





دانشگاه آزاد اسلامی واحد بهشهر

دانشکده حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق (M.A.)

موضوع :

نقش اثباتی ادله جدید در دادرسی مدنی با تمرکز بر آزمایشات ژنتیک

در اثبات نسب

استاد راهنما :

دکتر سبحان اله قنبری شورکایی

نگارش :

مهتاب قرایی

پائیز ۱۳۹۶

سپاسگزاری

من لم یشکر المخلوق، لم یشکر الخالق
حمد و سپاس یکتای بی‌همتا را که لطفش بر ما عیان
است، ادای شکرش را هیچ زبان و دریای فضلش را
هیچ کران نیست و اگر در این وادی هستیم، همه محبت
اوست.

الهی از تو می‌خواهم همه‌ی کسانی را که حتی ذره‌ای
در انجام این امر مرا یاری نموده‌اند، در سایه‌ی لطف و
محبت بی‌کرانت، سلامت، شادکام و موفق بداری.
بر خود لازم می‌دانم تا از زحمات بی‌دریغ استاد ارجمند
دکتر علیرضا نصیری که در به پایان رساندن این اثر بنده
را یاری نموده‌اند، تشکر نمایم.

از خانواده‌ی عزیزم که در طول این سال‌ها شرایط
مناسبی را برای تحصیل من فراهم نموده‌اند، بی‌نهایت
سپاسگزارم.

تقديم به

سه وجود مقدس:

آنان که ناتوان شدند تا ما به توانایی برسیم...

موهایشان سپید شد تا ماریوسفید شویم...

و عاشقانه سوختند تا گرمابخش وجود ما و

روشنگر راهمان باشند...

پدرانمان

مادرانمان

استادانمان

فهرست مطالب

صفحه

عنوان

فصل اول: کلیات تحقیق

۱	چکیده:
۳	بیان مسئله:
۳	اهمیت و ضرورت انجام تحقیق
۴	اهداف تحقیق
۴	فرضیه‌های تحقیق:
۵	سوابق تحقیق
۵	روش کار
۶	موانع تحقیق
۶	ساختار تحقیق

فصل دوم: ادبیات و پیشینه پژوهش

۸-۱-۲	ماهیت نسب
۸-۱-۱-۲	مفهوم نسب
۸-۱-۱-۱-۲	مفهوم فقهی نسب
۹-۱-۱-۲	مفهوم حقوقی نسب
۹-۱-۱-۲-۳	مفهوم نسب در قرآن
۱۲-۱-۲	پیشینه تاریخی نسب شناسی
۱۳-۱-۲-۱	نسب در میان عرب جاهلی
۱۳-۲-۱-۲	نسب شناسی بعد از اسلام
۱۴-۱-۲-۳	دانش نسب شناسی
۱۶-۱-۳-۱-۲	عوامل مؤثر بر رشد دانش نسب شناسی

- ۲-۱-۳-۲- کاربرد دانش نسب شناسی..... ۱۷
- ۲-۱-۳-۳- نقش شیعیان امامی علم انساب..... ۲۰
- ۲-۱-۳-۴- علم نسب در سیره معصومان (ع)..... ۲۲
- ۲-۱-۳-۵- تنی چند از نسب شناسان برجسته شیعی..... ۲۶
- ۲-۲- آزمایشات ژنتیک..... ۳۴
- ۲-۲-۱- آزمایش گروه خون..... ۳۴
- ۲-۲-۲- انگشت نگاری ژنتیکی..... ۳۵
- ۲-۲-۲-۱- جستجوی RFLPs با استفاده از روش ساترن بلوتینگ..... ۳۶
- ۲-۲-۲-۲- مشخصات پروب..... ۳۶
- ۲-۲-۳- آزمون DNA..... ۳۷
- ۲-۲-۳-۱- معرفی دی ان ای..... ۳۸
- ۲-۲-۳-۲- تاریخچه کشف ساختار دی ان ای (DNA)..... ۳۹
- ۲-۲-۳-۳- ماهیت و سختاری دی ان ای..... ۴۱
- ۲-۲-۳-۴- روش های آزمون دی ان ای..... ۴۲

فصل سوم: ادله اثبات

- ۳-۱- کیفیت منسوب شدن طفل به پدر و مادر..... ۴۵
- ۳-۱-۱- کیفیت نسب کودک به پدر..... ۴۵
- ۳-۱-۲- کیفیت منسوب شدن طفل به مادر..... ۴۶
- ۳-۱-۲-۱- سبب رشد و تولد کودک مادر می باشد..... ۵۰
- ۳-۱-۲-۲- یکی از معیار های انتساب طفل به مادر تکامل اودر رحم می باشد..... ۵۱
- ۳-۲- شرایط شارع مقدس در پذیرش مفهوم نسب از منظر عرف..... ۶۰
- ۳-۲-۱- ادله مقنن بر تصرف در معنی عرفی نسب..... ۶۱
- ۳-۲-۲- کیفیت تشخیص انساب مشروع..... ۶۲

- ۳-۲-۳- ملازمت یا عدم ملازمت میان نامشروع بودن کودک و محقق شدن نسب ۶۵
- ۳-۳- بکارگیری روش مصلحت کودک در ثابت شدن نسب ۷۲
- ۳-۳-۱- فرزند خواندگی ۷۳
- ۳-۳-۲- توضیح قانون روش اهدای جنین به زن و مرد نابارور ۷۴
- ۳-۴- اثبات نسب کودک به وسیله قاعده فراش ۸۰
- ۳-۴-۱- معنای عبارت فراش ۸۱
- ۳-۴-۱-۱- معنای عبارت عاهر ۸۱
- ۳-۴-۱-۲- معنای عبارت حجر ۸۱
- ۳-۴-۲- ویژگی های قاعده ۸۲
- ۳-۴-۳- شرایط جاری شدن قاعده فراش ۸۴
- ۳-۴-۳-۱- جاری ساختن قاعده در باره کودک متولد در زمان ازدواج ۸۴
- ۳-۴-۳-۲- شرایط پنج گانه جاری ساختن قاعده فراش ۸۵
- ۳-۴-۳-۱- نسب مادری به اثبات برسد ۸۵
- ۳-۴-۳-۲- منعقد شدن عقد نکاح به صورت صحیح بین دختر و پسر ۸۶
- ۳-۴-۳-۳- تشکیل جنین بعد عقد نکاح ۸۶
- ۳-۴-۳-۴- تولد کودک باید بعد از شش ماه از عمل زناشویی باشد ۸۸
- ۳-۴-۳-۵- از زمان نزدیکی تا ولادت کودک از ۱۰ ماه تجاوز نکرده باشد ۸۸

فصل چهارم: نقش اثباتی ادله جدید در دادرسی مدنی

- ۴-۱- معتبر بودن آزمایشات ژنتیک از نظر فقه و حقوق ۹۲
- ۴-۱-۱- اعتبار آزمایش «دی.ان.ای» از نظر فقه ۹۲
- ۴-۱-۲- معتبر بودن آزمایش دی.ان.ای از نظر حقوق ۹۴
- ۴-۲- معنا و حجیت علم در استناد به ادله ۹۶
- ۴-۲-۱- حجت بودن علم ۹۶

- ۴-۲-۲- سندیت عرف در ثابت کردن نسب ۹۸
- ۴-۲-۳- حجیت دلایل اثبات نسب ۱۰۱
- ۴-۲-۳-۱- امارات ۱۰۱
- ۴-۲-۳-۲- شهادت ۱۰۲
- ۴-۲-۳-۳- اقرار ۱۰۳
- ۴-۲-۴- قرعه ۱۰۴
- ۴-۲-۴- انحصار یا عدم انحصار دلایل ثبوت نسب ۱۰۶
- ۴-۲-۵- حجیت آزمایش DNA به عنوان یکی از ادله های قطعی بر اساس حجیت قطع ۱۰۷

فصل پنجم: نتیجه گیری و پیشنهادات

- نتیجه گیری ۱۱۰
- پیشنهادهای ۱۱۳
- منابع: ۱۱۵

چکیده:

امروزه با پیشرفت علم و فناوری دانش ژنتیکی در زمینه مسائل مربوط به باستان شناسی، تعیین جنسیت، ژنتیک و نژاد پرستی، مسائل حقوقی مانند اثبات نسب و همچنین شناسایی مجرمان بسیار کاربردی است. یکی از دلایل مهم ورود ژنتیک به عرصه رشته های مختلف یکتا بودن کد ژنتیک هر فرد است. یکی از مسائل مهم در حقوق خانواده، اثبات نسب است که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن استثنای است. امروزه با پیشرفت علم، امکان استفاده از آزمایشهای ژنتیکی در تقاضای اثبات نسب وجود دارد. پژوهش حاضر با هدف دستیابی به نقش مثبتی در عدالت در دادرسی مدنی با تمرکز بر روی ژنتیک در اثبات نسب است. فقها در حجیت این نوع آزمایش ها برای اثبات نسب اختلاف؛ برخی به حجیت این عقیده در صورت حصول علم و گروهی بر عدم حجیت آن معتقدند. در میان حقوقدانان اختلاف نظر کمتری وجود دارد و اختلاف موجود تنها در نحوه استناد به این آزمایش هاست. در شرایط حاضر، با توجه به اینکه همه ادله اثبات نسب مبتنی بر شان است و احتمال وجود اثبات خلاف در آنها وجود دارد و همچنین به لحاظ غیر انحصاری بودن ادله معرق، باید آزمایش های ژنتیک را به عنوان یک دلیل جدید در بسیاری از دعاوی اثبات نسب استفاده کرد، لیکن برای ایجاد بستر لازم برای استناد به آن نیاز به تصویب قانونی وجود دارد.

کلید واژه: نسب، ژنتیک، علوم نوین، فقه، حقوق

فصل اول

کلیات

بیان مسئله:

امروزه پیشرفت علوم و فن آوری، آثار خود را در تمام زمینه ها، از جمله مسائل حقوقی آشکار ساخته است، به گونه ای که در عصری که آن را، عصر «ادله ی علمی» می نامند، حتی ادله ی سنتی مانند شهادت و اقرار، در مواردی با کمک ادله ی جدید سنجیده می شوند. دیر زمانی نیست که از آزمایشات dna به عنوان روشی جدید و مهم جهت تشخیص هویت هر انسان در کشورهای مختلف جهان استفاده می شود. در حقوق ایران به لحاظ بدیع بودن مسأله اثبات نسب از طریق آزمایش ژنتیک، موضع قانونی مشخصی وجود ندارد و علیرغم پیشرفت روزافزون دقت آزمایشهای «دی.ان.ای» و استقبال افراد جامعه از آن در مقایسه با سایر طرق اثبات نسب، بررسی کافی و وافی درباره آن صورت نگرفته است؛ زیرا پذیرش این آزمایشها برای اثبات نسب در فقه به روشنی تبیین نگردیده و مسأله حجیت آن دغدغهای است که نیاز به تفحص دارد تا با تبیین مبانی فقهی امکان ارائه راهکار قانونی نیز فراهم گردد (واعظی، ۱۳۹۱: ۵۲). اگرچه امکان دارد این آزمایشات در عصر حاضر توسط خود اشخاص یا دستور مقام قضائی در آزمایشگاه های تخصصی انجام شود، اما در کشور قوانینی که بر حسب آن بتوان با استفاده از این آزمایشات به تشخیص هویت افراد پرداخت، حتی برای قضات هم در موارد لزوم وجود ندارد. تمرکز اصلی این پژوهش بر آن است که جایگاه حقوقی آزمایشهای «دی.ان.ای» و امکان قانونی استفاده از آن را با توجه به قوانین موجود بررسی نماید. لذا مسأله اساسی این اثر آن است که آیا ادله ای که قانونگذار در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران آورده می تواند بر اثبات دعوی حجیت داشته باشد؟ و همین طور امکان اثبات نسب با آزمایش «دی.ان.ای» وجود دارد؟ آیا پذیرش اینگونه آزمایشها به عنوان دلیل جدیدی برای اثبات نسب امکانپذیر است یا آنکه ادله اثبات نسب جنبه انحصاری دارد و لذا دلیل جدید دیگری که بتوان با آن به حقیقت دست یافت، قابل پذیرش نیست؟

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

امروزه، پیشرفت علوم و فنون در تمامی زمینه ها، موجب شده است دادگاه در اثبات جرایم ناگزیر به ارجاع امر به کارشناس شود. کارشناسی، از مهمترین امارات قضایی است که در مقررات قانون ایران مورد توجه قرار گرفته

است. یکی از مسائل مهم حوزه حقوق خانواده، اثبات نسب می باشد که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن مترتب است. با پیشرفت علوم، جهت راحتی و سهولت کار قضات در دعاوی منحصر به اثبات نسب از آزمایشات ژنتیک مخصوصاً DNA استفاده می شود. نظرات مختلف فقها در حجیت اینگونه آزمایشات موجب تشتت آرا می شود؛ برخی به حجیت این ادله در صورت حصول علم و گروهی بر عدم حجیت آن معتقدند. در بین حقوقدانان هیچ نوع اختلافی در این مورد وجود ندارد و فقط اختلافشان در چگونگی استناد به این آزمایشات می باشد. پژوهش حاضر بر آن است که نقش آزمایشهای دی.ان.ای و امکان استناد به آن را در دعاوی اثبات نسب بررسی کند و ببیند آیا قانون می تواند به این آزمایشات سندیت ببخشد یا این که تا در قانون چیزی بر آن تصریح نشده نمی توان بر آن سندیت داد.

اهداف تحقیق

هدف اصلی:

بررسی نقش اثبات ادله جدید در دادرسی مدنی با تمرکز بر آزمایشات ژنتیک در اثبات نسب

اهداف فرعی:

بررسی نقش اثبات ادله جدید در قانون دادرسی مدنی

بررسی اثبات نسب با استناد بر آزمایشات DNA.

فرضیه های تحقیق:

اصلی:

به نظر می رسد این نوع آزمایشات در اثبات نسب می تواند یکی از ادله در آ.د.م باشد.

فرعی:

به نظر می رسد اثبات ادله جدید در قانون دادرسی مدنی دارای کاربرد است.

به نظر می رسد آزمایشات ژنتیک در اثبات نسب دارای کاربرد است.

سوابق تحقیق

فتاحی و همکاران، (۱۳۹۳)، «نقش آزمایشات ژنتیک در اثبات دعوی»: ادستیابی بشر به تکنیکهای جدید، امکان استفاده از ابزار علمی در حوزه علوم انسانی نیز فراهم آمده است. آزمایش «دی.ان.ای» یکی از ابزارهایی است که با دقت بسیار بالا به کمک ادله اثبات نسب آمده و شاید روزی فرا رسد که به عنوان قویترین دلیل از جهت قدرت اثباتی در مخاصمات و دعاوی نسب مورد استفاده قرار گیرد.

غلامی، (۱۳۸۹)، «علم ژنتیک و کاربرد حقوقی آن»: از نظر علمی قدرت اثباتی آن در مواردی که هیچ گونه ناسازگاری ژنی میان پدر احتمالی و فرزند وجود ندارد، % 100 و در سایر موارد تا حدود ۹۹/۹۹٪ عنوان شده که این میزان نیز با توجه به اینکه غالباً چنین نزدیکی ژنی میان دو فرد بیگانه وجود ندارد، میتواند ملاک پذیرش نسب قرار گیرد.

حسینی، (۱۳۹۲)، «استفتاء اثبات نسب بهوسیله آزمایشهای ژنتیکی»: بررسی ادله اثبات نسب حکایت از آن دارد که این ادله حصری نیست و در زمان خود تمامی دلایل اثبات را در بر میگرفته است و راه قابل اعتماد دیگری برای اثبات، غیر از آنچه در متون فقهی مطرح گردیده است وجود نداشت.

روش کار

روشی که برای این تحقیق به کار گرفته شده است روش توصیفی-تحلیلی انجام می شود. برای این منظور از ابزارهایی استفاده خواهد شد، از جمله، استفاده از منابع موجود در کتابخانه ها و بانک های اطلاعاتی و آرای قضایی، پس از جمع آوری منابع و فیش برداری از آن ها، به تشریح و تحلیل مطالب، شناسایی معضلات مربوطه و راه های احتمالی پاسخگویی به آن ها، پرداخته خواهد شد. این پژوهش اساساً با استفاده از آخرین و جدیدترین مقالات و کتاب ها و اسناد حقوقی و هم چنین منابع معتبر الکترونیکی انجام خواهد شد. روش تجزیه و تحلیل داده ها از طریق روش تحلیلی استنباطی است.

موانع تحقیق

–بالا بودن هزینه ها

–عدم دسترسی به منابع کافی

–تغییرات عمده در قانون مدنی جدید

ساختار تحقیق

ما در این پایان نامه سعی کرده ایم تا در پنج فصل بررسی کامل و جامعی از اثبات نسب از طریق آزمایشات DNA داشته باشیم. در فصل اول به بیان کلیات طرح می پردازیم. در فصل دوم تعاریف و تاریخچه در دو مبحث اول نسب و دوم دی ان ای پرداخته شده است. در فصل سوم ادله اثبات نسب در سه مبحث مبحث اول شیوه تعلق کودک به پدر و مادر، مبحث دوم اثبات نسب طفل توسط قاعده فراش و مبحث سوم اجرای قاعده فراش در مورد طفل متولد بعد از انحلال نکاح پرداخته شده است. در فصل چهارم با عنوان DNA و اثبات نسب در دو مبحث، مبحث اول اعتبار آزمایشهای ژنتیک از دیدگاه فقه و حقوق و مبحث دوم مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله و در فصل پنجم نیز از پایان نامه خود نتیجه گیری و به ارائه چند راهکار بسنده کرده ایم.

فصل دوم

تعاریف و

تاریخچه

۲-۱- ماهیت نسب

مفهوم نسب به رابطه بین پدر و مادر و فرزندان و خواهر و برادر گفته می‌شود و در روایات احکام گسترده‌ای برای آن آمده است. با وجود این، تعریف دقیقی از آن ارائه نشده است، هم‌چنان که در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران، که به احکام نسب اختصاص دارد، تعریفی از نسب دیده نمی‌شود. بنابراین جهت برای به دست آوردن تعریفی جامع از ماهیت نسب، لازم میدانیم به مفاهیم لغوی و عرفی و تعاریفی که فقها و دانشمندان علوم قضایی در این زمینه کرده‌اند بپردازیم، سپس اینکه چگونه طفل به پدر و مادرش منتسب می‌شود را در نسب پدری و مادری به طور جداگانه توضیح می‌دهیم و در پایان در قسمتی دیگر شرایط قانونگذار را بیان می‌کنیم

۲-۱-۱- مفهوم نسب

معنای لغوی نسب مصدر و به معنی قرابت و دوستی‌ها می‌باشد^۱ و در فرهنگ فارسی زبانان به معنای نژاد و ایل و تبار آمده است.

با آن‌که در کتاب هشتم قانون مدنی ایران در باب اول آن از احکام نسب صحبت شده است ولی در آن قسمت تعریفی از نسب به میان نیامده است. علماء حقوق سعی نموده‌اند که سکوت قانون‌گذار را با تعریف نسب جبران کنند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقهاء و حقوق‌دانان ارائه شده است، بررسی می‌کنیم.

۲-۱-۱-۱- مفهوم فقهی نسب

بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف نموده‌اند:

۱. «النسب و هو الاتصال بالولادة بانتفاء احد هما الى الآخر او بانتفاءهما الى ثالث»^۲

۲. «المراد بالنسب علاقة بين شخصين، تحدث من تولد احدهما من الآخر او تولدهما من ثالث»^۳

^۱ النسب: مصدر القرابة، جمع انساب المنجد، القرابة: اي قاع التعلق و الارتباط بين شيئين منجد الطلاب؛ نسب ای قرابه و جمع انساب

^۲ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۹، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ص ۲۳۸

^۳ انصاری، مرتضی، رساله مقتضیات الارث و اقسامها، تهران: چاپ سنگی، بی تا، ص ۴۰۱

ایرادی که در تعاریف بالا وجود دارد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می‌شود؛ لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است^۱

۲-۱-۱-۲- مفهوم حقوقی نسب

بعضی از حقوق دانان در رابطه با حقیقت نسب چنین بیان داشته‌اند:

«نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد»^۲ و یا «نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند که به این معنی مترادف با «قرابت نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است»^۳ در تعاریفی که ذکر شد ایرادی وجود دارد و آن این است که حقیقت و ماهیت نسب در آن بیان نشده است که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می‌گردد؟ ملاک رابطه آن دو چیست؟ آیا این امر یک رابطه اعتباری و قراردادی است تا در هر زمان قانون‌گذار خواست بتواند اعتبار دیگری را وضع و تصویب نماید یا این که این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و گریزی از آن نیست چه نفیا و چه اثباتاً؟ که در این صورت قانونگذاران فقط می‌توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را ندیده انگارند.

۲-۱-۱-۳- مفهوم نسب در قرآن

با توجه به اینکه نه قرآن و نه در منابع دینی، روایی چیزی در مورد نسب بیان نشده است. شاید قانونگذار در رابطه با نسب از عرف جامعه پیروی کرده است همان معنایی که عرف جامعه از نسب می‌داند را بیان کند؛ زیرا اگر قانونگذار معنای دیگری غیر از آنچه که عرف در نظر داشت را بیان می‌کرد، منطق تقنین اقتضا می‌نمود که

۱. علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، نامه مفید، شماره ۳، صص ۱۶۹ و ۱۷۰

۲. امامی، اسدالله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ج ۵. تهران: دانشگاه تهران. ص ۱۵۱

۳. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۲. تهران: انتشارات دانشگاه تهران. ۱۳۷۴، ص ۳۹

معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد. بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می کنند که در مسأله نسب از سوی شارع و قانون گذار اسلام، تأسیس جدید ایجاد نشده و همان مفهوم متمرکز عرفی تأیید شده است. در این باره به تعبیر برخی از فقها اشاره می کنیم:

نسبی که در عرف گفته می شود معیاری است برای بیان احکام شرعی و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است^۱ و یا. «اگر نسب حقیقت شرعی می داشت صحیح بود (نفی احکام نسب از ولد زنا)، لکن وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده، بلکه به عکس عدم آن ثابت شده است. بنابراین نسب، مثل سایر عناوین بر همان مفهوم و برداشت عرفی مترتب می شود»^۲ لذا از آن جا که قانون گذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتدائاً معنای عرفی نسب معلوم گردد، سپس به تصرفاتی که شارع در این معنای عرفی به عمل آورده است، پردازیم:

بنابر عرف، تکوین یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن، منشأ اعتبار رابطه نسبی است؛ به عبارت دیگر عرف پس از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و قراردادی بین طفل و والدین او برقرار می نماید که آن را نسب می نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری را مترتب می کند.

مقصود از اعتباری بودن نسب این نیست که نسب هیچ گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن صرفاً در اختیار اعتبار کنندگان است، بلکه نسب از اعتباریات نفس الامری است، به عبارت روشن تر، عقلاً و قانون گذار در مقابل این منشأ اعتبار (تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند. قرآن کریم نیز به این امر اشاره می کند: «و هو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسبا و صهراً...» (واوست کسی که از آب بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و داماد قرارداد...)^۳.

در این آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشر» استفاده می شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای

^۱ نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۶. قم: انتشارات آیت الله مرعشی. ۱۴۰۵. صص ۲۲۱ و ۲۲۲

^۲ روحانی، سید محمد، فقه الصادق فی شرح التبصره، ج ۲۱. قم: انتشارات مهراستوار. بی تا، ص ۲۲۱

^۳ فرقان، آیه ۵۴.

نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی گیرد، بلکه به لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تفریع می شود از این رو اعتبار و قراردادهای غیر واقعی درباره آن غیر مشروع و بی اثر است، چنان که در آیه زیر این معنا به صراحت بیان شده است:

«... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا»^۲ (و پسرخواندگانتان را پسران (واقعی) شما قرار نداده است. این گفتار شما به زبان شما است، ولی خدا حقیقت را می گوید و اوست که به راه راست هدایت می کند. آنان را به نام پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی شناسید، پس برادران دینی و موالی شمایند و در آن چه اشتباهاً مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آن چه دلہایتان عمد داشته است «مسئول هستید»...)

به هر حال با توجه به توضیحات فوق می توان در تعریف نسب گفت:

«نسب عرفاً و لغتاً رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می شود»^۳.

با توجه به همین مطلب است که برخی از حقوق دانان در تعریف نسب دقت به عمل آورده و نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک نموده و هر یک را علی حده تعریف نموده اند:

نسب عام یا قرابت نسبی آن است که از علایق و روابط خونی و حقوقی بین دو نفر که در اثر متولد شدن یکی از آنها از دیگری یا تولد هر دو از شخص سومی به وجود آمده است.

^۱. رضایا معلم، رضا، وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق مجموعه مقالات. تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۰، ص ۳۲۲

^۲ احزاب، آیات ۴ و ۵

^۳ علوی قزوینی، سید علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، پیشین، ص ۱۹۲

و نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی بین دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا صلب دیگری به وجود آمده است^۱ منظور ما از نسب در این بحث رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی است که می توان آن را تحت عنوان نسب پدری و نسب مادری قرار داد.

۲-۱-۲- پیشینه تاریخی نسب شناسی

همانطور که بیان شد واژه نسب جمع آن انساب به معنای خویشاوندان و نزدیکان است.^۲ در اصطلاح، انساب به دانشی گفته می شود که به شناسایی و تعیین نسب های مردم می پردازد و دارای فواید سیاسی، دینی و اجتماعی است و هدف آن احتراز از خطا در نسب اشخاص است.^۳

انساب زنجیره نام هایی است که به علت نیاز اجتماعی و قبیله ای برای شناخت افراد و تمایز آنها از یکدیگر پدید آمده^۴ و از منابع مهم در پژوهش های تاریخی و در حکم علوم پایه برای مورخ و دانش تاریخ محسوب می شود زیرا مواد تاریخی فراوانی در انساب وجود دارد و همان گونه که مورخ برای بازسازی گذشته به دانش باستان شناسی و دیگر علوم مرتبط با تاریخ نیاز دارد به نسب نامه ها نیز احتیاج دارد.

دانش نسب شناسی ریشه در جاهلیت داشته و در عصر اسلامی به دلایلی چون تأسیس دیوان، گسترش فتوحات، مهاجرت قبایل عرب به مناطق مفتوحه، تعصب عرب نسبت به عجم و برخی عوامل دیگر، رشد و

۱. همان

۲- ابن حماد جوهری، صحاح اللغة، ج ۱، تحقیق احمد بن عبد الغفور، بیروت، دارالعلم للملایین، ص ۲۲۴؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۴، به کوشش علی شیری، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ق ص ۱۱۸، ذیل واژه نسب.

۳- ابن حزم، جمهره انساب العرب، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۳ق ص ۲؛ حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱، بیروت، دارالفکر، بی تا ص ۱۷۸.

۴- حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری، مقاله تکوین تاریخ نگاری از مصطفی شاکر، ص ۲۲۹.

گسترش کمی و کیفی یافته و کارکردهای خاص خود را دارد. در این عصر نسب شناسان برجسته و نیز آثار ذی قیمتی در عرصه انساب نگاری پدید آمدند.

۲-۱-۲-۱- نسب در میان عرب جاهلی

توجه و اهتمام به نسب در جاهلیت و میان عرب، نمود بیشتری داشته است. در برخی منابع آمده است: عرب از میان علوم برای سه علم، بهای بیشتری قائل بود: نسب، شعر و تاریخ (علم الایام). آنان به سبب عصبیت و انسجام درونی قبیله، به انساب و تبار خود توجه خاصی نشان داده و تبار خود را در قالب شعر، رجز و روایات شفاهی به فرزندان خود منتقل می کردند.

بدین سان نسب با قبیله متولد و نسل همراه با آن، تداوم پیدا کرد. توجه به هم خونی و هم نژادی از یک طرف و تعصب و تفاخرات جاهلی از طرف دیگر آنان را وادار می کرد که نسب خویش را به شدت حفظ کنند نیز برای در امان ماندن از هجو دشمنان و یا هجو کردن دشمنانشان و پرداختن به مطالب ایشان، به نسب سایر افراد و قبایل توجه می کردند. زیرا مطالب بخشی از فرهنگ و تاریخ جاهلیت عرب را به خود اختصاص داده بود که عمدتاً بر نسب شناسی تکیه داد. در میان عرب اشخاصی موسوم به نسابه (نسب شناس) وجود داشتند که نسب افراد و قبایل را می شناختند و به دیگران می آموختند. چنان که گفته اند عقیل بن ابی طالب، در مسجد النبی، به عنوان نسابه، این علم را به دیگران می آموخت.

۲-۲-۱-۲- نسب شناسی بعد از اسلام

شیعیان امامیه در گسترش و پرداختن به علم نسب شناسی اگر سهم بیشتری از اهل سنت نداشته باشند، سهم کمتری هم ندارند زیرا این دانش با اهل بیت رسول خدا و موضوع امامت پیوندی ناگسستنی دارد. این علم سهم عظیمی در تاریخ نگاری شیعیان را در بر دارد و ارتباط تنگاتنگی با دانش هایی همانند حدیث، رجال و فقه و حقوق دارد. این دانش به عنوان یکی از دستاوردهای برجسته در فرهنگ و تمدن اسلامی است.

^۱ - به نقل این ندیم: اولیت تألیف کننده در مثالب، زیاد بن ابیه بود. چه همین که دید در نسبش طعن زنند آن را تألیف کرد و به فرزندش داد و گفت: این کتاب را پشتیبان خود بر عربها قرار دهید تا دشت از شما بردارند.

در دانش نسب شناسی شیعیان، نسابه های آنان، بیشتر به حفظ و کنترل اسامی فرزندان و شرح شجره و فضایل اجداد و بیان انشعابات شاخه های درخت پربرگ و باریک خاندان، مخصوصاً خاندان اهل بیت (ع) می پردازند. غرض آنان از کار خود، پیش گیری از خطا در تعیین نسب سادات است.

با توجه به مطالب یاد شده این سوال مطرح است که علل و عوامل گسترش این دانش در عصر اسلامی چیست و سهم شیعیان در این دانش تا دوران معاصر به چه میزانی است؟

بر خلاف تصور برخی که علم نسب را از آن عرب دانسته اند: «للعرب الامثال و علم النسب»^۱ در میان دیگر ملل نیز این دانش مورد اهتمام بوده و برای پیدایش آن تاریخ دقیقی را نمی توان ذکر مرد. اما در دوره تاریخی اقوام و ملل متمدن، دانش نسب مورد توجه این جوامع بوده است. مثلاً در روم باستان، با حفظ نسب افراد، طبقات جامعه را مشخص می کردند و برای این کار کسانی بودند که به «سانسور» معروف بوده و کار آنها بررسی نسب افراد بوده است تا احیاناً کسی که شغل، مقام و موقعیت او با نسبش تطبیق نداشته باشد، به موقعیت اجتماعی پیشین خویش بازگردانده شود.^۲

در چین باستان علم نسب شناسی از اهمیت زیادی برخوردار بود و هیچ ملتی به اندازه کشور چین برای این علم اهمیت قائل نمی شدند. در ایران باستان هم موقعیت افراد را بر اساس همین علم میسنجند و این بر خلاف ادعای ابن طقطقی است که گوید: فارسیان اهمیتی به انساب نمی دادند.^۳

۲-۱-۳- دانش نسب شناسی

اسلام نسب را نه کاملاً نفی و نه کاملاً می پذیرد. قرآن کریم هیچ ارزشی برای صرف مطلق قائل نمی شود و حتی به نکوهش عرب جاهلی می پردازد که بر نسبشان افتخار میکردند. مثلاً برخی از تیره های مشهور قریش،

^۱ - بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، ترجمه سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه مرعشی، ج ۱، ۱۴۱۰ق. ص ۱۹۵؛ ابن طقطقی، الاصلی فی انساب الطالبیه، تحقیق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۸ق. ص ۵؛ ازورقانی مروزی، الفخری فی انساب الطالبین، تحقیق سید مدی رجایی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ق. ص ۲۹.

^۲ - بنگرید: ذنوبی، تاریخ شناسی، ابوعطا؛ کانون فرهنگی آموزش، ۱۳۸۷. ص ۸۷

^۳ - ابن طقطقی، الاصلی فی انساب الطالبین، پین، ص ۲۹.

رقابتشان در دوره ای به اوج خود رسید تا جایی که آنان در شمارش افراد خود و افتخار به حسب و نسب و فزونی نفرات خود، پس از آنکه زندگان یکی از تیره های رقیب، افزون تر از دیگری شد، به سراغ مردگان خویش رفتند. مطابق نقل کلبی و مقاتل سوره تکاثر درباره این دو شاخه از قریش نازل شد^۱ و این اقدام ناپسند آنان: «حَتَّى زُرْتُمُ الْمَقَابِرَ»^۲، مورد نکوهش قرار گرفت.

اما در قرآن آیات دیگری (از جمله آیه مودت)^۳ وجود دارد که در آنها به صله ارحام و نبریدن پیوندهای خانوادگی توصیه شده، از این رو بیشتر نسب شناسان برای اهمیت دادن و حفظ انساب بدانها استشهاد کرده اند. آیه: «وَأُولُوا الْأَرْحَامِ أُولَىٰ بَعْضُهُمْ فِي كِتَابِ اللَّهِ»^۴ خداوند در قرآن کریم می فرماید برخی از خویشاوندان بر برخی دیگر از جهت نسب مقدمند. نیز آیه: «... وَتُقَطَّعُوا أَرْحَامُكُمْ»^۵ از آن جمله اند. آیات و نیز روایات نقل شده از رسول الله، و علم نسب شناسی و کاربرد آن باعث شد که مسلمانان به حفظ و گسترش آن بپردازند.

وجود مواد اولیه دانش نسب در عصر جاهلی و انتقال به دوره های بعدی، از طریق انتقال از قرن اول اسلامی به عصر تدوین و ضبط، از راه روایت صورت گرفت و بر رغم استقرار عرب در پایگاه تمدن، از اهتمام بدان کاسته نشد، زیرا این دانش بر پشت سیاست یا سیاست بر پشت او گام نهاد. قابل ذکر است که با گذشت زمان بر خلاف دیدگاه اسلام و مسلمانان این علم بار منفی به خود گرفت ولی با یاری مسلمانان به راه خود ادامه داد و روز به روز بر گستره آن افزوده شده و به جایگاه علمی بالایی رسید و همانند دیگر علوم اسلامی، به علت زمینه های فرهنگی و سیاسی اعراب اندک اندک جایگاهی برای خود یافته و دانشمندان اسلامی یا تمجید از این علم در رونق آن مؤثر واقع شدند. سمعانی (م ۵۶۲ ق) نسب شناس، انساب را دانشی فاضل دانسته است. برخی دیگر از دانشمندان،

۱- واحدی نیشابوری، اسباب النزول، به کوشش ایمن صالح شبان، قاهره، دارالحديث، بی تا ص ۴۰۰.

۲- تکاثر ۱۰۲:۲.

۳- شوری ۴۲:۲۳.

۴- احزاب ۳۳:۶.

۵- محمد ۴۷:۲۲.

۶- حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری در اسلام، مقاله تکوین تاریخ نگاری، ص ۲۳۱.

علم نسب را از مهم ترین علوم برای امت اسلامی و پرمفعت و بزرگ برشمرده اند. علت گسترش و جایگاه بالای علمی عوامل مختلفی است که میتوان آنها را اینچنین برشمرد:

۲-۱-۳-۱- عوامل مؤثر بر رشد دانش نسب شناسی

تأسیس و تنظیم دیوان و تقسیم بیت المال از زمان خلیفه دوم (سال ۲۰ هجری) بر اساس انساب قبایل صورت گرفت که ضمن رشد تعصبات قبیله ای به دانش انساب نیز کمک کرد. شاکر مصطفی درباره نقش نسب در تاریخ اسلام می نویسد: «اگر چه اسلام ابتدا، نسب و ارزش آن را ملغی کرد ولی بعد از مدتی دوباره علم انساب برگشت و جایگاه مادی و معنوی جدیدی در جامعه مسلمیت پیدا کرد؛ زیرا هنگامی که خواستند دیوان حقوق را تنظیم کنند، به سراغ انساب رفتند؛ لشکریان را بر اساس قبایل و عشیره تقسیم بندی کردند.»^۱ البته از پرونده ها و عهدنامه های عصر عمر که برای تدوین دیوان ها تنظیم شده بود، چیزی بر جای نمانده است. شکی نیست که پرونده ها و عهدنامه های دیگری که خود مستلزم غنائم و بخشش و ارزاق است، در پاره ای شهرها موجود بوده، ولی از میان رفته و تنها روایات نسابین برای ما باقی مانده است.^۲ کسانی از نسب دانان که به دستور عمر بن خطاب مأمور تدوین دیوان شدند، عقیل بن ابی طالب، جیر بن مطعم، و مخرمه بن نوفل بودند.^۳ گسترش فتوحات، تقسیم غنائم و تأسیس شهرهای جدید مانند کوفه، بصره، واسط و بغداد و استقرار قبایل و مهاجرین در آنها که بر اساس تقسیم بندی قبیله ای انجام می گرفت، دانش نسب را گسترش داد.^۴ اعراب که اولین مسلمانان بودند همیشه به نسب روی می آوردند و به گذشتگان و انساب خود افتخار میکردند و انسایان با استناد به برخی از آیات و روایات بر اهمیت آن تأکید کردند و آگاهی از انساب را دانشی ارجمند و بلند پایه می دانستند.

