





دانشکده ادبیات و علوم انسانی

**پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی فقه و حقوق
گرایش حقوق خصوصی**

حجیت روش‌های نوین در اثبات و نفی نسب

استاد راهنما

دکتر سعید صفی شلمزاری

استاد مشاور

دکتر رشید قدیری

پژوهشگر

امین کریمی

شهریور ۱۳۹۷



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه آقای امین کریمی جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد: **فقه و حقوق گرایش حقوق خصوصی** با عنوان **"حجیت روش‌های نوین در اثبات ونفی نسب"** در تاریخ ۱۳۹۷/۰۶/۱۰ با حضور هیأت داوران زیر بررسی و با رتبه عالی مورد تصویب نهایی قرار گرفت.

۱. استاد راهنمای پایان نامه:

امضاء دکتر سعید صفی شلمزاری با مرتبه علمی استادیار

۲. استاد مشاور پایان نامه:

امضاء دکتر رشید قدیری بهرام‌آبادی با مرتبه علمی استادیار

۳. استاد داور پایان نامه:

امضاء دکتر حمید نادری با مرتبه علمی استادیار

امضاء دکتر خاطره شاهین فرد مرتبه علمی استادیار

مسئولیت کلیه عقاید و نظراتی که در این پایان نامه آورده شده است به عهده نگارنده بوده و دانشکده ادبیات و علوم انسانی هیچ مسئولیتی را در این زمینه تقبل نمی نماید.

دکتر محمدرضا مرادی

معاون پژوهشی و تحصیلات تکمیلی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

بسمه تعالی

تعهد نامه

اینجانب **امین کریمی** با شماره دانشجویی ۹۵۱۵۰۳۴۰۴ دانشجوی رشته‌ی فقه و حقوق گرایش حقوق خصوصی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد اظهار می‌کنم که این پایان‌نامه حاصل پژوهش خودم بوده و در جاهایی از آن که از منابع دیگران استفاده کرده‌ام، نشانی دقیق و مشخصات کامل آنرا نوشته‌ام. همچنین تعهد می‌نمایم که بدون مجوز استاد راهنمای پایان‌نامه‌ام دستاوردهای آنرا منتشر ننموده و یا در اختیار غیر قرار ندهم. در ضمن کلیه حقوق مادی و معنوی حاصله از نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های ناشی از تحقیق موضوع این پایان‌نامه متعلق به دانشگاه شهرکرد است.

نام و نام خانوادگی: امین کریمی

تاریخ و امضا

با تشکر از زحمات خانواده و اساتید محترم

تقدیم به حضرت فاطمه زهرا (س)

چکیده

حفظ نسب و مشخص بودن آن پایه و اساس تمام شرایع آسمانی و نسل‌های گذشته بوده است و با توجه به اهمیتی که دارد؛ شارع مقدس در دین اسلام، فقهای امامیه در مباحث فقهی و همچنین قانون‌گذار نیز در این خصوص دلایل متعددی ارائه نموده است. نسب یک حکم وضعی است که تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند: نکاح، رضاع و مواردی از این قبیل می‌باشد که با توجه به پیشرفت علم و کشف راه‌های جدید اثبات و نفی نسب این سوال مطرح می‌باشد که آیا راه‌های اثبات و نفی نسب تبعدی و انحصاری بوده و فقط موارد مطرح شده در فقه حجیت دارند و یا اینکه ابزارها و روش‌های علمی جدید نیز مانند آزمایش ژنتیک و DNA هم قابل اثبات یا نفی هستند؟ با توجه به پیشرفت علم و همچنین نداشتن نص خاص در مورد مسائل جدید و همچنین دقت نسبی این روش‌ها و احتمال تعارض با ادله فقهی، در این پایان‌نامه درصدد بررسی این هستیم که اولاً در مورد حجیت روش‌های نوین از نظر فقهی حقوقی بحث و بررسی لازم را انجام دهیم و در مرحله بعد در مورد تقدم و تأخر در رجوع به این مباحث و در پایان در خصوص تعارض ادله فقهی با این روش‌های نوین به طور جامع خواهیم پرداخت. این تحقیق به صورت توصیفی و روش اصلی گردآوری مطالب، کتابخانه‌ای و اسنادی است و روش گردآوری مطالب هم به صورت فیش-برداری می‌باشد و از نرم‌افزارهای فقهی و مقالات سایت‌های معتبر اینترنتی هم استفاده شده است.

