

بر اساس حکم



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد بهشهر

گروه حقوق

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

عنوان:

اثبات نسب در حقوق ایران و علوم نوین

استاد راهنما:

دکتر علیرضا نصیری

نگارش:

محمدرضا جمال لیوانی

بهار ۱۳۹۶

پاسکزاری

من لم یسکر المخلوق، لم یسکر الخالق

حمد و سپاس یکتای بی همتا را که لطفش بر ما عیان است، اداسی شکرش را بهیچ زبان و دریای فضلش را بهیچ کمران نیست و اگر در این وادی، بستیم، همه محبت اوست.

الهی از تویی خواهیم همه ی کسانی را که حتی ذره ای در انجام این امر مریاری نموده اند، در سایه ی لطف و محبت بی کرانت، سلامت، شادکام و موفق بداری.

بر خود لازم می دانم تا از زحمات بی دریغ استاد ارجمند و کتر طهری و نصیری که در به پایان رساندن این اثر بنده مریاری نموده اند، شکر نمایم.

از خانواده ی عزیزم که در طول این سال با شرایط مناسبی را برای تحصیل من فراهم نموده اند، بی نیات پاسکزارم.

تقدیم به

سه وجود مقدس:

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

موباشان سپید شد تا ما رو سفید شویم...

وحاشا نه موقتند تا که ما بخش وجود ما و روشنگر را همان باشند...

پدرانمان

مادرانمان

استادانمان

فهرست مطالب

چکیده: ۱

فصل اول کلیات

مقدمه: ۲

بیان مسأله ۳

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق ۴

سوابق مربوطه ۵

اهداف تحقیق: ۶

سؤال های تحقیق: ۶

روش شناسی تحقیق: ۶

فصل دوم تعاریف و تاریخچه

مبحث اول: مفهوم شناسی نسب ۹

در این مبحث به مفهوم شناسی نسب می پردازیم. ۹

گفتار اول: تعریف نسب ۹

گفتار دوم: اصل و نسب ۹

گفتار سوم: اقسام نسب ۹

بند اول: نسب قانونی ۹

بند دوم: نسب در حکم قانون ۱۰

بند سوم: نسب غیر قانونی ۱۰

بند چهارم: آثار قانونی نسب ۱۰

گفتار دوم: انواع نسب ۱۰

بند اول: نسب مادری ۱۱

بند دوم: نسب پدری: ۱۱

گفتار سوم: ماهیت نسب ۱۱

- گفتار چهارم: مفهوم نسب در فقه و قانون ۱۲
- مبحث دوم: تاریخچه نسب ۱۵
- گفتار اول: نسب در عربستان قبل اسلام ۱۶
- گفتار دوم: نسب بعد از اسلام ۱۷

فصل سوم: علوم جدید در اثبات نسب

- مبحث اول: علم ژنتیک ۲۰
- گفتار اول: ماهیت مولکولی دی ان ای ۲۲
- گفتار دوم: استفاده از اطلاعات ژنتیکی ۲۴
- بند اول: ذخیره سازی اطلاعات ژنتیکی ۲۴
- بند دوم: جمع آوری اطلاعات ژنتیکی ۲۵
- بند سوم: پردازش اطلاعات ژنتیکی ۲۶
- مبحث دوم: همکاری علم ژنتیک در اثبات ابوت یا نسب ۲۷
- گفتار اول: بررسی آزمایشان ژنتیکی مختلف در تعیین نسبیّت ۲۹
- بند اول: آزمون دی ان ای ۲۹
- بند دوم: آزمون پی - سی - آر ۳۰
- گفتار دوم: اثبات نسب با آزمایشهای متفاوت دی ان ای ۳۰
- بند اول: نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین ۳۰
- بند دوم: روش انجام نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین ۳۰
- بند سوم: روش های نمونه در آزمایشگاه ۳۱
- بند چهارم: عوارض نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین: ۳۱
- بند پنجم: قطعی بودن نتایج نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین ۳۱
- گفتار سوم: تکنیک آر اف ال پی ۳۲
- بند اول: آنزیمهای محدودگر ۳۳
- بند دوم: لکه گذاری ۳۳
- گفتار چهارم: روش PCR-SSCP AFLP ۳۴
- بند اول: مزایای AFLP ۳۴
- بند دوم: ریزماهورها ۳۴

- گفتار پنجم: کاربرد تعیین هویت یا انگشت نگاری دی ان آ (DNA) ۳۵
- بند اول: سیر تحول انگشت نگاری ژنتیکی ۳۶
- بند دوم: انگشت نگاری ژنتیکی در پزشکی قانونی ۳۷
- بند سوم: انگشت نگاری ژنتیک در مسایل حقوقی ۳۸
- بند چهارم: انگشت نگاری دی ان ای برای تعیین جنسیت ۳۸

فصل چهارم: دانش فقهی و حقوقی اثبات نسب

- مبحث اول: دانش حقوقی برای اثبات نسب ۴۰
- گفتار اول: نسب ناشی از شبهه ۴۱
- گفتار دوم: دعوی نفی ولد ۴۱
- گفتار سوم: شرایط قانون گذار اسلام در پذیرش مفهوم عرفی نسب ۴۲
- گفتار چهارم: دلیل تصرف قانون گذار در مفهوم عرفی نسب ۴۲
- گفتار پنجم: عیار تشخیص نسب مشروع ۴۳
- گفتار ششم: تلازم یا عدم تلازم بین نامشروع بودن طفل و تحقق نسب ۴۶
- گفتار هفتم: بررسی احکام حقوقی نسب ۵۱
- بند اول: توارث ۵۱
- بند دوم: انفاق ۵۱
- بند سوم: حضانت ۵۲
- بند چهارم: ولایت ۵۲
- بند پنجم: حرمت نکاح ۵۳
- گفتار هشتم: بررسی احکام انواع نسب ۵۳
- بند اول: احکام نسب مشروع یا قانونی ۵۳
- بند دوم: احکام نسب ناشی از شبهه ۵۴
- بند سوم: احکام نسب ناشی از زنا ۵۴
- بند چهارم: احکام نسب ناشی از تلقیح مصنوعی ۵۴
- مبحث دوم: قاعده ی فراش ۵۵
- گفتار اول: اثبات نسب طفل توسط قاعده فراش ۵۵
- گفتار دوم: شرایط اجرای قاعده فراش ۵۶

بند اول: اجرای قاعده در مورد طفل متولد در زمان زوجیت	۵۶
گفتار سوم: شرایط پنج گانه اجرای قاعده فراش	۵۷
بند اول: ثابت بودن نسب مادری	۵۷
بند دوم: وجود نکاح صحیح بین زن و مرد	۵۸
بند سوم: انعقاد نطفه در زمان زوجیت	۵۸
بند چهارم: تولد طفل پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی باشد	۶۰
بند پنجم: بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا ولادت کودک نگذشته باشد	۶۰
مبحث سوم: چگونگی انتساب طفل به والدین	۶۲
گفتار اول: چگونگی انتساب طفل به پدر	۶۲
گفتار دوم: چگونگی انتساب طفل به مادر	۶۴
گفتار سوم: منشاء تکون انسان و نسب	۶۷

فصل پنجم: روش های نوین اثبات نسب در حقوق ایران

مبحث اول: روش اثبات نسب در استفاده از رحم جایگزین	۷۶
گفتار اول: تحقق نسب در حالت استفاده از رحم جایگزین	۷۶
گفتار دوم: وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین	۷۹
بند اول: مفهوم استفاده از رحم جایگزین	۷۹
بند دوم: اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین	۸۰
الف. جانشینی در بارداری	۸۰
ب. جانشینی سنتی رحم	۸۱
ج. جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی	۸۲
گفتار دوم: انتساب به والدین	۸۲
بند اول: نسب پدری	۸۲
بند دوم: نسب مادری	۸۲
الف. حالت جانشینی در بارداری	۸۲
۱. رابطه طفل با صاحب تخمک	۸۳
۲. رابطه طفل با صاحب رحم	۸۳
ب. حالت جانشینی سنتی رحم	۸۷

ج. حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک، جنین اهدایی	۸۸
مبحث دوم: استفاده از راهکار مصلحت کودک در اثبات نسب	۸۹
گفتار اول: فرزند خواندگی	۹۱
گفتار دوم: تبیین قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور	۹۲
گفتار سوم: رابطه ابوت و بنوت و احراز آن بواسطه انجام آزمایش D.N.A با بررسی یک پرونده.....	۹۶
بند اول: متن سؤال	۹۶
بند دوم: متن پاسخ	۹۷
گفتار چهارم: اثبات نسب با آزمایش گروه خون	۱۰۲
گفتار پنجم: نسب در حالت مادر جانشین	۱۰۴
مبحث سوم: تحقیق محلی، نظر کارشناس قرعه و اقرار در اثبات نسب	۱۰۶
گفتار اول: حجیت معاینات و تحقیق محلی از منظر قانون و فقه	۱۰۶
بند اول: مفهوم تحقیق محلی	۱۰۶
بند دوم: تفاوت تحقیق محلی با شهادت شهود	۱۰۷
گفتار دوم: نظر کارشناس (دی ان ای)	۱۰۸
بند اول: مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس	۱۰۹
بند دوم: کیفیت دلیل بودن نظر کارشناس	۱۱۰
مبحث چهارم: قاعده قرعه	۱۱۱
گفتار اول: قرعه از منظر قانون مدنی و فقه	۱۱۱
بند اول: حدود حجیت قرعه	۱۱۱
بند دوم: معنای دلیل بودن قرعه	۱۱۱
مبحث پنجم: قاعده اقرار	۱۱۲
گفتار اول: تعریف و عناصر اقرار	۱۱۲
گفتار دوم: اجزای اقرار	۱۱۳
بند اول: شرط اخباری بودن اقرار	۱۱۳
بند دوم: به نفع دیگری بودن	۱۱۵
بند سوم: بر ضرر خود بودن	۱۱۵
گفتار سوم: رویه داد گاهها در اقرار به نسب	۱۱۵
گفتار چهارم: رویه عملی داد گاههای ایران در اثبات نسب	۱۱۶

فصل ششم نتیجه گیری و پیشنهادات

- نتیجه گیری ۱۲۰
- پیشنهادهای ۱۲۱
- منابع و مراجع ۱۲۳

چکیده:

دانش ژنتیک در مسائل مربوط به باستان شناسی، تعیین جنسیت، مهندسی ژنتیک و اصلاح نژادی، مسائل حقوقی نظیر اثبات نسب و نیز ردیابی مجرمین بسیار پر کاربرد می باشد. نکته کلیدی در تشخیص هویت ژنتیک آن است که ژنهای هیچ دو فردی به هم شبیه نیست. یکی از مسائل مهم حوزه حقوق خانواده، اثبات نسب میباشد که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن مترتب است. امروزه با پیشرفت علم، امکان استفاده از آزمایشهای ژنتیک در دعاوی اثبات نسب وجود دارد. فقها در حجیت اینگونه آزمایشها برای اثبات نسب اختلاف دارند؛ برخی به حجیت این ادله در صورت حصول علم و گروهی بر عدم حجیت آن معتقدند. در میان حقوقدانان اختلاف نظر کمتری وجود دارد و اختلاف موجود صرفاً در نحوه استناد به این آزمایشهاست. پژوهش حاضر بر آن است که نقش علوم نوین و امکان استناد به آن را در دعاوی اثبات نسب بررسی کند و ببیند آیا با مقررات موجود میتوان به این آزمایشها استناد کرد یا تا زمانیکه قانون بر آن تصریح ننماید، چنین مجوزی وجود نخواهد داشت. در شرایط حاضر، با توجه به اینکه همه ادله اثبات نسب مبتنی بر ظن است و احتمال اثبات خلاف در آنها وجود دارد و نیز به لحاظ غیرانحصاری بودن ادله مذکور، باید بتوان آزمایشهای ژنتیک را به عنوان یک دلیل جدید در بسیاری از دعاوی اثبات نسب استفاده کرد، لکن برای ایجاد بستر لازم برای استناد به آن نیاز به تصریح قانونی وجود دارد.

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

فصل اول

کلیات

مقدمه:

روش تشخیص هویت ژنتیک روش نوین و کارساز به عنوان جلوه ای از علوم زیست شناسی در حقوق، مورد توجه کشورهای پیشرفته قرار گرفته است. این روش در آئین دادرسی کیفری نقش دلیل اثبات دعوی را ایفا می کند که در زمره دلایل عینی به شمار می رود. نتایجی که از آزمونهای ایدر مراحل مختلف تحقیقات مقدماتی و دادرسی به قضات ارائه می گردد بسیار موثق است. به نحوی که در صورت تعارض نتایج آن با ادله سنتی می توان صحت ادله سنتی را رد یا مورد تردید جدی قرار داد. از طرفی نسب ماهیتی است انتزاعی که از امری تک.ینی یعنی پیدایش یک انسان از نطفه انسانی دیگر انتزاع می گردد که در واقع بیانگر هویت هر فرد و تعیین کننده رابطه ی او با افراد خانواده خود و سایرین بر مبنای آثار شرعی و حقوقی مترتب بر آن است. با توجه به نقش اساسی نسب در حفظ بنیان خانواده و ثبات نسل ها و در مقابل آثار سوء خدشه پذیری آن به لحاظ دعاوی واهی، در بر هم زدن آرامش و حریم عفت خانواده از اهمیت فوق العاده ای در هر نظام حقوقی برخوردار است. فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی نیز از این امر مستثنا نمی باشد و خصوصا با توجه به دشواری اثبات نسب پدری به لحاظ مخفی بودن منشا آن راههایی را به طور خاص جهت اثبات آن مهم تعیین نموده اند که مهمترین آن اماره فراش می باشد که استناد به آن مدعی را از دلایل دیگر کفایت می کند، هر چند منعی از جهت آوردن دلیل مخالف به آن در قانون مدنی وجود ندارد. در هر حال اهتمام شارع در مسئله نسب بر حفظ و اثبات آن است.

بیان مسأله

یکی از دعاوی که وارد محاکم قضایی می شود «اثبات نسب» است که قانون چگونگی اثبات نسب افراد به یکدیگر را شرح می دهد که به آن می پردازیم: نسب در لغت به معنای خویشاوندی و نژاد است اما از نظر حقوقی عبارت است از رابطه خویشاوندی میان ۲ نفر که یکی از نسل دیگری باشد یا هر دو از نسل شخص دیگری باشند مانند رابطه پدر و فرزند یا رابطه برادر و خواهر. گاهی نسب ناشی از رابطه ازدواج قانونی و مشروع زن و مرد است که به آن نسب مشروع می گویند و گاهی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی و گاهی هم ناشی از رابطه شبهه ناک است. برای این که رابطه نسب و خویشاوندی میان ۲ نفر ثابت شود باید رابطه زوجیت میان زن و مرد و نسب مادری و پدری به اثبات برسد (محمدی، ۱۳۹۳: ۳۶). طبق قانون اختصاص تعدادی از دادگاه ها به دادگاه های موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی، رسیدگی به دعوی نسب در صلاحیت دادگاه خانواده است و رای دادگاه قابل

تجدیدنظر در دادگاه تجدیدنظر استان صادر می شود و این رای در دیوان عالی کشور قابل فرجام خواهی است.

اثبات نسب مادری ساده تر از اثبات نسب پدری است زیرا دوران بارداری و زایمان به راحتی قابل انکار نیست و طبق قانون ظرف ۱۵ روز پس از تولد نوزاد باید به دنیا آمدن او در یکی از حوزه های ثبت احوال اعلام و برای طرف شناسنامه گرفته شود. اما اثبات نسب پدری با توجه به آزادی مردان در امر ازدواج موقت و صیغه با دشواری های فراوانی همراه است هر چند امروزه با پیشرفت علم و انجام آزمایشات از جمله H-L-A اثبات نسب ساده تر شده است اما به دلیل گرانی و در دسترس نبودن این آزمایشات اثبات نسب پدری هم چنان دشواری های به همراه دارد (جلالوند، ۱۳۸۹: ۶۹).

روش تشخیص هویت ژنتیک روش نوین و کارساز به عنوان جلوه ای از علوم زیست شناسی در حقوق، مورد توجه کشورهای پیشرفته قرار گرفته است. این روش در آئین دادرسی کیفری نقش دلیل اثبات دعوی را ایفا می کند که در زمره دلایل عینی به شمار می رود. نتایجی که از آزمونهایی ان ایدر مراحل مختلف تحقیقات مقدماتی و دادرسی به قضات ارائه می گردد بسیار موثق است. به نحوی که در صورت تعارض نتایج آن با ادله سنتی می توان صحت ادله سنتی را رد یا مورد تردید جدی قرار داد. از طرفی نسب ماهیتی است انتزاعی که از امری تک.ینی یعنی پیدایش یک انسان از نطفه انسانی دیگر انتزاع می گردد که در واقع بیانگر هویت هر فرد و تعیین کننده رابطه ی او با افراد خانواده خود و سایرین بر مبنای آثار شرعی و حقوقی مترتب بر آن است. با توجه به نقش اساسی نسب در حفظ بنیان خانواده و ثبات نسل ها و در مقابل آثار سوء خدشه پذیری آن به لحاظ دعاوی واهی، در بر هم زدن آرامش و حریم عفت خانواده از اهمیت فوق العاده ای در هر نظام حقوقی برخوردار است. فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی نیز از این امر مستثنا نمی باشد و خصوصاً با توجه به دشواری اثبات نسب پدری به لحاظ مخفی بودن منشا آن راههایی را به طور خاص جهت اثبات آن مهم تعیین نموده اند که مهمترین آن اماره فراش می باشد که استناد به آن مدعی را از دلایل دیگر کفایت می کند، هر چند منعی از جهت آوردن دلیل مخالف به آن در قانون مدنی وجود ندارد. در هر حال اهتمام شارع در مسئله نسب بر حفظ و اثبات آن است.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

در میان مباحث حقوق خانواده، نسب به لحاظ نقشی که در پایداری بنیان خانواده و ثبات نسل ها دارد در نظام حقوقی ما بسیار حائز اهمیت است از سوی دیگر با دستیابی بیشتر به علم روز و اطلاع

از کاربردهای آن در زندگی روزمره از جمله با پیشرفت علم ژنتیک و قابلیت و کاربرد آن در اثبات نسب با توجه به ریشه فقهی، مذهبی قوانین در نظام حقوقی ما این مسئله به عنوان یک امر مستحدثه سوالات بسیاری را از جهت مشروعیت استفاده از آن در موضوع مهمی چون اثبات نسب و حدود و استناد به آن به لحاظ قانونی و فقهی ایجاد می کند.

سوابق مربوطه

قاسمی (۱۳۸۵) در پژوهشی تحت عنوان: بررسی نسب طبیعی در حقوق ایران این گونه می نویسد: در نظام حقوقی ایران، نسب دارای ماهیتی اعتباری نفس الامر است و هم چنان تقسیم بندی نسب به مشروع و نامشروع که در سایر نظام های حقوقی وجود داشته و امروزه تقریباً محو گردیده در نظام حقوقی ایران پابرجا مانده و دارای آثاری است. مصادیق نسب مشروع را قانونگذار احصاء نموده و هر آن چه را که ملحق به موارد احصاء شده ی نسب مشروع نباشد، مادامی که قانونگذار به مشروعیت آن تصریح ننموده، فرض بر این است که نامشروع است، بر همین اساس، مواردی همچون نسب ناشی از تفخیز و مساحقه را باید داخل در نسب نامشروع شمرد. حال آن که نزدیکی شخص خواب مجنون و مست را باید ملحق به وطی به شبهه شمرد.

محمدی و همکاران (۱۳۹۳) در پژوهش خود با عنوان اثبات نسب و نفی نسب می نویسد: نسب طبیعی به عنوان یک پدیده اجتماعی ناگزیر باید شناخته شود. به رغم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه، چون حقوق طبیعی و تکالیف والدین او، اگر اجرا نشود، ضرر و خطرش بیشتر است و ممکن است از طفل فردی خطرناک برای اجتماع بسازد و با توجه به این که شناسایی نسب طبیعی به معنی الحاق نسب شرعی و قانونی طفل به والدین طبیعی نمی باشد، بلکه منظور اثبات این مدعاست که کودک در نتیجه ی رابطه ی جنسی زن و مرد معین که در علقه ی زوجیت نبوده اند بوجود آمده است، لذا نسب طبیعی قابل شناسایی به نظر می رسد.

احمدی (۱۳۹۰) در پژوهشی با عنوان طریقه اثبات نسب طبیعی در فقه و حقوق ایران می آور: نسب طبیعی را می توان به طرق مختلفی از جمله به کار گرفتن اقرار و نیز آزمایشات ژنتیک اثبات نمود. هم چنان که می توان آن را به طرقی نظیر استناد به آزمایشات ژنتیک یا عقیم بودن واطی انکار نمود. فرزند حاصل از رابطه ی نامشروع که دارای نسب طبیعی می شود از تمام حقوق طفل دارای نسب

مشروع برخوردار نیست: اما همچنان از حق نفقه و مخارج نگهداری به عنوان بارزترین حقوق مالی و حقوقی مانند حضانت و ضرورت شناسایی هویت و اخذ شناسنامه برای آن به عنوان برجسته ترین حقوق غیر مالی برخوردار است و در مجموع شارع مقدس و نیز قانونگذار ایران برای چنین طفلی حقوق فراوانی را که به وی کمک می نمایند که زندگی معمولی را سپری نماید در نظر گرفته اند.

اهداف تحقیق:

هدف اصلی:

اثبات نسب در حقوق ایران و علوم نوین

اهداف فرعی:

بررسی علوم نوین در اثبات نسب

بررسی قوانین اثبات نسب در حقوق ایران

سؤال های تحقیق:

اصلی:

قانون ایران در زمینه اثبات نسب در علوم جدید دارای چه کاستی می باشد؟

فرعی:

آیا علوم نوین در اثبات نسب ادله های محکمتری را در اختیار قانون گذاران قراردادده است؟

روش شناسی تحقیق:

این پژوهش، با قصد معرفی بیشتر در زمینه اثبات نسب انجام می گردد، لذا بر اساس این نگرش این تحقیق از نوع نظری هست. از سوی دیگر تلاش شده تا مسائل حقوقی مسئله را به گونه ای تحلیلی و روشکافانه مطرح و پاسخ داده شود؛ بر این مبنا روش ارائه مطالب به صورت علی – تحلیلی است.

در انجام این تحقیق از روش کتابخانه‌ای استفاده شده است. و به بررسی موارد قانون اعسار و پیشینه پژوهش های مرتبط در این زمینه می پردازیم.

پس از جمع آوری مطالب از میان منابع مختلف فارسی و مراجعه به کتابخانه‌های مختلف و نیز پایگاه‌های اطلاع‌رسانی اینترنتی، اقدام به تهیه فیش از مطالب گردآوری شده می گردد و با مشاوره‌های استاد راهنما مشاور به تدوین مطالب می پردازد.

فصل دوم

تعاریف و تاریخچه

مبحث اول: مفهوم شناسی نسب

در این مبحث به مفهوم شناسی نسب می پردازیم.

گفتار اول: تعریف نسب

هم چنانکه معلوم است ، نسبت عبارت از رابطه خویشاوندی است که از راه خون بین دو یا چند نفر برقرار می شود . نسب را در معنای فرزند و اولاد به کار برده اند به همین جهت در تعریف نسب می توان گفت که رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می کند رابطه ای که کودک با والدین خود دارد گاه از نظر قانون ، به رسمیت شناخته میشود که رابطه مشروع و قانونی است در این صورت کودک، فرزند قانونی و مشروع پدر و مادر است. گاه این رابطه را قانون به رسمیت نمی شناسد . که در این صورت فرزند غیر مشروع پدر و مادر است^۱.

گفتار دوم: اصل و نسب

. تولد هر انسانی ناشی از ارتباط زن و مردی است که او را به وجود آورده اند. این تولد یک نوع ارتباط طبیعی بین طفل و به وجود آورندگان او ایجاد می کند که در اصطلاح حقوقی نسب نامیده می شود^۲.

گفتار سوم: اقسام نسب

اقسام نسب عبارتند از: ۱- نسب قانونی ۲- نسب در حکم قانون ۳- نسب غیر قانونی

بند اول: نسب قانونی

مبنای نسب قانونی، ازدواج و رابطه مشروع بین زن و شوهر است. بنابراین در زمان انعقاد نطفه، باید رابطه زناشویی قانونی بین زوجین برقرار باشد. طفلی که در فاصله بین شش الی ۱۰ ماه از رابطه

^۱ طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی ج ۳، قم، انتشارات اسلامی، قم. ۱۳۷۰ هـ ق، ص ۹۸

^۲ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار. ۱۳۷۸، ۳۸۹

زناشویی ایجاد شود، ملحق به شوهر است زیرا فرض بر این است که زن به شوهر خود وفادار بوده و با مرد دیگری رابطه ندارد. همچنین طفل ناشی از تلقیح مصنوعی نطفه شوهر به زن نیز ملحق به شوهر است ولی طفل ناشی از تلقیح نطفه بیگانه به زن، ملحق به شوهر نیست.^۱

بند دوم: نسب در حکم قانون

نسب در حکم قانون نسبی است که مبنای آن رابطه ناشی از اشتباه و اکراه باشد.

بند سوم: نسب غیر قانونی

نسب غیر قانونی ناشی از رابطه نامشروع بین زن و مرد است.

بند چهارم: آثار قانونی نسب

چنانچه نسب قانونی باشد، قرابت و خویشاوندی ایجاد می کند که این قرابت بر حسب دوری و نزدیکی آثاری را به همراه دارد. این آثار گاهی به صورت حق است مانند حق حضانت و حق ولایت و گاه به صورت تکلیف است مانند تکلیف اطاعت و احترام اولاد نسبت به والدین. از آثار دیگر این قرابت ممنوعیت هایی است که بعضی اوقات ایجاد می شود از جمله آنکه ادای شهادت و کارشناسی برای بستگان و خویشان ممنوع است یا آنکه قاضی نمی تواند در مورد بستگان نزدیک خود حکمیت کند. همچنین ازدواج با خویشاوندان نسبی ممنوع است هر چند این خویشاوندی حاصل رابطه ناشی از شبهه یا زنا باشد.^۲

گفتار دوم: انواع نسب

هر انسانی دارای دو نوع نسب است: ۱- نسب مادری ۲- نسب پدری

^۱ امامی، اسد الله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ج ۵. تهران: دانشگاه تهران، ص ۱۴۶

^۲ محقق داماد، سید مصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده، (نکاح و انحلال آن)، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم

اسلامی، چاپ شانزدهم، پاییز ۱۳۸۶، ص ۱۵۱

^۳ کاتوزیان، ناصر، پیشین، ۲۶۳

بند اول: نسب مادری

اثبات نسب مادری در مقایسه با نسب پدری آسان تر است زیرا دوران حاملگی و زایمان به آسانی قابل پنهان کاری و انکار نیست به خصوص که طبق قانون ثبت احوال تولد هر کودکی ظرف ۱۵ روز پس از به دنیا آمدن او باید به یکی از حوزه های ثبت احوال اعلام و برای طفل شناسنامه گرفته شود. این تکلیف در مرحله اول به عهده پدر و در صورت غیبت او با سایرین از جمله جد پدری، مادر، سرپرست و امین طفل خواهد بود.^۱

بند دوم: نسب پدری:

اثبات نسب پدری به خصوص اگر ناشی از یک رابطه قانونی نباشد، مشکل است و به خصوص در ازدواج های شرعی که بدون ضوابط قانونی انجام می پذیرد (مانند صیغه)، دشوارتر است. هر چند امروزه با آزمایش های مدرن پزشکی و تطبیق گروه های خونی از جمله آزمایش H-L-A برای اثبات نسب کمک گرفته می شود اما باید این واقعیت را پذیرفت که انجام این گونه آزمایش ها به دلیل گرانی و دور بودن روستاها و شهرها برای همه امکان پذیر نیست بنابراین بهتر است برای جلوگیری از مشکلات موجود، این گونه ازدواج ها ضابطه مند و قانونمند شوند.^۲

گفتار سوم: ماهیت نسب

عنوان نسب از مفاهیمی است که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر/مادر) مربوط می شود و در روایات دارای احکام گسترده ای است. با وجود این، تعریف دقیقی از آن ارائه نشده است، هم چنان که در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران، که به احکام نسب اختصاص دارد، تعریفی از نسب دیده نمی شود. بنابراین به منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت نسب، لازم است به مفهوم لغوی و عرفی و هم چنین تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها و حقوق دانان ارائه شده است پرداخته، سپس چگونگی انتساب طفل را به والدین را در نسب پدری و مادری به طور جداگانه پی می گیریم و در پایان در گفتار دیگری شرایط قانون گذار اسلام را برای پذیرش این مفهوم بیان کنیم.

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

^۲ همان، ۱۷۶

گفتار چهارم: مفهوم نسب در فقه و قانون

نسب از نظر لغت مصدر و به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دوستی‌ها است^۱ و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.

با آن‌که باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص یافته است ولی تعریفی از نسب نکرده 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.

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

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد 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^۴

بعضی از حقوق‌دانان 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»^۵ 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»^۶ ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تبیین نکرده‌اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می‌گردد؟

^۱ النسب: مصدر القرابة، جمع انساب المنجد، القرابة: إيقاع 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

^۴ علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، نامه مفید، شماره ۳، صص ۱۶۹ و ۱۷۰

^۵ امامی، اسد الله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ج ۵. تهران: دانشگاه تهران، ص ۱۵۱

^۶ صفایی، سید حسین، امامی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۲. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۹

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 نفی و چه اثباتاً؟ که در این صورت قانونگذاران فقط می‌توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را ندیده انگارند.

با توجه به این که 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 می‌دهد را شناسایی نموده است؛ زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب در نظر داشت، منطق تقنین اقتضا می‌نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعی یا قانونی وجود ندارد. بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می‌کنند 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 فقها اشاره می‌کنیم:

«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»^۱ و یا: «اگر نسب حقیقت شرعی می‌داشت 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 می‌شود»^۲ لذا از آن جا که قانون‌گذار 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:

بنابر عرف، تکون 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 می‌نماید که آن را نسب می‌نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری را مترتب می‌کند. مقصود از اعتباری بودن نسب این نیست که نسب هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن صرفاً در اختیار اعتبارکنندگان است، بلکه نسب از اعتباریات نفس الامری است، به عبارت روشن‌تر، عقلاً و قانون‌گذار در مقابل این منشأ اعتبار (تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند. قرآن کریم نیز

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

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

به این امر اشاره می‌کند: «و هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا...» (واوست کسی که از آب بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و داماد قرارداد...)^۱.
 در این آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشر» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، بلکه به لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تفریع می‌شود از این رو اعتبار و قراردادهای غیر واقعی درباره آن غیر مشروع و بی‌اثر است، چنان‌که در آیه زیر این معنا به صراحت بیان شده است:

«... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ 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 می‌گوید و اوست که به راه راست هدایت می‌کند. آنان را به نام پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی‌شناسید، پس برادران دینی و موالی شمایند و در آنچه اشتباهاً مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آنچه دل‌هایتان عمد داشته است «مسئول هستید»...)

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

«نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود»^۳.

با توجه به همین مطلب است که برخی از حقوق‌دانان در تعریف نسب دقت به عمل آورده و نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک نموده و هر یک را علی‌حدّه تعریف نموده‌اند:
 نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از آن‌ها از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث به وجود آمده است.

^۱ فرقان، آیه ۵۴.

^۲ رضایا 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، ص ۳۲۲

^۳ احزاب، آیات ۴ و ۵

^۴ علوی قزوینی، سید علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، پیشین، ص ۱۹۲

و نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطهٔ 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 رابطهٔ پدر فرزندی و مادر فرزندی است که می‌توان آن را تحت عنوان نسب پدری و نسب مادری قرار داد.

مبحث دوم: تاریخچه نسب

همانطور که بیان شد واژه نسب جمع آن انساب به معنای خویشاوندان و نزدیکان است.^۲ در اصطلاح، انساب به دانشی گفته می‌شود 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 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. سهم شیعیان امامی در باروری و پرداختن به این دانش، اگر بیشتر از اهل سنت نباشد، کمتر نبوده است زیرا این دانش با خاندان رسول الله (ص) و اهل بیت (ع) و با موضوع امامت پیوند ناگسستنی

^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.

دارد. این دانش سهم سترگی از تاریخ‌نگاری شیعیان را به خود اختصاص داده است و ارتباط تنگاتنگی با دانش‌هایی همانند حدیث، رجال و فقه و حقوق دارد. این دانش به عنوان یکی از دستاوردهای برجسته در فرهنگ و تمدن اسلامی است.

در دانش نسب‌شناسی شیعیان، نسابه‌های آنان، بیشتر به حفظ و کنترل اسامی فرزندان و شرح شجره و فضایل اجداد و بیان انشعابات شاخه‌های درخت پربزرگ و باریک‌خاندان، مخصوصاً خاندان اهل بیت (ع) می‌پردازند. غرض آنان از کار خود، پیش‌گیری 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 دانسته‌اند: «للعرب الامثال و علم النسب»^۱ در میان دیگر ملل نیز این دانش مورد اهتمام بوده و برای پیدایش آن تاریخ دقیقی را نمی‌توان ذکر کرد. 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 می‌کردند و برای این کار کسانی بودند که به «سانسور» معروف بوده و کار آنها بررسی نسب افراد بوده است تا حیثاً کسی که شغل، مقام و موقعیت او با نسبش تطبیق نداشته باشد، به موقعیت اجتماعی پیشین خویش بازگردانده شود.^۲ در چین باستان نیز نسب‌شناسی اهمیت فوق‌العاده‌ای داشت چنان‌که گفته شده هیچ ملتی به اندازه ایشان به این دانش اهتمام نداشتند. همچنین در ایران باستان، مرتبه و منزلت اجتماعی افراد بر اساس نسب آنها مشخص می‌شد و این بر خلاف ادعای ابن طقطقی است که گوید: فارسیان اهمیتی به انساب نمی‌دادند.^۳

گفتار اول: نسب در عربستان قبل اسلام

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

^۱ - بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، ترجمه سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه مرعشی، چ 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، تاریخ‌شناسی، ابوعطا؛ کانون فرهنگی آموزش، ۱۳۸۷. ص ۸۷.

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

به سبب عصیت 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.

گفتار دوم: نسب بعد از اسلام

اسلام نه به طور مطلق نسب را نفی و نه آن را به طور کامل پذیرفت بلکه جنبه های منفی آن را کنار نهاد و بر جنبه های مثبت آن صحنه گذاشت. قرآن کریم، این کتاب مقدس، نسب صرف را مایه ارزش ندانسته و حتی در مواردی به نکوهش عرب جاهلی پرداخته که بر حسب و نسبشان افتخار می کردند. مثلاً برخی از تیره های مشهور قریش، 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 و این اقدام ناپسند آنان: «حَتَّى زُرْتُمُ الْمَقَابِرَ»، مورد نکوهش قرار گرفت.

اما در قرآن آیات دیگری (از جمله آیه مودت) 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» و خویشاوندان طبق کتاب خدا بعضی نسبت بر بعضی اولیت دارند» نیز آیه: «... وَتَقَطُّعُوا أَرْحَامَكُمْ» از آن جمله اند. آیات و نیز روایات نقل شده از رسول الله، و کاربرد انساب، موجب شد که مسلمانان، حتی بیش از عصر جاهلی به نسب شناسی روی آورده و در حفظ و گسترش آن بکوشند.^۱

^۱ حضرتی، دانش تاریخ و تاریخ نگاری اسلامی، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲، ض ۶۶

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 هر چند در گذر زمان بر خلاف نگرش اسلام، این دانش بار منفی نیز به خود گرفت اما با رنگ و لعاب اسلامی راه خود را ادامه داد و روز به روز بر شاخ و برگ آن افزوده شد و به عنوان علمی از علوم اسلامی جایگاه رفیعی پیدا کرد 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، علم نسب را از مهم ترین علوم برای امت اسلامی و پرمفعت و بزرگ برشمرده اند. توجه و رشد و بالندگی این دانش در عصر اسلامی، معلول عواملی مختلفی است که اهم این عوامل را می توان چنین برشمرد:

فصل سوم

علوم جدید

در اثبات نسب

مبحث اول: علم ژنتیک

علم ژنتیک علم انتقال اطلاعات بیولوژیکی از یک سلول به سلول دیگر، از والد به نوزاد و بنابراین از یک نسل به نسل بعد است. ژنتیک با چگونگی این انتقالات که مبنای اختلافات و تشابهات موجود در ارگانیسمهاست، سرو کار دارد. علم ژنتیک در مورد سرشت فیزیکی و شیمیایی این اطلاعات نیز صحبت می کند. مبنای گوناگونی ژنتیکی چیست؟ چگونه گوناگونی در جمعیت توزیع می گردد؟ البته تمام اختلافات ظاهری موجودات زنده توارثی نیست، عوامل محیطی و رشدی موجود نیز مهم بوده و بنابراین برای دانشمندان ژنتیک اهمیت دارد. مدت ها قبل از اینکه انسان در مورد مکانیسم ژنتیکی فکر کند، این مکانیسم در طبیعت به صورت موثری عمل کرده، عوامل گوناگونی از حیوانات و جانوران به وجود آمدند که تفاوت های موجود در آنها در اثر همین مکانیزم به وجود می آمد. تغییراتی که در اثر مکانیزم ژنتیکی و در طی دوران متمادی در یک جامعه موجود زنده تثبیت شده تکامل نامیده می شود. تغییرات وسیعی نیز در اثر دخالت بشر در مکانیسم ژنها بوجود آمده که برای او مفید بوده است، جانوران و گیاهان وحشی اهلی شده اند، با انتخاب مصنوعی موجودات اهلی بهتر از انواع وحشی در خدمت به بشر واقع شده اند. بهبود کمی و کیفی شیر، تخم مرغ، گوشت، پشم، ذرت، گندم، برنج و بسیاری از منابع دیگر غذایی در اثر همین دخالت بوده است.