۱- بنگرید به: شاکر، مصطفی؛ تاریخ العربی و المؤرخون، ج ۱، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۳ م. ص ۶۷.

۲- آینه وند، علم تاریخ در اسلام، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۴. ص ۲۱۳.

۳- ابن سعد، الطبقات الکبری، ج ۳، تحقیق عبد القادر عطا، ج ۳، بیروت، دارالکتب العلمیه، ج ۲، ۱۴۱۸ ق ص ۲۹۵؛

۴- شاکر، مصطفی، تاریخ العربی و المؤرخون، پیشین، ص ۶۷.

پس از پیدایش اشرافیت نوین در اسلام و نزاع و مفاخره و مناصب در شهرهای ساکن شده و نیاز عرب به دفاع از مراکز و مکانات اجتماعی خود بر اهمیت انساب افزوده شد، زیرا آنان می خواستند از طریق آشنایی با مفاخر خود به امتیازات موهومی بر یکدیگر افتخار کنند. شعوبی گری و نیز محفوظ ماندن ساختار قبیله ای پس از اسلام به رشد دانش نسب شناسی کمک شایانی کرد.

پس از رسول خدا (ص) رهبری امت اسلامی سبب شد که توجه زیادی به دانش نسب شود. زیرا پیامبر فرموده است: «الائمه من قریش؛ جانشینان من از قریش اند» به اعتقاد برخی انساب نگاران یکی از فوائد علم نسب شناسی این است که خلفا را بشناسیم تا از نسبشان مطلع شویم نسب که از نسل فهر بن نصر بن کنانه (قریش) باشند.

همنشینی برخی خلفا با نسابه ها و تعلیم انساب به فرزندان شان و کسب مشروعیت برخی حاکمان از طریق تکیه بر نسب، از جمله رشد دانش نسب شناسی بود.

خلاصه آنکه انساب به گونه اسلامی مورد قبول واقع شد و در بین معارف اسلامی، منزلتی مهم و مطلوب بدان بخشیده شد و حفظ انساب و توابع آن و نیز تدوین همه آنها، شاخه ای اساسی از شاخه های تاریخ گردید. در هر صورت علم انساب شناسی در عصر اسلامی به رشد و گسترده گی خود رسید به گونه ای که حتی برای حیوانات هم، با تحقیقات، کتاب نوشته شد. مثلاً هشام بن محمد کلبی، کتاب انساب الخیل فی الجاهلیه و الاسلام را تدوین کرد.

۲-۱-۳-۲- کاربرد دانش نسب شناسی

نسب شناسی کاربرد های مختلفی دارد که به موارد زیر جهت کاربرد های آن اشاره می شود:

شناخت تاریخ تحولات مختلف جامعه اسلامی که در ضمن، جامعه ای قبیله ای نیز بوده، مستلزم توجه به این دانش است. این دانش به یک معنا، بیان تاریخی محدوده زمانی پیدایش قبایل به شمار می آید و تاریخ انسان شناسی سنتی و ساخت کلان اندیشه تاریخ است.^۱

^۱ - حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری اسلامی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲. ص ۲۲۹.

منابع نسبی دربردارنده اخبار ویژه ای درباره مسائل خاصی از قبیله است که در دیگر منابع بدان صورت نیامده است. اهتمام به انساب از عوامل یاری دهنده در پیدایش تاریخ و ثبات آن است.

بسیاری از نسب نامه ها یادآور مشاغلی است که علما بدان می پرداختند چنان که سمعانی گوید: ابوحنیفه (رئیس مذهب حنفی) بزاز بود و در نتیجه آن در دکان خویش مباحثه و مذاکره بسیار داشت و در فقه سرآمد گشت. کتاب سمعانی همچون بسیاری از منابع نسبی، مملو از مواد تاریخی است.

آمیخته بودن اخبار و انساب با یکدیگر؛ مثلاً ابن ندیم از کتاب الاخبار الفرس والانساب و السیره تألیف ابوالعباس عبدالله بن اسحاق مکاری و نیز از کتاب ابوالحسن نسابه به عنوان اخبار الفرس و انسابها و کتاب، الانساب الاخبار یاد می کند که نشانگر پیوند دو دانش تاریخ و نسب شناسی است. دانش نسب شناسی همانند برادر ناتنی تاریخ است.^۲ همان گونه که برخی منابع لغوی مانند تاج العروس و لسان العرب مواد و عناصر تاریخی را که حتی در برخی منابع مختص تاریخ یافت نمی شوند؛ در خود جای داده انداز منابع نسبی نیز می توان مواد تاریخی فراوانی را استخراج کرد.

یکی از گونه های تاریخ نگاری در اسلام مخصوصاً در تاریخ شیعه علم نسب شناسی می باشد. نیز این دانش گویندگان حدیث را در شناسایی راویانش یاری می دهد حتی این علم مارا در علومى مانند فقه اسلامى و حقوق قضایى یارى می دهد .

بعضی از منابع نسب شناسی به بیان تاریخ می پردازد. چنان که احمد بن یحیی بن جابر بلاذری (م ۲۷۹ ق)، از نسبانبان، مترجمان، جغرافی دانان و مورخان بزرگ ایرانی و اسلامی در کتاب گران سنگ انساب الاشراف چنین کرده است. وی اصل تبارشناختی نگارش تاریخ را به گونه ای اصولی استوار ساخته و در نگارش خود از علایق قومی و قبیله ای که اساس کار اوست بیشترین بهره را برده است. او کتاب خود را با ذکر نسب نوح(ع)

^۱ - ابن ندیم، الفهرست، به کوشش رضا تجدد، تهران، ۱۳۴۹ ص ۱۶۵.

^۲ - همان.

آغاز سپس از عرب، نخست عدنانی از اجداد پیامبر و فرزندان را ذکر می کند تا زمان تولد پیامبر سخن می گوید.

این کتاب علاوه بر آن که شامل اسناب قُریش و قبایل مُضَر استف تاریخ اسلام بر حسب خاندان های حاکم و بیان تبار آنان با شرح احوال شخصیت های بزرگ و مشهور آنان همچون بنی هاشم، بنی امیه و بنی عباس را نیز در بر دارد. پس از ذکر نسب بن یهاشم به زندگی و سیره رسول الله (ص) در دوران کودکی بعثت و هجرت تا رحلت آن حضرت و حادثه سقیفه اشاره دارد. پس از آن به بیان فرزندان ابوطالب با شرح مفصلی درباره فضایل و تاریخ خلافت امیر مؤمنان علی (ع) تا شهادت آن حضرت پرداخته است سپس تاریخ خلافت و زندگی امام حسن بن علی (ع) و فرزندان و قسیم امام حسین (ع) و زندگی فرزندان را آورده است.^۱

نسب نامه ها با صراحت بیان و آسان نسب هر فرد را در اختیار مورخ قرار می دهد. و از جایی که خویشاوندی از مهمترین روابط بین انسانها می باشد. و این روابط تأثیر بسیار زیادی بر زندگی فردی و اجتماعی دارد، مطالعه تاریخ و به طور کلی مسائل یک جامعه بی نیاز از شناختن این روابط نیست.

بدین ترتیب نسب نامه ساده ترین وسیله نشان دادن روابط افراد خویشاوند اعم از نسبی و سببی است. بازشناختن افراد هم نام از یکدیگر و تمایز اسامی متشابه.

تنظیم وقایع بر اساس ترتیب زمانی رویدادها با ایجاد چارچوب برای ارائه و شناخت رویدادهای تاریخی از اقدامات اساسی مورخان بشمار می روند.

علی رغم کاربرد بسیار زیاد دانش نسب در تاریخ، آسیب هایی نیز بر آن مترتب است با گذشت زمان ترتیب اسامی یک خاندان در نسب نامه ها یا ترتیب زندگی تاریخ آنها بهم می خورد به عبارتی چون خمیر مایه انسب، روایات شفاهی و شعر است و تفاخرات قبیله ای در آن راه دارد لذا باید در وثوق و اعتماد کامل به آن تردید داشت و با دیده احتیاط بدان نگریست. باید دانست، ویژگی هایی که ما از دانش نسب شناسی میدانیم دارای ایراد و مشکلاتی می باشد.

^۱ حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری اسلامی، پیشین، ص ۱۲۵.

خلط مباحث و ذکر اشتباه نسب در برخی موارد و عدم تمیز میان عرب شمال و جنوبی، جعل و تحریف که از مهم ترین آفات این دانش بشمار می آید و دلایلی چون دست یابی به قدرت بر خلاف تصور ایشان و اقدام به ساختن نسب نامه اعم از راست و دروغ برای کسب مشروعیت، از آن جمله اند. این نکته را نیز باید مدنظر داشت که هر یک از مکاتب نسب شناسی رویکرد و گرایش های تئوریک خاص خود را دارند.

گفتار دوم. منابع نسب مشهور در میان اهل سنت

حذف^۱ من نسب قریش از ابوفید عمرو سدوسی (م ۱۹۵ق)؛ کتاب النسب، تألیف قاسم بن سلام (م ۲۲۴ق)، که اطلاعات هر چند مختصر درباره نسب مضر و نسب بنی هاشم، نسب قبایل یمنی و ... دارد و علاوه بر آن اطلاعات ارزشمندی در باب وفود، اسلام آوردن قبایل، نقش آنان در فتوحات، مهاجرت قبایل، رجال و شخصیت های قبایل و روابط با یکدیگر به دست می دهد.

نسب قریش (الجهرة فی نسب قریش) از مصعب عبدالله زبیری، (م ۲۳۶ق)؛ المحبر، نوشته محمد بن حبيب بغدادی (م ۲۴۵ق)؛ انساب الاشراف، تألیف احمد بن یحیی بلاذری (م ۲۷۹ق)؛ جمهره انساب العرب، نوشته ابن حزم اندلسی (م ۴۵۶ق) که کتابش از مصادر دانش نسب است؛ الانساب، از عبدالکریم سمعانی (م ۵۶۲ق)؛ التبيين فی انساب القریش، تألیف عبدالله بن قدامه (۶۲۰ق)؛ اللباب فی تهذیب لانساب، ابن اثیر جزری (م ۶۳۰ق)؛ نهایه الارب فی معرفه انساب العرب، قلقشندی (م ۸۲۱ق) و لباب الانساب از جلال الدین سیوطی (م ۹۱۱ق).

۲-۱-۳-۳- نقش شیعیان امامی علم انساب

درباره نسب در سنت معصومین علیهم السلام دو گونه روایت ذکر شده است در یک دسته به این موضوع اهمیت قائل نشدند برای مثال از راوی نقل شده است که رسول مکرم اسلام می فرماید: «نسب، عالمش را سودی ندهد و جاهلش را زیانی نرساند».^۲ البته برخی از اهل سنت نسبت این حدیث به آن حضرت را انکار و آن را جعلی^۳ و استدلال کنندگان به چنین حدیثی را برای بی اعتبار کردن دانش نسب شناسی و بی انصافی در مورد این علم

^۱ حذف به این معناست که وی نسب قریش را به طور کامل نیاورده است و تنها گزینشی از قریشیان را یاد کرده است.

^۲ کلینی، الکافی؛ ج ۱، به کوشش علی اکبر غفاری، سوم، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ق. ص ۳۷.

^۳ ابن حزم، جمهره انساب العرب، پیشین، ص ۳.

دانسته اند. نیز از رسول خدا روایت شده که فرمود: «... لیس لعربی و عجمی فضل الا بالتقوی؛ عرب و عجم را جز به تقوی فضلی نیست». «ایتونی باعمالکم لا باحسابکم و انسابکم» «من ابطا عمله لم یسرع به نسبه؛ هر که عملش او را پس برد، نسبش او را پیش نیاورد».

ولی برخی از روایات بر ارزش و منفعت داشتن اینگونه روایات تأکید دارند به همین دلیل است که احکام ارث مبتنی بر شناخت نسب اشخاص می باشد، همچنین ازدواج و احکامی که از آن بدست می آید بر ارزشمند بودن این علم تأکید می کند.

علم نسب شناسی اساس شرعی، عرفی، اجتماعی برخی از مسائل مهم بشمار میاید، لذا از پیامبر گرامی اسلام (ص) و ائمه اطهار (ع) روایات متعدد و توصیه هایی در مورد اهمیت پرداختن به علم نسب شناسی نقل شده است. به عنوان نمونه از پیامبر روایت شده که فرمود: «تعلموا من انسابکم ما تصلون ارحامکم». آن حضرت در این روایت به فراگیری نسب شناسی به مقدار ضرورت تأکید فرموده است که نسب خود را به مقداری که بتوانید با آن صله ارحام کنید. همچنین پیامبر (ص) در روایت دیگری، بر لزوم فراگیری نسب شناسی، سفارش و صله رحم را مبتنی بر یادگیری این علم دانسته و فرموده است: «صله رحم مایه محبت در خانوان ها، افزایش و موجب طول عمر می شود» به نقل شیخ طوسی، امام رضا (ع) از پدران معصوم خود را رسول خدا روایت نموده که فرمود: «کل نسب و سبب منقطع یوم القیامه الانسبی و سببی».^۱ برخی «حسبی و نسبی» را به جای نسبی و سببی ضبط کرده و مقصود از حسب را شریعت و مراد از نسب را ذریه پیامبر دانسته اند.^۲ چنان که ما روز به روز، نسل مبارک آن حضرت را فراوان تر و مقصود خداوند از آیه: «انا اعطیناک الکوثر» بهتر درک می کنیم.

مفسران شیعی این آیه را سندی می دانند که سادات بر آن افتخار می کنند واز کلمه کوثر بر ولایت اهل بیت استناد می شود و این در حالی است که نامی از دشمنان اهل بیت (ع) همانند امویان باقی نمانده است.^۳ روایات یاد

۱- ابن عبد ربه، عقد الفرید، ج ۵، به کوشش ابراهیم الایاری و عمر تدری، بیروت، دارالکتاب العربی، بی جا ص ۲۸۰.

۲- همان ص ۲۸۰.

۳- بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، پیشین، ص ۱۸۶.

۴- بنگرید: علوی، المجدی، تحقیق احمد مهدوی دامغانی، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی العامه، ۱۴۰۹ ق. ص ۸۸.

شده و برخی موارد دیگر، نیز پیدایش نهاد نقابت، بعضی عالمان شیعه را به روی آوردن به دانش نسب شناسی شیعیان تشویق کرد.

۲-۱-۳-۴- علم نسب در سیره معصومان (ع)

با مراجعه به سیره معصومین از اهمیتی که آنان به این علم قائل بودند می توان به چند مورد اشاره می شود:

- پیامبر (ص) پس از هجرت به یثرب در مقابل جنگ روانی مشرکان قریش و هجو پیامبر و مسلمانان، مقابله مثل کرد. هنگامی که شعرای قریش، چون عمر و عاص، ابن زبیری و ابوسفیان بن حارث، زبانشان را بر هجو مسلمین گشودند، پیامبر (ص) در خطاب به انصار از آنان خواست همان گونه که ایشان با اسلام خود، رسول الله را یاری کردند، با زبانشان نیز آن حضرت را یاری کنند.

حسان شاعر پیامبر گرامی اسلام خود را برای هجو قبیله قریش آماده کرده بود. که پیامبر (ص) فرمود: چرا می خواهی به هجو قریش پردازم مگر نمی دانی که من از آنها هستم ؟ حسان یادآوری کرد به گونه ای رسول خدا را از آنان جدا خواهد کرد که مو را از خمیر جدا نمایند. از این رو پیامبر به او اجازه داد ولی آن را مشروط کرد بر این که حسان از ابوبکر که نسب شناس بود، نسب قریش را جویا شده و پس از آن به هجو ایشان اقدام کند. و حسان به دستور رسول خدا عمل کرد. از این گزارش، حساسیت رسول الله بر فراگیری دانش نسب از اهلش و استفاده از آن برداشت می شود. پیامبر (ص) در خطبه حجه الوداع (سال دهم هجرت) از آلوده نشدن نسبش اظهار کرد. نیز آن حضرت در یاد کرد از اعقاب و نیاکان انصار میان آنان تفاوت می گذاشت. رسول خدا کسی را که به دروغ خود را به قومی منتسب نماید وعده آتش داد و یادآور شد که اگر کسی را که به دروغ خود در انتساب به فردی باشد، کافر است.^۱

حضرت علی (ع) بعد از شهادت حضرت زهرا (س)، جهت انتخاب همسری جدید، به برادرش عقیل که از نسب شناسان برجسته زمان خود بود، مراجعه و فرمودند: همسری برای من انتخاب کن که از خاندان های شریف و از شجاعان عرب باشند. عقیل پس از بررسی های لازم، ام البنین (فاطمه) دختر حزام کلابی را از قبیله

^۱- همان، ص ۳۸۴.

بنی عامر بن صعصعه که بانوی مجلله و مکرمه بود را پیشنهاد داد و گفت در میان عرب شجاع تر از پدرانش وجود ندارد. امام پذیرفت و ثمره این ازدواج چهار فرزند (حضرت ابوالفضل العباس (ع)، عبدالله و جعفر و عثمان) بود که همگی در رکاب امام حسین (ع) در کربلا به شهادت رسیدند^۱.

بر اساس روایاتی ائمه و معصومین بر دانش و علم نسب شناسی تسلط کامل داشتند و به صحابه خود، این علم را آموخته اند.^۲ از امام رضا (ع) روایت شده که فرمود: علم بلایا، انساب و ... نزد ماست. برخی صحابه امامان همانند عبدالله بن عباس نیز در نسب شناسی مشهور بودند.

بند دوم. نقش شیعیان در دانش نسب

بر حسب نکاتی که ذکر شد شیعیان بنا به دلایل حقوقی، اجتماعی، سیاسی، دینی، مذهبی، و... بر این علم تأکید کردند. از این رو، چون تاریخ تشیع با تاریخ خاندان پیامبر پیوند ناگسستنی دارد، بی تردید، تاریخ این خاندان شریف به مقدار زیاد در منابع نسبی ثبت و ضبط گردیده است. بنابراین اگر مورخی بخواهد تاریخ شیعه و تشیع را به طور جامع مطالعه کند، متعدد به این دانش رونق بخشیدند که به چند مورد اشاره می شود:

اهتمام به حفظ انساب ذریه رسول الله (ص) که محبت به ایشان طبق آیه شریفه: «قُلْ لَا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى»^۳ بر جمیع مسلمین سفارش شده است. مودت به این خاندان، مستلزم شناخت آنها و شناخت این خاندان نیز آشنایی با علم انساب را لازم دارد از این رو شیعیان و حتی اهل سنت بیشترین آثار را به انساب ذیره طاهره اختصاص داده اند. البته همان گونه که یادآوری شد، از علمای شیعه در باب انساب و به خصوص انساب ذیره طاهره آثار زیاد و ارزشمندی به جا مانده است. و این حاکی از اهمیت دانش نسب، نزد دانشمندان شیعی است.

^۱ ازورقانی مروزی، الفخری فی انساب الطالبین، پیشین، ص ۲۵۶.

^۲ مفید، الاختصاص، تحقیق و مصحح علی اکبر غفاری و محمد محرمی زرنندی، قم، المؤتمر العالمی لافیه الشیخ المفید، ط الاولی،

۱۴۱۳ق. ص ۲۹۲

^۳ - شوری ۴۲:۲۳.

تشیع امامت را محور اصلی خود قرار می‌دهد-و آن هم بر پایه نسبی است که ائمه (ع) با پیامبردارند و اینکه آنان فرزندان پیامبر (ص) هستند، قرار داشته است.

قیام های علویان: بدون تردید، زمینه این قیام ها، مقبولیت علویان در میان مردم بود که آنها به علت ارتباط با پیامبر دارا بودند تا جایی که کسانی چون «صاحب الزنج» و بسیاری دیگر برای استفاده از این موقعیت ممتاز، خود را به علویان منتسب می کردند. به گونه ای که در کتب انساب علویین، بخشی را به ادعیاء (افرادی که ادعای علوی بودن می کردند) اختصاص داده اند.^۱ شناخت نسب ایشان برای تأیید و یا عدم تأیید برای یاری و پیوستن با ایشان مهم بود.

منصب نقابت: پیدایش دستگاه نقابت، به نیمه دوم قرن سوم هجری (اوایل غیبت صغری) می رسد، گفته شده برای آنکه خاندان جلیل پیغمبر(ص) به پاره ای از آلودگی ها گرفتار نشوند و شرافت سادات مصون بماند، منصب یاد شده به وجود آمد و به زودی در منطقه ای وسیع گسترش یافت. این تشکیلات خود یکی از علل مهم رشد و گسترش دانش نسب بود. طبق توافقاتی که میان حکام وقت و بزرگان سادات به عمل آمد، امتیازی به سادات داده شد که به تأسیس دارالنقابه ها انجامید. در این دارالنقابه ها، نقیب النقابی از طرف حکومت مرکزی تعیین می شد که او برای هر شهر نقیبی مشخص میکرد. در این دارالنقابه ها، پرونده های خاصی برای سادات با عنوان «جریده» ثبت می شد.^۲ این دارالنقابه ها که تا اواسط دوره حکومت صفویه وجود داشت، بهترین جا برای حفظ انساب سادات بود، اما متأسفانه این دارالنقابه ها از اواسط دوران صفویه برچیده شد و خلل بزرگی در انساب سادات به وجود آمد و پس از آن، مرکز خاصی برای ضبط و حفظ نسل سادات و کیان آنها وجود نداشت، هرچند این دارالنقابه ها در برخی از کشورهای اسلامی وجود دارد. علمای بزرگ نسب شناسی در هر زمانی برای حفظ

^۱ - همان، ص ۶۶.

^۲ ازورقانی مروزی، الفخری فی انساب الطالبین، پیشین، صص ۱۴۲ و ۱۴۳.

سلسله سادات از گزند حوادث، اقدام به تألیف کتب انساب نمودند که هم اکنون مقداری از این کتاب ها، در دسترس می باشند.^۱

قابل ذکر است که در اوایل خلافت عباسیان تعداد سادات رو به فزونی گرفت و خود بنی العباس هم که از طایفه بنی هاشم بودند بودند از این رو به حمایت سادات و ائمه نیازمند بودند تا منسوبین به بنی هاشم همگی از روی شجره نامه ها شناسایی شدند تا با مشخص شدن ذوی القربی، آنان به حقوق خود نائل آیند و اجر رسالت به ایشان عاید شود. نیز جلوی ورود احتمالی غیر آنان به حقوق خود نائل آیند و اجر رسالت به ایشان عاید شود. نیز جلوی ورود احتمالی غیر آنان در سلسله جلیله سادات گرفته شده و انساب ایشان محفوظ بماند. از این رو نهاد نقابت شکل گرفت و به دلایلی به دو دستگاه «نقیب الطالیین» و «نقیب العباسیین»، تقسیم گردید. منصب نقابت بسیار محترم و صاحب آن معظم بود و چهره شاخصی همانند سید جلیل طاهر ذی المناقب، ابواحمد حسین بن موسی پدر سید مرتضی و سید رضی، عهده دار این منصب بود که به هشت واسطه نسبش به حضرت موسی بن جعفر (ع) می رسید، علاوه بر آن دیوان مظالم و امارات حج را نیز متصدی بود که بعد به سید رضی و سید مرتضی رسید. معمولاً به ریاست نقابت، شخصی را به اسم نقیب الأشرف یا رئیس خاندان نبوی انتخاب می کردند، وظایف آن از این قرار بود:

حفظ نسب خاندان

- ثبت نام نوزادان و مردگان.

- جلوگیری از افراد خاندان از نظر ارتکاب پاره گناهان و یا اشتغال به پاره سب ها و مشاغل پست.

- مطالبه و وصول و ایصال حقوق آنان.

- دریافت حقوق مربوط به خاندان پیغمبر در غنیمت و فیه و تقسیم آن میان افراد.

^۱ درباره چگونگی و چرایی تأسیس نهاد نقابت بنگرید به: خالقی، دیوان نقابت، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.

- مراقبت درزنانشویی زنان و دختران خانواده که فقط با هم شأن خودشان همسر شوند. و در واقع نقیب الأشراف به منزله قیم و وکیل عمومی افراد خاندان بشمار می آمد.

نگهداری از نسب خاندان پیامبر گرامی اسلام در تمامی دوره های اسلامی از اهمیت زیادی برخوردار بود
نقش شعرای شیعه: کسانی چون کمیت بن زید اسدی (ک ۱۲۶ق)، سید حمیری و دعل خزاعی و دیگر شعرای
متعهد شیعی با توجه به آشنایی ایشان به انساب- که از ویژگی های یک شاعر مشهور است تا در سروده های خود
دچار اشتباه نشود- در سروده های خود، فراوان به نسب اشخاص اشاره کرده اند که خود می تواند از علل گسترش
دانش نسب شناسی باشد.^۱

۲-۱-۳-۵- تنی چند از نسب شناسان برجسته شیعی

در میان شیعیان، نسب دانان بسیاری ظهور کرد و ایشان نقش سترگی در بالندگی دانش نسب ایفا کردند. گروه
بسیاری از نسابه های شیعه نامشان در کتب تاریخ، لغت، حدیث و انساب ذکر شده لیکن تفصیلی از شرح حال
ایشان در دست نیست. چند نفر از مشهورترین ایشان و آثارشان عبارتند از:
ابونصر، محمد بن سائب کلبی (م ۱۴۶ق).

او اولین کسی است که علم نسب شناسی را به مرحله تدوین در آورد. ابو نصر از صحابه امامین باقر و صادق
(علیهم السلام) بود و در نگارش اثر خود، از ابوصالح، نسابه معروف، که همنشین عقیل بن ابی طالب بود بهره
فراوان برد.^۲

هشام بن محمد بن سائب کلبی (م ۲۰۶ه).

وی از دانشمندان مکتب عراق و عالم به انساب، اخبار، مثالب، شعر، ایام العرب، فتوح، جغرافیا، کتبه شناس و
حافظ و مفسر قرآنی از شاگردان امام جعفر صادق (ع) و از خواص امامیه «کان یختص بمذهبن» بود.^۳ یکی از
افتخارات خاندان کلبیین بود که از شیعیان علی بن ابیطالب (ع) و از دشمنان سرسخت خاندان بنی امیه بودند.

^۱ بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، پیشین، ص ۲۱۵.

^۲ حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری اسلامی، پیشین، ص ۲۶۰.

^۳ النجاشی، رجال نجاشی، تحقیق سید موسی شیرازی زنجانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق ص ۴۳۴.

شاگردی برخی از آنان در محضر ائمه و یا مجموعه آثار آنان در زمینه مقاتل، انساب، مناقب و غارات همگی دلالت بر تقرب و علاقه باطنی ایشان به اهل بیت پیامبر دارد. برخی از مشاهیر اهل سنت به رغم اعتراف به فضل هشام کلبی در دانش نسب او را از این رو که شیعه است موثق ندانسته اند.

هشام یکی از دانشمندان علم نسب شناسی در عصر خود بود. به همین سبب کتابهای فراوانی از او به نگارش درآمده است که از مهمترین آنها *جمهره النسب* است. حاجی خلیفه وی را اولین کسی می داند که درباره انساب کتاب نوشته است. مطالب کتاب وی شامل نسب قریش و بن یهاشم، شعبات مضر، ربیع و قبایل قحطانی است. ابن کلبی علاوه بر انساب اطلاعات تاریخی در باب العرب، مساکن کهن و نوین قبایل، تراجم احوال بزرگان قبایل، مهاجرت های قبایل و نقش آنان در فتوحات به دست می دهد که مورخان بی نیاز از این مطالب نیستند. اطلاعات مهم درباره بزرگان قبایل شیعه، قیام های شیعی، واقعه کربلا، توأیین، والیان و فرماندهان نظامی از آن جمله اند.

ابوالحسن یحیی نسابه، فرزند حسن بن جعفر بن عبیدالله اعرج ابن حسین اصغر ابن امام زین العابدین (ع) (م ۲۲۷ق): معروف به عقیقی، مؤلف انساب آل ابی طالب (یا نسب ابی طالب) و صاحب منصب نقابت در مدینه منوره و به نسابه معروف بوده است. رجال شناسان شیعی، یحیی را از اصحاب امام رضا (ع) دانسته اند ابن طقطقی یحیی را از رجال امامیه برشمرده است. از یحیی روایات بسیاری در منابع شیعه مانند الامامی، عیون اخبار الرضا و *علل الشرایع* نقل شده که می تواند مؤید شیعی بودن او باشد با وجود این، به رغم معاصر بودن یحیی با امام جواد (ع) وی به نسل امام رضا (ع) اشاره ای نکرده است.

یحیی از نخستین کسانی می باشد که کتابی مستقل در باب نسب شناسی خاندان نبوت تألیف کرد که همین کتاب برای کتب انساب بعدی به صورت کتب مرجع در آمد. عقیقی سلسله خاندان اهل بیت (ع) از آغاز تا زمان خود را ثبت کرد. بنا به نوشته ابن طقطقی، یحیی صاحب مبسوط (ذکر نسب سادات طالبی از اسلاف به اخلاف، یعنی از بالا به پایین) نسب طالبین است. اصل کتاب یحیی در دست نیست اما نسخه ای از آن به کتابت سال ۵۵۱ هجری در کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی موجود است که محمد الکاظم تصویر آن را تحقیق کرده است. با گسترش

۱- ابن طقطقی، الاصلی فی انساب الطالبین، پیشین، ص ۳۷-۳۴.

خاندان پیامبر گرامی اسلام و اهمیت ویژه ای که این خاندان در بین مسلمین دارند، نسب شناسی اهل بیت پیامبر (ص) در بین مسلمانان ترویج پیدا کرد.

ابونصر سهل بن عبدالله بن داود بخاری (زنده تا سال ۳۴۱ق): وی مؤلف کتاب سر السلسله العلویه است. شیعه امامی بودن وی را می توان از به کارگیری لفظ الامام و علیه السلام برای امامان شیعه و القائم و الحجة در خصوص امام عصر و نیز آوردن لقب کذاب برای جعفر فرزند امام هادی به دست آورد. ابونصر با دانشمندان زیادی در عصر خود گفتگو و حتی به شهرهای مختلفی سفر کرد. او نسب خاندان علوی را پس از ذکر بزرگان آل ابی طالب تا زمان خودش به روش مبسوط آورده است. کتاب بخاری مورد استناد نسابه های معروفی همانند عمری و ابن عنبه بوده و آنان بارها به آن استناد کرده اند^۱ زیرا کتاب ابونصر بخاری علاوه بر اتقان و حسن دقت، از نخستین تألیف ها درباره انساب آل ابی طالب است. عالم و نسب شناس شیعی که کتابش را برای یکی از وزرای عصر خود (وزیر رفیع) نوشته است. غرض مؤلف بیا نسب درست علوی و رد کسانی است که علوی نیستند، ولی خود را علوی می نامند. شیوه بخاری در بیان اسناب به این گونه است که ابتدا پدران، سپس فرزندان و نوادگان تا علویان معاصر خود را می آورد. یعنی از عبدالمطلب شروع و به فرزندان عمر الاطراف بن علی که معاصر نویسنده بود، ختم می شود. این کتاب در میان منابع تاریخی انساب آل ابی طالب، نخستین اثر منتشر شده تا کنون است.

ابوالقاسم الحسین بن علی بن الحسین بن محمد معروف به وزیر المغربي (م ۳۷۰ق): برخی منابع اهل سنت او را شیعه معرفی کرده اند. در برخی منابع شیعی نیز ترجمه او آورده شده و برخی به شیعه امامی بودن وی تصریح کرده اند.

ابوجعفر محمد بن محمد عبیدلی حسینی (م ح ۴۳۵ق): نویسنده تهذیب الانساب و نهایه الاعقاب میباشد. او از شیعیان امامیه و عالم به علم نسب شناسی بزرگ طالبیان عراق بود. لقبش شیخ الشرف نیز بود. کتابش مورد استفاده برای استناد نسب شناسان، محدثان و مورخان است. به گفته ابن عنبه، دانش نسب در عصر عبیدلی به او باز می گردد و وی استاد شخصیت های برجسته شیعی همانند شریف سید رضی و سید مرتضی دانسته شده است.

^۱ - به عنوان نمونه بنگرید به: علوی، المجدی، پیشین، ص ۱۳.

به رغم موجز نویسی عبیدلی، تألیف او از مصادر مهم محسوب می شود. از دیگر کتب نسبی عبیدلی: الحاوی فی النسب و المبسوط است که کتابی حجیم بوده و تهذیب الانساب خلاصه آن است. او نسب پیامبر را تا آدم (ع) ذکر کرده و پس از آن به نسب اولاد و خویشاوندان آن حضرت پرداخته و به دنبال آن ابوطالب و علی (ع) و بقیه ائمه و در ادامه نسل زید بن علی، محمد بن حنفیه، عباس بن علی، عمرالاطراف، جعفرابن ابی طالب و عقیل سخن گفته است.

نجم الدین ابوالحسن علی بن محمد النسابة (م ۴۴۳ تا ۴۶۰ق): کسی است که با یازده واسطه به امام سجاد (ع) میرسد اثر ارزشمند وی المجدی فی أنساب الطالبین از آثاری است که در مورد موضوع دانش نسب شناسی است که بسیاری از عالمان علم الانساب بدان استناد کرده اند. برخی نسب شناسان عمری را امام اهل نسب دانسته و او را از قله های علم انساب نامیده اند که « گفته هایشان برای آیندگان، حجت است و خداوند، این علم را مسخر ایشان گردانید.»^۱ وجه تسمیه این کتاب آن است که مؤلف آن را برای مجدالدوله احمد بن حمزه از سادات فاطمی و نقیب مصر در زمان فاطمیان نگاشت.^۲ در این کتاب زندگی نامه علویان و طالبیان که در اثر جنایاتی که حاکمان ستمکار بر آنها روا می داشتند و آنها به همین جهت به نقاط دور دست شرق و غرب عالم اسلامی هجرت کرده و پراکنده شده بودند، و برخی از ایشان در برخی نقاط به عنوان امیر و حاکم و یا امام مفترض الطاعه در رأس جامعه و در مقام حکومت تامه قرار می گرفتند، بیان شده است. المجدی ابتدا به اجمال و گویا به عنوان تبرک از نسب پیامبر (ص) سخن گفته و سپس به انساب خاندان ابوطالب می پردازد. سه قسمت اصلی کتاب مشتمل بر سه فرزند ابوطالب یعنی علی (ع) و جعفر و عقیل است که طبعاً از این میان، شرح خاندان امیرالمومنین (ع) حجم بیشتری را به خود اختصاص می دهد. مؤلف در ابتدای بیان انساب آن حضرت به اشاره از دختران او نام برده و سپس به اعقاب عباس بن علی و عمرالاطراف که جد مؤلف است می پردازد.

^۱ - ابن عنبه حسنی، عمده الطالب، قم، تنصاریان، ۱۴۱۷ق. ص ۴۰۸-۴۰۷ و ۳۵۵.

^۲ - عطایی، مهاجران آل ابی طالب، ترجمه المتقله الطالیه، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۷۲ ص ۲۹۶.

