر این حکم به رغم تحقیق مخالفی نیافتیم، بلکه هر دو قسم اجماع (محصّل و منقول) بر آن دلالت دارد که حجت است، به علاوه اخبار مستفیض معتبری نیز بر آن دلالت دارند^۱» (نجفی، جواهرالکلام، ۲۷۵-۲۷۶)

مستفاد از عبارت یاد شده آن است که صاحب جواهر (قدّس) بر ادعای خود، به اجماع محصّل رسیده و در لسان فقهای پیشین نیز چنین اجماعی وجود داشته است. البته اجماع محصّل صاحب جواهر (قدس) نیز برای ما اجماع منقول است و ما اجماع محصّل نداریم (قبله‌ای خویی، مسائل مستحدثه، ۱۳۷) این اجماع منقولی که بر انتفای نسب در مورد اطفال نامشروع حکایت دارد از چند جهت قابل مناقشه و اشکال است:

۳-۴-۱- تردید در اصل وقوع اجماع

برخی از فقهای امامیه، پس از نفی توارث یا در محل‌هایی دیگر نسب را نفی نموده و می‌فرمایند: «ولدزنا فرزند و همسرش از او ارث می‌برند، اما پدر و مادرش و اقربای آن دو از او ارث نمی‌برند زیرا فاقد نسب شرعی از آنان است و به این دلیل، والدینش از او ارث نمی‌برند و او نیز از آنان ارث نمی‌برد» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۸، ۲۱۲)^۲ و برخی دیگر از فقها در خصوص زنا بنا بر اجماع، نسب برای زانی ثابت نمی‌شود^۳ «(محقق کرکی، پیشین، ۱۹۱) مدّعی وجود اجماع بر انتفای نسب فرزند نامشروع شده‌اند، اما در

۱ - «و اما ولدالزنا من الطرفين فلان نسب له بابیه شرعاً لاذن الولد للفراش و للعاهر الحجر و حیثئذ فلا یرثه‌ای الزانی کالعکس بلاخلاف اجده فیه بل الاجماع بقسمیه علیه و هو الحجه مضافاً الی المعترضه المستفیضه»

۲ - ولدالزنا من الطرفين یرثه ولده و زوجته لا ابواه و لا من یتقرب بهما لانتفائه عنهما شرعاً فلا یرثانه و لا یرثهما.

۳ - و اما الزنا... فلا یثبت به النسب اجماعاً.

عبارات بسیاری از فقها چنین ادعایی یافت نمی‌شود.^۱ بلکه با دقت در عبارات یاد شده، به نظر می‌رسد که فقها بر عدم توارث اجماع کرده‌اند و نه بر نفی نسب. به علاوه با دقت در عبارات آنان، دو مسأله دیگر، قابل توجه می‌نماید:

نخست) حکم به عدم انتساب طفل به والدین زناکارش استنباط خود آنان از ادله و روایات است. همان گونه که علامه‌ی حلی می‌گوید: و درخصوص میراث ولدزنا، قول معتمد برای ما قول شیخ طوسی است که در زنا سبب میراث از والدین شرعاً قطع شده و طفل به والدین ملحق نمی‌شود. بر این اساس پدر از طفل و او از پدر بنا بر اجماع ارث نمی‌برد و مادر نیز چنین است، زیرا او نیز، اولاً یکی از والدین است (و مصداق آب می‌باشد)؛ و ثانیاً به خاطر انقطاع نسب ناشی از زنا توسط شرع^۲ (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۹، ۷۸) بدیهی است این استنباط برای خود فقیه حجّت است و سایر فقها باید به ادله مراجعه و برداشت خود را مبنای تشخیص حکم قرار دهند.

دوم) حتی در بحث توارث، اجماع تنها بر عدم توارث بین طفل و زانی است اما در خصوص زانیه چون در لسان اندک فقیهانی حتی قول مخالف مبنی بر توارث بین زانیه و طفل به مقتضای برخی از روایات وجود دارد،^۳ تحقق اجماع بعید به نظر می‌رسد.

۳-۴-۲- مدرکی بودن اجماع

این اجماع در فرض وقوع نیز اجماع اصولی و واقعی نبوده بلکه مدّرکی و فاقد اعتبار اصولی است. زیرا مدرک اجماع کنندگان مشخص است یا لااقل محتمل است که حدیث فراش باشد (طباطبایی، ۱۴۲۲،

۱- خامسها: الزنا و هو یقطع النسب من الابوين فلا يرثان الولد و لا يرثهما و لا من يتقرب بهما، شهید اول، الدروس، ۲، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱، قم، ۱۴۱۴، ۳۵۱؛ ولدالزنا لا يرثه ابوه بالاجماع و هل يرثه امه قولان. ابن علامه، ایضاح الفوائد، ۴، تعلیق سید حسین موسوی کرمانی و همکاران، مؤسسه‌ی اسماعیلیان، ۱، [بی‌جا]، ۱۳۸۹، شرح ۲۴۸؛ «و المعتمد ما قاله الشيخ لنا: ان اسباب الميراث منقطع شرعا عن الابوين و لا يلحقهما و لا يرث الاب و لا يرثه اجماعاً فكذا الام لانها احدی الابوين و لانقطاع النسب. ، علامه حلی، مختلف الشیعه، ۹، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، ۱، قم، ۱۴۱۹، ۷۸؛ و لإيرث ولدالزنا الا ولده و زوجته و هو يرثهم و قيل حکمه حکم ولدالملاعنه و لإجماع علی انه لا توارث بينه و بين الزانی، یحیی بن سعید حلی، الإجماع للشرایع، تحقیق و تخریج جمعی از فضلا، المطبعه العلمیه، [بی‌جا]، قم، ۱۴۰۵، ۵۰۷؛ ولدالزنا لا يرث و لا یورث عندنا و ماله للامام ان لم یکن له وارث من ولدا و ولد ولد و لا زوج و لا زوجة و لا مولی، شیخ طوسی، المبسوط، ۴، تصحیح و تعلیق: محمد باقر بهبودی، المطبعه الحیدری، ۲، تهران، ۱۳۸۸، ۱۱۳)

۲- «و المعتمد ما قاله الشيخ لنا: ان اسباب الميراث منقطع شرعا عن الابوين و لا يلحقهما ولا يرث الاب و لا يرثه اجماعاً فكذا الام لانها احدی الابوين و لانقطاع النسب».

۳- «و لإيرث ولدالزنا الا ولده و زوجته و زوجته و هو يرثهم و قيل حکمه، حکم ولدالملاعنه و لإجماع علی انه لا توارث بينه و بين الزانی» یحیی بن سعید حلی، الإجماع للشرایع، تحقیق و تخریج جمعی از فضلا، المطبعه العلمیه، [بی‌جا]، قم، ۱۴۰۵، ۵۰۷.

۶۲۵ و ۶۲۴). در نتیجه این اجماع تنها مؤید مدرک خویش است و اعتباری فراتر از مدرک خود ندارد. در مورد دلالت حدیث فراش نیز پیشتر گفته شد که دلالت آن بر انتفای نسب ولدزنا به طور مطلق ضعیف می‌باشد.

۳-۴-۳- عدم امکان احراز کشف

اجماع اعم از منقول یا محصل هنگامی حجّت است که کاشف از قول معصوم (ع) باشد و الا اجماع فی نفسه و قطع نظر از کاشفیت، اعتباری ندارد. احراز کشف نیز همان گونه که در اصول ثابت گردیده برای ما مشکل و بلکه غیرممکن است (قبله‌ای خوبی، مسائل مستحدثه، ۱۳۸). به هر حال بسیاری از فقها قائل به انتفای نسب بین طفل نامشروع و والدین او گردیده‌اند. در عبارات آنان این اعتقاد در قالب سه تعبیر کلی مطرح گردیده است:

۳-۴-۳-۱- نفی کلی نسب

برخی فقها قائل بر عدم انتساب کلی ولدزنا (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۲۰) و نفی ولدیت لغوی و عرفی او توسط شارع و بدین اعتبار نفی تمامی آثار نسب گردیده‌اند. به ظاهر بسیاری از قول عدم انتساب همین معنا را قصد نموده‌اند؛ زیرا در ادامه خواهیم دید که در بحث علت حرمت نکاح صاحبان نطفه با چنین فرزندی، حتی قائل به عدم صدق لغوی عنوان فرزند بر ولدزنا بوده و به همین دلیل او را از شمول ادله‌ی حرمت خارج دانسته و دلایلی غیر از وجود نسب - ولو نسب عرفی - را برای حکم به حرمت ذکر می‌نمایند. صرف نظر از این که بر ادعای نفی ولدیت لغوی و عرفی، شاهد و دلیل صریح و متقنی اقامه نگردیده است؛ باید به این معنا توجه داشت، که احکام تشریعی در نظام اسلامی، مبتنی بر تکوینیات و واقعیات اعتبار می‌گردد و اعتباری محض نیست، به علاوه ماهیت نسب، اعتباری صرف نیست و منشاء آن نیز خارجی است؛ به عبارتی چون مقوله‌ی نسب اساساً خارج از عالم اعتباریات و مقوله‌ی تشریح است، بنابراین به رفع تشریعی قابل ارتفاع نیست و حقیقت فرزند بودن را نمی‌توان با تشریح دگرگون ساخت (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۷، ۸۳-۸۴)^۱ ممکن است گفته شود که نسب اگر چه منشا خارجی دارد، اما

۱ - «اما فتکون المتولده بنتاً علی حسب القانون اللغوی نعم الاحکام الشرعیة المتعلقة بالنسب منقیه هنا لحکة شرعیة اما حقیقه البنتیه و الامومیة و الاختیه فلا»

مفهومی اعتباری صرف همانند ملکیت است، و نه مفهومی انتزاعی مانند فوقیت، تحتیت و تقابل. پس در ادامه و در بحث ماهیت نسب در مقام پاسخگویی بدین اشکال بر خواهیم آمد.