واژگان کلیدی: نسب، نفی نسب، اثبات نسب، اماره فراش، روش‌های نوین، DNA، تعارض، حجیت

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
فصل اول: کلیات و مفاهیم	۵
۱-۱ کلیات.....	۵
۱-۱-۱ بیان مسئله.....	۵
۲-۱-۱ اهداف اصلی طرح.....	۵
۳-۱-۱ پرسش‌ها.....	۵
۴-۱-۱ طرح فرضیه.....	۶
۵-۱-۱ پیشینه تحقیق و بررسی منابع.....	۶
۶-۱-۱ مواد و روش اجرا.....	۷
۲-۱ مفاهیم.....	۷
۱-۲-۱ نسب در لغت.....	۷
۱-۲-۱-۱ نسب در اصطلاح فقه و حقوق.....	۷
۲-۲-۱ خویشاوندی.....	۷
۳-۲-۱ نسب عام و نسب خاص.....	۸
۴-۲-۱ انواع نسب.....	۸
۱-۴-۲-۱ نسب مشروع.....	۸
۲-۴-۲-۱ نسب ناشی از شبهه.....	۸
۳-۴-۲-۱ نسب ناشی از زنا.....	۹
۴-۴-۲-۱ نسب ناشی از تلقیح مصنوعی.....	۱۰
۵-۲-۱ راه‌های اثبات نسب مشروع.....	۱۰
۱-۵-۲-۱ کیفیت اثبات رابطه زوجیت.....	۱۰
۲-۵-۲-۱ کیفیت اثبات نسب مادری.....	۱۰
۳-۵-۲-۱ کیفیت اثبات نسب پدری.....	۱۱
۶-۲-۱ اماره.....	۱۱
۱-۶-۲-۱ انواع اماره.....	۱۱
۲-۶-۲-۱ تعارض اماره قانونی و اماره قضایی.....	۱۳
۷-۲-۱ دلیل.....	۱۳
۸-۲-۱ تعارض.....	۱۴
۱-۸-۲-۱ شرایط وقوع تعارض.....	۱۴
۲-۸-۲-۱ راه‌های رفع تعارض.....	۱۵
۹-۲-۱ لعان.....	۱۵
۱۰-۲-۱ قاعده فراش.....	۱۶
۱۱-۲-۱ اقرار.....	۱۶
۱-۱۱-۲-۱ اقرار به خویشاوندی.....	۱۷
فصل دوم: اثبات، نفی و انواع دعاوی نسب	۱۹
۱-۲ اثبات نسب.....	۱۹

۲۰	۱-۱-۲ موضوعیت یا طریقیّت ادله اثبات نسب
۲۰	۲-۱-۲ قاعده فراش
۲۱	۱-۲-۱-۲ بررسی مدرک فقهی قاعده فراش
۲۱	۲-۲-۱-۲ مفردات حدیث:
۲۲	۳-۲-۱-۲ ترکیب الفاظ قاعده الولد للفراش:
۲۲	۴-۲-۱-۲ اعتبار اماره فراش
۲۳	۵-۲-۱-۲ توجیه اماره فراش
۲۳	۶-۲-۱-۲ موارد اجرای قاعده فراش
۲۳	۷-۲-۱-۲ شرایط اثبات نسب با توسل به اماره فراش
۲۳	۱-۷-۲-۱-۲ اقل و اکثر مدت حمل
۲۴	۲-۷-۲-۱-۲ قولهای مربوط به ابتدای مدت حمل
۲۴	۳-۱-۲ اقرار به نسب
۲۵	۱-۳-۱-۲ شرایط اقرار به نسب
۲۵	۲-۳-۱-۲ اقرار به فرزندى صغیر
۲۵	۳-۳-۱-۲ اقرار به خویشاوندی
۲۶	۴-۳-۱-۲ آزمایش DNA
۲۶	۱-۴-۳-۱-۲ DNA در تعیین نسب
۲۶	۲-۴-۳-۱-۲ تاریخچه DNA
۲۷	۳-۴-۳-۱-۲ روشهای آزمایش DNA
۲۸	۴-۴-۳-۱-۲ حجیت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قطعی با توجه به حجیت قطع
۲۹	۵-۴-۳-۱-۲ نظرات در مورد استفاده از آزمایش DNA
۳۰	۵-۳-۱-۲ آزمایش خون
۳۲	۶-۳-۱-۲ انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب
۳۳	۲-۲ نفی نسب
۳۳	۱-۲-۲ لعان
۳۳	۱-۱-۲-۲ لعان در اصطلاح فقها
۳۴	۲-۲-۲ ماهیت لعان
۳۴	۳-۲-۲ اسباب لعان
۳۵	۱-۳-۲-۲ شرایط اجرای لعان
۳۶	۴-۲-۲ شرایط ملاعن و ملاءنه
۳۶	۵-۲-۲ لعان به سبب انکار فرزند
۳۶	۶-۲-۲ تشریفات و شرایط لعان
۳۷	۷-۲-۲ آثار لعان
۳۷	۳-۲ نفی ولد به وسیله روش های نوین
۳۸	۱-۳-۲ حجیت فقهی حقوقی DNA در نفی نسب
۳۹	۲-۳-۲ دلایل مورد استناد موافقین پذیرش DNA در نفی نسب
۳۹	۳-۳-۲ ادله مورد استناد نظریه عدم پذیرش حجیت آزمایش DNA در نفی نسب