عظمت معصومین در این کتاب تجلی یافته است: ذیل اعقاب امام حسین، آنگاه امام سجاد، آنگاه اما باقر(ع) تا آخرین امام که به ترتیب ذیل فرزندان هر امام به آنان پرداخته است. مؤلف ضمن بیان انساب هر امام، شرح بسیار مختصری از آن بزرگان ارائه کرده اما درباره امام دوازدهم به شرح و بسط بیشتر می پردازد. تردیدی در شیعه امامی بودن العمری نیست شاهد آن عبارت «نحن اثنی عشری» است که وی در بیان عقیده امامیه درباره زید بن علی آورده است.^۱

المجدی در زمان حیات مؤلف خود از شهرت و اعتبار کافی برخوردار بوده و در شرق و غرب عالم اسلامی رواج داشته است. کتبی که در مورد نسب در قرون پنج و ششم هجری به نگارش درآمده است از لباب الأنساب بیهقی، والفخری سید اسماعیل مروزی بدان استناد کرده اند. کتاب حاضر مشتمل بر مقدمه ای از آیت الله مرعشی نجفی است که با عنوان «المجدی فی حیاة صاحب المجدی» به شرح حال مؤلف می پردازد. نیز مقدمه ای مفصل در ابتدای کتاب و تعلیقات توضیحاتی در پایان آن به قلم محقق اثر آقای دکتر احمد مهدوی دامغانی آمده است.^۲

ابوالحسن علی بن زید بیهقی (م ۵۶۵ق): ملقب به ابن فندق نویسنده کتاب لباب الانساب و القاب و الاعقاب. وی از نسابه های بزرگ خراسان و فقیه و محدث امامیه است که در همین کتاب افزایش و گستردگی و نسب آل ابی طالب را در اقصی نقاط جهان و کشور های اسلامی آورده است. محفوظ ماندن برخی از جریده ها یا همان دیوان های نسب که اکنون نسخه های آن مفقودند، مدیون بیهقی است. برخی بیهقی را شیعه امامی معرفی کرده و به سخن خود او در کتابش استناد می کنند. این نسابه احترام فوق العاده ای به امیرمؤمنان و دیگر ائمه (ع) قائل است.

الازورقانی مروزی، عزیزالدین ابوطالب اسماعیل بن حسین بن محمد (م ۶۱۵ق): نام اثر وی، الفخری فی أنساب الطالبیین است که آن را در سال ۶۰۶ هجری تألیف کرده است. این کتاب، درباره نسب خاندان ابوطالب

۱- علوی، المجدی، پیشین، ص ۱۵۷.

۲- همان.

۳- بنگرید به: خالقی، دیوان نقابت، پیشین، ص ۷۷-۷۶.

یعنی فرزندان علی (ع)، جعفر وعقیل تألیف شده و علت نامگذاری آن درخواست مفسر مشهور فخرالدین رازی از دانشمندان اهل سنت برای تدوین این کتاب بوده است. نویسنده پس از مقدمه ای در نسب پیامبر اکرم (ص)، به آل ابی طالب می پردازد. نسب امیرالمؤمنین (ع) بیشترین حجم کتاب را به خود اختصاص داده و شامل اعقاب فرزندان آن حضرت است. ترتیب انساب آن گونه که معمول است در این کتاب نیامده و پس از اعقاب امام کاظم (ع) با عنوان انساب موسویه، به نسل امام صادق (ع) می پردازد. گویا القابی معروف اند یاد می شود. این القاب، القاب ویژه شخص می باشد که فرزندان وی بدان ها ملقب نمی شوند، نظیر علویه، حسینیون، باقریه، موسویه و ... در ابتدای چاپ فعلی این کتاب، رساله ای با عنوان «الضوء البدری فی حیاة صاحب الفخری» به خامه آیت الله مرعشی نجفی آمده و شرح حالی از مؤلف کتاب ارائه داده است.

باید توجه داشت که اثر دیگری با عنوان الفخری فی الأداب السلطانیة والدول الاسلامیة نوشته محمد بن علی بن طباطبا معروف به ابن الطقطقی (م ۷۰۹) وجود دارد که قسمتی از این کتاب به نصایح و اندرز به دولتمردان می پردازد و در ادامه به بیان تاریخ اسلام می پردازد. شهرت دو اثر به «الفخری» گاه سبب خلط بین آن دو شده است.

ابوعبدالله محمد بن علی حسنی (م ۷۰۹ق): ملقب به صفی الدین و معروف به ابن طقطقی مؤلف کتاب الاصلی فی انساب الطالبیین. مذهبش امامیه و او یکی از مورخان و دانشمندان نسب شناسی برجسته در زمان خود و از خاندان نقیب حله و کربلا و نجف بود و در سفرهای علمی که می رفت از نسب شناسان و دیوان های نسب آن شهرها استفاده می کرد. و به خواش خواجه اصیل الدین حسن (م ۷۱۵ق) فرزند خواجه نصیرالدین طوسی از وزرای غازان خان مغول، الاصلی را تدوین کرد.^۱ کتاب او مشتمل بر انساب بنی هاشم و بنی امیه تا روزگار مؤلف است. نویسنده در مقدمه این کتاب از اهمیت نسب شناسی، زمان تدوین و شیوه های پرداختن به نسب، اصطلاحات دانش نسب و طبقه بندی انساب عرب سخن گفته است.

۱- بنگرید: ابن طقطقی، الاصلی فی انساب الطالبیین، پیشین، ص ۱۴.

ابن عنبه، احمد بن علی حسنی (م ۸۲۸ق): وی عالم شیعی و نسب شناس قرن نهم هجری و اثر گران سنگ وی، عمدہ الطالب فی انساب آل ابی طالب است. ابن عنبه علت و انگیزه تألیف این کتاب را چنین بیان کرده که چون به مناطق مختلف سفر کرده، دیده است افرادی ادعای علوی بودن دارند و کسی آن را انکار نمی کند، چه اینکه به انساب علویون آگاه نیستند؛ لذا برای تبیین اصول و فروع این انساب، کتاب حاضر را تألیف و به تیمور لنگ گورکانی تقدیم کرده است. وی تاریخ فراغت از این کتاب را سال ۸۱۴ ق ثبت کرده است. ابن عنبه کتاب خود را به درخواست جلال الدین حسن حسینی، مختصر و به نام عمدہ الطالب الجلالیہ الصغری، نام نهاد و به محمد بن فلاح مشعشی (از حاکمان سادات مشعشی در هویزه خوزستان) تقدیم کرد.^۱

ابن عنبه در نگارش انساب و اشارات تاریخی خود، شیوه ای انتقادی و در عین حال، منصفانه دارد و تحقیق و امانت را در ضبط واقعیات تاریخ و نسب شناسی به کار بسته است. فصل بندی در کتاب عمد الطال مانند کتابهای نسب شناسی دیگر ساده و روان و آسان نمی باشد و برای یافتن نسب شخصی یا گروهی در این کتابها باید به فحص و جستجوی بیشتری پردازیم زیرا ممکن است بیان فرزندان و نسل یک امام به تفصیل زیادی نیاز داشته و به درازا بکشد و در این بیان از طبقات قدیم به نسل های بسیار دور منتقل شود و ناگهان به اجداد اولیه بازگشت نماید. مؤلف به همه منابع خود اشاره نکرده اما در مواردی به نام راوی یا کتابی که مطلب خاصی را از آن نقل کرده اشاره می کند.

ضامن بن شدقم بن علی حسینی (م بعد ۱۰۹۰ق): او از نسابه های بزرگ و دانشمند صاحب دو کتاب با ارزش در مورد انساب به نامهای تحفه الازهار و زلال الانهار فی نسب ائمه الاطهار و لب الالباب فی ذکر نسب الساده الانجاب می باشد.

مرحوم آیت الله شهاب الدین رعشی نجفی از علمی شیعی معاصر است که خود و خاندانش نسابه بوده و خدمات بزرگی برای حفظ انساب انجام دادند. آیت الله مرعشی با احیای کتاب های اصیل نسب شناسی، در بازسازی این دانش با جدیت کوشیده و علم انساب شیعی به همت ایشان حیات دوباره پیدا کرد. وی کتاب های

^۱ حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری اسلامی، پیشین، ص ۲۶۰.

خطی فراوان و ارزشمندی در این باره از کشورهای مختلف جهان جمع آوری و برای استفاده همگان، اکثر آنها را چاپ و منتشر کردند. نیز کتاب های ارزشمندی مانند مشجرات ال الرسول را تألیف و تعلیقات فراوانی هم بر کتاب عمده الطالب زدند. در سایه تلاش های آن مرحوم و شاگردانش، امروزه در شهر مقدس قم «پژوهشکده انساب سادات» تأسیس شده که در طی چند سالی که از تأسیس آن می گذرد آثار ارزشمندی در باره دانش نسب شناسی عرضه کرده است. از جمله آنها مجموعه الموسوعة النسبیه است. این مجموعه از چند بخش تشکیل شده است. بخش اول آن با عنوان المعقبون من آل ابی طالب در سه جلد به چاپ رسیده است. جلد اول (از بخش اول) در مورد امام حسن (ع) و جلد دوم و سوم درباره نسل امام حسین (ع) است. بخش دوم این مجموعه، المحدثون من آل ابی طالب نام دارد که شامل سه جلد و محتوی آن، پرداختن به نسب محدثان و احادیث نقل شده از سادات از زمان ائمه اطهار (ع) تا زمان معاصر است. بخش هایی دیگر این مجموعه، عبارتند از: الادباء من آل ابی طالب در معرفی ادیبان سادات و نمونه اشعار آنها در طول تاریخ و الامراء و الحکام من آل ابی طالب در نسب آن دسته از ساداتی است که عهده دار حکومت بوده اند.^۱ کتاب الاعیان من آل ابی طالب به معرفی دانشمندان علم نسب شناسی که از سادات هستند می پردازد. النقباء من آل ابی طالب، المزارات و المشاهد من آل ابی طالب و الثائرون من آل ابی طالب (معرفی قیام کنندگان از سادات در طول تاریخ) از دیگر بخش های مجموعه یاد شده است. همانطور که بیان شد علم نسب شناسی از اهمیت بسیار فراوانی در میان مسلمانان برخوردار است و همانند بسیاری از علوم که در حوزه اسلامی رشد و نمو پیدا کرد این علم هم به رشد و گسترش فراوانی در حوزه علوم اسلامی دست یافت. مذاهب اسلامی هر یک به نوبه خود در شکوفایی آن سهم بودند. در این میان سادات علوی و شیعیان امامی به دلایلی چون تکیه معصومان در سنت و سیره خود بر نسب برای کاربردهای سلامی و ارتباط آن با موضوع امامت، حفظ و شناخت ذریه پیامبر (ص) اهتمام بیشتری بدان قائل بوده و در بالندگی و توسعه این دانش، نقش بارزتری ایفا کردند. با نگاهی به فهرست تألیفات شیعیان در حوزه دانش نسب شناسی، در ادوار مختلف اسلامی، میزان نقش و سهم ایشان روشن می شود.

^۱ علوی، نجم الدین ابی الحسن علی بن محمد عمری، المجدی، پیشین، ص ۱۹۷.

شیعیان نسب شناس در طول تاریخ اسلام، با تلاش و همتی که بکار بستند، بانی اقدامات مهمی در حفظ و نگهداری دانش نسب و انتقال آن به مسلمانان اعصار بعدی شدند. اهتمام ایشان بیشتر معطوف به نسب سادات بوده است. با تلاش های آنان انساب سادات از فراموشی رهایی یافته و با زحمات فراوان، آنان توانسته اند، دانش نسب شناسی را از صدر اسلام تا کنون بازسازی کرده و از آن پاسداری نمایند. نگارش کتاب های گوناگون نسبی به ویژه درباره انساب سادات طالبی تشکیل مکانهایی برای کار متمرکز و علمی در این زمینه، از اقدامات شیعیان نسابه برای حفظ سلسله نسب سادات به خصوص معصومین (ع) بوده است.

۲-۲- آزمایشات ژنتیک

در بحث اثبات نسب چند راه برای اثبات نسب در علم وجود دارد که در اینجا به معرفی آن می دازیم.

۲-۲-۱- آزمایش گروه خون

یکی از ادله در دادگاه خانواده برای اثبات ابوت آزمون گروه خون می باشد. جواب این آزمایشات همانند آزمایش DNA قطعی نمی باشد. معمولاً این آزمایش در موارد منفی، ابوت را رد میکند (صد در صد نیست) ولی در موارد مثبت اثبات ابوت نمی کند. مثلاً "پدر فرضی با گروه خونی O" نمی تواند صاحب فرزندی با گروه خونی AB شود، حتی اگر مادر طفل دارای گروه خونی AB باشد. همانطور که ذکر شد به علت برخی تغییرات ژنی و جهش هایی که ممکن است در سطح کروموزوم ها اتفاق بیافتد این آزمایش قطعیت ندارد. ولی از آنجائی که هزینه این آزمایش اندک است و جواب نیز سریعاً آماده میشود گاهی قاضی صلاح میبندد از این آزمون استفاده کند و برخی افراد هنگامی که با جواب مثبت آزمایش مواجه می شوند به جرم خود اقرار میکنند که این اقرار همان دلیل لازم برای صدور رای نهایی محکمه می__شود.

در صورتیکه مرد درخواست (اثبات /رد) ابوت داشته باشد انجام آزمایشات ساده تر است به این صورت که خود پدر فرضی با رضایت خاطر جهت دادن نمونه به آزمایشگاه مراجعه می کند و نوزاد نیز معمولاً" در دسترس است ولی اگر مادر مدعی باشد بر اثبات حق ابوت ، مرد می تواند می تواند در آن دادگاه شرکت نکند و از حکم قاضی برای انجام آزمایش سرباز زند هر چند که در هر دادرسی رفتار قضات طوری می باشد که خوانده خود راضی به همکاری در محاکم قضایی می شود ولی توجه به این نکته ضروری است که " قانونی که بتواند مرد را وادار به انجام این آزمایش نماید وجود ندارد".^۱

۲-۲-۲- انگشت نگاری ژنتیکی

یکی از منابع اصلی دیدگاههای مولکولی در داخل آرشیو اطلاعاتی سلول ، یا خود DNA ، قرار دارد. هر چند مشکل اساسی ، اندازه کروموزوم است: چطور می توان یک ژن خاص را در میان ۱۰۰۰۰۰ ژن موجود در بیلون ها جفت باز یک ژنوم انسانی یافت ، مورد مطالعه قرار داد؟ راه حلها از دهه ۱۹۷۰ شروع به نمایان شدن کردند. پیشرفتهای حاصل از دهها سال کار هزاران دانشمند در زمینه های ژنتیک ، بیوشیمی ، بیولوژی و شیمی فیزیک ، در آزمایشگاههای پل برگ ، هربرت بویر و استنلی کوهن گرد هم آمدند تا فن آوریهایی برای تعیین موقعیت ، جداسازی ، آماده سازی و مطالعه قطعات DNA مشتق از کروموزومهای بزرگتر را ایجاد نمایند . انگشت نگاری DNA بر اساس وجود چند شکلی های توالی^۲ است. این چند شکلی ها ، حاصل تغییراتی در توالی هستند که بطور متوسط از فردی به فرد دیگر در هر ۵۰۰ تا ۱۰۰۰ جفت باز رخ می دهد. هر تفاوتی از توالی ژنومی مشترک انسان در کسری از جمعیت انسانی رخ می دهد، هر فرد تعدادی از آنها را دارد.

^۱۲ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), UN, G.A.

Res. No ۲۲۰۰A (XXI) of ۱۶Dec. ۱۹۶۶

^۲ Sequence polymorphisms

بعد از این تغییرات توالی بر روی جایگاههای شناسایی آنزیمهای محدود کننده تاثیر گذاشته و منجر به تنوع اندازه قطعات DNA حاصل از هضم توسط یک آنزیم محدود کننده خاص در بین افراد متفاوت می گردد. از این رو به این تغییرات ، چند شکلی های طول قطعه محدود کننده ، (RFLPs) گویند^۱.

۲-۲-۱- جستجوی RFLPs با استفاده از روش ساترن بلوتینگ

جستجوی RFLPs با استفاده از یک روش هیبریداسیون خاص به نام ساترن بلوتینگ^۲ به انجام می رسد. ابتدا قطعات دئوکسی ریبونوکلئیک اسید حاصل از برش DNA توسط آنزیمهای محدود کننده بر اساس اندازه ، با روش الکتروفورز بر روی ژل آگارز جدا می گردند. این قطعات دئوکسی ریبونوکلئیک اسید با خیساندن ژل در قلیا ، دناتوره شده و سپس بر روی یک غشا نایلونی لکه گذاری می شوند و بدین ترتیب نحوه توزیع قطعات بر روی غشا نایلونی مشابه انتشار این قطعات بر روی ژل خواهد بود.

آنگاه این غشا در یک محلول حاوی پروب DNA نشان دار با رادیواکتیو غوطه ور می گردد. وقتی یک ژنوم انسانی توسط یک آندونوکلئاز محدود کننده برش داده می شود، پروب مربوط به توالی که چندین بار در ژنوم انسانی تکرار شده است، عموماً چندین قطعه DNA را شناسایی می کند. قطعاتی که پروب به آنها هیبرید می گردد، با روش اتورادیوگرافی معین می شوند^۳.

۲-۲-۲- مشخصات پروب

توالی های دئوکسی ریبونوکلئیک اسید ژنومی مورد استفاده در این آزمونها ، عموماً نواحی حاوی دئوکسی ریبونوکلئیک اسید تکراری (توالی های کوتاه که هزاران بار پشت سر هم ، تکرار شده اند) هستند که در ژنوم یوکاریوت های عالی معمول هستند. تعداد واحدهای تکراری موجود در چنین DNA ای (به استثنای دو قلوهای یکسان) ، در بین افراد مختلف ، متفاوت است. در صورت انتخاب یک پروب مناسب ،

^۱ مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۰-۱۹ (۱۳۷۶)

^۲ Southern blotting

^۳ Bennett M (۱۹۹۵). Admissibility Issues of Forensic DNA Evidence. Nebraska Law Review ۴۴۴:

الگوی باندهای حاصل از چنین آزمایشی برای هر فرد اختصاصی خواهد بود.

با بکار گیری پروبهای متعدد، آنقدر این آزمون انتخابی خواهد شد که می تواند یک فرد را در کل جمعیت

انسانی شناسایی نماید. با این وجود، روش ساترن بلوتینگ نیاز به نمونه های DNA نسبتاً تازه و مقادیر DNA

بیش از میزانی دارد که عموماً در صحنه وقوع جرم، وجود دارد. با استفاده از روش PCR که امکان ازدیاد

مقادیر کم DNA را فراهم می سازد، حساسیت آزمون RFLP افزایش می یابد^۱.

۲-۲-۳- آزمون DNA

آزمون شناسایی هویت از طریق DNA که به اثر انگشت ژنتیکی هم معروف است یکی از قطعی ترین آزمونهای

تعیین نسب است. البته لازم به ذکر است که بررسی DNA کاربردهای بسیار وسیعی در تحقیقات جنایی دارد

که مسئله اثبات نسب تنها یکی از این موارد است. این آزمون ابتدا در سال ۱۹۸۵ در انگلستان مطرح شده و امروزه

با پیشرفت علم ژنتیک و دستگاههای انجام تست، در صورتی که این آزمون به صورت پیشرفته انجام گیرد قطعیت

آن در حد ۹۹/۹۹٪ است. همانطور که ذکر شد، محتوای ژنتیکی هر فرد به صورت ۵۰٪-۵۰٪ از والدین دریافت

می شود در این آزمایشات ۱ سلول از طفل و ۱ سلول از پدر فرضی گرفته می شود و ژنهای روی کروموزوم های

این هسته ها به طور دقیق بررسی میگردند، حداقل ۱۵ یا ۱۶ نشانه در هر قطعه بررسی می شود و در صورتی که حتی

یکی از این نشانه ها در طفل با پدر فرضی متفاوت باشد، رابطه ابوت تأیید نمی شود. نمونه سلولی لازم برای این

آزمایش میتواند از هر ناحیه بدن که دارای سلول هسته دار باشد گرفته شود از منابع در دسترس می توان به بزاق،

خون سطحی، مو و ناخن، اشاره کرد^۲.

^۱ مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۰-۱۹ (۱۳۷۶)

^۲ عباسی محمود. مجموعه مقالات حقوق پزشکی. چاپ اول. انتشارات حیان. ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۴۵

۲-۲-۳-۱- معرفی دی ان ای

دی ان ای (DNA) یا دنا سرنام^۱ عبارت دئوکی ریبونوکلئیک اسید^۲ نوعی اسید نوکلئیک است که دارای دستورالعمل های ژنتیکی است که برای کارکرد و توسعه^۳ بیولوژیکی موجودات زنده و ویروس مورد استفاده قرار می گیرد. نقش اصلی مولکول دنا ذخیره سازی طولانی مدت اطلاعات ژنتیکی است. آزمایش هایی نظیر آزمایش گریفیت و آزمایش ایوری آزمایش هایی انقلابی و سرآغازی در شناسایی و مطالعه ی دنا، به عنوان ماده ژنتیک بودند. تا سال ۱۹۴۴ و انتشار نتایج آزمایش ایوری، این که کدام یک از مواد آلی درون سلول، ماده^۴ وراثتی است، مشخص نبود.

دی ان ای مولکولی است که دستورالعمل های ژنتیکی مورد استفاده در توسعه و عملکرد تمام موجودات زنده^۵ شناخته شده و بسیاری از ویروس ها را کدگذاری می کند. دی ان ای اسید نوکلئیک است که شامل پروتئین و کربوهیدرات هاست. اسیدهای نوکلئیک از سه ماکرو مولکول اصلی تشکیل شده که برای زندگی همه ی گونه های شناخته شده ضروری می باشد. اکثر مولکول دی ان ای از دو رشته^۶ پلیمری زیستی که به صورت حلقه دور هم پیچ خورده و به شکل یک مارپیچ دوگانه درآمده است. دو رشته^۷ دی ان ای به عنوان پلی نوکلئوتید شناخته شده، که از واحدهای ساده تری به نام نوکلئوتید ساخته شده است. هر نوکلئوتید از یک باز آلی، گوانین (G)، یا سیتوزین (C)، یا آدنین (A)، یا تیمین (T)، و از یک قند مونوساکاریدی به نام دئوکی ریبوز و یک گروه فسفات تشکیل شده است. نوکلئوتیدها به وسیله^۸ پیوند کوالانسی به صورت زنجیره ای به هم متصل می شوند، نوکلئوتیدها از محل قند یک نوکلئوتید با فسفات نوکلئوتید دیگر پیوند ایجاد کرده و ساختاری شبیه ستون فقرات (رشته^۹ بلند) قند و فسفاتی را ایجاد می کنند^{۱۰}.

^۱ واژه مصوب فرهنگستان زبان و ادب فارسی، دفتر نخست تا چهارم، ۱۳۷۶ تا ۱۳۸۵

^۲ Deoxyribonucleic acid

^۳ کتاب اصول زیست شناسی و ژنتیک (دانشگاه آزاد) مؤلفین: سید محمود طباطبایی - محمد رضا عبدللهی

۲-۲-۳-۲- تاریخچه کشف ساختار دی‌ان‌ای (DNA)

در پایان سده نوزدهم یک بیوشیمی‌دان آلمانی بنام اسوالد اوری نشان داد که اسیدهای نوکلئیک دارای قند، اسید فسفریک و چند باز نیتروژن‌دار می‌باشند. اندکی بعد مشخص شد که قند موجود در اسیدهای نوکلئیک می‌تواند ریبوز یا دئوکسی ریبوز باشد. پس، اسیدهای نوکلئیک به دو دسته DNA (DeoxyriboNucleic Acid) - و RNA RiboNucleic Acid) که قند موجود در آنها ریبوز است - تقسیم می‌شوند.

در سال ۱۹۴۸ لینوس پاولینگ کشف کرد که بسیاری از مولکول‌های پروتئینی به شکل یک مارپیچ هستند، و کم و بیش شکلی همانند فنر دارند. در سال ۱۹۵۰ نیز اروین چارگف نشان داد که اگرچه آرایش بازهای موجود در ساختار DNA بسیار گوناگون است، ولی همواره نسبت باز آدنین و باز تیمین موجود در آن با هم برابر است و همین طور نسبت باز سیتوزین با باز گوانین. این دو یافته نقش مهمی را در آشکار شدن ساختار مولکول DNA داشتند. در دهه ۱۹۵۰ همچنان رقابت برای یافتن ساختار DNA ادامه داشت. در دانشگاه کمبریج فرانسیس کریک و جیمز واتسون برپایه کارهای پاولینگ کوشش داشتند تا با ارایه مدل‌های فیزیکی ساختارهای احتمالی ممکن برای DNA را محدود کنند تا سرانجام به ساختار درست دست یابند. گروه دیگری در برگیرنده موریس ویلکینز و رزالین فرانکلین نیز در کالج کینگ لندن همزمان سرگرم مطالعه DNA بود. روش کار این گروه با گروه پیشین متفاوت بود. آنها کوشش داشتند تا با روش آزمایشگاهی به ویژه با بکارگیری تصاویر پراش اشعه X از مولکول DNA، ساختار آن را معین کنند. رزالین الیس فرانکلین دانشمند زن انگلیسی در بیست و پنجمین روز ژوئیه ۱۹۲۰ در ناتینگ هیل لندن متولد شد. رزالین در ۱۵ سالگی و درحالی که اروپا از زنان و دختران جز خانه‌داری انتظار دیگری نداشت تصمیم می‌گیرد دانشمند شود اما با مخالفت پدر روبرو می‌شود با اینحال او در ۱۸ سالگی وارد دانشگاه کمبریج لندن می‌شود و سه سال بعد در رشته شیمی از کالج نینونهام در کمبریج فارغ‌التحصیل می‌شود. وی برای تحقق بخشیدن به اهدافش وارد مرکز تحقیقات زغال لندن شد و بررسی‌های خود را برای اخذ مدرک دکترا در زمینه ریز ساختمان گرافیت و کربن ادامه داد. رزالین فرانکلین جوان ۴ سال بعد و در

۲۵ سالگی موفق به اخذ مدرک دکترای در زمینه بیوفیزیک ملکولی از دانشگاه کمبریج گردید. وی پس از جنگ جهانی دوم به مدت سه سال به فرانسه رفت و در یک آزمایشگاه دولتی شیمی در پاریس مشغول به کار شد در آنجا با تکنیک پراش اشعه ایکس آشنا شد و در سال ۱۹۵۰ مجدداً به انگلستان و به کمبریج برگشت تا مقامی در آزمایشگاه فیزیک شیمی کینگز کالج که بخشی از دانشگاه کمبریج لندن است به دست آورد. در دانشگاه همزمان با موریس ویلکینز اما در دو گروه جداگانه اقدام به بررسی روی مولکول DNA نمود. وی بعد از آزمایش‌های سخت و طولانی سرانجام مجموعه‌ای از تصویر پراش پرتوی ایکس با کیفیت بالا، از بلور DNA تهیه کرد که البته هیچگاه به نام او به ثبت نرسید. ۳ سال بعد به آزمایشگاه کالج بریک رفت و در آنجا شروع به مطالعه روی ویروس موزائیک تنباکو کرد. او ثابت کرد که RNA ویروس یک مارپیچ یگانه است وی همچنین روی پولیو ویروسها کار دیگری را آغاز کرد به عنوان مثال پس از آن او به مطالعه بسیار خطرناک روی ویروس‌های زنده فلج اطفال پرداخت در همان زمان بود که دو محقق انگلیسی یعنی واتسون و کریک معروف با استفاده از عکس‌هایی که رزالین تهیه کرده بود مدل ساختار دورشته‌ای مولکول DNA را بدون اینکه اسمی از رزالین ببرند ارائه دادند. رزالین الیس فرانکلین جوان پس از سالها تلاش در راه علم زیست‌شناسی به علت قرار گرفتن به طور مستقیم در معرض اشعه X و کریستالوگرافی مبتلا به سرطان شد و سرانجام در سال ۱۹۵۸ در ۱۶ آوریل در چلوسی بعد از دو سال دست و پنجه نرم کردن با سرطان و در ۳۸ سالگی درگذشت. ۴ سال بعد از مرگ فرانکلین واتسون و کریک و موریس ویلکینز جایزه نوبل فیزیولوژی و پزشکی را از آن خود کردند^۱.

در سال ۱۹۵۱، فرانکلین دریافت که DNA با نگرش به میزان نم هوای پیرامون، می‌تواند دو شکل متفاوت داشته باشد و بنابراین نتیجه‌گیری کرد که بخش فسفات مولکول در سمت بیرونی آن قرار دارد. اندکی بعد او با بکارگیری تصاویر اشعه X فهمید که DNA در حالت «نمناک» از همگی ویژگی‌های یک مارپیچ برخوردار است؛ این احتمال که حالت دیگر مولکول DNA نیز به شکل مارپیچی باشد به ذهن او خطور کرد، ولی نمی‌خواست تا زمانی که شواهد پایانی برای این حدس پیدا کند آن را اعلام نماید. در ژانویه ۱۹۵۳ ویلکینز که

^۱ عباسی محمود. مجموعه مقالات حقوق پزشکی. چاپ اول. انتشارات حیان. ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۵۶

از به نتیجه رسیدن تحقیقات ناامید شده بود، نتایج تحقیقات فرانکلین را بدون اطلاع و خشنودی او، با واتسون در میان گذاشت. واتسون و کریک با بکارگیری این نتایج مدلی بسیار شگفت انگیز را برای ساختار DNA پیشنهاد نمودند. آنها مولکول را به گونه دو زنجیر مارپیچی در برگیرنده نوکلئوتیدها تصور کردند که یکی از آنها بالا می رفت و دیگری پایین می آمد. کریک که به تازگی یافته های شارگاف را هم مطالعه کرده بود کوشش کرد با بکارگیری آنها روش قرار گرفتن بازها را در مولکول DNA مشخص کند. او اظهار کرد که بازها در میانه این مارپیچ دوتایی دو به دو به هم متصل می شوند تا فاصله میان دو مارپیچ ثابت بماند. آنها ادعا کردند که هر یک از این دو مارپیچ مولکول DNA می تواند به نام قالبی برای ایجاد دیگری بهره گیری شود. در تقسیم سلولی این دو رشته از هم جدا می شوند و بر روی هر یک از آنها یک نمونه جدید همانند رشته مقابل پیشین ساخته می شود. با این روش بدون اینکه ساختار DNA عوض شود، یک DNA همانند آن فرآوری می شود. در اندک مواردی که در این روند خطایی پیش بیاید، گواه «جهش» خواهیم بود. مدل آنها چنان با اطلاعات برآمده از آزمایش ها مطابقت داشت که بی درنگ مورد قبول همه واقع شد. کشف ساختار DNA را می توان مهمترین یافته زیستی در صد سال گذشته دانست. در سال ۱۹۶۲ واتسون، کریک و ویلکینز موفق به دریافت پاداش نوبل شدند، ولی فرانکلین در گذشته بود^۱.

۲-۲-۳-۳- ماهیت و سختاری آن ای

در سال ۱۹۵۳ در ساختمان سه بعدی DNA، بوسیله واتسون و کریک کشف شد. واتسون و کریک با استفاده از مطالعات تفرق اشعه ایکس، رشته های DNA که بوسیله فرانکلین و ویلکینز تهیه شده بود و همچنین ساختن مدلها و استنباطهای مشخصی، مدل فضایی خود را ارائه دادند و در سال ۱۹۶۲ واتسون و کریک و ویلکینز به خاطر اهمیت کشف ساختمان DNA به صورت مشترک جایزه نوبل دریافت کردند.

^۱ آلبرت لنینگر، مایکل کاکس، دیویدلی نلسون. اصول بیوشیمی لنینجر. ترجمه رضا محمدی. آیتز، ۱۳۸۵. شابک ۹۶۴-۸۳۹۷-

مدل پیشنهادی آنان چنین بود DNA. یک مارپیچ دو رشته‌ای است که رشته‌های آن به دور یک محور مرکزی، معمولاً به صورت راست گرد پیچ می‌خورند. طبق مدل واتسون و کریک، ستونهای قند - فسفات همانند نرده‌های پلکان به دو قسمت خارجی بازهای آلی پیچیده و به این ترتیب در معرض محیط آبکی داخل سلول هستند و بازهای آلی که خاصیت آبگریزی دارند، در داخل مارپیچ قرار می‌گیرند. هنگام تشکیل مارپیچ رشته‌ها به صورت موازی متقابل قرار می‌گیرند.

یعنی اگر جهت یک رشته ۳' → ۵' باشد، رشته دیگر ۵' → ۳' خواهد بود. پیوندهای هیدروژنی بین آدنین از یک رشته با باز تیمین رشته مقابل و باز گوانین یک رشته با سیتوزین رشته مقابل بوجود می‌آیند. گرچه از نظر اندازه هر باز پورینی می‌تواند در مقابل یک باز پیریمیدین قرار بگیرد. ولی به دلیل وجود گروههای شیمیایی روی بازهای G و C و T و A پیوندهای هیدروژنی مناسب فقط بین C - G و T - A برقرار می‌شود و ایجاد پیوند بین T - G و C - A ممکن نیست^۱.

۲-۲-۳-۴ روش های آزمون دی ان ای

روش تجزیه قطعات چندشکلی طولی با مطالعه نشانگرهای تکرار تاندومهای متغیر^۲

استفاده از این روش به سال ۱۹۸۰م برمیگردد. دقت این آزمایش در تشخیص هویت و اثبات نسب ۹۹/۹۹٪ بوده، اما چرخه زمانی آن طولانی است «دی.ان.ای» را در این شیوه با روشهای شیمیایی اخذ و توسط آنزیمهای محدودکننده به قطعاتی برش میدهند، طول و تعداد قطعات بهدست آمده از نمونه هر فرد با نمونه فرد دیگر تفاوت دارد^۳.

^۱ قابل دسترس در وبگاه www.roshd.ir

^۲ - Restriction fragment length polymorphism (RFLP)

^۳ حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیکی، بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx>

روش واکنش زنجیرهای پلیمر^۱ با مطالعه نشانگرهای توالیهای کوتاه تکرارشونده^۲

این روش پیشرفته از سال ۱۹۹۰م مورد استفاده قرار گرفته و قدرت اثباتی آن بالاتر از ۹۹/۹۹٪ است که در مقایسه با روش قبلی از سرعت بیشتری برخوردار است توالی توالی کوتاه تکرارشونده به طور معمول ۲ تا ۱۰ جفت باز طول دارند و تعداد تکرارها در هر فرد متفاوت است. در این روش، امکان اشتباه شدن فردی با فرد دیگر تقریباً به صفر میرسد. هنگام مقایسه بین نشانگرها اگر فرزند، حتی در یک ناحیه با پدر یا مادر فرضی تفاوت داشته باشد، رابطه خویشاوندی تأیید^۷ نمیشود. درصد خطای این آزمایش بسیار ناچیز است.

در پزشکی قانونی ابتدا گروههای خونی مادر، فرزند و پدر احتمالی را بررسی میکنند؛ اگر هیچگونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود، «ابوت» را نمیتوان رد کرد، لذا مرحله بعدی، انجام آزمایشی دیگری بر روی خون مادر، فرزند و پدر احتمالی است که در این صورت اگر باز هم هیچگونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود، آزمایش انگشتنگاری ژنتیکی را انجام میدهند.^۳

^۱ - Polymerase Chain Reaction (PCR).

^۲ Short Tandem Repeat (SRT).

فصل سوم

ادله

اثبات

۳-۱- کیفیت منسوب شدن طفل به پدر و مادر

در مواردی که جهت علم نسب شناسی در علم حقوق کاربرد دارد مواردی همچون کیفیت انتساب طفل به والدین می باشد که به شرح و تبیین آنها می پردازیم.

۳-۱-۱- کیفیت نسب کودک به پدر

علم نسب شناسی پدر را طبق معمول صاحب فرزند میداند و این حاصل جماع بین زن و مردی می باشد که ممزوج از اسپرم مرد و تخمک زن باشد به گونه ای دیگر چگونگی به وجود آمدن جنین و آن چیزی که کودک به سبب آن متولد می شود از جانب منی مردان و اسپرم موجود در آن می باشد و بنابر عرفی که در جوامع رایج می باشد این قاعده، اصطلاح نسب را برای این امر طبیعی و وجود داشتنی قرار داده اند؛ طبیعتاً منسوب شدن کودک به مرد بر این اساس می باشد که تولد کودک مبتنی بر اسپرم آن مرد باشد در غیر این صورت مرد صاحب فرزند قلمداد نمی شود.