در سال ۱۹۰۲ گارود^۱ و گالتون^۲ که بنیانگذاران ژنتیک پزشکی نام گرفته اند، با بررسی الکا پتون اوری، اولین نمونه توارث مندلی در انسان را گزارش کردند. گارود در گزارش خود با تشکر از همکاری های بیت سن^۳ زیست شناس نتیجه ازدواج های فامیلی را در بوجود آمدن به اصطلاح خطاهای متابولیسم مادرزادی تاکید کرده بود. این اولین نتیجه روش همکاری تحقیقی بین علوم پزشکی و غیر پزشکی بود که تا به حال ادامه پیدا کرده و حاصل آن نیز پیشرفت سریع این علم می باشد. در اواخر دهه پنجاه قرن بیستم، مطالعه علمی کروموزوم های انسان مقدور گشت و نقش نقایص کروموزومی در عقب افتادگی های رشدی و ذهنی، عقیمی و دیگر عوارض روشن شد. جدیداً تعیین نقش کروموزومی ژنها انسان بر روی کروموزومها مشخص شده است. توسعه و کاربرد علم ژنتیک نتایج سودمندی برای پزشکی بالینی داشته است. امروزه تخمین زده می شود که حداقل یک سوم نوزادان موجود در بیمارستانها از بیماری های ارثی رنج می برند. ژنتیک پزشکی در قسمتهای دیگر مانند

¹ Garrod

² Galton

³ Bateson

تشخیص نقایص ژنتیکی قبل از تولد نوزاد نیز پیشرفت کرده است. دانشمندان زیادی در علم ژنتیک بطور مستقیم و غیرمستقیم دخالت داشته اند. در زیر درمورد معدودی از آنها و کار آنها بطور خلاصه صحبت خواهد شد.^۱

ویلیام هاروی^۲ در سال ۱۶۵۱ این نظریه را بیان داشت که تمام موجودات زنده، منجمله انسان، از تخم به وجود می آیند و اسپرم فقط در فرآیند تولید مثل نقش دارد. او پزشک دربار چارلز اول پادشاه انگلستان بود. بعداً پرفسور دانشگاه آکسفورد شد. زمانی که او پزشک پادشاه بود با تشریح یک گوزن ماده در شکارگاه پادشاه مخصوص او شد. بعد از تشریح گوزن مذکور و مشاهده یک جنین در رحم او علاقه به پدیده زندگی پیدا کرد و بتدریج ۸۰ گونه مختلف از حیوانات را تشریح کرد. به علت اینکه میکروسکوپ کشت نشده بود، او قادر به مشاهده تخمکهای پستانداران نبوده، ولی وجودشان را به صورت تئوریک محتمل دانست، موضوعی که بعد از سالها مسلم شد. هاروی همچنین تئوری اپی ژنز^۳ را ارائه داد. طبق این تئوری، در مرحله رشد جنینی، ارگانها و ساختمانهای جدیدی از ماده زنده تمایز نیافته بوجود می آید. ژان سوامردام^۴ (۱۶۳۷-۱۶۸۰)، اهل کشور آمستردام، با بکاربردن میکروسکوپ در سال ۱۶۷۹ مطالعات خود را در مورد رشد حشرات گزارش داد. او رشد را بطور ساده بزرگ شدن یک حیوان ریز ذره بینی به حیوانی کامل می دانست. بعداً با بکار بردن ایده اخیر و اختلالات با تصورات خود تئوری جدیدی در مورد رشدی بنام تئوری پیش تکمیلی^۵ ارائه داد. طبق این تئوری تخم، اسپرم یا زیگوت حاوی موجود کامل روی هم تا شده ایست که در موقع رشد بازمی گردد. این تئوری در مقابل تئوری اپی ژنز ارائه شد. رودلف ژاکوب کامرارایوس^۶ (۱۶۶۵-۱۷۲۱)، پزشک آلمانی، در سال ۱۶۹۴ درمورد گرده افشانی و وجود ارگانهای تولید مثل در گیاهان گلدار گزارش خود را ارائه داد. او نشان داد که در گیاه ذرت، بذرها در صورتی بوجود می آیند که گرده بر روی مادگی پاشیده شود. بنابراین نتیجه گرفت که گرده عضو «نر» و مادگی عضو «ماده» بوده و ارتباط آنها را در قالب چند تئوری و در مورد آمیزش و لقاح توضیح داد.

^۱ مهرپور، حسین، نگرشی به وضعیت حقوقی و شرعی باروری مصنوعی، مجله تحقیقات حقوقی،

شماره ۲۰-۱۹ (۱۳۷۶)، ص ۸۰

^۲ Wiliam Harvey

^۳ Epigenesis

^۴ Jan Swammerdam

^۵ Preformation

^۶ Rudolf Jacob Camerarius

با اینکه از نظر تئوری مطلبی اضافی بیان نداشت، ولی کار او آزمایشات دو رگه‌گیری را ممکن ساخت. او به عنوان اولین شخصی که گیاه دورگه را به صورت مصنوعی بوجود آورد، شناخته شده و گیاهی با آمیزش شاهدانه و رازک بوجود آورد.^۱

گفتار اول: ماهیت مولکولی دی ان ای

بدن انسان و دیگر موجودات زنده از واحد های بنام سلول ساخته شده است هر سلول خود از چندین بخش متفاوت تشکیل شده که هسته یکی از این بخشها ست و درون آن محتوای ژنتیک وجود دارد وقتی سلول در حال تقسیم نیست محتوای ژنتیک به صورت رشته های باریک و درهم تنیده ای دیده می شود و توده ای را تشکیل می دهند که کروماتین نام دارد وقتی سلول برای تقسیم آماده می شود هر کدام از رشته های کروماتین همانند سازی می کنند و کروموزوم (شهریار، غریب زاده، وحید، نیکنام «زیست شناسی ۲» چاپ اول (شرکت چاپ و نشرکتب درسی ایران، ۱۳۸۱ تهران، ص ۱۰۱) مضاعف شده را تشکیل می دهند. «کروموزوم از رشته های باریک و بسیار بلندی به نام دی ان ای^۲ از جنس نوکلئیک اسید و پروتئین بنام هیستون ساخته شده است. زیست شناسان عاملی را که باعث انتقال خصوصیات و ویژگی های یک نوع جاندار از نسلی به نسل دیگر می شوند ماده ژنتیک یا ژنوم می نامند در ماده ژنتیک اطلاعات و دستورالعمل هایی نهفته است که بسیاری از ویژگی های جاندار به آن بستگی دارد کشف ماهیت مولکول دی ان ای و ساختار شکلی آنها نتیجه تلاشها دانشمندانی چون مشیر، گریفت، ایوری، چارگف، ویلکینز، فرانکلین، واتسون، کریک و دیگران است. در سال ۱۸۷۰ میسر از هسته سلول ماده ای استخراج کرد که خاصیت اسیدی داشت و بر همین اساس آن را نوکلئیک اسید (به معنای اسید هسته ای) نام گذاری کرد. نوکلئیک اسید ها پلی مر هستند و واحد های مونومری آنها نوکلئوتید نام دارد. هر نوکلئوتید از سه بخش تشکیل شده است: ۱- قند دئوکسی ریبوز ۲- فسفات ۳- یک باز آلی نیتروژن دار. از اتصال نوکلئوتیدها با یک دیگر پلی مری خطی به وجود می آید که دی ان ای هم از زمره ای این پلی مرها ست .

بعدها ویکلینز و فرانکلین تصاویری از بلورهای مولکول دی ان ای تهیه کرده اند و کشف نمودند که دی ان ای مولکول پلی مری و مارپیچی است که از ۲ رشته پلی مری ساخته شده است و سر انجام

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

^۲ DNA نوبهار رحیم. اعلامیه بینالمللی دادههای ژنتیک انسان: دغدغها، رویکردها وسازگاریهای آن با دیدگاههای

اسلامی. نامه مفید ۱۳۸۴، شماره ۴۶ صفحه ۸۰

واتسون و کریک موفق به ارائه مدل مولکولی دی ان ای در دهه ۷۰ میلادی شدند که این الگو در حال حاضر مدل صحیح دی ان ای می باشد. این مدل همان مدل مارپیچ دو حلقه ای است.^۱

در ساختار هر یک از رشته های دی ان ای فقط چهار نوع نوکلئوتید به کار رفته است که عبارتند از: آدنین (A)، تایمین (T)، سیتوزین (C) و گوانین (G) بنابر این می توان گفت که زبان مولکولی دی ان ای به صورت یک الفبای چهار حرفی (G,C,T,A) است که هر حرف نشان دهنده یک نوکلئوتید است تحقیقات نشان داده است که اطلاعات وراثتی را ترتیب و تعداد بازها تشکیل می دهند و هیچ محدودیتی برای ترتیب و تعداد بازها در یک رشته وجود ندارد. مولکول دی ان ای دارای ۲ رشته است که مانند میله های نردبانی کنار هم قرار گرفته اند. مولکول دی ان ای دارای طول زیادی است. در مجموعه این مولکول نواحی خاصی وجود دارد که توالیهای ویژه ای از اجزاء تشکیل دهنده مولکول دی ان ای در آنها وجود دارد. در واقع همان ژنها هستند که برای ساخت پروتئین کاربرد دارند. یک مولکول دی ان ای هزاران ژن دارد که همانند واگن های قطار به دنبال یکدیگر قرار گرفته اند. از دو رشته تشکیل دهنده دی ان ای در هر فرد یک رشته از پدر و دیگری از مادر منشأ می گیرد هنگام انجام لقاح و تشکیل سلول تخم این دو رشته به هم پیوسته و مولکول دی ان ای دو رشته ایجاد می شود.

«نوع و ترتیب قرار گرفتن نوکلئوتید ها در طول کل ۳۰۰ میلیون نوکلئوتید موجود در دی ان ای انسان، سبب رمز دار کردن آنها می شود که تولید کننده کلیه صفات و خصوصیات ارثی شناخته شده و نیز ناشناخته بشر می باشند. طول رشته دی ان ای که قطر آن در ابعاد نانو متری (۱/۰۰۰۰۰۰۰۰۰ متر) می باشد، بیش از ۲ سانتی متر است.» ژنها در مولکول دی ان ای هر فرد با نظم خاصی قرار گرفته اند که مختص همان فرد است. ترتیب توالی اجزاء تشکیل دهنده ژنها (نوکلئوتید ها) از فری به فرد دیگر متفاوت است.^۲

بنا براین در صورت شناسایی و مطالعه قسمت های خاصی از مولکول دی ان ای و ژنهای موجود در آن و نظر به این که فرمول ژنتیکی و طرز قرار گرفتن اجزاء تشکیل دهنده ژنها در هر فرد از الگوی خاصی تبعیت می کنند. امکان شناخت هویت یک فرد با مطالعه ساختمان دی ان ای او وجود خواهد داشت. همانگونه که اثر انگشت دست خاص هر فرد است. دی ان ای هم خاص او خواهد بود.

۱

۲ مهرپور، حسین، پیشین، ص ۳۹

گفتار دوم: استفاده از اطلاعات ژنتیکی

مواد شانزدهم تا نوزدهم اعلامیه داده های ژنتیکی بیان می کند که مقرراتی را درباره استفاده از داده های ژنتیک انسانی مقرر نموده است. اولین امری که در این راستا مقرر شده این که؛ داده های ژنتیک انسانی و نمونه های زیستی که به منظور تأمین یکی از اهداف مقرر در ماده ۵ اعلامیه جمع آوری شده، نباید برای اهداف متفاوتی که مغایر با رضایت اصلی است، به کار گرفته شوند، مگر آنکه در رضایت آزادانه و آگاهانه پیشینی مطابق مفاد ماده ۸ یا به موجب قوانین ملی جهت حمایت از مصلحت عمومی که مطابق موازین بین المللی حقوق بشر است، مجاز باشد (ماده ۱۶). نمونه های زیستی که برای اهدافی غیر از آنچه در ماده ۵ مقرر شده، جمع آوری شده اند، با رضایت آزادانه و آگاهانه اشخاص مربوطه می توانند جهت استخراج اطلاعات ژنتیک انسانی مورد استفاده قرار گیرند (ماده ۱۷). همچنین بر اساس بند الف ماده ۱۸، دولت ها باید بر اساس قوانین داخلی و توافق های بین المللی خود درباره داده های ژنتیک انسانی و نمونه های زیستی جهت پیشرفت و توسعه درمان های بین المللی و تضمین دسترسی منصفانه (عادلانه) به اطلاعات، همکاری نمایند. علاوه بر این دولت ها باید تمامی تلاش های خود را برای ترویج اصول مندرج در این اعلامیه و ارتقای بین المللی دانش علمی مربوط به داده های ژنتیک انسانی و به ویژه همکاری کشورهای صنعتی با کشورهای در حال توسعه به عمل آورند (بند ب ماده ۱۸). همچنین در ماده ۱۹ مقرر شده؛ مطابق رویه ها یا قوانین ملی و توافق های بین المللی، منافع ناشی از استفاده از داده های ژنتیک انسانی یا نمونه های زیستی جمع آوری شده برای تحقیقات علمی و پزشکی (درمانی) باید برای تمامی جوامع و جامعه بین المللی منظور شود و تمامی آنها در آن سهیم باشند. بر اساس این اصل منافع حاصله ممکن است شامل هر یک از اشکال کمک های ویژه به افراد و گروه های تحت تحقیق، دسترسی به خدمات پزشکی، رایانه تشخیص و امکانات یا داروهای جدید برای درمان، حمایت های درمانی و بهداشتی، امکانات ظرفیت سازی برای اهداف تحقیقی، توسعه و تقویت صلاحیت های کشورهای در حال توسعه و... باشد^۱.

بند اول: ذخیره سازی اطلاعات ژنتیکی

مواد بیستم تا بیست و دوم اعلامیه نیز مقرراتی را درباره ذخیره سازی اطلاعات ژنتیک انسانی مقرر کرده است. بر این اساس در ماده ۲۰ مقرر گردیده؛ دولت ها می توانند به منظور نظارت و مدیریت

^۱ ۷. نوبهار رحیم، پیشین، ص ۹۶

داده‌های ژنتیک انسانی و نمونه‌های زیستی، بر مبنای اصول استقلال، جامع گرایی، تکرر گرایی، شفاف سازی و دیگر اصولی که در این اعلامیه مقرر شده‌اند، ساز و کارهایی را تأسیس نمایند و این ساز و کارها نیز می‌توانند در ارتباط با ماهیت و اهداف ذخیره سازی این اطلاعات بررسی نمایند. همچنین بر اساس ماده ۲۱، داده‌های ژنتیک انسانی و نمونه‌های زیستی جمع آوری شده در یک فرآیند تحقیقات کیفری هنگامی که ضرورتی به ذخیره و نگهداری آن برای مدت طولانی تر از زمان ضروری نباشد، باید معدوم گردد، مگر آنکه قوانین داخلی مطابق با موازین بین المللی حقوق بشر، خلاف این امر را اقتضا نماید. همچنین ذخیره سازی اطلاعات ژنتیکی و نمونه‌های زیستی برای سایر موارد و مقاصد قانونی نیز فقط باید برای مدت ضرورت صورت پذیرد. همچنین مطابق ماده ۲۲، اخذ رضایت در ذخیره سازی داده‌های ژنتیکی برای مقایسه و تطبیق داده‌های ژنتیک انسانی و نمونه‌های زیستی به منظور تشخیص و مراقبت سلامتی و درمانی و دیگر تحقیقات علمی، ضروری است، مگر آنکه قوانین داخلی مطابق موازین بین المللی حقوق بشر، امر دیگر را اقتضا نماید.

بند دوم: جمع آوری اطلاعات ژنتیکی

مواد هشتم تا دوازدهم اعلامیه به مقرراتی پرداخته که جهت جمع آوری داده‌های ژنتیک انسانی رعایت آنها را ضروری دانسته است. اولین امری که مراعات آن جهت جمع آوری اطلاعات ژنتیک انسانی ضروری دانسته شده است، اخذ رضایت آزادانه، آگاهانه و پیشینی شخص تحت پژوهش ژنتیکی بدون انگیزه‌های مالی یا دیگر اهداف شخصی است (ماده ۸). محدودیت‌هایی که بر اصل رضایت در نظر گرفته می‌شود، تنها به موجب دلایلی که در قانون داخلی مقرر گردیده و مطابق با مقررات نظام بین المللی حقوق بشر باشد، مجاز خواهد بود. در مواردی که خود شخص بنا بر دلایلی، قادر به اعلام رضایت نباشد، مطابق قوانین داخلی، رضایت وی باید از نمایندگان قانونی اخذ گردد. در ادامه، ماده ۹ اعلامیه مواردی را بر شمرده که در آنها عدول از رضایت در جمع آوری داده‌های ژنتیک انسانی پذیرفته شده است. همچنین مطابق ماده ۱۰ اعلامیه، اطلاعات مربوط به رضایت، باید حاوی مطالبی باشد که نشان دهد شخص مورد نظر حق آگاهی یا عدم آگاهی از نتایج تحقیقات را دارد. علاوه بر این، در صورتی که آزمایش‌های ژنتیکی ممکن است آثار قابل توجهی برای سلامت فرد داشته باشد، مشاوره‌های ژنتیکی باید به شیوه‌ای مناسب و به گونه‌ای که در راستای تأمین منافع عالیه اشخاص مربوطه باشد، به آنها ارایه گردد (ماده ۱۱). همچنین ماده ۱۲ به عنوان آخرین ماده درباره مقررات مربوط به جمع آوری داده‌های ژنتیکی مقرر می‌نماید؛ هنگامی که اطلاعات ژنتیک انسانی یا نمونه‌های زیستی برای اهداف مربوط به پزشکی قانونی یا دعاوی مدنی،

جنبایی و حقوقی دیگر از جمله تشخیص نسب یا نمونه برداری از مرده یا کالبد شکافی و... باشد، این اقدامات نیز باید مطابق با مقررات داخلی و موازین بین المللی حقوق بشر باشد.^۱

چنان که در قسمت نخست تبیین اعلامیه بین المللی درباره داده‌های ژنتیک انسانی گذشت. در ادامه فعالیت‌ها و تلاش‌های سازمان آموزشی، علمی و فرهنگی ملل متحد [۱]- یونسکو- برای سامان‌دهی مسائل مربوط به پژوهش‌های ژنتیکی و ژنوم انسانی، به منظور تضمین آزادی در امر تحقیق و پژوهش و همچنین حمایت از کرامت انسانی و حقوق و آزادی‌های اساسی بشر و پیشگیری از سوء استفاده احتمالی از تحقیقات مربوطه در این زمینه، این سازمان (یونسکو)، اعلامیه بین المللی درباره داده‌های ژنتیک انسانی را به عنوان دومین سند مهم بین المللی درباره ژنوم انسانی، در سی و دومین کنفرانس عمومی خود در ۱۶ اکتبر ۲۰۰۳ تصویب نمود. نخستین اعلامیه بین المللی در این موضوع با عنوان «اعلامیه جهانی درباره ژنوم انسانی و حقوق بشر» در ۱۱ نوامبر ۱۹۹۷ به اتفاق آراء به تصویب سازمان مزبور رسیده بود پس از گذشت حدود شش سال از تاریخ تصویب نخستین سند در این موضوع، سازمان یونسکو دومین سندش درباره ژنتیک انسانی را به، تصویب رسانده است. در این قسمت ضمن تبیین ادامه مفاد سند حاضر به بیان نکاتی درباره آن پرداخته خواهد شد.

بند سوم: پردازش اطلاعات ژنتیکی

مواد سیزدهم تا پانزدهم اعلامیه حاضر نیز مقرراتی را درباره پردازش داده‌های ژنتیک انسانی مقرر نموده است. بر این اساس، مطابق ماده ۱۳، هیچ کس نباید از دسترسی به داده‌های ژنتیکی خود محروم شود، مگر آن دسته از اطلاعات ژنتیکی که دستیابی به آنها به موجب قوانین داخلی و به جهت حمایت از سلامت عمومی، نظم عمومی یا امنیت ملی ممنوع شده باشد.

امر مهم دیگری که باید در پردازش اطلاعات ژنتیکی مورد توجه قرار گیرد، رعایت اصل محرمانه بودن اطلاعات ژنتیکی و حفظ اسرار مربوطه است که در ماده ۱۴ اعلامیه مورد توجه قرار گرفته است. بر این اساس در بند الف ماده ۱۴ مقرر شده؛ دولت‌ها باید تمامی تلاش خود را در جهت حمایت از حریم خصوصی افراد و محرمانه بودن اطلاعات ژنتیکی، مطابق با قوانین داخلی و موازین بین المللی حقوق بشر به عمل آورند. بند ب ماده مذکور نیز مقرر نموده؛ اطلاعات ژنتیک انسانی مربوط به افراد قابل شناسایی را نباید فاش نمود یا در دسترس افراد ثالث قرار داد مگر آنکه مصلحت

۱. فرامرز، گودرزی، مهرزاد، کیانی، پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق چاپ دوم، انتشارات سمت،

۱۳۸۵، تهران، ص ۱۲۷

عمومی یا رضایت شخص در مواردی که قوانین داخلی مقرر نموده‌اند و مغایر با موازین بین‌المللی حقوق بشر نیست، مقتضی چنین امری باشد.

علاوه بر این حتی زمانی که داده‌های ژنتیکی منجر به شناسایی فرد نمی‌شود، نیز باید تمامی تلاش‌ها جهت تضمین امنیت اطلاعات یا نمونه‌های ژنتیکی به عمل آورده شود (بند پ ماده ۱۴).^۱ در راستای تضمین تحقق اصل محرمانه بودن و حفظ اطلاعات ژنتیکی، ماده ۱۵ مقرر می‌نماید؛ اشخاص و نهادهای مسئول برای پردازش اطلاعات ژنتیک انسانی و نمونه‌های زیستی باید تمامی راهکارهای ضروری جهت تضمین دقت، اطمینان، کیفیت و امنیت این اطلاعات و پردازش نمونه‌های زیستی را به عمل آورند.

مبحث دوم: همکاری علم ژنتیک در اثبات ابوت یا نسب

یکی از مشکلات جوامع در حال توسعه، امروزی شدن، بدون قاعده و قانون افکار جوانان این جامعه‌ها است. این جوانان که اغلب تحصیلات عالی دارند ولی فرهنگ و سواد عالی ندارند، روشنفکری و امروزی بودن را در اموری می‌بینند که گاه با فرهنگ سنتی و دینی ما ایرانیان تضاد کامل دارد، و همین مسئله سر آغاز مشکلات پیچیده‌تر بعدی خواهد شد. پیشرفت و امروزی شدن و همراه شدن با مسیر پیشرونده فرهنگ نه تنها ناپسند نیست، بلکه بسیار هم پسندیده است به شرطی که بر پایه اصول شکل گیرد. تضاد فکری موجود در جامعه امروزی با فرهنگ و سنتهای اصیل ایرانی، و کم شدن احترام و اطاعت از بزرگترها، باعث شده است، جوانان ما گاه قدم در راهی بگذارند که جز گرفتاری و پشیمانی سودی نداشته باشد. یکی از نمادهای امروزی شدن که در گروههای خاصی، نماد اعتبار و افتخار نیز محسوب میشود برقراری ارتباط آزاد و افسار گسیخته با جنس مخالف است. در این مبحث به هیچ عنوان قصد قضاوت یا نقد دیگران وجود ندارد، بلکه تنها هدف، آگاهی دادن به جوانان است تا شاید ناآگاهانه در دام برخی مشکلات گرفتار نشوند.

خانواده به عنوان اصلی‌ترین جزء جامعه در دین و فرهنگ ما دارای تعریف و قوانین خاصی می‌باشد. اغلب این قوانین در راستای حمایت از خانواده و تحکیم بنیان آن است. زیرا خانواده باید محیطی امن جهت پرورش فرزندان که سازنده نسل بعدی هستند، باشد. شاید یکی از مهم‌ترین

۱. مؤذن زادگان حسنعلی، اخلاق زیستی از نظر حقوقی، فلسفی و علمی (فصلنامه حقوق

پزشکی، تهران، ۱۳۸۴، ص ۱۴۰

وظایف هر فرد، تربیت فرزند شایسته و تحویل آن به جامعه است که این مهم امکان پذیر نیست مگر در دامن خانواده و پدر و مادری شایسته. ولی متأسفانه گاهی با اقدامات نادرست خود باعث تولد فرزندان می شویم که بار خطاهای تمام زندگی ما را تا آخر عمر به دوش خود می کشند. یکی از مسائلی که متأسفانه در جامعه امروزی ایران دیده میشود، مراجعه برخی خانمها جهت مشاوره حقوقی در رابطه با موضوع یا نسب است. داستان بسیار ساده و تکراری است، دوستی ساده یک دختر و پسر، پیشرفت روابط، از بین رفتن حرمت ها، ادامه روابط نامشروع، عقد نطفه یک طفل بی گناه، کتمان پدر، مستاصل ماندن مادر^۱.

داستان کلی یکسان است تفاوت اندک در آدمهای قصه و اخلاق آنهاست، بعضی ساده اندو برخی دیگر زیرک و هوشیار، بعضی اتفاقی دچار گرفتاری می شوند برخی با نقشه قبلی و..... متأسفانه این مبحث جزء مباحثی است که به علت رعایت حرمت، در رسانه های عمومی کمتر به آن به پرداخته شده است. شاید اگر جوانان ما، بویژه برخی دختر خانمها با مشکلات و موانعی که سر راه آنها قرار میگیرد و نکات قانونی و پزشکی و..... آشنایی بیشتری داشته باشند کمتر به این گرداب کشیده شوند. در این بحث بیشتر به مسائل پزشکی اثبات نسب و معرفی روشهای موجود پرداخته می شود ولی به علت وابستگی نزدیک با مسائل حقوقی ناگزیر از بیان برخی مسائل حقوقی موضوع نیز می باشیم. قبل از ورود به بحث اصلی، لازم است ابتدا به نکات مختصری در مورد علم وراثت پرداخته شود. بدن انسان از تعداد بسیار زیادی سلول تشکیل شده است اغلب این سلولها دارای یک هسته می باشند، هر هسته حاوی رشته های دی ان ای (دی-ان-ای) است و هر کدام از رشته های دی ان ای حاوی ژن هستند. ژن ها اطلاعات ژنتیکی هر فرد را در خود جا داده و عامل اصلی توارث میباشند. هر انسان محتوای ژنی خود را از پدر و مادر دریافت میکند به این صورت که از ۴۶ عدد کروموزوم موجود در هسته هر سلول ۲۳ عدد از مادر و ۲۳ عدد از پدر به فرزند می رسد. پس طفل مخلوطی از یک نیم مجموعه کروموزوم پدری و یک نیم مجموعه کروموزوم مادری است. ژنتیک علمی است نوو به ارث رسیدن صفات از والدین به فرزندان را بررسی می کند. این علم گرچه در تحقیقات جنایی و اثبات نسب جایگاه ویژه ای پیدا کرده است ولی با توجه به سنت گرا بودن قوانین حقوقی ایران هنوز جایگاه اصلی خود را در حقوق نیافته است.

۲. ^۱ گنجینه آرای فقهی - قضایی، مرکز تحقیقات فقهی، سؤال ۲۲۸.

گفتار اول: بررسی آزمایشان ژنتیکی مختلف در تعیین نسبیت

بند اول: آزمون دی ان ای

آزمون شناسایی هویت از طریق دی ان ای که به اثر انگشت ژنتیکی هم معروف است یکی از قطعی ترین آزمونهای تعیین نسب است. البته لازم به ذکر است که بررسی دی ان ای 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^۱

نحوه انجام تست به این صورت است که پس از دریافت سلول حاوی دی ان ای ابتدا از طریق یک عمل آزمایشگاهی به نام پی - سی - آر^۲ میزان این دی ان ای را تکثیر می کنند تا افزایش پیدا کرده و قابل بررسی باشد. سپس برشهای لازم را روی دی ان ای وارد کرده و در نهایت یک عکس از الگوی دی ان ای تهیه می شود که قابل بررسی و نیز مقایسه با سایر الگوها به دست آمده از فرد دیگر است نمونه نوزاد میتواند ۳-۵٪ سی سی خون بند ناف نوزاد تازه متولد شده یا ۵٪ سی سی خون پاشنه پای نوزاد باشد. در مورد پدر فرضی نیز ۷-۳ سی سی خون کفایت میکند. از نظر پزشکی راههای دیگری نیز برای دستیابی به سلول جنین وجود دارد.

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 P.C.R

بند دوم: آزمون پی - سی - آر

این روش فوق العاده ساده بوده و با استفاده از تغییرات حرارت می توان چندین فرآیند را به دنبال همدیگر انجام داد. با این تکنیک می توان به عنوان یک روش قدرتمند تشخیص بالینی^۱ برای وجود موتاسیون ها در ژنوم انسانی ، یا برای وارد کردن جهش های ویژه به داخل ژن همسانه شده ، استفاده کرد. پی - سی - آر بطور دستی و با قرار دادن پر زحمت و انتقال لوله های آزمایش بین حمام های آب دارای دمای لازم ، بوجود آمد. امروزه دستگاههایی بطور تجارتي تهیه می شوند که در آنها جایگاه های لوله ای با بلوک فلزی حرارت پذیر تعبیه شده است و قابل برنامه ریزی برای تغییر سریع بین دماهای لازم است. π چرخه پی - سی - آر ، دی ان ای مورد نظر را $\pi 2$ بار تکثیر می کند. در گذشته معمولاً از روش های شیمیایی برای تولید قطعات نوکلئوتیدی استفاده می کردند، اما این روش ها پر زحمت بوده و نیاز به مدت زمان طولانی داشتند از سال ۱۹۸۰ به بعد عمدتاً از روش پی - سی - آر در آزمایشگاه های زیست شناسی مولکولی استفاده می شود.^۲

گفتار دوم: اثبات نسب با آزمایشهای متفاوت دی ان ای

بند اول: نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین^۳

این یک روش تشخیصی دقیق در روشهای تشخیص قبل از تولد برای بیماریهای ژنتیکی مثل سندرم داون یا منگولیسیم است و به شما نشان می دهد که جنین شما سالم است یا خیر؟ نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین معمولاً بین هفته ۱۱ تا ۱۲ حاملگی انجام می شود. با توجه به اینکه در این روش یک نمونه کوچک از پرزهای جفتی جنین گرفته می شود و از مایع آمنیوتیک دور جنین گرفته نمی شود، یک روش متفاوت از آمنیوسنتز است.

بند دوم: روش انجام نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین

¹ Diagnostic

1. ² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), UN, G.A. Res. No 2200A (XXI) of 16 Dec. 1966

³ CVS

نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین از دو طریق ترانس- سرویکال یعنی از راه واژن و سرویکس (دهانه رحم) و یا از راه شکم انجام می شود که بستگی به محل جفت در ساک حاملگی و دسترسی به آن دارد. در طی این کار با یک سوزن و یا یک کاتترهای نرم تعدادی از سلولهای جفت را که شامل اطلاعات ژنتیکی جنین است خارج کرده و جهت بررسی به آزمایشگاه ژنتیک ارسال می شود.

بند سوم: روش های نمونه در آزمایشگاه

۱- روش پی سی آر : که سریع است و در عرض ۲-۳ روز به شما نتایج را اعلام می کند.
۲- روش کاریوتیپ که نیاز به کشت سلول دارد و در عرض ۲-۳ هفته بطول می انجامد.
خطرات نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین در مقابل آمنیوسنتز
احتمال سقط بعد از نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین معمولاً ۲ در هر ۱۰۰ مورد است، در حالیکه در آمنیوسنتز ۱ در هر ۱۰۰ مورد است. اگر نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین قبل از هفته ۱۰ انجام شود، احتمال آنومالی اندامی و چهره افزایش می یابد.
یکی دیگر از مشکلات نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین احتمال آلودگی به سلولهای و بافت مادری وجود دارد.
به علاوه هنوز در مورد بیمارانی که دچار ایدز هستند، مشخص نیست که آیا این عمل باعث انتقال عفونت به جنین آنها می شود یا خیر؟ و بنابراین در این بیماران توصیه نمی شود.

بند چهارم: عوارض نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین:

در صورت بروز هرگونه علائم زیر پس از انجام نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین حتماً پزشک خود را مطلع کنید:
- خونریزی یا ترشح مایع از واژن
- انقباضات رحمی
- احساس لرز

بند پنجم: قطعی بودن نتایج نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین

هر چند نمونه گیری از پرزهای جفتی جنین اختلالات ژنتیکی و کروموزومی را بخوبی نشان می دهد ولی ممکن است نتایج ۱۰۰٪ نباشد، زیرا ممکن است در برخی از افراد مسئله موزائیسیم مطرح باشد.

پدیده موزائیسیم یعنی که از ۴۶ کروموزوم هر فرد ممکن است، تعدادی از آنها طبیعی باشد و برخی دیگر که غیرطبیعی و در هنگام نمونه برداری به عنوان مثال آن بخش کوچکی از سلولهای ناسالم یا سالم برداشته شده باشد. در حالیکه این اتفاق در آمیوستنز که از آب دور جنین نمونه گرفته می شود دیده نمی شود.

گفتار سوم: تکنیک آر اف ال پی^۱

آر اف ال پی اولین بار در سال ۱۹۷۴ به عنوان یک مارکر ژنتیکی توسط گروزدیکر^۲ و همکاران برای تعیین جهش در ویروس به کار گرفته شد. استفاده از آر اف ال پی به عنوان مارکر بیماری ژنتیکی اولین بار توسط دزی و کن^۳ (۱۹۷۴) برای آنالیز بیماری کم خونی داسی شکل به کار گرفته شد. بوتستین^۴ و همکاران ۱۹۸۰ تئوری پایه این روش را برای نقشه یابی ژنهای مرتبط با بیماری در انسان مطرح کردند. شوترن^۵ روش انتقال الگویی ان ای و پروب (کاوشگر) از ژل به غشاء نیتروسلولزی در آر اف ال پی را ابداع کرد. بک من^۶ (۱۹۸۶) برای اولین بار استفاده از این نشانگر را مطرح نمود. کاربردهای مهم همچون نقشه یابی و دستکاری مکانهای ژنهای کنترل کننده صفات کمی با استفاده از آر اف ال پی در سال ۱۹۸۳ توسط بکمن بیان گردید. با گسترش کاربرد این نشانگر قدرتمند چند ژن یا ژنوم آنالیز شدند تعدادی از گونه های دام چون گاو، گوسفند، بز، اسب، خوک و جوجه نیز با استفاده از این نشانگر آنالیز شدند

مشخص شده است که ژنوم موجودات به طور طبیعی دارای تفاوت هایی در ردیف بازهای خطی می باشند این تغییرات طبیعی که سبب گوناگونی در افراد یک جمعیت می شود چند شکلی ژنتیکی نام دارد. اگر این چند شکلی در ردیف بازهای ان ای در جایگاه شناسائی آنزیم محدود کننده ایجاد شده باشند به راحتی قابل ردیابی است. آر اف ال پی وجود الگوهای غیریکسان است که بر اثر هضم آنزیمی یک ناحیه خاص از دی ان ای بوسیله آنزیمهای محدود کننده مشخص می شود. این

¹ RFLP

² Grodzicker

³ Kon & Dozy

⁴ Botstein

⁵ Southern

⁶ Backman

الگوهای غیریکسان به علت تفاوتی ان ای بسته به حضور یا عدم حضور جایگاه آنزیمهای محدود کننده بوجود می آید این الگوها را به دو شکل می توان مشخص کرد^۱.

بند اول: آنزیمهای محدودگر

آنزیمهای برشی دسته ای از آنزیمهای آندو نوکلئاز به شمار می روند که یک ردیف اختصاصی از بازها را در درون مولکولدی ان ای دو رشته ای شناسائی می کنند در سال ۱۹۷۰ سویه های معینی از باکتری که قادرنددی ان ای خارجی را که وارد سلول آن شده تجزیه کنند، کشف گردید. چون با این آنزیمها، سویه های ویژه ای از باکتری قادر بودند که آلوده کنندگی فاژ یا ویروس را کاهش دهند و در واقع زمان میزبانی باکتری را محدود کنند به اسم آنزیم محدودگر نامیده می شدتد. به دلیل اهمیت این پدیده و نقش کلیدی آن در پیشرفت ملکولی کاشفین این آنزیمهای محدودگر سه نفر به اسم آلبر^۲ اسمیت^۳، ناتنز^۴ بودند که موفق به دریافت جایزه نوبل شدند در بیشتر مواقع توالی شناخته شده این آنزیمها یک پالیندروم است که معمولاً شامل چهار شش جفت باز دارای تقارن دو طرفی است، یعنی از چپ و راست به یک صورت خوانده می شود^۵.