۳-۴-۳-۲- نفی کلی آثار مترتب بر نسب

برخی فقها ضمن اشاره به رابطه‌ی طبیعی موجود بین ولدزنا و والدین او معتقدند این نسب شرعی نیست و شارع هیچ اثری بر این رابطه‌ی عرفی و طبیعی مترتب نمی‌نماید (نجفی، ۲۵۷-۲۵۸)^۱ این تعبیر در عمل تفاوتی با تعبیر پیشین ندارد و البته نمونه‌ی آثار این رابطه‌ی صرفاً عرفی را در بحث حرمت نکاح خواهیم دید. از سوی دیگر وقتی نسب دارای حقیقت عرفی است و شارع نسب عرفی را پذیرفته به ترتب آثار توسط عرف بر این نسب نیز توجه داشته است؛ به عبارتی تقریر حکم عرف در باب نسب به معنای تقریر آثار مسلم و پذیرفته شده از ناحیه‌ی عرف نیز هست و این آثار به صورت حکمی امضائی بر نسب عرفی مترتب می‌گردند.

۳-۴-۳-۳- نفی جزئی آثار نسب

برخی فقها (بجنوردی، قواعد الفقهیه، ۳۵ و ۴۹؛ حلی، مختلف الشیعه، ۷۸) نفی نسب را تنها به اعتبار اثر یا آثار خاصی از نسب و بخصوص ارث می‌دانند. در این دیدگاه واضح است که نفی نسب به اعتبار آثار به معنای نفی اصل نسب نیست و فقط به معنای عدم توجه شارع یا مقنن به نسب، در مقام ترتب اثر خاص است؛ به عبارتی نسب موجود در برخی احکام و آثار به رسمیت شناخته نمی‌شود. این نظر با مقتضای ادله که دلالت بر عدم توارث بین ولدزنا و والدین می‌کند، سازگارتر است.

۳-۵- دیدگاه مخالفین و دلایل آن

مخالفان بر مشهور اشکال کرده و معتقدند که ولدزنا در شرع فرزند زانی و زانیه محسوب می‌شود و بنابراین جز در موارد منصوص در تمامی احکام نسب با ولد مشروع برابر است (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۱۶ و بجنوردی، قواعد الفقهیه، ۴۴) دلایل مخالفان در ادامه بیان خواهد شد.

۱ - فلا ینبث النسب مع الزنا اجماعاً بقسمیه بل یمکن دعوی ضرورته فضلاً عن دعوی معلومیته من النصوص او تواترها فیه فلو زنی فانخلق من مائه ولد علی الجزم لم ینسب الیه شرعاً علی وجه تلحقه الاحکام و کذا بالنسبه الی امه.

۳-۵-۱- مبنای نقض مشهور

به تقریب همگی فقهای امامیه و عامّه که معتقدند ولدزنا منتسب به زانی و زانیه نمی‌شود، در بحث نکاح گفته‌اند زانی نمی‌تواند با فرزند خود که از زنا متولد شده ازدواج نماید. به رغم اتفاق در این حکم، بین فقها در خصوص علت و مبنای این حکم اختلاف شدیدی وجود دارد. حتی گفته می‌شود برخی فقهای اهل سنت (مالک و شافعی) برای گریز از این مشکل فتوا به عدم حرمت این ازدواج داده‌اند و به نحوی از مشکل به اشکل (مشکل تر) پناه برده‌اند (مغنیه، احوال شخصیه، ۱۰۰؛ امامی، مطالعه‌ی تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، ۲۵۵) البته در فقه امامیه ما به چنین فتوایی برخورد نمی‌نماییم. اما تضارب آراء در خصوص علت حرمت ازدواج زانی و زانیه با کسی که بنا بر قول همین فقها منتسب به آنان نبوده و فرزندشان محسوب نمی‌شود بخوبی مشهود است: شهید ثانی با اذعان به مشکل و مبهم بودن مسأله می‌فرماید: نویسنده‌ی شرایع (محقق حلی) می‌فرماید: «ظاهراً این ازدواج حرام است، زیرا فرزند از نطفه‌ی زناکار تولّد یافته و لغتاً فرزند او خوانده می‌شود». چون فرزند در لغت موجود زنده‌ای است که از نطفه‌ی همنوعش تولّد می‌یابد و اصل هم عدم نقل لفظ از معنای لغوی به معنایی دیگر است؛ بخصوص اگر معتقد به عدم ثبوت حقیقت‌های شرعی باشیم. اشکال این کلام آن است که اگر برای ترتّب آثار ملاک را همان صدق عنوان لغوی ولد بدانیم باید ثبوت سایر احکام مرتبط با ولد مانند اباحه‌ی نگاه کردن (والدین به فرزند و به عکس).... و غیر آن را نیز بپذیریم و اگر ملاک، انتساب شرعی فرزند به والدین باشد (و معتقد به عدم انتساب باشیم) باید هیچ یک از آثار نسب را بر این رابطه مترتّب نسازیم. حال که علت این دوگونگی در حکم مشخص نیست. برخی از علمای امامیه از جمله علامه‌ی حلی در تذکره الفقهاء و فرزندش در شرح و فقهای غیر از آن دو گفته‌اند که حکم به تحریم ازدواج اجماعی است و با اجماع ثابت شده است، بنابراین سایر احکام نسب (که با اجماع تخصیص نخورده‌اند) بر حکم اصلی خود (عدم ترتّب) باقی‌اند و هر جا نسب فرزند به والدین ملحق نشود و ولد شرعی خوانده نشود، سایر احکام (غیر از حرمت نکاح) شامل او نمی‌گردد^۱ (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۰۳-۲۰۴)

۱ - «قال المصنف: الوجه انه يحرم لانه متولد من مائه فهو يسمى ولداً لانه لان الولد في اللغة حيوان يتولد من نطفه آخر من نوعه و الاصل عدم النقل خصوصاً على القول بعدم ثبوت حقائق الشرعيه. و يشكل بان المعتبر ان كان هو صدق الولد لانه لزم ثبوت باقي الاحكام المترتبه على الولد كاباحه النظر ... و غير ذلك و ان كان المعتبر لحوقه به شرعاً فاللزام انتفاء الجميع. فالتفصيل غير واضح و لكن يظهر من جماعه من علمائنا -منهم العلامة في التذکره و ولده في الشرح و غيرهما- ان التحريم اجماعي فيثبت بذلك و تبقى الاحكام الباقية على اصلها و حيث لا يلحق نسبه و لا يسمى ولداً شرعاً لا يلحقه تلك الاحكام».

محقق کرکی نیز عباراتی شبیه همین را به کار برده و اضافه می‌نماید: «این که [سایر آثار نسب را نپذیرفته‌ایم] با حرمت نکاح منافاتی ندارد زیرا حلیت فروج امری توقیفی است که متوقف بر وجود نص است و در صورت نبود نصی بر حلیت بنا بر اصل عدم حلیت، حلیت منفی است. پس در حلیت فروج عدم یقین و نداشتن قطع بر حرمت، [برای حلیت] کافی نیست زیرا مبنا در این موارد رعایت کمال احتیاط است» (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۹۲).

علامه‌ی حلی می‌فرماید: «شیخ طوسی در الخلاف و المبسوط قائل بر این است که نکاح با دختر متولد از زنا بر زانی حرام است و در «الخلاف» خویش به دو صورت بر صحت این قول استدلال نموده است؛ اول: در اثر زنا با زن نکاح با دختر زن بر زانی حرام می‌شود و حرمت به واسطه‌ی زنا (مانند نکاح صحیح) نشر می‌یابد و اینجا دختر، دختر زن است و مقتضای احتیاط آن است که از نکاح با این دختر دوری نماید. ثانیاً: بر اساس سخن خدای تعالی مبنی بر حرمت ازدواج با دختران خویش و این دختر اگرچه شرعاً دختر او نیست اما لغتاً دختر اوست. و ابن ادریس نیز قائل به حرمت این نکاح شده اما نه از این جهت بلکه از جهت آن که دختر متولد از زنا کافره است و نکاح با کافره برای مرد مسلمان حلال نیست و از سوی دیگر دختر شرعی او نیست و عرف شرعی بعداً واقع و عرف لغوی را تحت تأثیر قرار داده است و البته این سخن درست نیست زیرا اولاً: در مورد کفر ولدزنا دلیلی وجود ندارد و قابل پذیرش نیست و ثانیاً: طریان و وقوع بعدی عرف شرعی (عرف متشرعه) در این مورد نیز مردود است، زیرا در آیه‌ی شریفه‌ی «مادرانشان، جز زنانی که آنان را زاییده‌اند نیستند». ولادت به طور مطلق (اعم از ولادت ناشی از زنا یا ولادت شرعی) آمده، چه این که فرزند اناث متولد شده بر حسب قواعد لغوی دختر زن و مرد است. بله، احکام شرعی مترتب بر نسب، اینجا به خاطر حکمت شرعی بر این رابطه بار نمی‌گردد، اما حقیقت دختر بودن و مادر بودن و خواهر بودن را نمی‌توان تغییر داد و در این مسأله اگر چه فقها بر این حکم اتفاق نظر دارند اما در مورد علت آن اختلاف دارند^۲ (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۷، ۸۳-۸۴).