در قانون باشرایطی که آمده نسب را معتبر دانسته اند و اگر جماع مرد و زنی به صورت غیر شرعی رخ داده باشد مردی که فاعل و طبق معمول صاحب اسپرم می باشد پدر نوزاد متولد شده تلقی می شود، گرچه قوانین اسلامی این مسأله را قبول ندارند و در فقه اسلامی آمده است که در برخی شرایط نسب سبب حرمت در نکاح می شود و به هیچ وجه من الوجوه مرد دیگری صاحب فرزند تلقی نمی شود.^۱ بسیاری از کشورها نسب را از روابط عادی که گسترده می باشد قلمداد می کنند و جهت گسترش آن از آثار متنوع کمک گرفته اند که برای اثبات سخنانمان در این مورد می توانیم از آن به عنوان شاهد استفاده کنیم فقها در بسیاری از کتب فقهی بیان داشته اند که پدر فرزند تنها به کسی گویند که قبل از تولد کودک با مادر ازدواج کرده باشد همانا در جماعی که مرد معلوم باشد، او پدر بچه می باشد به شرط اینکه همانطور که در پیشتر بیان شد جماع به صورت شرعی باشد یعنی (با عقد نکاح)

^۱ مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی. تهران: مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه

شهید بهشتی، ۱۳۷۶. ش ۱۹-۲۰، صص ۱۷۹-۱۸۰

در آیه ۵۴ سوره فرقان در مورد نسب طفل به پدر آمده است که در به وجود آمدن انسان و معیارهایی جهت نسبیت می باشد، که به آن بسنده می کنیم:

«وهو الذی خلق من الماء بشراً فجعله نسباً و شهراً لله» (واوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و دامادی قرارداد...) دربارۀ کلمۀ «الماء» به دو نکته اشاره می کنیم:

۱. منحصرآب؛ مایعی می باشد که انسان از آن به وجود می آید.
 ۲. نطفه؛ انسان ها معمولاً از نطفه که حاصل خلط اسپرم مرد و تخمک زن می باشد متولد می شوند.
- دومین آیه در سوره انسان نکات فوق الذکر را تأیید می کند^۱ «أنا خلقنا الانسان من نطفه امشاج...»^۲. علما در تفاسیر قرآن کریم مخصوصاً در تفسیر آیه فوق از سوره انسان فرزند را از جهت نسب به پدر متعلق می دانند و آن به این معنی می باشد که نسب انسان با تغییری مخصوص به پدر متعلق می گیرد ، علاوه بر آن انسان از عبارت «خلق من الماء بشراً» نتیجه می گیرد که صاحب نسب همان کسی می باشد که از منی او در رحم زن به صورت شرعی ریخته شده باشد و این نسب ناشی از نطفه می باشد و نشأت گرفته از غیر نمی باشد، تعریفی که عرف از نسب دارد موجودیت و تکامل انسان را در نطفه موجود در رحم می داند و ما به این نتیجه می رسیم که نسب از ارتباط جنسی زن و مردی که حاصل آن فرزند منسوب به آنها باشد ایجاد می شود .

۳-۱-۲- کیفیت منسوب شدن طفل به مادر

پیشتر اشاره شده است که نسب از اوامری می باشد که به ثبوت حقایق می پردازد زیرا از واقعیات گرفته شده است که اعتبار آن از نسب گرفته می شود و به بیانی روشن تر عقلاً و قانونگذاران مجبور به معتبر شناختن روابط نسبی هستند.

^۱ رضایا معلم، رضا، وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق.

مجموعه مقالات، پیشین، ص ۳۲۲

^۲ انسان، آیه ۲

در نظریه های پزشکان آمده است که پدر منحصرأ از دو راه و آن هم از روش های ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود ارتباط خونی دارد، ولی یک مادر علاوه بر این موارد مذکور از نظر بیولوژیک از راه تخمک و هم از راه فیزیولوژیک از روش حمل جنین در رحم با فرزند خود رابطه برقرار می کند. به طوریکه منتسب شدن فرزند، چه از طریق طبیعی و ژنتیکی و چه از طریق اخلاقی و عرف و عادت دیدگاه اسپرم و تخمک نمی توان چشم پوشید از طرفی هم نمیتوان وابستگی کودک را به مادر نادیده گرفت.

در اینجا یک سوال مطرح می شود که آیا سیر تکامل یک انسان از نظر عرف جوامع بشری سرچشمه روابط نسبی می باشد؟ و یا کسب اعتبار آن از دو منشأ نگهداری در رحم و ولادت می باشد؟ به عبارتی آیا این دو امر هر دو منشأیی جهت معتبر بودن آن می باشد یا خیر؟

بین فقها در مورد کیفیت منتسب شدن طفل به مادر نظریات گوناگونی می باشد که به توضیح ۴ مورد آن می پردازیم:

۱- نسب کودک به مادر از راه تولد.

۲- یکی از معیار های انتساب طفل به مادر تکامل او در رحم می باشد.

۳- سبب رشد و تولد کودک مادر می باشد.

۴- یکی از معیارهایی که طفل را به مادر منتسب می کند تولد کودک می باشد.

این فقها در جهت اثبات سخنان خود در قالب موارد فوق اینچنین بیان می دارند که:

«طبق معمول در زمان نبوت و بعد از آن مردم از چگونگی تولد کودک و رشد علم پزشکی به اندازه امروزه تبصر و اطلاع نداشته اند و رحم را صرفاً جایگاهی جهت تکامل نطفه به یک کودک تصور می کردند، و به همین دلیل کسی را مادر می پنداشتند که دارای رحم می بود. و بر این اساس اصل برای آنها زاییدن کودک بود، یعنی زنی که کودک را به دنیا می آورد، او به عنوان مادر مقبول واقع می شد و شارع مقدس این عرف را که قبل از اسلام

رایج بود همراه با شرایطی به عنوان احکام امضائی مورد قبول در فقه اسلامی قرار داد^۱ به عبارتی مباحثی که بصورت فقهی باشد و عرفاً مفهوم باشند و با دیدگاه های شارع مقدس تضاد داشته باشند دیدگاه شارع مقدس (خدا و پیامبرش) بر آن غالب می باشد در مواردی همچون این مورد که تخمک از جانب مادر می باشد صراحتی در میان کلامش نمی باشد و از این آیه «إِنَّ امهاتهم إِلَّا اللاتی ولدنهم»^۲ تفسیر بعمل می آید که اساس موضوع تکامل انسان در رحم می باشد^۳ این عده از فقها برای اینکه تفسیر خود را به کرسی بنشانند به سخنان برخی از بزرگان تکیه کرده اند که در آن آمده است:

«فان الام هی المرأه التی تلد الولد کما هو مقتضی قوله تعالی: الذین یظاهرون منکم من نسائهم ما هن امهاتهم أن امهاتهم الا اللاتی ولدنهم»^۴ در این آیه تنها مادر جهت بدنی آوردن کودک برگزیده شده است و این منحصر شدن در اینجا فقط جهت رد نظریه ظاهر می باشد، ولی در اکثر قوانین روشن شده است که، این عبارت مقید نشده و عقلاً ظاهر کلام را معتبر می دانند.

سوال مهم در اینجا این است که آیا عدم قید در مورد آیه ظاهر، دلیلی برای تمسک به اطلاق می باشد؟ به نظر می رسد که کاربرد اطلاق در جایی می باشد که تمامی موارد بیان شده باشد تا قاعده «عدم البیان فی مقام البیان» دلیلی باشد بر صحت اطلاق.

از طریق آیات زیر هم می توان به موارد فوق اشاره کرد:

«و وصینا الانسان احسانا حملته امه کرها و وضعته کرها»^۵ (و انسان را نسبت به پدر و مادرش سفارش کردیم به نیکوکاری، که مادرش با تحمل رنج به او باردار شد و با تحمل رنج او را به دنیا آورد)

^۱ محقق داماد، مصطفی. میزگرد مسایل فقهی و حقوقی انتقال جنین، تهران: بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی و

بیوتکنولوژی و نازایی جهاد دانشگاهی، ش ۱۳۷۶.۵، ص ۲

^۲ معجاده، آیه ۲

^۳ مرقاتی، سید طه. حقوق کودکان در اهدای گامت، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری. مجموعه مقالات، تهران: سمت و

پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۴، ص ۲۴۵

^۴ خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین، ج ۲. قم: نشر مدینه العلم. ۱۴۱۰. ص ۲۸۴

^۵ احقاف، آیه ۱۵

«وصینا الانسان بوالديه حملته امه وهنا علی وهن»^۱ (و انسان را درباره پدر و مادرش سفارش کردیم، مادرش به او باردار شد، سستی بر روی سستی).

برخی علمادر مورد تعریف مادر برطبق این آیه از قرآن کریم اینگونه استدلال می کنند که: مادر کسی است که بعد از ۹ ماه رنج و مشقت و سختی فرزندی را به دنیا بیاورد و این عبارت یک مفهوم مخالفی هم دارد و آن هم این است که اگر از او (زن) فرزندی به دنیا نیاید کلمه مادر بر او صدق نمی کند.

از میان علمای علم فقه تعلقات نسبی بین والدین و فرزند با تولد کودک ایجاد می شود؛ در مورد جماع مردی با همسرش و مساحقه زن با کنیز اگر حامله شود: فرزند بدینا آمده به هیچ وجه به آن زن و شوهر تعلق ندارد؛ زیرا حاصل جماع آن دو نمی باشد و همانطور که پیشتر بیان شده است طبق برخی نظریه ها صاحب رحم مادر شناخته می شود و استدلال آنان به اینگونه می باشد که: «زن صاحب تخمک آمادگی لازم را برای انتقال نطفه به زنی که دارای رحم می باشد را دارد و باید به این اشاره کرد که رحم علتی برای رشد و نمو جنین می باشد و نتیجتاً می توان گفت که بچه از آن زنی می باشد که در رحم او رشد و نمو یافته است.» با وجود نظریاتی که در علم پزشکی بین جنین با زن که دارای رحم نقاطی برقرار است که حاکی از این است که نقش رحم بسیار ارزشمند تر و فراتر از تغذیه کودک می باشد.^۲ در اینکه هر طفلی به مادرش دلبستگی خاصی دارد در آن شکی نمی باشد. خداوند متعال در مورد کیفیت به دنیا آمدن فرزندان در قرآن نکاتی را یادآور می شود مثل آیه شریفه: «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...»^۳ (شما را در شکم های مادرانتان آفرینی پس از آفرینی (دیگر) در تاریکی های سه گانه خلق کرد. باز در جای دیگر می فرماید: «الله یعلم ما تحمل کل انثی و ما تفیض الارحام و ماتزداد...»^۴ (خدا می داند آن چه را هر ماده ای (در رحم) باز می گیرد و (نیز) آن چه را که رحم ها می کاهند و آن چه را می افزایند) و یا در آیه ای دیگر از قرآن کریم آمده است: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه

^۱ لقمان، آیه ۱۴

^۲ دکتر غفاری، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷

^۳ مومنون، آیات ۱۲ و ۱۴.

^۴ زمر، آیه ۱۶.

نطفه فی قرار مکین، ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحما ثم انشاءناه خلقا آخر...^۱ چگونه می باشد که زن صاحب تخمک را به عنوان مادر می شناسند و زنی که به مدت ۹ ماه زحمت کشیده و کودک از او تغذیه کرده و سختی های این دوران را تحمل کرده از این عبارت محروم مانده و یا از او کمترین تجلیل به عمل می آید.

۳-۱-۲-۱- سبب رشد و تولد کودک مادر می باشد

عده ای از فقها در این مورد میفرمایند: برای ولادت فرزند ما به دو چیز نیاز داریم ، ۱- به تخمک زن و ۲- وضع حمل و تولد فرزند. زیرا این دو عامل هردو توسط مادر صورت می گیرد. اگر زنان دارای تخمک و مسئول حمل جدا باشند در اینصورت حامل جنین، زن دیگری است عوامل نسب در هیچ کدام از موارد فوق موجب نسبیت طفل به مادر نمی شود و به هیچ کدام از آنها عنوان مادر تعلق نمی گیرد^۲ برخی از طرفداران این نظریه اعتقاد بر این دارند: در این موارد زنان دارای رحم و تخمک از نظر احکام شرعی مادر محسوب می شوند و دلیلشان از منظر عقل این است که، طفل فقط ارث از زن های موجود در مادر نمی برد، حتی از محیط اطراف خود هم ارث می برد و در تکامل فرزند این دو نقشی که زن دارد تفکیک ناپذیر می باشد و آنها را با کسانی که سرپرستی طفل را برعهده دارند قابلیت قیاس ندارند و در این صورت قیاس مع الفارق می باشد و نباید زنی را که دارای رحم است را در سطح پایین تری قرار دهیم و باید دانست که، نقش رحم فراتر از نگهداری و تغذیه جنین می باشد، به گونه ای که اگر در هر یک از آن موارد یاد شده اختلال صورت گیرد ولادت کودک غیر ممکن و یا همراه با نقص انجام می شود، بنابراین تخمک و رحم برای تکامل انسان نقش مفیدی ایفا می کنند که این موارد در نسب قابل استفاده قرار می گیرد و قرار دادن عبارت مادر بر آنها بر خلاف عبارت مادر جهت مادران رضاعی ؛ در معنای حقیقی بکار گرفته می شود، امکان دارد این موضوع به دلیل عادی نبودن آن در نخستین مرحله دارای مشکلاتی باشد که با تغییر موضوع مورد بحث شگفتی های آن از بین خواهد رفت. علم پزشکی این امکان را برایمان فراهم ساخت که

^۱ رعد، آیه ۸

^۲ . ابو زید، بکر بن عبدالله، طرق الانجاب فی الطب الحدیث و حکمها الشرعی، مجله مجمع الفقه الاسلامی. بی تا، ص ۴۳۶

هسته تخمک زنی را برداشته وارد سلول تخمک زن دیگری که دارای هسته نمی باشد می کنیم تا از نظر ژنتیکی سلول تخم دارای ژنتیک سلول تخمک اولی شود.

یک سوال در این جا طرح می شود و آن هم این است که کسانی که زن دارای تخمک را مادر می پندارند در مورد اینکه تخمک از دو زن بدست آمده است چه برداشتی دارند؟ یقیناً در علم پزشکی به تکامل جنین از جانب هردو زن اعتقاد دارند و هردو آنها را عنوان مادر برای کودک انتساب می دهند. بنابراین در موضوع مورد بحثی که تخمک از یک زن و رحم از زنی دیگر باشد می توان به صورت طبیعی هردو آنها را مادر کودک قلمداد کرد؛^۱ برخی از علمای اسلامی هم این نظریه را پذیرفته اند.

به همین سبب طفل دارای دو مادر می شود که چون این نظریه به صورت قرار دادی می باشد، از لحاظ قانونی هیچ گونه مشکلی ندارد.

خداوند متعال در قرآن کریم وجود دو مادر را برای طفل غیر منطقی و نامشروع می داند، در قرآن کریم ویا روایات یکی از آن دو یعنی صاحب تخمک ویا صاحب رحم به عنوان مادر برگزیده شده است. عده ای از علما در این رشته علمی با تمسک به ادله های نقلی نوزاد به دنیا آمده را متعلق به مرد می دانند؛ همچنین این ادله بدین آوردن فرزند را یکی از معیار های مادر و فرزند می داند، بر این معیار است که هردو زن را مادر تلقی میکنند. و نظیر این دارند که علاوه بر اینکه دو مادری برای طفل را عرف تین می کند، این دلیل هم بر رابطه هردو مورد دلالت دارد^۲ در مقابل عده ای از دانشمندان در مورد این حوزه علمی بر این عقیده اند که از راه ادله نقلی نمی توانیم نظریه دو مادری را به اثبات عموم مردم برسانیم و این جمع را بین آیات و روایات برقرار نمی کنند.

۳-۱-۲-۲- یکی از معیار های انتساب طفل به مادر تکامل او در رحم می باشد

عده ای از فقهای علوم اسلامی زنی را که دارای تخمک می باشد را مادر می نامند و به معنای لغوی عبارت «ام» استدلال می کنند؛ چرا که معنی لغوی کلمه «ام» «اصل کل شیء و عماده» می باشد و دلیل اینکه زنی را مادر می -

^۱ مرقاتی، سید طه. حقوق کودکان در اهدای گامت، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری. مجموعه مقالات، پیشین، ص ۲۴۷

^۲ قرباننیا، ناصر. حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین. روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. مجموعه مقالات،

تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا ۱۳۸۰، صص ۳۶۹-۳۷۰.

نامند ولادت کودک از جانب او می باشد. در دیدگاه این عده از فقها، ملاک هایی که برای مادر بودن از نظر عرف بکار می رود، همانند ملاک هایی است که پدر دارا است و چنانچه در نخستین مرحله آفرینش انسان از آب مادر می باشد، در اینگونه موارد زنی که صاحب تخمک می باشد مادر کودک محسوب می شود زیرا در اولین مرحله رشد و آفرینش جنین سهم هستند. وبعد از این مرحله تغذیه کودک در رحم جز برای حفاظت جنین نقش دیگری ندارد همانا کودک بعد از تولد از شیر مادر تغذیه می کند و باید دانست که این زنان صد در صد مادر کودک شناخته نمی شوند و دوماً کودک فقط از زنی ژنتیک را به ارث خواهد برد که دارای تخمک می باشد. زیرا هیچگونه نسبی بین آن زن و فرزند بدنیا آمده از نظر فقهی و قانونی وجود ندارد برای اینکه تخمک این زن هیچگونه نقشی در پیدایش کودک نداشته است و فقط جهت تکامل و رشد در رحم زن می باشد که این خود هیچگونه نقشی در روابط نسبیت بین آن دو نمی باشد.

بعضی از فقها این موضوع را در حول مباحث مستحدثه می دانند. و در مورد ترجیح دوران حمل یا تخمک زن برای ملحق شدن آن به طفل و نسبت فرزند به مادر اطمینان حاصل نکرده اند. اما اکثریت صاحبان فتاوا زن دارای تخمک را به عنوان مادر قبول دارند و در فتاوی برخی از آنان آمده است که: «اگر حمل در حالی که هنوز علقه یا مضغه است یا بعد از دمیده شدن روح از رحم زنی به رحم زن دیگر انتقال یابد و در آن رحم رشد و تغذیه نموده و ولادت یابد آیا فرزند به زن اول تعلق می گیرد یا به زن دوم؟ اگر جنین بعد از کامل شدن و دمیده شدن روح به رحم زن دیگری انتقال پیدا کند فرزندی که متولد می شود به زن اول تعلق خواهد داشت. چنان که اگر در این حالت خارج و در رحم زن دیگری محافظت شود، فرزند همان زن می باشد. ولی اگر قبل از دمیده شدن روح این انتقال صورت گیرد در این مورد باید به حکم حاکم شرع یا قاضی رجوع کرد. حال اگر به اثبات برسد که نطفه زوجین مبدأ طفل می باشد ظاهراً باید بچه را متعلق به زوجین دانست.»^۱

با توجه به عبارت فوق و تمسک به آیه شریفه «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج نبتلیه» که در اثبات مبدأ بودن تخمک زن در ولادت طفل قابل قبول است، باید گفت که فرزند متعلق به زن و مردی می باشد که رابطه آنها

^۱ موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی دارالعلم، بی تا، ص ۶۲۳

مشروع بوده یعنی ازدواج کرده باشند، در حالیکه عمومیت دادن آن بر این که، آن چه منشأ تکامل انسان است می تواند در جایگاه مادر باشد، بی آن که سایر نقش های مادر ملاحظه گردد، که در اینجا محل تفکر می باشد. عده ای از دکنرین حقوق در بین دلیل های خود بر این نظریه، به قوانین فقهی و قانونی در مورد کشاورزی، استدلال کرده اند.^۱ برابر احکام قانونی در مورد کشاورزی، صاحب بذر یعنی در واقع صاحب تخم، مالک گیاه پدید آمده از آن خواهد بود، هر چند این بذر در زمین دیگری رشد و نمو کرده و ثمر به بار آورده باشد؛ یعنی در واقع مولد گیاهی متعلق به صاحب نطفه و بذر است و زمین که ظرف و بستر و حامل آن بذر است در منسوب شدن گیاه به صاحب آن موثر نمی باشد.

در ماده ۳۳ قانون مدنی آمده است: «محصولاتی که حاصل زمین دیگر می باشد به صاحب زمین تعلق دارد، چه به صورت خودرو باشد یا به صورت کشت مالک، مگر اینکه محصول از بذر دیگران باشد که در این صورت آن محصول از آن صاحب بذر می باشد، گرچه بدون اذن صاحب ملک در آن کشت شده باشد».

اگر به انسانی جسارت کنیم و او را به موجودات دیگر تشبیه کنیم، بر اساس این نظریه مادر ژنتیکی، از نظر شرعی مادر طفل محسوب می شود و مادر جانشین هیچگونه رابطه ای با طفل ندارد.

واینکه منشأ به وجود آمدن و سلولی که سازنده جنین می باشد از طرف مادر، است این نظر برگزیده که پزشکان آنرا به اثبات رسانده اند در آن هیچ شکمی نمی باشد. هم چنین از همان جهت برای رحم نقش هایی در نظر گرفته شده است، نظیر آماده سازی برای پذیرش جنین و کنترل رشد تهاجمی آن، کنترل و مهار سیستم دفاعی موجود در رحم جهت جلوگیری از دفع جنین، تبادل پیام ها در زمان لانه گزینی جنین و در نتیجه تمایز و نمو سلول های تمایز نیافته جنین و تشکیل جفت برای مبادعات غذایی، تنفسی و مواد دفعی جنین با مادر؛^۲ با توجه به این از هیچگونه روشی نمی توان جهت انتساب فرزند به پدر و مادر چشم پوشید. از طرفی هم نمی توان از دلبستگی فرزند به مادری که ۹ ماه در رحم او زیست و رشد و تغذیه کرد صرف نظر نمود. به خصوص اگر به سخنان خداوند

^۱ مهرپور، حسین، نگارشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی، پیشین، صص ۱۸۴-۱۸۵

^۲ دکتر غفاری، حسن، سخنرانی ارائه شده در نخستین سمپوزیوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنین، دانشگاه تهران، ۱۵ بهمن ۱۳۷۷

منان در آیاتی از قرآن کریم توجه کنیم درمیابیم که؛ خداوند متعال می‌فرماید: «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقا من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...»^۱ (شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینش پس از آفرینش دیگر در تاییکی‌های سه‌گانه خلق کرد).

و در آیه ای دیگر می‌فرماید: «الله يعلم ما تحمل کل أنثی و ما تفيض الارحام و ماتزداد...»^۲ (خدا می‌داند آن‌چه را هر ماده‌ای در رحم باز می‌گیرد، و نیز آن‌چه را که رحم‌ها می‌کاهند و آن‌چه را می‌افزایند) یا در سوره دیگری می‌فرماید: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من جنین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین، ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحما ثم انشاءناه خلقا آخر...»^۳

در هر صورت کارایی رحم فقط برای جنین می‌باشد، اما این مقدار آگاهی از کارایی‌هایی که رحم دارد، جنبه تکامل و تشکیل دهنده‌گی برای جنین را ندارد و این داوری عرف را در کلیات نسب از آفرینش طفل از نطفه زن و مرد دگرگون نمی‌کند، در گذشته عرف برخی جوامع وظیفه مادر را فقط وضع حمل و به دنیا آوردن کودک می‌پنداشتند، و آن هم به این خاطر بود که روش آنها در تشخیص آفرینش و تکامل بچه، عمل زایمان و زاییدن بوده و جز این، به راه دیگری در دسترس نداشتند. اگر زنی بچه به دنیا می‌آورد و ما این دلیل را برای این می‌آوریم که رحم زن درد و ولادت دخیل هستند و معنی آن اینست که نطفه انسان همراه تخمدان زن که از تخمکی آزاد می‌شود، بوجود می‌آید. حال با سیر سعودی که در علم پزشکی رخ داده است این واقعیت علمی سبب موجود شدن نطفه فرزند با اطمینان به اثبات رسیده است، «آماریت زایمان» مطلق نمی‌باشد، یعنی از جهت امور قضائی ثابت شده است که برخلاف امارات امکان دارد قانونگذار برای حفظ کانون گرم خانواده، از اماره زایمان را حفاظت کرده است و واقعیت علمی و را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده است^۴ در بین

^۱ زمر، ۱۶.

^۲ رعد، آیه ۸.

^۳ مومنون، آیات ۱۲-۱۴.

^۴ . رضایا معلم، رضا. وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق.

مجموعه مقالات، پیشین، ص ۳۲۶

دکترین حقوق کسانی بر این نظریه می باشند که «هیچ گونه نسب قانونی بین کودکی که در رحم زن دیگر رشد کرده و خود کودک موجود نمی باشد، زیرا پدر این فرزند هیچگونه رابطه جنسی با آن زن نداشته است و منحصرأ رشد و نمو در رحم موجب انتساب طفل نمی شود، بنابراین اساس، کودک فقط به پدر و مادرش که صاحبان اصلی نطفه اند تعلق دارد^۱. در قرآن کریم آیه «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج نبتلیه» در مورد اثبات دلالت داشتن تخمک زن در تولد طفل قابل استناد است اما در مورد عمومیت بخشیدن آنچه که در تکامل انسان نقش دارند نقش مادر را اثبات می کند، بدون اینکه به نقش های دیگر مادر توجه گردد، جایگاهی جهت تفکر می باشد.

ولی آیه «هو الذی خلق من المء بشرا فجعله نسبا و صهرا»^۲ که در این حالت نسب نتیجه وضع حمل می باشد، معیار عرف را که سبب آفرینش فرزند را غیر از عمل زایمان و حمل می داند، مورد تأیید قرار می دهد. این معنا، هم از عبارت قراردادادن نسبت به نسب و هم از قرار دادن فرعی نسب بر خلق از مادر قابل استفاده می باشد.

و بر این اساس در مورد اینکه فرزند مذکور با هر کدام از زنی که دارای تخمک و زنی که وی را حمل وزایمان کرده است، ارتباط ساختاری و طبیعی وجود دارد در این هیچ شکی نیست. و آن از نظر ارتباط بین عقل و علوم پزشکی به اثبات رسیده است. ولی از میان این دو رابطه، مستفاد می گردد که دلایل مذکور در سطوح بالا معیاری برای رابطه فرزند به دنیا آمده با کسی می باشد که دارای تخمک می باشد.

از جهتی برای تعیین نسبمان به ادله هایی برای آن نیاز داریم، و تا دلیلی را بنابر اینکه جنین از آن صاحب رحم می باشد نیابیم به هیچ عنوان نمی توانیم در مورد رابطه مادر و فرزند آنها حکم دهیم؛ علاوه بر اصل عدم در این مورد اگر در این قضیه شک داشته باشیم مطالب یاد شده با این اصل به اثبات می رسد. آری اگر می توانستیم برخی از اوصاف وراثتی را که از طریق نطفه به جنین انتقال می یابد از راه قرار گرفتن در رحم زنی نیز برای او قائل شویم، شاید می توانستیم معیاری بگیریم و به نسب بین آنها حکم کنیم ولی این در صورتی است که علم زیست

^۱ شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات، تهران: نشر حقوق دان. ۱۳۷۵، ص ۱۶۶

^۲ فرقان، آیه ۵۴.

شناسی در این زمینه پاسخی دقیق به ما نداده است. هر چند که دلیل محکمی بر موثر نبودن رحم در حالت جنین و به ارث بردن صفات ژنتیک هم نداریم.^۱

براین اساس بیشترین درصد را نظریه سومین گروه در بر می گیرد، اما دلیل هایی که نخستین و دومین گروه آورده اند آسیب پذیر می باشد: در سخنان بیشتر فقهای بزرگ آمده است: «فان الأم هی المرأة التي تلد الولد كما هو مقتضى قوله تعالى: «الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم أن امهاتهم الا اللائی ولدنهم»^۲

اما در این آیه به بیان این می پردازد که عنوان مادر فقط به کسی تعلق دارد که فرزند را زاییده باشد. و بر این دلیل است که فرزندی که از رحم زن دیگری به دنیا می آید به زنی که رحم از آن اوست تعلق می گیرد؛ ولی به نظر می رسد که آیه فوق بر این دیدگاه دلالت ندارد بلکه مطابق آیه، مادر دارای تخمک می باشد نه زنی که دارای رحم می باشد، در بیان این ادعا باید گفت: لغت نامه فارسی مادر را به کسی گوید که روابط عاطفی بالایی با طفل دارد، یعنی به زن مرضعه، زن مربیه در رحم و نیز زنی که منشأ تکامل طفل بوده را مادر می گویند، و این به دلیل کمبود در واژه ها است که فرهنگ فارسی بدان دچار است. ولی در عربی برای هر لغت معنا یا معانی مترادف آن بیان شده است ولی در قرآن برای عنوان مادر دو لفظ موجود است. لفظ «والده» که عبارت عامی است و تنها به زنی اطلاق می شود که منشأ تکامل طفل بوده و لفظ «ام» که عبارت عام است که به معنی منتهاالیه نسبت بر والده، مرضعه، مربیه و امثال آن ها اطلاق می شود. در علم منطق بین مادر و والده رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار می باشد به این معنا که هر والده ای ام است ولی هر امی والده نمی شود و همچنین در آیه ظهار کلمه والده از «ام» تفکیک شده است چنان که آمده است: «ان امهاتهم الا و اللائی ولدنهم» (نیست مادران آن ها مگر آن هایی که آنان را تولید نموده اند) در تفاسیر شیعه و سنی آمده است: منظور از والده مادر حقیقی می باشد یعنی ظهار کننده در توهم بوده است که با ظهار، زن او مادر وی می شود خداوند متعال در قرآن توهم را منتفی اعلام می دارد؛ زیرا مادر کسی می باشد که در تکامل و زاییدن کودک نقشی اساسی بر عهده دارد اما آن را کاملاً هم نفی نکرده که

^۱ همان، ص ۲۱۸

^۲ خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین، ج ۲، پیشین، ص ۲۸۴

مادر حکمی هم نیست زیرا شباهت ظهر زن به ظهر مادر او را در حکم ام قرار می‌دهد،^۱ از این جهت که آمیزش و همسری با او را تا دادن کفاره تشبیه، حرام می‌کند. بنابراین آیه فوق در جهت نفی مطلق مادری نمی‌باشد که بخواهد بگوید مادر منحصرأ به کسی که تولید مثل می‌کند می‌گویند و به دیگران مادر نمی‌گویند. بلکه فقط در مقام رفع توهم از شخصظهار کننده است^۲ از جهتی دیگر معمولاً در ماده «ولد» «هو خروج شیء عن شیء و نتاجه بالتکون منه فالأصل و هو تکون شیء عن شیء آخر، محفوظ و منظور فی هذه المشتقات و هی ولدن، ولدت والده، ولد، والدات و مولود» می‌باشد؛ یعنی معنای لغوی کلمه «ولد» خروج شیء از شیء دیگر و آفرینش از آن میوه اش است. پس این اصل (آفرینش شیء از شیء دیگر) در همه مشتقات و تعابیر متفاوت کلمه «ولد» وجود دارد^۳

با اینکه آیه به روشنی به توضیح مطلب می‌پردازد که هرگاه زنی صاحب تخمک باشد، این آیه هیچ دلالتی بر زاییدن و زایمان ندارد تا اینکه به روشنی ملاک مادری را عمل زایمان بدانیم، چرا که عبارت زایمان از واژه های زبان فارسی می‌باشد که معادل آن در زبان عربی عبارت وضع می‌باشد. قرآن کریم و سنت معصومین (ع) و حتی فتاوی فقها در مورد کلمه زایمان معنای آن را وضع می‌دانند همانند آنجا که خداوند در قرآن کریم در مورد داستان مادر حضرت مریم می‌فرماید: «فلما وضعتها قالت رب انی وضعتها انثی والده اعلم بما وضعت و لیس الذکر کالانثی» (هنگامی که مریم را نهاد و زایید، گفت پروردگار من، من دختر زاییدم، خداوند دانایتر است به آنچه او نهاده و زاییده است و مرد مانند زن نمی‌باشد) و همچنین در سوره احقاف می‌فرماید: «حملته امه کرها و وضعته کرها»^۴ مادر بار حمل را با درد و زحمت تحمل کرد و با درد و زحمت وضع حمل نمود (زایمان کرد) و همچنین در سوره حج می‌فرماید: «و تضع کل ذات حمل حملها»^۵ هر زن بارداری در آن روز وضع حمل کند، و

^۱ چنانچه زنان پیامبر را نیز چون ازدواج با آنها مطلقاً ممنوع بوده است، امهات المومنین می‌نامیدند

^۲ بطحایی گلبایگانی، سید هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. مجموعه مقالات، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۳، ص ۳۷۹

^۳ مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱، تهران: مرکز نشر فرهنگ، ص ۱۲۴

^۴ احقاف، آیه ۱۵

^۵ حج، آیه ۲

در سوره طلاق می‌فرماید: «و اولات الاحمال اجلهن ان یضعن حملهن»^۱. آخرین مهلت برای عده زنان باردار وضع حمل آنان می‌باشد. به طوری که دیده می‌شود در هیچ آیه ای از قرآن کریم معنای زایمان فقط ولادت محض نمی‌باشد همچنین باید گفت که در هر آیه ای از قرآن کریم عبارت ولادت آمدن نباید آن را به زاییدن معنا کرد. گواه بر صحت این معنا، آیات بسیاری می‌باشد که در آن‌ها بر پدر هم کلمه «والد» اطلاق شده است.^۲ و حال آن‌که پدر نمی‌زاید، بلکه فقط عامل به وجود آمدن می‌باشد. بنابراین با توجه به دو واژه تولد و وضع، ظاهر آیه در این می‌باشد که آن‌چه اساس نسب است و نسبت مادر و فرزندی را برقرار می‌کند تکامل و ولادت کودک می‌باشد و بی‌شک بارداری و پس از آن زایمان به هیچ عنوان سبب بوجود آمدن فرزند نمی‌باشد. عده ای از علماء، به آیه «و حملته امه کرها و وضعته کرها» و نیز آیه شریفه «و حملته امه وهنا علی وهن» را مورد استناد قرار می‌دهند و استدلال می‌کنند که به کسی که به سختی باردار شود و با مشقت این دوران را پشت سر بگذراند تا ولادت فرزند میسر شود مادر می‌گویند. طبق دانش اصول فقه هر مفهوم موافقی دارای یک مفهوم مخالف هم است که در اینجا به این اصل استناد می‌شود که کسی که سختی‌های دوران وضع حمل را تحمل نکند و سختی‌های آن را نچشد هرگز عنوان مادر بر او صدق نمی‌کند. این دلیل خالی از مناقشه نمی‌باشد: در این مورد که فرزند در رحم مادر رشد می‌کند و مادر وظیفه وضع حمل و رسیدگی به او را دارد هیچ شکی نمی‌باشد و اما این‌که هر کسی در این دو مورد صادق باشد، مادر است، بحثی می‌باشد که با این آیات ثابت نمی‌شود، چون که این آیات بر این دلالت ندارد که مادر شخصی باشد که وضع حمل کند و زایمان کند یا سختی را تحمل کند، بلکه به انسان متذکر می‌شود که آن وقت که جنین بوده‌اید، مادر، شما را به سختی وضع حمل و زایمان کرده‌است، پس در حق آنها نیکی را بجای آورید. ثانیاً هیچ یک از آیات فوق این مفهوم را نمی‌رسانند و تذکر در موارد وضع حمل و زایمان در این آیات فقط از جهت غلبه می‌باشد، به گونه ای که در آن عصر همیشه اینطور بوده است و گرنه امکان دارد مادری باشد که حامله نباشد و امکان دارد زنی حامل کودکی باشد و مادر او نباشد مانند

^۱ طلاق، آیه ۴.

^۲ «و والد و ما ولد» بلد، آیه ۳.

زنی که از زنا باردار است و مشهور فقها او را مادر نمی دانند.^۱ دسته‌ای از علمای علم فقه اشاره به این دارند که در صورتی که تخمک از یک زن و رحم متعلق به زن دیگری باشد طفل دارای دو مادر می باشد ولی ملتزم شدن به این نظریه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً این نظریه مخالفت کردن با آیات قرآنی است؛ که می فرماید: «لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین ثم خلقنا النطفه علقه...»^۲ چنانچه به نظر می رسد طبق معمول به دنیا آمدن طفل را از نطفه می داند و کارکرد رحم زن را همانند یک پادگان می دانند که قوای نظامی خود را گسترش می دهد جنین هم جهت تکامل به رحم متمسک می شود در تفسیر مجمع البیان در مورد آیه پنجم سوره حج آمده، نطفه مایعی است که از مرد و زن به وجود می آید (النطفه هی الماء القیل یکون من الذکر و الانثی)^۳ و قرآن معنای نطفه ممزوج شدن اسپرم و تخمک نیز میداند، مانند آیه ذیل «إنا خلقنا الانسان من نطفه امشاج»^۴ که بعضی از مفسرین اشاره به این دارند که «امشاج» از صفات نطفه می باشد به صورت مفرد آمده، نطفه از در آمیخته شدن آبی که از مرد با تخمک زن می باشد است. ثانیاً: این دیدگاه مستلزم به وجود آمدن فقهی جدید می باشد؛ مثلاً مبحث سهم الارث والدین در صورت نبود فرزند، ۱/۳ از آن مادر و بقیه از آن پدر می باشد. فرمود: «فان لم یکن له ولد و ورثه ابواه فلامه الثلث» به این ترتیب اگر به صاحب رحم عنوان مادر بدهیم، با توجه به این که در مورد جمع شدن وراثت صاحب فرض و قرابت، ابتدا صاحبان فرض سهم خود را از ارث می برند و سپس بقیه به نزدیکان می رسد بر این اصل ۳/۱ سهم الارث به مادران می رسد و پدر مبلغی دریافت می کند که آن خلاف چیزی است که در قرآن آمده است و آن مستلزم به وجود آمدن احکام جدید در این حوزه می باشد و یا اگر به هریک از مادران ۱/۳ بدهند و آنان سهم مذکور را بین خود تقسیم کنند باز اشکال فوق به شکل دیگری طرح می شود. در واقع از ظاهر عبارت «فلامه الثلث» به این نتیجه می رسیم که هر شخصی که متصف به

^۱ . قبله‌ای خویی، خلیل. بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری. مجموعه

مقالات، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۴، ص ۲۳۳

^۲ مؤمنون، ۱۲-۱۴.