بند دوم: لکه گذاری^۶

برای انجام عمل هیبریداسیون لازم است که علاوه بر قطعه کاوشگر، قطعاتدی ان ای هضم شده نیز تک رشته ای شوند لذا ابتدادی ان ای روی ژل آگارز که حاوی قطعات هضم شده است در محلولهای قلیائی مثل اوره یا فرمالدئید یا هیدروکسیدسدیم تک رشته می نمایند. سپس صفحه ای از غشاء نیترو سلولزی را روی قسمت فوقانی ژل قرار داده و روی آن غشاء مقداری کاغذ جاذبه الرطوبه می گذارند محلول بافر تانک الکتروفورز بوسیله فشار اسمزی کاغذ فوقانی بالا کشیده می شود و حین عبور از ژل

^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 ۹۹

^۲ Albet

^۳ Smith

^۴ Nathan

1. ^۵ 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

^۶ Southern

به غشاء نیترو سلولزی که دارای بار مثبت است منتقل می‌گردد. با تسهیل عمل هیبریداسیون بین کاوشگر و قطعاتی ان ای هضم شده در معرض پروب نشاندار رادیواکتیو در نقاطی که همولوژی وجود دارد هیبرید می‌گردد. قطعاتی که هیبریداسیون در آنها صورت نگرفته است از محیط شسته می‌شوند و سپس از غشای نیترو سلولزی در مجاورت فیلم عکاسی اتورادیوگرافی بعمل می‌آید پس از ظهور و ثبوت فیلم قطعات ویژه‌ای از دی ان ای که با پروب هیبرید هستند به صورت یک باند مرئی دیده می‌شود شکل زیر مراحل انجام لکه‌گذاری را نشان می‌دهد. مزایای RFLP عبارت است از موارد زیر می‌باشد:

- تحت تأثیر محیط نیست و صد درصد ژنتیکی است

- همباز است

- تکرار پذیری آن بالاست^۱

گفتار چهارم: روش PCR-SSCP AFLP

زابیو^۲ و همکاران (۱۹۹۳) روش جدیدی را تحت عنوان تکثیر قطعات برش یافته انتخاب ابداع کردند که حاصل آن AFLP است. این روش ترکیبی از PCR و RFLP می‌باشد. در سال ۱۹۹۵، Vos و همکاران از این روش برای انگشت نگاری ژنومهای که از لحاظ چند شکلی در طول قطعات حاصل از هضم، بسیار بهم نزدیک بودند استفاده نمودند

بند اول: مزایای AFLP

نیاز به پروب ندارد دمای اتصال پرایمر به الگو بسیار بالاست
معمولا غالب است و زمانی همباز است که سایت برشی پلی مورفیک کاملا داخل قطعه باشد

بند دوم: ریزما هواره ها

1. ¹ Bennett M (1995). Admissibility Issues of Forensic DNA Evidence. Nebraska Law Review 444: 14

² Zabeau

واژه ریزماهور در سال ۱۹۸۵ بوسیله Jeffery مطرح گردید و مفهوم آن توالیهای کوتاه تکرارشونده در ژنوم موجودات می باشد. ریزماهورها توزیع وسیعی را در اکثر گونه های مهره داران به خود اختصاص داده اند معمولترین تکرارها در ژنوم پستانداران، تکرارهای دو نوکلئوتیدی CA)n و (CT)n و dG - dT می باشد.

تعداد باز موجود در هر ردیف تکرار شونده ممکن است دو، سه، چهار یا حتی بیشتر با برای طراحی پرایمر از خود این نوکلئوتیدهای تکراری استفاده می شود. کاربرد میکروساتلیتها به عنوان آغازگر اولین بار توسط لیکفدت و همکاران بحث شده است چون میکروساتلیتها چند شکلی بالائی دارند می توانند به آسانی در PCR ردیابی شوند. نقشه یابی ژن با این مارکر در گونه های مانند گاو که بیش از ۴۰۰ میکروساتلیت شناخته شده دارد، سریعتر صورت خواهد گرفت در حالی که هر دو الل یک مکان ژنی را می توان با RFLP مورد تجزیه قرار داد، در میکروساتلیت بندرت می توان تعیین کرد یک قطعه خاص در حالت هموزیگوت یا هتروزیگوت بوجود آمده است. از میکروساتلیت برای کشف اشتباهات موجود در ثبت والدین برای نتاج در مراکز اصلاح نژاد استفاده می شود و در پیش بینی ارزشها اصلاحی بکار گرفته می شود. بعضی از مشکلات استفاده از ماهورها به شرح زیر است.

عملیات شناسائی ریز ماهورها، تعیین توالی بازی آنها و طراحی و ساخت آغازگرها تهیه نقشه ژنتیکی بسیار پیچیده بوده و مستلزم صرف وقت و هزینه فوق العاده است. به علت پلی مورفیسم زیادتر از حد ریز ماهورها کاربرد آنها فقط در رده بندی های درون گونه ای پیشنهاد می گردد Lucy و همکاران (۱۹۹۸) از این مارکر برای بررسی پلی مورفیسم در ناحیه پیش بر (پروموتور) ژن گیرنده هورمون رشد استفاده نمودند^۱.

گفتار پنجم: کاربرد تعیین هویت یا انگشت نگاری دی ان آ (DNA)

بدن ما از مجموعه ای از سلول ها تشکیل شده است. در داخل همه سلول ها (غیر از گلبول قرمز خون) هسته قرار دارد و در داخل هسته عوامل وراثتی یا دی ان ای قرار دارد. دی ان ای ها بر روی ۴۶ عدد کروموزوم قرار دارند. هر فرد نیمی از کروموزوم ها را از پدر و نیمی را از مادر خود دریافت می کند. دی ان ای از ۴ جفت باز تشکیل شده است A، C، G و T (آدنین، سیتوزین، گوانین و تیمین). اگر دی ان ای یک کروموزوم سالم را باز کنیم؛ یک رشته بسیار طولی از ۴ باز فوق را

-
1. ¹ Home Office (2006). DNA Expansion Programme Reporting achievement. Forensic Science and Pathology Unit 28: 22.

خواهیم دید. در طول این رشته بسیار طویل مناطقی وجود دارند که ممکن است چند باز چندین بار تکرار شوند. معمولاً تعداد تکرارهای به ارث رسیده از پدر و مادر متفاوت هستند مثلاً برای محل فوق ممکن است پدر واجد ۸ و ۶ و مادر واجد ۱۱ و ۱۰ تکرار باشد. لذا هر فرزند ممکن است ۱۰ و ۶ یا ۱۱ و ۶ یا ۱۰ و ۸ یا ۱۱ و ۸ تکراره باشد. این محل ها معروف هستند به STR^۱ هرگاه چندین محل STR مستقل را با هم بررسی کنیم؛ ردیف شدن عددها مانند بارکد بر روی مواد و وسایلی که از فروشگاه ها خریداری می کنیم؛ منحصر به فرد خواهد بود. با فناوری که امروز در اختیار داریم؛ احتمال این که بارکد ژنتیکی یا پروفایل یک فرد اتفاقی شبیه فرد دیگری باشد کمتر از ۱۹-۱۰×۱ می باشد. یعنی با بررسی ۱۶ محل STR امکان اینکه دو نفر اتفاقی شبیه هم باشند؛ تقریباً صفر است زیرا ۱۰۱۹ نفر جمعیت بر روی کره زمین زندگی نمی کنند!

از طرفی این پروفایل یا بارکد ژنتیکی برای تمام سلول های ما یکسان است. لذا با گرفتن نمونه بیولوژیک (خون، بزاق، گوشت، مو، پوست و استخوان و ...) از هر قسمت بدن می توان نمونه را تعیین هویت کرد و پروفایل فرد را مشخص کرد و آن را با نمونه مورد نظر مقایسه نمود^۲.

بند اول : سیر تحول انگشت نگاری ژنتیکی^۳

تکنیک انگشت نگاری ژنتیکی در سال ۱۹۸۵ برای اولین بار توسط پروفیسور سر آلف جفری از دانشگاه لستر انگلستان ابداع شد. وی متوجه شد نواحی و نقاطی روی دی ان ای افراد وجود دارد که می توانند کلیه اطلاعات بیولوژیکی و حیاتی انسان ها را انتقال دهند.

دکتر حمید رضا خرم خورشید که متخصص ژنتیک انسانی از دانشگاه لستر انگلستان و از همکاران پروفیسور آلف جفری نیز بوده است در این زمینه می گوید: این نواحی از دی ان ای در افراد مختلف متفاوت است و از سه میلیارد جزء تشکیل شده که پشت سر هم قرار دارند.

وی گفت از کل این اجزاء حدود یک و نیم تا دو درصد ژن ها هستند. در ۹۸ درصد باقی مانده هنوز فعالیت خاص و شناخته شده ای وجود ندارد که در عین حال در همین ۹۸ درصد تکه هایی هست که در افراد مختلف بسیار متفاوت است.

اگر تعدادی از این نواحی تکراری در چندین ناحیه مختلف با هم مقایسه شود؛ اطلاعاتی را نشان می دهند که بیانگر هویت افراد و نشان دهنده نسبت افراد هم است. به این نقاط تکراری که در دی ان ای

^۱ Short Tandem Repeat

^۲ مهرپور، حسین، ص ۱۰۳

^۳ Genetic Finger printing

افراد وجود دارد؛ مارکرهای ژنتیکی^۱ هم گفته می شود. این نواحی تکراری نه تنها در تعیین هویت ژنتیکی افراد کاربرد دارند؛ بلکه در مسایل حقوقی و قانونی کارایی های فراوانی دارد و از همین رو آن را اثر انگشت ژنتیکی^۲ نامیده اند. در حوادثی که جسد به شدت از بین می رود؛ با استفاده از کوچکترین بافت و سلول باقی مانده حتی یک تار مو می توان اطلاعات ژنتیکی افراد را استخراج و هویت ژنتیکی او را مشخص کرد. با خارج کردن دی ان ای فرد از همان مقدار کم باقی مانده و مقایسه آن با دی ان ای خانواده های قربانیان، شناسایی کامل صورت می گیرد که روشی بسیار سریع و دقیق و صد در صد قابل اعتماد است. این نوع شناسایی افراد در هر نوع حادثه ای و در حوادث کشتار جمعی و سیل و زلزله، طوفان و سونامی که ممکن است شمار زیادی از افراد جان خود را از دست بدهند امکان پذیر است.

چندی قبل یک فروند هواپیمای بویینگ ۷۳۷ که از بیشکک پایتخت قرقیزستان عازم ایران بود؛ اندکی پس از بلند شدن از باند فرودگاه دچار سانحه شد و سقوط کرد. در این سانحه هوایی ۷۱ نفر جان خود را از دست دادند که ۴۳ تن از جان باختگان ایرانی بودند. بعد از این حادثه از تعداد ۴۰ خانوار رجوع کننده، پروفایل دی ان آ ۲۸ خانواده آماده شده و در مقایسه با پروفایل آماده شده از اجساد و خانواده آنها، هویت قطعی ۱۵ جسد شناسایی شد.^۳

بند دوم: انگشت نگاری ژنتیکی در پزشکی قانونی

در این روش با استفاده از کوچک ترین اثر باقی مانده از مجرم دی ان ای فرد استخراج می شود. ذره ای از بزاق، ناخن، مو و حتی ته سیگار به جای مانده از فرد که اثری از سلول های او روی آن باقی می ماند؛ برای متخصص جهت تشخیص هویت کفایت می کند. اگر یک بانک اطلاعاتی باشد که اطلاعات ژنتیکی تمامی مجرمین در آن ثبت شود و به عبارتی پروفایل ژنتیکی آنها تهیه شده باشد؛ با مقایسه اطلاعات به دست آمده سرعت عمل تشخیص مجرمین بالا می رود. هم اکنون در بسیاری از کشورهای پیشرفته جهان، اطلاعات ژنتیکی تمامی مجرمین تهیه شده و پروفایل آنها طرح شده است اما در ایران هنوز این بانک اطلاعاتی طراحی نشده است.^۴

^۱ Genetics markers

^۲ Genetic Fingerprint

^۳ فرامرز، گودرزی، پیشین، ص ۹۵

^۴ 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): 98

بند سوم: انگشت نگاری ژنتیک در مسائل حقوقی

مواردی که پدر یک کودک معلوم نباشد؛ با تهیه مارکرهای ژنتیکی پدر و مقایسه آن با مارکرهای ژنتیکی کودک، هویت ژنتیکی کودک را می توان تشخیص داد.

بند چهارم: انگشت نگاری دی ان ای برای تعیین جنسیت

با استفاده از اطلاعات ژنتیکی، می توان اجساد و بقایای باقی مانده از انسان هایی را که سالیان درازی است که از بین رفته اند؛ تعیین جنسیت کرد.

برآورد پارامترهای جمعیتی

با استفاده از انگشت نگاری دی ان ای می توان تمایز ژنتیکی، تعداد مهاجران در هر نسل و میزان هم خونی را برآورد کرد. به خصوص با استفاده از این ابزار قدرتمند، زمان اشتقاق گونه ها را نیز می توان محاسبه نمود^۱.

تأیید صحت ادعاهای شبیه سازی

یکی از موارد جالب کاربرد انگشت نگاری ژنتیکی، آزمون صحت ادعاهای موجود در رابطه با شبیه سازی می باشد. به عنوان مثال در گوسفند دالی که اولین پستانداری بود که به روش انتقال هسته سوماتیک به وجود آمد؛ این آزمون توسط Ashworth و همکاران در سال ۱۹۹۸ صورت گرفت و با انگشت نگاری ژنتیکی مشخص شد که این گوسفند حامل ۷ اللی ریزه ماهواره ای است که در جمعیت سلولی سازنده اش وجود داشته است و تردیدهای موجود بی مورد است.

¹Linacre A (2003). The UK National DNA Database. The Lancet 361:1841- 63

فصل چهارم

دانش فقهی و حقوقی

اثبات نسب

مبحث اول: دانش حقوقی برای اثبات نسب

قانون گذار "اماره قانونی" را یکی از راه های اثبات نسب دانسته است به شرط آنکه ازدواج مادر طفل با 'مردی که به عنوان پدر طفل معرفی می شود، مسلم باشد. طبق فرض قانونی، طفلی که نطفه اش در زمان زوجیت مادر با مردی منعقد شده باشد، متعلق به آن مرد است. به این فرض، "اماره قانونی" گفته می شود. در تعریف اماره قانونی می توان گفت: عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون دلیل بر امری شناخته می شود و البته این تعریف بسته به زمانی که طفل به دنیا بیاید، یعنی در زمان زوجیت (زمانی که زن و شوهر با هم زندگی می کنند) یا پس از جدایی زن و مرد (انحلال نکاح)، متفاوت است:

الف) اماره قانونی نسب پدری در زمان زوجیت: به موجب قانون طفل متولد شده در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است به شرط آنکه از تاریخ ازدواج تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد. بنابراین با وجود اماره قانونی مذکور، طفل برای اثبات نسب خود احتیاج به دلیل دیگری نخواهد داشت. چنانچه نسب پدری شخصی با اماره قانونی فوق منطبق باشد و این مساله ثابت شود، نسب پدری و مادری هر دو قانونی خواهد بود. ب/۱) اماره قانونی نسب پدری پس از انحلال نکاح (جدایی) هنگامی که مادر ازدواج مجدد نکرده باشد: به موجب این اماره قانونی هر طفلی که پس از جدایی زن و مرد متولد شود، ملحق به شوهر است به شرط آنکه:

۱-مادر هنوز ازدواج نکرده باشد.

۲-از تاریخ جدایی تا روز تولد طفل بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد.

ب/۲) اماره قانونی نسب پدری طفل پس از جدایی زن و شوهر هنگامی که مادر ازدواج مجدد کرده باشد: چنانچه بین زن و شوهر جدایی حاصل شود و زن ازدواج مجدد کند و پس از ازدواج مجدد او طفل متولد شود، ملحق به شوهری است که طبق اماره قانونی الحاق او را به یکی از دو شوهر ممکن می کند. به این معنی که اگر از تاریخ جدایی اول ۱۰ ماه نگذشته و نکاح دوم به شش ماه رسیده باشد، طبق اماره قانونی طفل متعلق به شوهر دوم است مگر آنکه اماره قانونی قطعی دیگری خلاف آن را ثابت کند. در هر صورت چنانچه امارات قانونی به نحوی باشد که الحاق طفل را به هر دو شوهر ممکن سازد، با استفاده از تشخیص پزشکی می توان الحاق طفل را به یکی از دو پدر امکان پذیر کرد.

^۱ کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، پاییز ۱۳۸۷، صص ۳۷۹ و ۳۸۰.

گفتار اول: نسب ناشی از شبهه

نسب ناشی از شبهه آن است که زن و مرد یا یکی از آن‌ها بر اثر اشتباه موجب تولد طفلی شوند. طفلی که به این طریق متولد شود، ناشی از شبهه و نسب او به هر یک از پدر و مادر، در حکم نسب قانونی است. اگر شبهه از هر دو طرف باشد، نسب طفل نسبت به هر دو طرف نسب در حکم قانونی است و اگر شبهه از یکی از دو طرف باشد، نسبت به آنکه در شبهه بوده نسب در حکم قانونی است. نسب ناشی از زناطفلی که از یک رابطه نامشروع متولد شود، نسب او غیر قانونی است. در این حالت هر چند نسب طفل نسبت به پدر غیر قانونی است ولی در صورت اثبات این موضوع که طفل، حاصل رابطه غیر مشروع زن و مرد معین و مشخص است، مرد (به عنوان پدر عرفی طفل) موظف است نفقه فرزند نامشروع را بپردازد و برای او شناسنامه بگیرد.

گفتار دوم: دعوی نفی ولد

دعوی نفی ولد عبارت از دعوایی است که به موجب آن پدر باید در دادگاه ثابت کند که طفل متولد شده از نطفه او نبوده و ملحق به او نیست. طبق قانون حداکثر مدت طرح چنین دعوایی دو ماه از تاریخ تولد طفل پیش بینی شده است و پس از آن دعوی مزبور مضمول مرور زمان شده و قابل طرح نیست مگر آنکه شوهر ثابت کند با حيله و نیرنگ تاریخ تولد طفل را از او مخفی داشته اند که در این صورت شروع دو ماه برای طرح دعوی، از تاریخ اطلاع او از تولد طفل است. دعوی نفی ولد از پدری که اقرار به الحاق طفل به خود کند یا اقدامی کند که حاکی از نوعی اقرار باشد (مثلاً برای طفل شناسنامه بگیرد یا نام انتخاب کند)، پذیرفته نخواهد شد. پی نوشت: اکراه: عملی تهدید آمیز است از طرف کسی نسبت به دیگری به منظور تحقق فعل یا ترک فعل به نحوی که نتیجه آن به صورت خطر و ضرر جانی و مالی و ناموسی برای شخص یا یکی از اطرافیان باشد.

^۱ صفایی، سید حسین و امامی، اسد الله؛ مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۶، ص

گفتار سوم: شرایط قانون‌گذار اسلام در پذیرش مفهوم عرفی نسب

نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. از نظر فقهی نسب، یک امر طبیعی است و اساس تحقق نسب و منشأ اصلی الحاق طفل به شخص ذکور و اناث، همان انعقاد نطفه از دو شخص مذکور بوده است، همان چیزی که در عرف عام اجتماعات قبل و بعد ظهور اسلام به عنوان منشأ نسب مطرح بوده و است. آن‌چه مسلم است این است که پس از ظهور اسلام، این مبنای طبیعی مورد انکار شارع مقدس قرار نگرفته است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد، بلکه در فقه نیز نسب به همین معنی عرفی اطلاق می‌گردد؛ منتها در یک مورد، نسب طبیعی مورد شناسایی حقوق اسلام قرار نگرفته است و آن مورد مربوط به زنا است «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لایثبت مع الزنا» از منظر حقوق، قانون مدنی ایران نیز در این مورد، از اسلام متابعت کرده و بر مقررات آن، چیزی نفیاً یا اثباتاً نیفزوده است. لذا به موجب ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، قانون‌گذار فقط زنا را مانع تحقق نسب مشروع دانسته است. بنابراین در هر مورد که زنا صادق نباشد مانعی در انتساب طفل به شخصی که از نطفه او تکنون پیدا کرده است وجود نخواهد داشت.^۱

گفتیم که قانون‌گذار اسلام عنوان نسب را که عرف از رابطه تکوینی (تکون و پیدایش از نطفه والدین) انتزاع و اعتبار کرده، امضا و مشروع قلمداد کرده و تنها در نسب ناشی از زنا تصرف نموده است؛ حال سؤال این است که آیا قانون‌گذار اسلام در مفهوم نسب تصرف کرده است؟ به عبارت دیگر تصرف شارع اسلام در نسب ناشی از زنا سبب می‌شود که در مفهوم نسب تصرف کرده باشد یا نه؟ تصرف قانون‌گذار براساس چه دلیل و مصلحتی می‌باشد؟ سؤال اصلی دیگر در این قسمت این است که معیار تشخیص نسب مشروع چیست؟ آیا هر طفل که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می‌شود، در شرع هم تا زمانی که ناشی از زنا نباشد، این وصف را دارا است یا این که نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آن‌چه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، نامشروع است؟

گفتار چهارم: دلیل تصرف قانون‌گذار در مفهوم عرفی نسب

در این زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب، بر این باورند که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی برای ما بیان نشده و از حرمت زنا، نفی نسب استفاده شده است در

^۱ محقق داماد، سید مصطفی؛ بررسی فقهی حقوق خانواده، (نکاح و انحلال آن)، تهران، انتشارات مرکز نشر علوم

اسلامی، چاپ شانزدهم، پاییز ۱۳۸۶، ص ۱۵۱

پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: اگر چه در حرمت و قبح ذاتی زنا شکی نیست، اما هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود. چراکه: اولاً کسانی که معتقد به نفی نسب حاصل از زنا هستند، تنها از حرمت زنا، حکم وضعی و در نتیجه نفی نسب را انتزاع نکرده‌اند، بلکه همان‌طور که بعد از این ذکر خواهد شد، استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعاتی است ثانیاً در علم اصول ثابت شده است که بین حکم تکلیفی و وضعی ملازمه‌ای نیست؛ چون شارع و قانون‌گذار اسلام، عناوینی مثل نسب را موضوع برای آثار متعددی قرار داده است. چنان‌که نزد عرف و عقلا هم چنین است، در این صورت ممکن نیست موضوع، متزاع و متأخر از حکم باشد.^۱

گفتار پنجم: عیار تشخیص نسب مشروع

آیا طفل که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می‌شود، در شرع هم تا زمانی که ناشی از زنا نباشد، این وصف را دارا است یا این که نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آنچه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، نامشروع است؟

از گفتار و سخنان فقها اسلامی در باب نسب فهمیده می‌شود قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولد الزنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث مشروعیت نسب لغوی و عرفی است. دلیل ما بر این که قانون‌گذار اسلام، منحصرأ و تنها برخی احکام و آثار نسب ناشی از زنا را استثناء کرده و آن را غیر مشروع تلقی کرده است، اجماع، روایات و اخبار رسیده از پیغمبر (ص) و ائمه اطهار (ع) و سخنان فقها است که ذکر خواهد شد. عده‌ای از فقها و حقوق‌دانان با این استدلال که نزدیکی حرام از دو جزء تشکیل شده است:

(۱) ادخال آلت مردانه

(۲) ریختن منی در رحم

عقیده دارند که هر یک از این دو عمل حرام مستقلی است که گاهی با هم رخ می‌دهند. لذا هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، بلکه معیار، ریختن منی در رحم از روی آگاهی و عمد است و انصراف اطلاق ادله نفی

^۱ کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، پاییز ۱۳۸۷، صص ۳۷۹ و ۳۸۰.

نسب ناشی از زنا، به ریختن منی به صورت نزدیکی حرام، از آنجا که چنین انصرافی ناشی از غلبه وجود است مضر به اطلاق نیست، هم چنین فرد نادر که ریختن منی به رحم زن بدون نزدیکی می باشد از جهت حکم مشکوک نمی باشد، تا مانع اطلاق شود. بنابراین به هر طریق حرام، منی مرد بیگانه به رحم زن بیگانه رسانده شود حرام و مانع الحاق فرزند به والدین طبیعی اش خواهد شد و مقصود از زنا در مسأله نسب اعم از «ادخال آلت مردانه به همراه ریختن منی در رحم» است و مواردی از قبیل تفخیز مرد با زن بیگانه، سپس انزال منی و جذب آن توسط رحم، افراغ منی به رحم زن بیگانه، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به تخمک زن بیگانه و... را شامل می شود^۱.

مؤیداتی را بر این نظریه هم ذکر کرده اند:

در این زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب و این که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی بیان نشده، از حرمت زنا نفی نسب را استفاده نموده اند. و حکم این مسأله را به سایر تماس های جنسی مرد و زن بیگانه که حرام ذاتی است تسری داده و از حرمت آن انتفاع نسب را استفاده نموده و همه تماس های نامشروع را در حکم زنا می شمردند؛ ضعف و سستی این مطلب در صفحات قبلی روشن شد. مشهور فقها در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره با انتساب طفل به او مخالفت کرده اند و حکم زنا را درباره وی جاری ساخته اند چرا که دختر باکره کارش نامشروع می باشد. اما در مورد الحاق فرزند به شوهر از روایات نقل شده در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره استفاده می شود که چون شوهر با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته، لذا فرزند به او ملحق شده است.

در برابر نظریه یاد شده، برخی از فقها می گویند: با امعان نظر در روایات نتیجه می شود که عنوان زنا، از مفاهیم و موضوعات عرفی است که در مورد آن حقیقت شرعی ثابت نشده است.

معنای عرفی ای که در کتاب حدود در مسأله حد زنا، مفهوم زنا براساس آن تقریر شده است و در آن دخول آلت مردانه رکن اساسی و ضروری قید شده است و ظاهر عنوان «زنا» در کلمات فقها (لایثبت النسب بالزنا) نشان از همین معنای عرفی دارد. در واقع فقها در مسأله نسب ناشی از زنا، علاوه بر این که اصطلاح جدیدی، غیر آنچه در کتاب حدود گفته اند ندارند، بلکه تصریح کرده اند که مرادشان از زنا، مقاربت با شرایط خاص آن در حدود مورد نظر است، چنان که در مسأله نسب ناشی از زنا

۱ ناصر مکارم شیرازی، انوار الفقاهه، کتاب الحدود و التعزیرات، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۶۱.

می‌گویند: «و هو وطء المكلف محرمه بالأصالة مع العلم بالتحريم تعاريفی مشابه این تعریف از جانب فقهای دیگر در همین موضوع ذکر شده است.^۱

بنابراین در پاسخ به این سخن که هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، می‌توان گفت: وقتی شارع در مقام بیان حکمی باشد بیانگر این است که آن هیأت اجتماعی باتمام حدود و قیودش موضوعیت داشته و در صورت تحقق هر یک از اجزای آن، اگرچه خود به تنهایی دارای اثر می‌باشند، اما اثر موضوع ترکیبی را ندارند بنابراین تردیدی نیست که به سایر تماس‌های جنسی عنوان زنا اطلاق نمی‌شود. اگرچه در حرمت و قبح ذاتی آن‌ها شکی نیست، ولی هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود. شاید این توهّم از نظر شرعی به میان آید که این موارد هر چند زنا نیستند، لکن فاقد نسب می‌باشند. چراکه از عبارت فقها که گفته‌اند: «نسب با نکاح صحیح و با شبهه ثابت می‌شود» مستفاد می‌گردد که هر چیز که نکاح و یا شبهه نباشد، با آن نسب ثابت نمی‌شود هر چند زنا هم نباشد، چرا که اگر تمام فرزندان طبیعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و مادر خود منسوب شوند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به این تقسیمات نبود. بنابراین، همان‌گونه که بیان شده: نسب علت مشروع و قطعی می‌خواهد. در پاسخ این استدلال گفته شده: این تقسیم ناشی از چگونگی ارتباط جنسی مرد و زن در آن اعصار بوده و در نتیجه، نظرشان تنها به ثبوت نسب از جهت و طی بوده است و سایر نسب‌ها را لحاظ نکرده‌اند چنان‌که بعضی از فقها می‌فرمایند: «...المراء هنا ثبوت النسب من حیث الوطی» مراد ما از تقسیم نسب به سه قسم صحیح، شبهه، زنا، تنها ثبوت نسب از طریق و طی بوده است» تا به این اشکال «قد یشکل اولاً بخروج المکره... و ثانیاً بخروج التکون من مائه بمساحقه او غیرها مما هو ملحق به شرعاً» پاسخ دهند. پس از عبارت فوق حصر استفاده نمی‌شود و اگر حصر هم باشد حصر اضافی است نه حقیقی یعنی در میان سه رابطه «نکاح، شبهه و زنا» نسب تنها با نکاح و یا شبهه ثابت می‌شود و از این استفاده نمی‌شود که نسب با تلقیح مصنوعی یا حالت مادر جانشین یا حالت اهداء جنین ثابت نمی‌شود. نتیجتاً اینکه مفهوم زنا در مسأله نسب همان مفهوم زنا در باب حدود است که یکی از رکن‌های ضروری آن ادخال است و شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده است و آن را معتبر ندانسته است و دربقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد. البته این‌که در باب نسب قانون‌گذار اسلام چرا فقط نسب ناشی از زنا را منفی دانسته است، بر اساس روایات و اخبار

^۱ حرم پناهی، محسن (تلقیح مصنوعی) روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق (مجموعه مقالات)،

تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۰، ص ۴۴

رسیده از پیغمبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و سخنان فقها و اجماع می باشد که در مبحث بعدی مورد بحث و بررسی قرار می گیرد.^۱

گفتار ششم: تلازم یا عدم تلازم بین نامشروع بودن طفل و تحقق نسب

به طور کلی رابطه بین زن و مرد که سبب تکون کودک می گردد بر سه قسم است:

۱. رابطه مشروع

۲. رابطه نامشروع

۳. رابطه ای که از حیث مشروع یا نامشروع بودن مورد اختلاف است.

رابطه زوجیت بین زن و مرد یا اعتقاد به چنین رابطه ای (شبهه)، رابطه را مشروع می گرداند و کودکانی که از این رابطه بوجود می آید کودکان مشروع هستند. «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه» رابطه زنا و رابطه ای که در آن زنا نیست لکن در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن حامله شود و کودکی به دنیا بیاید مانند تفخیز، رابطه غیر مشروع است. کودکانی که از رابطه غیر مشروع به وجود می آیند، کودکانی نامشروع هستند.

سؤال اصلی در این قسمت این است که آیا نامشروع بودن کودک ملازمه با عدم تحقق نسب دارد؟ در مبحث پیشین مشخص گردید که شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده و آن را معتبر ندانسته و در بقیه موارد نمی توان حکم زنا را به آن سرایت داد در این مبحث پا را فراتر نهاده و به بررسی وجود یا عدم وجود نسب کودک متولد از زنا که در مورد آن ادعای تحقق نسب شده است، می پردازیم. چرا که در صورت اثبات چنین ادعایی این نتیجه مهم مستفاد می گردد که نامشروع بودن حمل، ملازمه با عدم تحقق نسب ندارد. البته این بحث فقهی از نظر حقوق کنونی ایران با توجه به ماده ۱۱۶۷ ق. م که مقرر می دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود»، کاربرد نداشته و قابل اعتناء نیست. از تتبع در منابع فقهی و اقوال فقها فهمیده می شود که در فقه در مورد نسب کودک ناشی از زنا اختلاف نظر است و به طور کلی درباره ولد الزنا دو نظریه وجود دارد:

۱- ولد الزنا به زانی و زانیه ملحق می شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است و در بقیه احکام، نسب بین آن ها محفوظ است. چنانچه بعضی از فقها فرموده اند: ولد الزنا از حبه ارث نمیبرد

^۱ قبله ای خوبی، 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 ۱۳۶

و لکن قضای نمازهای فوت شده پدر بر او واجب می‌شود چرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی آن شخص محسوب می‌شود

۲- نسب ناشی از زنا مطلقاً پذیرفته نیست و تنها حکم تحریم نکاح با استناد به اجماع و صدق ولد از حیث لغت به عنوان استثناء بر آن مترتب می‌شود.^۱

استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعات است: «نسب حاصل از زنا ثابت نمی‌شود. دلیل بر آن، اجماع منقول و محصل است، بلکه ممکن است ادعای ضروری بودن بر آن گردد، تا چه رسد از ادعای معلولیت آن از نصوص یا تواتر روایات در این مسأله» شایان ذکر است که همه کسانی که قائل بر این نظریه هستند، حکم تحریم نکاح را استثناء نموده و گفته‌اند: ولد الزنا از حیث لغت منسوب به زانی و زانیه است و کسی حق ندارد با فرزند خود ازدواج کند. حکم تحریم نکاح در این حالت که نظر مشهور فقها می‌باشد، تنها دلیلش اجماع و احتیاط است که این اجماع از جانب برخی فقها مورد اشکال قرار گرفته است. بعضی از فقها به دلیل این اشکالات، برای اثبات تحریم نکاح زانی با دختر زانی‌اش استدلال می‌کند: «بل یظهر من النصوص ان التحريم ذاتی لا مدخلیه للنسب الشرعی فیه» از روایات ظاهر می‌گردد که تحریم نکاح ذاتی است و در آن، نسب شرعی هیچ‌گونه تأثیر و دخالتی ندارد.

سؤال اصلی که در این قسمت مطرح است این که اگر ولد الزنا بر حسب لغت به زانی ملحق می‌شود «لانه مخلوق من مائه» چه دلیلی وجود دارد که او بر حسب شرع، نسب نداشته باشد و بر زانی ملحق نشود؟ برخی از فقها با این استدلال که ولد حقیقت شرعیه ندارد و هرچه از عرف و لغت درباره ولد فهمیده می‌شود به لسان شارع نیز همان مراد است، ولد الزنا را لغتاً، عرفاً و شرعاً ولد می‌دانند، زیرا جریان دو اصل معتبر «اصاله عدم النقل در الفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیه» مخصوصاً در ولد ایجاب می‌کند که نسب در زنا نیز ثابت شود. به نظر می‌رسد با این استدلال نمی‌توان به وجود نسب در ولد الزنا حکم داد و پذیرش و عدم پذیرش نسب ناشی از زنا بستگی به قوت دلیلی دارد که مشهور فقها در حکم به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه آن استفاده کرده‌اند با این مقدمه مطالب این قسمت از نوشتار به نقد و بررسی دلایل مورد استناد مشهور فقها در زمینه نسب ناشی از زنا اختصاص می‌یابد لکن قبل از بررسی دلایل مذکور به صحت و سقم استدلال فوق‌الذکر از جانب طرفداران ثبوت نسب در ولد الزنا شده است، می‌پردازیم. نظر به این که عدم انتساب و ولد الزنا به پدر و مادر خود در شرع به این معنا نیست که شارع اصطلاح خاصی را وضع کرده است، بلکه در شرع

^۱ قبله‌ای خوبی، خلیل (بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت)، اهدای گامت و جنین در درمان

نباروری (مجموعه مقالات)، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۴، ص ۶۳

«ولد» همان معنای لغوی و عرفی را دارد و اختلاف در مصداق است؛ یعنی شرع همان کودک متولد از زنا را نیز مانند عرف «ولد» زانی و زانیه می‌داند لیکن آثار شرعی را بر این مصداق بار نمی‌کند. به این ترتیب تصرف شارع اسلام در نسب ناشی از زنا سبب نمی‌شود که در مفهوم نسب تصرف کرده باشد بلکه این مصداق را نپذیرفته است. فلذا این اشکال از جانب برخی‌ها که عدم انتساب ولد الزنا به پدر و مادر با پذیرش مفهوم عرفی برای نسب در لسان شارع تعارض دارد، صحیح نمی‌باشد، تا بخواهیم برای رفع این ایراد، ولد الزنا را به والدین خود منتسب بدانیم. گفته شد که استدلال فقهای که قائل به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه هستند، مستند به روایات و اجماعاتی است^۱. صاحب جواهر (ره) برای اثبات این نظریه به اجماع منقول و محصل استناد می‌کنند. افزون بر اجماع، به روایات معتبری نیز استناد کرده‌اند که ذکر می‌شود:

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 للفراش و للعاهر الحجر و لایورث ولد الزنا الارجل یدعی ابی ولیده»

«چه بسا مردی با کنیز قومی از راه حرام نزدیکی کرده و سپس او را خریده است و ادعا می‌کند فرزند آن کنیز از آن او است (و حال آن‌که) از او چیزی ارث نمی‌برد؛ زیرا رسول خدا (ص) فرموده‌اند: فرزند به فراش اختصاص دارد و برای زناکار محرومیت است...»