۱- «و لا ینافی ذلك تحريم النکاح لان حل الفروج امر توفیقی فیتوقف فیه علی النص و بدونہ بنتنی باصالة عدم الحل فلا یکفی فی حل الفروج عدم القطع بالمحرم لانه مبنی علی کمال الاحتیاط».

۲- المخلوقه من ماء الزانی تحرم علیه قاله الشیخ فی الخلاف و المبسوط و استدلال علیه فی الخلاف بوجهین: الاول: انه اذا زنی بامراه حرم علیه بنتها و انتشرت الحرمه و هذه بنتها و طریقہ الاحتیاط یقتضی تجنب هذه الثانی: قوله تعالی: (و بناتکم) و هذه بنته لغه و ان لم تکن شرعاً و قال ابن ادریس: بالتحریم ایضاً لکن لا من هذه الحیثیه بل من حیث ان بنت الزنا کافره و لا یحل علی المسلم نکاحها و لیس بنتاً له شرعاً و عرف الشرع هو الطاری علی عرف اللغه و هذا الکلام خطا اما اولاً: فللمنع من کفر ولدالزنا و ای دلیل ظهر له علی ذلك و اما ثانیاً: فللمنع من طریان عرف شرعی فی ذلك لقوله تعالی: (ان امهاتهم الالائی ولدنهم) فجعل المولده مطلقاً اما فتکون المتولده بنتاً علی

حضرت امام خمینی (ره) نیز پس از تقسیم نسب به شرعی و غیر شرعی می‌فرماید: اگر چه احکام شرعی مترتب بر نسب، از جمله توارث و غیره به نسب شرعی اختصاص دارد اما ظاهر و بلکه مورد یقین است که موضوع حکم حرمت نکاح اعم است و شامل نسب غیر شرعی نیز می‌گردد...^۱ (امام خمینی (ره)، تحریرالوسیله، ۲، ۲۶۵) صاحب جواهر (قدس) نیز در عبارتی بیان می‌دارد: «از روایات ظاهر می‌گردد که تحریم نکاح ذاتی است و نسب شرعی در آن تأثیر و مدخلیتی ندارد»^۲ (نجفی، جواهرالکلام، ۲۵۷). کوتاه سخن، مهمترین استدلال‌هایی که فقهای طرفدار مشهور، برای حکم به حرمت نکاح فرزند با والدین طبیعی بیان فرموده‌اند بدین شرح است:

۴- استدلال‌های فقهای طرفدار مشهور

۴-۱- استدلال اول

فرزند متولد از زنا اگرچه ولد شرعی نیست اما ولد لغوی هست (پیشین) و لذا مشمول دلائلی که از دواج با فرزند را تحریم نموده‌اند می‌باشد (نساء، ۳۳).

نقد و اشکال: همان گونه که در عبارات فقها آمد، شهید ثانی بر این استدلال اشکال نموده که اگر ولد زنا در لغت فرزند باشد، چون احکام تابع عناوین هستند باید تمامی آثار نسب را حائز شود و نه فقط اثر حرمت نکاح را. به نظر می‌رسد که این اشکال قابل اعتنا نیست؛ غیر از بحث توارث که روایات درخصوص آن صراحت دارند، ترتب یا عدم ترتب سایر آثار نسب محل بحث است و فارغ دانستن خود از این مسأله و مبنا قرار دادن اعتقاد به عدم ترتب سایر آثار برای اشکال، به نحوی مصادره به مطلوب است. ممکن است بر این سخن اشکالی دیگر وارد شود که اطلاق ادله و حکم عرف بر ولدیت فرزند ناشی از زنا توسط عرف متشرعه تخصیص خورده و به عبارتی متشرعه تنها فرزند مشروع را فرزند می‌دانند و بنابراین ادله‌ی حرمت شامل فرزند نامشروع نمی‌گردد. این اشکال نیز قابل رد است: اصل اتحاد عرفین دلالت بر یکی بودن عرف عام و عرف متشرعه دارد مگر آن که خلاف آن و تعارض این دو عرف اثبات

حسب القانون اللغوی نعم الاحکام الشرعیه المتعلقه بالنسب منقیه هنا لحکمه شرعیه اما حقیقه البتیه و الامومیه و الاختیه فلا و هذه المساله و ان اتفقا علی الحکم فیها لکن الخلاف فی العله.

۱- و الاحکام المترتبه علی النسب الثابته فی الشرع من التوارث و غیره و ان اختصت بالاول لکن الظاهر بل المقطوع ان موضوع حرمه النکاح اعم فیعم غیر الشرعی....

۲- بل یظهر من النصوص ان التحريم ذاتی لا مدخلیه للنسب الشرعی فیه.

گردد. به علاوه برخلاف عرف عام، اعتبار عرف و سیره‌ی متشرّعه منوط به احراز معاصر بودن سیره‌ی عملی آنان با زمان معصوم (ع) و تقریر شارع است، در غیر این صورت حجّیت نخواهد داشت (گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ۲۷۴) و البته همراهی نظر شارع ولو با تقریر در این مسأله احراز نگردیده است. بنابراین باید به مقتضای اصل عدم نقل، فرزند بودن فرزند نامشروع را پذیرفت.

۴-۲- استدلال دوم

ولد زنا نه شرعاً و نه لغتاً فرزند نیست و بر این اساس آثار شرعی مترتب بر این عنوان را واجد نیست؛ دلیل حرمت نکاح با او تنها اجماع فقها است.

نقد و اشکال: اگرچه بنا به اعتقاد برخی (محقق داماد، بررسی فقهی حقوق خانواده، ۶۶) این استدلال قابل پذیرش است اما اشکال استدلال اخیر آن است که این اجماع را نه همه‌ی فقها بلکه برخی به عنوان دلیل حرمت آورده‌اند و وقوع آن محل تردید است. عدّه‌ای از فقهای متأخر نظیر محقق ثانی و شهید ثانی نیز بر آن اشکال نموده‌اند (گروه فقه و حقوق، روش‌های نوین تولید مثل، ۳۴۲). به علاوه اجماع منقول همان طور که گفته شد در صورتی حجّت است که کاشف از قول معصوم (ع) باشد و این کاشفیّت احراز گردد، که نزد ما محرز نیست.

۴-۳- استدلال سوم

برخلاف سایر امور و افعال بندگان که در آنها اصل، حلیّت و اباحه است؛ در نکاح به مقتضای احتیاط، اصل، عدم حلیّت است. بنابراین چون در این مورد نصی که حاکی از حلیّت ازدواج با فرزند ناشی از زنا باشد نداریم به مقتضای اصل عدم حلیّت حکم بر حرمت این ازدواج می‌نماییم.

نقد و اشکال: این استدلال محقق کرکی که در مورد ولدزنا باید نصی حاکی از حلیّت باشد عجیب است؛ با این ادعا لازم است که در مورد تمامی کسانی که نکاح با آنان حلال است نصی وجود داشته باشد و الا ازدواج با آنان حرام است. چنین ادعایی خلاف آیات قرآنی است که در آنها به ذکر موارد حرمت بسنده شده است (نساء، ۲۲ و ۲۳) و نیز تصریح گردیده که غیر از محرّمات مذکور (صنوف پانزده‌گانه) ازدواج با سایر زنان بر شما حلال است. به هر حال در بحث نکاح نیز به خلاف ادعایی که مطرح گردیده است اصل بر حلیّت است و نه حرمت؛ بر این اساس شارع موارد حرمت را که استثنایی هستند تصریح فرموده است.

گویا محقق کرکی در سخن خویش به روایت علاء بن سیّاب از حضرت صادق (ع)^۱ نظر داشته که به طور مطلق بر وجوب احتیاط در فروج دلالت می‌نماید. به دلالت این روایت اگر به جهتی از جهات موضوعی یا حکمی در مورد حرمت یا حلیت ازدواج با صنفی یا شخصی خاص دچار شک و تردید غیر قابل حل گردیم، باید به مقتضای احتیاط از ازدواج خودداری نماییم. واضح است که این روایت گویای حکم واقعی در این موارد نیست و تنها برای خروج از بلا تکلیفی مکلف در چنین وضعیتی او را از ازدواج منع می‌نماید. بنابراین احتیاط را نمی‌توان به عنوان مبنای حکم حرمت تلقی نمود، بلکه به ظاهر اصل حکم با دلیل دیگری ثابت است و در اینجا به مقتضای آن حکم، به احتیاط استناد می‌گردد. این حکم همان حرمت ازدواج با فرزند است و به نظر می‌رسد چون نفی فرزند بودن ولدزنا به طور کلی محل تردید است لذا باید به مقتضای احتیاط عمل نمود و الا اگر یقین بر فرزند نبودن او داشتیم محلی برای احتیاط وجود نداشت. پس قول محقق کرکی گویای مبنای حرمت نیست و مشکل کماکان پابرجا است.

۴-۴- استدلال چهارم

ولد زنا محکوم به کفر است و چون والدین مسلمان هستند و ازدواج آنان با کافر ممنوع است در نتیجه نمی‌توانند با او ازدواج نمایند.

