



دانشگاه سمنان

دانشکده علوم انسانی

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق

گرایش: حقوق خصوصی

عنوان:

ادله اثبات نسب در حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر محمد ابوعطا

استاد مشاور:

دکتر علی قسمتی تبریزی

نگارنده:

بتول پیرزاده

سال تحصیلی ۱۳۹۴-۱۳۹۳

بسم الله الرحمن الرحيم

فهرست

عنوان

صفحه

چکیده	۶
مقدمه	۷
فصل اول: ادله اثبات نسب پدری در حقوق ایران	۹
گفتار اول: تعاریف و مفاهیم تحقیق	۱۰
۱-۱ تعریف دلیل	۱۰
۲-۱ شمار ادله	۱۰
۳-۱ تعریف اثبات	۱۱
۴-۱ تعریف نسب	۱۱
۵-۱ انواع واقسام نسب	۱۳
گفتار دوم: ادله مدون و سنتی اثبات نسب پدری در حقوق ایران	۱۵
۱-۲ اماره فراش	۱۶
۱-۱-۲ مدرک اماره فراش	۱۷
۲-۱-۲ تحلیل مفاد اماره فراش	۱۸
۳-۱-۲ قلمروی اجرای اماره ی فراش	۲۰
۱-۳-۱-۲ انعقاد نطفه در زمان زوجیت	۲۰
۲-۳-۱-۲ انعقاد نطفه پس از انحلال زوجیت	۲۵
۴-۱-۲ اماره فراش در نزدیکی به شبهه	۲۷
۱-۴-۱-۲ نزدیکی به شبهه با زن شوهر دار	۳۰
۲-۴-۱-۲ نزدیکی به شبهه با زن بدون شوهر	۳۲
۳-۴-۱-۲ نزدیکی دو نفر به شبهه با یک زن	۳۳
۴-۴-۱-۲ نزدیکی به شبهه و زنا	۳۴
۵-۴-۱-۲ نزدیکی به شبهه با محارم	۳۴
۵-۱-۲ اماره فراش در نسب ناشی از زنا	۳۴
۱-۵-۱-۲ نسب ناشی از زنا در فقه	۳۵
۲-۵-۱-۲ نسب ناشی از زنا در حقوق	۳۶
۶-۱-۲ اماره فراش در نسب ناشی از تلقیح مصنوعی (انساب ناشناخته)	۳۹

- ۴۰..... ۱-۶-۱-۲ تلقیح مصنوعی با نطفه همسر (همگون)
- ۴۱..... ۲-۶-۱-۲ تلقیح مصنوعی با نطفه بیگانه (ناهمگون)
- ۴۲..... ۱-۲-۶-۱-۲ تلقیح مصنوعی با اسپرم بیگانه.
- ۴۴..... ۲-۲-۶-۱-۲ تلقیح مصنوعی با تخمک بیگانه
- ۴۹..... ۳-۲-۶-۱-۲ طفل ناشی از رحم اجاره ای
- ۵۲..... ۴-۲-۶-۱-۲ طفل ناشی از اهدای جنین به زوجین نابارور
- ۵۱..... ۵-۲-۶-۱-۲ بررسی قانون نحوه ی اهدای جنین به زوجین نابارور ایران
- ۵۳..... ۱-۵-۲-۶-۱-۲ شرایط درخواست کنندگان جنین
- ۵۳..... ۲-۵-۲-۶-۱-۲ شرایط اهداکنندگان جنین
- ۵۴..... ۳-۵-۲-۶-۱-۲ شرایط و تشریفات اهدای جنین
- ۵۸..... ۷-۱-۲ اثبات خلاف اماره ی فراش
- ۶۰..... ۲-۲ شهادت و امارات قضایی
- ۶۱..... گفتار سوم: ادله ی نوین اثبات نسب پدری در حقوق ایران
- ۶۱..... ۱-۳ آزمایش دی ان ای
- ۶۱..... ۱-۱-۳ قدرت اثباتی آزمایش دی ان ای از لحاظ علمی
- ۶۴..... ۲-۱-۳ اعتبار آزمایش دی ان ای از دیدگاه فقه
- ۶۵..... ۳-۱-۳ اعتبار آزمایش دی ان ای از دیدگاه علم حقوق
- ۶۶..... ۲-۳ آزمایش گروه خون و کالبد شکافی
- ۶۸..... فصل دوم: ادله اثبات نسب مادری در حقوق ایران
- ۷۰..... گفتار اول: ادله سنتی و مدون اثبات نسب مادری در حقوق ایران
- ۷۰..... ۱-۱ اقرار به نسب
- ۷۱..... ۱-۱-۱ شرایط نفوذ اقرار به نسب
- ۷۲..... ۱-۱-۱-۱ تحقق نسب بر حسب عادت و قانون
- ۷۲..... ۲-۱-۱-۱ تصدیق مقرله
- ۷۴..... ۳-۱-۱-۱ عدم وجود متنازع
- ۷۶..... ۲-۱-۱ آثار اقرار به نسب
- ۷۹..... ۲-۱ شهادت شهود
- ۷۹..... ۳-۱ قرعه
- ۸۰..... ۴-۱ اماره ید در نسب