^۳ طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۶، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی. ۱۳۷۹، ص ۱۷۸

^۴ انسان، ۲.

عنوان «ام» گردد و مادر کسیکه متوفا گشته شناخته شود، سهم الارث او یک سوم از ارث می باشد خصوصاً این که اضافه واژه «ام» به ضمیر مفرد که به متوفا راجع است، مؤید می باشد.

به این ترتیب چنین اختصاصی (اختصاص ۱/۳ به هر دو مادر) درست نیست اختصاصی که طبق فرموده خداوند در یکی از آیات قرآن در فرض تعدد زوجات متوفی دیده می شود طبق این آیه یعنی آیه ۱۲ سوره نساء که در آن آمده است: «و لهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولد فان کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم» از ضمیر جمع مؤنث (هن) و حرف «لام» استفاده می شود که فرض یک هشتم یا یک چهارم به تمام زنان مختص می باشد. نتیجه: انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک صحیح می باشد و صاحب رحم هیچگونه حقی حتی حق نسبت با طفل را ندارد، ولی این معنا را نمی رساند که صاحب رحم با فرزند هیچگونه ارتباطی ندارد یا اینکه نمی تواند با وی محرم باشد که انشاء... در جای خود بحث خواهد شد.

۳-۲- شرایط شارع مقدس در پذیرش مفهوم نسب از منظر عرف

از منظر عرف جوامع نسب عنوانی می باشد که از رابطه بین مرد و زن که حاصل آن فرزند می باشد بوجود می - آید. از منظر احکام فقهی نسب، یکی از امور طبیعی می باشد و اصولی که نسب بر آن محقق می شود و مبدأ اصلی ملحق شدن طفل به شخص پدر و مادر، همان به وجود آمدن نطفه از دو شخص مذکور بوده است، و چیزی که در عرف همه جوامع قبل و بعد ظهور اسلام به عنوان مبدأ نسب مطرح بوده و است. آن چه واضح می - باشد این است که بعد از آمدن اسلام، این مبنای طبیعی به صورت احکام امضایی مورد تأیید شارع مقدس قرار گرفته است در علم اصول فقه در مورد نسب احکامی از حقیقت شرعیه گذشته نشده است یعنی شارع مقدس در این مورد چیزی بیان نکرده است همانا در فقه نسب را به همان معنایی می پندارند که در عرف بیان شده است؛ منتها در یک مورد، نسبی که عادی است مورد شناسایی احکام اسلامی قرار نگرفته است و آن مربوط به زنا می باشد. «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهة و لایثبت مع الزنا»^۱ از دیدگاه علم حقوق، مقنن در قانون مدنی ایران نیز، از احکام دین مبین اسلام تبعیت کرده و بر قوانین آن، حتی سر سوزنی به صورت منفی یا مثبت سوء استفاده

^۱ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۱۰، پیشین، ص ۴۹۵

نکرده است. لذا با استفاده از ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، قانون گذار فقط عمل نامشروع زنا را منعی برای تحقق نسب دانسته است. بنابراین در هر موردی که زنا صدق نکند هیچگونه منعی در منتسب شدن طفل به زنی که از نطفه او تکامل و رشد کرده است وجود نخواهد داشت.

گفته شد که شارع مقدس نسبی را که عرف جوامع از روابط بین زن و مرد (در آفرینش فرزندان از نطفه والدین) برگرفته است، با امضا شارع مقدس معتبر و مشروع قلمداد شده است و شارع منحصرأ در نسبی که از زنا نشأت گرفته شده است تصرف نمود؛ سوال مطرح شده در اینجا این است که آیا در فقه؛ بین احکام نسب از جهت روابط مشروع و روابط نامشروع فرقی می باشد یا خیر؟ از جهتی می توان به این نتیجه رسید که زنادرلیلی برای تصرف در معنی قانونی و فقهی نسب می باشد. مقنن بر چه اصول و مصلحتی بر این مبانی تصرف می کنند؟ یکی از مهم ترین سوالاتی که در اینجا مطرح می شود این است که مشروعیت یا عدم آن در رابطه با نسب چگونه مشخص می شود؟ طفل در لغت و عرف چگونه معرفی می شود، این رابطه اگر از روابط نامشروع نشأت نگرفته باشد، متصف به این وصف می باشد و باید گفت که هر نسب مشروعی از علتی گرفته می شود که مشروع باشد و همانا علت مشروع در آن همان نکاح می باشد؟

۳-۲-۱- ادله مقنن بر تصرف در معنی عرفی نسب

در این رابطه برخی با برقراری ملازمت بین حرمت زنا و نفی نسب، عقیده بر این دارند که نفی نسبی که محصول رابطه نامشروع زنا باشد حدیثی در مورد آن بیان نشده است و به دلیل حرام بودن زنا هیچگونه نسبی هم برقرار نمی شود^۱ در پاسخ به این دلیل باید گفت: هر چند که زنا عملی حرام و قبیح است، اما هیچ عمل حرامی نسب را منکر نمی شود زیرا: اولاً کسانی که به نفی نسب حاصل از زنا عقیده دارند، فقط از حرمت زنا، حکم وضعی و در نتیجه نفی نسب را اخذ نمی کنند، بلکه همان طور که بعد از این گفته خواهد شد، دلیل آن ها بر این مطلب استناد به روایات معصومین و اجماعاتی می باشد^۲ ثانیاً اصول فقه به اثبات رسنده است که بین حکم تکلیفی و وضعی

^۱ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، ص ۲۸

^۲ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۹، پیشین، ص ۲۵۷.

هیچ رابطه ای وجود ندارد؛ زیرا شارع مقدس اسلام، عناوینی همچون نسب را مبحثی برای آثار مختلف قرار داده است. چنان که نزد عرف و عقلا هم آن را می پذیرند، در این صورت امکان پذیر نمی باشد که این مبحث، برگرفته و متأخر از حکم باشد^۱

۳-۲-۲- کیفیت تشخیص انساب مشروع

آیا کودکی که منشأ تولد او از عمل نامشروع زنا باشد می توان به او فرزند گفت یا اینکه حتماً باید حاصل از روابطی مشروع باشد که بتوان به او فرزند گفته شود و آنچه که این عمل را شرعی می کند عقد نکاح بین دو جنس مخالف دختر و پسر می باشد.

از سخنان علمای اسلام^۲ در مورد اصل نسب اخذ می شود که مقنن اسلامی در موضوع نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و فقط در زنازاده آن هم به دلیل مصالحی و براساس ادله ای خاص در نسب نشأت گرفته از آن یا در برخی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد علم اصول فقه، در غیر مورد «زنا» باید به عام رجوع شود. عام در فرض بحث مشروعیت نسب از منظر لغت و عرف است. دلیل ما بر این که شارع مقدس، فقط بعضی احکام و آثار نسب اخذ شده از زنا را استثناء کرده و آن را نامشروع بیان کرده است، اجماع، روایات و اخبار رسیده از پیغمبر (ص) و ائمه اطهار (ع) و سخنان علمای می - باشد که در آینده ذکر خواهد شد. بعضی از علما و دکترین علم حقوق با استناد به این دلیل که نزدیکی حرام از دو بخش تشکیل شده است:

(۱) عمل دخول

(۲) ریختن منی در رحم زن

بر این عقیده اند که هر یک از آنها به صورت جداگانه حرام اند که برخی اوقات این دو عمل زشت هردو با هم انجام می شود لذا هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، در عدم مشروعیت فرزند موثر

^۱ بجنوردی، حسن، منتهی الاصول، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخمینی، ۱۴۲۱، ص ۲۵۷

^۲ حلی، محمد بن حسن فخر المحققین، /یضاح الفوائد، ج ۳، قم: انتشارات علمیه، ۱۳۸۷، ص ۴۲

نمی باشد و این شرط نمی باشد، بلکه معیار، ریختن منی در رحم از روی دانستن واز روی عمد بودن است و انصراف اطلاق دلیل های نفی نسب ناشی از زنا، به ریختن منی از جهت نزدیکی حرام، از آن جا که چنین انصرافی ناشی از غلبه وجود است مضر به اطلاق نمی باشد، هم چنین فرد نادر که ریختن منی به رحم زن بدون نزدیکی می باشد از جهت حکم مشکوک نیست، تا منعی برای اطلاق باشد. بر این اساس به هر روشی حرام، منی مرد غریبه به رحم زن غریبه رسانده شود حرام و مانع ملحق شدن فرزند به والدین اصلی اش خواهد شد و هدف از زنا در مبحث نسب اعم از «دخول آلت مردانه به همراه ریختن منی در رحم زن» می باشد و مواردی از قبیل تفخیز مرد با زن غریبه، و پس از انزال منی و جذب آن با رحم، افراغ منی به رحم زن غریبه، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به تخمک زن غریبه و... را مشتمل می شود^۱

کسانی هم در تأیید این نظریه ذکر کرده اند:

در این مورد عده ای با قراردادن تلازم میان حرمت زنا و نفی نسب و این که نفی نسبی که محصولی از زنا می باشد در حدیث خاصی بیان نشده، از حرمت زنا نفی نسب را نتیجه گیری می کنند.^۲ و این حکم در تمامی روابط نامشروع بین زن و مردی که باهم نامحرم اند قرار دارد و از حرمتی که برای آن بیان شد نفعی را جهت نسب می توان در نظر گرفت و همه رابطه های غیر شرعی را در ردیف زنا می دانند؛ ضعف و سستی این گفتار در گذشته قبلی بیان شد. بیشتر علمای اسلامی در مبحث مساحقه زن شوهردار با دختر باکره با نسب طفل به او مخالفت کرده اند و حکم زنا را در مورد او جاری ساخته اند چون که دختر باکره عملش نامشروع می باشد. اما در مورد ملحق شدن فرزند به شوهر از روایات نقلی مستفاد می گردد که در مورد مساحقه زن شوهردار با دختر باکره که چون شوهر با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته، به همین جهت فرزند به او تعلق می گیرد.^۳

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، پیشین، ص ۲۸

۲ همان، ص ۲۸

۳ همان، ص ۳۰

در مقابل نظریه ای که بیان شده است، عده ای از فقهای این نظرند که: با توجه در روایات به این نتیجه می-رسیم که عنوان زنا، از اصطلاحات عرفی است که در مورد آن هیچ گونه حقیقت شرعی ای ثابت نشده است.

معنایی که از عرف در بحث حدود در بیان احکام حد زنا، معنای کلمه زنا بر مبنای آن بیان می شود و در این مورد دخول واقع شدن آلت مردانه قیدی ضروری برای این عمل می باشد و ظاهر عبارت «زنا» در اصطلاحات فقها (لایثبت النسب بالزنا) نشان از همین معنا را که از عرف برگرفته می شود را دارد. در واقع علمای علم فقه در مبحث نسب که از زنا نشأت گرفته باشد، علاوه بر این که اصطلاح نوینی می باشد، غیر آن چه در مباحث حدود بیان کرده اند ندارند، بلکه به وضوح بیان کرده اند که منظورشان از زنا، نزدیکی با شرایط خاص آن در حدود مورد نظر می باشد، چنان که در موضوع نسب که از زنا نشأت می گیرد می گویند: «و هو وطی المکلف محرمة بالأصالة مع العلم بالتحريم تعاریفی همانند این تعریف از طرف فقهای دیگر در مورد همین موضوع ذکر شده است.

بر این اساس در پاسخ به این سخن که هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، در عدم مشروعیت فرزند موثر نمی باشد و شرط نیست، می توان گفت: زمانی که حاکم شرع یا شارع مقدس قصد به بیان حکمی کند منظورش این است که آن هیأت اجتماعی همراه همه حدود و قیودش موضوعیت دارد و در صورت محقق شدن هر یک از اجزای آن، هر چند خود به تنهایی موثر می باشند، اما اثر مباحث ترکیبی را ندارند بنابراین شکی نیست که به بقیه تماس های جنسی عنوان زنا اطلاق نمی شود.^۱ هر چند که در حرام و قبیح بودن این کارها هیچ شکی نمی باشد. ولی هر عمل حرامی حتی اگر به صورت ذاتی باشد، دلیلی بر منتفی شدن نسب نمی شود. شاید این توهّم از جهت شرعی به میان آید که این موارد در زمره عمل قبیح زنا نمی باشند، ولی دارای عنوان عدم نسب می باشد چون در عبارتی که فقها در آن فرموده اند: «نسب با نکاح صحیح و با شبهه آن ثابت می شود» مستفاد می شود که هر چیز که نکاح و یا شبهه آن نباشد، بوسیله آن نسب به اثبات نمی رسد هر چند زنا هم نباشد، چون که اگر تمام فرزندان به دنیا آمده از راهعادی، جز کودک که به دنیا آمده از ناحیه زنا، به پدر و مادر خود انتساب یابند،

^۱ البته در حدیثی از امام صادق (ع) بر نگاه و بوسیدن و لمس حرام، زنا اطلاق شده است. این اطلاق اولاً مجازی است و ثانیاً از حیث جرم و گناه است، نه این که در الحاق ولد و مسأله نسب مؤثر باشد.

کفایت می کرد که فقط این استثنا گفته شود و نیازی به این بخش بندی نبود. بنا- بر اصل مذکور همانطور که در گذشته گفته شده است: علت نسب باید به قطع یقین از راه مشروع باشد.^۱ در پاسخ به این دلیل گفته شده است که: مبدأ این بخش بندی از کیفیت ارتباط جنسی مرد و زن در آن عصر می- باشد و در نتیجه، عقیده آنها فقط به اثبات نسب از جهت و طی می باشد و سایر نسب ها را ذکر نکرده اند همانطور که در بیانات عده ای از فقها آمده است: «...المراء هنا ثبوت النسب من حیث الوطی» منظور ما از بخش بندی نسب به سه بخش صواب، شبهه، زنا، تنها ثبوت نسب از راه و طی می باشد» تا به اشکال «قد یشکل اولاً بخروج المکره... و ثانیاً بخروج التکون من مائه بمساحقه او غیر ها مما هو ملحق به شرعاً» پاسخ داده شود. پس از عبارت فوق حصر استفاده نمی گردد و اگر محصور هم باشد اینگونه از حصر اضافی است نه حقیقی یعنی در بین سه رابطه «نکاح، شبهه و زنا» رابطه نسب فقط با دو مورد ثابت می شود و آن دو مورد هم غیر از عقد نکاح و یا شبهه به آن چیز دیگری نمی باشد و از این استفاده نمی شود که نسب با لقاح مصنوعی یا در حالت مادر جانشین یا اهداء جنین به اثبات نمی رسد. و نتیجه آن این است که معنای زنا در مبحث نسب همان معنایی از زنا می باشد که در باب حدود آمده است که یکی از ارکان مهم آن دخول می باشد و شارع مقدس اسلام فقط در نسب ناشی از زنا متصرف شده و به آن اعتبار نبخشیده است و در موارد دیگر نباید حکم را به زنا نسبت داد. البته قوه مقننه در باره نسب فقط نسب برگرفته شده از زنا را نامشروع و قبیح و پلید می داند بر اساس روایات و اخبار رسیده از معصومین (علیهم السلام) و سخنان فقها و اجماع می باشد که در مبحث بعدی مورد بررسی قرار می گیرد.

۳-۲-۳- ملازمت یا عدم ملازمت میان نامشروع بودن کودک و محقق شدن نسب

کلاً رابطه هایی که بین زن و مرد بر قرار است و دلیلی برای به دنیا آمدن نوزاد می باشد عبارتند از :

۱. رابطه مشروع زناشویی (بعد از ازدواج)
۲. رابطه نامشروع زنا (بدون ازدواج)
۳. رابطه ای که مشروعیت آن مورد اختلاف است و در آن شبهه بر قرار باشد

^۱ حلی، محمد بن حسن (فخرالمحققین)، /یضاح الفوائد، ج ۲، پیشین، ص ۵۲۶

ازدواج بین زن و مرد یا اعتقاد (شبهه)، رابطه را مشروع می کند و فرزندی که از این رابطه بوجود می آید فرزندی مشروع می باشند. «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهة» روابط نامشروع و روابطی که در آن شرعیات رعایت شده باشد (حاصل از ازدواج) ولی در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن باردار شود و فرزندی به دنیا بیاید مثل عمل قبیح تفخیز، رابطه نامشروع می باشد. فرزندی که از اینگونه روابط به دنیا می آیند فرزندی نامشروع نامیده می شوند^۱.

اصلی ترین سوال در این بخش این است که آیا کودکی که از راه زنا به دنیا آمده نسب به او تعلق می گیرد یا خیر؟

در مباحثی که پیشتر گفته شد بیان گردید که خداوند متعال فقط در فقه بر نسبی تصرف می کند که آن نسب نشأت گرفته از روابط نامشروع زنا باشد ندانسته و در باقی موارد نمی توان احکام وارده به زنا را به نسب سرایت داد در این موضوع به بررسی هویت یا عدم هویت کودک ولادت یافته از عمل نامشروع زنا که در باره آن سخنی در باب محقق شدن نسب شده است، می پردازیم. چون اگر این سخن به اثبات برسد به این نتیجه خواهیم رسید که اگر وضع حمل نامشروع باشد، التزامی با محقق نشدن نسب ندارد. البته این مورد فقهی در قوانین حال ایران که در ماده ۱۱۶۷ ق.م. به بیان این می پردازد: «کودکی که از طریق زنا به دنیا آمده باشد به زانی متعلق نمی گردد»^۲، بکار نمی رود و نمی شود به آن اعتناء کرد. بادقت نظر در منابع فقهی و گفتار فقها بدست می آید که در احکام در باره نسب کودک ناشی از زنا نظرات مختلف می باشد و همیشه در مورد متولدین از طریق زنا دو دیدگاه وجود دارد.

۱- معمولاً زنازاده به دو عامل فاعل و مفعول در عمل زنا متعلق می باشد و فقط ارث به وسیله احکامی که در نص قرآن موجود است مستثنی می باشد و در باقی موارد فقهی، چنانچه عده ای از علمای علم فقه در بیان ایشان می

^۱ قبله ای، خلیل، بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع، فصلنامه دیدگاه های حقوقی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، شماره ۱۴-۱۳۸۷، ص ۱۱۶

^۲ منصور، جهانگیر، قانون مدنی جمهوری اسلام ایران، ماده ۱۱۶۷.

فرمایند: زنا زاده از حیوه ارث نمیبرد ولی قضای نمازهای نخوانده پدر بر وی واجب می‌شود زیرا اواز جهت احکام شرعی، عرف جوامع، ولغت شناسان فرزند آن شخص محسوب می‌شود

۲- زنا به هیچ عنوان موجب نسیت نمی‌شود و حرام بودن نکاح فقط با استناد به اجماع فقها و صدق ولد از منظر لغت به عنوان استثناء بر آن بار می‌شود.^۱

ادله ای که آنها در گفتارشان بکار می‌برند مأخوذ از روایات و اجماعاتی می‌باشد که آمده است: «نسب هیچ موقع از راه زنا به اثبات نمی‌رسد. دلیل آن هم، اجماع منقول و محصل می‌باشد، بلکه امکان دارد ادعای ضروری بودن بر آن گردد، تا چه رسد از ادعای نقص آن از نصوص یا تواتر روایات در این موضوع» شایان ذکر است که کلیه کسانی که این ظریه را قبول دارند، حکم حرام بودن نکاح را مستثنی کرده اند و فرموده اند: زنا زاده از جهت علم لغت شناسی انتساب به زانی و زانیه دارد و ازدواج با فرزندان محکوم می‌باشد. حکم حرام بودن ازدواج در این حالت که نظر غالب علماء می‌باشد، و دلیل این حکم تنها از اجماع و احتیاط گرفته شده است.^۲ که بعضی از فقها از اینگونه اجماعات اشکال گرفته اند. برخی از علمای اسلامی به سبب اشکالات فوق، جهت به اثبات رساندن حرمت نکاح زانی با دختر زانی‌اش به عبارت: «بل یظهر من النصوص ان التحريم ذاتی لا مدخلیه للنسب الشرعی فیهِ» استناد می‌کنند که از ظاهر روایات استفاده می‌شود که حرمت نکاح ذاتی است و در آن، نسب شرعی هیچ گونه تأثیر و دخالتی ندارد.

سؤالی که در این قسمت طرح می‌شود این است که اگر کودک زنازاده بر حسب لغت دانان به فاعل تعلق می‌گیرد «لانه مخلوق من مائه» دلیل شرع برای عدم نسب چه می‌باشد و به چه دلیلی برزانی ملحق نمی‌شود؟ عده ای از علمای علم فقه به این دلیل استدلال کردند که ولد حقیقت شرعیه نمی‌باشد و آنچه که ما از عرف جوامع و اهل لغت در مورد اصطلاح ولد می‌فهمیم مقصود همان چیزی است که شارع مقدس به بیان آن می‌پردازد، عبارت زنا زاده را از نظر لغوی، عرفی و فقهی فرزند می‌دانند، زیرا دو اصل فقهی معتبر به نام های «اصاله عدم

^۱. سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه ج ۲، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول ۱۴۱۷ هـ ق

^۲ حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، ج ۷، قم: موسسه آل البیت، ص ۲۲۱

النقل در الفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیه» مخصوصاً درمسأله فرزند موجب این امر می شود که نسب در زنا نیز به اثبات می رسد. به نظر می رسد به وسیله این دلیل نمی شود به نسب در زنازاده حکم داد و نسب و عدم مقبولیت آن در روش زنا بستگی به ادله ای دارد که فقها از آن برای رسیدن به حکم شرعی استفاده می کنند با این مقدمه مطالب این بخش از نوشتار به نقد و بررسی ادله های مورد استناد بیشتر فقها در باره نسب مأخوذ شده از عمل نامشروع زنا اختصاص می یابد ولی قبل از بررسی ادله های ذکر شده به درستی استدلال فوق الذکر از جانب طرفداران اثبات نسب در زنازاده می شود، می پردازیم. منظور از عدم انتساب زنازاده به والدین خود در شرع این معنا را نمی رساند که مقنن احکام اسلامی عبارت خاصی را برای آن بیان کرده است، بلکه در احکام فقهی عبارت «ولد» دارای همان معنایی می باشد که در عرف و لغت دارد و در مصادیق مختلفند؛ یعنی احکام فقهی همان طفلی را که از راه زنا متولد شده را همانند عرف «فرزند» زانی و زانیه می داند ولی از نظر فقه بر این مصادیق بار نمی شود در هر صورتی اگر مقنن احکام اسلامی به نسبی که از راه زنا به اثبات برسد تصرف کند به هیچ وجه در مفهوم اصطلاح زنا تصرف نمی شود بلکه این مصداق را قبول نکرده است. پس همانا این اشکال از طرف عده ای که منسوب نبودن زنا زاده به والدینش را با قبول معنی عرفی جهت نسب در لسان شارع متضاد می باشد، صحیح نیست، تا بخواهیم برای از بین بردن این اشکال، زنا زاده را به پدر و مادر خود انتساب دهیم. گفته شد که دلایل فقهایی که به عدم ملحق شدن طفل به زانی و زانیه قائلند، استناد به احادیث و اجماعاتی می باشد. صاحب جواهر (ره) برای ثابت کردن این رأی به دو نوع از اجماعات منقول و محصل استناد می کند. علاوه بر اجماع، به احادیثی که سند آنها معتبر می باشد استناد کرده اند که به بیان هریک از آنها می پردازیم:

- ۱- صحیح حلبی از امام صادق (ع) قال: «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فانه لایورث منه شیء، فان رسول الله (ص) قال: الولد للفراس و للعاهر الحجر و لایورث ولد الزنا الارجل یدعی ابی ولیده»^۱

«چه بسا مردی با کنیز قومی از راه حرام نزدیکی کرده و سپس او را خریده است و ادعا می کند فرزند آن کنیز از آن او است (و حال آن که) از او چیزی ارث نمی برد؛ زیرا رسول خدا (ص) فرموده اند: فرزند به فراش اختصاص دارد و برای زناکار محرومیت است...»

۲. روایت محمد بن اشعری، قال: «كتب بعض أصحابنا إلى أبي جعفر الثاني (ع) معي يسأله عن رجل فجر بامرأه ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد هو أشبه خلق الله به فكتب بخطه و خاتمه: الولد لغيه لا يورث»^۱

«با جمعی از دوستان به امام جواد (ع) نامه ای نوشتیم و از او پرسیدیم که مردی با زنی زنا کرده و بعد از باردار شدن با او ازدواج می کند و زن فرزندی می آورد که از کسی به آن مرد شباهت دارد. امام (ع) با خط و مهر خود در جواب نوشت: هیچ کس از زنا زاده ارث نمی برد.»

بیشترین حدیثی که می توان به آن تکیه کرد و به آن استناد کرد، احادیثی می باشد که در مبحث آن قاعده فراش بکار می رود و این احادیث از راه علمای شیعه و علمای اهل تسنن حجیت آنها معتبر می باشد

وجه استدلال بیشتر علما به این احادیث در این می باشد که نفی ارث بین زانی و زانیه و فرزند آنها از آن دو، در این احادیث اماره ای می باشد بر این که میان آنها به هیچ وجه نسب شرعی وجود نداشته است. نظر علمای علم فقه درباره فرزند به دنیا آمده از این طریق این است که می فرمایند: اصل نسب منتفی است یا می گویند: خودنسب منتفی است، مؤید این مدعی می باشد. در مورد اجماع، به اجماع محصل و منقول مستند می شود. روشن است که اجماع محصل ذکر شده نسبت به ما، اجماع منقول است بر این اساس ما اجماع محصل نداریم اجماعی که در این مورد ادعا شده است از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً اجماع اصطلاح در آن نیست؛ چون مدرک اجماع کنندگان معلوم یا حداقل احتمالی می باشد و آن قاعده فراش است. چنین اجماعی معتبر نمی - باشد. ثانیاً اجماعی که ما به بیان آن می پردازیم هنگامی متیقن می باشد و حجیت دارد که کشف از گفتار ائمه کند و اینکه اجماع محصل یا منقول باشد کافی نمی باشد و گرنه خود اجماع قطع نظر از کاشفیت معتبر نمی - باشد و محرز شدن کشف برای ما ممکن نیست. در مورد احادیث: در اولین روایت، سخن امام (ع) و حدیث پیامبر هیچ گونه

^۱ حرّ عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه، ابواب النکاح المحرم،، پیشین، صص ۱۴ و ۵۶۸

دلیلی بر نفی نسب ولد زنا از زانی نمی باشد. چون آنجا که امام(ع) به سخن پیامبر اکرم (ص) استدلال می کند به این نتیجه می خواهد برسد که اگر فراشی رخ دهد و از این طریق فرزندی به دنیا آید، اما در نسب او دچار شک گردیم، طبق قاعده فراش فرزند به زوج ملحق می شود.

اگر در مواردی خاص فراش صورت نگیرد و از سوی دیگر، دانسته شود که فرزند از منی زانی است، حدیث و قاعده فراش تأثیری ندارد کلام امام هم از جهت ارث نبردن فرزند زانی از پدر و مادر به عکس است و به نسب ارتباطی ندارد؛ زیرا شاید نفی^۱ ارث از زنازاده، دلایل دیگری باشد، نه این که نشان دهنده نفی نسب او باشد. ثانیاً بین ارث و نبودن نسب التزامی نمی باشد.

در مورد احادیث دوم دو قرائت ذیل از طرف فقها شده است:

۱. واژه «غی» از نظر لغوی معنای گمراهی دارد و در حدیث بالا کنایه از زنا می باشد و «لام» برای بیان دلیل آن می باشد.^۲

. در این حدیث، از فرزندی که از منی زانی آفریده شده، به «لغیه» معنی شده است. لغیه، از نظر ظاهری باطل بوده و حرام است؛ در هر صورت این لغیه و محرومیت فرزند زانی از جهت ارث است، نه این که فقط از جهت نسب یا نکاح با محارم و... لغیه و حرام باشد.

حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» نیز از حیث دلالت مورد مناقشه قرار گرفته است؛ زیرا حدیث در موردی کاربرد دارد که فرزند مشکوک باشد بین دو نفر که یکی از راه فراش و دیگری از راه زنا می باشد. در این صورت که امکان دارد فرزند به هر کدام از آنها تعلق گیرد، با این حدیث، جانب فراش تقویت شده است؛ پس در موردی که یقیناً فراشی تحقق نمی یابد، همانند زنا با زنی که شوهرش از او دور است و فرزند بر او الحاق نمی شود نمی توان گفت الولد للفراش، از جهت دیگر مورد این حدیث، زن شوهرداری می باشد که در خلال دوره زناشویی

^۱ بحرانی، یوسف، الحداثی الناصره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۱، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴، صص ۲۱۷ و ۲۱۸

^۲ حرم پناهی، محسن. تلخیص مصنوعی، روش های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. مجموعه مقالات، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۰، ص ۱۱۰

و آمیزش جنسی با شوهر خود، دچار انحراف عمدی یا غیر عمدی جنسی شده، حامله می شود. حال برای شوهرش این پرسش پیش آید که حاملگی همسرش که نشأت گرفته از جماع آن دو می باشد یا نتیجه روابط نامشروع زن با دیگران؟ برخی از علما در این باره می فرمایند:

«و اما ما ورد من أن الولد الفراش و للعاهر الحجر فهو حکم ظاهری فی مقام تردد الولد بین کونه ولدا لمن یجوز له نکاح الامرأه و کونه ولد الزانی و لیس فی مقام بیان حکم واقعی» یعنی حدیث فراش در موارد مشکوک جریان دارد، در مواردی که والدین کودک معلوم نباشد، از زانی یا صاحب فراش و حاکم شرع که بیان حکم واقعی نمی باشد در مورد این قاعده در فصل های بعدی مفصل توضیح می دهیم. و از آن چه تا به الان بیان شد به این نتیجه می رسیم که: خداوند متعال نسب را از زنا نفی نکرده و در هیچ نصی وارد نشده است که زنازاده فرزند نمی باشد. و فقط ارث نفی شده است، پس کلیه احکام نسب در مورد زنا نیز بار می شود جز ارث. از تعبیر علمای علم فقه نیز به این نتیجه خواهیم رسید:

۱. «و لا یرثه ابواه»^۱

۲. «ولد الزنا یرثه ولده و زوجته لا أبواه»^۲

۳. «ولد الزنا لا یرث من والده الزانی و لا من اقرباء والده»^۳

۴. «الرابع (من موانع الارث) التولد من الزنا» منع از ارث مفهومش این است که در زنازاده مقتضی توارث (نسب) موجود است، اما در زنا منعی برای ارث موجود نمی باشد مانند چیزی که در احکام قتل و کفر نیز می آید؛ یعنی در قاتل و کافر رابطه نسبیت وجود دارد اما قتل و کفر مانع از ارث می باشد.

مطلب دیگر این که از آن جا که کودک به دنیا آمده از ارتباط جنسی است که نفس تحقق این ارتباط جنسی (لقاح اسپرم و تخمک) برای ملحق شدن وی به والدین خود کفایت می کند پس همانا اگر کودکی در نتیجه ارتباط نامشروع به دنیا بیاید، هر چند که احترام ندارد و مشروع نیست ولی بدان معنا نیست، که کودک ولادت یافته از

^۱ طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: انشارات قدس محمدی. بی تا، ص ۶۸۱

^۲ مکی عاملی، محمد، اللمعة الدمشقیة، قم: دار الفکر. ۱۴۱۱، ص ۲۳۸

^۳ نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، پیشین، ص ۷۶۳

رابطه نامشروع با عدم والدین روبرو می باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکامل یافته می باشد و معتبر نیست و قابل از بین رفتن از لحاظ شرعی نخواهد بود و چنین فرزندى از حق پدرى و مادرى که به نظر مى رسد از قوانین طبیعى است نه تحققى^۱ برخوردار خواهد بود هر چند که قانون گذار مى تواند عده اى از آثار این رابطه تکوینى را نادیده بگیرد.

۳-۳- بکارگیری روش مصلحت کودک در ثابت شدن نسب

روشى که در قوانین فعلی برای رسیدن متقاضیان به نظر مى رسد استفاده از معیار مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک مى باشد. ملاکی که اساس جهت گیری مقنن و عرف عقلا در شناسائی نهادهای قانونی در رابطه با کودک مى باشد، به طوری که مى توان گفت قاعده فراش برای مصلحت کودکان کاربرد دارد چون در آن جا هم مجهول مى باشد که کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد. همچنین احکام وارده در ماده ۱۱۶۰ ق.م راجع به تضاد دو اماره فراش، که کودک را ملحق به شوهر دوم مى - داند است بر اساس رعایت مصلحت مى باشد؛ چرا که مقتضای حدیث این مى باشد که اماره فراش نسبت به هر دو به علت تضاد ساقط مى شود و این بر مبنای حدیث (اذا تعارضتا ساقطا) مى باشد. پس این حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م از طریق حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن مى باشد چون بنا به فرضی، خانواده نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم متولد شده باشد پس ملاحظات اجتماعی مربوط به اماره فراش موجب مى شود که کودک منسوب به شوهر دوم شود. هر چند که منسوب شدن کودک به هر کدام از دو شوهر از جهت ولایت اماره فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان مى باشد.

بر این اساس باید گفت: که به جهت حمایت از کودکان نامبرده و همراه با شرایط خاصی او در اختیار زن و مرد متقاضی جنین قرار گرفته و منحصرأ آنها حق و مسئولیتی نسبت به او را دارند و صاحبان جنین اهدائی که انگیزه ای در تولد و نگهداری کودک را ندارند، هیچگونه مسئولیت و حقی نسبت به وی نداشته باشند. دکتر سید حسین صفایی در این مورد می فرماید: «...از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به زن و مرد متقاضی جنین

^۱ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۲۱۶

ملحق شود، نه به صاحبان نطفه، عدم ملحق شدن کودک به زن و شوهر متقاضی بی شک به مصلحت کودک نمی باشد، چون در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی کودک نخواهند داشت و آنها هیچ گونه وظیفه ای هم نخواهند داشت و صاحبان نقطه هم، بر فرض این که شناخته شوند، احساس مسئولیت نسبت به کودکی که آن را نمی خواهند، نمی کنند و شاید تحمیل حضانت و نطفه کودک بر آنان غیر عادلانه باشد.^۱

از جهتی نظم عمومی نیز می تواند در جهت رعایت مصلحت کودک و حمایت از نفع وی، حق و مسئولیت های والدین را از صاحبان جنین اهدائی (که معمولاً زن و مردی می باشند که ناشناخته می باشند و نمی خواهند دارای فرزند شوند) گرفته و با تکیه به مصلحت کودک، وی را در اختیار زن و شوهر متقاضی جنین گذاشته و با در نظر گرفتن مسئولیت های والدین برای پذیرندگان کودک در این مورد راه گشا باشد^۲

۳-۳-۱- فرزند خواندگی

در اسلام فرزند خواندگی مفهومی ندارد و بدون اثری حقوقی می باشد این معنی از خود قرآن است که در سوره احزاب آیه ۴ می آید: «و ما جعل ازواجکم اللائی تظاهرون منهن امهاتکم و ما جعل ادعیائکم ابنائکم، ذالکم قولکم بافواکم و الله یقول الحق و هو یتهدی السبیل...» و در آیه ۳۷ در باره نکاح پیامبر با همسر پسر خوانده خود جناب زید بن حارثه و اعتراض برخی مردم به روشنی حکم را مشخص کرده که فرزندخواندگی هیچ اثری در به اثبات رساندن نسب و آثار مترتب بر آن ندارد: «فلما قضی زید منها و طرا زوجنکها لکی لایکون علی المؤمنین حرج فی ازواج ادعیائهم اذ اقضوا منهن و طرا و کان امر الله مفعولا»

در قانون جمهوری اسلامی ایران نیز فرزند خواندگی که اثری از طرف نسب بر آن بار شود رسمیتی ندارد. ولی به موجب قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب اسفند ۱۳۵۳، ارگانی برای سرپرستی مورد قبول واقع

^۱ همان

^۲ نایب زاده، عباس، بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی، مادر جانشین ۲۰ هدا، تخمک جنین، پیشین، ص ۵۵۶

شده است که مشابه فرزندخواندگی است. طریقه دیگری که برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد، استفاده از این نهاد جهت سرپرستی می باشد^۱.