نقد و اشکال: این اعتقاد که منسوب به ابن ادریس است فاقد دلیل و شاهد بوده و دفاع از آن مشکل است. بر این اساس فقهای متأخر ایشان در این ادعا با وی موافق نبوده و آن را نپذیرفته‌اند. (حلی، مختلف الشیعه، ۸۳ و ۸۴) به علاوه سستی این استدلال را در نتیجه‌ی آن نیز به خوبی می‌توان مشاهده نمود. اگر طفل پس از بلوغ کلمه‌ی شهادت را بر زبان جاری نماید، دیگر نمی‌توان چنین فردی را کافر دانست اما باز هم فقها ازدواج او با والدین را نمی‌پذیرند.

۱- و یاسناده عن العلاء بن سیّاب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة وكلت رجلاً بأن يزوجهما من رجل فقيل الوكالة فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوجها ثم إنهما أنكرت ذلك الوكيل، و زعمت أنها عزلته عن الوكالة فأقامت شاهدين أنها عزلته، فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟ قال قلت: يقولون: ينظر في ذلك فان كانت عزلته قبل أن يزوجه فالوكالة باطلة و التزويج باطل، و إن عزلته و قد زوجها فالتزويج ثابت على ما زوج الوكيل، و على ما أنفق معها من الوكالة إذا لم يتعد شيئاً مما أمرت به و اشترطت عليه في الوكالة، قال: ثم قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل؟ قلت: نعم يزعمون أنها لو وكلت رجلاً و أشهدت في الملاء و قالت في الخلا «الملاء أشهدوا اني قد عزلته» و «أبطلت وكالتها بلا أن تعلم في العزل، و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة و في غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد فقال عليه السلام، سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده إن النكاح أحرى و أحرى أن يختاط فيه و هو فرج، و منه يكون الولد.

۴-۵- استدلال پنجم

حرمت در اثر زنا همانند حرمت با نکاح صحیح نشر می‌یابد و چون مرد با مادر دختر زنا نموده است، دختر این زن بر او حرام است.

نقد و اشکال: این استدلال تنها در موردی قابل طرح است که رابطه از طرف زن زنا نبوده و داخل در موارد شبهه می‌باشد. در این مورد زن مادر طفل محسوب می‌شود و به علت زنا با مادر، ازدواج با دختر تحریم می‌گردد. اما در غالب موارد زنا که زن و مرد هر دو بر حرمت عمل خویش واقفاند، همان طور که طفل به پدر منتسب نیست به مادر نیز منتسب نمی‌باشد و با این اشکال مواجهیم که زانیه نیز مادر دختر متولد شده نیست تا بتوان گفت مرد با مادر او زنا نموده است. در نتیجه مشکل همچنان پابرجا خواهد بود.

۴-۶- استدلال ششم

آثار شرعی مترتب بر نسب شرعی است اما مورد نکاح استثنایی است و بر نسب غیرشرعی نیز مترتب می‌گردد. این استدلال در بیان حضرت امام خمینی (ره) پیشتر ذکر گردید.

نقد و اشکال: چون حرمت نکاح از جمله‌ی آثار شرعی است به ظاهر مبنای این نظر آن است که احکام را می‌توان به دو دسته تقسیم نمود:

- دسته‌ی اول: احکام مبتنی بر نسب نامشروع و رابطه‌ی عرفی، که مصداق آن حرمت نکاح با محارم است؛

- دسته‌ی دوم: احکام مبتنی بر نسب و رابطه‌ی شرعی مانند ارث. به این اعتبار، ولد زنا چون ولد شرعی نیست ارث نمی‌برد اما چون ولد طبیعی است حرمت ازدواج با او ثابت می‌شود.

برخی (قبله‌ای خویی، مسائل مستحدثه، ۱۴۷ و ۱۴۸) بر این استدلال اشکال نموده‌اند که: «این تحقیق در مقام ثبوت و تصور قابل توجیه است، و لکن در مقام و مرحله‌ی اثبات مشکل است؛ زیرا اگر ادله‌ی احکام را در نظر بگیریم و آیات شریفه‌ی ارث و محرمات نسبی را مطالعه کنیم، روشن می‌شود که ولد در همه‌ی آیات فوق به یک مفهوم است و تفکیک بین آنها دلیل ندارد». این درحالی است که تفکیک مذکور بدون دلیل نبوده و ناشی از تخصیص اطلاق آیات ارث به واسطه‌ی روایات معتبر در مبحث ارث

است که برخی فقها از آن تعبیر به نفی نسب به اعتبار ارث نموده‌اند.^۱ به هر حال، چه گفته شود نسب به اعتبار ارث (در بحث ارث) نفی شده و چه گفته شود ولد در آیات ارث بر ولد نامشروع نیز شمول دارد و او در اینجا نیز به حقیقت ولد است اما به واسطه‌ی اخبار، حکم توارث بین او و والدین منتفی شده است، اختلاف در الفاظ است. در این تردیدی نیست که آثار نسب مشروع و نسب نامشروع یکسان نیست و اثبات این تفاوت به واسطه‌ی روایات معتبری مانند روایت اشعری ممکن است.

در مقام نتیجه‌گیری و جمع بندی استدلال‌ها باید گفت: فقهای که قائل‌اند ولد زنا به طور کلی نسب ندارد، دلایلی برای حکم به حرمت نکاح آورده‌اند که هیچ یک خالی از اشکال و اقعاع کننده برای پذیرش این حکم نیست. از میان این اقوال دیدگاه حضرت امام خمینی (ره) راجح است. از عبارت معظم له برداشت می‌شود که ایشان وجود نسب عرفی برای اطفال نامشروع را پذیرفته و این نسب را دارای آثاری می‌داند. از این دیدگاه می‌توان استنباط نمود که چون ولد زنا دارای نسب است - هر چند این نسب به ظاهر غیرشرعی و فقط عرفی است - و در عرف و لغت فرزند محسوب می‌شود مشمول ادله‌ی حرمت نکاح است.

به هر حال به نظر می‌رسد علت حرمت نکاح ولدزنا با والدین آن است که ولدزنا هم در لغت و عرف فرزند است و بنابراین مشمول عمومات ادله‌ی تحریم (نساء، ۲) می‌باشد. نظر برخی حقوقدانان (گرچی و همکاران، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، ۴۲۰ و ۴۲۱) در این رابطه نیز قابل توجه است که گفته‌اند: «در عرف ایران و بسیاری از جوامع متمدن امروزی کودک نامشروع، فرزند والدین محسوب است و در قانون مدنی و فقه امامیه نیز اینگونه کودکان با والدین خود بیگانه نیستند. به همین دلیل است که قانونگذار و شارع ازدواج بین فرزند نامشروع و والدین و سایر اقارب نسبی را همانند فرزند قانونی و شرعی ممنوع و حرام و باطل می‌دانند؛ زیرا بین اطفال مشروع و نامشروع از جهت بیولوژیکی، ژنتیکی، اخلاقی و اجتماعی تفاوتی وجود ندارد».

حال آیا این نسب عرفی فقط در بحث حرمت نکاح دارای آثار است یا آثار دیگری نیز بر آن مترتب است؟ پاسخ به این سؤال را در ادامه پی خواهیم گرفت.

۵- ماهیت نسب

۱- نفی النسب بملاحظه الارث لا مطلقاً و لذلك يحرم على الزاني تزويج بنته من الزنا اجماعاً بل ضرورة، سيد حسن بجنوردی، القواعد الفقهية، تحقيق مهدي مهریزی و محمد حسين درایتی، ۴، نشر هادی، ۱، قم، ۱۴۱۹، ۴۸.

نسب امری انتزاعی است که منشاء آن پدیده‌ای مادی و امری حقیقی و خارجی است؛ آن منشاء خارجی (منشاء انتزاع) همان رابطه‌ی والد و مولود بودن (تولد) است. هنگامی که صاحب نطفه و طفل متولد شده از نطفه‌ی او به عنوان دو امر واقعی در ذهن مقایسه و تطبیق داده می‌شود، یا ذهن به درک رشد و نمو جنین و اندام‌های طفل از نطفه‌ی زن و مرد می‌پردازد، رابطه‌ی نسب را بین صاحبان نطفه و طفل متخلّق از آن انتزاع و درک می‌نماید. شاهد بر صحّت این نظر، نخست، آیات قرآنی هستند که اعتبار صرف را برای ایجاد نسب رد می‌نمایند. (فرقان، ۵۴؛ احزاب، ۴ و ۵) اگر نسب صرفاً رابطه‌ای اعتباری تلقی می‌گردد، وجود و عدم آن در اختیار مُتَّعِبِر بود و می‌شد با اعتبار آن، میان فرزند خوانده و زن و مرد پذیرنده‌ی سرپرستی، نسب را اعتبار کرد در حالی که قرآن به صراحت این نحو اعتبار را رد نموده است. شاهد دیگر، وضعیّت قوانین و حقوق اکثر کشورهای جهان (عرف و سیره‌ی عقلا) است. در این قوانین با اندک اختلافی از رابطه‌ی طبیعی و واقعی موجود عنوان نسب انتزاع و بر آن آثار متعدّدی مترتب گردیده است. در این قوانین، چون حقیقت نسب منتزاع از امور واقعی و تکوینی قلمداد می‌گردد، قانونگذار، اولاً: نمی‌تواند با وضع قانون نسبی را که موجود نیست اثبات و ایجاد نماید، و ثانیاً: نمی‌تواند نسبی را که وجود دارد نفی نماید. البته این سخن به معنای نفی اختیار و توانایی قانونگذار در عدم پذیرش بخشی از آثار نسب، بخاطر مصالح یا مفاسد اجتماعی نیست.

