

بسم الله الرحمن الرحيم



وزارت علوم تحقیقات و فناوری
دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی

دانشکده حقوق و الهیات

گروه حقوق خصوصی

پایان نامه برای دریافت درجه‌ی کارشناسی ارشد (M.A.)

رشته: حقوق خصوصی

موضوع:

نقش دلایل ژنتیکی در دعوی اثبات نسب

استاد راهنما:

دکتر راضیه عبدالصمدی

استاد مشاور:

دکتر مصطفی نفری

نگارش:

عطیه قاسمی سیانی

اسفند ۹۶



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری دانشگاه شهید اشرفی اصفهانی

دانشکده حقوق و الهیات

گروه : حقوق

تأییدیه‌ی اعضای هیأت داوران حاضر در جلسه‌ی دفاع از پایان‌نامه کارشناسی ارشد

اعضای هیأت داوران نسخه‌ی نهایی پایان‌نامه‌ی خانم عطیه قاسمی سیانی را تحت عنوان نقش دلایل ژنتیکی در دعوی اثبات نسب در رشته حقوق خصوصی از نظر فرم و محتوا بررسی نموده و پذیرش آن را برای تکمیل درجه‌ی کارشناسی ارشد پیشنهاد می‌کنند.

اعضای هیأت داوران	نام و نام خانوادگی	رتبه علمی	امضاء
۱- استاد راهنما	دکتر راضیه عبدالصمدی	استادیار	
۲- استاد مشاور	دکتر مصطفی نفری	استادیار	
۳- استاد داور	دکتر مهدی نقوی	استادیار	
۴- استاد داور	دکتر احسان صافیان	استادیار	
۵- مدیر گروه	دکتر امیر مقامی	استادیار	

تقدیم؛

تقدیم به پدر و مادر مهربانم؛

که هر لحظه وجودم را از چشمه سار پر از عشق چشمانشان سیراب می‌کنند.

تقدیم به همسرم؛

به پاس قدردانی از قلبی آکنده از عشق و معرفت که محیطی سرشار از سلامت و امنیت و آرامش و آسایش را برای من فراهم آورده است. قلمم سرشار از

عشق به توست.

و تقدیم به برادرم؛

به همسران مهربان زندگیم. با هم آغاز کردیم و در کنار هم آموختیم و به امید هم چشم به آینده می‌دوزیم؛ قلمم سرشار از عشق به شماست.

پاس خدای را که سخوران، دستودن او بماند و شمارندگان، شمردن نعمت های او ندانند و کوشندگان، حق او را گردون نتوانند و سلام و درود بر محمد و خاندان پاک او، طاهران معصوم، هم آنان که وجودان و مدار وجودشان است و نفرین پیوسته بردشمنان ایشان تا روز رستاخیز.

سرکار خانم دکتر عبدالصمدی و جناب آقای دکتر نفری، اساتید راهبها و مشاورم؛ شاد و شانی بخش تاریکی جان، بستید و خلعت اندیشه را نور می بخشید. چگونه پاس گویم مهربانی و لطف شما را که سرشار از عشق و یقین است.

بسیار سپاسگزارم چرا که بدون راهبهای شامین این پایان نامه بسیار مشکل می نمود.

به دلیل یاری ها و راهبانی های بی چشم داشتتان که بسیاری از سختی ها را برانیم آسانتر نمود از شما سپاسگزارم.