۴۰ ۴-۲ انواع دعاوی نسب
۴۰ ۱-۴-۲ اثبات نسب بین والدین و فرزندان
۴۰ ۱-۱-۴-۲ اثبات نسب پدری
۴۰ ۱-۱-۱-۴-۲ اثبات نسب پدر از سوی مادر طفل:
۴۲ ۲-۱-۱-۴-۲ اثبات نسب پدر از سوی فرزند
۴۲ ۳-۱-۱-۴-۲ اثبات نسب پدری از سوی پدر
۴۲ ۲-۱-۴-۲ اثبات نسب مادری
۴۳ ۱-۲-۱-۴-۲ اثبات نسب مادری از سوی فرزند
۴۳ ۲-۲-۱-۴-۲ اثبات نسب مادر از سوی پدر طفل
۴۳ ۳-۲-۱-۴-۲ اثبات نسب مادری از سوی مادر
۴۴ ۲-۴-۲ اثبات نسبیت خویشاوندی
۴۶ ۳-۴-۲ دعاوی اثبات رابطه طبیعی و خونی
۴۹	فصل سوم: تعارض امارات فقهی حقوقی با روش های نوین اثبات نسب
۵۰ ۱-۳ تعریف تعارض
۵۰ ۱-۱-۳ معنای لغوی تعارض
۵۰ ۲-۱-۳ تعارض در اصطلاح اصول
۵۰ ۳-۱-۳ انواع تعارض
۵۱ ۴-۱-۳ تفاوت تعارض با تراحم
۵۱ ۵-۱-۳ وجوه اشتراک تراحم با تعارض
۵۱ ۶-۱-۳ وجوه افتراق تراحم با تعارض
۵۱ ۷-۱-۳ شرایط تعارض ادله
۵۱ ۱-۷-۱-۳ شرایط عمومی تعارض
۵۳ ۲-۷-۱-۳ شرایط اختصاصی تعارض
۵۳ ۸-۱-۳ موارد تعارض مستقر
۵۳ ۹-۱-۳ موارد تعارض بدوی
۵۴ ۱۰-۱-۳ راه حل رفع تعارض بدوی
۵۵ ۱۱-۱-۳ نمونه های اجرای جمع عرفی
۵۶ ۱۲-۱-۳ راه حل رفع تعارض مستقر
۵۶ ۱۳-۱-۳ قواعد اولیه عقلی در مورد تعارض ادله
۵۷ ۱۴-۱-۳ قاعده شرعی در مورد ادله ی متعارض
۵۷ ۱۵-۱-۳ تعارض اماره قانونی و اماره قضایی:
۵۸ ۱۶-۱-۳ تعارض اماره فراش و روش های نوین
۵۸ ۱۷-۱-۳ دلیل
۵۸ ۱۸-۱-۳ اقسام نظام ادله
۵۹ ۱۹-۱-۳ اقسام دلیل
۶۰ ۲۰-۱-۳ امارات
۶۴	منابع

مقدمه

نسب یک حکم وضعی است که تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند: نکاح، رضاع، وطی به شبهه و مواردی از این قبیل می‌باشد. با توجه به پیشرفت علم و کشف راه‌های جدید اثبات و نفی نسب، این سوال مطرح می‌شود که آیا راه‌های اثبات و نفی نسب تبعدی و انحصاری بوده و فقط موارد مطرح شده در فقه حجیت دارند؟ یا اینکه ابزارها و روش‌های علمی جدید نیز مانند آزمایش ژنتیک و DNA هم قابل اثبات یا نفی هستند؟ شارع مقدس و قانون‌گذار به نسب و حفظ نسب اهمیت داده‌اند، در نتیجه سعی بر آن شده که در این پایان‌نامه ابتدا به چیستی و تعریف و انواع نسب بپردازیم سپس به روش‌های نفی و اثبات نسب پرداخته و در ادامه به حجیت این روش‌ها در نفی و اثبات نسب و بررسی تعارض این روش‌ها و انواع تعارض‌ها پرداخته شود تا متوجه شویم که آیا واقعاً بین این موارد تعارضی وجود دارد یا خیر؟ و اگر وجود دارد از چه نوعی است؟ و با فرض وجود تعارض، تکلیف چیست؟

شارع مقدس در دین اسلام و فقهای امامیه در مباحث فقهی و همچنین قانونگذار نیز در خصوص حفظ نسب دلایل متعددی ارائه نموده است. از سوی دیگر برخی از احکام فقهی بر مبنای شناخت رابطه فرزندی و خویشاوندی استوار است که از باب نمونه می‌توان به تبعیت فرزند از والدین در اسلام و کفر، قصاص، محرومیت، حقوق طرفینی و مباحث فراوان دیگری که متوقف بر مشخص بودن نسب است؛ اشاره نمود.

با توجه به پیشرفت علم و همچنین نداشتن نص خاص در مورد مسائل جدید و همچنین دقت نسبی این روش‌ها و احتمال به وجود آمدن تعارض با ادله فقهی، در این پایان‌نامه درصدد بررسی این هستیم که در ابتدا در مورد حجیت روش‌های نوین از نظر فقهی حقوقی بحث و بررسی لازم را انجام دهیم و سپس در مرحله بعد در مورد تقدم و تاخر در رجوع به این مباحث بپردازیم. در پایان نیز در خصوص تعارض ادله فقهی با این روش‌های نوین به طور جامع بحث خواهیم کرد.