بنابراین می‌توان نسب را چنین تعریف نمود: «نسب، رابطه‌ای است که توسط عرف، از پیدایش انسانی از انسان دیگر انتزاع و بر آن آثاری مترتب می‌گردد». این تعریف گویای آن است که نسب ماهیتی انتزاعی (با منشاء خارجی) دارد و امری صرفاً اعتباری نیست؛ لذا با رفع تشریحی مرتفع نمی‌گردد (بجنوردی، ۳۶۶). به علاوه شارع در قضیه‌ی نسب ملاکات عرفی را تقریر نموده است و چون عرف پذیرش نسب و نیز اعتبار و ترتب آثار غیر از ولادت ملاک دیگری ندارد، بنابراین میان انواع مختلف نسب (مشروع و نامشروع) در ماهیت، تمایزی قائل نیست.

۶- حقیقت عرفی نسب (بحث لفظی)

مخالفین مشهور معتقدند: ولد حقیقت شرعیّه ندارد، بلکه هر چه از عرف و لغت درباره‌ی ولد فهمیده می‌شود، در لسان شرع نیز همان ملاک است و در صورت شک، جریان دو اصل معتبر یعنی «اصاله‌ی عدم

۱ - و الحاصل كون الولد المخلوق من ماء رجل و من بطن امراه ولدا لها امر تکوینی بمعنی ان الانتساب بينه و بينها ليس امرا اعتباريا بالعرض خارجی و له حظ من الوجود فی الخارج، و لا يرتفع بالرفع التشريعی. نعم يمكن ان يرفعه الشارع باعتبار آثاره الشرعی ...

النقل در الفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیّه» بلا اشکال است (قبله‌ای خویی، مسائل مستحدثه، ۱۳۸) نتیجه‌ی این سخن آن است که چون ولد زنا در لغت فرزند است، در شرع نیز فرزند است.

نقد و اشکال: هرچند لفظ ولد در معنای عرفی بر فرزند نامشروع نیز اطلاق می‌گردد اما این لفظ توسط عرف و سیره‌ی متشرّعه به معنای ولد مشروع نقل شده و اطلاق آن دچار تقيید شده و بنابراین منصرف از ولد نامشروع است.

برای دفع این اشکال باید به لوازم آن توجه نمود. لازمه‌ی چنین اشکالی آن است که نخست اثبات گردد سیره‌ی مردم متشرّع آن است که ولد نامشروع را ولد نمی‌خوانند که البته با دقت متوجه می‌شویم که چنین نیست. حتی در فرض اثبات وجود چنین سیره‌ای باید اثبات گردد که سیره‌ی متشرّعه و فقهای معاصر ائمّه‌ی معصومین (ع) نیز همین بوده که این اتصال و تقریر توسط شارع محرز نیست. پس چنین سیره‌ای توانائی نقل یا تقيید حکم عرف را ندارد. به علاوه در حالتی که مکتب عرف شیعه، روایات ضعیف را هم توانمند برای رد عرف نمی‌داند و بر این باور است که ردع جز به صورت جدی و متناسب با قوت عرف و به وسیله‌ی منع و نهی‌های مکرر به ویژه در مواردی که میدان کاربرد عرف به شمار می‌آید، امکان پذیر نیست؛ (گلباغی ماسوله، درآمدی بر عرف، ۲۸۸) با چنین قوتی که عرف لفظی دارد به واسطه‌ی چنین اشکالی از اعتبار ساقط نمی‌گردد.

۷- فقدان دلیل بر نفی نسب از زنا

دلیلی بر نفی نسب از زنا وجود ندارد و در هیچ یک از نصوص شرعی (کتاب و سنت) نیامده که ولدزنا ولد نیست و یا پدر شرعی ندارد؛ تنها نصوصی در باب نفی توارث وجود دارد که ملازمه با نفی نسب ندارند. بنابراین ولدزنا به والدینش ملحق می‌شود و آثار و احکام فرزند شرعی را دارد الا ما خرج بالدلیل (مگر آثاری که با دلیل شرعی به صراحت از این نسب نفی گردیده باشد).

نگارنده نیز با دلیل صریحی که ولدیت فرزند ناشی از زنا را نفی نماید مواجه نگردیده و ادعا را در این حد، قابل پذیرش می‌داند.

۸- تقيید حدیث فراش، توسط سایر روایات

این استدلال متوجه مهم‌ترین دلیل استنادی مشهور یعنی حدیث فراش است. حتی اگر حدیث فراش دلالت بر نفی نسب داشته باشد، این دلالت و اطلاق آن به وسیله‌ی اخبار خاص دیگری مقید شده

است؛ مانند صحیح‌های محمد بن مسلم از امام صادق (ع) که امام فرمودند: مانی که مرد حر، عبد و مشرک در یک طهر با زنی نزدیکی کنند و سپس هر سه ادعای ولد (رابطه‌ی پدر و فرزندی) نمایند، بین آنان قرعه انداخته می‌شود و فرزند اختصاص به کسی دارد که قرعه به نام او بیرون آید.^۱

روایات دیگری مثل صحیح سلیمان بن خالد و ابی بصیر (طباطبایی بروجردی، جامع الاحادیث الشیعه، ۲۱، ۱۱۶ و ۱۱۷ و ۱۱۸) نیز وجود دارند که همگی دلالت بر آن دارند که در صورت نبود فراش، نسب ناشی از زنا صحیح است. بنابراین حدیث فراش تنها بر انتفای نسب بین طفل و والد او در فرض وجود فراش معتبر دلالت دارد. در این فرض به حکم شارع در حدیث فراش، فرزند منتسب به صاحب فراش محسوب می‌شود. اما در غیر این فرض به مقتضای سایر اخباری که ذکر شد فرزند منتسب به والدین زناکار است.

۹- لزوم رعایت عدالت

قرآن کریم در آیه‌ی ۸ سوره‌ی مائده می‌فرماید: دشمنی با جماعتی، شما را به ترک عدالت نکشانند. عدالت بورزید که به پرهیزگاری نزدیکتر است و از خداوند پرهیزید که خداوند به آنچه می‌کنید آگاه است.^۲ بدون شک عدالت ورزی دامنه‌ای گسترده دارد و هم اعمال و هم آراء و نظرات را در بر می‌گیرد. بنابراین به مقتضای این آیه باید دقت نمود و به دور از هر گونه پیش‌داوری و در کمال بیطرفی به بررسی احکام شرعی پیرامون حقوق اطفال نامشروع پرداخت، تا مبادا دشمنی بحق با فعل قبیح زناکار ما را از احقاق حقوق فرزندان بیگناه متولد شده از آنان دور نماید.

در این راستا برخی از فقها در تأویل روایات پیرامون اطفال ناشی از زنا بر توجّه تامّ به عدل الهی تأکید می‌نمایند. ایشان ضمن بیان روایاتی که پیرامون طفل متولّد شده از زنا نقل می‌گردد و این توهّم را ایجاد می‌نمایند که ولدزنا داخل بهشت نمی‌شود اگرچه گناه نکند و اطاعت خدا نماید و یا ولدزنا نجس است و ... و سپس تأویل برخی از این روایات و رفع توهّمات، در نهایت می‌گوید: حاصل سخن آن که هر روایتی که در مقام [بیان طرد بدون دلیل و مجازات بدون گناه ولدزنا] باشد مخالف با عدل الهی است و باید به

۱- إذا وقع الحر و العبد و المشرك بامرأه في طهر واحد فادعوا الولد اقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه. ، شيخ كليني، الكافي؛ جلد ۵، چاپ ۳، تهران: دار الكتب الاسلاميه، ۱۳۶۷، ۴۹۱؛ حر عاملی، وسائل الشیعه؛ ۱۴، تحقیق و تصحیح و تذهیب: شیخ محمد رازی، [بی‌جا]، بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی‌تا]، ۵۶۷.

۲- و لا یجرمنکم شنآن قوم علی ان لا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوی.

نحوی تأویل گردد تا این مخالفت برطرف گردد و اگر تأویل ممکن نبود باید آن روایت طرح شده و از درجه‌ی اعتبار ساقط گردد^۱ (بجنوردی، القواعد الفقهیه، ۳۸۲).

از این سخن می‌توان برداشت نمود که هر چند ولد زنا به خاطر نحوه‌ی تکوین و تولد از زنا و عمل قبیح، در باطن خود اقتضای بدیها و تمایل بیشتری به انحراف دارد و بر همین اساس از احراز منصب حساسی مانند قضاوت و ... منع شده است؛ اما بحث ما مسائل تکوینی نیست بلکه بحث تشریح احکامی است که طفل را در معرض تضییع، تضییق، ضرر و نابودی قرار می‌دهند. چنین احکامی عقلاً قبیح‌اند و قبح عقلی آنها کاشف از عدم تشریح آنها می‌باشد. پس باید از ایجاد تضییقات و محرومیت‌های بدون دلیل صریح برای ولدزنا اجتناب نمود و تا حد امکان برابری حقوقی او با سایر افراد را پذیرفت. بخصوص که عدالت به معنای صرف احترام به حقوق فعلی اشخاص نیست بلکه برابری در بهره‌برداری از فرصت‌ها را نیز شامل می‌شود (مدرسی، ۱۳۸۱، ۳۴۲).