اختصارات

ق.م	قانون مدنی
ق.آ.د.م	قانون آیین دادرسی مدنی
ق.ث.ا	قانون ثبت احوال

چکیده

امروزه اثبات و نفی نسب یکی از مسائل مهم در حوزه حقوق و پزشکی قانونی است. نسب جمع نسبت و به معنای علقه و پیوند میان دو چیز است. به موجب قانون، طفل متولد شده در دوران زوجیت ملحق به مرد است به شرط اینکه از زمانی که زن و مرد ازدواج کرده اند تا زمان تولد کودک، کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد؛ که از آن به عنوان اماره فراش یاد می شود. اثبات نسب مادری ساده تر از اثبات نسب پدری است زیرا دوران بارداری و زایمان به راحتی قابل انکار نیست. نسب اگرچه جزء مباحث بیولوژیک است اما آثار حقوقی و فقهی فراوان دارد. شناخت دلایل ژنتیکی در اثبات یا نفی نسب از اهمیت ویژه ای برخوردار است. آزمایش ژنتیک برای اثبات نسب اگرچه در پاره ای از دعاوی می تواند مؤثر باشد اما در برخی دیگر از دعاوی نقشی در پیشبرد روند دادرسی ندارد. در این تحقیق که از روش کتابخانه ای و شیوه تجزیه و تحلیل استفاده شده است، سعی شده پس از بررسی مفهوم نسب و انواع آن به آزمایشات ژنتیک و ماهیت آنها پرداخته شود و سپس نقش آنها در انواع دعاوی اثبات نسب بیان گردد. در پایان، دلایل اشاره شده در قانون به صورت مجزا بررسی شده اند تا نقش و توان اثباتی هر کدام مشخص گردد. پس از بررسی تمامی ادله این نتیجه به دست آمد که اگر آزمایشات ژنتیک به طور دقیق انجام شوند و از چندین مرحله پزشکی عبور کنند، می توانیم آنها را علاوه بر اثبات رابطه خونی مثبت رابطه نسبی نیز بدانیم.

واژگان کلیدی: ژنتیک، طرح دعوا، اثبات نسب، نفی نسب، اماره فراش

فهرست مطالب

۱	مقدمه
۱	۱- بیان مسئله
۲	۲- سابقه تحقیق
۳	۳- ضرورت انجام تحقیق
۴	۴- سوالات تحقیق
۴	۵- فرضیه ها
۴	۶- اهداف و کاربردهای تحقیق
۴	۷- روش تحقیق
۵	۸- سازماندهی تحقیق
۶	فصل اول: کلیات
۷	بخش اول: مفهوم شناسی
۹	بخش دوم: انواع نسب
۹	گفتار اول: نسب قانونی
۱۰	۱- نسب مادری
۱۰	۲- نسب پدری
۱۱	۳- نسب ناشی از شبهه
۱۲	۴- نسب ناشی از تلقیح مصنوعی
۱۳	گفتار دوم: نسب غیر قانونی
۱۳	نسب ناشی از زنا
۱۴	بخش سوم: احکام نسب
۱۴	گفتار اول: بررسی احکام نسب
۱۶	گفتار دوم: بررسی احکام انواع نسب
۱۶	۱- احکام نسب مشروع یا قانونی

- ۲- احکام نسب ناشی از شبهه..... ۱۶
- ۳- احکام نسب ناشی از زنا..... ۱۷
- ۴- احکام نسب ناشی از تلقیح مصنوعی..... ۱۷
- بخش چهارم: اثبات نسب..... ۱۷
- گفتار اول: اثبات نسب مادری..... ۱۹
- گفتار دوم: اثبات نسب پدری..... ۱۹
- بخش پنجم: نفی نسب..... ۲۰
- گفتار اول: مفهوم نفی نسب..... ۲۰
- گفتار دوم: ارکان دعوی نفی نسب..... ۲۲
- گفتار سوم: انواع دعاوی نفی ولد..... ۲۳
- ۱- دعوی نفی ولد به دلیل عدم تحقق اماره فراش..... ۲۴
- الف: انکار زوجیت در زمان تکون طفل..... ۲۴
- ب: انکار وقوع نزدیکی..... ۲۴
- ج: انکار تحقق حداقل و حداکثر مدت حمل از سوی خواهان..... ۲۵
- ۲- دعوی نفی ولد به دلیل اثبات خلاف اماره فراش..... ۲۵
- ۳- دعوی نفی ولد ناظر به هویت طفل..... ۲۶
- فصل دوم: آزمایش های ژنتیک..... ۲۸
- بخش اول: ژنتیک..... ۳۰
- گفتار اول: علم ژنتیک و تاریخچه آن..... ۳۱
- گفتار دوم: ماهیت DNA..... ۳۳
- گفتار سوم: استفاده از اطلاعات ژنتیکی..... ۳۳
- ۱- سازمان ملل متحد..... ۳۸
- ۲- سازمان یونسکو..... ۳۹
- ۱- ۲- اعلامیه جهانی ژنوم انسانی و حقوق بشر..... ۳۹
- ۲- ۲- اعلامیه جهانی اطلاعات ژنتیکی انسانی..... ۳۹