فصل اول

کلیات و مفاهیم

۱-۱ کلیات

۱-۱-۱ بیان مسئله

حفظ نسب نزد شارع مقدس و فقهای امامیه دارای اهمیت بسزایی است. قانون جمهوری اسلامی ایران که برگرفته از فقه شیعی است نیز این مساله را مورد توجه قرار داده و در این باره دلایل متعددی ارائه نموده از جمله ادله شناخت رابطه فرزندی و خویشاوندی و یا تبعیت فرزند از والدین در اسلام و کفر، مسائل قصاص، محرومیت از ارث و... در تعریف نسب آمده: نسب یک حکم وضعی است که تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند: نکاح، رضاع، وطی به شبهه و مواردی از این قبیل می‌باشد. مساله مهم این است که روش‌های جدید اثبات و نفی نسب همانند آزمایش ژنتیک و DNA دارای حجیت فقهی بوده یا اثبات و نفی نسب به عنوان یک روش انحصاری و تعبدی است؟ مساله دیگر که در این باره مطرح می‌شود این است که با توجه به پیشرفت علم و ادله علمی و ظنی بودن اکثر ادله اثبات نسب از سوی دیگر آیا این روش‌های جدید با توجه به دقت بودن آن‌ها و همچنین احتمال خطاپذیری آن‌ها حجیت دارند؟ و در صورت تعارض این گونه روش‌ها با ادله فقهی تکلیف چیست و چگونه باید حکم نمود؟

۱-۱-۲ اهداف اصلی طرح

اثبات اینکه روش‌های نوین در اثبات و نفی نسب حجیت دارند و ادله‌ی اثبات نسب انحصاری نبوده و در صورت تعارض روش‌های نوین و ادله‌ی فقهی قوانین باب تعارض اعمال می‌گردد.

۱-۱-۳ پرسش‌ها

پرسش اصلی اول:

آیا روش‌های نوین در اثبات نسب حجتند؟

پرسش اصلی دوم:

آیا روش‌های نوین همانند آزمایش ژنتیک و خون و DNA و... علاوه بر اثبات نسب در نفی نسب نیز حجتند؟

پرسش فرعی اول:

در رجوع به روش‌های اثبات و نفی نسب، کدام یک از این روش‌ها مقدم است؟

پرسش فرعی دوم:

در صورت تعارض روش‌های نوین همانند آزمایش ژنتیک و خون و DNA و... با ادله فقهی وظیفه چیست و چگونه حکم می‌شود؟

۱-۱-۴ طرح فرضیه

فرضیه اصلی:

با توجه به پیشرفت علم از یک سو و ظنی بودن ادله فقهی اثبات و نفی نسب از سوی دیگر، پس روش‌های نوین در اثبات و نفی نسب حجیت دارند.

فرضیه های فرعی :

فرضیه فرعی اول: ادله اثبات نسب انحصاری نمی‌باشند و روش‌های فقهی مقدم‌اند.

فرضیه فرعی دوم: گرچه روش‌های نوین به عنوان اماره قضایی حائز اهمیت است ولیکن در صورت تعارض روش‌های نوین و ادله فقهی، قوانین باب تعارض اعمال می‌گردد و بر اساس قاعده فقهی یعنی لعان حکم می‌شود.

۱-۱-۵ پیشینه تحقیق و بررسی منابع

در رابطه با اثبات و نفی نسب فقهاء به قواعد و ادله فقهیه استناد نموده اند حتی گاهی بعضی قواعد مانند قرعه نیز استناد می نمایند اما فقهای متقدم معترض روشهای جدیدی در اثبات نسب نشده‌اند چراکه این بحث بحث کاملاً جدیدی می‌باشد در این رابطه برخی از دانشمندان به طور پراکنده به برخی از زوایای این موضوع پرداخته‌اند اما نه اینکه تمامی مباحث را به صورت جامع و کامل بیان نموده باشند؛ این امر صورت نپذیرفته است لذا به نظر می‌رسد از این حیث پرداختن به این موضوع کار جدیدی به نظر می‌رسد؛ همچنین در رابطه با حجیت‌اثبات و نفی نسب از طریق روش‌های نوین پزشکی و تعارض آن‌ها با ادله فقهی که در عصر حاضر یکی از مباحث مهمی بوده که خود این بحث و نتیجه آن کمک شایانی به قاضی در مورد مسائل زنا، نسب، لعان و دیگر مباحث فقهی حقوقی می‌نماید. که در این پایان‌نامه به صورت کامل به آن‌ها خواهیم پرداخت.