بر این اساس قرار دادن محدودیت‌های بیشتر یا تبعیض‌آمیز در مسیر حرکت و پیشرفت اجتماعی اولاد ناشی از زنا یا در روابط آنان به نحوی که موجب منع آنان از به کارگرفتن تمامی تلاش‌ها و به ظهور رساندن استعدادها و مواهبشان گردد، نقض عدالت خواهد بود.

۱۰- نظریه‌ی قابل پذیرش

دیدگاه موافقان و مخالفان مشهور و دلایل هر یک از طرفین مورد بررسی قرار گرفت. در دیدگاه مشهور نوعی ملازمه بین نفی نسب و حکم حرمت زنا برقرار گردیده است. اما از نظر اصولی ثابت شده است بین حکم تکلیفی و وضعی ملازمه‌ای نیست؛ به عبارتی شارع مقدس و قانونگذار برای زنا حرمت قائل شده و زناکار را به شدت مجازات می‌نمایند اما این امر با بطلان مطلق عمل او و عدم نسب بین او و طفل ناشی از زنا ملازمه‌ای ندارد. بنابراین نفی نسب در مورد زنا نیازمند دلیل دیگری غیر از گناه بودن زنا و قابل مجازات بودن مرتکب آن است. دلایل مشهور اعم از روایات و اجماع نیز همان طور که بیان شد دلالت بر انتفای نسب در مورد ولدزنا ندارند. پس به نظر می‌رسد که قول به عدم انتساب طفل ناشی از زنا و سایر اولاد نامشروع به والدین و عدم صدق عنوان فرزند بر آنان خالی از اشکال نباشد و قول مخالف آن راجح است.

۱- و الحاصل ان کل روايه كان في هذا المقام مخالفاً للعدل الالهي فلا بد و ان يؤول و ان لم يمكن تاويله فلا بد و ان يطرح.

۱۱- نسب ناشی از زنا در حقوق

قانونگذار ایران در ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی در خصوص نسب ناشی از زنا بیان می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود». قریب به اتفاق حقوقدانان در خصوص معنای این ماده برآنند که مطابق ماده طفلی که از زنا متولد شده است منتسب به زناکار نبوده و چنین طفلی را نمی‌توان فرزند زناکار دانست (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ۳۲۱). البته اگر عمل یکی از پدر و مادر به علت شبهه یا اکراه، زنا یا در حکم آن تلقی نگردد، طفل منتسب به مشتبه و مکره خواهد بود (صفایی و امامی، حقوق خانواده، ۱۱۰ و ۱۱۱). اما آیا این برداشت صحیح است و ماده در این معنا صراحت دارد؟

در پاسخ و به عنوان مقدمه باید گفت از دیدگاه اصولی لفظی که فاقد ظهور باشد و بروشنی بر معنا و مفهوم خویش دلالت نکند، حجیت نداشته و پیش از رفع اجمال قابل استناد نیست. قابلیت استناد ماده در انتفای نسب ناشی از زنا نیز منوط به صراحت حکم در معنای نفی نسب یا دست کم ظهور عرفی آن در این معنا است. چنین ظهوری با پشتوانه‌ی عرف و بنای عقلا اعتبار خواهد یافت. برخلاف آنچه که در مورد ظهور حکم ماده در نفی نسب ناشی از زنا گفته می‌شود به نظر می‌رسد که ماده چنین ظهوری ندارد و عرف نیز چون نسب این گونه طفلی را پذیرفته و در سایر مواد قانونی نیز به تعریف متفاوتی از نسب برخورد نمی‌نماید، در داوری پیرامون معنای آن عدم الحاق را با عدم انتساب مترادف نمی‌یابد. در نتیجه برای درک عبارات به کار گرفته شده در ماده تفحص و رفع ابهام را ضروری می‌بیند. ابهام ماده در دو لفظ نمود دارد:

لفظ اول- «زانی»: اجمال موجود در لفظ زانی، به لحاظ تردید در شمول آن بر زن زناکار است. چون زانی به معنای مرد زناکار است و با توجه به معنای ظاهری آن ماده در ارتباط با زن زناکار ساکت است. البته برخی از حقوقدانان (پیشین) گفته‌اند لفظ «زانی» در ماده به رغم آن که در صیغه‌ی مذکر استعمال گردیده اما نمی‌توان آن را منصرف از مادر طبیعی (زانیه) دانست و با اتکای به معنای ظاهری این لفظ رابطه‌ی قانونی نسب بین طفل نامشروع و مادر طبیعی او را با تمام آثارش پذیرفت. زیرا ممکن است این لفظ از باب تغلیب استعمال شده باشد. از سوی دیگر مقنن در ماده‌ی ۱۱۶۷ از فقه اسلامی (قول مشهور) تبعیت کرده که از نظر آنان تفاوتی بین زانی و زانیه در انتساب طفل وجود ندارد. مدلول ماده‌ی ۸۸۴ قانون مدنی مبنی بر عدم توارث بین پدر و مادر و اقربای آنان با طفل و نیز مواد ۱۱۶۵ و ۱۱۶۶ همان قانون که در موارد شبهه، نسب طفل را فقط به هر یک از ابویین (اعم از پدر و مادر) که در اشتباه بوده مشروع

می‌داند نیز مؤید عدم تفاوت زانی و زانیه در عدم الحاق طفل است. به نظر می‌رسد ادعای شمول لفظ زانی بر زن زناکار قابل پذیرش است. اما سایر مطالب عنوان شده در باب نفی نسب ولدزنا محل تأمل می‌باشد. لفظ دوم - «ملحق نمی‌شود»: در ادامه به چگونگی ابهام این عبارت و نحوه‌ی رفع آن پرداخته می‌شود. به طور کلی در مورد معنای عدم الحاق دو نظریه و دیدگاه عمده وجود دارد که به نظر می‌رسد می‌توان نظریه‌ی سومی را نیز بر آنها افزود:

۱-۱۱- دیدگاه اول: عدم انتساب و انتفای نسب

غالب حقوقدانان معتقدند عدم الحاق به معنای عدم انتساب و نفی نسب است. این حقوقدانان معتقدند که قانون با تبعیت از فقه اساساً فرزند ناشی از زنا را فرزند نمی‌داند و چنین فرزندی از نظر قانونی با والدین خویش بیگانه است. برخی (شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، ۱۸۳) در توجیه علت نفی نسب گفته‌اند بنا بر ظاهر ماده قانونگذار زنا را مانع تحقق نسب دانسته است، که این مورد تنها استثنای عدول قانونگذار از نظر عرف در بحث نسب است و در سایر موارد که زنا صدق نمی‌نماید برای انتساب طفل به شخصی که صاحب نطفه است مانعی تصور نمی‌شود.

از عبارت برخی از فقها (نجفی، جواهرالکلام، ۲۵۶) نیز که اصل را ترتب حکم نسب شرعی بر نسب لغوی دانسته‌اند، مانعیت زنا در انتساب برداشت می‌گردد. برخی دیگر از حقوقدانان (عبده بروجردی، کلیات حقوق اسلامی، ۲۵۲ و ۳۰۵) در مورد این حکم بر این اعتقادند که در نسب دو چیز شرط است: یکی آن که در عرف و عادت آنها را به یکدیگر نسبت دهند و دیگر آن که این انتساب قانونی باشد. بنا بر نظر اخیر قانونگذار برای پذیرش و به رسمیت شناختن نسب، علاوه بر انتساب عرفی شرطی دیگر را به تبعیت از فقه لازم می‌داند و آن تکون نطفه‌ی طفل در اثر رابطه‌ی جنسی مشروع یا رابطه‌ایی است که در حکم رابطه‌ی مشروع باشد.

چون زنا داخل در این موارد نیست به لحاظ فقدان شرط مشروعیت ذاتی یا حکمی رابطه‌ی جنسی، رابطه‌ی طبیعی و عرفی که بین طفل و والدین زناکارش ایجاد می‌شود محترم نمی‌باشد. پس قانونگذار اعتبار نکردن نسب، والدین طبیعی را از حقوق والدین مشروع محروم می‌نماید.

به ظاهر این نظر، نظر غالب است و البته با نظر اول متفاوت است. زیرا به طور قطع بین مانعیت زنا در انتساب و شرط بودن تحقق نسب در چارچوب شرعی (ازدواج) یا در حکم آن، تفاوت وجود دارد.

۱۱-۲- دیدگاه دوم: نفی آثار یا اثری از آثار نسب

برخی معتقدند در مورد ولدزنا نسب تنها به اعتبار ارث نفی شده و بدان اعتنا نمی‌شود. پس ولدزنا نسب دارد و در سایر جهات شرعاً و لغتاً به زانی و زانیه ملحق می‌گردد (قبله‌ای خویی، مسائل مستحدثه، ۱۴۵). این نظریه در مذاکرات اعضای هیأت عمومی دیوان عالی کشور و رأی وحدت رویه‌ی شماره ۶۱۷ - ۱۳۷۶/۴/۳ نیز مطرح و مورد تأکید قرار گرفته است (دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ۲۱۴-۲۱۶).