۸۱ ۵-۱ استفاضه
۸۲ ۶-۱ امارات
۸۲ گفتار دوم : ادله نوین اثبات نسب مادری در حقوق ایران.
۸۲ ۱-۲ شناسنامه:
۸۵ ۲-۲ آزمایشات دی.ان.ای
۸۶ ۳-۲ عوامل ارثی و تن پیمایی
۸۷ نتیجه گیری
۸۸ منابع و مأخذ
۹۵ Abstract

چکیده

از مسائل مهم حوزه ی حقوق خانواده، نسب یا همان رابطه ی خونی بین دو فرد و اثبات این رابطه است که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن مترتب می گردد. در قانون مدنی ایران برای اثبات نسب، دو دلیل در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۲۷۳ که شامل قاعده ی فراش و اقرار می باشد، ذکر شده است. در خصوص انحصار ادله اثبات نسب، بحث مستقلی در منابع فقهی و کتب حقوقی نشده است. ادله اثبات نسب در منابع فقهی به صورت پراکنده و در مباحث مختلفی مورد اشاره قرار گرفته است و در بیان ادله اثبات نسب، از ادات حصر استفاده نشده است. هم چنین دلیل خاص بر انحصار ادله اثبات نسب نمی باشد و در قوانین در خصوص انحصار ادله اثبات نسب، صراحت قانونی وجود ندارد و اصحاب دعوی محدودیتی در استناد به ادله برای اثبات این دعوی ندارند. امروزه با پیشرفت علم، امکان استفاده از آزمایشهای ژنتیک و آزمایش خون در دعاوی اثبات نسب وجود دارد. فقها در حجیت این گونه آزمایشها برای اثبات نسب اختلاف نظر 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. 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 و ادله ی دیگر اثبات دعوا را به عنوان دلایل جدید در بسیاری از دعاوی اثبات نسب استفاده کرد، لکن برای ایجاد بستر لازم برای استناد به آن، نیاز به تصریح قانونی است. براین اساس با توجه به این پژوهش و بررسی ادله ی اثباتی دعوا این نتیجه به دست آمده است که ادله ی اثبات نسب منحصر به مواد مقرر در قانون مدنی نمی باشد و می توان از سایر ادله در زمینه ی اثبات نسب استفاده نمود. هر چند که در زمینه ی برخی از ادله، تصریح قانونی وجود نداشته باشد ولی منعی هم در زمینه ی استناد به این ادله در قانون وجود ندارد و پاره ای از این ادله به دلیل سهولت دسترسی می تواند مورد استناد اصحاب دعوا قرار گیرد و در تمام موارد ادعایی وجود نسب به ویژه نسب ناشی از زنا و تلقیح مصنوعی مورد استناد قرار بگیرد.

مقدمه

خانواده به عنوان مهم ترین کانون در جامعه است که شکل گیری شخصیت و بسیاری از خصوصیت های فردی بسترش در این محیط فراهم می شود. بر این اساس قرار گرفتن فرد در محیط خانواده می تواند نقش بسزای مهمی در زندگی فردی و اجتماعی وی داشته باشد. معمولاً فرد در محیط خانواده ای قرار می گیرد که بین او و سایر افراد خانواده رابطه ی خونی وجود دارد. این رابطه ی خونی که در اصطلاح به آن نسب گفته می شود در معنای اعم خود به معنی وجود رابطه ی خونی بین دو فرد می باشد که یا یکی از این دو فرد از بطن و صلب دیگری به وجود آمده باشد مانند رابطه ی پدر و فرزندی و یا این که دو فرد به شخص ثالثی منتهی شوند مانند رابطه ای که بین دو برادر وجود دارد. نسب در معنی خاص خود رابطه ی پدر و فرزندی و مادر و فرزندی می باشد. وجود رابطه ی نسب بین دو فرد منشا آثاری و برای طرفین منشا حقوق و تکالیفی می باشد. علاوه بر این ثابت بودن نسب فرد و قرار گرفتن او در یک خانواده در زندگی اجتماعی فرد می تواند تأثیر به سزایی داشته باشد. چه بسا اطفالی که نسب آنها نامشخص است از دید اجتماع با اطفالی که نسب آنها مشخص و متعلق به خانواده ای هستند تفاوت دارند. در مواردی تولد فرزندی از خانواده ای ثابت شده می باشد و رابطه ی نسبی بین طرفین شکل گرفته و مورد قبول طرفین است. اما مواردی وجود دارد که این رابطه ثابت شده نیست و در واقع نیاز به طرح دعوا از سوی مدعی وجود رابطه ی نسب و اثبات دعوا دارد. ادله ای که در این دعوا مدعی می تواند به آن استناد کند نقش مهم و به سزایی در این دعوا دارد. برای اثبات نسب مشروع لازم است که پدر و مادر طبیعی طفل، زن و شوهر باشند، نزدیکی بین آنان واقع شود و کودک ناشی از همبستری آنان پس از ازدواج باشد. بدین ترتیب نسب مادری از نسب پدری تجزیه ناپذیر است و باهم ارتباط نزدیک دارد. نسب مادری بر مبنای امور محسوس یعنی آبستری و زایمان قابل اثبات است اما نسب پدری را بر خلاف نسب مادری به دشواری می توان احراز کرد. زیرا، مدعی نسب باید ثابت کند که حاصل نزدیکی مادرش و شوهر اوست و در این راه هیچ سند و شاهی به کار نمی آید. در قانون مدنی، قواعد و مقرراتی که برای اثبات نسب مادری باشد وجود ندارد. زیرا نسب مادری با دو واقعه خارجی که به طور معمول مشهود دیگران است به راحتی اثبات می شود. براین اساس بایستی قانونگذار در دعوی اثبات نسب پدری دخالت کند و به یاری اماره ی قانونی راهی برای این مشکل خانواده ها بیاندیشد، زیرا اولاً نسب مادری کمتر مورد تردید قرار می گیرد، ثانیاً با اثبات نسب شرعی پدری غالباً نسب مادری نیز اثبات می شود. در زمینه ی اثبات نسب در قانون مدنی در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۲۷۳ دو دلیل که شامل اقرار و اماره ی فراش است ذکر گردیده است. با توجه به این که ممکن است ازدواجی ثبت نشده باشد تا بتوان براساس این ثبت ازدواج رابطه ی زوجیت و در نتیجه قاعده فراش را اعمال نمود و هم چنین اقراری هم از سوی مدعی علیه صورت نگیرد تا بتوان به ادله تصریح شده در قانون مدنی استناد نمود، ادله ی دیگر اثبات دعوا و هم چنین