اثبات و نفی نسب از جمله مباحث فقهی و حقوقی هستند که از زمان پیامبر اکرم (ص) هم مورد توجه و بحث بوده‌اند. ولیکن روش‌های نوین و حجیت آن‌ها از جمله مباحث جدیدی هستند که قابلیت پژوهش را دارند. در این زمینه می‌توان به پایان‌نامه آقای امین بابایی دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه علوم قضایی اشاره کرد که با راهنمایی استاد دکتر احمد اسماعیل تبار در سال ۱۳۹۵ با عنوان: قاعده فراش و یقین قاضی بر اساس DNA دفاع گردیده که در این پایان‌نامه به صورت خیلی مختصر فقط به آزمایش DNA و

آزمایش خون پرداخته است، ولی ما در این پایان‌نامه به مبحث تعارض و نوع تعارض امارات فقهی و حقوقی با روش‌های نوین پرداخته‌ایم و مباحث فقهی به دلیل اینکه موضوع اصلی ما نیست کمتر پرداخته‌ایم.

۱-۱-۶ مواد و روش اجرا

این تحقیق به صورت توصیفی-تحلیلی صورت می‌پذیرد و روش اصلی گردآوری مطالب، از طریق رجوع به منابع کتابخانه‌ای و اسنادی است. روش گردآوری مطالب هم به صورت فیش‌برداری می‌باشد و از نرم-افزارهای فقهی و مقالات و سایت‌های معتبر اینترنتی هم استفاده خواهد شد.

۲-۱ مفاهیم

مفاهیم اصلی مورد توجه در این پژوهش نسب و خویشاوندی است که این مهم در لغت، فقه و حقوق اسلامی در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱ نسب در لغت

نسب در لغت به معنای اصل و نژاد و کار و شغل می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه نسب) فرهنگ معین در تعریف واژه نسب آورده است: ۱- نژاد، خاندان؛ ۲- خویشاوندی، قرابت (معین، ۱۳۸۷: ذیل واژه نسب) در فرهنگ عمید آن را اسم عربی دانسته که جمعش آنساب است و به معنای ۱. نژاد؛ ۲. قرابت خویشی؛ خویشاوندی است (عمید، ۱۳۶۳: ذیل واژه نسب).

۱-۲-۱-۱ نسب در اصطلاح فقه و حقوق

عبارت است از: رابطه‌ی خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند. و به تعبیر دیگر «نسب علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می‌شود (بروجردی‌عبده، ۱۳۳۹: ۲۸۰).

- شهید ثانی (ره) در شرح لمعه در تعریف نسب می‌فرماید: «فالنسب هو: الاتصال بالولادة بانتهاه أهدهما إلی الآخر، کالأب و الابن، أو بانتهاهما إلی ثالث. مع صدق اسم النسب عرفاً علی الوجه الشرعی» ترجمه: «مقصود از نسب آن است که شخصی با دیگری به واسطه ولادت مرتبط شود، به این نحو که یکی از آن دو به دیگری منتهی شود، مانند پدر و پسر، یا آنکه هر دو به یک فرد سومی منتهی شوند، البته به شرط آنکه اسم نسب عرفاً صدق کند و بر وجه شرعی باشد».؛ (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۲۲).

۲-۲-۱ خویشاوندی

در قانون مدنی سه نوع علاقه قرابت و رابطه‌ی خویشاوندی بین افراد وجود دارد:

الف- خویشاوندی نسبی:

به افراد هم خون گفته می‌شود، خواه در خط مستقیم (قرابت پدر و فرزندی) و خواه در خط اطراف (قرابت خواهر و برادری) (ر.ک: ماده ۸۶۱ و ۸۶۲ و ۸۶۴ و ۱۰۳۲ و ۱۰۳۱ و ۱۰۳۳ و ۱۱۹۶ ق.م.).

ب- خویشاوندی سببی:

در این نوع رابطه‌ی خویشاوندی، رابطه‌ی خونی و نسبی وجود ندارد؛ بلکه افراد از طریق سبب دیگر مانند پیوندهای ارادی و اجتماعی به خویشاوندی هم درمی‌آیند مانند ازدواج (ر.ک: ماده ۸۶۱ و ۸۶۲ و ۸۶۴ و ۱۰۳۲ و ۱۰۳۱ و ۱۰۳۳ و ۱۱۹۶ ق.م.).

ج- خویشاوندی رضاعی:

خویشاوندی رضاعی نیز نوعی رابطه‌ی خویشاوندی است که به سبب شیر خوردن نوزاد از زنی که مادر طبیعی آن نوزاد نیست به وجود می‌آید. تنها اثر این نوع رابطه منع ازدواج با خویشان رضاعی است و دیگر آثار رابطه‌ی خویشاوندی نظیر نفقه و ارث بر آن مترتب نخواهد شد (قانون مدنی، ماده: ۱۰۴۶ و ۱۰۴۷).

۱-۲-۳ نسب عام و نسب خاص

در اصطلاح فقهاء و متکلمین گاهی نسب به معنای عام و خاص عنوان می‌گردد که به صورت خلاصه به این دو واژه اشاره می‌گردد:

الف) نسب به معنی عام: مترادف با قرابت نسبی است و رابطه‌ی طبیعی و خونی بین کلیه‌ی خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف را در بر می‌گیرد.

ب) نسب به معنای خاص: عبارت است از رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی و به دیگر سخن، رابطه‌ی طبیعی و خونی میان دو نفر است که یکی به طور مستقیم از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۳۲۳).