۲. روایت محمد بن اشعری، قال: «کتب بعض أصحابنا الی ابي جعفر الثاني (ع) معی یسأله عن رجل فجر بامرأه ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد هو أشبه خلق الله به فکتب بخطه و خاتمه: الولد لغیه لایورث»

«با جمعی از دوستان به امام جواد (ع) نامه‌ای نوشتیم و از او سؤال کردیم که مردی با زنی زنا کرده و پس از باردار شدن با او ازدواج می‌کند و زن فرزندی می‌آورد که از همه مردم به آن مرد شبیه‌تر است. امام (ع) با خط و مهر خود در جواب نوشت: کسی از زنا زاده ارث نمی‌برد.»

در نهایت حدیث سومی که بر آن استناد می‌کنند، حدیث فراش است که روایات منقول از طرق شیعه و اهل سنت بر اعتبار و حجیت آن دلالت دارد.

وجه استدلال مشهور فقها به این روایات در این است که نفی ارث بین زانی و زانیه و فرزند زانی از آن دو، در این احادیث نشان دهنده این است که بین آن‌ها هیچ‌گونه نسب شرعی وجود ندارد. تعبیر فقها در مورد فرزند زانی که می‌گویند: اصل نسب منتفی است یا می‌گویند: نسب منتفی است، مؤید

^۱ بطحایی گلپایگانی، 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، ص ۱۶۴

این ادعا است. در مورد اجماع، به اجماع محصل و منقول استناد می‌شود. بدیهی است که اجماع محصل مذکور نسبت به ما، اجماع منقول است بنابراین ما اجماع محصل نداریم اجماعی که در این مورد ادعا شده است از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً اجماع مصطلح نیست؛ زیرا مدرک اجماع‌کنندگان معلوم یا حداقل محتمل است و آن حدیث فراش است. چنین اجماعی از درجه اعتبار ساقط است. ثانیاً اجماع خواه محصل باشد و خواه منقول، هنگامی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و گرنه خود اجماع قطع نظر از کاشفیت اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما امکان‌پذیر نیست. در مورد روایات: در روایت نخست، کلام امام(ع) و حدیث نبوی هیچ‌گونه دلالتی بر نفی نسب ولد زنا از زانی نمی‌کند؛ زیرا استناد امام(ع) به حدیث نبوی بیانگر این است که اگر فراشی محقق گردد و از این طریق فرزندی به دنیا آید، ولی در نسب وی شک گردد، طبق حدیث فراش فرزند به زوج ملحق می‌شود.^۱

بنابراین اگر در مواردی فراش تحقق پیدا نکرده و از سوی دیگر، دانسته شود که فرزند از منی زانی است، حدیث و قاعده فراش مؤثر نیستند کلام امام هم در مورد ارث نبردن فرزند زانی از والدین به عکس است و به نسب ارتباطی ندارد؛ زیرا شاید نفی ارث از ولد الزنا، دلایل دیگری باشد، نه این که نشان دهنده انتفای نسب وی باشد. ثانیاً بین توارث و عدم نسب تلازم نیست.

در خصوص روایت دوم دو قرائت ذیل از جانب فقها شده است:

۱. واژه «غی» در لغت به معنی گمراهی است و در حدیث بالا کنایه از زنا است و «لام» برای بیان علت می‌باشد.^۲

۲. در این روایت، از فرزندی که از منی زانی خلق شده، تعبیر به «لغیه» شده است. لغیه، ظاهرش باطل بوده و محرومیت است؛ در هر صورت این لغیه و محرومیت فرزند زانی از جهت ارث است، نه این که مطلقاً در مورد نسب یا نکاح با محارم و... لغیه و محروم باشد.

حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» نیز از حیث دلالت مورد مناقشه قرار گرفته است؛ زیرا حدیث در موردی کاربرد دارد که ولد مردد باشد میان دو نفر که یکی فراش و دیگری زنا است. در این صورت که ممکن است ولد به هر یک از آن‌ها ملحق شود، با این حدیث، جانب فراش تقویت شده است؛ پس در مواردی که یقیناً فراشی محقق نیست، مانند زنا با زنی که شوهرش از او دور است و ولد بر او ملحق نمی‌شود نمی‌توان گفت الولد للفراش، به عبارت دیگر موضوع این حدیث، زن شوهرداری است که در خلال دوره زناشویی و آمیزش جنسی با شوهر خود، دچار انحراف عمدی یا

^۱ شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات، تهران: نشر حقوق دان، ۱۳۷۵، ص ۹۸

^۲ -جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۱۳۶

غیر عمدی جنسی شده، باردار می‌شود. حال برای شوهر وی این سؤال مطرح می‌شود که بارداری همسرش ناشی از آمیزش جنسی خود او است یا نتیجه ارتباطات نامشروع وی با مرد یا مردان دیگر؟ بعضی از فقها در این خصوص می‌فرمایند:

«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 المرأة و کونه ولد الزانی و لیس فی مقام بیان حکم واقعی» یعنی حدیث فراش در موارد مشکوک جریان دارد، در جاهایی که معلوم نباشد کودک از چه کسی بوجود آمده است، از زانی یا صاحب فراش و شارع در مقام بیان حکم واقعی نیست. که در مورد این قاعده در بخش‌های بعدی به تفصیل سخن خواهیم گفت. نتیجتاً اینکه از آن‌چه تاکنون گفته شد این نتیجه به دست می‌آید: شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و هیچ نصی وارد نشده است که ولد الزنا ولد نیست. تنها ارث نفی شده است، پس همه احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود غیر از ارث. از تعبیر فقها نیز چنین استفاده می‌شود:

۱. «و لا يرثه ابواه

۲. «ولد الزنا يرثه ولده و زوجته لا أبواه» .

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

۴. «الرابع (من موانع الارث) التولد من الزنا» مانع از ارث به این معنی است که در ولد الزنا مقتضی توارث (نسب) وجود دارد، ولی زنا مانع از تأثیر آن است؛ چنان‌که در قتل و کفر چنین است؛ یعنی در قاتل و کافر نسب موجود است ولی قتل و کفر مانع از ارث است^۱.

مطلب دیگر این که از آن‌جا که طفل ناشی از ارتباط جنسی است که نفس تحقق چنین ارتباط جنسی (لقاح اسپرم و تخمک) برای الحاق او به پدر و مادر خود کافی است فلذا اگر کودکی در نتیجه ارتباط جنسی حرام به دنیا بیاید، هرچند که فاقد احترام است و مشروع نیست لکن بدان معنا نیست، که کودک متولد شده از رابطه نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکوینی است و از دایره اعتبار خارج بوده و قابل رفع شرعی نخواهد بود و چنین فرزندى از حق پدری و مادری که به نظر می‌رسد از حقوق طبیعی است نه تحقیقی برخوردار خواهد بود هرچند که قانون‌گذار می‌تواند برخی از آثار چنین رابطه تکوینی را نادیده بگیرد.

^۱ روحانی، سید محمد، فقه الصادق فی شرح التبصرة، ج ۲۱. قم: انتشارات مهراستوار. بی تا، ص ۱۷۳

گفتار هفتم: بررسی احکام حقوقی نسب

بند اول: توارث

یکی از موجبات ارث نسب است. به موجب ماده ۸۶۲ قانون مدنی اشخاصی که به موجب نسب ارث می‌برند سه طبقه‌اند:

۱- پدر و مادر و اولاد، و اولاد اولاد؛

۲- اجداد، و برادر و خواهر و اولاد آنها.

۳- اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آنها.

البته به موجب ماده ۸۸۴ قانون مدنی ولد الزنا از پدر و مادر و اقوام آنها ارث نمی‌برد، اما اگر حرمت رابطه‌ای که طفل ثمره آن است نسبت به یکی از ابوبین ثابت و نسبت به دیگری به واسطه اکراه یا شبهه زنا نباشد، طفل فقط از این طرف و اقوام او ارث می‌برد و بالعکس.

بند دوم: انفاق

یکی از احکام نسب نفقه اقارب است. این نفقه شامل نفقه اقارب و نفقه اولاد می‌شود. در مورد نفقه اولاد ماده ۱۱۹۹ قانون مدنی بیان نموده که نفقه اولاد بر عهده پدر است و پس از فوت پدر یا عدم قدرت او به انفاق به عهده اجداد پدری است با رعایت الاقرب فالاقرب. در صورت نبودن پدر و اجداد پدری و یا عدم قدرت آنها نفقه بر عهده مادر است. و هرگاه مادر هم زنده یا قادر به انفاق نباشد، با رعایت الاقرب فالاقرب، به عهده اجداد مادری و جدات پدری واجب النفقه است.^۱

در مورد نفقه ابوبین و اجداد به موجب ماده ۱۲۰۰ قانون مدنی نفقه پدر برعهده فرزندان است و در صورتی که آنان فرزند نداشته باشند، نوه‌ها با رعایت قاعده تقدم خویشاوندان نزدیک‌تر نفقه را باید بپردازند. قانون مدنی ما در این زمینه فرزندان دختر و پسر را در یک ردیف آورده است.

مطابق ماده ۱۲۰۴ قانون مدنی نفقه اقارب عبارت است از مسکن و البسه و غذا و اثاث البیت به قدر رفع حاجت، با در نظر گرفتن درجه استطاعت منفق. البته آنچه که به عنوان اجزای نفقه در قانون آمده است نمونه‌ای از مهمترین نیازمندی‌های زندگی است و جنبه انحصاری ندارد. پس هزینه بهداشت و درمان و رفت و آمد و سوخت را باید بر آن افزود.

^۱ بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، ترجمه سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه مرعشی، ج ۱، ۱۴۱۰ق، ص ۳۳۱

بند سوم: حضانت

یکی از مهمترین احکام نسب حضانت است. حضانت نگاهداشتن طفل، مواظبت و مراقبت او و تنظیم روابط او با خارج است. قانون‌گذار ایران نگهداری و تربیت اطفال را به پدر و مادر آنها اعطاء نموده است. نگهداری به معنای عام کلمه شامل همه کارهایی است که برای سرپرستی و مواظبت از طفل و کودک لازم است. البته حضانت بیشتر ناظر به حمایت جسمی از کودک است، هر چند که حمایت روحی و اخلاقی طفل در این نهاد حقوقی، هم در حقوق اسلام و هم در حقوق جدید منظور بوده است. در مورد مدت حضانت ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی مقرر داشته که: «برای نگاهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است، مگر نسبت به اطفال اناث که تا سال هفتم حضانت آنها با مادر خواهد بود.»

در این که حضانت حق محض یا هم حق و هم تکلیف است، فقهای امامیه اختلاف نظر دارند، اما قانون مدنی ما به موجب ماده ۱۱۶۸ نگاهداری اطفال را هم حق و هم تکلیف ابوین می‌داند. و تا زمانی که پدر و مادر کودک زنده هستند و صلاحیت نگهداری از فرزند خود را دارند، حضانت با آنها است. ماده ۱۱۷۲ قانون مدنی مقرر داشته که: «هیچ یک از ابوین حق ندارند، در مدتی که حضانت طفل به عهده آنها است، از نگهداری او امتناع کنند. در صورت امتناع یکی از ابوین حاکم باید به تقاضای دیگری یا به تقاضای قیم یا یکی از اقرباء و یا به تقاضای مدعی العموم نگاهداری طفل را به هر یک از ابوین که حضانت به عهده اوست الزام کند و در صورتی که الزام ممکن یا موثر نباشد، حضانت را به خرج پدر و هرگاه پدر فوت شده باشد به خرج مادر تأمین کند.»^۱

بند چهارم: ولایت

یکی از احکام دیگر نسب ولایت بر اطفال است. ولایت به معنی عام، سلطه‌ای است که شخص بر مال و جان دیگری پیدا می‌کند و شامل ولایت پدر و جد پدری و پیامبر و حاکم می‌شود. اما در روابط خانوادگی عبارت است از اقتداری که قانونگذار به منظور اداره امور مالی و گاه تربیت کودک و طفل به اشتراک به پدر و جد پدری اعطا کرده است و مادر نسبت به اداره اموال فرزند خود هیچ سمتی ندارد.

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵ هـ.ش، ص ۱۹۸

بند پنجم: حرمت نکاح

یکی از احکام مهم نسب حرمت نکاح است که به موجب ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از شبهه یا زنا باشد.

۱- نکاح با پدر و اجداد و با مادر و جدات، هر قدر که بالا برود؛

۲- نکاح با اولاد هر قدر که پایین برود؛

۳- نکاح با برادر و خواهر و اولاد آنها، تا هر قدر که پایین برود؛

۴- نکاح با عمات و خالات خود و عمات و خالات پدر و مادر و اجداد و جدات.

در مورد حرمت نکاح فرزندی که از رابطه نامشروع زن و مردی به وجود می‌آید، از حیث حرمت نکاح، مانند فرزند مشروع آنها است و نمی‌توان با پدر و مادر خود و فرزندان آنها نکاح کند و همچنین با سایر خویشان نسبی. بنابراین قانون مدنی ما اولاد متولد از زنا و شبهه را نیز مشمول مانعیت و حرمت نکاح دانسته است و این حکم مطابق با نظریه مشهور علمای فقه امامیه است.^۱

گفتار هشتم: بررسی احکام انواع نسب

نسب که از طریق رابطه خونی طفل به پدر و مادر موجود می‌شود، از نظر حقوقی دارای انواعی است که هر کدام دارای احکام خاصی می‌باشند. ما در این قسمت به بعضی از احکام آن اشاره می‌کنیم.

بند اول: احکام نسب مشروع یا قانونی

نسب وقتی قانونی و مشروع است که در زمان انعقاد نطفه طفل، پدر و مادر طفل دارای رابطه نکاح و زوجیت صحیح اعم از نکاح دائمی یا منقطع باشد.

در صورتی که نطفه طفل قبل از ازدواج منعقد گردد، و سپس آن پدر و مادر طبیعی با یکدیگر ازدواج نمایند، طفل واقعاً متولد از رابطه قانونی و شرعی نیست، هر چند که در زمان زوجیت متولد شده، و او را طفل خود بدانند.

^۱ صفائی، حسین و امامی، حسن، حقوق خانواده ج ۲، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم ۱۳۷۶، ص ۳۶

بند دوم: احکام نسب ناشی از شبهه

هر گاه مردی با زنی نزدیکی کند، به تصور این که بین آنها رابطه زوجیت وجود دارد و در واقع چنین رابطه‌ای وجود نداشته باشد، این عمل را نزدیکی به شبهه یا وطی به شبهه می‌گویند. در صورتی که فرزندی از نزدیکی به شبهه به دنیا آید، او را ولد شبهه و نسب او را نسب ناشی از شبهه می‌نامند.

در صورتی که پدر و مادر طفل هنگام انعقاد نطفه در وضع نکاح صحیح نباشند. و عدم نکاح صحیح را بعداً متوجه شوند، در صورتی که در زمان نزدیکی بر صحت ازدواج باور داشته باشند، چه در شبهه حکمی و چه در شبهه موضوعی، در فقه و حقوق ایران نسب ناشی از شبهه در حکم نسب مشروع است. ولد شبهه هم به کسی که در هنگام نزدیکی در اشتباه بوده است، ملحق می‌گردد.

بند سوم: احکام نسب ناشی از زنا

نسب ناشی از زنا زمانی است که پدر و مادر طبیعی طفل هنگام انعقاد نطفه در حال ارتکاب زنا بوده‌اند، و رابطه زوجیت بین آنها وجود نداشته و نسبت به هم اجنبی بوده‌اند. در چنین شکلی از رابطه نامشروع طفل متولد از زنا یا به اصطلاح ولد الزنا است. در حقوق ایران نسب نامشروع به رسمیت شناخته نشده و طفل ناشی از رابطه آزاد زن و مرد، به زنا کار ملحق نمی‌شود.

بند چهارم: احکام نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

نسب وقتی ناشی از تلقیح مصنوعی است که به لحاظ ناباروری زوج یا زوجه یا هر دو و از تماس غیر جنسی و از راه دخالت متخصصین پزشکی و با به کار گیری صور مختلف تلقیح مصنوعی، طفل ایجاد شده باشد. هر گاه نطفه شوهر با وسیله‌ای جز نزدیکی وارد رحم زن شود و از ترکیب اسپرم شوهر با تخمک زن فرزندی پدید آید، این فرزند ملحق به صاحب نطفه و مادر طفل می‌باشد.^۱

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة چاپ یازدهم، ۱۳۷۵، ص ۹۹

مبحث دوم: قاعده ی فراش

یکی از قواعد فقهی معروف قاعده فراش می باشد که از حدیث نبوی معروف «الولد للفراش و للعاهر الحجر» گرفته شده است که به موجب آن چنانچه انتساب طفلی به پدر مورد شک و تردید قرار گیرد با شرایطی، نسب آن طفل به پدر اثبات می گردد، این قاعده در حقوق از این جهت که یکی از ادله ی اثبات نسبت قانونی طفل به حساب می آید و مطابق آن کودک متولد شده ملحق به شوهر می شود، معروف به اماره فراش است و دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران نیز مبتنی بر این قاعده بوده و ماده ۱۳۲۲ ق.م نیز صراحتاً آن را از امارات قانونی به حساب آورده است. در این مقاله مدرک فقهی قاعده فراش، جایگاه حقوقی آن، شرایط تحقق قاعده، مفاد و قلمرو آن و مجاری و مصادیق فراش به طور مستند تبیین گشته و جهات مختلف نسب کودک که به لحاظ حقوقی ارتباط به قاعده فراش پیدا می کند مورد بررسی قرار گرفته است.

گفتار اول: اثبات نسب طفل توسط قاعده فراش

چنانچه نسب مشروع و قانونی طفلی مورد اختلاف باشد برای اثبات آن سه موضوع باید ثابت گردد: رابطه زوجیت، نسب مادری و نسب پدری، با احراز این سه امر حکم به وجود رابطه ی نسب مشروع بین طفل و پدر و مادر معین خواهد شد.

اثبات رابطه زوجیت با هر یک از ادله اثبات دعوی یعنی اقرار، سند، شهود، امارات قضائی و سوگند امکان پذیر می باشد، در اثبات نسب مادری باید ثابت شود اولاً: زنی که مادر طفل معرفی شده کودکی به دنیا آورده است. ثانیاً: این بچه همان طفلی است که اثبات نسب او مورد نظر است، در اثبات نسب مادری نیز از هر یک از دلایل قانونی می توان استفاده کرد. اما اثبات نسب پدری دشوارتر از اثبات نسب مادری است زیرا ولادت کودک از مادر، امری خارجی و مشهود است، لیکن تکون طفل 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 طفل فوراً مطلع نمی شوند. بنابراین برای اثبات نسب پدری در جستجوی قطع و یقین نباید بود، هیچ دلیلی نمی تواند به طور قطع ثابت کند که کودک از نطفه فلان مرد است. آزمایش خون هم فقط می تواند دلیل منفی بر نسب باشد نه دلیل مثبت یعنی آزمایش خون عدم نسب را از لحاظ علمی می تواند ثابت کند، لیکن از این طریق نمی توان به طور یقین وجود نسب را اثبات کرد. در نتیجه در اثبات نسب پدری باید به دلایل ظنی و

امارات اکتفا کرد. با توجه به نکات فوق در جهت مصلحت جامعه و خیر و صلاح طفل و حفظ عفت و رعایت آرامش و امنیت خانوادگی و آبرو و احترام افراد؛ به کمک قاعده ای به نام اماره فراش یا اماره ابوت می توان نسب پدری طفل را اثبات نمود.^۲ استناد به قاعده فراش ساده ترین راه اثبات نسب پدری است، لیکن تنها دلیل اثبات نسب پدری نیست بلکه دلایل دیگری از قبیل شهادت و امارات قضائی نیز وجود دارد که در کتب فقهی و حقوقی بیان گردیده است. در این مقاله صرفاً اماره یا قاعده فراش توضیح داده می شود. تبیین قاعده فوق و مسائل مربوط به آن مستلزم بحث از جهات زیر می باشد.

مدرک قاعده، مفاد قاعده، شرایط اجرای اماره فراش، اجرای قاعده فراش در فرزند شبهه، قاعده فراش و زنا، قاعده فراش و تلقیح مصنوعی.^۱

گفتار دوم: شرایط اجرای قاعده فراش

برای اثبات نسب قانونی طفل از طریق قاعده فراش، باید در دو مورد بحث نمود. یکی نسبت به طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده باشد. قانونی مدنی ایران نیز به پیروی از فقه امامیه برای اجرای اماره فراش این دو مورد را در نظر گرفته و در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ به آن دو حالت اشاره نموده است. بنابراین در توضیح و تبیین شرایط اجرای اماره فراش لازم است در دو مورد بحث گردد.

بند اول: اجرای قاعده در مورد طفل متولد در زمان زوجیت

ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی در مورد طفل متولد در زمان زوجیت مقرر می دارد: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم تر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد. از این ماده استفاده می شود در مورد کودکی که در زمان زوجیت به دنیا آمده است، هنگامی اماره فراش اجرا و به موجب آن طفل به شوهر زن ملحق می شود که شرایط زیر محرز گردد:

۱. ثابت بودن نسب مادری.
۲. وجود نکاح صحیح بین زن و مرد.
۳. انعقاد نطفه در زمان زوجیت.

^۱ مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب (ع)، ۱۴۱۶، ص ۴۱۰

۴. تولد کودک پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی باشد.

۵. بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت نگذشته باشد.^۱

گفتار سوم: شرایط پنج گانه اجرای قاعده فراش

بند اول. ثابت بودن نسب مادری

برای این که آثار قرابت ظاهر شود، لازم است مبنای آن یعنی نسب، قانونی باشد و برای بررسی نسب ها باید نسب هر فرزندی نسبت به دو نفری که او را به وجود آورده اند مورد توجه قرار گیرد. نسب شخص وقتی قانونی است که بین زن و مردی که نزدیکی آنان سبب انعقاد نطفه او گردیده در حین نزدیکی رابطه زوجیت وجود داشته باشد. با توجه به این که هر کسی دارای دو نسب است. نسب مادری و نسب پدری قانونی بودن نسب مادری ملازمه با قانونی بودن نسب پدری دارد، زیرا نسب مادری وقتی قانونی است که نسب از نزدیکی مادر با شوهرش که پدر قانونی خواهد بود ناشی شده باشد. در نتیجه اگر طفل از آمیزش نامشروع مادر با مردی حاصل شده باشد نه نسب مادری قانونی است و نه نسب پدری. تنها در مورد شبهه یا اگره این ملازمه وجود ندارد و نسب طفل نسبت به کسی که در حال اشتباه یا اکراه بوده و سوء نیت نداشته در حکم نسب قانونی است.^۲

برای اثبات نسب مادری طفل، اثبات دو امر ضروری است: یکی وضع حمل زن در مدتی که سن طفل اقتضاء دارد که در آن مدت متولد شده باشد و دیگر کودکی که دعوی فرزندی او نسبت به زن می شود همان کودکی باشد که زن وضع حمل نموده است.

اثبات دو امر فوق به وسیله ی هر گونه دلیلی در دادگاه ممکن خواهد بود، از قبیل شهادت شهود، آزمایش خون و ... نسب مادری را به سهولت می توان شناخت زیرا از یک واقعه آشکار که معمولاً عده ای از آن آگاه می شوند یعنی زایمان ناشی می گردد. اثبات زایمان مادر و تولد طفل در روزهای آغازین پس از زایمان آسان است اما هر چه از تاریخ زایمان بیشتر بگذرد، اثبات آن مشکل تر خواهد بود. برای این که ولادت طفل و تاریخ آن و هم چنین نسب طفل مورد تردید قرار نگیرد به موجب قانون مقرر است که ولادت طفل تا پانزده روز بعد از تولد او به حوزه ی ثبت احوال اظهار شود تا سند کتبی برای تولد و نسب طفل تنظیم گردد.^۳

^۱ عاملی، باقر، حقوق خانواده، چاپخانه ۲۵ شهریور، تهران، ص ۶۳

^۲ - عاملی، باقر، حقوق خانواده، چاپخانه ۲۵ شهریور، تهران، ۱۰۷ و ۱۰۸

^۳ - قانون ثبت احوال

بند دوم. وجود نکاح صحیح بین زن و مرد

اثبات وجود نکاح صحیح بین زن و مردی که ادعای پدری او نسبت به طفل شده است به وسیله هر دلیلی اگر چه اقرار خود آنها باشد ممکن خواهد بود، وضعیت خارجی زن و مرد از قبیل معاشرت دائم و زندگانی آنها در یک منزل و مسافرت های متعدد با یکدیگر نیز م تواند از قرائن اثبات کننده زناشویی قرار گیرد.^۱

جمله اول ماده ۱۱۵۸ ق.م. که مقرر داشته است: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، ناظر به همین شرط است که از عبارت «زمان زوجیت» فهمیده می شود که بایستی بین زن و مرد رابطه زوجیت برقرار باشد.

بند سوم. انعقاد نطفه در زمان زوجیت

برای اثبات نسب مشروع و ناشی از نکاح بایستی علاوه بر وجود عقد نکاح، نزدیکی بین زوجین نیز واقع شده باشد، یا نطفه مرد به نحوی در رحم همسرش قرار گیرد که اثبات کننده انعقاد نطفه طفل در زمان زوجیت باشد. فقهاء عموماً برای تحقق قاعده فراش علاوه بر عقد نکاح بین زن و شوهر، نزدیکی آن دو را نیز شرط می دانند و مقصود از نزدیکی پنهان شدن آلت تناسلی شوهر به مقدار حشفه در قُبُل یا دُبُر زن باشد چه انزال صورت گرفته باشد یا نه.^۲

نزدیکی جنسی به اعتبار آن که سبب انعقاد نطفه گردد مبنای قاعده فراش قرار می گیرد در غیر آن صورت به خودی خود نمی تواند دلیل بر نسب قانونی باشد.^۳ زیرا در بعضی موارد مانند نزدیکی در دُبُر یا تَفْخِیذ و هم چنین نزدیکی در قُبُل یا عدم انزال، از اموردی که موجب بارداری زن باشد نیست، لذا بسیاری از فقهاء تصریح کرده اند که اماره فراش در صورتی جاری می گردد که نزدیکی از قُبُل بوده و انزال صورت گرفته باشد.^۴ بنابراین در صورتی دخول، می تواند مبنای انتساب طفل به

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

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

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

^۴ - بجنوردی، القواعد الفقهیه ج ۴، پیشین، ص ۳۰

شوهر قرار گیرد که امکان تکون طفل از او برود لذا نزدیکی مردد خصی یا آخته و یا کسی که در منی او ماده ی حیاتی اسپرماتوزوئید وجود ندارد، نمی تواند اثبات کننده ی نسب باشد.^۱

دراین میان برخی از فقهاء از جمله صاحب جواهر الکلام، صرف دخول را معتبر دانسته اند گرچه انزال صورت نگرفته باشد، زیرا اظهار داشته اند امکان دارد نطفه زن (تخمک یا اوول) به دلیل دخول، آمادگی زاد و ولد پیدا کند یا به نحوی نطفه کودک منعقد گردد که ما از آن اطلاع نداریم بلکه صرفاً خداوند متعال به آن آگاهی دارد.^۲

بعضی از دانشمندان هم برآنند که اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای تحقق قاعده فراش لازم نیست، بلکه همین که طفل در زمان زوجیت شش ماه پس از انعقاد نکاح، متولد شده باشد ملحق به شوهر است. مبنای نظر مزبور علاوه بر حفظ عفت خانوادگی، دشوار بودن اثبات دخول هم می باشد زیرا، نزدیکی جنسی از اموری است که سعی در مخفی داشتن آن می شود و عموماً دیگران از آن آگاه نمی شوند و قابل اثبات نیست، لذا در این گونه موارد باید از قرائن و اوضاع و احوال ظاهری کمک گرفت و به همین مقدار اکتفاء کرد.^۳

به ابوحنیفه هم منسوب است که مجرد عقد نکاح را برای اثبات نسب طفل به شوهر و اجرای اماره فراش کافی دانسته است. لذا مطابق فتوای او چنان چه مردی با زنی عقد کند و بدون این که امکان نزدیکی هم فراهم شود زن را طلاق دهد و آن گاه شش ماه بعد از عقد بچه ای از آن زن متولد شود ملحق به شوهر قبلی آن زن می شود.^۴

به نظر می رسد صحیح این باشد که بگوییم ملاک در تحقق اماره فراش، صرف عقد یا دخول بعد از عقد نیست بلکه به دنبال عقد امکان حامله شدن زن از شوهر است که این حالت اکثراً با انزال منی از طریق نزدیکی حاصل می شود و گاهی هم ممکن است از طریق تلقیح مصنوعی و قرار دادن منی شوهر در رحم زن انجام بگیرد بدون این که نزدیکی صورت گرفته باشد و این مبنی با طریقت و اماره بودن فراش هم بیشتر سازگار است که این مطلب در صفحات گذشته توضیح داده 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، الروضه البهیة، ج ۶، پیشین، ص ۱۲۵.

بند چهارم. تولد طفل پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی باشد.

این شرط در صورتی است که طفل به طور کامل به دنیا آمده باشد و زندگی مستقل در خارج از رحم داشته باشد. چون کودکی که کم تر از شش ماه بوده باشد قادر به زنده بودن در خارج از رحم نیست، مستند شرعی این سخن دو آیه از قرآن کریم است که از جمع آن دو استفاده می شود که اقل مدت حمل، شش ماه است. یکی آیه ... وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا که مجموع ایام حمل و شیر دادن را سی ماه دانسته است و دیگر آیه: وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّئَ الرِّضَاعَةَ می باشد، که مدت شیر دادن کودک توسط مادر را دو سال کامل ذکر نموده است، که با کسر ۲۴ ماه از ۳۰ ماه کم ترین مدت زمان حمل، ۶ ماه محسوب می شود.

روایات مستفیضه نیز از پیشوایان معصوم (ع) مبنی بر ۶ ماهه بودن اقل مدت حمل، وجود دارد از جمله از قول امیر المؤمنین علی (ع) روایت شده که فرمودند: «لَا تَلِدُ الْمَرْأَةُ لِأَقْلُ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُارٍ».^۳ در خصوص کودکی که کم تر از شش ماه باشد و سقط گردد از جهت این که تکفین و تجهیز او واجب است به شوهر تعلق پیدا می کند نه به لحاظ اماره فراش.

بند پنجم. بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا ولادت کودک نگذشته باشد

این شرط بر این اساس است که به طور طبیعی جنین بیش از ده ماه در رحم مادر باقی نمی ماند، در اصل شرط فوق، بین فقها، اختلافی نیست، لیکن در حداکثر مدت حمل اختلاف وجود دارد، مشهور فقهاء آن را نه ماه دانسته اند.^۴ در این زمینه روایات زیادی هم وارد شده است که حداکثر مدت حمل را نه ماه ذکر کرده است.^۵

از قول شیخ طوسی نقل شده است که ایشان حداکثر مدت حمل را ده ماه دانسته و محقق حلی نیز همین نظر را نیکو دانسته است. برخی نیز همچون سید مرتضی علم الهدی و شهید ثانی حداکثر مدت

^۱ - سوره احقاف ۱۵

^۲ - سوره بقره ۲۳۳/۲

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

^۴ - جواهر الکلام ج ۳۱، پیشین، ص ۲۲۴.

^۵ - حر عاملی، محمد بن حسین وسائل الشیعه ج ۱۵، باب ۱۷ از ابواب احکم اولاد، ص ۱۱۵.

حمل را یک سال ذکر کرده اند.^۱ در بین فقهای معاصر نیز امام خمینی (ره) و آیت ا... خوئی (ره) این قول را ترجیح داده اند.^۲

شهید ثانی روایاتی را که دلالت دارند بر این که حداکثر مدت حمل نه ماه است، حمل بر مورد غالب کرده و امکان این که فرزندی در رحم مادر تا یک سال بماند را معقول و ممکن دانسته است.^۳ قانون مدنی ایران در این مسأله بر خلاف معمول، از قول مشهور فقهاء شیعه پیروی نکرده است بلکه در راه مصلحت خانواده و طفل، حداکثر مدت حمل را ده ماه قرار داده است که راه حلی معقول است و با داده های علمی نیز انطباق بیشتری دارد. برخی از حقوقدانان در تعلیل ذکر مدت ده ماه به عنوان حداکثر مدت حمل در قانون مدنی ایران اظهار داشته اند، به نظر می رسد قانون ما در این مورد از حقوق فرانسه و سوئیس نیز الهام گرفته باشد، در حقوق این کشورها حداقل مدت حمل ۱۸۰ روز و حداکثر آن ۳۰۰ روز است.^۴

در نتیجه اگر فاصله بین عقد نکاح و تولد طفل کم تر از شش ماه باشد، نمی توان او را ملحق به شوهر دانست زیرا با توجه به حداقل مدت حمل باید گفت نسب او ناشی از زنا یا وطی به شبهه است و نطفه در زمان زوجیت منعقد نشده است، این قول مشهور فقهای شیعه است، لکن به برخی از فقهاء از قبیل شیخ طوسی و شیخ مفید منسوب است که گفته اند: در این صورت شوهر مخیر است بین نفی طفل و اقرار به نسب چنان چه اقرار کند، طفل به او تعلق خواهد گرفت.^۵ مقصود از کلمه ماه

برابر قانون مصوب ۱۱ فروردین ۱۳۰۴، ماه و سال شمسی در تقویم رسمی ایران پذیرفته شده است و ماده ۶۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی نیز مقرر داشته است که سال، دوازده ماه است و ماه مطابق با ماه شمسی است لذا در قانون مدنی مقصود از این کلمه ماه شمسی است. ولی نظر به این که در فقه، ماه قمری ملاک عمل است و قانون مدنی هم منطبق با احکام فقهی متخذ از فقه می باشد، محمول بر آن می گردد و در برخی از اصلاحات جدید قانونی از جمله تبصره ۱ ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی

^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.

هم، سال قمری به صراحت پذیرفته شده است، بنابراین کلمه ماه در شرایط ذکر شده و هم چنین در ماده ۱۱۵۸ و ماده ۱۱۵۹ ق.م. باید به ماه قمری تفسیر گردد که گاهی ۳۰ روز و گاهی ۲۹ روز است.^۱

مبحث سوم: چگونگی انتساب طفل به والدین

از جمله مباحثی که در تبیین هرچه بیشتر حقیقت و ماهیت نسب مؤثر است، چگونگی انتساب طفل به والدین می‌باشد که این بحث را در نسب پدری و مادری به طور جداگانه پی می‌گیریم.

گفتار اول: چگونگی انتساب طفل به پدر

بر اساس تعریف نسب در موازین عرفی اعم از عرف عام و خاص، دانش پزشکی و اعتقادات مذهبی تردیدی در این نیست که «صاحب اسپرم» پدر بچه‌ای است که از نطفه حاصل از امتزاج اسپرم وی با یک سلول ماده (تخمک) به وجود آمده است به عبارت دیگر منشأ پیدایش و ماده سازنده جنین از ناحیه پدر، اسپرم موجود در منی مرد است و عرف هم بر این اساس، برای بیان این امر واقعی و تکوینی عنوانی به نام نسب انتزاع می‌کند؛ در واقع انتساب به پدر مبتنی بر خلقت کودک از نطفه اوست و مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می‌شود.

آنچه که از فتاوی فقهاء در دست است نیز نشان دهنده آن است که بچه‌ای که از زن متولد می‌شود، از لحاظ نسب پدری ملحق به مردی است که جنین از ترکیب اسپرم او با تخمک زن پدید آمده است یعنی اگر صاحب اسپرم معلوم باشد، او پدر بچه محسوب است حال اگر اسپرم وی به صورت مشروع در رحم زن قرار گرفته باشد (با عقد نکاح صحیح یا به صورت شبهه) قانون از هر حیث این نسب را به رسمیت می‌شناسد و اگر استقرار اسپرم در رحم زن به صورت غیر مشروع باشد، هرچند قانون به آن رسمیت نمی‌دهد ولی صاحب اسپرم به طور طبیعی پدر محسوب شده و بعضی از آثار نسب چون حرمت نکاح نیز در پی می‌آید و به هر حال بچه منتسب به مرد دیگری نمی‌شود.^۲ قوانین

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

^۲ 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

و حقوق اکثر کشورهای جهان که در آن‌ها، از رابطه طبیعی و واقعی یاد شده، عنوان نسب را انتزاع کرده‌اند و بر آن آثار متعددی مترتب کرده‌اند، شاهد براین ادعا می‌باشد.

درباره منشأ پیدایش فرزند از ناحیه پدر، آیات و روایات وجود دارند که به جهت اختصار فقط به ذکر آیه ۵۴ سوره فرقان که در آن منشأ پیدایش انسان و ملاک نسب، با تعبیر زیبا بیان شده است، بسنده می‌کنیم:

«وهو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و شهرالله» (واوست کسی که از آب، بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و دامادی قرارداد...)