ادله ی جدید در اثبات نسب نقش بسزایی خواهند داشت. علیرغم جدید بودن ادله ی پزشکی در اثبات نسب و با توجه به سهولت استناد به آن با وجود عدم تصریح قانونی و فقهی نسبت به این ادله جدید، در حال حاضر اصحاب دعوا و دادگاه تمایلی زیاد نسبت به استناد به این ادله دارند. در موارد طفل متولد شده از روابط نامشروع و وطی به شبهه ادله اثبات نسب جهت تعیین نسب این اطفال از اهمیت برخوردار می باشد و با شناخت ادله و بکاربردن صحیح و به جای آن حقوق و تکالیف طرفین قابل اثبات خواهد بود. در این پایان نامه پرسش اصلی که مورد بررسی قرار گرفته این است که ادله اثبات نسب در حقوق ایران چیست و آیا در قانون مدنی ادله ی مصرح جهت اثبات نسب پدری و مادری وجود دارد و آیا می توان از ادله ی دیگر غیر از ادله ی مصرح در قانون جهت اثبات نسب استناد نمود و قدرت اثباتی این ادله در رویه قضایی چگونه است؟ دلایلی که شخص مدعی نسب می تواند در مراجع قضایی جهت اثبات نسب و وجود رابطه ی خونی بین دو فرد به آن استناد کند و بتواند با این ادله ذهن قاضی را جهت وجود این رابطه ی خونی قانع سازد، در دو فصل این پایان نامه مورد بررسی قرار گرفته است. هر چند که اکثر دلایل اثبات نسب بین نسب پدری و نسب مادری مشترک می باشد ولی در رویه قضایی برخی از این ادله در نسب پدری و برخی دیگر در نسب مادری بیشتر مورد استناد قرار می گیرد. به همین دلیل در فصل اول این پایان نامه به بررسی ادله ای که بیشتر در نسب پدری و در فصل دوم به بررسی ادله که بیشتر در نسب مادری مورد استناد قرار می گیرد پرداخته شده است. هم چنین چگونگی استناد به این ادله در سایر انساب از جمله نسب ناشی از وطی به شبهه و زنا و هم چنین تلقیح مصنوعی که به عنوان روشی نوین جهت اهدای جنین به زوجین ناباور م ی باشد، مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل اول

ادله اثبات نسب پدری در حقوق ایران

گفتار اول: مفاهیم و تعاریف تحقیق

۱-۱ تعریف دلیل

دلیل که جمع آن ادله و دلایل است در زبان فلسفی از جمله به معنای «رهنما»، «رهنمون» و «راه نماینده» و «علامت» آمده است.

در حقوق، دلیل در دو مفهوم به کار برده می شود: نخست در مفهومی اخص، «دلیل» به هر وسیله ای گفته می شود که در قانون پیش بینی شده و در مرجع قضاوتی، با نمایاندن امری، سبب اقناع وجدان دادرس به واقعیت ادعا می شود. به موجب ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می نمایند». دوم در مفهومی اعم، «دلیل»، فراهم آوردن وسایلی است که وجدان دادرس را اقناع می نماید. پس اینکه گفته می شود «بار دلیل بر دو ش مدعی» است، به معنای آن است که تدارک و تهیه و ارائه ی وسایلی که وجدان دادرس را نسبت به واقعیت امر مورد ادعا اقناع می نماید به عهده ی مدعی است، چه خواهان یا خواننده باشد. (شمس، پاییز ۱۳۸۹، صفحه ۲۸)

۱-۲ شمار ادله:

در نظام ادله ی قانونی که در ایران نیز از آن پیروی شده، قانون راههایی را که به کمک آنها وجدان دادرس میتواند و یا علی القاعده باید اقناع شود شمارش نموده است. بدین معنا که برای اقناع وجدان دادرس تنها ادله ای پذیرفته می شود که در قانون با توان اثباتی مشخص، پیش بینی شده است. بنابراین، هرگاه وسیله ای به عنوان دلیل ارائه می شود باید تعریفی از ادله ی اثبات دعوا، که در قانون شمارش شده، بر آن صادق باشد. براین اساس موارد استنادی غیر از موارد مذکور در قانون، دلیل محسوب نشده بلکه می تواند به عنوان اماره مورد استناد قرار گیرد. در تقسیم بندی ادله، قانونگذار خواسته اهمیت ادله را بر اساس ترتیب بیان شده نهن ابراز دارد. اما اگر مصلحت و عدالت ایجاب نماید که امری به عنوان دلیل بر امری دیگری باید پذیرفته شود قاضی موظف است همان اعتباری را که قانون برای دل یل خاصی قائل است در نظر بگیرد. (توسلی جهرمی، ۱۳۸۳، صفحه ۲۸)

۱-۳ مفهوم اثبات:

اثبات در لغت، مصدر باب افعال از ریشه ی «ثبت» به معنای بر جای داشتن، مستقر کردن، قرار دادن، استوار کردن و تصدیق است. برخی از حقوقدانان اثبات را به معنای تقدم حجت می داند که احقاق حق نیز به همین معنا می باشد. هم چنین اثبات، قانع ساختن مخاطب به وجود مطلب و به معنای عواملی است که پایه های اعتقاد او را در این زمینه تشکیل می دهد. هم چنان که در دعوا نیز اثبات حق بر مبنای مفاد و روح قوانین و اصول کلی انجام می پذیرد. در ترمینولوژی حقوق تعریف جامعی ارائه گردیده است که بر اساس آن اثبات، اقامه دلیل بر مورد ادعا برای ترتب آثار قانونی می باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، صفحه ۵۸) اثبات در حقوق، عبارت است از اقامه دلیل در محضر دادگاه و با راههای تعیین شده در قانون جهت دلالت بر وجود واقعه ی قانونی است که آثار خاص خود را دارد. براین اساس، اثبات از لحاظ حقوقی با اثبات به مفهوم اعم این تفاوت را دارد که منظور از اثبات در حقوق به معنی استوار نمودن امری در محضر دادگاه با دلایل و قرائن معین می باشد در حالی که اثبات به مفهوم اعم مقید به این قیود نمی باشد

۱-۴ نسب

نسب از نظر لغوی به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دو شیء است و در زبان فارسی آن را نژاد و اصل و خویشاوندی می گویند. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صفحه ۲۶) در لغت عرب، نسب مصدر و به معنای وابستگی و ارتباط دو شیء است. (گرگی، ۱۳۸۷، صفحه ۴۰۳) قانون مدنی ایران، باب نسب را به خویشاوندی مستقیم و بلاواسطه ی کسی از دیگری اختصاص داده و راجع به اقسام دیگر خویشاوندی (خویشاوندی غیر مستقیم و به واسطه و هم چنین خویشاوندی اطراف) گفتگو ننموده است. علت این امر آن است که اقسام دیگر خویشاوندی ناشی از خویشاوندی مستقیم و بلاواسطه می باشد. (امامی، ۱۳۸۳، صفحه ۱۶۰) با آنکه باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص داده شده ولی تعریف صریحی از ماهیت نسب در این قانون به چشم نمی خورد. فقها و حقوقدانان به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب تعاریفی را ارائه نموده اند: صاحب جواهر در تعریف نسب می نویسد: «نسب عبارتست از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث، مانند دو برادر و پدر» دکتر سید حسن امامی، نسب را چنین تعریف کرده است: «نسب مصدر است و به معنی قرابت و خویشاوندی می باشد» سپس اضافه می کند: «نسب امری است که بواسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می آید از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می گردد». محمد عبده بروجردی می نویسد: «نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می شود». ایرادی که در تعاریف فوق بنظر می رسد این است که نسب را به امر حاصل از انعقاد نطفه زن و مرد تعریف کرده اند ولی حقیقت این «امر» را تبیین نکرده اند که آیا این امر، یک رابطه اعتباری و قرار دادی است یا این که این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است. با توجه به عدم تعریف ماهیت نسب از سوی شارع یا قانونگذار شاید بتوان ادعا کرد که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف

پیروی نموده و همان معنایی که عرف از نسب دارد را شناسایی نموده است. زیرا اگر مقنن، تعریف دیگری غیر از معنای عرفی نسب، در نظر داشت، اقتضا می‌نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید. به اصطلاح اصولی در مورد عنوان نسب حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد با توجه به همین مطلب معلوم می‌شود که تعاریف مذکور در صدد تبیین حدود معنای عرفی نسب بر آمده‌اند. شکی نیست که عرف، تکوینی یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن را منشأ اعتبار رابطه نسبی می‌داند. بدین معنی که عرف بعد از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و رابطه قرار دادی بین طفل و والدین خود بر قرار می‌نماید که آنرا نسب می‌نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری مترتب می‌کند. بهر حال با توجه به توضیحات فوق می‌توان در تعریف نسب گفت: «نسب عرفاً رابطه‌ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود. رابطه‌ی طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد به این قرابت، قرابت به خط مستقیم نیز گفته می‌شود.»