۱-۲-۴ انواع نسب

در فقه و حقوق موضوعه نسب انواعی دارد که در اینجا به چهار مورد از انواع نسب اشاره می‌نماییم:

۱-۲-۴-۱ نسب مشروع

که از آن به نسب قانونی نیز تعبیر می‌شود، نسب ناشی از نکاح است. در حقوق ایران نسب هنگامی مشروع و قانونی شناخته می‌شود که در زمان انعقاد نطفه طفل، رابطه نکاح بین پدر و مادر او وجود داشته باشد (ر.ک: م: ۱۰۲ ق.م.).

نسب مشروع نوع متعارف و کامل نسب است که در همه‌ی کشورها به رسمیت شناخته شده‌است و دارای پاره‌ای آثار حقوقی مانند ولایت، نفقه، ارث و... است.

۱-۲-۴-۲ نسب ناشی از شبهه

شبهه به معنی اشتباه است و اشتباه تصور نادرستی است که ممکن است انسان از چیزی داشته باشد. هرگاه مردی با زنی نزدیکی کند، به تصور اینکه بین آنان رابطه‌ی زوجیت وجود دارد، حال آنکه چنین رابطه‌ای در واقع وجود نداشته باشد، این عمل را نزدیکی به شبهه یا وطی به شبهه گویند و اگر فرزندی از آنان به دنیا آید او را ولد شبهه و نسب او را نسب ناشی از شبهه نامند (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۱۷).

در فقه و حقوق مدنی ایران نسب ناشی از شبهه در حکم نسب مشروع است و ولد به شبهه به کسی که در هنگام نزدیکی در اشتباه بوده است ملحق می‌گردد (ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی)

۱-۲-۳-۴-۳ نسب ناشی از زنا

هرگاه در نتیجه رابطه‌ی نامشروع زن و مرد، طفلی به دنیا آید نسب او ناشی از زنا و به تعبیر دیگر نامشروع است. و طفل را ولدالزنا، فرزند طبیعی و فرزند نامشروع گویند (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۲۳). در حقوق ایران نسب نامشروع به رسمیت شناخته نشده است و طفل ناشی از رابطه آزاد زن و مرد به زناکار ملحق نمی‌شود.

- آثار نسب ناشی از زنا:

۱- اسلام ولدالزنا

که در مورد آن اختلاف است و برخی عقیده دارند که تا زمان بلوغ و اظهار اسلام او حکم مسلم را ندارد اما ولدالزنا به پدر و مادر مسلمانش در اسلام داشتن ملحق می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۷ ق: ۲/۱۸۲).

۲- خواندن نماز میت بر ولدالزنا

(اگر قبل از بلوغ و اظهار اسلام فوت کند)، با اثبات نسب برای وی ولد به مسلم الحاق می‌شود و اگر فوت کند بر وی نماز میت خوانده می‌شود.

۳- نفقه و ولدالزنا

که بر عهده زانی است و همچنین نفقه زانیه در دوران حمل نیز بر عهده زانی است.

۴- حضانت و ولایت

از نگاهی فقهی نگهداری و ولدالزنا اگر دختر باشد تا ۷ سال و اگر پسر باشد تا ۲ سال با زانیه است و پس از آن با زانی خواهد بود (لنکرانی، بی تا: ۱/۴۴۹).

۵- محرمیت و ازدواج

ولدالزنا نمی‌تواند با محارمی که به نسب ایجاد می‌شود ازدواج کند. مانند عمه، عمو، خاله، دایی و... که این خود یکی از دلایل اثبات نسب لغتاً و حقیقتاً برای ولدالزناست (ر.ک: م. ۱۰۴۵ و ۱۰۴۶ ق.م.).

۶- طهارت و نجاست

در طهارت و نجاست ملحق به زانی و زانیه می‌شود؛ (اگر مسلم باشند ولد نیز پاک است و اگر نباشند کودک هم تبعیت می‌کند).

۷- ذبیحه

حیوانی را که ولدالزنا (که متولد از مسلمین است) قبل از بلوغ و اظهار اسلام ذبح می‌کند، بالتبع انتقال نسب پاک و قابل استفاده است.

۸- تورات

تنها موردی که از ولدالزنا استثنا شده است ارث است. در ارث‌بری با نسب، یکی از شرایط ولدالزنا نبودن است که این استثناء در احادیث صحیح‌السند ذکر شده است و همین موضوع سبب شده است که بسیاری از فقها و حقوقدانان از ولدالزنا به صورت کلی نسب را نفی کنند. اما آنچه مسلم است استثناء کردن یکی از آثار نسب، سبب نفی کلی آن نخواهد شد. بنابراین نه ولدالزنا از اقربای نسبی خود ارث می‌برد و نه آنها از ولدالزنا ارث می‌برند و اگر ولدالزنا فوت کند و مالی داشته باشد متعلق به امام خواهد بود (ر.ک. ماده ۸۸۴ ق.م.).