در کلمه «الماء» دوا احتمال داده شده است:

۱. مطلق آب؛ یعنی منشأ پیدایش اشیای زنده، مطلق آب است.

۲. نطفه؛ یعنی بشر از نطفه خلق شده است.

احتمال اخیر را آیه «انّا خلقنا الانسان من نطفه امشاج...»^۱ تأیید می‌کند. ^۲ چرا که سیاق آیه هم به همین اشعار دارد. در هر صورت، در این آیه، نکته بسیار ظریف وجود دارد و آن این که نسب و صهر با تعبیر جعل که به معنای برگرداندن و تغییر دادن چیزی بر یک حالت خاص است، بر بشر مترتب شده است که از تفریع آن بر «خلق من الماء بشرا» برداشت می‌شود. ^۳ که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، برداشتی که همان برداشت عرفی از نسب است که منشأ نسب را پیدایش و تکون از آب «نطفه» می‌داند.

نتیجه این که نسب از ناحیه پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود.

^۱ انسان، آیه ۲

^۲ طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۵، قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۳۳۹، ص ۲۲۹

^۳ رضائیا معلم، رضا. وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. مجموعه مقالات، پیشین، ص ۳۲۲

گفتار دوم: چگونگی انتساب طفل به مادر

پیش‌تر بیان شد که نسب از اعتبارات نفس‌الامری است که دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است که این امر اعتباری (نسب) از این منشأ اعتبار می‌شود و به عبارت روشن‌تر خردمندان و قانون‌گذاران درمقابل این منشأ اعتبار، ناگزیر از اعتبار رابطه‌ی نسبی هستند.

مطلب دیگر این‌که، مادر بر خلاف پدر که فقط از نظر ژنتیک و بیولوژیک با فرزند خود رابطه‌ی طبیعی و خونی دارد، هم از نظر بیولوژیک از طریق تخمک و هم از نظر فیزیولوژیک از طریق نگهداری کودک در رحم خود با فرزند خویش رابطه‌ی طبیعی دارد. به گونه‌ای که از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به حساب اسپرم و تخمک نمی‌توان چشم پوشید، از سوی دیگر نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون رحم او و هم‌چون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرفه‌نظر کرد.

حال سؤال این است که آیا عرف، تکنون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن را منشأ اعتبار رابطه‌ی نسبی می‌داند و یا پرورش جنین در رحم زن و تولد از او و یا هر دو را منشأ اعتبار می‌کند؟ به عبارت دیگر آیا هر دو امر واقعی و نفس‌الامری می‌توانند منشأ اعتبار باشد یا نه؟

بر همین اساس در چگونگی انتساب فرزند به مادر، نظریه‌های متعددی ارائه شده است:

۱- ولادت، ملاک انتساب طفل به مادر است.

۲- تکنون، ملاک انتساب طفل به مادر است.

۳- مادر دارنده دو عامل ولادت و تکنون با هم است.

۴- ولادت، ملاک انتساب طفل به مادر است

این دسته از فقها در اثبات نظریه خود چنین بیان می‌کنند:

«اساساً در زمان نزول آیات و صدور روایات مردم به اطلاعات جدید پزشکی که کودک، حاصل لقاح اسپرم و تخمک است آگاهی نداشتند و رحم زن را ظرف رشد جنین می‌پنداشتند، و با وجود این، زن صاحب رحم را مادر می‌دانستند. این نشان می‌دهد که مبنای داوری آن‌ها زاییدن بوده است؛ یعنی زنی که کودک را زایمان می‌کرد، او را مادر می‌دانستند و قانون‌گذار اسلام نیز این عرف را تحت شرایطی امضاء کرد»^۱ به عبارت دیگر موضوعاتی که در لسان شرع گفته شده منزل بر متفاهم عرفی است و در هر موردی اگر نظر شارع مقدس بر خلاف آن باشد تصریح به آن می‌کند و در این مورد که

^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، ص ۲

صاحب تخمک مادر است صراحتی در بین نیست و از آیه «إِنَّ امهاتهم الا اللاتى ولدنهم»^۱ استفاده می‌شود که تمام موضوع، پرورش در رحم است این گروه برای تأیید نظریه خود به آیات چندی استدلال می‌کنند در کلمات بعضی از بزرگان فقها آمده است:

«فان الام هى المرأة التى تلد الولد كما هو مقتضى قوله تعالى:الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم أن امهاتهم الا اللاتى ولدنهم»^۲ در این آیه شریفه مادر به طور مطلق و به صیغه حصر کسی است که فرزند را زاده است و حصر در اینجا، اگر چه اضافی است و در رد کسانی است که با «ظهار» زنانشان را مادرشان می‌پنداشتند، اما در اصول ثابت شده که مورد، مخصص یا مقید نیست و نزد عقلا ظهور کلام ملاک اعتبار است.

حال این سؤال مطرح می‌شود که آیا مخصص نبودن مورد در آیه ظهار، می‌تواند دلیلی برای تمسک به اطلاق باشد؟ به نظر می‌رسد که تمسک به اطلاق تنها در جایی روا است که متکلم در مقام بیان تمام قیود و شرایط باشد تا «عدم البیان فی مقام البیان» دلیلی بر اطلاق باشد. آیات استنادی دیگر، آیات زیر است:

«و وصینا الانسان احسانا حملته امه کرها و وضعته کرها»^۳ (و انسان را نسبت به پدر و مادرش سفارش کردیم، مادرش با تحمل رنج به او باردار شد و با تحمل رنج او را به دنیا آورد)
«وصینا الانسان بوالديه حملته امه وهنا علی وهن»^۴ (و انسان را درباره پدر و مادرش سفارش کردیم، مادرش به او باردار شد، سستی بر روی سستی)

چگونگی استدلال این گروه به آیات مزبور این است که خداوند مادر را چنین توصیف می‌کند: مادر است که حمل و زایمان می‌کند و رنج و مشقت بارداری و سستی آن را تحمل می‌کند. پس مفهوم مخالف آن این می‌شود که اگر زنی حمل نکند و نزاید و مشقت‌های حمل را تحمل نکند او مادر نیست.

از میان فقها بعضی معیار حقوق و عدم حقوق فرزند را به زن ولادت یا عدم ولادت دانسته‌اند؛ و در قضیه مواجهه مرد با همسرش و مساحقه او (زن) با کنیز و حمل برداشتن کنیز می‌گویند: بچه قطعاً به

^۱ مجادله، آیه ۲

^۲ 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

^۳ خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین، ج ۲. قم: نشر مدینه العلم. ۱۴۱۰. ص ۲۸۴

^۴ احقاف، آیه ۱۵

^۵ لقمان، آیه ۱۴

همسر مرد ملحق نمی‌شود؛ زیرا از او متولد نشده است^۱ و بعضی دیگر صاحب رحم را مادر تلقی می‌کنند و چنین استدلال می‌کنند:

«نطفه زن صاحب تخمک معد بوده برای زن صاحب رحم که این دومی جزء اخیر علت تامه به دنیا آمدن بچه بوده است. پس اولاد ملحق به دومی یعنی زن صاحب رحم می‌شود.» با توجه به مناسبات واقعی که از نظر علم پزشکی بین جنین منجر به طفل با زن صاحب رحم برقرار است که برای رحم نقشی بسیار فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین تعریف می‌کند.^۲ هم‌چنین نمی‌توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه‌ها در درون رحم او همچون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف‌نظر کرد. مخصوصاً اگر به تعبیراتی که در قرآن در مورد مراحل مختلفی که پس از قرار گرفتن نطفه در رحم (به تعبیر قرآن: قرار مکین) طی می‌کند تا شکل کامل انسانی را بگیرد، توجه کنیم چنان‌چه خداوند می‌فرماید: «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات ثلاث...»^۳ (شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینشی پس از آفرینشی (دیگر) در تاریکی‌های سه‌گانه خلق کرد. باز در جای دیگر می‌فرماید: «الله یعلم ما تحمل کل انثی و ما تفیض الارحام و ماتزداد...»^۴ (خدا می‌داند آن‌چه را هر ماده‌ای (در رحم) باز می‌گیرد و (نیز) آن‌چه را که رحم‌ها می‌کاهند و آن‌چه را می‌افزایند) و یا در جای دیگر می‌فرماید: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین، ثم خلقنا النطفه علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فکسونا العظام لحماً ثم انشاءناه خلقاً آخر...»^۵ لذا اگر واقعاً روح انسانی و خلقت انسانی گرفتن در رحم مادر پس از طی مراحل مذکور در آیه که با کاهش و افزایش در جنین همراه است، باشد و قبل از آن جنین فقط یک شیء باشد، آیا سزاوار است که صاحب تخمک را مادر بدانیم و نقش صاحب رحم را به اندازه پرورش دهنده کاهش دهیم.

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۴۱، پیشین، ص ۳۹۸

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.

۵. رعد، آیه ۸

گفتار سوم: منشاء تکنون انسان و اثبات نسب

برخی از فقها صاحب تخمک را مادر طفل می‌دانند و به معنای لغوی کلمه «ام» استناد می‌کنند؛ چرا که «ام» در لغت به معنای «اصل کل شیء و عماده» است و سبب اطلاق آن به زنی که کودک را به دنیا می‌آورد این است که اصل جنین از او است. در نظر این گروه، ملاک مادر بودن از دیدگاه عرف، همانند ملاک پدر بودن است و از آنجا که نخستین مرحله آفرینش کودک از آب مادر است، در این مورد صاحب تخمک به عنوان «مادر» در نظر گرفته می‌شود چرا که در نخستین مرحله آفرینش و ایجاد و پیدایش جنین سهم دارد. پس از این مرحله، تغذیه، پرورش و رشد جسمانی و روحی جنین هیچ نقشی، جز استمرار و بقا و رشد وی ندارد همان‌طور که پس از تولد تغذیه کودک از طریق شیر دادن است و چنین زنی مادر حقیقی کودک تلقی نمی‌شود و ثانیاً صفات وراثتی کودک فقط از زنی منتقل می‌شود که تخمک از اوست. لذا نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل به وجود نخواهد آمد چرا که، تخمک این زن در پیدایش کودک، شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم نیز سبب تحقق نسب نیست.

بعضی دیگر از فقهاء نیز این مسأله را در بحث مربوط به مسائل مستحدثه مطرح نموده و به نتیجه قطعی در مورد ترجیح دوران حمل یا تخمک زن برای الحاق طفل و نسبت فرزند به مادر نرسیده‌اند. ولی به نظر می‌رسد بیشتر تمایل دارند که صاحب تخمک را مادر بشناسند. ایشان می‌گویند: «اگر حمل در حالی که هنوز علقه یا مضغه است یا بعد از دمیده شدن روح از رحم زنی به رحم زن دیگر منتقل شود و در آن رحم نشو و نما نموده و متولد گردد آیا فرزند زن اول محسوب می‌شود یا دوم؟ شکی نیست که اگر بعد از کامل شدن خلقت و دمیده شدن روح، به رحم زن دیگر منتقل شود، فرزند زن اول محسوب می‌شود. چنان‌که اگر در این حال خارج و در رحم دیگر نگهداری شود، فرزند همان زن خواهد بود. ولی اگر قبل از شکل گرفتن کامل و دمیده شدن روح مثلاً در حال مضغه بودن، از رحم زن به رحم زن دیگر منتقل شود، در این‌که بچه متعلق به کدام یک از این دو زن است، مسأله مورد اشکال است. بلی اگر ثابت شود که نطفه زوجین منشأ طفل است ظاهراً باید بچه را ملحق به زوجین نمود».^۱

با توجه به عبارت اخیر و نیز تمسک به آیه «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج نبتلیه» که در اثبات منشأ بودن تخمک زن در تولد طفل قابل پذیرش است، باید گفت که بچه ملحق به زوجین است، در

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

صورتی که تعمیم دادن آن بر این که، آنچه منشأ تکون انسان است می تواند در جایگاه مادر باشد، بی آن که سایر نقش های مادر ملاحظه گردد، محل تأمل است.

برخی از نویسندگان حقوقی در بین ادله خود بر این نظریه، به مقررات فقهی و قانونی در مورد گیاه، استناد جسته اند.^۱ برابر مقررات قانونی در مورد گیاه، صاحب بذر یعنی در واقع صاحب تخم و نطفه، 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 انتساب گیاه به صاحب آن اثری ندارد.

ماده ۳۳ قانون مدنی می گوید: «نما و محصولی که از زمین حاصل می شود مال مالک زمین است، چه به خودی خود روییده باشد یا بواسطه عملیات مالک، مگر این که نما یا حاصل از اصله یا حبه غیر حاصل شده باشد که در این صورت درخت و محصول مال صاحب اصله یا حبه خواهد بود، اگرچه بدون رضای صاحب زمین کاشته شده باشد».

اگر به ساحت انسانی جسارت کنیم و او را با گیاه و حیوان تشبیه نماییم، بر اساس این نظریه مادر ژنتیکی، مادر قانونی طفل است و مادر جانشین رابطه ای با بچه ندارد.

و این بین نظر برگزیده این است که از نظر دانش پزشکی به اثبات رسیده که منشأ پیدایش و سلول سازنده جنین از ناحیه مادر، تخمک زن است و در این تردیدی نیست. هم چنین از همان منظر اثبات شده که رحم نقش هایی دارد، 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 لذا از انتساب بچه، چه از لحاظ طبیعی و ژنتیکی و چه از لحاظ اخلاقی و عرف و عادت به صاحب اسپرم و تخمک نمی توان چشم پوشید. از سوی دیگر نیز نمی توان از تعلق و وابستگی طفل به کسی که ماه ها در درون رحم او و هم چون جزئی از پیکر او رشد کرده و شکل گرفته صرف نظر کرد. مخصوصاً اگر به تعبیراتی که در قرآن کریم در مورد مراحل مختلفی که نطفه پس از قرار گرفتن در رحم زن طی می کند تا شکل کامل انسانی را بگیرد، توجه کنیم. چنان چه خداوند می فرماید: «... یخلقکم فی بطون امهاتکم خلقاً من بعد خلق فی ظلمات

^۱ مهرپور، حسین، نگرشی 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،

ثلاث...»^۱ (شما را در شکم‌های مادرانتان آفرینش پس از آفرینش دیگر در تاییکی‌های سه‌گانه خلق کرد).

باز در جای دیگر می‌فرماید: «الله يعلم ما تحمل کل أنثی و ما تفيض الارحام و ماتزدد...»^۲ (خدا می‌داند آنچه را هر ماده‌ای در رحم باز می‌گیرد، و نیز آنچه را که رحم‌ها می‌کاهند و آنچه را می‌افزایند) یا در جای دیگر می‌فرماید: «و لقد خلقنا الانسان من سلاله من جنين 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 عین حال می‌توان گفت این نقش‌های رحم، اگر چه فراتر از یک ظرف و تغذیه تنها برای جنین است، اما این مقدار آگاهی از نقش‌های رحم، جنبه سازندگی و تشکیل دهنده‌گی برای جنین ندارد و داوری عرف را در انتزاع نسب از پیدایش طفل از نطفه زن و مرد دگرگون نمی‌کند، این‌که در گذشته عرف عادی نقش مادر را حمل و زایمان کودک می‌دانست، بدان جهت بود که راه تشخیص پیدایش و تکون فرزند، زایمان و زاییدن بوده و جز این، راه دیگری در دسترس نداشتند. زایمان ملاک عرفی و اماره ظاهری بر این مطلب بود که رحم زن در تشکیل جنین دخالت دارد؛ یعنی تخمدان زن به وسیله تخمکی که رها می‌سازد، نطفه جنین را می‌سازد. حال که با پیشرفت دانش پزشکی واقعیت علمی منشأ پیدایش نطفه به یقین ثابت شده، «اماریت زایمان» مطلق نیست، یعنی از نظر قضائی اثبات خلاف اماره ممکن است، اگرچه قانون‌گذار اسلام برای حفظ آرامش کانون خانواده، اماره زایمان را حفظ کرده و واقعیت علمی و واقعی را در حالات عادی مناط اعتبار تلقی نکرده است؛ در میان حقوق‌دانان نیز این عقیده مطرح است که «در این مورد، نسب قانونی بین زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده و خود طفل به وجود نخواهد آمد، زیرا تخمک این زن در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم، سبب تحقق نسب نیست، بنابراین، طفل فقط به صاحبان نطفه ملحق خواهد گردید...»^۴ در میان آیات قرآنی با وجود آنکه، آیه «انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج نبتلیه» در اثبات منشأ بودن تخمک زن در تولد طفل قابل استناد

^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

^۵ شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات، تهران: نشر حقوق‌دان، ۱۳۷۵، ص ۱۶۶

است ولی در تعمیم دادن آن بر این که هر آنچه منشأ تکون انسان است می‌تواند در جایگاه مادر باشد، بی آن که سایر نقش‌های مادر ملاحظه گردد، محل تأمل می‌نماید.

اما آیه «هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا»^۱ که در آن نسب نتیجه پیدایش و ثمره نطفه قلمداد شده است، ملاک عرف را که منشأ پیدایش فرزند را غیر از زایمان و حمل می‌داند، مورد تأیید قرار می‌دهد. این معنا، هم از تعبیر جعل نسبت به نسب و هم از تفریع جعل نسب بر خلق از مادر قابل استفاده است.

بنابراین دراینکه فرزند مزبور با هر یک از دو زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد در این تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده می‌نماید. لکن از بین این دو ارتباط، به دلایل فوق‌الذکر ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندی است.

از سوی دیگر برای برقراری پیوند نسبی نیاز به دلیل داریم، پس تا زمانی که چنین دلیلی به دست نیاید، می‌توان با قاطعیت حکم نمود که کودک با صاحب رحم هیچ پیوند نسبی ندارد؛ افزون بر این، اصل عدمی نیز چنانچه شک در برقراری چنین پیوندی داشته باشیم اثبات کننده همین مطلب خواهد بود. آری اگر می‌توانستیم برخی از اوصاف ژنتیک را که از طریق نطفه به فرزند منتقل می‌شود از طریق قرار گرفتن در رحم زن دیگری نیز برای او قائل شویم، شاید می‌توانستیم ملاکی بگیریم و به وجود نسب حکم کنیم ولی این در صورتی است که علم زیست‌شناسی جواب ما را در این زمینه به طور جامع نداده است. هر چند که دلیل محکمی بر عدم تأثیر رحم در حال جنین و به ارث بردن صفات هم نداریم.^۲

بنابراین، نظریه گروه سوم درست و صحیح می‌نماید، اما استدلال‌های گروه نخست و دوم به قرار زیر قابل خدشه است: در کلمات برخی از بزرگان فقها 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 اللاتي ولدنهم»^۳

در این آیه شریفه مادر به طور مطلق و به صیغه حصر کسی است که فرزند را زاده است. بر پایه این استدلال فرزندی که از رحم اجاره‌ای به دنیا آمده است به صاحب رحم منسوب می‌شود؛ ولی به نظر می‌رسد که آیه شریفه بر این نظریه دلالت ندارد بلکه مطابق آیه، مادر صاحب تخمک است نه

^۱ فرقان، آیه ۵۴.

^۲ همان، ص ۲۱۸

^۳ خویی، سید ابوالقاسم. منهاج‌الصالحین، ج ۲، پیشین، ص ۲۸۴

صاحب رحم، در توضیح این مدعا باید گفت: در فرهنگ فارسی لفظ مادر بر هرگونه ارتباط طفل با زن اطلاق می‌شود، یعنی به زن مرضعه، زن مربیه در رحم و نیز زنی که منشأ تکون طفل بوده را مادر می‌گویند، و این به دلیل فقر در واژه است که فرهنگ فارسی بدان دچار است. اما در فرهنگ عربی، برای هر مورد به تناسب اصل آن لغت خاصی وجود دارد در فرهنگ قرآن برای این انتساب دو لفظ وجود دارد. لفظ «والده» که لفظ عامی است و تنها به زنی اطلاق می‌شود که منشأ تکون طفل بوده و لفظ «ام» که لفظ عام است که به معنی متتهالیه نسبت بر والده، مرضعه، مربیه و امثال آن‌ها اطلاق می‌شود. به اصطلاح منطقی نسبت میان ام و والده عام و خاص مطلق است یعنی هر والده‌ای ام است اما هر امی والده نیست و لذا در آیه ظهار لفظ والده از «ام» استثناء شده است چنان‌که فرمود: «ان امهاتهم الا و اللائی ولدنهم» (نیست مادران آن‌ها مگر آن‌هایی که آنان را تولید نموده‌اند) مفسرین شیعه و سنی می‌گویند: منظور از والده مادر حقیقی است یعنی ظهار کننده خیال می‌کرده است که با ظهار زن او مادر وی می‌شود قرآن آن تخیل را نفی کرده؛ زیرا مادر حقیقی کسی است که در تولید و تکون فرد نقش دارد اما نفی مطلق هم نکرده که مادر حکمی هم نیست بلکه تشبیه ظهر زن به ظهر مادر او را در حکم مادر قرار می‌دهد، از این جهت که آمیزش و همسری با وی را تا دادن کفاره تشبیه، تحریم می‌کند. بنابراین آیه در مقام نفی مطلق امومت نیست که بخواهد بگوید مادر فقط به مادر تولیدی می‌گویند و به دیگران مادر گفته نمی‌شود بلکه تنها در مقام رفع تخیل ظهار کننده است^۱ از سوی دیگر اصل 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، والذات و مولود» است؛ یعنی معنای اصلی «ولد» بیرون شدن چیزی از چیزی دیگر و پیدایش از آن ثمره‌اش است. پس این اصل (پیدایش چیزی از چیز دیگر) در همه مشتقات و تعابیر متفاوت لغت «ولد» وجود دارد^۳

به این ترتیب افزون بر این که مطابق آیه، مادر صاحب تخمک است، آیه هیچ‌گونه دلالتی بر زاییدن و زایمان زنان نیز نمی‌کند تا مشعر یا صریح در این باشد که ملاک مادریّت، زایمان است، چرا که زایمان واژه فارسی است که معادل آن در فرهنگ قرآن که فرهنگ عربی و تازی است «وضع» می‌باشد. در کتاب و سنت و کلمات فقها هر جا سخن از زایمان آمده است با عبارت «وضع حمل»

^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، روش‌های 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

تعبیر شده است چنان‌که قرآن در ماجرای مادر مریم بنت عمران می‌گوید: «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) در سوره احقاف آمده است: «حملته امه کرها و وضعتہ کرها»^۱ مادر بار حمل را با درد و زحمت تحمل کرد و با درد و زحمت وضع حمل نمود (زایمان کرد) و در سوره حج می‌فرماید: «و تضع کل ذات حمل حملها»^۲ هر زن بارداری در آن روز وضع حمل کند، و در سوره طلاق می‌فرماید: «و اولات الاحمال اجلهن أن یضعن حملهن»^۳ انقضای عدۀ زنان باردار وضع حمل آنان است. به طوری که ملاحظه می‌شود در هیچ آیه از زایمان به ولادت تعبیر نشده است لذا هر جا در قرآن کریم ولادت آمده باید آن را به غیر معنای زاییدن حمل کرد. شاهد بر درستی این معنا، آیات متعددی است که در آن‌ها بر پدر هم اطلاق «والد» شده است.^۴ و حال آن‌که پدر نمی‌زاید، بلکه به وجود آورنده است. بنابراین با توجه به دو واژه تولد و وضع، آیه ظاهر در این است که آن‌چه اساس انتساب است و نسبت مادر و فرزندی را برقرار می‌کند تکون و تولد است و بی‌تردید حمل جنین توسط رحم، سپس زایمان، منشأ پیدایش فرزند محسوب نمی‌شود. برخی از فقها، آیه «و حملته امه کرها و وضعتہ کرها» و نیز آیه شریفه «و حملته امه وهنا علی وهن» را مستند خود قرار می‌دهند و استدلال می‌کنند که مادر کسی است که با مشقت باردار شود و با مشقت وضع حمل نماید. پس مفهوم مخالف آیه چنین خواهد بود اگر زنی حمل نکند و نزاید و مشقت‌های حمل را تحمل نکند او مادر نیست. این استدلال خالی از مناقشه نیست: در این‌که وجود کودک در رحم مادر شکل می‌گیرد و مادر عهده‌دار بارداری و زایمان اوست، تردیدی وجودی ندارد؛ اما این‌که هر کس این دو توصیف در حق او صادق باشد، مادر است، موضوعی است که با این آیات قابل اثبات نیست، چرا که این آیات دلالت ندارد که مادر کسی است که حمل نماید و بزاید یا سختی را تحمل کند، بلکه به انسان تذکر می‌دهد آن وقت که جنین بوده‌اید، مادر، شما را حمل و زایمان کرده است، پس از نیکی در حق آن‌ها دریغ نکنید. ثانیاً آیات فوق هیچ کدام مفهوم ندارد و یادآوری ویژگی حمل و زایمان در این آیات از باب غلبه است، به طوری که در آن زمان همیشه چنین بوده است و گرنه ممکن است مادری باشد که حامل نباشد و ممکن است زنی حامل کودکی باشد و مادر او نباشد مانند زنی که از زنا باردار است و مشهور او را

^۱ احقاف، آیه ۱۵

^۲ حج، آیه ۲

^۳ طلاق، آیه ۴.

^۴ «و والد و ما ولد» بلد، آیه ۳.

مادر نمی‌شناسد^۱. دسته‌ای از فقیهان معتقدند در صورتی که تخمک از یک زن و رحم متعلق به زن دیگری باشد طفل دارای دو مادر خواهد بود ولیکن ملتزم شدن به این نظریه نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا اولاً در مخالفت با آیات قرآنی است؛ چرا که فرمود: «لقد خلقنا الانسان من سلاله من طین ثم جعلناه نطفه فی قرار مکین ثم خلقنا النطفه علقه...»^۲ چنان‌که ملاحظه می‌شود آیه شریفه مبدأ انسان را نطفه قرار داده و رحم را یک قرارگاه معرفی فرموده است که نطفه را در خود نگه می‌دارد در تفسیر مجمع البیان در ذیل آیه پنجم سوره حج آمده، نطفه مایعی است که از مرد و زن به وجود می‌آید (النطفه هی الماء القیل یکون من الذکر و الانثی)^۳ و در قرآن نطفه به معنای آمیخته اسپرم و تخمک نیز به کار رفته است، مانند آیه ذیل «إنا خلقنا الانسان من نطفه امشاج»^۴ بعضی از مفسرین معتقدند که «امشاج» که صفت نطفه است مفرد آمده، لذا مراد از نطفه آمیخته ماء مرد و ماء زن است. ثانیاً: این نظریه مستلزم تأسیس فقه جدید است؛ مثلاً در قرآن سهم الارث پدر و مادر در صورت نبود فرزند، ۱/۳ از آن مادر و بقیه از آن پدر است. فرمود: «فان لم یکن له ولد و ورثه ابواه فلامه الثلث» به این ترتیب اگر صاحب رحم هم مادر باشد، با توجه به این که در مورد اجتماع وراث صاحب فرض و قرابت، ابتدا صاحبان فرض سهم خود را از ترکه می‌برند و سپس مابقی به صاحبان قرابت می‌رسد بر این اساس باید به هر یک از مادرها ۱/۳ ماترک را بدهیم و به پدر مبلغی اختصاص می‌یابد که خلاف نص قرآن است و لازمه آن تأسیس فقه جدید است و یا اگر به هر دو مادر ۱/۳ بدهند و آنان سهم مذکور را بین خود تقسیم نمایند باز اشکال فوق به شکل دیگری مطرح می‌شود. در واقع ظاهر از عبارت «فلامه الثلث» آن است که هر شخصی که متصف به عنوان «ام» گردد و مادر متوفا شناخته شود، سهم الارث او یک سوم از ترکه است خصوصاً این که اضافه واژه «ام» به ضمیر مفرد که به متوفا راجع است، مؤید می‌باشد.

به این ترتیب چنین اختصاصی (اختصاص ۱/۳ به هر دو مادر)

صحیح نیست اختصاصی که طبق نص آیه قرآن در فرض تعدد زوجات متوفی دیده می‌شود. مطابق آیه ۱۲ سوره نساء «و لهن الربع مما ترکتم ان لم یکن لکم ولد فان کان لکم ولد فلهن الثمن مما ترکتم»

^۱ . قبله‌ای خویی، خلیل‌بررسی 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.

از ضمیر جمع مؤنث(هن) و حرف «لام» استفاده می‌شود که فرض یک هشتم یا یک چهارم به تمام زوجات اختصاص دارد.

انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد، البته این به این معنا نیست که صاحب رحم با فرزند ارتباطی ندارد یا بر وی محرم نیست که انشاء... در جای خود بحث خواهد شد.

فصل پنجم

روش های نوین اثبات نسب در حقوق ایران

مبحث اول: روش اثبات نسب در استفاده از رحم جایگزین

بعد از تبیین ماهیت نسب در این قسمت از نوشتار به رابطه نسب در حالت استفاده از رحم جایگزین می‌پردازیم. تحقق یا عدم تحقق نسب و نیز وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین از مباحث مطروحه در این زمینه به شمار می‌روند که به مناسبت بحث از نسب طفل مزبور قابل بررسی است.

گفتار اول: تحقق نسب در حالت استفاده از رحم جایگزین

در این قسمت از نوشتار نسب کودک متولد از رحم جایگزین مورد مطالعه قرار می‌گیرد که آیا نسب در این حالت ثابت می‌شود یا خیر؟ البته بحث هنگامی ضرورت دارد که عدم تحقق نسب در ولدالزنا ثابت باشد؛ چرا که اگر هم‌چنان که برخی از فقهاء مدعی هستند، بپذیریم که ولدالزنا نیز فرزند زانی و زانیه است موردی برای این بحث باقی نمی‌ماند، زیرا وقتی کودک ناشی از زنا به زانی و زانیه ملحق شود الحاق کودک تلقیحی به صاحبان جنین قطعی خواهد بود هرچند تلقیح و یا انتقال جنین مجاز باشد. در خصوص تحقق نسب در طفل متولد از رحم جایگزین اختلاف نظر وجود دارد. برخی عقیده دارند باید رابطه جنسی بین زن و مرد مباح باشد تا نسب، مشروع محسوب شود، آنان در تحقق نسب دو چیز را شرط می‌دانند، یکی ارتباط مشروع و دیگری ارتباط زوج و زوجه به طریق متعارف^۱؛ بنابراین اگر فرزندی از یک زن و مرد متولد شود و به نکاح صحیح یا شبهه مستند نباشد نسب او مشروع نخواهد بود، هر چند ولدالزنا هم نباشد. مطابق این نظریه فرزند متولد از رحم جایگزین در صورتی که مشروع نباشد؛ نسب مشروع نخواهد داشت. در اشکال به این نظریه گفته شده: این نظریه مدرک شرعی ندارد. اجماع و نص خاص که در مورد ولدالزنا به آن‌ها استناد شده است ربطی به این مورد ندارد. نه اجماع می‌گوید که رابطه باید مباح باشد و نه حدیث فراش. مضافاً این‌که از حیث عرف و لغت نیز بر این کودک ولد صدق می‌کند و از طرف شرع نیز مانعی نرسیده^۲ و از فقههای معاصر نیز هرکس که در این زمینه مطلبی دارد و در تلقیح مصنوعی بحثی کرده است در انتساب، مباح بودن ارتباط را شرط ندانسته است. این نظریه با توجه به روایات وارده، در مسأله مساحقه، که در آن خلاف آن را بیان می‌کنند، خدشه‌پذیر می‌نماید. برای روشن شدن این بحث، روایت منقول از امام حسن (ع) را به اختصار بیان می‌کنیم:

^۱ حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین، بیروت: دار التعارف، ۱۴۰۰، صص ۲-۲۱۵

^۲ قبله‌ای خوبی، خلیل. بررسی احکام وضعی کودکان ناشی از اهدای گامت، اهدای گامت و جنین در درمان ناباروری مجموعه مقالات پیشین، ص ۲۶۸

«ابن مسلم گفت: شنیدم اباجعفر و اباعبدالله علیهما السلام می گفتند: حسن بن علی(ع) در مجلس حضرت علی(ع) حضور داشت که عده‌ای وارد شدند و می‌خواستند از حضرت علی(ع) مسأله‌ای را سؤال کنند، به علت عدم حضور حضرت در مجلس نزد امام حسن(ع) سؤال را طرح کردند. آن مسأله این بود که مردی با زن خود نزدیکی و زن با همان حالت بی‌درنگ با دختر باکره‌ای مساحقه نموده و در نتیجه این عمل، نطفه از رحم زن وارد رحم دختر گردیده و دختر حامله شده است. چه باید کرد؟»

حضرت امام حسن(ع) فرمودند: ابتدا به زن رجوع کنید و از او مهر دختر باکره را بگیرید؛ زیرا طفل حاصل از مساحقه، از رحم دختر خارج نمی‌شود، مگر با ازاله بکارت وی؛ سپس زن را چون شوهر داشته، رجم کنید و پس از آن به انتظار بنشینید تا دختر باکره زایمان و طفل را به پدرش رد کنید و دختر مزبور را تازیانه بزنید.»

آنچه از مدلول این دسته از روایات به دست می‌آید و اکثر فقهای بزرگ امامیه نیز معتقدند این است که کودک به صاحب اسپرم ملحق می‌شود اگرچه در اثر یک عمل حرام مانند مساحقه کودک تولد یافته باشد در واقع تحریم مسأله، در نسب طفل هیچ‌گونه اثری نداشته است. این مطلب جای تأمل می‌نماید. چرا که در این خصوص این سخن از فقهاء را داریم که: از روایات نقل شده در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره استفاده می‌شود که شوهر چون با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته و فرزند به او ملحق شده است، اما دختر باکره چون کارش نامشروع بوده، مشهور فقها با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و حکم زنا را درباره وی جاری ساخته‌اند.^۱

^۱ در مورد نسب مادری چنین طفلی امام خمینی(ره) در تحریرالوسیله ج ۲، ص ۴۷۱، تصریح دارند که فرزند ملحق به دختری می‌شود که در اثر مساحقه حمل برداشته است. عبارت ایشان چنین است: «لوطا زوجته فساحت بکرا فحملت البکر فالولد للواطئ صاحب الماء و علی الصبیه الجلد ماه بعد وضعها ان کانت مطاوعه والولد یلحق بها ایضاً» صاحب ریاض نیز در مورد الحاق بچه به دختر همین نظر را اختیار کرده است. البته بسیاری از فقها در الحاق طفل به دختر نیز تردید نموده و عدم انتساب او را به دختر(کنیز) ترجیح داده‌اند، بدان سبب که قرار گرفتن منی مرد در رحم او به صورت مشروع نبوده است. از جمله بنگرید به کلام علامه در قواعد که با اظهار نظر به الحاق طفل به مرد به عنوان صاحب نطفه و عدم الحاق قطعی آن به همسر مرد نسبت به الحاق آن به کنیز یا دختر تردید نموده و می‌گوید: اقوی عدم الحاق است «و الحق الولد بالرجل من ماء غیر زان و فی الحاقه بالصبیه اشکال اقربہ العدم فلا یوارثان و لایلحق بالکبیره قطعاً...» ایضاح الفوائد فی شرح القواعد، ج ۴، ص ۴۹۴. هم چنین بنگرید نظر شهید ثانی در شرح لمعه، ج ۹، ص ۱۶۲: «... و لایلحق بالزوجه قطعاً و لابلکبر علی الاقوی...»