در ماده ۱۰۳۲ قانون مدنی قرابت نسبی به ترتیب طبقات ذیل است:

طبقه اول - پدر و مادر و اولاد و اولادِ اولاد .

طبقه دوم - اجداد و برادر و خواهر و اولادِ آنها .

طبقه سوم - اعمام و عمات و احوال و خالات و اولادِ آنها .

در هر طبقه درجات قرب و بُعدِ قرابت نسبی به عده‌ی نسل‌ها در آن طبقه معین می‌گردد.

در اصطلاح حقوقی، نسب دو مفهوم دارد: نسب به مفهوم عام و نسب به مفهوم خاص

نسب به مفهوم عام: نسب به معنای عام که در قانون مدنی ایران با توجه به مواد ۱۰۳۱ به بعد کتاب ششم این قانون قرابت نامیده شده عبارت است از: «علاقه و ارتباط خونی حقوقی موجود بین دو نفر که یکی از آنها از صلب یا بطن دیگری و یا در اثر ولادت هر دو نفر از فرد ثالثی ولو با واسطه ایجاد شده باشد.»

نسب به مفهوم خاص: نسب به معنای خاص عبارت است از: «علاقه و رابطه‌ی خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که یکی از صلب یا بطن دیگری به وجود آمده باشد.»

۱-۵ انواع و اقسام نسب:

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

اثبات نسب مادری در مقایسه با نسب پدری آسان تر است زیرا دوران حاملگی و زایمان به آسانی قابل پنهانکاری و انکار نیست به خصوص که طبق قانون ثبت احوال تولد هر کودکی ظرف ۱۵ روز پس از به دنیا آمدن 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. اثبات نسب پدری به خصوص اگر ناشی از یک رابطه قانونی نباشد، مشکل است و در ازدواج های شرعی که بدون ضوابط قانونی انجام می پذیرد (مانند ازدواج موقت) دشوارتر است.

اقسام نسب عبارتست از:

۱- نسب قانونی (مشروع) ۲- نسب ناشی از وطی به شبهه ۳- نسب غیر قانونی (نامشروع)

نسب مشروع یا نسب قانونی نسبی است که منشا آن ازدواج معتبر و قانونی باشد (یعنی در زمان انعقاد نطفه ی طفل، بین پدر و مادر وی علقه ی زوجیت وجود داشته باشد). مبنای نسب قانونی، ازدواج و رابطه ی مشروع بین زن و شوهر است. طفلی که در فاصله بین ۶ تا ۱۰ ماه از رابطه زناشویی ایجاد شود، ملحق به شوهر می شود زیرا فرض بر این است که زن به شوهر خود وفادار است. (رسقی، زمستان ۱۳۸۹، صفحه ۴۴) براین اساس هرگاه نطفه ی طفل قبل از اجرای صیغه ی نکاح منعقدگردد و سپس آن پدر و مادر با یکدیگر ازدواج نمایند، طفل متولد از آنان قانونی نبوده و نسب او ناشی از نکاح نخواهد بود. هر چند که آن طفل ولادتش در هنگام تحقق زوجیت واقع شده و آنان آن طفل را فرزند خود بدانند. در حقوق ایران، معمولاً وجود رابطه ی زوجیت را می توان به وسیله ی قبالة نکاحیه اثبات نمود. بنابراین یکی از دلایل اثبات نکاح ، قبالة نکاحیه است که ممکن است مطابق نظام نامه های مربوط، به ثبت رسیده باشد که در این صورت رسمی محسوب خواهد شد. گاهی اتفاق می افتد که در زمینه ی نکاح ، قبالة ی رسمی یا عادی وجود ندارد. در این صورت می توان رابطه ی زوجیت و وجود نکاح را با اقامه ی ه ر گونه دلیلی از جمله شهادت شهود و وضعیت ظاهری از جمله داشتن زندگی مشترک اثبات نمود. بر اساس آنچه گفته شد، چنانچه نسب قانونی و ناشی از نکاح باشد، قرابت ایجاد می شود که این قرابت بر حسب دوری و نزدیکی آثاری را به همراه دارد. این آثار گاهی به صورت حق است (مانند حق حضانت و ولایت) و گاه به صورت تکلیف است مانند تکلیف اطاعت و احترام اولاد نسبت به والدین. (امامی، ۱۳۸۳، صفحه ۱۶۲)

نسب ناشی از وطی به شبهه: اگر بین زن و مردی که علقه ی زوجیت بین آنها وجود ندارد به شبهه نزدیکی واقع شود و فرزندى از این واقعه به وجود آید، نسب چنین فرزندى به علت جهل به موضوع یا جهل به مقررات، در حکم نسب مشروع است. بنابراین نسب در حکم قانون نسبی است که مبنای آن رابطه ناشی از اشتباه و اکراه باشد که باید مبتنی بر حسن نیت باشد. (محقق حلی، ۱۴۰۸ هجری قمری، صفحه ۱۵)