۳- شورای اروپا.....	۴۱
۴- انجمن پزشکی جهانی.....	۴۱
بخش دوم: نقش آزمایشات ژنتیکی در اثبات نسب.....	۴۲
گفتار اول: آزمایش DNA.....	۴۲
گفتار دوم: برتری این شاخص نسبت به روش های پیشین.....	۴۷
گفتار سوم: اثبات نسب با آزمایش های مختلف DNA.....	۴۸
۱- نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین.....	۴۸
۲- تکنیک RFLP.....	۴۹
۳- روش Y- CHROMOSOME.....	۵۰
گفتار چهارم: آزمایش خون.....	۵۰
بخش سوم: انواع دعاوی اثبات نسب.....	۵۲
گفتار اول: اثبات نسب بین والدین و فرزندان.....	۵۳
۱- اثبات نسب پدر.....	۵۳
۲- اثبات نسب مادری.....	۵۷
۳- اثبات نسب خویشاوندی.....	۶۰
۴- دعاوی اثبات رابطه طبیعی - خونی.....	۶۲
بخش چهارم: اعتبار آزمایشات ژنتیک.....	۶۳
گفتار اول: اعتبار آزمایش ژنتیک از دیدگاه فقه.....	۶۳
گفتار دوم: اعتبار آزمایش ژنتیک از دیدگاه حقوق.....	۶۵
فصل سوم: ادله اثبات نسب.....	۶۸
بخش اول: ادله اثبات دعوا در فقه و حقوق ایران.....	۶۹
ادله اثبات دعوا در امور حقوقی.....	۷۰
بخش دوم: انواع ادله اثبات نسب.....	۷۱
گفتار اول: اماره فراش.....	۷۱
۱- مدرک فقهی قاعده فراش.....	۷۲

- الف: مفردات حدیث..... ۷۳
- ب: ترکیب الفاظ قاعده..... ۷۴
- ۲- اصل یا اماره بودن قاعده..... ۷۴
- ۳- اعتبار اماره فراش در حقوق..... ۷۵
- ۴- شرایط اثبات نسب با توسل به اماره فراش..... ۷۹
- ۵- اجرای اماره فراش در فرزند ناشی از شبهه یا تلقیح مصنوعی..... ۸۲
- الف: اجرای اماره فراش در فرزند ناشی از شبهه..... ۸۲
- ب: قاعده فراش و تلقیح مصنوعی..... ۸۳
- گفتار دوم: اقرار..... ۸۴
- گفتار سوم: شهادت..... ۹۱
- گفتار چهارم: سایر طرق اثبات نسب..... ۹۲
- ۱- اثبات نسب از طریق عوامل ژنتیکی..... ۹۳
- ۲- اثبات نسب با آزمایش خون..... ۹۴
- بخش سوم: انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب..... ۹۵
- نتیجه گیری..... ۹۷
- پیشنهادات..... ۹۹
- منابع فارسی..... ۱۰۰
- منابع عربی..... ۱۰۵
- چکیده انگلیسی..... ۱۰۷

مقدمه

۱- بیان مسئله

یکی از دعاوی مهم خانوادگی که در دادگاه‌ها به آن رسیدگی می‌شود اثبات و نفی نسب است. نسب در لغت به معنی خویشاوندی و نژاد است اما به معنی خاص کلمه، عبارت است از رابطه پدرفرزندی یا مادرفرزندی و به دیگر سخن، رابطه طبیعی و خونی میان دو نفر است که یکی به طور مستقیم (بدون واسطه) از سلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است. (امامی، صفایی، ۱۳۷۶، ۳۹).