۱۱-۳- دیدگاه سوم: عدم جریان اماره‌ی فراش

علاوه بر معانی یاد شده می‌توان معنای دیگری را از عدم الحاق برداشت نمود. آن که برخلاف طفل متولد از رابطه‌ی مشروع، طفل متولد از زنا را نمی‌توان به واسطه‌ی اماره‌ی فراش به زانی ملحق نمود. پس معنای سوم عدم الحاق آن است که اماره‌ی فراش در نسب ناشی از زنا راه ندارد. یکی از قرائنی که این احتمال را تقویت می‌نماید استفاده از لفظ زانی در ماده است زیرا فراش اختصاص به مرد دارد. قرینه‌ی دیگر مباحث مطروحه در مواد سابق بر ماده ۱۱۶۷؛ یعنی مواد ۱۱۵۸ به بعد قانون مدنی می‌باشد. در باب نسب (باب اول کتاب هشتم قانون مدنی) تعریفی از نسب مشاهده نمی‌شود. ماده‌ی ۱۱۶۶ به دو نوع نسب یعنی نسب مشروع و نامشروع اشاره می‌نماید. در سایر مواد مسائل اثباتی یعنی آیین نفی ولد، مفهوم اماره‌ی فراش و موارد جریان این اماره به عنوان اماره‌ی قانونی در اثبات نسب مشروع بیان گردیده است. پس این احتمال وجود دارد که ماده‌ی ۱۱۶۷ نیز در ادامه‌ی سایر مواد و ناظر بر بحث اثباتی نسب باشد و نه بحث ماهیتی وجود یا انتفای نسب برای ولدزنا. از عبارات برخی حقوقدانان نیز این معنا استفاده می‌گردد. (کاتوزیان، حقوق خانواده، ۶۷) البته در قیاس با دو معنای پیشین احتمال اخیر ضعیف‌تر به نظر می‌رسد.

۱۱-۴- دیدگاه قابل پذیرش

بسیاری از حقوقدانان برای درک معنای عدم الحاق از دیدگاه مشهور فقها تبعیت نموده‌اند. همان طور که در عمل، هرگاه با سکوت یا اجمال مواد قانونی مواجه می‌شوند آن را حمل بر مشهور فقها می‌نمایند. اما پذیرش مشهور در موارد اجمال قانون منوط به عدم احراز منظور مقنن با توجه به سایر مواد قانونی و روح قانون است. روح قانون جوهر آن و محرک واژه‌ها است و معنای واقعی آن را بیان می‌کند

پس اگر بتوان با استفاده از آن ابهامات قانون را روشن نمود و رفع اجمال نمود به لحاظ عدم اجمال، دیگر نوبت به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر نمی‌رسد. حال که در تجزیه ناپذیری روح قانون و عبارات قانون در جهان واقعیت نباید تردید کرد؛ (نوبخت، شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی، ۲۱۶) پس حمل موارد اجمال بر مشهور فقها آخرین راه حل رفع اجمال است. بخصوص اگر توجه کنیم که مقنن خود در موارد عدیده‌ای از احکام قانونی، قول ضعیف را برگرفته زیرا آن را با وجود عدم شهرت، در مبانی و استدلال‌ها و نیز در کاربرد عملی آن در روابط اجتماعی درست‌تر و قوی‌تر یافته است. بنابراین معنای ماده با توجه به سایر مواد مرتبط مورد بررسی قرار خواهد گرفت تا روشن شود آیا مقنن به طور کلی در این مسأله از نظر مشهور پیروی نموده یا خیر.

۱۱-۵- ماده‌ی ۸۸۴ قانون مدنی

این ماده به بحث ارث و ولد زنا پرداخته و به صراحت حکم به نفی توارث بین طفل ناشی از زنا با والدین و اقارب آنان نموده است. برخی این حکم را در تأیید عدم انتساب ولدزنا به والدین مورد اشاره قرار داده‌اند. اما باید پرسش نمود اگر ماده‌ی ۱۱۶۷ نسب را نفی کرده باشد خود به خود آثار نسب از جمله توارث منتفی خواهد بود؛ پس چه لزومی به اختصاص دادن حکمی صریح به عدم توارث بود؟ نیز باید پرسید چرا قانونگذار این رویه (بیان صریح نفی یک اثر خاص) را در سایر آثار مانند حضانت، ولایت و نفقه ترک نموده و این آثار را به صراحت رد نموده است؟ آیا این عدم رد سایر آثار به معنای پذیرش تلویحی آنها و به عبارتی وجود نسب نیست؟ به علاوه این ماده زانی و زانیه را با الفاظ «پدر»، «مادر» و «ابوین» مورد اشاره قرار می‌دهد که نشانه‌ی صدق عناوین عرفی مذکور بر آنان و گویای وجود نسب عرفی بین طفل و والدین نامشروع است. از سوی دیگر ماده پس از موادی آمده که متضمن حکم قانونگذار مبنی بر مانعیت قتل، کفر و لعان برای ارث هستند. (مواد ۸۸۱ تا ۸۸۳ قانون مدنی.) و برداشت منطقی از این ترتیب آن است که قانونگذار تولد از زنا را نیز از جمله‌ی موانع ارث می‌داند (جعفری لنگرودی، دوره حقوق مدنی (ارث)، ۱، ۷۸). واضح است که مانعیت نیز در صورت نبود مقتضی وراثت (نسب) بی‌معنی خواهد بود.

۱۱-۶- ماده‌ی ۱۰۴۵ قانون مدنی

در این ماده مقرر گردیده است: نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است اگرچه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد.

بیشتر استدلال‌های طرفداران مشهور مطالعه گردید. آنان حاضر به پذیرش این که حکم حرمت نکاح بین طفل و والدین او ناشی از قرابت موجود بین آنان است نبوده و مبنای این حکم را اجماع و غیر آن می‌دانستند. بیان قانونگذار در ماده‌ی ۱۰۴۵ قانون مدنی گویای آن است که در اثر زنا نیز قرابت - که مترادف با نسب در معنای عام است - حاصل می‌گردد و به علت این قرابت و نسب موجود، طفل ناشی از زنا نمی‌تواند با اقارب نسبی خویش ازدواج نماید. در این ماده نیز اختلاف نظر مقنن و مشهور فقها جلوه‌گر است. در حالی که در فقه مباحث بیشتر پیرامون علت حرمت نکاح بین طفل و والدین مطرح شده است و در این مورد هم اختلاف شدیدی وجود دارد. مقنن حرمت نکاح را ناشی از قرابت دانسته و آن را به تمامی اقارب نسبی تسری داده است. همین امر دلالت بر پذیرش نسب عرفی از ناحیه قانونگذار دارد.

۱۱-۷- اصل ۲۰ قانون اساسی

این اصل بیان می‌دارد: همه‌ی افراد ملت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همه‌ی حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلامی برخوردارند. با پذیرش معنای انتفای نسب طفل ناشی از زنا و رد تمامی آثار نسب که ملازمه با پذیرش این معنا دارد، تعارض ماده با اصل مذکور اجتناب ناپذیر خواهد بود. حال آن که در موارد ابهام و اجمال قانون عادی باید معنایی را پذیرفت که با اصول قانون اساسی موافق به نظر برسد، زیرا فرض این است که قانونگذار هیچ گاه از آن اصول تجاوز نمی‌کند (کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق خانواده، ۱۴۷). بنابراین به مقتضای اصل ۲۰ قانون اساسی باید اجمال ماده را به نحوی تفسیر کرد که تبعیض به حداقل برسد. بر مبنای آنچه گذشت به نظر می‌رسد قانونگذار ایران به طور کامل از مشهور فقها پیروی ننموده است.

با جمع مواد قانونی می‌توان ادعا نمود که حکم عدم الحاق تنها ناظر بر توارث است و نه نفی نسب ناشی از زنا یا نفی تمامی آثار این نسب. بنابراین دیدگاه دوم نسبت به سایر دیدگاه‌ها قوی‌تر و قابل‌پذیرش‌تر می‌باشد.

ممکن است اشکال گردد که اگر قانونگذار منظورش عدم الحاق در ارث بود چرا به صراحت بیان ننموده است؟ به رغم آن که اشکال بر نحوه‌ی بیان قانونگذار وارد است؛ می‌توان مبنای ماده را در عبارات فقها یافت.

لفظ «عدم الحاق» در عبارات فقها، بیشتر در بحث آثار نسب و بخصوص ارث استعمال شده است (حلی، مختلف الشیعه، ۹، ۷۸؛ نجفی، جواهرالکلام، ۲۵۷ و ۲۵۸). هرچند فقهای طرفدار مشهور در عبارات دیگری از لفظ «عدم انتساب» نیز استفاده نموده‌اند (همان، ۲۷۵ و ۲۷۶؛ محقق کرکی، جامع المقاصد، ۱۲، ۱۲۰ و ۱۹۱).

پس اگر قانونگذار قصد پذیرش نظر مشهور را داشت مانند این فقها به صراحت در حکم خود بیان می‌نمود که ولد زنا نسبی ندارد یا منتسب به والدین نیست. اما در حکم خود از این لفظ صریح در نفی نسب استفاده نکرده است.

۱۲- نتایج و پیشنهادات

۱- نفی نسب طفل متولد از زنا و سایر روابط نامشروع، تنها به اعتبار اثر یا آثار خاصی از نسب و بخصوص ارث است.

در این دیدگاه نفی نسب، به معنای نفی اصل نسب نیست و فقط به معنای عدم توجّه شارع یا مقنن به نسب، در مقام ترتب اثر خاص است؛ به عبارتی نسب موجود در برخی احکام و آثار به رسمیت شناخته نمی‌شود. این نظر با مقتضای ادله که دلالت بر عدم توارث بین ولدزنا و والدین دارند سازگارتر بوده و قابل پذیرش است.