۱-۲-۴-۴ نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

تلقیح در لغت به معنی باردار کردن و لقاح به معنی باردار شدن است و تلقیح مصنوعی عبارت از این است که زن با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد آبستن شود. در بحث تلقیح مصنوعی باید تفاوت قائل شد بین صورتی که تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر است و صورتی که تلقیح مصنوعی با نطفه غیرشوهر است. اگر از روی اشتباه منی مردی را داخل رحم زن اجنبی قرار دادند سقط آن جایز نیست و بچه ملحق به آنان می‌باشد. استفاده از تخمک زن اجنبی و بارور نمودن آن با اسپرم شوهر در خارج به وسیله دستگاه و گذاشتن آن در رحم همسر همچنین استفاده از اسپرم مرد اجنبی و بارور نمودن آن با تخمک همسر و گذاشتن آن در رحم همسر محل اشکال است و بر فرض وقوع اگر صاحب نطفه و تخمک معلوم باشند بچه به آنها ملحق می‌شود، وگرنه مجهول النسب می‌باشد و در محرمیت صاحب رحم باید احتیاط شود (نجف‌آبادی، ۱۴۲۷ ق: ۸۹).

۱-۲-۵ راه‌های اثبات نسب مشروع

در رابطه با نسب و اثبات نسب در فقه و حقوق، فقها و حقوق‌دانان مطالبی را ذکر نموده‌اند که هرگاه در مورد نسب مشروع طفلی اختلاف وجود داشته باشد برای اثبات آن ابتدائاً باید سه موضوع مورد بررسی و اثبات قرار گیرد.

۱- رابطه زوجیت

۲- نسب مادری

۳- نسب پدری (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۰۴).

۱-۲-۵-۱ کیفیت اثبات رابطه زوجیت

برای اثبات نسب مشروع باید ثابت شود که بین پدر و مادر طفل پیوند زناشویی صحیح و قانونی وجود داشته‌است. اثبات رابطه زوجیت با هریک از ادله اثبات دعوی امکان‌پذیر است و قانون‌گذار ایران در این باب از نظر دلیل محدودیتی قائل نشده و اصل آزادی دلیل را پذیرفته‌است (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۶؛ ر.ک: م ۱۰۲ ق.م.). در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام، وجود رابطه زوجیت در زمان انعقاد نطفه شرط نسب مشروع تلقی شده‌است. پس اگر بر اثر رابطه‌ی جنسی آزاد، نطفه بچه‌ای بسته شود و سپس زن و مرد با هم ازدواج کنند و طفل در زمان زوجیت به دنیا آید نمی‌توان او را نسب مشروع دانست، حتی اگر انعقاد نطفه در دوران نامزدی صورت گرفته‌باشد (همان).

۱-۲-۵-۲ کیفیت اثبات نسب مادری

برای اثبات نسب مادری باید ثابت شود اولاً زنی که مادر طفلی معرفی شده بچه‌ای به دنیا آورده است ثانیاً این بچه همان طفلی است که نسب او مورد نظر است. همان‌طور که قانون‌گذار در اثبات رابطه زوجیت اصل آزادی دلیل را پذیرفته‌است در اینجا هم اصل آزادی دلیل را پذیرفته‌است (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۰۱).

۱-۲-۵-۳ کیفیت اثبات نسب پدری

اثبات نسب پدری دشوارتر از اثبات نسب مادری است؛ زیرا ولادت بچه از مادر امری مشهود و خارجی است. بنابراین برای اثبات نسب پدری در جست و جوی قطع و یقین نباید بود، زیرا هیچ دلیلی نمی‌تواند به طور قاطع ثابت کند که این بچه از نطفه فلان مرد است (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/ ۳۰۱).

برای اثبات نسب ما یک سری امارات و دلایل فقهی داریم و یک سری روش‌های نوین پزشکی که هر کدام از این موارد، می‌توانند ما را در نفی و اثبات نسب طفل یاری دهند.

۱-۲-۶ اماره

اماره دلیلی است که به لحاظ حکایت و کاشفیت ظنی آن از واقع، معتبر دانسته شده است؛ بدین معنا که ظن نوعی برآمده از اماره، همچون علم، حجت شمرده شده است؛ البته با این تفاوت که حجیت علم، ذاتی است، لیکن حجیت ظن، جعلی و اعتباری است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۶).

۱- تفاوت اماره با اصل عملی و دلیل

اماره با اصل عملی و دلیل نیز متفاوت است. اماره به لحاظ حکایت و کشف از واقع هر چند به طور ناقص، حجت است، در حالی که در حجیت اصل، حیث کاشفیت آن از واقع لحاظ نشده است (اصل عملی). دلیل نیز اعم از قطعی و ظنی است، در حالی که اماره، تنها، دلیل ظنی است. از این عنوان در اصول فقه، بخش مباحث حجت، سخن رفته است. از اماره به دلیل اجتهادی و از اصل عملی به دلیل فقاهتی نیز تعبیر شده است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۶).

۲- حجیت اماره

اماره به لحاظ آن که دلیل ظنی است، در صورتی که دلیل قطعی و یقینی بر اعتبار آن وجود نداشته باشد، حجیت ندارد؛ هر چند ظن حاصل از آن قوی باشد (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۷).