نسب نامشروع: نسب وقتی نامشروع است که در اثر مقاربت زن و مردی که بین آنها علقه ی زوجیت وجود نداشته، کودکی به وجود آید و والدین یا یکی از آنها به عدم زوجیت و غیر قانونی بودن علم داشته باشند و اگر پدر یا مادر، عالم به عدم زوجیت یا حرمت رابطه نباشد، نسب کودک ناشی از شبهه و در حکم نسب مشروع است. در حقوق ایران و اسلام اگر کودکی از رابطه ی نامشروع به وجود آید، نسب وی نامشروع است. (علامه حلی، ۱۴۱۲ هجری قمری، صفحه ۳۹۷) به عبارت دیگر کودک متولد از زنا اعم از این که ناشی از زناى غیرمحصنه (ساده) یا زناى محصنه و یا ناشی از زناى با مح ارم باشد، ولدالزنا محسوب می شود و براساس ماده ی ۱۶۷ قانون مدنی ولدالزنا ملحق به زانی نمی شود. معنای اطلاق این عبارت این است که هیچ نسبتی بین فرزند نامشروع و پدر و مادرش نیست و لازمه ی این سخن این است که اگر ولدالزنا پسر باشد بتواند با مادر و اگر دختر باشد بتواند با پدرش ازدواج کند. بنابراین آنچه از مذاق شارع مقدس استفاده می شود و مقتضای تناسب بین ح کم و موضوع نیز می باشد این است که حکم ارث و احکام نکاح را جدا کنیم. یعنی بگوییم احکام ارث فقط در فرزند مشروع جاری می شود و احکام نکاح بر محور فرزند طبیعی دور می زند، هرچند نامشروع باشد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ هجری قمری، صفحه ۱۴۲) ولی در بسیاری از کشورهای غربی از جمله در حقوق فرانسه بین وضع حقوقی اطفال ناشی از رابطه ی آزاد یا زناى ساده که فرزند طبیعی نام دارند، با اطفال ناشی از زناى محصنه و همچنین فرزندان ناشی از زناى با محارم تفاوت هایی وجود دارد. البته با اصلاحات جدیدی که در مقررات مربوط به حقوق خانواده در قانون مدنی این کشور به عمل آمده از تفاوت های بین این گونه اطفال کاسته شده است. برابر ماده ی ۳۳۴ قانون مدنی جدید فرانسه اطفال طبیعی در رابطه ی با والدین خود به طور کلی دارای همان حقوق و تکالیفی هستند که فرزندان مشروع دارند. الحاق طفل طبیعی به پدر و مادر نیاز به اثبات دارد و شناسایی (تصدیق) مربوط به پدر و مادر باید صورت گیرد و براساس مصوبه ای تفکیک طفل طبیعی و طفل مشروع از قانون مدنی حذف شد. این تفکیک دراصل در قالب کد ناپلئونی سال ۱۸۰۴ پدید آمده است. براساس این تفکیک، طفل مشروع طفلی است که از یک زوج ازدواج کرده به دنیا آمده باشد و طفل طبیعی، طفلی است که خارج از ازدواج به دنیا آمده باشد. براین اساس تأسیس حقوقی به نام مشروع گردانیدن اطفال نامشروع وجود دارد که به موجب آن اطفال طبیعی به طور کلی و اطفال ناشی از زناى با محارمی که ابویان آنها بتوانند با اجازه رئیس جمهور با هم ازدواج نمایند و اطفال ناشی از زناى محصن به طور کلی و طفل حاصل از زناى محصنه در صورتی که از

طرف شوهر یا ورثه او طفل مزبور مورد انکار واقع شده یا نطفه ی این طفل در زمان جدایی قانونی زوجین منعقد شده باشد، با ازدواج ابوبین (به شرط شناسایی نسب در صورتیکه قبل از ازدواج متولد شده و در زمان ازدواج زنده باشد) مشروع میگردند و نسب چنین اطفالی مانند طفل حاصل از نکاح مشروع شده و کلیه آثار حقوقی نسب مشروع بر آن مترتب می شود. (ایزدی فر، مهاجرانی، پاییز ۹۱، صفحه ۳۸-۱۱) در حقوق سویس طفل طبیعی منسوب به مادر می باشد ولی در انتساب طفل طبیعی به پدر باید این امر در دادگاه ثابت شود. اثبات نسب طفل طبیعی که ناشی از زنا ی ساده می باشد به پدر را شناسائی نامیده اند. (ویسی، زرخ، تابستان ۱۳۹۱، صفحه ۱۹۰-۱۵۷)