به نظر ما در رابطه با تحقق نسب شرعی در حالت استفاده از رحم جایگزین - صرف نظر از بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت عمل - نظر به دلایلی که از نظر شرعی در رابطه با تحقق نسب در زنا ذکر کردیم و این که عده‌ای از فقها حتی بر الحاق ولد الزنا به زانی و زانیه اصرار دارند در حالی که مسلم است رابطه غیر مشروع و کودک نامشروع است، می‌توان حکم به تحقق نسب در حالت مادر جانشینی که حتی در غیر مشروع بودن آن اتفاق نظر وجود ندارد، داد. از سوی دیگر همان‌طوری که گفتار و سخنان فقیهان اسلامی در باب نسب دلالت دارد و تفصیلاً به آن پرداخته شده قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولد زنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث، مشروعیت نسب لغوی و عرفی است. ممکن است ایراد شود که قانون‌گذار برای اثبات نسب، آمیزش و نزدیکی زوجین را معتبر دانسته است؟ زیرا برابر ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». به این ترتیب برابر ماده فوق‌الذکر طفل متولد در زمان زوجیت در صورتی به شوهر نسبت داده می‌شود که بین او و زن نزدیکی واقع شده باشد. فلذا طفلی که به وسیله عمل نامتعارف تلقیح مصنوعی زن و شوهر به دنیا آمده است، به دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، به شوهر منتسب نمی‌گردد. این برداشت برابر نظر فقهای است که در آن اگر مرد با زنی آمیزش جنسی نداشته باشد، کودک تولد یافته به او ملحق نشده، فرزند وی به حساب نمی‌آید. سؤال اصلی که در این قسمت قابل طرح است این است که آیا با توجه به این شرایط می‌توان نتیجه گرفت به دلیل عدم وقوع نزدیکی بین زن و شوهر، طفلی که به وسیله عمل نامتعارف تلقیح مصنوعی زن و شوهر به دنیا آمده است، به شوهر منتسب نمی‌گردد؟

برخی از فقها در تحقق نسب ارتباط زوج و زوجه به طریق متعارف و ارتباط مشروع را شرط می‌دانند و معتقدند که نسب با تلقیح ثابت نمی‌شود هر چند تلقیح اسپرم زوج به زوجه باشد. هر چند موضوع اعتبار آمیزش جنسی (دخول) در مباحث مختلفی از کتاب فقه (الحاق ولد در ازدواج دائم و موقت، لزوم رعایت عده، لعان و نفی ولد) و به تبع آن در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق. م مطرح شده است، اما به نظر می‌رسد اعتبار آمیزش جنسی در تحقق نسب و برقراری ارتباط خویشاوندی

میان پدر حقیقی_ بیولوژیک و کودک، تنها از این جهت است که در شرایط عادی و البته در بیشتر موارد، راه انتقال اسپرم به رحم زن، آمیزش جنسی است^۱ و از آن بر نمی آید که «نزدیکی» را وسیله منحصر مشروع ساختن نسب قرار داده باشد، به همین دلیل در تحقق نسب طفلی که در اثر تفخیز یا سایر تماس های بدنی زن و شوهر ایجاد شده است، تردید وجود ندارد بطوری که در نزدیکی های غیر متعارف (وطی در دبر) نیز اگر احتمال رسیدن اسپرم به رحم وجود داشته باشد، فرزند به صاحب اسپرم ملحق می شود. هرچند این گونه نزدیکی به خودی خود نمی تواند عامل بارداری شود. بعضی از حقوق دانان معتقدند که نزدیکی جنسی فقط راه معتاد آبستنی است و نفس این اقدام به تنهایی اثری در احکام نسب ندارد و آنچه سبب انتساب طفل به پدر و مادر می شود، رابطه زوجیت بین آنان یا اعتقاد به وجود چنین رابطه ای است و در انتساب طفل به پدر و مادر نباید تردید کرد پس اگر نزدیکی جنسی را شرط بدانیم به آن دلیل خواهد بود که علم به تحقق پیدا نکردن آن، علم به وجود مانع بر سر راه تحقق نسب و حصول خویشاوندی است. از این رو اگر پدر بیشتر از زمان بارداری (ده ماه) از همسر خود دور باشد (غیبت)، فرزند به او ملحق نمی شود چرا که آمیزش در خلال آن ممکن نبوده است از جمع مطالب ارائه شده می توان نتیجه گرفت که «نزدیکی جنسی» مذکور در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م به اعتبار این که سبب انعقاد نطفه می گردد مورد نظر قانون گذار واقع شده است و خصوصیتی در نزدیکی و مواقعه زوجین نیست تا در نسب مؤثر گردد.

گفتار دوم: وضعیت نسب طفل متولد از رحم جایگزین

وضعیت نسب طفل متولد از مادر جانشین در دو حالت نسب مادری و پدری قابل بررسی است که در این قسمت از نوشتار به بررسی نسب طفل مزبور در حالات مختلف استفاده از رحم جایگزین پرداخته می شود. در این خصوص لازم است ابتدائاً به تبیین مفهوم و اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین که برای بررسی چنین حکم وضعی ضروری است، پرداخته شود. نظر به این که مباحثی مانند مفهوم استفاده از رحم جایگزین و اشکال مختلف آن، در شمار اموری است که می تواند چنین موضوعی را برای بررسی حکم وضعی آن تبیین کند لذا بنا است ابتدائاً به تبیین مفهوم قرارداد مزبور و معرفی اشکال مختلف آن پرداخته و سپس به بررسی حکم وضعی آن پردازیم.

بند اول. مفهوم استفاده از رحم جایگزین

^۱ مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابیطالب (ع)، ۱۴۱۶، صص ۴-۳۳
^۲ شریف، مرتضی، الرسائل، به همراه سید احمد حسینی، قم: انتشارات دار القرآن الکریم، ۱۴۰۵، صص ۱-۱

در لقاح خارج رحمی در مواقعی که زنی برای به ثمر رساندن جنین زوج دیگر باردار می‌شود، اطلاق رحم جایگزین به کار می‌رود. تعاریفی برای استفاده از رحم جایگزین ارائه شده که برخی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «قراردادی است که به موجب آن، یک زن (مادر جانشین) در مقابل یک زوج ازدواج کرده (والدین حکمی) موافقت می‌کند که جنینی را برای آن‌ها حمل کرده، بچه را به دنیا آورد و او را به مجرد تولد، به آن زوج تسلیم نماید و آن‌ها بچه را مثل فرزند خودشان بزرگ کنند»^۱ با بهره‌مندی از این تعاریف، تعریف بهتری برای استفاده از رحم جایگزین ارائه شده است: «قرارداد استفاده از رحم جایگزین توافقی است که بر پایه آن، زنی (مادر جانشین) می‌پذیرد تا با روش‌های کمکی تولید مثل و استفاده از اسپرم و تخمک والدین حکمی یا اشخاص ثالث که در آزمایشگاه بارور شده و یا به جنین تبدیل شده، باردار شود و در حالی که ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، فرزند ناشی از آن تخمک بارور شده یا به جنین تبدیل شده را حمل کند و پس از تولد، او را به زوج طرف توافق (والدین حکمی یا متقاضی) تحویل دهد».

این تعریف از آن جهت که به اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین اشاره دارد جامع افراد است و نیز از آن جهت که بارداری مادر جانشین با تخمک خویش را در بر ندارد، مانع اغیار است و به این ترتیب ایرادات تعاریف قبلی را ندارد.

بند دوم. اشکال مختلف استفاده از رحم جایگزین

استفاده از رحم جایگزین از آن جهت چگونگی ارتباط ژنتیکی مادر جانشین و والدین حکمی یا والدین متقاضی با جنین حاصله به سه دسته تقسیم می‌شوند:^۲

الف. جانشینی در بارداری

حالتی است که به موجب آن مادر جانشین به وسیله تکنیک‌های کمکی تولید مثل و با استفاده از جنین حاصل از اسپرم و تخمک والدین حکمی، باردار می‌شود. در این حالت مادر جانشین که به او «جانشین کامل» نیز اطلاق می‌شود، هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه ندارد و او تنها به موجب توافق

^۱ نایب‌زاده، عباس، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، مادر جانشین - اهدای تخمک جنین، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰، ص ۸۲.

^۲ همان، ص ۷۹.

جانشینی در بارداری، اعم از آنکه تجاری یا غیر تجاری باشد، تخمک بارور شده یا جنین رشد یافته در خارج رحم را که متشکل از اسپرم و تخمک والدین حکمی است و با استفاده از روش‌های کمکی تولید مثل به وی منتقل گردیده و باردار شده است، حمل می‌کند.

از آن‌جا که در شرایط متعارف، رحم پذیرنده سلول تخم برای این کار خود، دستمزد می‌گیرد، بررسی حقوقی این مسأله در بحث ماهیت قرارداد استفاده از رحم جایگزین و با عنوان «اجاره رحم» و «جعاله» قابل بررسی است. هم‌چنین از آن‌جا که ارتباط تکوینی بین طفل و مادر جانشین و هم‌چنین صاحب تخمک وجود دارد در این‌که مادر اصلی طفل کدامیک از این دو می‌باشد از مسائل مهم در این زمینه است که بررسی آن مجال خاصی را می‌طلبد.

ب. جانشینی سستی رحم

در این قسم بر مبنای توافق با مادر جانشین، اسپرم مرد زوجه نابارور به‌طور مصنوعی به داخل رحم وی منتقل می‌شود که پس از حامله شدن فرزند را برای آن‌ها حمل نموده و پس از تولد تسلیم آن‌ها کند. در واقع در این قسم، تخمک مادر جانشین با اسپرم مرد که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور می‌شود و مادر جانشین، تخمک بارور شده خود با اسپرم پدر حکمی را حمل می‌کند؛ بنابراین، مادر جانشین (مادر جانشین جزئی) و هم‌چنین پدر حکمی با بچه ارتباط ژنتیکی خواهند داشت؛ چرا که تخمک مادر جانشین با استفاده از لقاح داخل رحمی^۱ یا خارج رحمی با اسپرم مرد بارور می‌شود و مادر جانشین، جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم پدر حکمی بارور شده است، حمل می‌کند و زوجه نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آن‌ها از نوع فرزندخواندگی است.

به نظر می‌رسد چنین قسمی تخصصاً از بحث جانشینی در بارداری خارج است و پرداختن به آن در اینجا جایگاهی ندارد چرا که در قسم مزبور، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. بنابراین اطلاق مادر جانشین بر چنین زنی و هم‌چنین اطلاق رحم جایگزین بر این رحم

^۱ باروری مصنوعی (IUI): در این شیوه از درمان، اسپرم پس از گرفته شدن، شست و سو و آماده سازی، مستقیماً به داخل رحم تزریق می‌شود.

صادق نیست و موضوع هبه یا فروش تخمک یا فرزند از سوی مادر نسبی درباره آن قابل طرح و بررسی است.

ج. جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی

این شیوه بر پایه ارتباطی سه گانه میان والدین متقاضی، زوج یا اشخاص ثالث صاحب اسپرم و تخمک یا جنین و مادر جانشین استوار است؛ به این گونه که زن و شوهر نابارور (والدین متقاضی) از تخمک یا جنین اهدایی (والدین حکمی) برای عمل تلقیح مصنوعی و بارداری نمودن مادر جانشین استفاده می کنند.

استفاده از این قسم در استفاده از رحم جایگزین، رواج و توجیه زیادی ندارد، اما احتمال و امکان استفاده از این شیوه وجود دارد و داخل بودن آن در موضوع بحث ممکن است.

گفتار دوم. انتساب به والدین

بند اول. نسب پدری

از آن جا که انتساب طفل به پدر، مبتنی بر خلقت کودک از نطفه او است و مرد صاحب اسپرم، پدر طفل محسوب می شود بنابراین تعیین نسب پدری بر خلاف نسب مادری دشوار نیست. به این ترتیب بحث تحلیلی در مورد نسب پدری طفل متولد از رحم جایگزین موکول به اثبات نسب پدری می باشد که می طلبد برای پاسخگویی در این زمینه وارد بحث اثبات نسب پدری شویم که خارج از موضوع بحث ما است و بررسی آن مجال خاصی را می طلبد.

بند دوم. نسب مادری

با توجه به حالات سه گانه که برای استفاده از رحم جایگزین متصور است به بحث از نسب مادری طفل متولد از مادر جانشین در حالات مزبور می پردازیم.

الف. حالت جانشینی در بارداری

با توجه به این که زن صاحب تخمک و صاحب رحم در جریان باروری جانشینی با طفل متولد از رحم جایگزین ارتباط تکوینی دارند بررسی رابطه طفل با هر کدام از این دو قابل بررسی است. از آن جا که در بحث از مادر قانونی، انتساب طفل به زن صاحب تخمک پذیرفته شد لذا مسأله اساسی ما در این قسمت بررسی رابطه طفل با صاحب رحم خواهد بود.

۱. رابطه طفل با صاحب تخمک

همه احتمالات و نظریه‌هایی که درباره منشأ انتساب طفل به مادر آمد، در این فرض قابل تطبیق است. از توضیحاتی که در نقد و بررسی این نظریات به عمل آمد، نتیجه این شد که انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد، هرچند که طفل مزبور با وی ارتباط تکوینی و واقعی دارد.

۲. رابطه طفل با صاحب رحم

حال سؤال اصلی در این قسمت از نوشتار این است که: آیا می‌توان به کمک وحدت ملاک به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به مورد بحث جریان داد و چنین استدلال کرد که ملاک نشر حرمت در رضاع این است که رشد جسمانی مرتضع، بر اثر تغذیه او از ماده‌ای فراهم آمده که از جسم مرضعه تولید گردیده است و در مورد بحث نیز مسلماً این وضع موجود است یا آن که وقتی رضاع با احتمال شرایط خاص خود سبب نشر حرمت و مانع نکاح باشد به طریق اولی تکامل و تشکل طفل در رحم، می‌تواند نسبت به نکاح مانعیت داشته باشد؟ رابطه حقوقی کودک ناشی از صاحب رحم اجاره‌ای یا عاریه‌ای با اختلاف مبانی متفاوت است. برخی از محققین می‌گویند: حکم رضاعی بر او بار می‌شود و در نتیجه بین او و بچه محرمیت و حرمت نکاح به وجود می‌آید، همان گونه که در قرابت رضاعی این وضع وجود دارد^۱ البته چنین حکمی در قرآن و سنت و مباحث فقهی سابقه ندارد، ولی حال که چنین پدیده‌های مصداق خارجی پیدا کرده، بعید نیست بتوان گفت: از آن جا که رحم زن در دوران تکمیلی برای جنین مانند پستان‌های او در دوران رضاع و شیرخوارگی است که موجب تغذیه جنین بوده؛ پس همان طور که مادر رضاعی مادر حقیقی و حقوقی نیست و تنها مادر حکمی است که نسبت به فرزند فقط محرم می‌باشد، در اینجا هم که آن ملاک قوی تر است حداقل حکم قرابت رضاعی برقرار می‌شود به بیان دیگر ملاک و ضابطه رضاع یعنی رویدن گوشت

^۱ فاضل لنکرانی، محمد، جامع المسائل، قم: مطبوعات امیر، بی تا، ص ۵۶۵

و محکم شدن استخوان در اینجا نیز وجود دارد و در نتیجه می‌توان احکام رضاع را جاری کرد. پس زن پذیرای جنین نیز مادر حقیقی و حقوقی جنین نیست بلکه به دلیل تغذیه رحمی مادر حکمی و محرم اوست. «به وجود ملاک مذکور در بالا، به خصوص از آن‌جا می‌توان بهتر پی برد که در بسیاری روایات فقهی و عبارات فقها، برای تحقق نشر حرمت در رضاع، رویش گوشت و استخوان و یا به بیان امروز، پیدایش سلول‌های بدن طفل از شیر مرضعه به عنوان ضابطه معرفی گردیده است. هر چند رویش گوشت و استخوان، در روایات مذکور، صرفاً به عنوان ضابط تحقق نشر حرمت ذکر شده است^۱ ولی نحوه بیان و تعبیر آن‌ها طوری است که بعید نیست بتوان ضابط مذکور را به اصطلاح فقهی نوعی مصرحه حکم، تلقی کرد. مع الوصف استنباط مزبور در ملاک‌گیری، قدری دور از احتیاط و شبیه قیاس به نظر می‌رسد؛ زیرا درست است که نمو جسمانی طفل از زن به عنوان ضابطه و یا حتی در سطح علت مصرحه حکم نشر حرمت معرفی شده است، ولی منشأ این نمو در فقه و هم‌چنین در ماده ۱۰۶۴ قانون مدنی، شیر است نه مواد درونی دیگری که طفل در مراحل جنینی برای تکامل جنینی خود، از آن استفاده می‌کند. مضافاً بر آن که مطلق تغذیه از شیر مرضعه، سبب تحقق خویشاوندی رضاعی و نشر حرمت نیست، بلکه همان‌طور که ماده ۱۰۴۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد، باید شرایطی را از قبیل به وجود آمدن شیر از حمل مشروع و مکیدن آن از پستان، دارا باشد. مفهوم شرایط مذکور این است اگر مثلاً شیر ناشی از حمل نباشد (چنان‌که در موارد استثنائی امکان دارد) یا آن‌که ناشی از حمل نامشروع باشد یا آن‌که از پستان مکیده نشده باشد بلکه پس از خروج از آن به وسیله ظرف و غیره مورد استفاده قرار گرفته باشد. خویشاوندی بین طفل و زن به وجود نمی‌آید و منعی برای ازدواج آن دو و یا ازدواج طفل با خویشاوندان زن به وجود نخواهد آمد، هرچند که تغذیه طفل از شیر به حدی باشد که رویش گوشت و استخوان او را سبب شده باشد. در این صورت نسبت به وحدت ملاک و ذات علت حکم، دریچه‌ای برای ورود تردید در ذهن باز می‌شود. آیا از نظر فقهی و تبعاً از جهت قانون مدنی، علت حکم نشر حرمت که آن را منصوص تلقی کردیم، صرفاً رویش سلول‌های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است، یا آن‌که علت، خصوص نمو این سلول‌ها از شیر آن زن می‌باشد و شیر در این مورد خصوصیتی دارد؟^۲ ممکن است گفته شود، همان‌طوری که برخی از فقها تصریح کرده‌اند، رابطه رضاع از سنخ رابطه نسب است و ماهیت تکون و

^۱ - از جمله روایات مذکور روایت صحیح‌ای است با این عبارت «قلت له ما یحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم و شد العظم...»، به نقل از مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی: وضعیت حقوقی کودک آزمایشگاهی، پیشین، ص ۱۶۷.

^۲ همان، ص ۱۶۷.

نشأت گرفتن یکی از دیگری دارد^{۲۱} روایات عدیده‌ای نیز در فقه اسلام موجود است که مبنای ممنوعیت نکاح بین اقربای رضاعی را تأثیر شیر در کودک قرار داده و خویشاوندی ناشی از آن را در ردیف خویشاوندی ناشی از نسب شمرده است. بنابراین آنچه اهمیت دارد صرف نشأت گرفتن یکی از دیگری است که هم در قرابت نسبی و هم در قرابت رضاعی موجب نشر حرمت می‌گردد، در اولی رابطه از طریق خون و در دومی رابطه از راه شیر برقرار می‌شود فلذا شیر در این مورد هیچ خصوصیتی ندارد و این استفاده از مواد تولیدی در درون جسم زن است که باعث ایجاد رابطه شده است به این ترتیب علت حکم نشر حرمت صرفاً روش سلول‌های بدن طفل از مطلق مواد تولیدی در درون جسم زن است و شیر در این باب طریقت دارد نه موضوعیت. در پاسخ باید گفت: هرچند که جهت شباهت موضوع مجهول‌الحکم (قرابت مادر جانشینی) همان جهتی است که علت ترتب حکم بر موضوع ثابت‌الحکم (قرابت مادر رضاعی) گردیده، لیکن قیاس منصوص‌العله که مأخذ موضوع مجهول‌الحکم می‌باشد، در صورتی موجب تعدیه حکم موضوعی بر موضوع دیگر- به اعتبار اشتراک آن‌ها در علت حکم می‌گردد- که: جهت شباهت باید همان جهتی باشد که علت ترتب حکم بر اصل (موضوع ثابت‌الحکم) گردیده است.

جهات فارق‌ه‌ای که بین اصل (موضوع ثابت‌الحکم) و فرع (موضوع مجهول‌الحکم) موجود می‌باشد مداخلیتی در تعلق و عدم تعلق حکم بر اصل نداشته باشد. به این ترتیب در مورد مادر جانشینی و مادر رضاعی در عین حالی که از حیث نمو جسمانی طفل از زن با یکدیگر شباهت دارند، لیکن در صورتی می‌توان حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد که معلوم شود علت قرابت رضاعی، مطلق «نبات اللحم و شد العظم» است نه نمو جسمانی مقید به شرایطی خاص؛ به گونه‌ای که هر کدام از این شرایط نباشد، قرابت رضاعی محقق نمی‌گردد.

حال سؤال این است که آیا با به دست آوردن ملاک هر یک از این شروط و با اثبات این مطلب که هر کدام از این شروط مبتنی بر ملاکی است که با جمع این ملاکات قرابت محقق می‌گردد، می‌توان با آگاهی از مناسبات بین زن صاحب رحم با جنین، به توضیح و مقایسه علل ایجاد قرابت رضاعی با

۱. بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، تهران: منشورات مکتبه الصادق (ع)، ۱۴۰۳، صص ۱۲۷-۱۲۸

۲. «ان الربط الرضاع من سنخ ربط النسب الذی هو ربط بین النسب و الونسوب الیه ربط تکوین و اشتقاق، فان الولد متکون من والديه، و مادته الاصلیه مشتقه من مادتهما الساریه فی جمیع الطبقات النازله سریان المصادر فی جمیع مشتقاتها، و لذا کان نماء کل بذر من جنس اصله، «من یزرع الشوک لم یحصد به عنباً» و لیس الا لسریان حقیقه الاصل فی فروعه، و لعل الرضاع بشرائطه کما یعرب عنه ما قیل: (آن لحمه الرضاع کلحمه النسب)»

حالت استفاده از رحم جایگزین پرداخت و چنین استدلال کرد که ملاکات نشر حرمت در رضاع به همان اندازه و یا بعضاً با شدت بیشتری در مورد باروری جانشینی وجود دارد؟

قبل از پاسخگویی به این سؤال، به طور اختصار به توجیه‌های مختلفی که از جانب برخی صاحب‌نظران در این زمینه رفته‌است، می‌پردازیم:

برای مثال برخی با این استدلال که شیری که طفل در دو سال اول زندگی خود می‌خورد در پرورش جسمی و روانی او تأثیر بیشتری دارد، شرط «شیر خوردن طفل قبل از پایان دو سالگی» را توجیه کرده‌اند یا «خوردن شیر در آغوش زن» را که قانون مدنی به تبع فقه امامیه یکی از شرایط ایجاد قرابت رضاعی قرار داده است، این‌طور توجیه نموده‌اند که از دیرباز کودکی را که در آغوش زنی شیر می‌خورده است مردم به دیدهٔ فرزند به او می‌نگریستند به گونه‌ای که در عادات اقوام، شیر دادن به کودک عملاً ایجاد یک نوع علاقه بین زن شیردهنده و شوهر او با کودک می‌نمود که آن را در ردیف خویشاوندی نسبی در خانواده جلوه می‌داد و افراد خانواده همان حمایتی را از خویشاوندان می‌نمودند که از خویشاوندان نسبی خود می‌کردند. این است که قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح، در نظر این قبایل مانند خویشاوندی نسبی به شمار رفته است. اسلام نیز این اخلاق اجتماعی را که منشاء قرابت رضاعی بوده، محترم شمرده و کودک را در حکم فرزند زن قرار داده است و قانون مدنی نیز آن فرض حقوقی را از فقه گرفته است.^۱

به نظر می‌رسد برای این‌گونه ملاک‌گیری در مورد محل بحث ما اعتباری نیست تا بخواهیم براساس این ملاکات به مقایسهٔ مادر جانشینی و مادر رضاعی، برای توجیه جهات فارق کهبین موضوع ثابت‌الحکم (اصل) و موضوع مجهول‌الحکم (فرع) وجود دارد، بپردازیم؛ چرا که در تعدیهٔ موضوع ثابت‌الحکم به موضوع مجهول‌الحکم، شرط است که علت آن صفتی که مناط حکم فرض گردیده است باید به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم گردیده و بر آن اطمینان حاصل شده باشد که این اطمینان به دو شرط حاصل می‌گردد: یکی آن‌که علت به یکی از طرق شرعیه از قبیل قول یا فعل یا تقریر معصوم (ع) و یا اجماع و امثال آن محرز شود نه از طریق حدس و تقریب که ایمن از خطاء و اشتباه نیستند.

^۱ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، پیشین، ص ۱۰۶

دوم آن‌که قول معصوم و یا مفاد اجماع در بیان علیت جامع، مبین و متضح الدلالة باشد و آن اعم است از دلالت منطوقی و مفهومی.

به این ترتیب تا زمانی که معلوم نشود که علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن است و یا در صورت اثبات این امر که علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد.

از نظر روش اصولی نیز با توجه به اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و مادر جانشین، موجه به نظر نمی‌رسد.

هرچند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند. لکن در این‌که این امر چه مقدار می‌تواند در حکم مسأله ما تأثیرگذار باشد، جای بررسی دارد.

با عنایت به آن‌چه گذشت می‌توان گفت این حکم که «قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار نیست و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و طفل برقرار نیست.

ب. حالت جانشینی ستنی رحم

در حالت جانشینی ستنی رحم، مادر جانشین جنین حاصل از تخمک خود را که با اسپرم مردی که پدر حکمی به شمار می‌رود، بارور شده است، حمل می‌کند. با توجه به این‌که در این حالت، جنین از تخمک مادر جانشین تشکیل می‌شود و از طرفی خود مادر جانشین نیز نطفه را حمل نموده و بچه را به دنیا می‌آورد- صرف‌نظر از حکم تکلیفی و بحث مشروعیت و عدم مشروعیت عمل در هر حال طفل ملحق به مادر جانشین است چرا که در این قسم، زن، صاحب تخمک و رحم و مادر اصلی فرزند است. بنابراین در حالت جانشینی ستنی رحم، مادر جانشین مادر قانونی بچه محسوب می‌شود. در این قسم، همسر زوج نابارور، مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آن‌ها از نوع فرزندخواندگی است.

ج. حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک، جنین اهدایی

در این حالت، زن و شوهر نابارور از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی و بارداری نمودن مادر جانشین استفاده می‌کنند. اگرچه در این حالت، از تخمک یا جنین اهدائی برای عمل تلقیح مصنوعی استفاده می‌گردد ولی به لحاظ این که بارداری و زایمان به عهده مادر جانشین قرار داده می‌شود حالت مذکور با حالت اهداء تخمک، جنین تفاوت ساسی دارد. ویژگی مهم حالت اهداء تخمک، جنین نسبت به حالت مادر جانشین با استفاده از تخمک، جنین اهدایی، باردار شدن زن نابارور و تولد بچه در داخل خانواده و به وسیله زنی است که نقش زوجه را در خانواده خواستار کودک ایفا می‌کند، در واقع این ویژگی در حالت مادر جانشینی با تخمک یا جنین اهدائی وجود ندارد و در نتیجه این حالت از نظر حقوقی فرض جداگانه‌ای را از حالت اهداء تخمک، جنین ایجاد می‌نماید. از طرفی دخالت تخمک یا جنین اهدائی در امر تولید مثل با استفاده از مادر جانشین، این را از حالت مادر جانشین نیز مجزا می‌سازد.

این حالت از لحاظ چگونگی ارتباط ژنتیکی بچه با زن و شوهری که خواستار بچه هستند به دو حالت تقسیم می‌شود:

د. حالت مادر جانشینی با استفاده از تخمک اهدائی

در این حالت، جنین حاصل از اسپرم پدر حکمی و تخمک اهداء شده در رحم مادر جانشین فراکاشته می‌شود. مادر جانشین از لحاظ ژنتیکی ارتباطی با بچه ندارد ولی وظیفه حمل جنین و به دنیا آوردن کودک به عهده مادر جانشین گذاشته شده است که این مهم را انجام دهد.

مادر متقاضی، ارتباط ژنتیکی با بچه نداشته و از طرفی جنین را حمل و زایمان نکرده است. بنابراین نظریات سه‌گانه تعیین نسب مادری را می‌توان بین اهداء کننده تخمک که زن صاحب تخمک است و مادر جانشین که زن صاحب رحم می‌باشد، لحاظ قرار داد؛ مادر متقاضی مادر بچه محسوب نمی‌شود.

در مسأله اهدای جنین مسأله‌ای که مطرح می‌شود، وضعیت نسب کودک متولد شده با صاحبان اسپرم و تخمک از یک سو و گیرندگان اسپرم و تخمک و صاحب رحم از سوی دیگر است.

از تطبیق نتایجی که در مباحث مربوط به تعیین نسب مادری و پدری به دست می‌آید، در مورد نسب پدری و مادری در حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدائی می‌توان گفت که اهداء کننده اسپرم

«پدر» محسوب شده و اهداء کننده تخمک يا مادر جانشين يا هر دو براساس نظريه‌های مطروحه در مورد نسب مادري «مادر طفل متولد شده در اين حالت» محسوب خواهند شد.

اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند، در اين قسمت به نظريات ارائه شده از جانب برخی فقهاء و حقوق‌دانان در رابطه با جنين اهدائی می‌پردازیم:

بنابر نظر حضرت آيت الله مؤمن^۱ به لحاظ نسب، کودک از آن صاحبان نطفه بوده و هيچ رابطه نسبی با زن و شوهر اهداء شونده (پذيرنده جنين) نخواهد داشت.

بعضی از حقوق‌دانان در تبیین حکم وضعی انتقال جنين با نطفه اجنبی بیان نموده است:

«نظريه سنتی اين است که طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود. در باب انتقال جنين نیز اغلب فقهای معاصر چنین فتوا داده‌اند. نتیجه اين نظر آن است که رابطه نسب با آثار آن از قبيل ولايت قهری، حضانت، نفقه و ارث بين طفل و صاحبان تخمک و اسپرم برقرار می‌گردد، در حالی که در مورد انتقال جنين آنان اغلب ناشناخته هستند و چه بسا خواهان طفل نمی‌باشند و فقط به انگیزه خيرخواهی و نیکوکاری اقدام به اهداء نطفه يا جنين کرده‌اند، در مقابل، زن و شوهر متقاضی می‌خواهند از اين طريق صاحب فرزند شوند و نیاز عاطفی و روانی خود به داشتن فرزند را رفع نمایند. پس از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به آنان ملحق شود، نه به صاحبان نطفه.»^۲ اگرچه اظهارنظرهای فوق‌الذکر در مورد حالت «اهداء جنين» ایراد شده، ولی از اين جهت که گویای اين مطالب است که براساس قواعد سنتی، طفل ملحق به صاحبان جنين می‌شود، در مورد مسأله مد نظر ما مفید فايده است.

نظرات ديگر اين که طفل ملحق به صاحبان جنين نشود، بر خلاف مطلوب متقاضيان جنين که خواستار بچه بوده و می‌خواهند بچه از آن خودشان باشد، است. راه حل‌هایی در حقوق کنونی برای رسیدن به مطلوب متقاضيان به نظر می‌رسد که در ذیل به آن پرداخته می‌شود.

مبحث دوم: استفاده از راهکار مصلحت کودک در اثبات نسب

^۱ آيه الله مومن، سخنرانی ارائه شده در نخستين سمپوزيوم مسائل فقهی و حقوقی انتقال جنين، دانشگاه تهران،

۱۵ بهمن ۱۳۷۷

^۲ صفایی، سيد حسين، امامی، اسدالله، حقوق خانواده، پيشين، ص ۸۱

راه‌حلی که در حقوق کنونی برای رسیدن مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد استفاده از ملاک مصلحت و سعادت کودک و حمایت قانون در این رابطه از کودک می‌باشد. ملاکی که مبنای جهت‌گیری قانون‌گذاران و عرف عقلا در شناسایی نهادهای حقوقی در رابطه با کودک است، به‌طوری که می‌توان گفت ملاک قاعده‌فراش، رعایت مصلحت کودک است زیرا در آن‌جا هم معلوم نیست کودک محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فراش باشد. هم‌چنین حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م.راجع به تعارض دو اماره‌فراش، که طفل را ملحق به شوهر دوم دانسته است بر اساس رعایت مصلحت می‌باشد؛ چرا که مقتضای قاعده این است که اماره‌فراش نسبت به هر دو به علت تعارض ساقط گردد(اذا تعارضتا ساقطا) فلذا حکم ماده ۱۱۶۰ ق.م. از جهت حمایت از خانواده و کودکان متولد از آن است زیرا بنا به فرضی، خانواده نخست منحل شده است و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است پس ملاحظات اجتماعی مربوط به اماره‌فراش ایجاب می‌کند که طفل منسوب به شوهر دوم شود. هرچند که انتساب طفل به هر یک از دو شوهر از حیث ولایت اماره‌فراش بر وقوع آبستن مادر، یکسان است.

بر اساس این ملاک می‌توان گفت: که به منظور حمایت از کودک مزبور و تحت شرایط خاصی وی در اختیار زن و مرد متقاضی جنین قرار گرفته و تنها آنان دارای حق و مسئولیت نسبت به او باشند و صاحبان جنین اهدائی که انگیزه‌ای در تولد و نگهداری او ندارند، هیچ مسئولیت و حقی نسبت به او نداشته باشند. دکتر سید حسین صفایی در این زمینه می‌فرماید: «...از لحاظ منطقی و اجتماعی شایسته است که طفل به زن و مرد متقاضی جنین ملحق شود، نه به صاحبان نطفه، عدم الحاق طفل به زن و شوهر متقاضی بی‌شک به مصلحت کودک نیست، زیرا در این صورت زن و شوهر تکلیفی به نگهداری و تربیت و تأمین هزینه زندگی طفل نخواهند داشت و توازنی هم بین آنان نخواهد بود و صاحبان نقطه هم، بر فرض این‌که شناخته شوند، احساس مسئولیت نسبت به طفلی که خواهان آن نبوده‌اند، نمی‌کنند و شاید تحمیل حضانت و نطفه طفل بر آنان غیر عادلانه باشد.»^۱

از سوی دیگر نظم عمومی نیز می‌تواند در جهت رعایت مصلحت طفل و حمایت از منافع او، حقوق و مسئولیت‌های پدری و مادری را از صاحبان جنین اهدائی(که معمولاً زن و مردی می‌باشند که ناشناخته بوده و نمی‌خواهند بچه‌دار شوند) سلب کرده و با اتکاء به مصلحت کودک، وی را در اختیار

^۱ همان

زن و شوهر متقاضی جنین گذاشته و با در نظر گرفتن مسئولیت‌های پدری و مادری برای پذیرندگان جنین در این مورد راه‌گشا باشد^۱

گفتار اول. فرزند خواندگی

در حقوق اسلام فرزند خواندگی وجود ندارد و آثار حقوقی مربوط به نسب بر فرزندخواندگی بار نمی‌شود. این معنی از خود قرآن است که در سوره احزاب آیه ۴ آمده است: «و ما جعل ازواجکم اللاتی تظاهرون منهن امهاتکم و ما جعل ادعیائکم ابنائکم، ذالکم قولکم بافواھکم و اللہ یقول الحق و هو یرہدی السبیل...» و در آیه ۳۷ در مورد ازدواج پیامبر با همسر مطلقه پسر خوانده خود زید بن حارثه و اعتراض مردم باز صریحا حکم را بیان کرده که فرزندخواندگی اثری در اثبات نسب و آثار مترتب بر آن ندارد: «فلما قضی زید منها و طرا زوجنکھا لکی لایکون علی المؤمنین حرج فی ازواج ادعیائھم اذا قضوا منھن و طرا و کان امراللہ مفعولا»

در مقررات قانون موضوعه ایران نیز فرزند خواندگی که آثار حقوقی مربوط به نسب بر آن بار شود به رسمیت شناخته نشده است.

لیکن به موجب قانون حمایت از کودکان بی سرپرست (مصوب اسفند ۱۳۵۳)، نهاد سرپرستی مورد قبول واقع شده است که مشابه فرزندخواندگی است. راه حل دیگری که برای رسیدن به مطلوب متقاضیان به نظر می‌رسد، استفاده از این نهاد سرپرستی است.

بر اساس ماده ۱ و ۳ این قانون، وجود رابطه نکاح بین زن و مرد سرپرست، اقامت در ایران، توافق برای سرپرستی، صاحب فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج (مگر به دلیل پزشکی)، سی سال سن برای یکی از زوجین، عدم محکومیت جزایی مؤثر، عدم حجر، شایستگی اخلاقی (به تشخیص دادگاه)، تمکن مالی، عدم ابتلا به بیماری‌های واگیردار صعب‌العلاج، عدم اعتیاد با الکل یا مواد مخدر از شرایط اعطای حکم سرپرستی است.

^۱ نایب‌زاده، عباس، بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی، مادر جانشین - اهدای تخمک جنین، پیشین،

به این ترتیب از نظر شرایط پذیرش فرزند مانعی برای سرپرستی زن و شوهر متقاضی جنین وجود ندارد. ضمن این که شرط صاحب فرزند نشدن تا پنج سال از ازدواج شامل این دو نمی شود. چرا که تبصره ۲ ماده ۳ می گوید: هرگاه زوجین به دلایل پزشکی نتوانند از یکدیگر صاحب فرزند شوند دادگاه می تواند آن ها را از این شرط معاف کند.

هم چنین از نظر شرایط طفلی که برای سرپرستی به خانواده های سپرده می شود (ماده ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست) مانعی وجود ندارد. «تنها اشکالی که از نظر شرایط طفل مورد پذیرش در نهاد سرپرستی در تطبیق با حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی به وجود می آید، بند «ب» ماده ۶ قانون حمایت از کودکان بی سرپرست می باشد که اگر محرمانه بودن اطلاعات مربوط به هویت صاحبان جنین اهدایی را حمل بر «شناخته نشدن آنان» کنیم و «از طرفی مادر جانشین را مادر قانونی طفل محسوب ننمائیم، مشکل حقوقی مرتفع شده و راه برای رسیدن متقاضیان جنین به خواسته خود در این حالت فراهم می آید.