بر اساس ماده ۱ و ۳ این قانون، وجود رابطه نکاح میان زن و مرد سرپرست، اقامت در ایران، توافق جهت سرپرستی، صاحب فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج (جز به دلیل پزشکی)، سی سال سن برای یکی از زوجین، عدم محکومیت جزایی مؤثر، عدم حجر، شایستگی اخلاقی و آن هم (به تشخیص دادگاه)، تمکن مالی، عدم ابتلا به بیماری‌های واگیردار صعب‌العلاج، عدم اعتیاد با مشروبات یا مواد مخدر از شرایط دادن حکم سرپرستی می‌باشد. به این ترتیب از نظر شرایط قبول کردن بچه منعی جهت سرپرستی زن و شوهر متقاضی جنین وجود ندارد. در ضمن شرط دارای فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج شامل این دو نمی باشد. زیرا تبصره ۲ ماده ۳ می‌گوید: هرگاه زوجین به دلایل پزشکی نتوانند از همدیگر دارای بچه شوند دادگاه می‌تواند آن‌ها را از این شرط معاف کند^۲. هم‌چنین از نظر این شرایط کودکی که برای نگهداری به خانواده ای سپرده می‌شود (طبق ماده ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست) منعی وجود ندارد. «فقط اشکالی که از جهت شرایط کودک مورد قبول در نهاد نگهداری در مطابقت با حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی به وجود می‌آید، بند «ب» ماده ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست است که اگر محرمانه بودن اطلاعات مربوط به هویت صاحبان جنین اهدایی را حمل بر «شناخته نشدن آنان» کنیم و «از جانب مادر جانشین را مادر قانونی کودک محسوب نکنیم، مشکل قانونی رفع شده و راه برای رسیدن متقاضیان جنین به خواسته خود در این حالت فراهم می‌آید.

۳-۲- توضیح قانون روش اهدای جنین به زن و مرد نابارور

قوه مقننه با تصویب قانون روش اهدای جنین به زن و شوهر نابارور در مورخه ۱۳۸۲/۴/۲۹ هرچه که در حالین مشکل توانست دگرگونی ایجاد کند و مشکل خانواده‌های نابارور را، تا حدودی حل و فصل کند و به آرزوی فرزند دار شدن آنان جواب مثبت دهد. با وجود این، بررسی مقایسه ای آن نشانگر آن است که این قانون روش

^۱ صفائی، حسین و امامی، حسن، حقوق خانواده ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۷۶ هـ ش

^۲ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.

اهدای جنین به زن و مرد نابارور برداشتی ناقص از قانون حمایت از کودکان بی سرپرست می باشد و در زمینه نسب کودک حاصل از این روش و آثار آن نارسا می باشد. ماده ۳ قانون مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف زن و مرد اهدا گیرنده جنین و کودک ولادت یافته از جهت نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف فرزندان و پدر است». این ماده وجه تشابه با ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست مصوب ۱۳۵۳ دارد. بدین سان مقنن بدون هیچ صراحتی به ملحق شدن کودک به زن و مرد پذیرنده، منحصرأ به برخی از آثار نسب (نگهداری، تربیت، احترام) اشاره کرده و مسأله توارث را مسکوت گذاشته است.^۱ حال آن که مطلوب ملحق شدن کودک به دریافت کنندگان جنین با کلیه آثار آن از جمله توارث است. البته قبول کردن این روش که با حقوق تطبیقی^۲ نیز هماهنگی دارد نیاز به اجتهاد نوین در جهت حل مشکل فقهی و دینی است در مورد منع نکاح و به تعبیری محرومیت نیز مقررات ایران ساکت است. اگر منسوب شدن کودک به زن و شوهر متقاضی را با همه آثار آن قبول کنیم، منع نکاح با خویشان نزدیک نیز از آثار آن می باشد.

در مورد نفقه در قانون مجهول است که آیا این یک تکلیف یک طرفه می باشد برای این اخذ کنندگان جنین است یا یک تکلیف متقابل بر طبق قواعد نفقه نزدیکان به شمار می آید. به این ترتیب براساس این یک اشکال بر مقرراتی که روش اعطای جنین را به زن و مرد نابارور شرح می دهد دیده می شود. و مطلوب آن است که این نفقه مانند نفقه فرزند یک تکلیف متقابل است که با دیدگاه متعلق بودن کامل کودک به طرفین دریافت کننده نیز هماهنگ می باشد.

در این فرض، دیدگاهی هم بیان شده و آن منسوب شدن فرزند حاصل از صورت مادر جانشینی با کمک از جنین اهدایی به متقاضیان آن می باشد. این دیدگاه در برخی کشورهای غربی به صورت قانون درآمده و توجیهشان این

^۱ قانون حمایت از کودکان از این جهت نسبت به قانون نحوه اهدای جنین کامل تر است، چرا که در ماده ۲ قانون حمایت به صراحت آمده است که سرپرستی از موجبات ارث نیست لیکن در قانون نحوه اهدای جنین به عدم وجود رابطه بین زوجین گیرنده تصریح نشده است، اگر چه با توجه به مبانی فقهی و نظرات فقها این امر مسلم است.

^۲ در قانون فرانسه طفل به زن و مرد درخواست کننده ملحق می شود و این الحاق دارای تمامی آثار نسب مشروع اعم از ارث، نفقه، ولایت قهری، حضانت، منع نکاح، احترام و غیر آن است

است که قراردادهای بچه‌سازی صورت شرعی دارد و از شاخه‌های حق ولادت تضمین شده در قانون اساسی می باشد، برای اینکه چنانچه صلاح کودک، معیار جدایی شخص دارنده حضانت است، باید معیار والدین بودن هم قرار گیرد... از دیدگاه برخی از محققین در مورد قانون ایران در مورد کودکی که از طریق زنا متولد شده باشد، با وجود آن که «عرف» این کودک را به صاحبان نطفه متعلق می داند، نظر عرف را قبول نمی‌کند.^۱ (طبق ماده ۱۱۶۷ ق.م) هم‌چنین اساس آن بنا بر مصالحی رابطه نسبی مشکوک را با وجود آنکه مجهول می باشد که کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد، ثابت فرض نموده است می‌توان به این نتیجه رسید که در صورت وجود مصالحی از نوع مصالحی که باعث عدم تبعیت قانون از عرف در این موارد مستثنی شده است، قانون به صورت اعم می‌تواند در جهت حفظ منفعت و مصلحت جامعه و به صورت اخص در جهت حفظ منافع کودک، در محدوده حقوق خانواده اقدام به جعل نسب کند و با عدم تبعیت از عرف، با تدوین مقرراتی در قالب قانون موضوعه، نسب والدین را ایجاد کند.^۲

در جواب به این دیدگاه باید گفت: وجود قرارداد یا مصلحت طفل یا تهیه جنین و تقاضای فرزند به انسان‌ها سمت پدری یا مادری أخذ نمی‌کند، بلکه این نیکی می باشد که خداوند بصورت عادی به انسان ارزانی داشته، چنانچه خداوند تعالی در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب، افراد را منع کرده که فرزند دیگری را به خودشان نسبت دهند، چون که رابطه عادی و تکاملی را نمی‌توان با قرارداد قطع کرد و این نوع تصمیم، اعتبار محض است و موثر نمی باشد. عده ای از دکترین حقوق در سخنان خود نیز به این مطلب اشارت کرده اند: «در نظام حقوقی ایران، نسب مشروع به هیچ وجه من الوجوه از نسب عادی دور نمی‌افتد، قانون اسلامی یا همان فقه مشروعیت یا عدم آن را در نسب عادی برایمان تبیین می کند لکن هرگز به دلیل شایستگی یا وجود قرارداد یا حتی مصلحت طفل به غریبه سمت

^۱ منصور، جهانگیر، قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مواد ۱۱۵۸ الی ۱۱۶۰.

^۲ همان، ص ۵۵۹.

«مادری» اعطاء نمی‌کند، این موهبتی است که خداوند با طبیعت به انسان ارزانی می‌دارد و مقررات منحصرأ آثار آن را تعیین می‌کند^۱

از این مطالب به این نتیجه می‌رسیم که: شارع مقدس به هیچ عنوان نسب را از عمل نامشروع نفی نمی‌کند و هیچ نصی در مورد این مورد نیامده است که زنازاده فرزند نباشد. و فقط در مورد عمل زنا ارث نفی شده است، پس همه احکام فقهی نسب در مورد زنا نیز مترتب می‌شود غیر از ارث.

از آن‌جا که کودک نشأت گرفته از ارتباط جنسی است که از نظر ذاتی تحقق چنین ارتباط جنسی برای ملحق شدن او به والدینش کافی می‌باشد؛ پس همانا اگر کودک در نتیجه ارتباط جنسی حرام متولد شود، هر چند که فاقد احترام است و مشروع نیست لکن بدان معنا نیست، که کودک به دنیا آمده از رابطه نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، به صورت تکامل یافتنی می‌باشد و از دایره اعتبار خارج است و قابل رفع شرعی نمی‌باشد. و چنین فرزندی از حق پدری و مادری که به نظر می‌رسد از قوانین عادی می‌باشد نه تحقیقی، برخوردار خواهد بود هر چند که مقنن توانایی آن را دارد که برخی از آثار چنین رابطه تکوینی را نادیده بگیرد. در رابطه با محقق شدن نسب از راه شرعی در صورت استفاده از رحم جایگزین صرف نظر از بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت عمل نظر به دلایلی که از دیدگاه‌های شرعی در رابطه با تحقق نسب در زنا مطرح می‌باشد و این که عده ای از فقها حتی بر ملحق شدن زنازاده به زانی و زانیه اصرار می‌ورزند^۲، در حالی که یقین داریم این رابطه غیر شرعی و کودک بدنی آمده نامشروع است، می‌توان حکم به تحقق نسب در صورت مادر جانشینی که حتی در غیر مشروع بودن آن اتفاق نظر وجود ندارد داد. از جهتی همان‌طور که گفتار و سخنان فقهای اسلامی در مورد نسب دلالت دارد، مقنن اسلام در مسئله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و منحصرأ در زنا زاده به سبب مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب مأخوذ از آن یا در برخی از احکام مترتب بر آن تصرف کرده است. در مواردی غیر از موضوع زنا طبق قواعد اصولی و فقهی بایستی به قواعد عمومی رجوع

^۱ صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، ج ۲. تهران، نشر هدف، ۱۳۹۳، ص ۱۴۵.

^۲ فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم: مطبوعاتی امیر بی تا، ص ۲۱.

کرد.^۱ عموم در فرض بحث مشروعیت نسب لغوی و عرفی می باشد. نسب از ناحیه پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای می باشد اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر اخذ می شود. در این که کودک ولادت یافته از رحم جایگزین با هر یک از دو زن دارای تخمک و زنی که وی را وضع حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد در این شکی نمی باشد. ارتباطی که از جهت عقلی و پزشکی به اثبات رسیده است. ولی در میان این دوارتباط، ارتباط کودک با صاحب تخمک معیاری برای رابطه مادری و فرزندی می باشد. بر این اساس منسوب شدن فرزند حاصل از رحم جایگزین، به دارای اسپرم و صاحب تخمک صحیح می باشد و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد. تا زمانی که معلوم نشود که دلیل قرابت نشأت گرفته از شیر، مطلق نمو جسمانی کودک از زن می باشد و یا در صورت اثبات این امر که علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از طرف شارع می باشد تا معیار این شروط به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم نگردد، نمی توان به استمداد وحدت ملاک و یا به استناد معنای اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد. از جهت متد اصولی نیز با توجه به اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین کودک و مادر جانشین، موجه به نظر نمی رسد. به این ترتیب می توان گفت این حکم که «قرابت مادر جانشینی از جهت حرام بودن ازدواج در حکم قرابت رضاعی می باشد» از استدلال کافی برخوردار نمی باشد و اثر قرابت رضاعی از جهت منع نکاح در صورت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و کودک برقرار نمی باشد.^۲ هر چند که از جهت عرف و اخلاقی نیز این امر قابلیت پذیرش ندارد بطور مثال کودک ناشی از حالت مادر جانشین بتواند از لحاظ قانونی با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند ولی در مورد اینکه این قضیه چقدر می تواند در این موضوع به ما کمک کند، جای بررسی دارد. در صورت جانشینی سنتی رحم مادر جانشین از نظر قانون فرزند وی قلمداد می شود. در این بخش زوجه نابارور مادر متقاضی محسوب می شود و هیچ ارتباط ژنتیکی با کودک نخواهد داشت و در صورت تحویل کودک به وی، رابطه آن‌ها از نوع فرزند خواندگی می

^۱ موسوی بجنورد، میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه ج ۲، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان چاپ دوم ۱۴۱۳ ه.ق.

^۲ علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، نامه مفید، شماره ۳، صص ۱۶۹ و ۱۷۰.

باشد با وجود قرارداد یا مصلحت کودک یا تهیه جنین و تقاضای فرزند به انسان‌ها سمت والدین را برای آنها اعطا نمی‌کند، بلکه این موهبتی است که خداوند به طور عادی به انسان ارزانی داشته، اینچنین می‌توان گفت که شارع مقدس در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب می‌فرماید که: به هیچ وجه کودکان دیگران را به خود نسبت ندهید چون که رابطه عادی و تکامل یافته را نمی‌توان با قرارداد بهم زد و این نوع تصمیم، کلاً معتبر می‌باشد و اثری ندارد. برای همین این نظریه که در مورد حالت جانشینی با استمداد از تخمک یا جنین اهدایی مقررات به صورت اعم می‌تواند در راستای حفظ نفع و مصلحت جوامع اسلامی و به صورت اختصاصی در راستای حفظ منافع کودک، در محدوده قانون خانواده اقدام به جعل انساب کند و تابع نبودن عرف، با کتات قوانینی در قالب قانون موضوعه، نسب پدری و مادری ایجاد کند، درست به نظر نمی‌رسد. این نظریه در بیشتر ممالک غربی به صورت قانون توسط مجریان قانون اجرا می‌شود. در قوانین ایران برای دست یافتن به مطلوب والدین حکمی یا متقاضی می‌توان قوانین و مسئولیت‌های پدری و مادری را برای والدین حکمی یا متقاضی نسبت به بچه متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی، برقرار کرد. مقنن ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زن و مرد نابارور در تاریخ ۸۲/۴/۲۹ در این راه گام برداشته است.^۱ ماده ۳ قانون مزبور مقرر می‌دارد که: «وظایف و تکالیف اهدا گیرنده جنین و کودک ولادت یافته از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر می‌باشد». به این سان مقنن بدون صراحت به الحاق کودک به زن و مرد پذیرنده، فقط به برخی از آثار نسب (نگهداری، تربیت، نفقه و احترام) اشاره کرده است و مسأله توارث را مسکوت گذاشته است، حال آن که مطلوب الحاق کودک به دریافت کنندگان جنین با تمامی آثار آن از قبیل توارث می‌باشد.

^۱ عاملی، باقر، حقوق خانواده، چاپخانه ۲۵ شهریور، تهران، ۱۳۹۲، ص ۵۱.

۳-۴- اثبات نسب کودک به وسیله قاعده فراش

هرچند که در نسب شرعی و قانونی کودک اختلاف باشد برای اثبات کردن آن سه مسأله باید به اثبات برسد: رابطه نکاح، نسب از طرف مادر و نسب از طرف پدر، با احراز این سه امر حکم به وجود رابطه ی نسب قانونی بین کودک و والدین معین خواهد شد.

اثبات رابطه زوجیت با هر یک از دلیل های اثبات دعوی یعنی اقرار، سند، شهود، امارات قضائی و سوگند ممکن می باشد، در اثبات نسب مادری باید ثابت شود اولاً: زنی که مادر کودک شناخته شده کودک به دنیا آورده است. ثانیاً: این بچه همان کودک است که اثبات نسب او مورد نظر است، در اثبات نسب مادری نیز از هر یک از ادله قانونی می توان استفاده کرد. ولی اثبات نسب پدری سخت تر از اثبات نسب مادری است زیرا تولد کودک از مادر، امری خارجی و قابل شهود است، ولی تکامل کودک از نطفه ی مردی مشخص به عنوان شوهر زن امری مخفی است که بدون آگاهی شخص صورت می گیرد، حتی خود زن و شوهر هم از انعقاد نطفه کودک فوراً مطلع نمی شوند. بنابراین برای اثبات نسب پدری در جستجوی قطع و یقین نباید بود ادله ای موجود نمی باشد که بتواند به صورت قطعی و یقینی اثبات کند که نطفه موجود از فلان مرد مشخص شده می باشد. آزمایش خون هم منحصرأ می تواند ادله منفی بر نسب باشد نه ادله ای مثبت یعنی آزمایش خون عدم نسب را از لحاظ علمی می تواند به اثبات برساند، ولی از این راه نمی توان به طور قطعی وجود نسب را ثابت کرد. در نتیجه برای اثبات نسب پدری باید به دلایل ظنی و امارات مکفی بود. با توجه به نکات فوق در جهت مصالح جامعه و خیر و صلاح کودک و حفظ عفت و رعایت آرامش و امنیت خانوادگی و حفظ آبرو و احترام افراد؛ با استمداد قاعده ای به نام اماره فراش یا اماره ابوت می توان نسب پدری کودک را اثبات کرد: ۲) قاعده فراش راحت ترین راه و روش برای ثبوت نسب از طرف پدر می باشد، اما این روش تنها دلیل برای اثبات نسب پدری نیست بلکه دلایل دیگری از جمله شهادت و امارات نیز موجود است که در کتب فقهی و حقوقی در مورد آنها به تفصیل بیان گردیده است.

۳-۴-۱- معنای عبارت فراش

از فرش یعنی گستردن در آیه قرآن کریم آمده است که: الذی جَعَلَ لَکُم الارضَ فِرَاشًا^۱

خدایی که قرار داد زمین را برای شما گسترده.

فراش گاهی در معنای «مفروش» کاربرد دارد یعنی آن چه که برای نشستن یا خوابیدن روی آن، بر زمین پهن میشود، همچنین این لغت برای زنان هم کاربرد دارد، از آن جهت که شوهر حق دارد با وی همبستر شود و نیز به خود شوهر هم که زوج شرعی و صاحب فراش (همسر) می باشد اطلاق می شود، منظور از این کلمه در روایت مورد بحث همین معنای کنایی می باشد و منظور از آن شوهر زن یا مالک کنیز (در گذشته) می باشد.^۲

۳-۴-۱-۱- معنای عبارت عاهر

به معنای شخص زناکار می باشد از عهر به معنای زنا و فسق و فجور و اعمال نامشروع می باشد.^۳

۳-۴-۱-۲- معنای عبارت حجر

از دیدگاه اهل لغت به معنای سنگ می باشد، احتمال دارد کنایه از این باشد که زانی دارای هیچ حقی نمی باشد و همچون سنگ بی ارزش می باشد. اعراب جهت اینکه بخواهند کسی را حقیر کنند و حقی را برایش در نظر نگیرند می گویند. مَالُهُ اِلَّا التُّرَابُ اَوْ الْحَجَرُ و نیز احتمال دارد منظور از حجر در روایت مذکور کنایه از رجم و سنگسار شدن زانی باشد که چنان چه در نسب کودک به صاحب فراش و فرد زانی شک و تردید وجود داشته باشد به دلیل قاعده فراش، کودک ملحق به شوهر می شود و مرد زانی هم به وسیله سنگ، رجم می گردد.^۴

ولی احتمالاً نخستین دیدگاه بهتر و مناسب برای این بحث می باشد؛ چون مجازات زانی همیشه سنگسار کردن نمی باشد، بلکه این نوع مجازات به زانی محصن مختص می شود و مجازات غیر محصن تازیانه می باشد و دیگر

۱- سوره بقره ۲۲/۲

۲- احمد بن محمد بن حنبل، مسند، پیشین، ص ۴۷۴

۳- بجنوردی، میرزا محمد حسن، القواعد الفقیه ج ۲، پیشین، ص ۱۰۴

۴- سوره بقره ۲۲/۲

این که ادله قاعده فراش صرفاً در مقابل زانی نیست، بلکه در هر موردی است که در مقابل شوهر، وطی کننده دیگری باشد، چه زانی و چه غیر زانی که آن گاه بنابر أماره فراش منتسب شدن کودک به شوهر ثابت می گردد.^۱

۳-۴-۲- ویژگی های قاعده

معنای اولین جمله که در حدیث آمده به بیان این موضوع می پردازد که «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ» این می باشد که کودک حق شرعی و حقوقی مرد می باشد و دیگران به هیچ وجهی حقی نسبت به وی ندارند و این معنی هم نتیجه محصور بودن مبتدا (فرزند) در خبر (فراش) می باشد. در سخن عرب چنانچه مبتدا معرف به الف و لام باشد افاده حصر می کند بطور مثال بیان می شود «الکرم و الشجاعه فی العرب» که منظور از این سخن این است که کرم و شجاعت فقط در عرب یافت می شود. خلاصه آن چه از این کلام فهمیده می شود، مختص بودن و منحصر بودن می باشد، اختصاص از «لام» در «الفراش» استفاده می شود برای این که منظور از آن ملکیت نیست و انحصار هم از «ال» در الفراش و «الولد» هم چنان که در عبارت «الْجُلُّ لِلْفَرَسِ» آمده است.

جمله «الولد للفراش» ظاهراً جمله ای خبری ولی در واقع جمله انشائی می باشد، به این معنا که پیامبر اکرم (ص) در حال تبیین حکم شرعی بوده اند نه در حال خبردادن از واقعه عادی و خارجی. اصولاً قضایای شرعی و احکام فقهی که به شکل قضایای خبری آمده است در حقیقت انشاء حکم می باشند، گرچه به صورت اخبار بیان شده باشند. مثلاً در احادیثی که در اقوال ائمه معصومین (علیهم السلام) وارد شده که فرمودند: «يَغْتَسِلُ وَيُعِيدُ». و منظورشان تبیین و انشاء حکم شرعی می باشد یعنی مکلف باید غسل نماید و نماز را اعاده کند، نه این که خبر دادن از غسل و اعاده نماز مکلف باشد. افزون بر آن گرچه این گونه عبارات انشائی نباشند در برخی موارد مستلزم دروغ و خلاف واقع می باشد.^۲

^۱ قشیری نیشابوری، ابوالحسن مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، پیشین، ص ۴۵۸

^۲ طاطبایی، سید علی، ریاض المسائل ج ۱۰، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۴ ه.ق.

خداوند متعال جمله «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» را برای حفظ نسب و مصالح فرموده است به عبارتی در ملحق شدن کودک به پدرش، فراش در موضوعیت راه ندارد، بلکه در طریقت راه دارد. در این که مشخص شود جماع انجام شده است یا خیر؟ به طور اصطلاحی گفته می شود قطع طریقی می باشد و در قطع طریقی هم جعل یا تسلب حکم از آن چه که مورد قطع است امکان ندارد. حدیثی از پیامبر اکرم (ص) نیز بر این مطلب صدق می کند.

«جاء رجل الى رسول الله (ص) فقال: كُنْتُ أُعْزِلُ عَنْ جَارِيَةٍ لِي فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَقَالَ (ص): إِنَّ الْوُكَاءَ قَدْ يَنْفِلَتْ فَأَلْحَقَ بِهِ الْوَلَدَ.^۱» مردی نزد رسول خدا (ص) آمد و گفت: کنیزی که هنگام آمیزش با او عزل منی می کردم فرزندی به دنیا آورد، حضرت (ص) فرمودند: گاهی بند مشک رها می شود و فرزند را به آن مرد ملحق کرد. عبارت «إِنَّ الْوُكَاءَ قَدْ يَنْفِلَتْ» کنایه از این میباشد که گاهی منی وارد رحم زن می شود که مرد آن را نمی - فهمد^۲ و از این حدیث استنباط می شود که گرچه خود فراش منحصرأ موضوعیت داشت و قطع و یا عدم قطع به آمیزش در آن دخالتی ندارد، آوردن عبارت «إِنَّ الْوُكَاءَ قَدْ يَنْفِلَتْ» در حدیث به عنوان علت صحیح نبود.

با توجه به گفتارهای کلیدی که در بالا بیان شد به این مطلب می پردازیم: حدیث شریف نبوی (ص) که فرمودند: «الولد للفراش» دلیل و أماره معتبره در مقام به اثبات رساندن نسب شرعی و قانونی کودک محسوب می شود که هر زمان شک و تردید وجود داشته باشد که کودک متولد شده به چه کسی متعلق می باشد و اختلاف در نسب حقوقی کودک باشد، با اهمیتی که برای قاعده فراش کودک به دنیا آمده متعلق به مرد می باشد ویژگی عمده أماره هم در این می باشد که نه قطع بر خلاف آن موجودیت داشته باشد و نه قطع بر موافقت با آن، زیرا با وجود قطع به یکی از آنها نمی توان به أماره به عنوان دلیل و أماره قانونی اهمیت داد. برای این که اگر شخص مطابق آن چه أماره می گوید قبلاً قطع و یقین به مفاهیم آن داشته باشد در این صورت دلیل بودن أماره از جمله تحصیل حاصل و لغو عبث به شمار می آید و أماره دیگر، دارای طریقت نمی باشد و بنابر اینکه بر خلاف مضمون أماره، قطع و یقین وجود داشته باشد در این حال صحیح نمی باشد بر چیزی که قطع و یقین وجود دارد، أماره ظنی قائم

^۱ - حر عاملی، محمد بن حسین وسائل الشیعه، پیشین، ص ۴۵۲

^۲ - سبجانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه ج ۲، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول ۱۴۱۷ هـ.ق. ص ۳۱۳.

شود و بخواهد آن را به اثبات برساند. لذا اعتبار اماره برای کسی است که قطع به واقع نداشته باشد در خصوص اماره ی فراش هم همین منوال می باشد که حدیث «الولد للفراش» در مواردی اماره قانونی به حساب می آید که معلوم نباشد کودکی که متولد شده به چه کسی متعلق می باشد؟ به عبارتی دیگر در موردی هم ملحق شدن کو دك به غیر شوهر ممکن می باشد و هم ملحق شدن آن به شوهر امکان داشته باشد که در این حالت شارع مقدس، الحاق کودک را به شوهر لازم می داند و به تعهد ظن حاصل از فراش را اعتبار بخشیده است.^۱

۳-۴-۳- شرایط جاری شدن قاعده فراش

برای اثبات نسب حقوقی کودک از روش قاعده فراش، باید در دو مورد توضیح داد. یکی نسبت به کودکی که در زمان ازدواج به متولد شده باشد. قانونی مدنی ایران نیز به پیروی از فقه امامیه برای جاری ساختن قاعده فراش این دو مورد را در نظر گرفته و در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ به آن دو صورت اشاره کرده است. براین اساس در توضیح و روشن کردن شروط اجرای اماره فراش لزوم دارد در دو مورد بحث شود.

۳-۴-۳-۱- جاری ساختن قاعده در باره کودک متولد در زمان ازدواج

ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی در مورد کودک ولادت یافته در زمان ازدواج مقرر می دارد: کودک متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر می باشد، به شرط این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم تر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد. از این ماده نتیجه می گیریم که در مورد کودکی که در زمان ازدواج به دنیا آمده است، زمانی اماره فراش جاری و به موجب آن کودک به شوهر متعلق می شود که شرایط زیر داشته باشد:

۱. نسب مادری به اثبات برسد.

۲. منعقد شدن صیغه عقد دائم به صورت صحیح میان دختر و پسر.

۳. تشکیل نطفه بعد از ازدواج.

۴. تولد کودک بعد از شش ماه از تاریخ قرابت باشد.

۵. حداکثر مدت قرابت تا ولادت ۱۰ ماه باید باشد.

۱- موسوی بجنوردی، میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه ج ۴، پیشین، ص ۲۱۴

۳-۴-۲- شریط پنج گانه جاری ساختن قاعده فراش

۳-۴-۳-۱- نسب مادری به اثبات برسد

برای این که آثار قرابت ظاهر شود، لازم است اساس آن یعنی نسب، قانونی باشد و برای بررسی نسب ها باید نسب هر اولادی نسبت به دو نفری که او را به وجود آورده اند مورد توجه قرار گیرد. نسب شخص زمانی قانونی می شود که بین زن و مردی که قرابت آنان موجب به وجود آمدن نطفه او شود در حین قرابت رابطه ازدواج هم موجود باشد. با توجه به این که افراد داای دو نسب می باشند. نسب مادری و نسب پدری. قانونی بودن نسب مادری ملازمت با قانونی بودن نسب پدری دارد، چون نسب مادری وقتی قانونی می باشد که نسب از قرابت مادر باشوهرش که پدرقانونی خواهدبود نشأت می گیرد. در نتیجه اگر کودک از آمیزش نامشروع مادر بامردی به دنیا آمده باشد نه نسب مادری قانونی می باشد و نه نسب پدری. فقط در مورد شبهه یا کره این ملازمه وجود ندارد و نسب کودک نسبت به کسی که در حال اشتباه یا اکراه بوده و سوء نیت نداشته در حکم نسب قانونی می باشد.^۱ برای ثابت کردن نسب از طرف مادر کودک، اثبات دو امر ضروری می باشد: یکی وضع حمل زن در مدتی که سن کودک اقتضاء دارد که در آن مدت متولد شده باشد و دیگر کودکی که ادعای فرزندی او نسبت به زن می شود همان کودکی باشد که زن وضع حمل نموده است.

ثابت شدن دو امر فوق به وسیله ی هر ادله فقهی و یا حقوقی در دادگاه صالحه ممکن خواهد بود، از جمله شهادت شهود، آزمایش خون و ... نسب مادری را به آسانی می توان شناخت چون از یک واقعه آشکار که معمولاً برخی از آن آگاه می شوند یعنی زایمان نشأت می گیرد. اثبات ولادت و زایمان مادر و در اولین روزهای بعد از زایمان به آسانی انجام میگیرد اما هر چه از تاریخ ولادت بیشتر بگذریم، اثبات نسب مشکل تر خواهد بود. برای این که تولد کودک و تاریخ آن و هم چنین نسب کودک مورد شک قرار نگیرد به موجب قانون مقرر است که تولد کودک تا پانزده روز بعد از تولد او به حوزه ی ثبت احوال اظهار شود تا اسناد شناسنامه ای وی تنظیم گردد.^۲

۱- عاملی، باقر، حقوق خانواده، چاپخانه ۲۵ شهریور، تهران، ۱۰۷ و ۱۰۸

۲- قانون ثبت احوال

۳-۴-۳-۲- منعقد شدن عقد نکاح به صورت صحیح بین دختر و پسر

ثابت کردن وجود نکاح صحیح بین دختر و پسری که ادعای پدری او نسبت به کودک شده است به وسیله هر ادله ای اگر چه اقرار خود آنها باشد ممکن خواهد بود، وضعیت خارجی زن و مرد از قبیل معاشرت دائم و زندگانی آنها زیر یک سقف و مسافرت های متعدد با یکدیگر نیز م تواند از قرائن اثبات کننده زناشویی قرار گیرد.^۱

اولین جمله در ماده ۱۱۵۸ به توضیح این می پردازد که: کودک متولد در زمان ازدواج متعلق به مرد می باشد، ناظر به همین شرط است که از عبارت «زمان زوجیت» فهمیده می شود که باید بین زن و مرد رابطه زوجیت برقرار باشد.

۳-۴-۳-۲- تشکیل جنین بعد عقد نکاح

جهت اثبات کردن نسب مشروع و اخذ شده از عقد نکاح باید علاوه بر موجودیت این عقد، قرابت بین زن و مرد همچنین واقع شود، و یا به نحوه مختلفی از جمله روش های پزشکی عصر جدید نطفه مرد در رحم زن قرار گیرد که ثابت می کند انعقاد نطفه جنین در زمان عقد نکاح می باشد. علماً عموماً برای محقق شدن قاعده فراش علاوه بر عقد نکاح میان زن و شوهر، قرابت آن دو را نیز شرط می دانند و منظورشان از نزدیکی دخول آلت تناسلی شوهر به مقدار حشفه در قُبُل یا دُبُر همسرش می باشد چه انزال صورت گرفته باشد یا نه.^۲

قرابت جنسی به اعتبار آن که سبب انعقاد نطفه گردد مبنای قاعده فراش می باشد والا آن صورت به خودی خود دلیلی بر قانونی بودن نسب نمی باشد.^۳ چون در برخی موارد همانند نزدیکی در دُبُر یا تفخیز و همچنین قرابت در قُبُل یا عدم انزال، از مواردی که باعث حامله شدن زن باشد نیست، برای اینکه بیشتر فقهاء بیان کرده اند که اماره فراش در صورتی مجری می شود که قرابت از قُبُل بوده و انزال صورت گیرد.^۴ بنابراین در صورتی دخول، می

۱- امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ ه.ش. ص ۱۵۵

۲- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضة البهیة ج ۵، (با تعلیقات سید محمد کلانتر) بیروت، داراحیاء التراث العربی ۱۴۰۳ ه.ق، ص ۴۳۲.

۳- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل ج ۱۰، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۴ ه.ق. ص ۴۸۲

۴- بجنوردی، القواعد الفقهیة ج ۴، پیشین، ص ۳۰

تواند اساس نسب کودک به شوهر شود که امکان تکامل کودک از او برود لذا نزدیکی مردد خصی یا آخته و یا

کسی که در منی او ماده ی حیاتی اسپرماتوزوئید وجود ندارد، نمی تواند ثابت کننده نسب باشد.^۱

در اینجا برخی از علماء از جمله صاحب جواهر الکلام، منحصرأ دخول را معتبر دانسته اند گرچه انزال صورت

نگیرد، زیرا بیان دارند ممکن می باشد نطفه زن (تخمک یا اوول) به علت دخول، آمادگی زاد و ولد داشته باشد

یا به طریقی نطفه جنین منعقد شود که ما از آن بی اطلاع هستیم بلکه صرفاً خداوند متعال به آن آگاهی دارد.^۲

عده ای از علما هم بر این عقیده اشاره دارند که اثبات قرابت هنگام زوجیت برای تحقق یافتن قاعده فراش الزامی

نمی باشد، همانا اینکه کودک در زمان ازدواج شش ماه بعد از عقد، ولادت یابد تعلق به مرد دارد. اساس دیدگاه

مزبور علاوه بر حفظ عفت خانوادگی، سختی اثبات دخول هم می باشد چون، قرابت جنسی از مواردی می باشد

که سعی در اختفاء آن می شود و عموماً دیگران از آن آگاه نمی شوند و قابل اثبات نیست، همچنین در این گونه

موارد باید از قرائن و اوضاع و احوال ظاهری استمداد جست و به همین مقدار مکفی بود.^۳

عقیده ای را به ابو حنیفه رئیس مذهب حنفی در اهل تسنن نسبت داده اند که تنها ازدواج را برای اثبات نسب

کودک به مرد و اجرا نمودن اماره فراش مکفی می داند. برای اینکه در فتوای او اگر چه مردی با زنی عقد نکاح

برقرار کند و بدون زندگی باهم زن را طلاق دهد و آن گاه شش ماه بعد از عقد فرزندی از آن زن به دنیا آید

متعلق به شوهر قبلی آن زن می باشد.^۴ به نظر می رسد بهتر این باشد که بگوییم معیار در محقق شدن اماره فراش،

صرف عقد یا دخول بعد از عقد نمی باشد بلکه بعد از عقد امکان حامله شدن زن از شوهر می باشد که در این

صورت بیشتر با انزال منی از راه قرابت حاصل می شود و گاهی هم امکان دارد از راه لقاح مصنوعی و قرار دادن

منی مرد در رحم همسرش انجام بگیرد بی آنکه قرابت صورت گرفته باشد و این مبنی با روش و اماره بودن فراش

هم بیشتر سازگار است که این مطلب در پیشتر بیان شد.

۱- امامی، حسن، حقوق مدنی، پیشین، ص ۱۵۷.

۲- نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام ج ۳۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۹۸۱ م. ص ۲۲۳

۳- دکتر حسن امامی، حقوق مدنی، پیشین، ص ۱۵۷.

۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضة البهیة، ج ۶، پیشین، ص ۱۲۵.