از دیدگاه اخیر نسب عرفی ولدزنا نیز شرعی است. زیرا هنگامی که شارع حکم عرف را در قضیه‌ای تقریر نماید، این حکم به یک اعتبار حکم عرف و به اعتبار تقریر حکم شارع خواهد بود؛ بنا بر این نسب عرفی را می‌توان شرعی قلمداد نمود.

ممکن است اشکال شود که در قضیه‌ی نسب طفل متولد از زنا، شارع این نسب را رد نموده و حکم عرف را نپذیرفته است. اما در واقع این اشکال فاقد دلیل متقن بوده و آنچه به عنوان دلیل شرعی بدان استناد می‌گردد تنها ناظر بر اثر خاص (ارث) و منصرف از اصل نسب است.

اشکال قابل طرح دیگر آن است که با این سخن که نسب عرفی، شرعی است تمایز میان نسب مشروع و نامشروع برداشته شده و نسب ناشی از زنا هم نسب شرعی دانسته می‌شود. پاسخ آن است که شرعی قلمداد نمودن نسب عرفی و طبیعی به معنای برداشتن مرز بین نسب مشروع و نامشروع و پذیرش یکسان بودن این دو از تمامی جهات نیست.

نسب مشروع در معنای خاص خود منصرف از نسب ناشی از زنا است، زیرا شرایط شرعی تکوّن نطفه، در نسب ناشی از زنا محقق نگردیده است.

در واقع منظور از شرعی بودن نسب، پذیرش نسب عرفی طفل متولد از زنا توسط شارع به وسیله‌ی تقریر است؛ اما به معنای به رسمیت‌شناختن این نسب در تمامی مقولات و آثار، همانند نسب دارای شرایط شرعی نیست. در نتیجه نسب مشروع و نامشروع تنها در زمینه‌ی آثار متمایز می‌باشند.

۲- قانونگذار ایران اگرچه با عبارت طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود، به ظاهر مشهور فقها را پذیرفته است؛ اما با توجه به سایر مواد قانونی که به وجود نسب برای طفل ناشی از زنا اشاره دارند و نیز با توجه به تقسیم نسب به دو گونه‌ی مشروع و نامشروع (۱۶۶ق.م) و نفی انحصاری توارث بین ولدزنا و والدین طبیعی، پذیرش معنای نفی نسب برای عبارت ملحق نمی‌شود دشوار است و باید از ظاهر ماده دست کشید.

در واقع عدم الحاق مورد نظر قانونگذار به طور دقیق آن چیزی که مشهور فقها می‌گویند نمی‌باشد. با لحاظ سایر مواد قانونی که به نحوی مبین اراده‌ی قانونگذار هستند به نظر می‌رسد عدم الحاق تنها ناظر بر ارث است و مدلول ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی نه نفی نسب، بلکه نفی آثار و آن هم نه نفی تمامی آثار بلکه نفی اثری خاص یعنی ارث است که البته در این حکم بین زن و مرد زناکار (پدر و مادر طبیعی) تفاوتی وجود ندارد.

۳- در صورت مراجعه به فتاوی و منابع فقهی معتبر برای رفع ابهام مواد قانونی پیرامون نسب طفل متولد از زنا، چون نظر امام خمینی (ره) به عنوان ولی فقیه در تعارض با مشهور فقها است - دیدگاهی که مبنای رأی وحدت رویه‌ی شماره ۶۱۷-۱۳۷۶/۴/۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است- پذیرش نظر معظم له ارجح است و البته رویه‌ی قضایی نیز این معنا را پذیرفته است.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. امامی، اسداله، ۱۳۴۹، مطالعه‌ی تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه؛ مجموعه‌ی حقوق تطبیقی، شماره‌ی ۵، چاپخانه‌ی موسوی، تهران.

۳. بجنوردی، سید محمد حسن، ۱۴۱۹، القواعد الفقهيّه، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، جلد ۴ و ۵، قم: نشر هادی، چاپ ۱.
۴. بحرانی، شیخ یوسف (معروف به محدث بحرانی و محقق بحرانی)، ۱۴۰۹، حدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲۵، مؤسسه‌ی نشر اسلامی تابع جامعه‌ی مدرسین قم، قم، چاپ ۱.
۵. جبعی عاملی، زین الدین (معروف به شهید ثانی)، ۱۴۱۶، مسالک الافهام، جلد ۷ و ۸، مؤسسه‌ی معارف اسلامی، قم، چاپ ۱.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۴، دوره‌ی حقوق مدنی، ارث؛ جلد ۱، کتابخانه‌ی گنج دانش، تهران، چاپ ۵.
۷. حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، بی‌تا، وسائل الشیعه، ج ۱۳ و ۱۴ و ۱۷، تحقیق و تصحیح و تزییل: شیخ محمد رازی، [بی‌جا]، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
۸. حرم پناهی، محسن، ۱۳۸۲، تلقیح مصنوعی، روش‌های تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، تهران.
۹. حلّی، شیخ حسن بن یوسف بن مطهر (معروف به علامه‌ی حلّی)، ۱۴۱۸، مختلف الشیعه؛ جلد ۷ و ۹، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، چاپ ۱.
۱۰. حلّی، شیخ ابی طالب محمد بن الحسن بن یوسف بن مطهر (معروف به ابن علامه)، ۱۳۸۹، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، جلد ۴، تعلیق سید حسین موسوی کرمانی و همکاران، [بی‌جا]: مؤسسه‌ی اسماعیلیان، چاپ ۱.
۱۱. حلّی، یحیی بن سعید، الجامع للشرایع، ۱۴۰۵، تحقیق و تخریج جمعی از فضلا، [بی‌جا]، المطبعه العلمیه، قم، چاپ ۱.
۱۲. خمینی، روح الله، ۱۳۹۰، تحریرالوسیله؛ جلد ۲، مؤسسه‌ی مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، چاپ ۲.
۱۳. دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، ۱۳۷۸، مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور سال، دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، تهران، چاپ ۱.
۱۴. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۵، مجموعه مقالات حقوقی، مجد، تهران، چاپ ۱.
۱۵. صفایی، سید حسین و اسداله امامی، ۱۳۷۴، حقوق خانواده؛ جلد ۲، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ ۱.
۱۶. طباطبایی، سید علی، ۱۴۲۲، ریاض المسائل، جلد ۱۲، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، چاپ ۱.

۱۷. طباطبایی بروجردی، سید حسین (گروه محققان تحت نظارت معظم له)، ۱۴۱۲، جامع احادیث الشیعه؛ جلد ۲۱، [بی‌چا]، المهر، قم.
۱۸. طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن (معروف به شیخ طوسی)، ۱۳۸۸، المبسوط، جلد ۴، تصحیح و تعلیق: محمد باقر بهبودی، المطبعه الحیدری، تهران، چاپ ۲.
۱۹. عبده بروجردی، محمد، ۱۳۸۱، کلیات حقوق اسلامی، انتشارات رهام، تهران، چاپ ۱.
۲۰. قبله‌ای خوبی، خلیل، ۱۳۸۷، مسائل مستحدثه؛ انتشارات سمت و دانشکده‌ی علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، چاپ ۱.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴، دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی، خانواده، نشر میزان، تهران، چاپ ۱.
۲۲. -----، حقوق مدنی، ۱۳۸۵، خانواده، جلد ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ ۷.
۲۳. کرکی، شیخ علی بن الحسین (معروف به محقق کرکی و محقق ثانی)، ۱۴۱۱، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۱۲، مؤسسه‌ی آل‌البیت (ع) لاحیاء التراث، قم، چاپ ۱.
۲۴. کلینی رازی، ابی جعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق، ۱۳۶۷، الکافی، جلد ۵، دار الکتب الاسلامیه، تهران، چاپ ۳.
۲۵. گرجی، ابوالقاسم و همکاران، ۱۳۸۴، بررسی تطبیقی حقوق خانواده، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ ۱.
۲۶. گروه فقه و حقوق و روانشناسی پژوهشکده‌ی ابن سینا، ۱۳۸۰، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، سمت، تهران، چاپ ۱.
۲۷. گلباغی ماسوله، سید علی جبار، ۱۳۷۸، درآمدی بر عرف، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، قم، چاپ ۱.
۲۸. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۰، بررسی فقهی حقوق خانواده، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ ۸.
- . مدرسی، سید محمد تقی، ۱۳۸۱، ارزش‌های والای خلقت و فلسفه‌ی تطبیقی حقوق، ترجمه‌ی حمید رضا آژیر، انتشارات محبتان الحسین (ع)، تهران، چاپ ۱.
۳۰. مغنیه، محمد جواد، ۱۳۷۹، احوال شخصیه، ترجمه‌ی مصطفی جباری و حمید مسجد سرای، انتشارات ققنوس، تهران، چاپ ۱.
۳۱. مکی عاملی، شیخ محمد بن جمال الدین (معروف به شهید اول)، ۱۴۱۴، الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، جلد ۲، مؤسسه‌ی نشر اسلامی، قم، چاپ ۱.

۳۲. نجفی، شیخ محمد حسن (معروف به شیخ جواهری)، ۱۳۶۸، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۹،

دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ ۱.

۳۳. نوبخت، حسین، ۱۳۸۸، شیوه‌های تفسیر قوانین مدنی، انتشارات فروزش، تبریز، چاپ ۱.