گفتار دوم. تبیین قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور

قانون گذار ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در ۱۳۸۲/۴/۲۹ هر چند که در جهت حل مشکل زوجین نابارور توانست تحولی ایجاد کند و مشکل خانواده های نابارور را، تا حدی حل کرده و به آرزوی بچه دار شدن آنان پاسخ مثبت داده است. با وجود این، بررسی تطبیقی آن نشان می دهد که این قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور برداشتی ناقص از قانون حمایت از کودکان بی سرپرست است و در زمینه نسب طفل حاصل از این روش و آثار آن نارسا است. ماده ۳ قانون مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف زوجین اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است». این ماده مشابه ماده ۱۱ قانون حمایت از کودکان بدون سرپرست مصوب ۱۳۵۳ می باشد. به این سان قانون گذار بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین پذیرنده، فقط به بعضی از آثار نسب (نگهداری، تربیت، نفقه و احترام) اشاره کرده و مسأله توارث را مسکوت گذاشته است^۱ حال آن که مطلوب الحاق طفل به دریافت کنندگان

^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، اگرچه با توجه به مبانی فقهی و نظرات فقها این امر مسلم است.

جنین با تمامی آثار آن از جمله توارث است. البته پذیرش این راه حل که با حقوق تطبیقی^۱ نیز هماهنگی دارد نیازمند اجتهاد جدید در راستای حل مشکل فقهی و شرعی است در زمینه منع نکاح و به تعبیری محرومیت نیز قانون ایران ساکت است. اگر انتساب طفل به زن و شوهر متقاضی را با تمام آثار آن بپذیریم، منع نکاح با خویشان نزدیک نیز از آثار آن خواهد بود.

درمورد نفقه در قانون معلوم نیست آیا این یک تکلیف یک جانبه است برای این دریافت‌کنندگان جنین است یا یک تکلیف متقابل بر طبق قواعد نفقه اقارب به شمار می‌آید. به این ترتیب این یک اشکال بر قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور می‌باشد و مطلوب آن است که این نفقه مانند نفقه اولاد یک تکلیف متقابل باشد که با نظریه الحاق کامل طفل به زوجین دریافت‌کننده نیز هماهنگ خواهد بود.

در این فرض، نظریه‌ای هم داده شده و آن انتساب فرزند حاصل از حالت مادر جانشینی با استفاده از جنین اهدایی به متقاضیان فرزند است. این نظریه در بعضی کشورهای غربی به صورت قانون درآمده و توجیهشان این است که قراردادهای بچه‌سازی مشروعیت داشته و از شاخه‌های حق تولد تضمین شده در قانون اساسی است، لذا چنانچه مصلحت کودک، معیار تمیز شخص دارنده حضانت است، می‌بایست معیار پدر یا مادر بودن هم قرار گیرد...

به نظر برخی از محققین از این که قانون در مورد طفل ناشی از زنا، با وجود آن که «عرف» طفل ناشی را به صاحبان نطفه ملحق می‌کند، نظر عرف را رعایت نکرده است. (ماده ۱۱۶۷ ق.م) هم چنین بنا به مصالحی رابطه نسبی مشکوک را با وجود آنکه معلوم نیست که طفل محصول اجزاء ژنتیکی صاحب فرارش باشد، ثابت فرض نموده است (مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹، ۱۱۶۰ قانون مدنی در مورد اماره فرارش)، می‌توان نتیجه گرفت که در صورت وجود مصالحی از نوع مصالحی که باعث عدم تبعیت قانون از عرف در این موارد استثناء شده است، قانون به صورت اعم می‌تواند در جهت حفظ منافع و مصالح جامعه و به صورت اخص در جهت حفظ منافع کودک، در محدوده حقوق خانواده اقدام به جعل

^۱ در قانون فرانسه طفل به زن و مرد درخواست کننده ملحق می‌شود و این الحاق دارای تمامی آثار نسب مشروع اعم از ارث، نفقه، ولایت قهری، حضانت، منع نکاح، احترام و غیر آن است

نسب کند و با عدم تبعیت از عرف، با تدوین مقرراتی در قالب قانون موضوعه، نسب پدری و مادری ایجاد کند.^۱

در پاسخ این نظریه باید گفت: وجود قرارداد یا مصلحت کودک یا تهیه جنین و تقاضای فرزند به انسان‌ها سمت پدری یا مادری اعطا نمی‌کند، بلکه این موهبتی است که خداوند به‌طور طبیعی به انسان ارزانی داشته، چنان‌چه خداوند تعالی در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب، افراد را منع کرده که فرزند دیگران را به خود نسبت دهند، چرا که رابطه طبیعی و تکوینی را نمی‌توان با قرارداد قطع کرد و این نوع تصمیم، اعتبار محض است و اثری ندارد. برخی از علماء حقوق در عبارات خود نیز به این مطلب اشارت رفته‌اند: «در نظام حقوقی ما، نسب مشروع هیچ‌گاه از نسب طبیعی دور نمی‌افتد، قانون و دادگاه وصف «مشروع» یا «نامشروع» بودن نسب طبیعی را معین می‌کند ولی هرگز به دلیل شایستگی یا وجود قرارداد یا حتی مصلحت کودک به بیگانه سمت «مادری» اعطاء نمی‌کند، این موهبتی است که خداوند با طبیعت به انسان ارزانی می‌دارد و قوانین تنها آثار آن را معین می‌کند»

نتیجه /نیکه: شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و هیچ نصی وارد نشده است که ولد الزنا ولد نیست. تنها ارث نفی شده است، پس همه احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود غیر از ارث.

از آن‌جا که طفل ناشی از ارتباط جنسی است که نفس تحقق چنین ارتباط جنسی (لقاح اسپرم و تخمک) برای الحاق او به پدر و مادر خود کافی است؛ فلذا اگر کودکی در نتیجه ارتباط جنسی حرام به دنیا بیاید، هرچند که فاقد احترام است و مشروع نیست لکن بدان معنا نیست، که کودک متولد شده از رابطه نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکوینی است و از دایره اعتبار خارج بوده و قابل رفع شرعی نخواهد بود. و چنین فرزندی از حق پدری و مادری که به نظر می‌رسد از حقوق طبیعی است نه تحقیقی، برخوردار خواهد بود هرچند که قانون‌گذار می‌تواند برخی از آثار چنین رابطه تکوینی را نادیده بگیرد. در رابطه با تحقق نسب شرعی در حالت استفاده از رحم جایگزین صرف‌نظر از بحث مشروعیت یا عدم مشروعیت عمل نظر به دلایلی که از نظر شرعی در رابطه با تحقق نسب در زنا مطرح است و این که عده‌ای از فقها حتی بر الحاق ولد الزنا به زانی و زانیه اصرار دارند، در حالی که مسلم است رابطه غیر مشروع و کودک نامشروع است، می‌توان حکم

^۱ همان، ص ۵۵۹

به تحقق نسب در حالت مادر جانشینی که حتی در غیرمشروع بودن آن اتفاق نظر وجود ندارد داد. از سوی دیگر همان‌طور که گفتار و سخنان فقیهان اسلامی درباب نسب دلالت دارد، قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولد زنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» می‌بایست به عام رجوع شود. عام در فرض بحث مشروعیت نسب لغوی و عرفی است. نسب از ناحیه پدر، عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش فرزند از اسپرم و نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. در این‌که طفل متولد از رحم جایگزین با هر یک از دو زن صاحب تخمک و زنی که وی را حمل و زایمان کرده است، ارتباط تکوینی و واقعی دارد دراین تردیدی نیست. ارتباطی که از نظر عقلی و پزشکی ثابت شده می‌نماید. لکن از بین این دوارتباط، ارتباط طفل با صاحب تخمک ملاک رابطه مادری و فرزندی است. بنابراین انتساب فرزند حاصل از رحم جایگزین، به صاحب اسپرم و صاحب تخمک درست است و صاحب رحم حق نسبی با فرزند ندارد. تا زمانی‌که معلوم نشود که علت قرابت ناشی از شیر، مطلق نمو جسمانی طفل از زن است و یا در صورت اثبات این امر که علت قرابت ناشی از نمو جسمانی مقید به شرایط خاصی از جانب شارع است تا ملاک این شرایط به وجه قاطع و یا به ظن متأخم محرز و مسلم نگردد، نمی‌توان به کمک وحدت ملاک و یا به استناد مفهوم اولویت، حکم قرابت رضاعی را نسبت به باروری جانشینی جریان داد. از نظر متد اصولی نیز با توجه به اصولی، مانند اصل عدم حرمت و قرابت، حکم به تحقق خویشاوندی بین طفل و مادر جانشین، موجه به نظر نمی‌رسد. به این ترتیب می‌توان گفت این حکم که «قرابت مادر جانشینی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت رضاعی است» از استدلال کافی برخوردار نیست و اثر قرابت رضاعی از حیث ممنوعیت نکاح در حالت استفاده از رحم جایگزین بین زن صاحب رحم و طفل برقرار نیست. هرچند که از لحاظ وجدانی و اخلاقی نیز این امر قابل قبول نیست که مثلاً کودک ناشی از حالت مادر جانشین بتواند قانوناً با زنی که او را مدتی در رحم خود پرورش داده است ازدواج کند. لکن در این‌که این امر چه مقدار می‌تواند در حکم مسأله ما تأثیرگذار باشد، جای بررسی دارد. در حالت جانشینی سستی رحم مادر جانشین مادر قانونی بچه محسوب می‌شود. دراین قسم همسر زوج نابارور مادر متقاضی به شمار خواهد رفت و هیچ ارتباط ژنتیکی با بچه نخواهد داشت و در صورت تحویل فرزند به او، رابطه بین آن‌ها از نوع فرزند خواندگی است وجود قرارداد یا مصلحت کودک یا تهیه جنین و تقاضای فرزند به انسان‌ها سمت پدری یا مادری اعطا نمی‌کند، بلکه این موهبتی است که خداوند به‌طور طبیعی به انسان ارزانی داشته، چنان‌چه خداوند تعالی در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب، افراد را منع

کرده که فرزند دیگران را به خود نسبت دهند، چرا که رابطه طبیعی و تکوینی را نمی‌توان با قرارداد قطع کرد و این نوع تصمیم، اعتبار محض است و اثری ندارد. لذا این نظریه که در مورد حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی قانون به صورت اعم می‌تواند در جهت حفظ منافع و مصالح 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 پدری و مادری ایجاد کند، صحیح به نظر نمی‌رسد. این نظریه در بعضی کشورهای غربی به صورت قانون آمده است. در حقوق ایران برای رسیدن به مطلوب والدین حکمی یا تقاضی می‌توان حقوق و مسئولیت‌های پدری و مادری را برای والدین حکمی یا تقاضی نسبت به بچه متولد از رحم جایگزین در حالت جانشینی با استفاده از تخمک یا جنین اهدایی، برقرار نمود. قانون‌گذار ایران با تصویب قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور در ۸۲/۴/۲۹ در این جهت گام برداشته است. ماده ۳ قانون مزبور مقرر داشته است که: «وظایف و تکالیف اهدا گیرنده جنین و طفل متولد شده از لحاظ نگهداری و تربیت و نفقه و احترام نظیر وظایف و تکالیف اولاد و پدر است». به این‌سان قانون‌گذار بدون تصریح به الحاق طفل به زوجین پذیرنده، فقط به بعضی از آثار نسب (نگهداری، تربیت، نفقه و احترام) اشاره نموده و مسأله توارث را مسکوت گذاشته است، حال آن‌که مطلوب الحاق طفل به دریافت‌کنندگان جنین با تمامی آثار آن از جمله توارث است.

گفتار سوم: رابطه ابوت و بنوت و احراز آن بواسطه انجام آزمایش D.N.A با بررسی یک پرونده

بند اول: متن سؤال

در پرونده ای آقای «الف» متهم به ارتکاب فعل حرام زنا می باشد. شکایه که باردار است مقرر به ارتکاب زنا بوده و مدعی است که حمل وی متعلق به «الف» بوده لیکن متهم اقرار به ارتکاب زنا نکرده و ادله شرعیه دیگری نیز جهت اثبات فعل حرام زنا در پرونده امر ملحوظ نیست. دادگاه جهت بررسی دقیق تر پس از وضع حمل، نوزاد و متهم (آقای الف) و شکایه را جهت آزمایش پزشکی D.N.A به سازمان پزشکی قانونی اعزام و معرفی می نماید. سازمان پزشکی قانونی پاسخ می دهد که با توجه به احتمالات از جهت آزمایش D.N.A نوزاد می تواند متعلق به متهم (آقای الف)

باشد. ضمناً در اثنای رسیدگی به پرونده کیفری فوق، شکایه اقدام به تقدیم دادخواست به خواسته الزام متهم (آقای الف) به تنظیم سند سجلی جهت نوزاد ناشی از زنا می نماید. دادگاه رسیدگی کننده در پایان رسیدگی در خصوص بزه زنا، شکایه (متهمه) را با توجه به اقرارش به ارتکاب فعل زنا، غیر محصنه به تحمل حد (یکصد تازیانه) محکوم می نماید و متهم (آقای الف) را با توجه به تحقیقات معموله و پاسخ آزمایش D.N.A به اتهام برقراری رابطه نامشروع با استناد به ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی به تحمل ۹۹ ضربه شلاق تعزیری محکوم می کند و در خصوص دادخواست تقدیمی، متهم فوق الذکر (خوانده) را با توجه به پاسخ آزمایش D.N.A به واسطه احراز رابطه ابوت و بنوت (ملزم به تنظیم سند سجلی جهت نوزاد به نام خود به عنوان پدرنوزاد و متهمه به عنوان مادرش می نماید. سؤال اینجاست که آیا با عنایت به موارد مشروحه فوق، می توان چنین مردی را به واسطه پاسخ مثبت آزمایش D.N.A ملزم به اخذ سند سجلی جهت نوزاد به نام خود به عنوان پدرش نمود؟ به عبارت دیگر آیا اثبات نسب بدون اقرار و ادله دیگر و صرفاً با پاسخ مثبت آزمایش D.N.A ممکن است؟ در حالی که می دانیم طبق ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، طفل ناشی از زنا به زانی ملحق نمی شود.

بند دوم: متن پاسخ

الزام متهم به اخذ سند سجلی مبتنی بر این است که وی حداقل پدر طبیعی طفل تشخیص داده شود و انتساب طفل از طریق ادله شرعی از قبیل اقرار و بینه معتبر و علم قاضی و یا حتی اطمینان قاضی امکان دارد و بدون وجود ادله شرعی نمی توان طفل را به متهم منتسب کرد و در نتیجه نمی توان متهم را به اخذ سند سجلی الزام کرد. طبق فرض سؤال، تنها دلیل موجود، آزمایش D.N.A می باشد؛ اما با این قبیل آزمایش ها نسب ثابت نمی شود، مگر اینکه برای قاضی علم و یا اطمینان حاصل شود که در این صورت بر اساس آنها قضاوت خواهد کرد؛ البته در نظر برخی از فقها، ظن قوی نیز کافی می باشد. در این باره استفتایی از مراجع عظام وجود دارد که به آن اشاره می شود:

سؤال

د. آیا اثبات نسب کودکی که از مادری متولد شده به مردی که همسر این زن نمی باشد و اقرار به زنا هم ندارد و منکر وجود این انتساب می باشد صرفاً به استناد آزمایش های پزشکی (مانند D.N.A) ممکن است؟

ه. در صورتی که برای قاضی از این طریق علم، اطمینان و یا ظن قوی به رابطه ابوت و بنوت^۱ حاصل شود آیامی تواند حکم به وجود نسبت کند؟

آیت الله العظمی محمدتقی بهجت

خیر.

ه. ظاهراً خیر، چون علم بنایی و مبنایی است نه آنکه خودش حاصل شود

آیت الله العظمی لطف الله صافی گلپایگانی

نسب به استناد آزمایش های مذکور شرعاً ثابت نمی شود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است والله العالم

آیت الله العظمی محمد فاضل لنکرانی

د. اگر علم به انتساب پیدا شود طبق علم عمل می شود والا خیر.

ه. بلی

آیت الله العظمی ناصر مکارم شیرازی

«الف تا ه. این گونه آزمایشات زنا را اثبات نمی کند و علم قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست و براساس آن نمی توان متهم را حد و حتی تعزیر کرد و نسب نیز با این آزمایشات ثابت نمی شود».

آیت الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

«الف - ه. اگر آزمایشات به قدری دقیق باشد که برای نوع افراد کارشناس نیز سبب قطع و یقین جهت انتساب فرزند به شخص آن مرد باشد جهت انتساب فرزند به او کافی است، اثبات حد زنا برای مرد نمی شود و تعزیر نیز نمی توان کرد؛ البته در مفروض سؤال مراجعه کردن به این گونه آزمایشات پزشکی جهت اثبات ادعاجایز نیست

آیت الله العظمی حسین نوری همدانی

د. خیر.

ه. اگر علم حاصل شود می تواند حکم به وجود نسبت کند».

اداره حقوقی قوه قضاییه

د. طبق مقررات ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی، متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود (در اینجا منظور از زانی وزانیه زن و مرد زناکار است) که از او ارث نمی برند و توارث بین آنها نیست و ولایتی بر او (فرزند نامشروع ندارند؛ زیرا به موجب مقررات مواد ۱۱۵۸ الی ۱۱۶۷ قانون مدنی ثبوت و اثبات نسبت

۱ ناصر مکارم شیرازی، انوار الفقاهه، کتاب الحدود و التعزیرات، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۶۱.

قانونی فرع بر وجود زوجیت شرعی و قانونی است ۲ و چنانچه زوجیت شرعی و قانونی ثابت نباشد و یا حسب اقرار مادر، طفل مولود از زنا باشد اساساً موردی برای توارث و ولایت وجود نداشته و این امر منتفی است هر چند اثبات نسب طبیعی مرد و طفل متولد از زنا از طریق آزمایش پزشکی مربوط ثبوت آن امکان پذیر است لیکن این امر موجب توارث و ولایت پدر بر او نمی شود در عین حال بعضی وظایف و تکالیفی که ابوبن دارند مانند حضانت و انفاق (نگهداری و هزینه نگهداری و اخذ شناسنامه) و همچنین پاره ای از احکام مانند حرمت ازدواج با محارم برنسب طبیعی مترتب است و فقط ارث و ولایت است که در نسب شرعی و قانونی مترتب می شود و پاسخ بنده نیز از آنچه ذکر شد معلوم است.»

با عنایت به نظرات مراجع عظام در مورد حجیت آزمایش D.N.A روشن می شود که این قبیل آزمایش هانمی تواند به عنوان حجت شرعی برای حکم به انتساب طفل تلقی گردد مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان و یا ظن قوی (مطابق نظر برخی از فقها) به وجود نسبت حاصل شده باشد که در این صورت قاضی می تواند بر مبنای علم و یا اطمینان و ظن قوی خویش حکم نماید. تذکر این نکته لازم است که در مورد حجیت علم قاضی اختلاف نظر وجود دارد. در نظر برخی از فقها، علم قاضی در صورتی حجیت دارد که منشأ آن حس یا قریب به حس باشد. ۴ اگر مبنای دوم پذیرفته شود علم حاصل از این آزمایش ها حجیت نخواهد داشت چنانکه در پاسخ آیت الله مکارم شیرازی به سؤال فوق الذکر به این نکته اشاره شده است. آزمایش های پزشکی نه تنها به عنوان یک دلیل معتبر شناخته نمی شوند بلکه به عنوان مرجح یکی از ادله نیز دارای اعتبار نمی باشند. در این باره استفتایی وجود دارد که به آن اشاره می شود:

آیا با استفاده از آزمایش های پزشکی و مطالعات طبی مانند آزمایش تجزیه خون و آزمایش عقیم بودن و غیره که نوعاً مفید ظن قوی هستند در فرض تعارض دو اماره فراش، می توان یکی از آنها را بر دیگری ترجیح داد یا ترجیح فقط با امارات قطعی و یقینی شرعاً ممکن است.

آیت الله العظمی میرزا جواد تبریزی

آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع الشرایط علم حاصل شود می تواند به علم خود عمل کند والله العالم.

آیت الله العظمی سید علی سیستانی

تنها با طریق قطعی ترجیح داده می شود و لکن حد زنا با آن ثابت نمی شود. بلی، برای قضاوت باید به نحوی باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال شود.

آیت الله العظمی لطف الله صافی گلپایگانی

در فرض سؤال ترجیح باید فقط با امارات شرعیه باشد والله العالم.

آیت الله العظمی ناصر مکارم شیرازی

این گونه آزمایش ها نمی تواند مرجح شود.

در پایان تذکر این نکته ضروری است که در مفروض سؤال ، هرگاه حجیت آزمایش های پزشکی از جمله D.N.A پذیرفته نشود انتساب طفل به متهم ثابت نخواهد شد. در این باره استفتایی وجود دارد که به آن اشاره می شود:

سؤال

چنانچه دختری پس از وضع حمل مدعی باشد که فلان شخص با وی زنا نموده است ؛ اما متهم ، منکر اتهام انتسابی باشد، بفرمایید:

الف . اگر پزشکی قانونی در نتیجه آزمایش های دقیق علمی طفل را به نامبرده منتسب کند، آیا شرعا این نظر حجیت دارد؟

ب . در صورت حجیت ، آیا می توان حد زنا را بر متهم جاری نمود؟
ج . در فرض عدم اثبات اتهام انتسابی و تقاضای حد قذف از سوی مقذوف ، آیا حد قذف بر مدعی زنا جاری می گردد؟

د. در صورت عدم تحقق شرایط قذف ، آیا می توان مدعی را تعزیر کرد؟^۶

آیت الله العظمی سیدعلی خامنه ای

«الف . حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین.

ب . جاری نمی شود.

ج . اگر نتواند نسبتی را که داده اثبات کند حد قذف دارد.

د. مورد تعزیر نیست والله العالم».

آیت الله العظمی لطف الله صافی گلپایگانی

«الف . نظر مذکور شرعا حجت نیست والله العالم.

ب . در فرض حجیت نمی توان حد زنا را بر متهم اجرا نمود چون امکان دارد نطفه با جذب منی و بدون وقوع زنا بوجود آمده باشد والله العالم

ج . بلی در مفروض سؤال ، حد قذف بر دختر که نسبت زنا به شخص مفروض داده جاری می شود والله العالم.

د. سؤال مجمل است تفصیل آن بیان شود تا جواب داده شود والله العالم».

آیت الله العظمی محمد فاضل لنکرانی

«الف . اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او ملحق می شود.

ب . خیر زنا ثابت نمی شود چون ممکن است بدون زنا منی جذب شده باشد.

ج . بلی ، با حصول سایر شرایط حد جاری می شود.

د. بستگی به نظر قاضی دارد.»

آیت الله العظمی ناصر مکارم شیرازی

«الف . این گونه آزمایش ها با توجه به تخلف های فراوانی که دارد حجت نیست.

ب . از جواب بالا معلوم شد.

ج . اگر نتواند اثبات کند حد قذف جاری می شود.

د. آری ، می توان تعزیر کرد؛ ولی در مورد قذف کافر و مجنون ، تعزیر خالی از اشکال نیست ».

آیت الله العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی

«الف . با گفتن دختر و آزمایش پزشکی ، زنا ثابت نمی شود و انتساب بچه هم ثابت نمی شود، مگر

قرائن علمی قطعی باشد و از روی آن قرائن علمی قطعی ، مطلب ثابت شود.

ب . در اجرای حد زنا احتمالا علم خاص موضوعیت دارد که منسوب به اقرار چهارگانه یا شهادت شهود خاص باشد.

ج . حد قذف ثابت است

د. حد قذف به تعزیر تبدیل نمی شود .

آیت الله العظمی حسین نوری همدانی

در فرض سؤال آزمایش های پزشکی حجت شرعی ندارد؛ ولی اگر از راه مذکور برای قاضی علم

^۱حاصل شود می تواند به علم خود عمل کند و با این بیان جواب سه سؤال بعدی روشن می شود

گفتار چهارم: اثبات نسب با آزمایش گروه خون

اثبات نسب پدری دشوارتر از ثبات نسب مادری است، زیرا ولادت بچه از مادر امری خارجی و مشهود است لیکن تکون طفل از نطفه مردی معین « شوهر زن » امری مخفی است که بدون آگاهی افراد صورت می گیرد، حتی پدر و مادر از انعقاد نطفه یعنی ترکیب اسپرماتوزوئید با اوول « تخمک » فوراً مطلع نخواهند شد، بنابراین برای اثبات نسب پدری در جستجوی قطع یقین نباید بود: هیچ دلیلی نمی تواند به طور قاطع ثابت کند که بچه ای که از نطفه فلان مرد است، حتی علم جدید، با پیشرفت حیرت انگیز خود نتوانسته است در اینباره قاطع باشد زیرا چنانکه اهل فن گفته اند آزمایش خون فقط می تواند عدم نسب را از لحاظ علمی ثابت کند لیکن از اثبات وجود نسب به طور قاطع ناتوان است بنابراین در اثبات باید به دلایل ظنی یعنی دلیلی هایی که ایجاد ظن و گمان می کنند اکتفا کرد. دانشمندان خون را به چند گروه اصلی تقسیم کرده و برای هر گروه اصلی گروههای فرعی چندی قائل شده اند. به طور کلی امروز بیش از ۳۰ گروه خونی مختلف از طریق آزمایش تشخیص داده اند. هرگاه در نسب پدری یا « مادری » اختلاف باشد به اعتقاد اهل فن اختلاف گروه خونی گاهی دلیلی قاطع بر نفی نسب است. مثلاً هرگاه پدر و مادر از گروه خونی O باشند غیرممکن است فرزند آنان از گروه خونی AB یا B یا A باشد، همچنین اگر پدر و مادر هر دو از گروه خونی A باشند فرزندشان نمی تواند خونی از گروه AB یا B داشته باشد. اما اگر گروه خونی دو نفر یکی باشد یا طفل خونی داشته باشد که ممکن است از ترکیب خون پدر و مادر ادعایی حاصل شود نمی تواند این امر را مثبت نسب و دلایل حتمی بر وجود آن دانست زیرا گروههای خونی محدودند و بسیارند اشخاصی که از یک گروه خونی می باشند بدون اینکه رابطه نسب بین آنان وجود داشته باشد. البته با آزمایش خون می توان ۷۵ درصد و حتی بیشتر احتمال وجود نسب داد، لیکن از لحاظ علمی نمی توان در احراز نسب، صد در صد به اینگونه آزمایش اعتماد کرد بنابراین پیشرفت دانش در حال حاضر به اینجا رسیده است که دادرس می تواند در نفی نسب به آزمایش خون در صورتی که دقیق و اطمینان بخش باشد استناد کند حکم خود را بر این دلیل مبتنی سازد، اما در وجود نسب نمی تواند به این دلیل اکتفا نماید هرچند که این آزمایش می تواند به عنوان جزیی از اماره قضایی مورد توجه قاضی واقع شود، به دیگر سخن نتیجه آزمایش خون می تواند دلیل منفی بر نسب تلقی شود نه دلیل مثبت، هرگاه اماره فراش در مورد نسب پدری جاری نشود چنانچه طفل در فاصله کمتر از شش ماه بعد از نکاح بدنیا آمده باشد، نفی ولد آسان خواهد بود و نیازی به دادرسی قضایی در این مورد نیست این طفل به شوهر زن ملحق نخواهد شد و اداره ثبت احوال نمی تواند برای طفل شناسنامه با

نام خوانوادگی شوهر صادر کند مگر در معیت یکدیگر نزد مامور ثبت احوال آمده اقرار به فرزندى طفل نمایند و تقاضای صدور شناسنامه کنند که در این صورت فرض می شود ازدواج قبلاً صورت گرفته و فاصله آن با تولد طفل بیش از شش ماه بوده و طفل مشروع و ملحق به زن و شوهر است اصولاً علم قاضی از ادله اثبات دعوی است و اگر از طریق کارشناسی قاضی علم به انتفاء نسب پیدا کند باید دعوی نسب را بپذیرد پس کارشناس می تواند طریقه ای برای حصول علم باشد. ممکن است در دعوی نفی ولد، دادگاه آزمایش پزشکی را لازم تشخیص دهد یا طرف دعوی انجام آن را تقاضا نماید، ولی شوهر از قبول آن خودداری کند در این صورت آیا دادگاه می تواند او را مجبور به قبول آزمایش کند؟ چون اجبار به دادن خون برخلاف اصل آزادی و مصونیت شخص از تعرض است و در واقع تجاوز به حق شخص است بر تمامیت جسمی خود که از حقوق مربوط به شخصیت است و به بیان دیگر لطمه زدن به شخصیت انسان محسوب می شود نمی توان چنین اختیاری برای دادگاه قائل شد. لیکن دادرس می تواند امتناع خواهان را قرینه ای بر بیحقی او تلقی کند و اگر دلایل قانع کننده دیگری به نفع او نباشد حکم به بطلان دعوی او صادر نماید. ممکن است دو نفر از لحاظ صفات ظاهری و خصوصیات زیست شناسی کاملاً به یکدیگر شبیه باشند. بررسی های علمی نشان می دهد که دوقلوها از این جهات به یکدیگر شباهت کامل دارند و نیز صفات و خصوصیات ظاهری یا بیولوژیکی پدر و مادر از طریق وراثت به فرزندان منتقل می شود. مطالعه این صفات و خصوصیات اصلاً تن پیمایی نام دارد. حال باید دید آیا تن پیمایی می تواند دلیل بر نسب باشد؟ بررسی و آزمایشات تن پیمایی که به وسیله کارشناس باید انجام شود، چنانچه متخصصان این رشته می گویند، از لحاظ اثبات نسب مانند آزمایش خون است یعنی ممکن است دلیلی قاطع بر عدم وجود نسب باشد، اما به تنهایی مثبت نسب نیست، زیرا در اینباره کارشناس پس از بررسی عوامل وراثت و زیست شناسی به یکی از نظرهای زیر می رسد:

۱. آزمایش نتیجه اطمینان بخشی نشان نمی دهد
۲. انتساب طفل به فلان کس محتمل است
۳. احتمال انتساب طفل به الف بیش از ب است
۴. به احتمال قوی فلان کس پدر طفل است
۵. به طور قطع فلان کس پدر طفل نیست.

پس کارشناس تن پیمایی هرچند که در تخصص و دقت او تردیدی نباشد نمی تواند به طور قاطع به وجود نسب اظهار نظر کند. تن پیمایی در اثبات نسب به عنوان جزیی از اماره قضایی مورد توجه دادرس واقع می شود.^۱

گفتار پنجم: نسب در حالت مادر جانشین

در مورد مادر جانشین ممکن است گفته شود هر چند زنا نیست ولی فاقد نسب است. در پاسخ می توان گفت: کسانی که در ولدازیا قائل به نسب شرعی نیستند به دو چیز استناد می کنند:

۱- اجماع ۲- حدث فراش در مورد اجماع، صاحب جواهر به اجماع محصل و منقول استناد می کند و مشخص است که اجماع محصل صاحب جواهر نسبت به ما اجماع منقول است. پس ما اجماع محصل نداریم، مدرک این اجماع کنندگان هم حدیث فراش است. پس اعتبار این اجماع به اندازه اعتبار به اندازه اعتبار حدیث فراش است. از طرف دیگر اجماع چه محصل و منقول وقتی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و گرنه خود اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما غیر ممکن است. از بیانات فقها هم که بر عدم توارث در زنا اجماع کرده اند نمی توانیم نفی نسب را استباط کنیم اگر چه بعضی از آنها بعد از نفی توارث، نسب را نیز نفی کرده اند ولی نمی توانیم بگوئیم همه آنها نسب را نفی کرده اند. در مورد حدیث فراش هم اگر چه از حیث سند مشکلی ندارد ولی از جهت دلالت مشکل دارد. چون این حدیث در مواردی است که تردید وجود داشته باشد در الحاق طفل به فراش یا به زانی. یعنی امکان الحاق به هر دو وجود دارد ولی ما تردید داریم و در اینجا است که به فراش ملحق می شود ولی اگر بنابر دلایلی امکان الحاق به فراش وجود نداشته باشد نمی توانیم بگوئیم الولد للفراش. و به همین دلیل یک نظر می گوید که در زنا نسب نفی نشده است

پس نتیجه می گیریم که دلایلی که برای نفی نسب در زنا ذکر شده حتی در مورد زنا هم قابل مناقشه است چه رسد به این مورد که بگوئیم در مادر جانشین هم نفی نسب وجود دارد و نسب فقط در مورد نکاح صحیح و یا به شبهه است. پس در مورد مادر جانشین با توجه به اینکه عده ای از فقها حتی در مورد زنا هم اصرار بر الحاق طفل به زانی و زاینه دارند می توانیم بگوئیم که نسب تحقق پیدا می کند. و در مورد قانونی بودن نسب هم با توجه به اینکه قانون فقط نسب ناشی از زنا را پذیرفته می توان در این مورد حکم به تحقق نسب داد.

مادر کیست؟

^۱ امامی سیدحسن. حقوق مدنی، چاپ هشتم، انتشارات اسلامیه ۱۳۷۰، جلد ۴ صفحه ۱۵۲

حالت جانشینی در بارداری:

در این مورد نظرات مختلفی وجود دارد:

۱- مادر ژنتیکی و صاحب تخمک، مادر قانونی است.

۲- زن صاحب رحم (مادر جانشین)، مادر قانونی است.

۳- طفل دارای دو مادر قانونی است.

بر هر نظریه ای انتقاداتی وارد است که در اینجا مجال بحث آنها نیست. ولی به طور خلاصه می توان گفت^۱ که حالت مادر جانشین مشکلاتی را خصوصاً در مورد اینکه مادر قانونی چه کسی است ایجاد کرده و ملاک مشخص و ثابتی نمی توان به دست داد و عرف هم که مبنای نظر است مبهم است چون هم گروه اول به استناد عرف کودک را ملحق به صاحب تخمک می دانند و هم گروه دوم با استناد به عرف کودک را ملحق به مادر جانشین می دانند و هم گروه سوم با استناد به عرف، کودک را ملحق به هر دو می دانند. و قانون فقط می تواند تعیین کند که چه کسی حق حضانت بچه را دارد ولی نمی تواند بگوید که در واقع چه کسی کودک را ایجاد کرده و در مواقع مادر است. و می توان گفت که هر یک از این زنان نقشی جداگانه در تکون طفل داشته اند و مانعی ندارد که طفل در آن واحد دارای دو رابط مادری باشد. چون این رابطه های در عالم اعتبار است.

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

مبحث سوم: تحقیق محلی، نظر کارشناس قرعه و اقرار در اثبات نسب

تحقیق محلی، نظر کارشناس قرعه و اقرار مواردی است که در اثبات نسب به کار میرود در زیر بررسی می شود.

گفتار اول: حجیت معاینات و تحقیق محلی از منظر قانون و فقه

معاینات و تحقیق محلی و معاینات فنی در قانون مدنی از ادله اثبات به حساب نیامده است. معاینات محلی عبارت است از: دیدن محل و مشاهده وضعیت و قرائن موجود به وسیله دادگاه که در کشف قرائن و امارات و ملا در اثبات یا نفی دعوی موثر است.

مثلا در مورد دعوی دیوار مشترک، می توان با معاینه محلی قرائن و اماراتی از قبیل: ترصیف یا وضع سرتیر را مشاهده نمود و به وسیله آن دلیل دعوی را کشف نمود و در مقابل ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی می گوید: تحقیقاتی که دادگاه برای کشف امری در خلال دادرسی لازم بداند از معاینه محل و تحقیق از گواها و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها تحصیل دلیل نیست

که این ماده معاینات و تحقیقات انجام شده توسط دادگاه را تحصیل دلیل ندانسته با این که در مثال فوق دستور دادگاه وجدانا تحصیل دلیل می باشد^۱.

بند اول: مفهوم تحقیق محلی

از دیگر طرق اثبات نسب تحقیقات محلی میباشد. تحقیقات محلی عبارت است از: اطلاعات اهل محل در مورد دعوی و این امر محدود به مواردی است که مطابق قانون، بدان استناد شده، ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنی می گوید: در مواردی که مطابق قانون به گواهی گواها می توان استناد نمود هر گاه یک طرف یا طرفین به اطلاع اهل محل متمسک شوند.

اگرچه به طور کلی ذکر کنند واسامی مطلعین را نبرند، دادگاه تحقیق محلی می نماید. با ملاحظه مجموع مواد مربوط به شهادت و تحقیق محلی چنین به نظر می رسد که تحقیق محلی و اطلاع

^۱ عاملی، باقر، حقوق خانواده، چاپخانه ۲۵ شهریور، تهران، ص ۹۶

مطلعین، غیر از شهادت می باشد چون شهادت شرایط ویژه دارد که در تحقیق محلی رعایت آن لازم نیست.

مثلاً شرایط مربوط به شخص شاهد از قبیل: وثاقت یا عدالت و رابطه وی با صاحب دعوی و مجازاتها تعیینی در صورتی که بر خلاف واقع شهادت دهد و همچنین شرایط مربوط به اصل شهادت از قبیل آن که شهادت باید مستند به حس باشد...