مسئله اثبات یا نفی نسب دارای اهمیت بسیاری است. در حقوق ایران برای اثبات نسب از اقرار و اماره‌ی فراش نام برده شده است، به طوری که قانون‌گذار در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۶۱ ق.م.ا.رای فراش را برای اثبات نسب معرفی کرده و در ماده ۱۲۷۳ از اقرار به عنوان اثبات نسب نام برده است. اما باید بیان کرد که این مواد حصری نیستند و صرفاً برای اثبات نسب نمی‌توان به این دو دلیل اکتفا کرد. چرا که دلایل اثبات دعوی محدود به این‌ها نمی‌شود. در سالهای اخیر آزمایش‌های ژنتیک در ایران مطرح شده‌اند که می‌توانند دلایل محکمی برای نفی نسب و دلیل ظنی برای اثبات نسب باشند ولیکن قانون در این مورد ساکت است و همین سکوت قانون‌گذار باعث خلأ قانونی شده است، متنها در مورد آزمایشات ژنتیک اختلاف نظر دارند. عده‌ای از آنها معتقدند که این آزمایشات در صورت حصول علم، حجت می‌باشند و برخی دیگر می‌گویند این آزمایشات اصلاً حجت ندارند. با این وجود ما باید این را در نظر بگیریم که فقها بنا به دوره‌ای که در آن می‌زیستند راهکار ارائه داده‌اند، به این صورت که در زمان‌های قدیم علم پیشرفتی نداشت بنابراین برای پیدا کردن راه حل به این ادله استناد می‌کردند و بر اساس مدت زمان حاملگی نسب را تشخیص می‌دادند. در بین حقوقدانان اختلاف نظر کمتر است و عموماً اختلاف آنها بر سر نحوه استناد است. از آن جایی که خانواده مهم‌ترین رکن جامعه است و تلاش در جهت برقراری آن، هم به مصلحت افراد خانواده و هم جامعه است، با بیان اماره‌ی فراش سعی در استحکام آن داشته‌اند. در حال حاضر هم، هدف همان آن است ولی راه رسیدن به آن فرق کرده و می‌توان این آزمایشات را حجت دانست. در واقع هدف رسیدن به یقین بوده که بنا به دوره‌های مختلف راهها متفاوت است. حالا می‌خواهیم ببینیم قدرت اثباتی این آزمایشات چقدر است؟ و با وجود اینکه قانون تصریحی به این موضوع ندارد با چه مجوزی می‌توان به آنها استناد کرد؟ با اینکه این آزمایشات نسبت به دیگر

دلایل از دقت بالاتری برخوردار هستند اما بررسی دقیق و کافی در این مورد نشده است چون پذیرش این آزمایش ها برای اثبات نسب در فقه به خوبی روشن نشده و بر سر حجیت آن به شدت اختلاف نظر است. بنابراین این تحقیق در پی جایگاه و ویژگی های حقوقی این آزمایش ها است که آیا این دلایل ژنتیکی می تواند بر اماره ی فراش مقدم شود؟ از سوی دیگر، این آزمایشات توسط انسان انجام و تفسیر می شود و از آن جایی که انسان موجودی خطاپذیر است این مسئله مطرح می شود که آیا می توان به این دلایل و آزمایشات اعتماد کرد و آنها را مورد استناد قرار داد؟ به فرض اینکه بتوان استناد کرد، این استناد در چه مرحله ای از دعوا امکان پذیر است؟ پاسخ به تمامی این پرسش ها نیازمند تحلیل و بررسی مواد قانونی مرتبط با موضوع می باشد که در پژوهش حاضر سعی شده به این پرسش ها پاسخ داده شود.

۲- سابقه تحقیق

آقای پرویز عامری و خانم هاجر یاسینی نیا در مقاله ای تحت عنوان "نقش دلایل ژنتیکی در دعوای اثبات نسب"، آزمایشات ژنتیکی را مورد پژوهش قرار داده اند. نویسندگان این مقاله معتقدند در مواردی که اماره ی فراش محقق باشد و زوج دلیلی بر عدم تحقق شرایط فراش ارائه نکند ولی منکر انتساب طفل به خود باشد و در صدد طرح دعوای نفی ولد از نوع اثبات خلاف اماره فراش برآید نمی تواند با تمسک به آزمایش های ژنتیک، عدم الحاق طفل به خود را ثابت نماید زیرا استفاده از آزمایش در این نوع دعاوی به دلیل سیاست و فلسفه اماره فراش در شرع و جاهت ندارد. روش تحقیق در این مقاله توصیفی و نظری بوده است.

آقای سید علی علوی قزوینی و علی رضیئی و خانم اعظم پيله در مقاله ای با عنوان "نقش DNA در اثبات نسب"، آزمایش ژنتیک را بسیار معتبر دانسته و برآن تأکید می کنند.

نویسندگان معتقد به قدرت بالای این آزمایش و قوی تر بودن آن نسبت به دیگر دلایل اثبات نسب هستند. به طوری که طبق بررسی آنها، توان اثباتی آن در مواردی که هیچ گونه ناسازگاری ژنی میان پدر احتمالی و فرزند وجود ندارد ۱۰۰٪ و در سایر موارد تا حدود ۹۹/۹۹٪ عنوان شده که این میزان نزدیکی با توجه به اینکه غالباً میان دو فرد بیگانه وجود ندارد می تواند ملاک پذیرش نسب قرار گیرد. روش تحقیق در این مقاله، توصیفی و نظری بوده است.