گفتار دوم: ادله ی مدون و سنتی اثبات نسب پدری

برخلاف نسب مادری که بر مبنای امور محسوس (آبستری و زایمان) قابل اثبات است، نسب پدری را به دشواری می توان احراز کرد. زیرا، باید ثابت کرد که مولود حاصل نزدیکی زن و شوهر اوست و در این راه هیچ سند و شاهی به کار نمی آید. بر این اساس بایستی قانونگذار در دعوی اثبات نسب پدری دخالت کند و به یاری اماره ی قانونی راهی برای این مشکل بی اندیشد. در حقوق روم، فرزندی را که زن شوهر دار در زمان زوجیت به دنیا می آورد از آن شوهر می دانستند. در حقوق کلیسا نیز همین امر پذیرفته شده است، ولی حقوقدانان مسیحی آن را نتیجه ی مستقیم نکاح و اقرار ضمنی شوهر به نسب فرزندان متولد در دوران زناشویی می انگاشتند. در قانون مدنی فرانسه، پیش از اصلاحات ۱۹۷۲، انتساب فرزندی که مادر در دوران زناشویی آبستن شده بود به شوهر آن زن، در زمره ی اماره های قانونی بود و جز در موارد نادر، خلاف این اماره را نمی شد ثابت کرد، ولی پس از اصلاحات ۱۹۷۲، این اماره ی قانونی تا زمانی اعتبار دارد که خلاف آن ثابت نشده باشد. در حقوق اسلام، بر طبق خبر «الولد للفراش و للعاهر الحجر» کودک متولد در زمان زوجیت از آن شوهر دانسته شده است که جز از طریق لعان نمی توان خلاف آن را ثابت کرد، مگر اینکه دلائل اقامه شده تنها ایجاد ظن نکند و ذهن بر خلاف مفاد اماره به قطع برسد. در قانون مدنی ایران نیز قاعده ی فراش در زمره ی امارات قانونی (طبق ماده ی ۱۱۵۸ قانون مدنی) آمده است. گذشته از این اماره، اقرار به نسب نیز در زمره ی دلایلی است که به طور معمول در دعاوی اثبات نسب مو رد استناد قرار می گیرد. قانون مدنی درباره ی شرایط نفوذ این اقرار و رجوع از آن شرایط ویژه ای دارد. وجود شناسنامه و همچنین آزمایش های دی.ان.ای نیز از جمله ادله ای می باشند که هر چند در قانون مدنی به آن اشاره نشده ولی در محاکم به ویژه از سوی اصحاب دعوا مورد استناد واقع می شود و می تواند ذهن دادرس را اقناع نماید. اما با وجود این که شهادت از مهمترین ادله ی اثبات دعوا می باشد و در مورد نسب مادری می تواند به عنوان دلیل تلقی شود لیکن در مورد نسب پدری به دلیل محذورات اخلاقی چندان موضوعیت ندارد. البته در مجموع شهادت عدلین در اثبات نسب به کار می آید و اثبات نسب به شهرت و استفاضه نیز امکان پذیر می باشد. با توجه به

اینکه ایجاد طفل از نطفه ی مرد، امری مخفی است که بدون آگاهی اشخاص صورت می گیرد، حتی پدر و مادر از انعقاد نطفه یعنی ترکیب اسپرماتوزوئید با اوول (تخمک) فوراً مطلع نخواهند شد. بنابراین نباید برای اثبات نسب پدری در جست و جوی قطع و یقین بود. هیچ دلیلی نمی تواند به طور قطع ثابت کند که بچه ای از نطفه ی فلان مرد است. حتی علم جدید، با پیشرفت خود، نتوانسته است در این باره قاطع باشد، زیرا چنانکه اهل فن گفته اند: آزمایش خون فقط می تواند دلیل منفی بر نسب باشد نه دلیل مثبت و صرفاً می تواند عدم نسب را از لحاظ علمی ثابت کند، لیکن از اثبات نسب به طور قاطع ناتوان است. بنابراین در اثبات نسب پدری باید به دلایل ظنی یعنی دلایلی که ایجاد ظن و گمان می کند اکتفا کرد. (پيله، علوی قزوینی، علی رضیئی، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صفحه ۱۴۰)

۲-۱ اماره ی فراش

فراش (به کسر فاء) در لغت به معنی بستر و هرچه بگسترانند آمده و در اصطلاح کنایه از شوهر است و اماره ی فراش یا ابوت در اصطلاح حقوقی عبارت از این است که طفلی که از زن شوهر داری به دنیا آمده، فرزند شوهر فرض می شود و ملحق به اوست. اصطلاح اماره ی فراش از حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» گرفته شده است. فراش در اصطلاح فقهی و حقوقی بر زوجیت شرعی بین زن و مرد اطلاق می شود و در انتساب فرزند به عنوان اصل مورد عنایت قرار می گیرد. در حقوق ایران، اماره ی فراش مبتنی بر مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی است و ماده ی ۱۳۲۲ قانون مدنی آن را صریحاً جزء امارات قانونی به شمار آورده است. (نظری، بهار ۱۳۸۹، صفحه ۱۴۹) (حر عاملی، ۱۴۰۹ هجری قمری، صفحه ۵۶۸) در عقد دائم، پس از نزدیکی و گذشت شش ماه از تاریخ نزدیکی و تجاوز نکردن از حداکثر مدت حمل (که بیشترین مدت آن در نظر فقهای امامیه یک سال است) طفل به شوهر ملحق می شود. این حکم در مورد طفلی است که روح در آن دمیده شده باشد و نسبت به غیر آن، یعنی طفلی که زن پیش از دمیده شدن روح سقط کند، از جهت روز و ماه به مدت متعارف برای امثال آن رجوع می شود. حتی اگر از شش ماه کمتر باشد و اگر الحاق طفل به شوهر عادتاً ممکن گردید، به الحاق او حکم می شود و ملحق شدن فرزند سقط شده به والدین دارای احکامی است که در صورت زنده بودن این احکام مترتب نمی شود، از قبیل پرداخت هزینه ی تجهیز و تکفین. در هر صورت چنانچه بر حسب عادت ایجاد جنین سقط شده از نطفه ی شوهر امکان داشته باشد این وظایف متوجه شوهر می شود در غیر این صورت این احکام از او منتفی خواهد بود. (طاهری، ۱۴۱۸ هجری قمری، صفحه ۳۰۴) هم چنین فرزند ناشی از ازدواج موقت نیز بر اساس اماره ی فراش ملحق به شوهر است و جایز نیست مرد به مجرد شبهه، نفی ولد نماید. زیرا نص و فتوا مطلقاً به لحوق فرزند به سبب فراش می کند. در نکاح دائم اگر شوهر زن که طبق اماره ی فراش فرزند ملحق به او می باشد بخواهد فرزند را از خود نفی نماید صرفاً از طریق لعان امکان پذیر است و اگر فرزند را از خود نفی کند ولی حاضر به اجرای لعان نباشد،