۳-۴-۳-۲-۴- تولد کودک باید بعد از شش ماه از عمل زناشویی باشد.

این شرط در حالیکه کودک سالم متولد شده باشد و بتواند به صورت عادی در رحم زندگی کند. زیرا کودکی که از ۶ ماه به کمتر در رحم مادر باشد توانایی زندگی در خارج از رحم را ندارد، در مورد دلایل شرعی این کلام باید به دو آیه از قرآن کریم استدلال کنیم که از مجموع آنها به این نتیجه خواهیم رسید که کمترین مدت وضع حمل، ۶ ماه می باشد. یکی از آن آیات ... وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا که مجموع ایام وضع حمل و شیر دادن فرزندان ۳۰ ماه می داند و دیگری: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِيَ الرِّضَاعَةَ می - باشد، که مدت شیر دادن طفل به وسیله مادرش را دو سال می داند، که ما در سخنان بزرگان کمترین مدت را برای شیردهی به کودکان دو سال و بیشترین آن را دو سال و نیم می دانیم روایاتی از معصومین (علیهم السلام) وجود دارد که کمترین مدت برای وضع حمل را ۶ ماه تلقی می کند. فی المثل در گفتار حضرت علی (ع) آمده است که فرمودند: «لَا تَلِدُ الْمَرْأَةُ لِأَقَلِّ مِنْ سَنَةِ أَشْهَرًا»^۳.

در مورد کودکی که قبل از ۶ ماه متولد گردد و بعد از آن سقط گردد باید گفت که از نظر این که کفن و دفن او واجب می باشد به شوهر متعلق می باشد نه از جهت اماره فراش.

۳-۴-۳-۲-۵- از زمان نزدیکی تا ولادت کودک از ۱۰ ماه تجاوز نکرده باشد.

و این در صورتی می باشد که جنین بطور عادی در رحم زن باشد (یعنی همان ۹ ماه)، و در این شرط بین فقها هیچ اختلافی وجود ندارد، ولی در بیشترین مدت وضع حمل اختلافاتی بین علما وجود دارد، بیشتر فقها دیدگاهشان بر ۹ ماه می باشد در این مورد روایات بسیاری آمده است که حداکثر مدت وضع حمل را نه ماه دانسته اند.^۴ از بین فقهای متقدم شیخ طوسی بیان می دارد که احکام اسلامی اکثریت مدت را برای وضع حمل زنان حامله را از ۱۰ ماه متجاوز نگردد و افرادی همچون محقق حلی هم بر این نظریه حمل را بر صحت آن می گذارند. بعضی

۱- سوره احقاف ۱۵

۲- سوره بقره ۲۳۳/۲

۳- حر عاملی، محمد بن حسین وسائل الشیعه، ج ۶، پیشین، ص ۲۳۶

۴- حر عاملی، محمد بن حسین وسائل الشیعه ج ۱۵، باب ۱۷ از ابواب احکام اولاد، ص ۱۱۵.

از فقها در فتاوا و کتب فقهی خود همانند سید مرتضی علم الهدی و شهید ثانی بشتین مدت را برای وضع حمل یک سال گفته اند.^۱ اما در میان صاحبان فتوای عصر جدید امام خمینی (ره) و حضرت آیت الله خویی این نظریه را پذیرفته اند.^۲

روایاتی آمده است که بیشترین مدت حمل را ۹ ماه می داند و شهید آن را تأیید و حمل بر آن مورد غالب کرده ولی در برخی موارد امکان دارد این که فرزند از ۹ ماه تجاوز کرده و تا یک سال هم در رحم بماند که در این مورد هیچ اشکالی بیان نشده است.^۳

عده ای از دکتین حقوق در مورد علت بیان مدت ۱۰ ماه برای بیشترین مدت وضع حمل در قانون مدنی ایران به بیان می پردازند که، به نظر می رسد قانون ما در این مورد بر گرفته شده از قوانین دو کشور فرانسه و سوئیس می باشد، در قوانین این ممالک حداقل مدت وضع حمل ۱۸۰ روز و بیشترین آن ۳۰۰ روز می باشد.^۴ قانون مدنی ایران در این مورد بر خلاف معمول، از قول بیشترین فقهاء شیعه پیروی نکرده است بلکه در راه مصلحت کانون گرم خانواده و کودک، بیشترین مدت حمل را ده ماه می داند که راه حلی عاقلانه می باشد و با داده-های علمی نیز منطبق است.

به این نتیجه می رسیم که اگر بین عقد نکاح و تولد کودک کمتر از ۶ ماه فاصله باشد، کودک به مرد تعلق ندارد. زیرا باتوجه به کمترین مدت برای وضع حمل باید به این نتیجه رسید که مبدأ نسب او برگرفته از زنا یا وطی به همانند آن می باشد و انعقاد نطفه بصورت مشروع (ازدواج) نبوده است، این قول اکثر فقهای شیعه می-باشد، ولی عده ای از فقها همانند شیخ طوسی و شیخ مفید در مورد نسب گفته اند: در این صورت مرد اختیار دارد بین نفی کودک و قبول نسب چنان چه اقرار به قبول کردن آن کند، کودک به وی متعلق می باشد.^۵ مقصود مولف از

۱- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الافهام ج ۱، قم، موسسه معارف اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ.ق، ص ۶۲۵.

۲- امام خمینی، تحریر الوسیله ج ۲، پیشین، ص ۳۰۷.

۳- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الافهام، ج ۱، ص ۶۲۵.

۴- صفائی، حسین و امامی، حسن، حقوق خانواده ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۷۶ هـ.ش. ص ۵۱

۵- نجفی، محمد بن حسن، جواهر الکلام، کتاب النکاح، پیشین، النظر الرابع فی احکام الاولاد، ج ۳۱، ص ۲۲۴.

اصطلاح ماه بر اساس قانون مصوب ۱۱/۱/۱۳۰۴، ماه و سال هجری شمسی در تقویم رسمی جمهوری اسلامی پذیرفته شده است و ماده ۶۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی نیز مقرر کرده است که هر سال، دوازده ماه دارد و هر ماه با ماه شمسی مطابقت دارد همچنین در قانون مدنی مقصود از این عبارت، ماه شمسی می باشد. در فقه اسلامی ملاک و معیار محاسبات ماه های قمری می باشد و قانون مدنی کشور که برگرفته از احکام اسلامی می باشد، بر آن حمل می شود و در معدودی از اصطلاحات جدید در این قانون از جمله تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی هم، سال قمری به روشنی تمام پذیرفته شده است، براین اساس اصطلاح ماه در شرایط ذکر شده و هم چنین در مواد ۱۱۵۸ و ماده ۱۱۵۹ ق.م. باید به ماه قمری تفسیر شود که ایام آن گاهی اوقات ۳۰ روز و گاهی ۲۹ روز است.^۱

^۱ - صفائی، حسین، حقوق خانواده ج ۲، پیشین، ص ۵۲ و ۵۳

فصل چهارم

نقش اثباتی

ادله جدید در

دادرسی مدنی

۴-۱- معبر بودن آزمایشات ژنتیک از نظر فقه و حقوق

در این قسمت به بررسی این مسأله در دو حیطه فقه و حقوق ایران می پردازیم.

۴-۱-۱- اعتبار آزمایش «دی.ان.ای» از نظر فقه

با اینکه راه های نوینی در آزمایشات ژنتیک جهت اثبات نسب موجود است در سخنان فقهای گذشته چیزی نیامده است. همراه توصیف آن با مراجعه به مطالب فقهی دیده می شود که ممکن است توسل به هر راهی جهت اثبات نسب وجود داشته است. بهترین طریق برای ثابت کردن نسب، تمسک به اماره فراش بوده و در صورت عدم طرق دیگر، ازقاعده قرعه استفاده می شده است. در هیچکدام از کتب فقهی ادله اثبات نسب به عنوان موضوعی خاص و در یک باب کاربرد نداشته بلکه در ابواب مختلف مثل اولاد، مواریث و... از لحاظ اهمیت موضوع، بررسی شده است.

استفتائی در مورد استفاده از آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید به عمل آمده است.^۱ مراجع تقلید در پاسخ به این استفتا دو جواب متفاوت داده اند. اکثر فقها بر آنند که در صورت علم به آن می توان بر اساس آن علم عمل نمود. آیت ... لطف ... صافی گلپایگانی: «نسب به استناد آزمایشات مزبور به صورت شرعی به اثبات نمی رسد ولی اگر شخصی خودش علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است و ... العالم». آیت ... محمد فاضل لنکرانی: «اگر برای قاضی علم باشد که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او الحاق می - شود». آیت ... سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «اگر آزمایشات به قدری دقیق باشد که برای نوع افراد کارشناس نیز سبب قطع و یقین برای منسوب شدن فرزند به شخص آن مرد باشد جهت انتساب فرزند به وی کفایت می کند». آیت ...

^۱ «... شاکیه... باردار... مقر به ارتکاب زنا... و مدعی است که حمل وی متعلق به «الف» بوده لیکن... اقرار به... زنا نکرده و ادله... دیگری... جهت اثبات... زنا... نیست. دادگاه... نوزاد، متهم... و شاکیه را جهت آزمایش DNA... به... پزشکی - قانونی ... معرفی مینماید... پزشکی قانونی پاسخ میدهد که با توجه به احتمالات از جهت آزمایش... نوزاد میتواند متعلق به متهم... باشد... شاکیه... دادخواست... الزام... به تنظیم سند سجلی... نوزاد ناشی از زنا مینماید. دادگاه... در خصوص دادخواست... متهم... را ... ملزم به تنظیم سند سجلی جهت نوزاد به نام خود... و متهمه... مینماید. سؤال اینجاست که ... آیا اثبات نسب بدون اقرار و ادله دیگر و صرفاً با پاسخ مثبت آزمایش DNA ممکن است؟ در حالیکه میدانیم طبق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمیشود». البته سؤالات فرعی دیگری هم مطرح شده که در بطن سؤ

حسین نوری همدانی: «اگر علم حاصل شود می تواند حکم به وجود نسبت کند». آیت ا. سیدعلی خامنه ای: «دارای حجیت نمی باشد، مگر در صورت حاصل شدن یقین»^۱.

عده ای دیگر از علما و مراجع معظم تقلید این آزمایشات را برای ثابت کردن نسب حجت و دلیل نمی دانند و بر این عقیده اند که با این آزمایشات نمی شود نسب را به اثبات رساند. آیت ا. ناصر مکارم شیرازی: «این گونه آزمایشها ... و علم قاضی که نشأت گرفته از آن باشد حجت نیست ... و نسب نیز با این آزمایشات به اثبات نمی رسد؛ این آزمایشها با توجه به تخلفاتی که ممکن است در آن رخ دهد حجت نمی باشد». علت این حکم به دلیل بودن علم قاضی برمیگردد؛ یعنی علم قاضی زمانی حجت و دلیل می باشد که از راه حس یا مبادی قریب به حس باشد.^۲

اگر تضادی بین آزمایشات ژنتیک و اماره فراش ایجاد شود بین فقها در فتوا اختلاف نظر ایجاد می شود با اینکه برخی معتقدند که این آزمایشها حجت نمی باشد و بر اماره فراش مقدم نمی شود. آیت ا. جواد تبریزی: «آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها معتبر نمی باشد. گرچه برای مجتهد جامع الشرایط علم حاصل شود می-تواند به علم خود عمل کند و ا. العالم». آیت ا. ناصر مکارم شیرازی: «این آزمایشات نمی تواند مرجح شود». آیت ا. صافی گلپایگانی: «در فرض سؤال ترجیح باید تنها با امارات شرعیه باشد و ا. العالم».

برخی نیز به امکان عمل قاضی به علم خود در صورت حصول یقین اظهار نظر نموده اند. آیت ا. سید علی سیستانی: «فقط با راه های یقینی ترجیح داده می شود ولی حد زنا با آن ثابت نمی شود. بلی، برای قضاوت باید به نحوی باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال شود»^۳.

^۱ حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیکی، بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

• <http://vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx>

^۲ مکارم شیرازی، ناصر، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

<http://www.makarem.ir/websites/farsi/esteftha/?mit=1137>

^۳ - حسینی، محمد، «استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیکی»، بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

<http://vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx>

۴-۱-۲- معبر بودن آزمایش دی.ان.ای از نظر حقوق

قانون مدنی بدون در نظر گرفتن تعریفی از ادله اثبات دعوی در ماده ۱۲۵۸ از این ادله را نام برده است. قانون آیین دادرسی مدنی با ارائه تعریف «دلیل» آورده است: «دلیل عبارت از امری است که طرفین دعوی برای ثابت کردن یا دفاع از دعوی به آن استناد می کنند»^۱، این عیب را جبران کرده است. ادله اثبات دعوی مشتمل بر^۲ اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم می باشد. قانون آیین دادرسی مدنی علاوه بر موارد فوق معاینه محل، تحقیق محلی^۳ و کارشناسی را نیز در زمره این دلایل بیان کرده است^۴. برای اینکه مقنن در ارائه ادله جهت اثبات دعوی محدودیتی قائل نشده است، مع الوصف در مورد ادله اثبات نسب نیز صراحتی وجود ندارد و صرفاً در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م. به اماره فراش و در ماده ۱۲۷۳ به اقرار به نسب اشاره کرده است. گرچه به نظر می رسد جهت ثابت کردن نسب هم به عنوان یک ادعا به هر یک از دلایل مذکور بتوان استناد کرد.

در کتب قانونی نحوه اثبات نسب با دو راه اماره فراش و اماره های دیگر مورد بررسی قرار می گیرد^۵. بین دکترین حقوق هیچ اختلاف نظری در مورد آزمایشات ژنتیک موجود نمی باشد. و آنها در این زمینه زیاد به بحث و بررسی نپرداخته اند و فقط تعداد کمی در این زمینه آن هم به صورت مختصر پرداخته اند. یکی از اساتید برجسته حقوق معتقد می باشد که اماره فراش تنها دلیل قانونی نمی باشد و از ادله های دیگر از قبیل آزمایشهای پزشکی نیز می توان در اثبات نسب کمک گرفت، زیرا هیچ یک از امارات دلیل منحصر شناخته نمی شوند مگر اینکه قانون آنها به صراحت بیان کند و ادله و قراین دیگر را ثابت کننده آن نداند.

برخی افراد (دی.ان.ای) را یکی از دلایل کارشناسی در این مورد می دانند و بر این عقیده می باشند که از آزمایشهای «دی.ان.ای» در نفی انتساب کودک به شوهر می توان بهره برد، اما در اثبات نسب به تنهایی نمیتواند

^۱ جلد سوم ق.م. مصوب ۱۳ مهر ماه و ۸ آبان ماه ۱۳۱۳.

^۲ ماده ۱۲۵۸.

^۳ مبحث پنجم از باب دوم، ماده ۲۴۸ الی ۲۵۷

^۴ مبحث ششم از باب دوم، مواد ۲۵۷ الی ۲۷۰.

^۵ طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی ج ۳، قم، انتشارات اسلامی، قم. ۱۳۷۰ ه.ق.

ثابت کننده باشد، بلکه به عنوان جزئی از قواعدی قضایی میتواند مورد توجه دادرس قرار گیرد.^۱ اداره حقوقی قوه قضائیه به دلیل دیدگاه ها اعلام کرده است که بر اساس آن هر چند اثبات نسب عادی مرد و کودک متولد از عمل نامشروع از راه آزمایش پزشکی ممکن می باشد، ولی این امر موجب توارث و ولایت پدر بر او نمیشود، در عین حال بعضی وظایف و تکالیفی که ابوبن دارند، مانند حضانت و انفاق و همچنین پاره‌ای از احکام مثل حرمت ازدواج با محارم بر نسب عادی مترتب است و فقط ارث و ولایت می باشد که در نسب شرعی و قانونی مترتب میشود.^۲

گرچه اظهار نظر حقوقدانان تقریباً به موارد فوق محدود شده است، اما نکته مهم این می باشد که از بین همین تعداد کم، کسی قائل به عدم اعتبار مطلق آزمایشهای «دی.ان.ای» نشده است و صرفاً در نوع استناد به آن اختلاف نظر وجود دارد؛ در حالیکه از سخنان بعضی از مراجع معظم تقلید به عدم حجیت آزمایشات (دی.ان.ای) استناد می شود. با این حال، قدر متیقن از سخن حقوقدانان و فقها آن است که آزمایشهای ژنتیک در صورتی که اساسی برای حصول علم برای قاضی باشد، استناد به آن برای حل نزاع بدون منع می باشد. نویسنده بر این عقیده می باشد که قدرت اثباتی آزمایش «دی.ان.ای» منوط به رعایت استانداردهای علمی از سایر نشانه ها قویتر می باشد و در فرض تضاد با سایر امارات ترجیح با آزمایش مذکور می باشد.

آیا علم قاضی دلیلی برای حکم می باشد مقصود از علم چیست و چه علمی در اعتباربخشیدن به آزمایشهای «دی.ان.ای» مد نظر فقها و حقوقدانان می باشد که با حصول آن بتوان قائل به حجیت آزمایشهای «دی.ان.ای» گردید؟ مقصود از قطع و یقین چیست؟ آیا به ظنون و احکامی که از جهت وثاقت در مرتبه قطع نمی باشند، میتوان ترتیب اثر داد؟ آیا ادله ای که به جهت اثبات نسب کاربرد دارد دلیلی برای حجت بودن می باشد؟ یا اینکه این

^۱ - امامی، حسن، نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران ۱۳۴۹ - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ج ۲ / چاپ دوم تهران ۱۳۶۷ ه.ش.

^۲ حسنی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایشهای ژنتیکی، بیتا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی

http://vakilghasemian.blogfa.com/post_15.aspx

ادله از ادله ظنی هستند؟ آیا ادله اثبات نسب منحصر به فرد هستند و امکان پذیرش دلیل جدیدی برای اثبات نسب وجود ندارد یا آنکه این ادله حصری نیستند و هر دلیل جدیدی که بتوان با آن به واقعیت دست پیدا کرد، میتواند در زمره ادله اثبات نسب آورده شود؟

۴-۲- معنا و حجیت علم در استناد به ادله

۴-۲-۱- حجیت بودن علم

قطع در تقسیم بندی های اصولیان به قطع طریقی و قطع موضوعی تقسیم می شود قطع طریقی قطعی می باشد که موضوع مشخصی ندارد و تنها راه رسیدن به حقیقت را برای ما تبیین می کند؛ اما قطع موضوعی خود صفت قطع در مقابل صفات دیگر نفس همانند ظن و شک در موضوع حکم شرعی دخیل می باشند و حکم شرع دایر مدار حالت قطع است^۱. قاعده اولیه در قطع، طریقت می باشد جز در مواردی که بر موضوعیت داشتن دلیل داشته باشیم و بنابر این در موارد شک، به طریقی بودن حکم می کنیم^۲.

اصولیان معتقدند چون قطع فی نفسه راهی به سوی حقیقت می باشد، حجیت آن ذاتی است؛ یعنی طریقت و کاشفیت از لوازم ذات آن می باشد، مثل ازدواج برای عدد چهار و جعل شارع اثباتاً و نفیاً به آن تعلق نمی گیرد^۳. عده ای از اصولیان هم ادله حجیت قطع را مشتمل بر علم عادی نیز می دانند و حجیت علم عادی و عرفی را ذاتی دانسته اند^۴ در موجه ساختن آن آمده است که قطع مورد نظر اصولیان، قطع به آن معنایی نمی باشد که به هیچ وجه احتمال خلاف در آن نرود، بلکه این قطع در مرتبه بالاتری از «اطمینان مصطلح»^۵ می باشد و از طیف وسیعی از کشف می باشد که لاجرم به نقطه اوج نمی رسد، بلکه در بیشتر مواقع لایه رقیقی از احتمال مخالفت با حقیقت را به همراه خود دارد، البته این احتمال گاه آن قدر ناچیز می باشد که نزد انسانهای نسبتاً دقیق نیز قابل اعتنا و مبنای

^۱ شریف، مرتضی، الرسائل، به همراه سید احمد حسینی، قم: انتشارات دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵.

^۲ همان.

^۳ همان.

^۴ بجنوردی، حسن، منتهی الاصول، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخمينی، ۱۴۲۱.

^۵ مرتبه عالی کشف، مرتبه های که آدمی به حکم طبیعت و فطرت خدادادیش، ترتیب اثری به احتمال خلاف در آن نمیدهد.

عملی و حتی نظری قرار نمی گیرد. برای همین حجیت قطع، عقلی یا ذاتی نمی باشد، بلکه امری ذاتی و عرفی است که به مقتضای ذات و خلقت آدمی معتبر می باشد.^۱

در علوم فقه و حقوق نیز علم اخص از قطع معنا می شود و پی بردن به علمی که هیچ مجهولی در آن راه ندارد، مقصود نمی باشد؛ بلکه علم عادی و متعارف مورد نظر می باشد که به وسیله آن، دعاوی خاتمه پیدا می کند و با نام قطع عادی یا عرفی از آن بحث به میان می آید که به آن اطمینان و ظن به علم نیز می گویند؛ همچنین، به علمی که اگر به آن دست یابیم احتمال خطا و خلاف را در آن نمی بینیم و یا حداقل کمتر می بینیم علمی عادی می گویند هر چند که بتوانیم برای آن خلافتی را از لحاظ عقل در نظر بگیریم و اگرچه اقلیت مردم به آن عمل کنند؛ چون علم عادی موجب سکون و اطمینان می گردد و مردم علم عرفی را کاشف از واقع میدانند^۲؛ زیرا عمل بر مبنای علم غیر عادی موجب اختلال در نظام عالم هستی می شود؛ چون مشیت و اراده خداوند به جریان امور بر اساس نظام اسباب و مسببات طبیعی و علم عادی نوع بشر تعلق گرفت و برای همین پیامبر و تن ائمه علیهمالسلام برای ۱ شفا‌ی بیماری خود و سایرین از علم غیب استفاده نمی کردند^۳.

بنابراین دیده می شود که مقصود از قطع، علمی نمی باشد که هیچگونه احتمال خلاف در آن نرود؛ بلکه تا میزانی که سبب سکون و اطمینان نفس برای مکلف شود کفایت می کند؛ برای اینکه فقها معیار حجیت علم عرفی را بنای عقلا می دانند^۴ که شارع آن را رد نکرده است. از حجیت علم قاضی در کتب فقهی و حقوقی بسیار بحث شده است. بیشتر فقهای امامیه علم قاضی جامع الشرایط قضاوت را به به طریق مطلق دارای حجیت می دانند^۵.

^۱ - حسینی، سید محمد صادق، «آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟»، ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی : http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=182:osool-61&catid=45:osool&Itemid=14

^۲ خورسندیان، مدنی، ۱۳۷۸، ص ۳۷۹، ۱۳۸۳، ص ۶۱

^۳ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۱۲۱؛ کلینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۶۰.

^۴ مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب (ع)، ۱۴۱۶.

^۵ همان، ص ۶۰

چون همان علم عادی که دلیل سکون نفس می- شود و بر اساس عادت، احتمال خلاف در آن نمی رود، در حجیت علم قاضی نیز کافی می باشد.^۱

۴-۲-۲- سندیت عرف در ثابت کردن نسب

آزمایش DNA بطور قطعی در تعیین نسب مطمئن نمی باشد و هیچ اطمینانی در آن وجود ندارد چنانچه دیدگاه متخصصین ژنتیک و علوم آزمایشگاهی را در این مورد بررسی کردیم، عده ای میزان قطعی بودن این آزمایش را ۹۹/۹۵٪ می دانند همچنین این میزان از خطا که در آزمایشات آمده به صورت معمول می باشد و هیچگونه آسیبی به اثبات این آزمایشات وارد نمی کند، در این مورد برای تأیید دلیل بودن آن در علم فقه می توان به عرف استناد نمود. علم عادی (عرفی)، علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن رسیده اند و احتمال خلاف در آن نمی رود.

هر چند که خلاف آن از نظر عقل ممکن باشد و اگرچه تعداد اندکی از مردم بر خلاف آن عمل کنند، چرا که علم عادی موجب سکون و اطمینان بیشتری می شود^۲ در حقیقت مردم علم عرفی را کشف از واقع می دانند^۳. علم عادی علمی است که به حل مشکلات مردم می پردازد و همانا این علم عرفی است^۴. روشن است کشف واقع به لحاظ قطعی بودن در مرتبه بالاتری قرار گرفته و حکم مطابق با آن مقصود شارع می باشد و دستیابی به آن بسیار دشوار می باشد، اما علم عادی بدین جهت، حجت می باشد که موجب سکون و اطمینان نفس می شود. همچنان که شیخ طوسی در تعریف علم فرمودند: «حد العلم ما اقتضی سکون النفس» علم چیزی است که موجب آرامش نفس میشود. از عبارت ایشان برمی آید که شیخ علم را بر گرفته از عرف می داند، نه علم به معنای دقیق، چون

^۱ همان، ص ۶۱

^۲ شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الافهام ج ۱، قم، موسسه معارف اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ ق

^۳ طوسی، محمد بن حسن، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: انشارات قدس محمدی بی تا.

^۴ بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، ترجمه سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه مرعشی، چ ۱، ۱۴۱۰ ق.

که مبنای فقیه با علم عرفی به معنای اطمینان می باشد نه علم به معنای ثابت کردن یک طرف با منع تضاد آن به طوری که هیچ احتمالی خلافی را نتوان داد.^۱

علما مالک حجیت علم عرفی یا اطمینانی را بنای عقلا میدانند.^۲ و آن را دلیلی عاقلانه می دانند که خداوند آن را ردع نمی کند البته عده ای در ادله بودن علم عرفی مناقشه کرده اند و بیان کرده اند اگر دلیل حجت بودن علم، مشتمل بر اطمینانی از طرف عرف نیز باشد باید در ثمره دادن اطمینان به دو تن از شهودی که عدلشان تأیید شده در باره روابط نامشروع اکتفا می شد^۳، در صورتی که با وجود حصول علم و اطمینان عرفی، به آن عمل نمیشود و باید الزاماً چهار شاهد بر آن شهادت دهند. در جواب دادن به دلیل فوق بر بحث موضوعیت داشتن دلایل اثبات دعوا در عده ای موارد مانند شهادت بر زنا بنا به بیان شارع، با عنایت به مالک حجیت علم عرفی یعنی روش عاقلان و با توجه به اینکه مالک حجیت قطع و علم وجدانی مدرکات عقلی است مبنای حجت بودن علم عادی را باید سیره عقلا نامید و میتوان گفت، ره یافته‌های عقلی هیچگاه تخصیص پذیر نیستند زیرا تا زمانی که مورد حکم عقل با همه ویژگیهای آن حاصل باشد، حکم نیز ثابت است و چون موضوع از میان برود حکم نیز زوال می باید. اما برعکس روش های های عقلا گرچه مطمئن هستند، باز در معرض تخصیص قرار دارند. برای مثال اگر قاعده ید را یکی از امارات عقلایی به شمار آوریم و مالک حجیت آن را روش عاقلان سیره در معرض تخصیص می باشد. دلایل شرعی در مواردی همچون شهادت جرائم حدی چون زنا و لواط اختصاص یافته است، اما شهادت دو نفر در این موارد کافی نمی باشد^۴ و چنانچه برخی علما بیان داشته اند، نهادهای عقلایی به مثابه تأسیسات شرعی تخصیص پذیرند^۵ بنابراین براساس حجیت علم عرفی با توجه به مبنای عقلا بر پذیرش و اطمینان به آن، در فرض عدم قطعیت ۱۰۰٪ آزمایش DNA یعنی با یقین بر ۹۷ یا ۹۸٪ نیز میتوان حجیت آن را در ثابت کردن نسب

^۱ خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ۱۳۵۸، ص ۱۴

^۲ آملی، ۱۳۸۵ش، ج ۱، ص ۹۳؛ لنکرانی، ۱۴۲۱م، ج ۱، ص ۱۰۸

^۳ بحرالعلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳

^۴ امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ هـ.ش.

^۵ شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات، تهران: نشر حقوق دان. ۱۳۷۵.

پذیرفت. لذا به گفته برخی فقهای معاصر که به صراحت در این مورد نظر داده‌اند؛ حجیت این آزمایش از جهت قطعی بودن (۱۰۰٪) یا موجب اطمینان نفس شدن (مثالاً ۹۸٪) تفاوتی نمی‌کند، چون که حجیت اولی حجیت عقلی و دومی حجیت عقلایی است که از جانب شرع منع و ردع نشده است، بدین معنا که در هر دو جهت میتوان ارزش اثباتی آن را به جهت کشف واقع و اثبات رابطه ی نسبی (ابوت و نبوت) قبول کرد.

البته مسأله دیگری باقی میماند مبنی بر این که وقتی به طور قطعی رابطه ی ابوت و نبوت فرد با استفاده از آزمایش DNA تعیین شد آیا این انتساب عادی اثبات شده با مفهوم مشروع آن سازگاری دارد مخصوصاً اینکه بسیاری مبنا را در نسب مشروع، علقه حاصل از ازدواج شرعی می دانند و تصریح کرده اند که فرزند به زانی و زانیه الحاق نمی شود. در پاسخ باتوجه به عبارات حقوقی نمی شود نسب را در مرتبه حقیقت شرعیه قرار داد که آن را در ردیف فقه بیان شده از شارع مقدس قرار دهیم، بلکه حقیقتی عرفی است که آثار شرعی بر آن مترتب است و اگر هم فقهای شیعه و به تبع آن قانون مدنی، سخن از عدم الحاق کودک ایجاد شده از طریق زنازاده است، به معنی لغو و انتفاء نسب نیست، بلکه از تأسیس جدیدی به نام الحاق استمداد گرفته و با توجه به مصالح و جلوگیری از شیوع این گونه روابط نامشروع، فرزند نامشروع را از برخی آثار مترتب بر نسب محروم نموده است. با این توضیحات حتی اگر آزمایش DNA نسب طبیعی فرد را که حاصل از ازدواج شرعی نبوده اثبات کند، در حقیقت نسب به معنای حقیقت عرفی آن را که مبنای شارع میباشد، ثابت کرده است و در موارد شک در وجود مانع (زنا) برای اختصاص احکام ارث، بنا به سخن عده ای از حقوقدانان میتوان عدم زنا را از استصحاب نمود و آثار را بر آن مترتب کرد. به عبارت دیگر اگر ثابت شود که این نسب تعیین شده از راه آزمایش DNA، ناشی از زنا بوده است، نمیتوان با استناد به بحث عدم الحاق فرزند به زانی و استحکام قاعده فراش در مقابل نسب نامشروع، آن را کنار زد و هم -چنان نسب ناشی از فراش را اجرا کرد، چون اساساً اماره فراش جهت بیان حکم واقعی بیان نشده، بلکه قرارداد آن از جهت غلبه ی فراش بر زنا و در فرض شک است.^۱

^۱ همان، ص ۱۱۹.

۴-۲-۳- حجیت دلایل اثبات نسب

ادله اثبات نسب از اماره های بسیاری گرفته می شود که مفصلاً به توضیح آن می پردازیم:

۴-۲-۳-۱- امارات

بنابر نظرات بسیاری از فقها، قطع و حجیت امارات و طرق نازل منزله آنها از باب قائم مقامی قطع و برخلاف قطع، جعلی و تبعیت از جعل جاعل می کند^۱، برای اینکه، اماره هم میتواند مستند شهادت قرار گیرد؛ چون مقصود از قطع در بینه، قطع طریقی است نه صفتی؛ پس هر چه طریق به حقیقت باشد میتواند مستند تتمیم کشف باشد و عقلاً کاشفیتی با رجحان قطع برای اینها در نظر گرفته اند و در زبان آیات و اخبار از قرار دادن حجیت و طریقت اثری نمی باشد؛ بلکه عمل عقلاً در طول تاریخ و امضای آن به وسیله خداوند معیار حجیت طرق و امارات معتبر می باشد^۲.

عده ای نیز بر آنند که حجیت راه های و امارات از باب قائم مقامی قطع نمی باشد، بلکه قطع طریق عقلی است و طرق و امارات، طریق عقلایی و قطع از این راه بر طرق عقلایی مقدم می باشد؛ زیرا عقلاً زمانی به طرق و امارات ترتیب اثر میدهند که قطع در مقام مفقود باشد؛ کارشان از باب جانشینی نمی باشد. و لذا اگر علمی هم به عنوان اساس وجود نداشت، باز هم عقلاً بدون توجه به جعل و تنزیل، به امارات و طرق عمل میکردند. امارات موجود در دست ما بر همین مبنا مورد عمل عقلاً قرار گرفته است و حیات اجتماع و جامعه انسانی به همین روش عقلایی بستگی دارد؛ چون در غیر این صورت اگر بنا باشد در هر موردی به علم عمل شود، موجب اختلال نظام مدنی و رکود جامعه بشری می شود لذا در مواردی که طریق عقلی بر حجیت امارههایی متعلق می باشد و سیره عقلاً بر عمل به آن قرار یابد و ردعی از طرف خداوند در آن مورد وجود نداشته باشد، تبعیت از آن از باب منجزیت و معذوریت، همانگونه که در حجیت قطع آمده است، دارای حجیت است.

^۱ خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، قم: نشر مدینه العلم، ۱۴۱۰

^۲ همان، ص ۴۲.

بر اساس ماده ۱۳۲۱ ق.م. اماره یکی از دلایل اثبات دعوی است و تفاوت آن با سایر ادله در رسیدن به واقع از راه غیرمستقیم است. در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران امارات به دو بخش امارات قانونی و امارات قضایی تقسیم می شود. اماره فراش وفق مواد ۱۱۵۸-۱۱۵۹ ق.م. در زمره امارات قانونی است. ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تعریف اماره و بیان ماهیت آن بیان می کند: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در دیدگاه حاکم شرع دلیل بر امری شناخته میشود». این تعریف، دخالت عقل و استنباط را در اماره میرساند و نشان دهنده آن است که قانونگذار یا قاضی به آنچه برمیخورد و در اختیار دارد «اوضاع و احوال» است؛ امری که به خودیخود مطلوب نیست، ولی زمینه ساز رسیدن به واقع مطلوب است: یعنی معلومی است که عقل با مجموع درایت و تجربه بتواند از آن به مجهولی که هدف اثبات است، برسد. به همین دلیل، میگویند اماره دلیل غیرمستقیم است^۱.

خلاف اماره را میتوانیم باهر دلیلی اثبات کنیم و حتی اماره های قضایی ویژه هر دعوا میتواند خلاف حکم عام اماره قانونی را ثابت کند. از وضع اماره، حقیقت از راه عمل به آن برای ما روشن می شود. هر چند قانون ظن نوعی و حکم غالب را تعمیم دهد، چنانکه^۱ را به شوهر با وضع اماره فراش مقنن غلبه انتساب فرزند ولادت یافته در زمان ازدواج به صورت حکمی عام کاشف از نسب قرار داده است^۲ این اماره نسبی وفق ماده ۱۳۲۲ ق.م. تا زمانی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن نباشد.

۴-۲-۳-۲- شهادت

شهادت در بیان اهل لغت به معنای حضور، معاینه و اطلاع آمده می باشد^۳ و در اصطلاح عبارت است از انتقال حقیقت چیزی از ناحیه فردی واجد شرایط که آنرا دیده و شنیده به قاضی دادگاه، علیه یکی از طرفین دعوی و به نفع دیگری با ادای سوگند و ملزم شدن به راستگویی^۴. در بعضی اوقات عبارات شهادت و بینه به یک معنی می باشند. عده ای از فقها بینه را تبیین کننده حق و عدالت می دانند و مفهوم بینه را دلیل و برهان ذکر کرده اند و

^۱ همان، ص ۱۲۶

^۲ همان، ص ۱۲۶

^۳ ابن منظور، ج ۳، بیتا، ص ۲۳۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ش ۳۱۷۵، ص ۳۹۷.

^۴ امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ هـ.ش.

شهادت را برای همین بینه نامیده اند که سبب روشن شدن حق و رفع اختلاف میشود^۱ در مقابل، عده ای از علما که بر این باورند که بینه شهادتی است که شرع به آن حجیت بخشید و مدعی برای ثابت کردن ادعای خود میتواند به آن متمسک شود همه فقها بینه را به عنوان ادله ای شرعی ذکر کرده اند. ولی عده ای بینه را فقط برای ظن مفید می دانند ولی خداوند آنرا هم مرتبه علم قرار داده است. عده ای نیز اعتقاد دارند شهادت دلیل علم عادی می شود که حجیت آن را عرف قبول و شارع نیز تأیید کرده است.