و این که اگر شهادت در محدوده قانونی خود مورد جرح قرار نگیرد، دادگاه موظف است آن را مورد استناد قرار داده و بر طبق آن حکم نماید. مراعات هیچ یک از این شرایط در تحقیق محلی لازم نیست.^۱

بند دوم: تفاوت تحقیق محلی با شهادت شهود

با توضیحات فوق تحقیق محلی با شهادت فرق پیدا می کند و در شهادت رعایت شرایط خاصی لازم است که در تحقیق محلی لازم نیست. بنابر این، گفته دکتر سید حسن امامی مبنی بر این که: اطلاعات اهل محلی مانند شهادت است و بر این اساس بر قانون مدنی خرده گرفته و گفته است: قانون مدنی اطلاعات اهل محل را در ردیف ادله اثبات دعوی به شمار نیاورده است و حال آن که مناسب بود اطلاعات اهل محل را در کتاب شهادت یا جداگانه متذکر می گردید. صحیح به نظر نمی رسد چرا که اطلاعات اهل محل با شهادت فرق دارد.

در هر حال اگر دلیل را به معنای خاص آن یعنی آنچه که مورد استناد اصحاب دعوی در مقام اثبات یا دفاع قرار می گیرد دانسته و آن را مقید به قانون بدانیم یعنی آنچه که قانون آن را دلیل بداند، تحقیق محلی از عداد ادله اثبات قانونی خارج خواهد بود. و اما اگر دلیل را به معنای عام آن تفسیر کنیم یعنی آنچه که در کشف مجهول قضائی موثر است بنابر این تحقیق محلی اطلاع مطلعین جز ادله اثبات محسوب می گردد.

اما معاینات فنی و نظر کارشناس را نیز قانون مدنی از ادله اثبات ندانسته و همچنین قانون آیین دادرسی مدنی، به دلیل بودن نظر کارشناس صراحت ندارد چنین به نظر می رسد که حقوقدانان آن را به عنوان دلیل مستقل تلقی ننموده اند ولی فقه اسلامی آن را دلیل دانسته است گرچه در مبنای اعتبار آن میان فقها اختلاف نظر می باشد.

^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، ص ۱۶

عده ای آن را از مصادیق شهادت به شمار آورده اند لذا عدالت تعدد، ذکوریت و عدم اتهام را در اهل خبره شرط دانسته اند، دراین زمینه محقق ثانی صاحب جامع المقاصد می گوید: در مقوم (کارشناس تعیین قیمت) تعدد، ذکوریت، عدالت و معرفت به قیمت شرط است. و شهید اول عدم اتهام را نیز شرط دانسته است.

محقق ثانی نیز نظر وی را تایید کرده و می گوید: وهو ظاهر فانه شاهد فيعتبر لقبول شهادته عدم التهمة، یعنی شخص مقوم چون شاهد است باید متهم نباشد. همچنین صاحب جواهر می گوید: شرط است در مقوم، عدالت، معرفت به قیمت، تعدد، ذکوریت و عدم اتهام علامه شیخ انصاری نیز در کتاب مکاسب می گوید: چنانچه اهل خبره از نظرحدس خود اخبار کنند، لازم است، عدالت، زیادتی معرفت و دانش در موضوع مورد اظهار نظر نسبت به وی مورد ملاحظه قرار گیرد و بر آن اساس بر او وصف اهل خبره اطلاق می شود

براین اساس ماده ۲۶۰ قانون اصلاح موادی از قوانین آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ می گوید: به طور کلی در امور کیفری و جرایم گزارش کتبی ضابطین دادگستری و اشخاصی که برای تحقیق در امور کیفری مامور شده اند و همچنین اظهارات گواهان و کارشناسان معتبر است. به شرط آن که ضابطین، کارشناسان و گواهان لااقل دو نفر و عادل باشند...

بنابراین ماده مزبور در مورد نظر کارشناس، طبق رای مشهور بین فقها تعدد را شرط نموده است. در مقابل، علامه اصفهانی در تعلیقه خود بر مکاسب می گوید که: اعتبار نظر کارشناس و اهل خبره مبنائی مستقل دارد و ربطی به شهادت ندارد و مبنای اعتبار آن رویه و سیره عقلا می باشد چرا که عقلا در موارد احتیاج به نظر و رای اهل خبره مراجعه می کنند. تحقیق وافی ایجاب می کند که موضوع را در سه مبحث مورد نظر و دقت قرار دهیم: مبحث اول: در اصل دلیل بودن نظر کارشناس.

گفتار دوم: نظر کارشناس (دی ان ای)

با توجه به مطالب مطرح شده در گفتار قبلی نظر کارشناس، خود دلیل قانونی بمعنی اخص می باشد چرا که اگر آن راتنها در موارد حصول اطمینان دلیل بدانیم قاضی نخواهد توانست با استناد به نظر کارشناس رای بدهد مگر آن که خود اطمینان پیدا کند و این برای قاضی در بسیاری از موارد غیر ممکن است چرا که نظر و رای کارشناس بر مبنای حرفه و تخصص است و چه بسا قاضی در آن حرفه تخصص ندارد پس نمی تواند به اطمینان برسد.

مثلاً: اگر مدعی در دادخواستی ادعا کند که مدعی علیه به زمین ملکی وی تجاوز نموده و حاکم نیز مساله را به کارشناس واگذار کند و کارشناس امور ثبتی پس از معاینه محل و ملاحظه پرونده ثبتی رای به تجاوز مدعی علیه (خوانده) بدهد.

پس در این صورت اگر قاضی در رشته امور ثبتی تخصصی نداشته باشد چطور می تواند به نظر کارشناس اطمینان پیدا کند... و اگر نظر کارشناس را دلیل قانونی ندانیم قاضی چه وظیفه ای خواهد داشت.

بنابراین نظر کارشناس را باید از ادله اثبات دانست یا از باب حجیت شهادت چنانچه عده ای از فقها همچون محقق ثانی آن را اختیار نموده اند یا از باب سیره و رویه عقلا بر رجوع جاهل به عالم در اموری که احتیاج به رای و نظر کارشناس دارد.

در خصوص آزمایش دی.ان.ای دو بحث نفی ولد و دیگری اثبات نسب مطرح است این آزمایش برای نفی ولد قطعاً می تواند کاربرد دارد چرا که اگر رابطه پدر و فرزندی وجود نداشته باشد، در این آزمایش مشخص می شود فرزند تشابه ژنتیکی با پدر ندارد که قطعاً به معنای نفی ولد خواهد بود. برای اثبات نسب نیز متخصصان ژنتیک بر این باورند که آزمایش دی.ان.ای با دقتی بیش از ۹۹٫۹ درصد و قریب به ۱۰۰ درصد می تواند نسب را اثبات کند. هنگامی که ما اماره فراش را که صرفاً یک نشانه است، می پذیریم به طریق اولی آزمایش دی.ان.ای را هم می توانیم بپذیریم.^۱

بند اول: مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس

مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس غیر از مبنای حجیت و اعتبار شهادت می باشد. بلکه نظر کارشناس موضوعاً غیر از شهادت می باشد. چرا که گاه شخص در مقام تعیین قیمت مثلاً خبر می دهد که قیمت جنس معین در بازار این مقدار معین است چنین اخباری شهادت محسوب می شود چون از یک واقع معینی خبر می دهد.

ولی گاه می شود که شخص در مقام تعیین قیمت در اثر کثرت ممارست و دانش مربوط به آن طبق نظر خود تعیین قیمت می کند چنین اخباری شهادت نبوده بلکه اظهار نظر می باشد و مبنای اعتبار آن نیز همان سیره و رویه عقلا بر رجوع جاهل در موارد احتیاج به اهل خبره می باشد. پس نظر اهل خبره و کارشناس خود عنوانی مستقل و مبنای اعتبارش نیز مستقل می باشد.

^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، ص ۱۵۸

بنابراین شرایط مربوط به باب شهادت از قبیل تعدد، ذکوریت عدالت و عدم اتهام در کارشناسی معتبر نیست و تنها وثاقت کارشناس معتبر می باشد چون سیره و رویه عقلا بر آن است که شخص جاهل در اموری که احتیاج به نظر و کارشناسی دارد به اهل خبره مورد وثوق و اطمینان مراجعه کند. و شاید بتوان از مفهوم ماده ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی استنباط نمود که اگر قاضی احتمال بدهد که نظر کارشناس با اوضاع و احوال قضیه مطابقت دارد تبعیت از آن بر قاضی لازم باشد.

ماده ۴۶۰ قانون مزبور می گوید: در صورتی که عقیده کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مساله موافقت نداشته باشد، دادگاه متابعت آن عقیده را نمی نماید و مفهوم آن چنین است که اگر قاضی دادگاه احتمال بدهد عقیده کارشناس با اوضاع و احوال مطابقت دارد پس لازم است که از آن عقیده تبعیت نماید.^۱

بند دوم: کیفیت دلیل بودن نظر کارشناس

مقدمه باید گفت که حجت و دلیل بردو قسم است: اول اموری که حجیت آن ذاتی است و با قطع نظر از باب قضا و فصل خصومت خود اعتبار ذاتی دارد. مثل بینة و شهادت که اعتبار او مخصوص به باب قضا نیست.

اموری که حجیت و اعتبار آن تنها در باب قضا است مثل قسم و قرعه که حجیت و اعتبارشان اختصاص به باب قضا دارد و تنها برای فصل خصومت وضع شده اند.

در مورد بحث باید بگوئیم که نظر کارشناس و اهل خبره حجیتش از قسم اول و ذاتی است. و دلیل اعتبار آن یعنی رویه عقلا بر رجوع جاهل به عالم اقتضا می کند که حجیتش از باب کاشفیت باشد نه برای فصل خصومت.

^۱ 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، ص ۱۳۲

مبحث سوم: قاعده قرعه

گفتار اول: قرعه از منظر قانون مدنی و فقه

قرعه نیز از نظر قانون مدنی و همچنین قانون آیین دادرسی دلیل شناخته نشده است ولی فقه اسلامی در موارد مشکل آن را بعنوان دلیل به معنای فصل خصومت شناخته است. در این زمینه باید در دو قسمت بحث شود.

در حدود حجیت قرعه و این که قرعه در تمام موارد مشکل و مجهول جاری می شود یا خیر

بند اول: حدود حجیت قرعه

باید گفت که قرعه تنها در موارد خاص جاری می شود مثلاً در موارد تعارض بینات و اختلاف چند مرد بر سر فرزند متولد شده از کنیز .

و موارد دیگری که شخص متبّع در فقه با آن برخورد می کند پس به طور مطلق و عموم نمی توان آن را دلیل دانست هر چند که حدیث شریف می گوید: کل مجهول ففیه القرعه چرا که فقها به چنین مضمونی فتوی نداده اند و حکم به دلیل بودن قرعه در تمام مجهولات نا تمام است و فقط دلیل بودن آن مخصوص به موارد خاصی است که فقها متعرض شده اند و روایات خاصی نیز در آن موارد وارد شده است.^۱

بند دوم: معنای دلیل بودن قرعه

آیا معنای دلیل بودن قرعه آن است که کشف از واقع معین می کند یا خیر. سید میر فتح در عناوین می گوید: از روایات چنین ظاهری می شود که قرعه همچنان که کاشف است مثبت هم می باشد و در این مورد به روایت محمد بن حکیم استدلال می کند.

وی به امام عرض می کند که: قرعه هم خطا دارد و هم به صواب می رود. امام (ع) در جواب می فرماید: آنچه که خدا حکم کند خطا ندارد.

^۱ 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 ۲۲۳.

و مقصود از کاشفیت آن است که آنچه خدا حکم می کند قطعاً همین واقع است و مخالف واقع نیست و مقصود از اثبات آن است که آنچه خدا حکم می کند پس همان صواب است. خلاصه آن که در صورتی که واقع معین در افراد مورد قرعه وجود داشته باشد قرعه کاشف از واقع است اما اگر واقع معین بین افراد مورد قرعه نباشد دلیل قرعه ابتدا جعل حکم می کند این مبنی غیر صحیح به نظر می رسد چرا که با دقت در حقیقت قرعه و ادله آن چنین استنباط می شود که قرعه تنها برای فصل خصومت تشریع شده است و روایت محمد بن حکیم که می گوید: قرعه خطا نمی کند برای تاکید بر حجیت قرعه می باشد چون عمل به قرعه بر خلاف رویه معمول بین عقلا می باشد و لذا سائل در مقام رد عمل به قرعه و حجیت آن می گوید که : چگونه می توان برای قرعه اعتباری قائل شد و حال آن که گاه به خطا می رود و گاه به صواب. امام (ع) در جواب این طرز تفکر می فرماید: چیزی را که خدا حجت دانسته به خطا نمی رود و این همان تاکید بر حجیت قرعه می باشد و الا پر واضح است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد مگر آن را وحی بدانیم و این غیر معقول بنظر می رسد چرا که لازمه اش آن است که قرعه از امارات هم قویتر باشد^۱.

مبحث چهارم: قاعده اقرار

گفتار اول: تعریف و عناصر اقرار

اقرار در لغت به گفته صاحب اقرب الموارد در ماده قرر عبارت از: اذعان تصدیق و اعتراف به حق دیگری و ضد آن است. و صاحب مصباح المنیر می گوید: اقرار به معنای اعتراف می باشد. و تعریف اصطلاحی آن در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی چنین آمده است : اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر، بر ضرر خود. صاحب جواهر از کتاب وسیله نقل می کند: اقرار عبارت است از اخبار به حقی بر ضرر خود. و از دیگر فقها نیز قریب به همین مضمون را نقل می کند . و بعد می گوید اولی آن است که تعریف اصطلاحی آن را در مفهوم و مصداق به عرف موکول کنیم .

^۱ 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 ۱۴۰

گفتار دوم: اجزای اقرار

پس اقرار به حسب تعریف قانون مدنی دارای چند جزاست: الف - اخبار به حق. ب - به نفع دیگری بودن. ج - بر ضرر خود بودن. که با خلل در هر کدام از این اجزای اقرار قانونی (آنچه که منشا اثر می باشد مختل می شود).

بند اول: شرط اخباری بودن اقرار

مورد اتفاق فقها می باشد به استثنای بعضی ازحنفی ها که قائل شده اند به اینکه اقرار انشا است. و بعض دیگر گفته اند که اقرار دوحیثیت دارد یک حیثیت اخباری و دیگری حیثیت انشائی مولف کتاب الوسیط نیز می گوید: اقرار از نظر مضمون و محتوی یک عمل مادی است مثل شهادت و سوگند و سایر اعمال ارادی انسان و از جهتی دیگر چون اقرار مستلزم آن است که شخص مقرر خود را از مخاصمه کنار زده و طرف خود را از اقامه دلیل معاف بدارد که این عمل یک تصرف قانونی است و انشا محسوب می گردد.

مثل ابرا و عتق که یک عمل ارادی است و قائم به یک طرف می باشد و مقصود از اخبار در تعریف تنها اخبار به لفظ صریح نیست. بلکه هر لفظی که دلالت بر مدعی نماید بلکه حتی اگر به اشاره باشد.

ماده ۱۲۶۰ قانون مدنی می گوید: اقرار واقع می شود به هر لفظی که دلالت بر آن نماید چرا که گاه می شود شخص مقرر در مقام جواب می باشد و تنها با یک کلمه بله یا آری از اقرار محسوب می شود. و ماده ۱۲۶۱ قانون مدنی نیز می گوید: اشاره شخص لال که صریحا حاکی از اقرار باشد صحیح است از قید لال معلوم می شود که اشاره در صورتی اقرار محسوب می گردد که شخص مقرر عاجز از کلام صریح باشد و اگر شخص قادر به تکلم باشد نمی تواند اشاره او را اقرار تلقی نمود.^۱ اما چنین تقییدی وجهی ندارد چرا که انسان قادر به تکلم چنانچه با سر تکان دادن مطلبی را اثبات نمود و لفظی به کار نبرد عرف چنین اشاره ای را اقرار تلقی می نماید. پس اشاره شخص مقرر در دلالت بر اقرار مقید به عجز از تکلم نیست. و همچنین صدق اقرار و اخبار مقید به لفظ نیست بلکه اخبار در ضمن کتابت هم در حکم اقرار محسوب می شود. و ماده ۱۲۸۰ قانون مدنی نیز می گوید: اقرار کتبی در حکم اقرار شفاهی است و صاحب جواهر می گوید: ظاهر کلمات

^۱ محقق داماد، مصطفی، پیشین، ص ۱۷۳

اصحاب در تعریف اقرار آن است که اقرار از مقوله لفظ می باشد و با تأمل در کلمات فقها چنین ظاهر می شود که حتی اشاره عملی مثل سر تکان دادن اقرار تلقی نمی شود هر چند حکم اقرار را دارد^۱.

اما حق را بعضی از حقوقدانان چنین تعریف کرده اند: حق عبارت از اختیاری است که قانون برای کسی شناخته تا بتواند امری را انجام یا ترک نماید.

لازم به توضیح است که مقصود از حق در تعریف اقرار، اعم از حق اصطلاحی است که در مقابل ملک استعمال می شود. چرا که حق موجود در تعریف معنای عامی است که شامل ملک، حق، حکم، نسب و غیره می شود. و بدین وسیله اقرار به ملک در اعیان اقرار به حق خیار، اقرار به اسبقیت حق طرف در اوقاف عامه و مسجد و اقرار به نسب، کلاً اقرار نامیده می شود.

به عبارت دیگر: حق در تعریف شامل حق عینی و شخصی هر دو می شود چرا که مقر به گاه مال است و گاه حق و گاه نسب و گاه می شود که عین شخصی خارجی است و گاه می شود که به نحو کلی فی الذمه می باشد.

همچنین لازم نیست که اقرار به خود حق تعلق بگیرد بلکه اگر به منشا حق هم تعلق بگیرد اقرار بر او صدق می کن، چون شخص مقر، گاه مستقیماً به خود حق، اقرار می کند. مثلاً اقرار می کند به دین مورد ادعا و گاه به منشا آن اقرار می کند.

مثلاً اخبار می دهد به خسارت وارده که در اثر تصادف یا تلف به وجود آمده است. پس اقرار یا باید به خود حق تعلق بگیرد یا به منشا آن بنابر این اگر اقرار به امر لغوی تعلق بگیرد، تعریف بر آن صدق نمی کند. مثلاً اگر دو نفر در یک مطلب علمی محض نزاع کنند و بعد یکی از متنازعین حرف طرف خود را تصدیق کند تعریف اقرار بر آن صدق نمی کند^۲.

یا اگر دو نفر بر سر صخره ای دعوا کنند یک نفر بگوید: وزن آن یک تن می باشد و دیگری بگوید: بیشتر از یک تن می باشد. چنین نزاعی چون منشا حق نیست پس اگر یک طرف به نفع دیگری کنار رود و حرف طرف مقابل را تصدیق کند چنین اخباری اقرار محسوب نمی شود.

^۱ رضایا معلم، رضا، پیشین، ص ۱۷۸

^۲ مرقاتی، سید طه، پیشین، ص ۳۶۵

بند دوم : به نفع دیگری بودن

در تحقق اقرار شرط است که شخص مقرر، به حقی به نفع دیگری اخبار دهد و اگر اخبار به حق به نفع خود مقرر باشد چنین اخباری اصطلاحاً اقرار محسوب نمی شود، بلکه این اخبار را دعوی حق می نامند.

بند سوم: بر ضرر خود بودن

در صدق اقرار بر اخبار مقرر، شرط است که اخبار بر ضرر مقرر باشد چرا که نکته حجیت اقرار چنانچه در آینده خواهیم گفت: همان است که اخبار بر ضرر خود می باشد و اگر اخبار بر ضرر مقرر نبوده و بر ضرر دیگری باشد چنین اخباری را شهادت می نامند.

گاه می شود که اخبار شخص به ظاهر، اقرار است ولی در باطن اقرار نیست. مثلاً اگر شخص دائن در عملیات اجرائی اموال شخص مدیون را بازداشت نماید و بعداً زن به طرفیت شوهر و شخص دائن اقامه دعوا کند مبنی بر این که اموال بازداشتی از آن اوست.

در این فرض اگر شوهر دعوی زن خود را تصدیق کند چنین تصدیقی اقرار محسوب نمی شود، چرا که این تصدیق به ضرر او نمی باشد بلکه به ضرر غیر که شخص دائن است می باشد و چنین اقراری نسبت به شخص طلبکار اثری ندارد.

با توجه به تعریف اقرار، اعتبار اقرار منوط به شرایط زیر می باشد:

گفتار سوم: رویه دادگاهها در اقرار به نسب

الف - اقرار باید به طور جزم و منجز باشد و طبق ماده ۱۲۶۸ قانون مدنی : اقرار معلق موثر نیست. علامه حلی نیز می گوید: ویشترط تنجیزه فلو علقه بشرط.... لم یصح به طور مثال اگر شخص مدعی علیه خوانده در محکمه بگوید که: دعوی مدعی را قبول دارم به شرط آن که محمد شهادت بدهد. چنین گفتاری اقرار محسوب نمی شود. چون اخبار تحقق نیافته است.

صاحب جواهر می گوید: همه فقها در این مورد که اقرار باید به نحو منجز باشد اتفاق نظر دارند برای آن که اقرار به معنای اخبار به حقی است و اخبار با تعلیق منافات دارد چون اخبار، متضمن وقوع مخبر به در خارج می باشد و تعلیق خلاف آن است.^۱

اقرار باید به نفع غیر و بر ضرر مقرر باشد. بنابراین، اقرار به نسب چون به نفع غیر و بر ضرر مقرر نیست، اقرار محسوب نمی شود. لذا اقرار به نسب در مورد کبیر، لازم است که مقرر له نیز تصدیق کند. ماده ۱۲۷۳ ق - م می گوید: اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً: تحقق نسب بر حسب عادت ممکن باشد. ثانیاً: کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند. مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده، به شرط آن که منازعی در بین نباشد. روشن است که اگر اقرار به نسب حقیقتاً اقرار باشد نباید تصدیق مقرر له در آن شرط شود. لذا ماده ۱۲۷۲ قانون مدنی می گوید: در صحت اقرار تصدیق مقرر له شرط نیست... در حالی که بر اساس ماده ۱۲۷۳ تنها در صورتی که مقرر له صغیر و تحت ید و مجهول النسب بوده و منازعی در بین نباشد. و در خصوص اقرار به فرزندی، اقرار می تواند نسب را اثبات کند.

زیرا در روایت آمده است که بنوت و فرزندی صغیر تحت ید مقرر با اقرار ثابت می شود. اما اثبات نسب در غیر فرزندی به وسیله اقرار متوقف بر تصدیق مقرر له می باشد. پس در اقرار به نسب فقط آثاری ثابت می شود که بر ضرر مقرر باشد، از قبیل: وجوب نفقه. و نسب به طور مطلق به اقرار ثابت نمی شود.

گفتار چهارم: رویه عملی دادگاههای ایران در اثبات نسب

در قانون مدنی کشور ما سه نوع قرابت (خویشاوندی) وجود دارد که عبارتند از: خویشاوندی نسبی، سببی و رضاعی. خویشاوندی نسبی به این معناست که بین دو شخص رابطه خونی وجود داشته باشد، مانند پدر و فرزند؛ به عبارت دیگر خویشاوندی که ناشی از ولادت باشد، خویشاوندی نسبی نام گرفته است. در حقوق ما سه نوع نسب وجود دارد که عبارتند از: نسب مشروع، یعنی نسب ناشی از ازدواج، نسب در حکم مشروع یا همان نسب ناشی از مباشرت به شبهه و نسب نامشروع یعنی نسبی که بین پدر و مادر طفل رابطه زوجیت وجود ندارد. مباشرت به شبهه در مواردی از این قبیل حاصل می شود که بین پدر و مادر طفل رابطه زوجیت برقرار نیست یا آنکه در صورت وجود رابطه

۱. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ ششم، پاییز ۱۳۸۷، صص

زوجیت، ازدواج ایشان باطل است؛ اما یک نفر از آنان یا هر دوی آنها از بطلان آن مطلع نیستند. نسبی که در حقوق ما به عنوان یک نسب قانونی شناخته می‌شود، نسب مشروع و نسب در حکم مشروع است.^۱

به طور کلی ما با دو دعوی کلی در این حوزه روبه‌رو هستیم؛ یکی دعوی اثبات نسب و دیگری نفی نسب (نفی ولد). دعوی اثبات ممکن است در موارد متعددی طرح شود مانند آن که شخصی می‌خواهد ثابت کند فرزند دیگری است یا شخصی می‌خواهد اثبات کند که پدر یا مادر یک کودک است. در مناطقی که ازدواج‌ها ثبت نشده، مانند مناطق روستایی یا مناطق عشایری، ممکن است در خصوص اثبات نسب با مشکلاتی مواجه شویم. همچنین در صورت ولادت طفل به واسطه ازدواج موقت، با توجه به الزامی نبودن ثبت ازدواج موقت، مادر طفل در موارد متعددی مجبور به طرح دادخواست اثبات نسب برای طفل به طرفیت شوهر موقت خود می‌شود. همچنین در برخی از مصادیق این دعوی ممکن است پدر و مادر طفلی که طفل خود را در زمان نوزادی به شخص دیگری واگذار کرده‌اند، در آینده از اقدام خود پشیمان شوند و برای اثبات نسب علیه پدرخوانده و مادرخوانده طفل خود طرح دعوا کنند.

در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی از وسایل اثبات نسب دانسته شده است؛ به این معنا که اگر بین زن و مردی رابطه زوجیت برقرار باشد و دارای فرزند شوند، قانونگذار بیان می‌دارد که فرزند منتسب به شوهر است و این امر نیاز به اثبات ندارد

قانون‌گذار کشور ما برای اثبات نسب ضوابطی را تعیین کرده است و به طور کلی می‌توان گفت دو وسیله اثبات دعوی در قانون برای اثبات نسب مقرر شده است؛ یکی اقرار است که به موجب مواد ۱۱۶۱ و ۱۲۷۳ قانون مدنی از وسایل اثبات نسب دانسته شده است. می‌دانیم که اقرار بر تمام ادله حکمفرماست؛ اگر کسی که علیه او دعوی اثبات نسب مطرح شده، به این نسب اقرار کند، هیچ دلیل دیگری برای اثبات نسب لازم نیست؛ البته به شرط اینکه نسبت به آن شخص اقرار عادتاً و عقلاً ممکن باشد یعنی فاصله سن دو طرف دعوا به اندازه بیان اقرار، امکان‌پذیر باشد. روش دیگری که برای اثبات نسب در قانون ما مورد تاکید قرار گرفته است، اماره قانونی «فراش» است که در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی از وسایل اثبات نسب دانسته شده است؛ به این معنا که اگر بین زن و مردی رابطه زوجیت برقرار باشد و دارای فرزند شوند، قانونگذار بیان می‌دارد که فرزند منتسب به شوهر است و این امر نیاز به اثبات ندارد. قانون‌گذار ما این دو روش را برای اثبات نسب مقرر کرده است؛ اما به این معنا نیست که سایر روش‌های اثبات منتفی باشد. سایر روش‌ها مانند شهادت شهود و امارات قضایی

^۱ صفایی، سید حسین و امامی، اسد الله، پیشین، ص ۳۲۱

(اوضاع و احوال قضیه و قرائن موجود در پرونده) نیز می‌تواند در اثبات نسب به کار آید؛ همان طور که بنا بر ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، شهادت شهود و امارات قضایی در اثبات همه موضوعات کارایی دارند. بنابراین برای اثبات دعوای نسب، قانون‌گذار ما را محدود به ادله خاصی نکرده است و بیان اقرار و اماره فراش به عنوان ادله اثبات نسب از باب حصر نیست. یک اماره قضایی که اکنون در دنیا و قوانین سایر کشورها تا حدودی مطرح، اما در ایران قانون نسبت به آن ساکت است، آزمایش‌های ژنتیکی یا همان آزمایش دی.ان.ای است.

نتیجه گیری و پیشنهادات

نتیجه گیری

قوانین ایران در خصوص نسب دارای دو بخش محتوایی و ماهیتی و دیگری شکلی است. در خصوص قوانین محتوایی، می توان گفت که تقریباً کامل است. قانون گذار در قوانین محتوایی اقدام به تعریف اقسام و آثار مربوط به نسب کرده است. البته در این موارد هم با نواقصی روبه رو هستیم؛ به عنوان مثال قانون گذار در خصوص تکلیف پدر نامشروع به اخذ شناسنامه و به استفاده از نام خانوادگی پدر برای طفل نامشروع هیچ اشاره ای نکرده که هیأت عمومی دیوان عالی کشور این نقص را به موجب رای وحدت رویه برطرف کرده است؛ یعنی دیوان عالی کشور در مقام رای وحدت رویه مقرر کرد که نام خانوادگی پدر نامشروع باید برای آن طفل استفاده شود. در اثبات نسب باید دو مورد نسب طفل به مادر و نسب طفل به پدر ثابت شود، در قانون مدنی، مقررات ویژه ای برای اثبات نسب مادری وجود ندارد و قواعد تابع احکام عمومی دلایل اثبات دعوی است. بنابراین فردی که می خواهد نسب مشروع خود را به زنی شوهردار اثبات کند باید دلیلی بیاورد که ثابت شود فرزند آن زن است. مهم ترین دلایل عبارت است از شناسنامه (سند ولادت)، شهادت شهود، اقرار و امارت. شناسنامه در واقع رونوشت سند ولادت است که از طرف مأمور ثبت احوال به افراد داده می شود، به همین دلیل اعتبار آن تابع سند اصلی است که بر مبنای صدور شناسنامه برگ ولادت است که از سوی پدر و مادر به استناد گواهی ماما یا بیمارستان اعلام شده است و توسط مأمور سجل احوال از دفاتر ویژه ثبت و برگ ولادت صادر می شود. سند ولادت حاوی اطلاعاتی است که می تواند نسب مشروع را اثبات کند. برای اثبات نسب مادری (اماره) نشانه خاصی در قانون وجود ندارد اما اوضاع و احوال و قراین گوناگونی امکان دارد قاضی را در کشف حقیقت یاری کند یا دلیلی را کامل کند یا از اعتبار دلیلی بکاهد. در دعاوی نسب از ۲ اماره (نشانه) استفاده می شود که یکی از آن ها نظر کارشناس در مورد تجزیه خون (DNA) و زندگی مدعی نسب با خانواده ای است که خود را منسوب به آن خانواده می داند. نسب با اقرار نیز ثابت می شود و این در موردی است که قانون مدنی درباره آن حکم خاص دارد. طبق ماده ۱۲۷۳ این قانون «اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً تحقق نسب به حسب عادت و قانون ممکن شد، ثانیاً فردی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد فرد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده باشد به شرط آن که منازعی در میان نباشد. و ما در این رساله به مهمترین این موارد یعنی طرق اثبات نسب اشاره نموده ایم و از ورود به مباحثی که در آن حیطه موضوعی اختلافات زیادی دیده می شود خودداری نمودیم.

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".

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 انتهای 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 نو بودن علم ژنتیک و آزمون دی ان ای 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.

پیشنهادهات:

در قانون ما تکلیفی به نام حضانت یعنی نگهداری از طفل بر دوش پدر و مادر گذاشته شده است؛ اما قانونگذار در خصوص پدر و مادر نامشروع که به واسطه جرمی که مرتکب شده‌اند باعث ولادت طفلی شده‌اند، تکلیفی را به عنوان حضانت برای آنان مقرر نکرده است و عملاً این کودک بدون حضانت باقی می‌ماند. حقوقدانان در این خصوص دیدگاه‌های گوناگونی را بیان کرده‌اند و دکترین به این سمت و سو پیش رفته است که حضانت کودک باید بر دوش پدر و مادر نامشروع گذاشته شود. همچنین قانونگذار برای پدر و مادر مشروع، پرداخت نفقه به فرزند را یک تکلیف مقرر داشته، اما متأسفانه این تکلیف را برای پدر و مادر نامشروع مقرر نکرده است؛ اما حقوقدانان باز بر این نظر

تمایل یافته‌اند که پدر و مادر نامشروع نیز باید به فرزند خود نفقه پرداخت کنند. قانونگذار ما در قانون مدنی فقط به طور مطلق مقرر کرده است که طفل نامشروع ملحق به ابوین نمی‌شود. در یک مقطعی، نظر دادگاه‌های ما بر این بود که با توجه به اینکه بیان داشته ملحق به ابوین نمی‌شود، هیچ‌کدام از تکالیف پدر و مادری برای طفل بر دوش آنان گذاشته نمی‌شود، اعم از حضانت، پرداخت نفقه، اخذ شناسنامه، اما اکنون نظریه‌ها حقوقی به این سمت‌وسو پیش رفته است که تمام تکالیف بر دوش پدر و مادر گذاشته می‌شود.

به جز چند موردی که برشمردم، می‌توان قوانین محتوایی را کامل دانست؛ اما در خصوص قوانین شکلی نقص‌های بسیاری داریم که می‌توان با توجه به قوانین سایر کشورها آنها را برطرف کرد. یکی از نقص‌های بزرگ، بحث پیش‌بینی نشدن آزمایش ژنتیک یا دی.ان.ای در اثبات نسب است؛ در این باره برخی معتقدند که راه اثبات نسب منحصر به اقرار و اماره فراش است که در قانون و در متون فقهی بیان شده است، برخی هم معتقدند آنچه موضوعیت دارد، علم به واقع یا ظن قریب به علم و قابل اعتماد است و از هر راهی که علم به رابطه نسبی و رابطه پدر و فرزندی پیدا کنیم، کفایت می‌کند. به نظر می‌رسد قانونگذار ما باید این نقص را به نوعی برطرف کند. شاید الگوگیری از روش‌های اثبات نسب از غرب که آزمایشات ژنتیک را در صدر ادله اثبات نسب میدانند بتواند در این بحث مثمر ثمر باشد.

منابع و مراجع:

کتب به فارسی:

- ۱- انصاری، مرتضی، رساله مقتضیات الارث واقسامها، تهران: چاپ سنگی، بی تا
- ۲- امامی، اسد الله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ج ۵. تهران: دانشگاه تهران
- ۳- صفایی، سیدحسین، امامی، اسدالله، 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، لباب الانساب، ج ۱، ترجمه سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه مرعشی، چ 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، ۱۴۰۸ق

۲۱- ابن حزم، جمهره انساب العرب، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۳ق

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. ۱۴۰۵ه.ق.

۲۴- ابن طقطقی، الاصلی فی انساب الطالبیه، تحقیق سید مهدی رجایی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۱۸ق

۲۵- ازورقانی مروزی، الفخری فی انساب الطالبین، تحقیق سید مدی رجایی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ق.

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، ۱۹۸۳م

۲۸- ابن ندیم، الفهرست، به کوشش رضا تجدد، تهران، ۱۳۴۹

۲۹- کلینی، الکافی؛ ج ۱، به کوشش علی اکبر غفاری، سوم، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ق

۳۰- ابن عبد ربه، عقد الفريد، ج ۵، به کوشش ابراهیم الایاری و عمر تدری، بیروت، دارالکتاب العربی، بی جاعلوی، المجدی، تحقیق احمد مهدوی دامغانی، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی العامه، ۱۴۰۹ق

۳۱- مفید، الاختصاص، تحقیق و مصحح علی اکبر غفاری و محمد محرمی زرنندی، قم، المؤتمر العالمی لافیه الشیخ المفید، ط الاولی، ۱۴۱۳ق

۳۲- النجاشی، رجال نجاشی، تحقیق سید موسی شبیری زنجانی، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق

۳۳- ابن عنبه حسنی، عمدہ الطالب، قم، تنصاریان، ۱۴۱۷ق

۳۴- طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱۵. قم: مؤسسه اسماعیلیان. ۱۳۳۹

۳۵- خویی، سید ابوالقاسم. منهاج الصالحین، ج ۲. قم: نشر مدینه 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 الوسیله، 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: مؤسسه تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخمینی. ۱۴۲۱

۴۱- حلی، محمد بن حسن (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد، ج ۳، قم: انتشارات علمی. ۱۳۸۷

۴۲- حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسایل الشیعه، ج ۷، قم: مؤسسه آل البيت.

۴۳- بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی احکام العترة الطاهره، ج ۲۱، قم: مؤسسه 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 بجنوردی، میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه ج ۲، قم، مؤسسه 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- رضایا 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 گلپایگانی، 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:

The Genetic knowledge in matters of archeology, sex, genetic engineering and breeding, legal issues, such as proof of lineage and tracking criminals is very useful. The key point is that the genetic identity of any two individual genes are not similar. One of the most important issues of family law, proof of ancestry is a very important legal effects are applied. Today, with advances in science, the use of genetic testing for parentage is established claims. The validity of this test to prove parentage scholars disagree on the validity of the evidence in the case of obtaining some science and some believe the lack of authority. There is less disagreement among lawyers and the difference is only in how to cite these experiments. In the present circumstances, given that all evidence of parentage based on suspicion is likely to prove a negative in there and are exclusive of the arguments presented, it should be possible genetic tests as a new reason in many cases prove parentage use he, however, said it needs to create the conditions for invoking the rule.

Keyword: genealogy, genetics, modern science, jurisprudence, law



Islamic Azad university Behshahr Branch

**Faculty of Humanities
Thesis for MA in Law (M.A.)**

**Title:
Proof of Relation to Iranian Law and Modern Sciences**

**Supervisor:
Alireza Nasiri (PhD)**

**Advisor:
Um al-Banin Ramazazade Badelei (PhD)**

**By:
Mohammad Reza Jamal Livani**

Spring 1396