۳- طریقت یا سببیت اماره

در این که حجیت اماره به نحو طریقت و کشف از واقع است یا به نحو سببیت یعنی سبب حدوث حکم بر طبق مؤذای خود، اختلاف است. عمل به اماره - در صورت اشتباه و عدم انطباق مؤذای آن با واقع - بنا بر طریقت تنها، در حدّ عذر برای مکلف در عمل به آن مطرح است، لیکن بنا بر سببیت، حکم واقعی از مکلف برداشته می‌شود و شارع در موضوع محل شک، حکم برگرفته از اماره را حکم ظاهری قرار می‌دهد. مشهور اصولیان بر آنند که حجیت اماره به نحو طریقت است.

شیخ انصاری در خصوص طریق یا سبب بودن اماره، نظریه‌ای میانی انتخاب و از آن با عنوان «مصلحت سلوکی» یاد کرده است. طبق نظر وی، در پیروی از اماره - نه در خود عمل - مصلحتی الزام‌آور وجود دارد که مصلحت از دست رفته را جبران می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ ق: ۱۱۵-۱۱۲).

۱-۲-۶-۱ انواع اماره

در حقوق ایران اماره بر دو قسم است؛

- اماره قانونی

- اماره قضایی

۱- **امارات قانونی:** امارات قانونی اوضاع و احوالی است که قانون آن را دلیل برامری قرار داده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۷۷).

کسی که در جریان دعوا اماره قانونی به نفع او است، از ابراز دلیل دیگری معاف است و اگر طرف مقابل منکر وجود اماره باشد، مدعی داشتن اماره باید وجود آن را ثابت کند. دادگاه باید اماره اثبات شده را مبنای حکم خود قرار دهد، مگر اینکه دلیلی برخلاف اماره موجود باشد (حکیمی، ۱۳۹۳: ۲).

در ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی در مورد امارات قانونی بیان شده است که: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده، مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر». در آخر باید به این نکته توجه شود که اماره قانونی باید در قانون شناخته شود و در دادگاه نمی‌تواند با قیاس، اگر چه قیاس اولویت باشد، بر اماره قانونی اضافه نماید و لذا موارد اماره قانونی محدود می‌باشد (امامی، ۱۳۷۸: ۲۱۰).

۲- **امارات قضایی:** همان اوضاع و احوالی است که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود، یعنی قاضی از آن اوضاع و احوال نسبت به امر مجهول قطع و یقین پیدا می‌کند و نوعاً صحت اظهارات یکی از طرفین دعوی را برساند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۷۸).

اگر اوضاع و احوال چنین وضعی را برای قاضی به وجود نیاورد، عنوان اماره قضایی پیدا نمی‌کند. بنابراین امارات قضایی را قانون تأسیس نکرده و به صلاح دید دادرس و قاضی گذاشته و دادرس از طریق برخی از نشانه‌ها تلاش می‌کند که با نتیجه‌گیری، نسبت به واقعیت امر مورد ادعا تصمیم‌گیری نماید. امارات قضایی به نظر دادرس و قاضی واگذار شده است، اماره قضایی بر خلاف اماره قانونی محدود به موارد خاصی نیست و لذا شمارش مصداق‌های آن امکان‌پذیر نیست و در هر مورد که قرائن قاضی را به حقیقت هدایت کند، اماره قضایی مطرح می‌شود (حکیمی، ۱۳۹۳: ۵).

- تفاوت اماره قضایی و اماره قانونی

اماره قانونی و قضایی با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند که می‌توان در نکات ذیل خلاصه نمود:

۱- **تفاوت اول:** آن که اماره قانونی توسط قانون‌گذار تعیین و شناسایی گردیده است، لیکن تعیین اماره قضایی در هر مورد خاص با قاضی می‌باشد.

۲- **تفاوت دوم:** آن که اماره قانونی چهره نوعی دارد، در حالی که اماره قضایی چهره شخصی داشته و خاص همان دعوا می‌باشد.

۳- **تفاوت سوم:** اماره قانونی برخلاف اماره قضایی، صرف نظر از ائقناع وجدان قاضی، بر وی تحمیل می‌شود. اما در خصوص اماره قضایی، قاضی در صورتی بدان استناد می‌کند که برای او باور درونی ایجاد نماید. به عبارتی دیگر اماره قانونی در زمره ادله قانونی بوده ولی اماره قضایی در زمره ادله ائقناعی می‌باشد. (شمس، ۱۳۹۴: ۲۳۷)

تفاوت مهم دیگری که ارتباط زیادی با مبحث تعارض ادله دارد، آن که قانون‌گذار در ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی اثبات خلاف اماره قانونی را با مطلق دلیل ممکن و اماره قانونی را در مقابل آنها مغلوب می‌داند؛ در حالی که در خصوص اثبات خلاف اماره قضایی، قانون‌گذار سکوت اختیار نموده است که این امر ناشی از ائقناعی بودن اماره قضایی می‌باشد.