آقای نایب یزدانی پور و همکاران در مقاله ای تحت عنوان "بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب"، با بررسی ادله فقهی و ذکر مستندات، معتقد به مقدم بودن این آزمایشات بر اماره فراش می باشند.

نتیجه این تحقیق حاکی از آن است که این آزمایش افزون بر نسب طبیعی می تواند نسب شرعی را نیز به اثبات برساند و در فرض تعارض آن با سایر ادله از جمله اماره فراش می تواند بر آن مقدم شود. روش تحقیق در این مقاله، مطالعات توصیفی و نظری بوده است.

خانم مهشید سادات طبائی در مقاله ی "نقش آزمایش های "دی، ان، ای" در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران"، به سکوت قانون گذار اشاره کرده و سپس بر قطعیت آزمایشات تأکید کرده است.

از نظر نویسنده این مقاله، بررسی ادله اثبات نسب حکایت از آن دارد که این ادله حصری نیست و در زمان خود تمامی دلایل اثبات را در بر می گرفته است و راه قابل اعتماد دیگری برای اثبات، غیر از آنچه در متون فقهی مطرح گردیده است وجود نداشت. به طور خلاصه نتیجه تحقیق حاکی از آن است که، امروزه آزمایش های "دی، ان، ای" به ویژه در مواردی که نسب طفل میان افراد مشخصی مورد اختلاف باشد، با قاطعیت تعیین کننده نسب و فصل کننده مناقشه است. روش تحقیق در این مقاله، مطالعات توصیفی و نظری بوده است.

۳- ضرورت انجام تحقیق

از آن جایی که خانواده رکن مهم جامعه بوده و موضوع نسب به این امر مهم گره خورده است، بنابراین شناخت دلایل ژنتیکی در اثبات یا نفی نسب از اهمیت ویژه ای برخوردار است. آزمایشات ژنتیک یک اماره ی قضایی به شمار می روند و قانون در مورد آن ها ساکت است. این آزمایشات دستاوردی جدید هستند و هرچند که از آنها استقبال زیادی شده اما بررسی های حقوقی کافی در این زمینه صورت نگرفته است. قانون در این زمینه خلأهای فراوانی دارد و بعضاً ابهاماتی دیده می شود. با اینکه مقالاتی در این زمینه نوشته شده است، ولی به طور کامل و از تمام دیدگاهها به این موضوع نپرداخته اند. در تحقیق حاضر سعی شده این موضوع علاوه بر منظر پزشکی و فقهی آن از جنبه حقوقی مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین با توجه به اینکه در منابع حقوقی به این بحث توجه کافی نشده و نظریه پردازی در این حوزه ضعیف است، ضرورت انجام این تحقیق آشکار می شود.

۴- سوالات تحقیق

- ۱- توان اثباتی آزمایش های ژنتیک در دادگاهها به چه صورت است؟
- ۲- استناد به دلایل در چه مرحله ای از دعوا امکان پذیر است؟
- ۳- با توجه به اینکه قانون در مورد دلایل ژنتیکی ساکت است، با چه مجوزی می توان آنها را مورد استناد قرار داد؟

۵- فرضیه ها

- ۱- آزمایش های ژنتیک به تنهایی می توانند دلیل اثبات یا نفی نسب باشند.
- ۲- در تمام مراحل دعاوی مربوط به اثبات یا نفی نسب، می توان به این دلایل استناد کرد.
- ۳- دادگاه می تواند این دلایل را به عنوان اماره قضایی مورد استناد قرار دهد.