بنابراین به نظر میرسد حجیت شهادت، مطلق نیست، بلکه معتبر بودن آن در صورتی است که علم برخلاف آن نداشته باشیم و یا تصریحی مبتنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد^۲.

۴-۲-۳-۳- اقرار

اقرار مصدر است و در اصطلاح اهل لغت به معنی اثبات، قرارداد، اعتراف و اذعان داشتن می باشد^۳. در اصطلاح حقوقی بر اساس ماده ۱۲۵۹ ق.م اقرار عبارت از خبردادن به واقعیتی که به ضرر خود فرد باشد^۴. مبحث ادله اثبات دعوی در قوانین مدنی جمهوری اسلامی ایران اقرار را اولین دلیل. چنان که ماده ۱۲۵۸ بیان می کند: «دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل می باشد: ۱- اقرار...» در حجیت اقرار به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوی شکی نمی باشد. در کتب فقهی و حقوقی نیز از اقرار به عنوان سید الادله (سرور دلیله) و اقوی الحجج (قویترین حجتها) نام برده شده است^۵ به علت اینکه عقلا به هیچ عنوان عملی بر ضد خود انجام نمی دهند؛ جز اینکه برای بیان حقیقت و فراغت از ذمه خویش باشد. مهمترین دلیل حجیت اقرار، سیره عقلا معرفی گردیده است و آیات و روایات دلالت بر حجیت اقرار، به عنوان امضای شارع به حساب آمده است^۶. ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م بیان می دارد «هر گاه

^۱ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۳۴۵ و ۳۴۶.

^۲ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، التهذیب، ج ۱۲، بیروت، دار صعب و دارالتعارف، ۱۴۱۰ هـ ق

^۳ مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت، چاپ هفتم، کانون الثانی، ۱۴۰۲ هـ ق

^۴ طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، التهذیب، ج ۱۲، بیروت، دار صعب و دارالتعارف، ۱۴۱۰ هـ ق

^۵ حسینی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، ج ۱، چاپ قم ۱۳۸۴ هـ ق.

^۶ همان.

کسی اقرار به امری نماید که دلیل صاحب حق بودن طرف او باشد، ادله دیگری برای اثبات آن لازم نیست». بر همین اساس برخی از مولفان حقوقی بر این عقیده اند که اقرار برخلاف قواعد «بینه» و «یمین» منحصرأ برای رفع خصومت کفایت می کند و جهت اجرا به حکم نیازی ندارد و به استناد مواد ۱۲۷۵-۱۲۷۶ ق.م. در توضیح وصف الزام آور بودن اقرار روشن می کنند که الزام ناشی از اقرار نظیر الزاماتی است که به دلیل عقود حاصل می گردد؛ بنابراین تا وقتی که کذب اقرار نزد قاضی ثابت نشده باشد، منحصرأ اقرار مؤثر است.^۱

با این وجود بادقت کردن در شرایطی که برای اقرار و ماهیت آمده است مشخص شده است که دلیل مذکور دارای اعتبار مطلق نمی باشد؛ چون اقرار خبر دادن به واقعیت می باشد و مثل هر خبر دیگری محتمل صدق و کذب می باشد. ماده ۱۲۷۷ ق.م. بیان می کند: «... اگر مقرر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبتنی بر اشتباه یا غلط بوده، شنیده می شود و همچنین می باشد در صورتیکه برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد. «...» از طرفی بر اساس دیدگاه فقها، ادعای فساد بعد از اقرار قابلیت شنود ندارد و از طرفی بر مبنای ماده ۱۱۶۱ ق.م. نیز که «... هر گاه مرد به صراحت یا ضمناً اقرار به ابوت خود بنماید، دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود»، بر این مبنا اقرار مقرر خاتمه بخش دعوی است و هیچ دلیلی برای مخالفت با آن مورد قبول واقع نمی شود با این حال به نظر میرسد این حکم مختص به اقراری می باشد که به دور از هر خطا یا اشتباه باشد و الا در صورت اشتباه مقرر، نمی شود به طور مطلق بر اعتبار اقرار و صحت آن حکم کرد^۲، زیرا این حکم، مخالف عدالت و انصاف است.

۴-۲-۳-۴- قرعه

قاعده قرعه یکی از مهمترین قواعد فقهی می باشد که در اثبات نسب بکار می رود. قرعه از منظر اهل لغت به معنی سهم^۳ و در اصطلاح حقوقی «روشی می باشد برای رفع تردید و سرگردانی و ممکن ساختن تصمیمگیری هر گاه

^۱ مکی عاملی، محمد، اللمعة الدمشقیة، قم: دار الفکر، ۱۴۱۱.

^۲ شیخ نیا، ۱۳۷۴، ص ۷۲؛ امامی، ۱۳۴۳، ج ۵، ص ۱۷۲؛ مدنی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۴۶۸؛ کاتوزیان، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۷۱ به بعد.

^۳ راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، ص ۲۶۴

ترجیحی در بین نباشد»^۱. عده ای از فقها در مورد این که قاعده قرعه حجت و دلیل شرعی می باشد نظرات مختلفی دارند بعضی از فقها با استناد به روایات وارده بر این عقیده اند که قرعه به خطا نمی رود و به حقیقت برخورد مینماید (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، ص ۱۹۰) و قرعه را هم کاشف و هم ثابت کننده قلمداد می کنند و در این مورد به روایت محمد بن حکیم استناد می کنند. او به امام عرض می کند که: قرعه هم خطا دارد و هم صواب. امام در جواب می فرماید: «آنچه را که خدا حکم کند، خطا ندارد». «مقصود از کاشفیت آن می باشد که آنچه خدا حکم میکند، قطعاً روشنتر واقع می باشد و قطعاً ما از اثبات آنچه را که می فهمیم آن می باشد که هر آنچه خداوند متعال می فرماید صددرصد و یقیناً صحیح می باشد و باید به آن عمل کرد. در حالیکه واقع معین در افراد مورد قرعه وجود داشته باشد، قرعه کاشف از واقعیت می باشد، اما اگر حقیقت معین بین افراد مورد قرعه نباشد، دلیل قرعه اساساً جعل حکم میکند.^۲ پدر رد این دیدگاه استدلال شده است که: قرعه تنها برای خاتمه دادن به خصومت تشریع شده است و روایت محمد بن حکیم که میگوید: «قرعه خطا نمیکند» برای تأکید بر حجیت قرعه می باشد؛ چون عمل به قرعه برخلاف رویه معمول بین عقلا می باشد و واضح است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد، مگر آنکه آن را «وحی» بدانیم و این غیر معقول می - رسد؛ چون مستلزم آن است که قرعه از امارات هم قویتر باشد^۳. بنابراین معمولاً دلایلی که برای اثبات نسب کاربرد دارد از علوم عادی گرفته می شود و همه این دلایل ظنی است و چون عمل به آنها با وجودی که کشف ناقص و ظنی است حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به طریق اولی میتواند استنادی جهت حکم قرار گیرد^۴ به علاوه در هیچ یک از این دلایل نصی مبتنی بر موضوعیت داشتن آنها وجود ندارد و ماهیت این ادله ظنی و اعتبار آنها نسبی می باشد و فقط بعنوان راهی برای رسیدن به واقع از سوی شارع تعیین شده اند.

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.

^۲ آینه وند، علم تاریخ در اسلام، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۴.

^۳ همان، صص ۱۴۶ و ۱۴۷

^۴ - امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ هـ.ش.

۴-۲-۴- انحصار یا عدم انحصار دلایل ثبوت نسب

در مورد انحصار ادله ای که در اثبات نسب کاربرد دارد، در کتب فقهی و حقوقی هیچ بحثی به مستقلاً بیان نشده است اما در مورد منحصر بودن این ادله دو دلیل و آن هم به طور کلی وجود دارد. برخی بر اساس احادیثی که از ائمه علیهم السلام بدست آمده است از جمله روایت صحیح هاشم بن حکم منقول از امام صادق که پیامبر اسلام فرمودند: «من در میان شما صرفاً بر مبنای بینه و سوگند قضاوت میکنم پس بعضی از شما در آوردن دلیل، توانا تر از بعضی دیگر می باشید، پس هر گاه مردی از مال برادرش چیزی برای خود بسازد، همانا که پاره ای از دوزخ را در ملک او داخل کرده ام»^۱. معتقدند استفاده از عبارت «ائما» به عنوان ادات حصر، روشنگر انحصار ادله اثبات دعوی در «بینه» برای مدعی و یمین (سوگند) برای منکر می باشد و دلیلی به غیر از آن قابل قبول نمی باشد^۲ در واقع بر اساس این روایت، پیامبر اکرم مستندات قضاوت را منحصر به «بینه» و «سوگند» می دانند^۳. برخی معتقدند که اولاً- ادله اثبات دعوی حصری نمی باشد؛ چون در روایت مذکور، اولاً ادات حصر به کار نرفته است و از آنجا که در این روایت «اقرار» در زمره دلایل اثبات دعوی نیامده است، بنابراین نمی توان به حصری بودن آن حکم کرد^۴. ثانیاً- بینه هر چند که در بیانات فقها و فقه مصطلح به معنای شهادت دو شاهد عادل به کار رفته است^۵ دلیل روشن و چیزی که چیز دیگر با آن ثابت می شود، آمده است و برای اینکه بینه همه راه هایی را که به کشف حقیقت منجر می شود، دربر می گیرد.

در مورد دلایل اثبات نسب نیز همین استدلال مجری می باشد. اولاً- ادله اثبات نسب در منابع فقهی به صورت پراکنده و در موضوعات مختلفی مورد اشاره قرار گرفته است؟

^۱ حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشیعه، ج ۷، قم: موسسه آل البیت،.

^۲ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۴۰.

^۳ خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۴۵۰-۴۵۱؛ موسویان، ۱۳۸۴، ص ۱۷؛ خورشیدیان، ۱۳۸۳، ش ۴۳، ص ۶۷.

^۴ همان ص ۱۱.

^۵ همان، ص ۶۰.

^۶ مؤمن، محمد، «خسارت دادرسی»، نشریه قضاوت، شماره ۲۵، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی :

ثانیاً- در بیان ادله اثبات نسب، از ادات حصر استفاده نشده است^۱ ثالثاً- دلیل خاصی جهت اینکه ثابت کردن نسب منحصر بر آن باشد وجود ندارد؛ رابعاً- درمورد ادله اثبات دعوی در قوانین صراحتاً چیزی بیان نشده است و طرفین دعوی هیچ محدودیتی در استناد کردن به ادله جهت اثبات دعوی خود ندارند.

۴-۲-۵- حجیت آزمایش DNA به عنوان یکی از ادله های قطعی بر اساس حجیت قطع

اگرصد در صد این آزمایش یقینی باشد برای اثبات آن از نظر شرعی می توانیم به قطع که یکی از ادله اصولی می باشد متمسک شویم؛ اصولیون در مبحث قطع حجیت آن را ذاتی می دانند و به این نتیجه رسیده اند که باید تابع هر دلیل قطعی بود. قطع حالتی نفسانی می باشد که در آن حالت چیزی برای شخص معلوم است و کاربرد آن در مقابل ظن و شک می باشد و احتمال اینکه در آن مورد مخصوصاً خطا کرده باشد نزد او منتفی است. در جای دیگر نیز آمده است؛ معنای قطع به چیزی از راه عقلی، آن است که احتمال مخالف آن صفر باشد^۲. البته نکته مهم آن است که قطع حاصل از آزمایش DNA صرف اعتقاد جازم شخصی نمی باشد و مطابقت آن با حقیقت نه تنها برای قاضی، بلکه برای همه قابل اثبات می باشد و به عبارتی با اطمینان بیشتری می توان آن را مشتمل بر قطع اصولی دانست. در کتب اصولی با گسترش بیشتری در مورد قطعیت یا همان حجیت ذاتی بحث می شود؛ مبنی بر اینکه بعضی امور روششان به سوی واقع از سوی شارع جعل شده است و به عبارتی شارع آنها را طریق به واقع و به منزله علم قرار داده است، از جمله ظنون معتبر ولی قطع، طریقتش به سوی حقیقت فطری می باشد (همان، ص ۲۲۱). بنابراین جعل و اثبات حجیت و طریقت برای قطع، از محالات می باشد و بالطبع سلب حجیت از قطع و ردع و منع شارع از موافقت قطع نیز محال است، چون در اینصورت مستلزم تناقض خواهد بود^۳. البته بعضی از فقها حجت شرعی بودن را به دلیل وجود داشتن کاشفیت علم رد کرده اند و اذعان داشته اند؛ معمولاً کاشفیت اگر در علم مساوی باشد، امری تکامل یافته است و با حجیت که امری اعتباری و بسته به قرار داد شارع می باشد سازگار نیست^۳ در پاسخ به این اشکال می توان گفت واجب بودن تبعیت از قطع یکی از موارد وجوب عقلانی و

^۱ خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۴۵۰-۴۵۱؛ موسویان، ۱۳۸۴، ص ۱۷؛ خورشیدیان، ۱۳۸۳، ش ۴۳، ص ۱۹

^۲ خوئینی، ۱۳۸۱، ص ۴۵۰-۴۵۱؛ موسویان، ۱۳۸۴، ص ۱۷؛ خورشیدیان، ۱۳۸۳، ش ۴۳، ص ۲۰

^۳ خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۳۸۲، ص ۳۸.

به عبارتی از احکام عقلایی می باشد که نظریه عقلا بر آن است و در حقیقت حجیت آن از عقل سرچشمه میگیرد که یکی از منابع تشریع حکم است و چنانچه عده ای از علما فرموده اند؛ هر آنچه که شریعت در باره آن حکم می کند عقل سلیم انسان هم به آن حکم می کند، تاویل نصوص برای پرهیز از بطلان واجب می باشد^۱. حتی با فرض پذیرش این نظر که حجیت ذاتی قطع در ثبوت حکم کافی نمی باشد و نیازمند قرارداد شارع است، میتوان گفت آیا عدم ردع شارع نیز کافی است؟ به عبارتی هر وقت قاضی قطع را به عنوان دلیلی برای اثبات حکم نپذیرد یا باید به توضیح آن پردازد و یا موضوعیت داشتن دلیل را اصل قرار دهد، مثلاً در اثبات جرائم حدی از قبیل زنا، علم برای مجازات کافی نیست و جرم جزء به طریقی که خداوند تعیین کرده، اثبات نمی شود. در حالی که دلیل های اثبات نسب دارای طریقت می باشند نه موضوعیت، به عبارتی شارع خواهان حفظ نسب می باشد و در این راه از ضعیفترین ادله از جمله قرعه استمداد جست و ادله دیگر نیز همچون اماره ی فراش، اقرار، شهادت و... می باشند و حتی در عبارات فقهاء سخن به میان آمده است که در برخورد با دلیل های قطعی مقاومت ندارند، و برای اساس اگر شارع سایر ادله را توقیفی میدانست و موضوعیت می داد، به صراحت راه را بر ادله ی قطعی مخالف آن می بست مثل بحث نفی نسب که به روشنی در صورت کامل بودن قاعده فراش راه را بر اثبات خلف آن ولو با علم بسته است، برای اینکه عدم ردع شارع در این موضوع برای پذیرش حجیت شرعی قطع در تعیین نسب کافی می باشد.

^۱ خالقی، دیوان نقابت، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.

فصل پنجم

نتیجه گیری و

پیشنهادات

نتیجه گیری

در مورد نتایج تحقیق حاضر می توان نتایج را به صورت زیر خلاصه نمود:

۱. در نتایج بررسی اعتبار و روش آزمایشات ژنتیک و میزان قطعیت این روش می توان گفت؛ میزان قطعیت TYPING DNA یا انگشت نگاری ژنتیک یا به عبارتی همان آزمایش DNA را با توجه به متدهای جدید بررسی مولکول (STR) DNA و دستگاه ABI برخی ۹۹٪ و عدهای نیز در صورت اجرای کامل آزمایش و استفاده از مارکرهای ژنتیکی بیشتر جهت مقایسه تکرار توالی بازهای افراد در DNA آنها، ۱۰۰٪ دانسته اند.
۲. در رابطه با ارزش شرعی و حجیت این طریق در اثبات نسب، چنانچه نظرات فقهاء را پیرامون مساله بررسی نمودیم، به رغم متعرض نشدن فقهای متقدم به آن با توجه به مستحدث بودن موضوع، فقها و مراجع تقلید در رساله های عملیه و در منابع دیگری همچون سایت های فقهی و حقوقی درصد کمی را به حجت دانستن آزمایشات ژنتیک تخصیص داده اند، مگر اینکه آزمایشات به علم قاضی کمک نماید.
۳. در صورتیکه مرد درخواست (اثبات /رد) ابوت داشته باشد انجام آزمایشات ساده تر است به این صورت که خود پدر فرضی با رضایت خاطر جهت دادن نمونه به آزمایشگاه مراجعه می کند و نوزاد نیز معمولاً در دسترس است ولی اگر مادر ادعا کند و قصد اثبات ابوت داشته باشد، مرد به عنوان خواننده در یک دادرسی حقوقی می تواند از همکاری سرباز زند و جهت دادن نمونه به آزمایشگاه همکاری نکند. گرچه برخورد اکثر قضات به گونه ای است که خواننده همکاری می کند ولی توجه به این نکته ضروری است که "قانونی که بتواند مرد را وادار به انجام این آزمایش نماید وجود ندارد".
۴. در بحث وجود فرزند نامشروع، تنها مجازات طرفین مورد نظر نیست بلکه امور مهمی مثل تعیین سرپرستی، مهریه، ارث، نفقه و.... مد نظر است. گاهی خانمها به اشتباه تصور می کنند که وجود فرزند یا روابط نامشروع باعث می شود دادگاه رای به الزام مرد جهت ازدواج با زن بدهد ولی در این مورد نیز هیچ گونه ماده قانونی که مرد را ملزم به این کار کند وجود ندارد و تنها در جامعه ما به علت برخی تبعات اجتماعی

،قاضی می تواند پیشنهاد ازدواج را بدهد در انتهابه عنوان جمع بندی مجدداً به چند نکته اشاره می شود، نکته اول در مواردی که مادر خواهان باشد ابتدا باید ادعای خود را اثبات نماید که در صورت عدم همکاری پدر فرضی با مشکل مواجه می شود و نکته دوم اینکه اگر مرد راضی به ازدواج نباشد قانونی وی را ملزم به انجام این عمل نمی کند و نکته سوم اینکه با توجه به نوبودن علم ژنتیک و آزمون DNA و سنت گرای قوانین موجود در محاکم ایران آزمایش ژنتیک با قطعیت ۹۹/۹۹ درصد تنها حکم یک نظر کارشناسی را دارد و اینجاست که نقش قاضی در چنین دادرسی هایی بسیار پر رنگ می شود.

۵. می توان کاربرد آزمایشات ژنتیکی را در اثبات نسب به دو صورت؛ استناد به حجیت ذاتی قطع در اصول (در فرض نتیجه % 100آزمایش) و حجیت علم عرفی(در صورت ۱۰۰٪ نبودن نتیجه و با فرض خطای بسیار پایین) قائل بود.

۶. با توجه به اینکه آزمایش ژنتیک می تواند رابطه ی انتزاعی حاصل از یک امر تکوینی (تولد طفل از نطفه پدر و مادر) را به اثبات برساند و علاوه بر نسب طبیعی می تواند نسب شرعی را به اثبات برساند.

۷. چنانچه فرض بر این باشد که آزمایشات ژنتیک با ادله های دیگر از جمله اماره فراش در تعارض است و با توجه به اینکه علم با درصد قطعی و کامل پی به کشف حقیقت می برد و اماره فراش یک ادله ظنی می باشد، نتایج این آزمایش را مقدم میدانیم، چرا که اماره تاب مقاومت در برابر علم به واقع را ندارد و با کشف واقع وجهی برای تشریع اماره باقی نمی ماند.

۸. گذشته از ادلهی کارشناسی (که در آیین دادرسی مدنی آمده)، با توجه به نتایج قطعی و علم آور این آزمایش برای قاضی و عموم افراد و روش خاص آن که قاعدتاً دایره شمول کمتری نسبت به کارشناسی را در بر میگیرد و با توجه به پذیرش آن در محاکم دادگاه ها و باز شدن جایگاه آن در قوانین کشورهای دیگر و از طرفی باز شدن تدریجی سایه های پذیرش عموم نسبت به نتایج این آزمایش و اعتماد به آن، به نظر میرسد قانونگذار با ارجاع به نتایج این آزمایشات جهت اثبات نسب و در واقع تأسیس یک جایگاه

قانونی برای آن میتواند گام مهمی در راستای باز کردن گره های تعیین رابطه ی ابوت و کشف واقع بردارد.

۹. آزمایش دی.ان.ای در اثبات نسب میتواند می تواند یکی از ادله های حقوقی و قضایی باشد که به قاضی در این امر کمک وافری می کند و شاید روزی فرارسد که به عنوان قویترین دلیل از جهت قدرت اثباتی در مخاصمات و دعاوی نسب مورد استفاده قرار گیرد. از نظر علمی قدرت اثباتی آن در مواردی که هیچ گونه ناسازگاری ژنی میان پدر احتمالی و فرزند وجود ندارد، % 100 و در سایر موارد تا حدود ۹۹/۹۹ /عنوان شده که این میزان نیز با توجه به اینکه غالباً چنین نزدیکی ژنی میان دو فرد بیگانه وجود ندارد، میتواند ملاک پذیرش نسب قرار گیرد

۱۰. ما از آن جهت ادله اثبات نسب را بررسی می کنیم که این ادله انحصاری نمی باشد و تمامی ادله را برای اثبات نسب در بر می گیرد و راه قابل اعتماد دیگری برای اثبات، غیر از آنچه در متون فقهی مطرح گردیده است وجود نداشت. اماره فراش به عنوان سادهترین شیوه اثبات دعوی نسب ساری و جاری است، اما نه به طور مطلق بلکه بر اساس اصول علمی پایه ریزی شده؛ به نحوی که میتوان ادعا نمود اماره فراش تنها راه علمی اثبات نسب در زمان خود بوده و اثبات خلاف آن به راحتی امکانپذیر نبوده است.

۱۱. چنانچه دعوی اثبات نسب بین افراد مشخصی وجود داشته باشد آزمایشات ژنتیک می تواند با قاطعیت تعیین کننده نسب واقعی باشد. از آنجا که ماهیت ادله اثبات دعوی ظنی و اعتبار آنها نسبی است و تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع، توسط شارع تعیین شده اند و نصی مبنی بر موضوعیت داشتن هیچ یک از آنها وجود ندارد و محصور در موارد مذکور از طرف شارع نیستند، امکان تلقی آزمایشهای «دی.ان.ای» به عنوان یک دلیل مستقل در اثبات نسب وجود دارد.

۱۲. ضمن اینکه اکثر فقها و حقوقدانان بر حجیت آزمایشهای «دی.ان.ای» در صورتیکه مفید علم باشد، اظهار نظر نموده اند در عصر حاضر اصحاب دعوی حق درخواست انجام آزمایش «دی.ان.ای» را از دادگاه دارند و معلوم نیست قاضی مکلف به پذیرش این تقاضاست یا مختار است.

۱۳. بر اساس مقررات موجود مانعی در پذیرش تقاضای اصحاب دعوی و ارجاع به آزمایشگاه تخصصی وجود ندارد و قضات میتوانند با استناد به علمی که از این آزمایشها برای ایشان حاصل میشود، به حل و فصل دعاوی نسب پردازند و تا زمان تصویب قانون در مورد پذیرش آزمایشهای «دی.ان.ای» به عنوان ابزاری در جهت کشف حقیقت با رویه قضایی خود این نقیصه را جبران نمایند.

پیشنهادهای

۱. با توجه به اینکه اطلاعات ژنتیکی هر فرد منحصر به فرد می باشد می توان بانکی تهیه کرد که اطلاعات ژنتیکی هر فرد مانند شناسنامه وی باشد و از این طریق بتوان شناسایی فرد اقدام کرد.

۲. با توجه به اینکه آزمایشات ژنتیک مطمئن می باشد رعایت نکات زیر می تواند ضروری باشد؛ اول اینکه در تشخیص هویت ژنتیکی از نبود دوقولوی همسان اطمینان حاصل کرد، دوم اینکه در انجام آزمایشات کمترین اشتباه و خطا صورت پذیرد و سوم اینکه این آزمایش با شواهد و مستندات دیگر در نتیجه قطعی و صدور رای لحاظ گردد.

۳. آزمایشات ژنتیکی میتواند در دعاوی حقوقی اثبات نسب بدون هیچ عذری بعنوان ادله قضایی برای اثبات مدعا مورد استناد قرار داد و در دعاوی کیفری حتی دعاوی زنا، لواط، تفخیز و مساحقه با رویکرد قانون مجازات اسلامی، بعنوان مصداقی از علم قاضی با رجوع به کارشناس مستند حکم نمود.

۴. همچنین در صورتی که نتیجه آزمایشهای ژنتیکی در تعارض با امارهی فراش باشد، در صورتی که نتایج آزمایش اطمینان آور باشد باید به این آزمایشات ملتزم شد و شبه هایی از نفی ولد در سایر ادله ها همچون؛ فراش، اقرار، بینه و شهادت نتیجتاً اعتبار آزمایشات ژنتیک در امور مدنی و امور کیفری بیشتر از سایر ادله ها می باشد. با اینکه این آزمایشها را تحت عنوان علم قاضی معرفی کرده اند، پیشنهاد می شود که قانون گذار در این زمینه دست به اصلاحاتی در زمینه اعتبار این آزمایشات بردارد.

۵. بهتر است قانونگذار برای جلوگیری از تهاافت رویه قضایی، مقررات راجع به طرق اثبات نسب را اصلاح و امکان و شرایط دقیق استفاده از آزمایش «دی.ان.ای» را در قانون به صراحت بیان نماید.

منابع:

کتاب به فارسی:

- ۱- انصاری، مرتضی، رساله مقتضیات الارث و اقسامها، تهران: چاپ سنگی، بی تا
- ۲- امامی، اسد الله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ج ۵. تهران: دانشگاه تهران
- ۳- صفایی، سید حسین، امامی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۲. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴
- ۴- روحانی، سید محمد، فقه الصادق فی شرح التبصره، ج ۲۱. قم: انتشارات مهراستوار. بی تا.
- ۵- بیهقی، باب الانساب، ج ۱، ترجمه سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه مرعشی، ج ۱، ۱۴۱۰ق
- ۶- آینه وند، علم تاریخ در اسلام، تهران، وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۴.
- ۷- حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری اسلامی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
- ۸- خالقی، دیوان نقابت، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۷.
- ۹- عطایی، مهاجران آل ابی طالب، ترجمه المنتقله الطالبیه، مشهد، بنیاد پژوهش های اسلامی، ۱۳۷۲
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۷۸
- ۱۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش. ۱۳۸۴
- ۱۲- مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب (ع)، ۱۴۱۶
- ۱۳- نایب زاده، عباس، بررسی حقوقی روش های نوین باروری مصنوعی، مادر جانشین - اهدای تخمک جنین، تهران: انتشارات مجد. ۱۳۸۰
- ۱۴- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی ج ۳، قم، انتشارات اسلامی، قم. ۱۳۷۰ هـ ق
- ۱۵- ذنوبی، تاریخ شناسی، ابو عطا (کانون فرهنگی آموزش)، ۱۳۸۷
- ۱۶- عاملی، باقر، حقوق خانواده، چاپخانه ۲۵ شهریور، تهران
- ۱۷- امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ هـ ش
- ۱۸- صفائی، حسین و امامی، حسن، حقوق خانواده ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۷۶ هـ ش
- ۱۹- امامی، حسن، نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران ۱۳۴۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده ج ۲ / چاپ دوم تهران ۱۳۶۷ هـ ش.

کتاب به زبان عربی:

- ۲۰- ابن حماد جوهری، صحاح اللغة، ج ۱، تحقیق احمد بن عبد الغفور، بیروت، دارالعلم للملایین، ص ۲۲۴؛ ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۴، به کوشش علی شیری، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۸ ق
- ۲۱- ابن حزم، جمهره انساب العرب، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۳ ق
- ۲۲- حاجی خلیفه، کشف الظنون، ج ۱، بیروت، دارالفکر، بی تا
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۹، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی
- ۲۳- نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۶. قم: انتشارات آیت الله مرعشی. ۱۴۰۵. ق.
- ۲۴- ابن طقطقی، الاصلی فی انساب الطالبیه، تحقیق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۸ ق
- ۲۵- ازورقانی مروزی، الفخری فی انساب الطالبین، تحقیق سید مدی رجایی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.
- ۲۶- واحدی نیشابوری، اسباب النزول، به کوشش ایمن صالح شبان، قاهره، دارالحديث، بی تا. ص ۴۰۰.
- ۲۷- شاکر، مصطفی؛ تاریخ العربی و المؤرخون، ج ۱، بیروت، دارالعلم للملایین، ۱۹۸۳ م
- ۲۸- ابن ندیم، الفهرست، به کوشش رضا تجدد، تهران، ۱۳۴۹
- ۲۹- کلینی، الکافی؛ ج ۱، به کوشش علی اکبر غفاری، سوم، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ ق
- ۳۰- ابن عبد ربّه، عقد الفرید، ج ۵، به کوشش ابراهیم الابیاری و عمر تدری، بیروت، دارالکتاب العربی، بی جاعلوی، المجدی، تحقیق احمد مهدوی دامغانی، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی العامه، ۱۴۰۹ ق
- ۳۱- مفید، الاختصاص، تحقیق و مصحح علی اکبر غفاری و محمد محرمی زرنندی، قم، المؤتمر العالمی لافیه الشیخ المفید، ط الاولى، ۱۴۱۳ ق
- ۳۲- النجاشی، رجال نجاشی، تحقیق سید موسی شبیری زنجانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ ق
- ۳۳- ابن عنبه حسنی، عمده الطالب، قم، تنصاریان، ۱۴۱۷ ق
- ۳۴- طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۵. قم: مؤسسه اسماعیلیان. ۱۳۳۹
- ۳۵- خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین، ج ۲. قم: نشر مدينه العلم. ۱۴۱۰
- ۳۶- ابو زید، بکر بن عبدالله، «طرق الانجاب فی الطب الحديث و حکمها الشرعی»، مجله مجمع الفقه الاسلامی. بی تا
- ۳۷- موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسيله، ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی دار العلم. بی تا
- ۳۸- مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱، تهران: مرکز نشر فرهنگ
- ۳۹- طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۶، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی. ۱۳۷۹

- ۴۰- بجنوردی، حسن، منتهی الاصول، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخميني. ۱۴۲۱
- ۴۱- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش. ۱۳۸۴
- ۴۲- حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الى تحصیل مسایل الشیعه، ج ۷، قم: موسسه آل البيت.
- ۴۳- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، ج ۲۱، قم: موسسه نشر اسلامی. ۱۴۱۴
- ۴۴- طوسی، محمد بن حسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: انتشارات قدس محمدی. بی تا
- ۴۵- مکی عاملی، محمد، اللمعه دمشقیه، قم: دار الفکر. ۱۴۱۱
- ۴۶- حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، بیروت: دار التعارف. ۱۴۰۰
- ۴۷- شریف، مرتضی، الرسائل، به همراه سید احمد حسینی، قم: انتشارات دار القرآن الکریم. ۱۴۰۵
- ۴۸- فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم: مطبوعاتی امیر. بی تا
- ۴۹- بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳
- ۵۰- طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، التهذیب، ج ۱۲، بیروت، دار صعب و دار التعارف، ۱۴۱۰ هـ ق
- ۵۱- فیض کاشانی، محمد بن مرتضی، الوافی، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمومنین (ع)، ۱۴۰۶ هـ ق
- ۵۲- علامه مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی، بحار الانوار ج ۴۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی ۱۴۰۳ هـ ق
- ۵۳- موسوی بجنورد، میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه ج ۲، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان چاپ دوم ۱۴۱۳ هـ ق
- ۵۴- قشیری نیشابوری، ابوالحسن مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، چاپ دوم، بیروت، دارالفکر ۱۳۹۸ هـ ق
- ۵۵- احمد بن محمد بن حنبل، مسند ج ۱۲، بیروت، دارالفکر
- ۵۶- سبحانی، جعفر، نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه ج ۲، قم، انتشارات مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول ۱۴۱۷ هـ ق
- ۵۷- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، الروضه البهیة ج ۵ (با تعلیقات سید محمد کلانتر) بیروت، دار احیاء التراث العربی ۱۴۰۳ هـ ق
- ۵۸- طاطبایی، سید علی، ریاض المسائل ج ۱۰، قم، موسسه النشر الاسلامی، چاپ اول ۱۴۱۴ هـ ق
- ۵۹- نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام ج ۳۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۹۸۱ م
- ۶۰- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الافهام ج ۱، قم، موسسه معارف اسلامی، چاپ اول ۱۴۱۳ هـ ق
- ۶۱- مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، بیروت، چاپ هفتم، کانون الثانی، ۱۴۰۲ هـ ق
- ۶۲- حسینی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، ج ۱، چاپ قم ۱۳۸۴ هـ ق

مقالات:

- ۶۳- علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، نامه مفید، شماره ۳، صص ۱۶۹ و ۱۷۰
- ۶۴- رضائیا معلم، رضا (وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین)، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق مجموعه مقالات. تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۰
- ۶۵- حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری، (مقاله تکوین تاریخ نگاری از مصطفی شاکر)
- ۶۶- مهرپور، حسین، (نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی) تهران: مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۶. ش ۱۹-۲۰
- ۶۷- محقق داماد، مصطفی (میزگرد مسایل فقهی و حقوقی انتقال جنین)، تهران: بولتن تولید مثل و نازایی پژوهشکده بیولوژی و بیوتکنولوژی و نازایی جهاد دانشگاهی، ش ۱۳۷۶.۵
- ۶۸- مرقاتی، سید طه (حقوق کودکان در اهدای گامت)، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۴
- ۷۰- قربان‌نیا، ناصر (حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین) روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. مجموعه مقالات، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا ۱۳۸۰
- ۷۱- شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات، تهران: نشر حقوق دان. ۱۳۷۵
- بطحایی گلیپایگانی، سید هاشم، تحقیقی پیرامون تولد بدون مناکحت، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۳
- ۷۲- قبله‌ای خویی، خلیل (بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت)، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۴
- ۷۳- حرم پناهی، محسن (تلقیح مصنوعی) روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۰

منابع انگلیسی:

1. Williams R, Johnson P (2005). Inclusiveness, effectiveness and intrusiveness: issues in the developing uses of DNA profiling in support of criminal investigations. J Law Med Ethics 33(3):

2. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), UN, G.A. Res. No 2200A (XXI) of 16 Dec. 1966
3. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) 1966, UN. Doc. A/6316 (1966).
4. Linacre A (2003). The UK National DNA Database. The Lancet 361:1841-
5. Home Office (2006). DNA Expansion Programme Reporting achievement. Forensic Science and Pathology Unit 28: 22.
6. Bennett M (1995). Admissibility Issues of Forensic DNA Evidence. Nebraska Law Review 444: 14
7. Martin P (2004). Non-Medical Sex Selection: the Choice to Have a Choice. Dunedin, University of Otago. The Regulatory Implications of the Human Genome Project for New Zealand (Phase 1) 3: 31

Abstract

Today, with the advancement of genetic knowledge and technology in the field of archaeological, gender, genetic and racist issues, legal issues such as the provenance of the offspring and the identification of criminals are very useful. One of the main reasons for genetic entry into different disciplines is the uniqueness of each person's genetic code. One of the important issues in family law is the proof of parental affairs, which is a very important legal exception to that exception. Nowadays, with the advancement of science, there is the possibility of using genetic tests in the demand for proof of origin. The present study aims to achieve a positive role in justice in civil justice, with a focus on genetics in the proof of parental affiliation. The jurists believe in the validity of these kinds of experiments to prove the divorce; some believe in the validity of this belief in the event of science and group acceptance of its lack of authority. There is less controversy among lawyers, and the only difference is how to cite these experiments. In the present circumstances, given that all evidence is based on their affirmation and the probability of a false proof, and also in the non-exclusivity of the proof of the mosaic, genetic testing should be considered as a new ground in many claims. The use of Kurd, Lacan, to create the necessary grounds for citing it requires legal approval.

Keyword: Relation, Genetics, Modern Sciences, Fiqh, Law



Islamic Azad university

Behshahr Branch

Faculty of Humanities

Thesis for MA in Law (M.A.)

the subject:

**The role of evidence of new evidence in civil justice, focusing on genetic tests
in proving relatives**

Supervisor:

Sobhanallah Qanbari Shurkai (PhD)

Writing:

Mahtab Qarai

Autumn 1396