۶- اهداف و کاربردهای تحقیق

- ۱- رفع خلأها و نواقص مواد قانونی
- ۲- شناخت جایگاه دلایل ژنتیکی در دعوی اثبات نسب
- ۳- تبیین دلایل ژنتیکی از منظر حقوقی
- ۴- تبیین جنبه شرعی دلایل ژنتیکی در دعوی اثبات نسب
- ۵- کمک به بنیان خانواده و ارائه راهکار برای حل مشکلات مربوط به نسب
- ۶- آسان کردن روش های اثبات نسب
- ۷- ارائه راهکار برای در دسترس بودن آزمایشات

۷- روش تحقیق

در این پژوهش از شیوه تجزیه و تحلیل کیفی در تبیین تحقیق استفاده شده است و جمع آوری اطلاعات به صورت توصیفی - تحلیلی صورت گرفته است. منظور از تحقیق توصیفی - تحلیلی این است که محقق علاوه بر تصویرسازی آن چه هست به تشریح و تبیین دلایل، چگونه بودن و چرایی وضعیت مسئله و ابعاد آن می پردازد و برای این کار به تکیه گاه استدلال محکمی نیاز دارد.

نوع مطالعه در این تحقیق به صورت اسنادی (کتابخانه ای) است. در روش کتابخانه ای، از کتب، مقالات و پایان نامه ها استفاده می شود. همچنین در پایگاههای اینترنتی، داده های مورد نظر گردآوری شد.

۸- سازماندهی تحقیق

این پایان نامه مشتمل بر سه فصل می باشد. فصل اول شامل پنج بخش و هر بخش دارای چند گفتار می باشد. فصل اول به کلیات و مفهوم شناسی اختصاص یافته است. در بخش اول به معنای لغوی و اصطلاحی نسب پرداخته شده است و در بخش دوم، انواع نسب در چند گفتار بررسی شده است. بخش سوم نیز، احکام نسب را مورد بررسی قرار داده است و در بخش چهارم به اثبات نسب پرداخته شده است و در پایان یعنی بخش پنجم نفی نسب بیان شده است. فصل دوم که در مورد آزمایش های ژنتیک می باشد در ابتدا تاریخچه کوتاهی از آزمایشات را بیان می کند و سپس در سه بخش مختلف به انواع آزمایش ها می پردازد به طوری که بخش اول، آزمایش DNA را بررسی می کند. در بخش دوم به آزمایش خون پرداخته می شود و در بخش پایانی آن، نقش علوم جدید در اثبات نسب بررسی می گردد. فصل سوم نیز به ادله اثبات نسب پرداخته است و مشتمل بر دو بخش می باشد. بخش اول، ادله اثبات نسب را در چند گفتار به صورت مجزا بررسی می کند و در بخش دوم به انحصار یا عدم انحصار ادله می پردازد.

فصل اول: کلیات

برای بحث پیرامون نقش دلایل ژنتیکی در دعوی اثبات نسب و شناخت جایگاه حقوقی این آزمایشات، ابتدا باید به طور دقیق با مفهوم نسب آشنا شویم و از آنجا که در قانون تعریفی از نسب ارائه نشده است ناگزیر باید معنای عرفی آن را دریابیم و پس از بیان انواع آن، اثبات و نفی نسب را بررسی کنیم. به همین منظور در این فصل ابتدا به شناخت معنا و مفهوم نسب پرداخته می شود و در بخش های بعدی آن از انواع نسب و چگونگی اثبات و نفی آن سخن به میان خواهد آمد.

بخش اول: مفهوم شناسی

نسب در لغت به معنی خویشاوندی و نژاد است. از نظر حقوقی، قانون مدنی تعریفی از نسب نکرده است اما علماء حقوق تعاریفی ارائه داده اند. تولد هر انسانی ناشی از ارتباط زن و مردی است که او را بوجود آورده اند. این تولد یک نوع ارتباط طبیعی بین طفل و به وجودآورندگان او ایجاد می کند که در اصطلاح حقوقی نسب نامیده می شود. نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند (محقق داماد، ۱۳۸۶، ۶۳) نسب به این معنی مترادف با (قرابت نسبی) است و رابطه طبیعی و خونی بین کلیه خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف را در برمی گیرد. این نسب به معنی عام است. قرابت نسبی که به وسیله ولادت یکی از دیگری حاصل می شود مانند قرابت جد نسبت به نوه و بالعکس را نسب در خط مستقیم گویند و نسب به خط اطراف یعنی قرابت نسبی بین دو یا چند نفر که به وسیله ولادت از ثالث به وجود آمده اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ۷۱۱).

اما نسب به معنای خاص عبارت است از رابطه پدرفرزندی یا مادرفرزندی و به دیگر سخن رابطه طبیعی و خونی میان دو نفر است که یکی به طور مستقیم (بدون واسطه) از سلب یا بطن دیگری به دنیا آمده باشد. (امامی، صفایی، ۱۳۷۶، ۳۹).

نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می شود. (عبدہ بروجردی، ۱۳۸۰، ۲۸۰).

بنابر آنچه گفته شد نسب عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون بین دو یا چند نفر برقرار می شود. نسب را در معنای فرزند و اولاد هم به کار برده اند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقهاء ارائه شده بررسی کنیم. بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف نموده اند:

"النسبُ و هو الاتِّصالُ بالولادِ بانتہاءِ أحدہما الی الآخرِ أو بانتہائہما الی ثالثٍ" (نجفی، ۱۹۸۱، ۲۳۸). در تعریف دیگری نسب به این صورت بیان شده است. "المرادُ بالنسبِ علاقهٌ بین شخصین، تحدُّثُ من تولدِ أحدہما من الآخرِ أو تولدہما من ثالثٍ" (انصاری، بی تا، ۴۰۱).

ایرادی که در تعاریف فقهاء به نظر می رسد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می شود، لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است. (علوی قزوینی، ۱۳۹۴، ۱۹۰). ایرادی که در تعاریف حقوقدانان به نظر می رسد این است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تبیین نکرده اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می گردد؟ 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 کند یا اینکه این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و گریزی از آن نیست چه نفیاً و چه اثباتاً؟ با توجه به اینکه در هیچ یک از متون قرآنی و روایی، مفهوم خاصی از نسب ارائه نشده است شاید بتوان گفت که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی نموده و همان معنایی که عرف از نسب به دست می دهد را شناسایی نموده است زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب در نظر داشت، منطقی تقنین اقتضا می نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید. بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می کنند که در مسأله نسب از سوی شارع و قانونگذار اسلام، تأسیس جدید ایجاد نشده و همان مفهوم متمرکز عرفی تأیید شده است. در این باره به تعبیر برخی از فقهاء اشاره می کنیم: "نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است." (نراقی، ۱۴۰۵، ۲۲۱). 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". (روحانی، ج ۲۱، ۲۲۱). 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 بپردازیم. پس باید ببینیم معنای عرفی نسب چیست؟ که بنابر عرف، تکون یک انسان از اسپرم^۱ مرد و تخمک^۲ 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 براین رابطه اعتباری نیز آثاری را مترتب می کند.

بخش دوم: انواع نسب

نسب یک ارتباط طبیعی بین فرزند و کسانی که او را به وجود آورده اند ایجاد می کند. به وجود آوردن طفل ممکن است ناشی از نکاح یا بدون نکاح باشد. خانواده، تنها با نکاح زن و مرد ایجاد می شود و قانون رابطه آزاد آنان را مشروع نمی داند. قانون مدنی طفلی را که از رابطه آزاد زن و مرد به وجود آمده است منسوب به هیچ کدام نمی داند (م ۱۱۶۷ ق.م). چنین کودکی عضو خانواده نیست، از نام پدر و مادر استفاده نمی کند، از آنان میراث نمی برد و به عنوان فرزند حقی بر پدر و مادر طبیعی ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۳۲۷). برای اینکه کودکی به پدر و مادر خود منسوب شود صرفاً وقوع نکاح کافی نیست بلکه باید نزدیکی هم رخ دهد. نکاح شرط مشروع بودن نسب است و هنگامی که نزدیکی رخ دهد مؤثر واقع می شود. بنابراین نسب می تواند بسته به اینکه نکاح و نزدیکی صورت بگیرد مشروع و قانونی یا نامشروع و غیر قانونی باشد.

گفتار اول: نسب قانونی

نسب قانونی نسبی است که ناشی از نکاح باشد و شامل نسب مادری، نسب پدری و نسب ناشی از شبهه می باشد. البته به بیان بهتر می توان گفت؛ نسب ناشی از شبهه نسب در حکم قانون است. نوع دیگری از نسب وجود دارد که به وسیله تلقیح مصنوعی انجام می پذیرد و در مشروع بودن آن نباید تردید کرد. در تلقیح مصنوعی^۳، رابطه زوجیت بین زن و مردی که پدر و مادر او محسوب می شوند وجود دارد و طفل نیز، بنا به فرض، از ترکیب نطفه های این دو ایجاد شده است بنابراین

1 - esperm

2 - toxmak

3 - IVF: in vitro fertilization