به علت نفی ولد حد میخورد . اما در خصوص ازدواج موقت نفی ولد توسط شوهر بدون نیاز به لعان، حکم مشهور در میان فقهاست و مستند آن حکم، غلبه ی اطلاق «زوجه» بر همسر دائم است که به همین دلیل واژه ی زوجه در آیه ی ارث و غیر آن بر همسر دائم حمل شده است. سید مرتضی علم الهدی و جمعی دیگر از فقهاء، عقد موقت را در باب لعان به همسر دائم ملحق کرده اند . زیرا متعه حقیقتاً زوجه است و اگر حرف خود را پس بگیرد و اقرار کند که فرزند متعلق به او می باشد، از او پذیرفته می شود و طفل به او ملحق می شود. برخلاف صورتی که ابتدا به فرزند ی طفل اقرار کند و سپس وی را نفی کند دیگر از او نفی نمی شود و همچنان به او ملحق می باشد.

۲-۱-۱-۱ مدرک قاعده

مستند اماره ی فراش حدیث معروف «الولد للفراش و للعاهر الحجر» می باشد که محدثین شیعه و سنی این حدیث را با همین الفاظ از قول رسول خدا (ص) در کتب حدیثی خود در موارد مختلف نقل کرده اند:

۱- فی روایه صحیحہ عن الاعراج عن ابی عبدالله (ع) سألتہ عن رجلین وقعا علی جاریہ فی طہر واحد لمن یکون الولد؟ قال: للذی عنده لقول رسول الله (ص) «الولد للفراش و للعاهر الحجر» در روایت صحیح از قول سعید اعرج نقل شده که از امام صادق (ع) درباره ی دو مردی که در طهر واحد با کنیزی نزدیکی کردند و کودکی متولد شده سوال کردم این طفل به کدام مرد تعلق دارد؟ امام فرمودند: به مردی که کنیز در نزد اوست زیرا رسول خدا (ص) فرمودند: طفل به شوهر (فراش) ملحق می شود و برای زناکار سنگ است . (عاملی، ۱۴۱۳ هجری قمری، صفحه ۳۶۸)

۲- «قال امیرالمومنین (ع) فی جواب معاویہ و اما ما ذکرک من نفی زیاد فانی لم انفه بل نفاہ رسول الله (ص) اذ قال: الولد للفراش وللعاهر الحجر». امیرالمومنین علی (ع) در جواب معاویہ فرمود: و اما این که گفتی، من زیاد را فرزند پدرش ندانستم، من فرزندی او را انکار نکردم بلکه رسول خدا (ص) با این فرمایش خود «فرزند از آن فواش است و برای زناکار سنگ است» فرزندی او را انکار کرد.

۳- در صحیح بخاری و مسلم از قول عایشه روایت شده که گفت: «عتبه ابن ابی و قاص به برادرش سعد ابن ابی و قاص وصیت کرده بود که فرزند کنیز زمعه، از من است او را نزد خود بیاور، هنگامی که سال فتح مکه رسید سعد این پسر را گرفت و گفت: این پسر فرزند برادر من است برادر من در مورد او به من وصیت کرده است، پس عبدالله بن زمعه ایستاد و گفت: این پسر برادر من و فرزند کنیز پدرم است که بر فراش او زاده شده پس با هم نزد رسول خدا (ص) رفتند و رسول خدا (ص) به عبدالله ابن زمعه فرمود: آن پسر از آن پوست و سپس فرمود: الولد للفراش و للعاهر الحجر»

۴- در مسند احمد بن حنبل از قول عباد بن صامت چندین مورد از قضاوت‌های پیامبر اکرم (ص) نقل شده که یکی از آنها این عبارت است «قضی ان الولد للفراش و للعاهر الحجر»

با توجه به کثرت نقل این حدیث در کتب روایی شیعه و اهل سنت که مواردی ذکر شد از حیث سند، حدیث مزبور صدورش از پیامبر (ص) قطعی است و یا دست کم در اطمینان به صدور آن شکی نیست لذا از اخبار صحیح و مسلم الصدور در بین مسلمین است. (لطفی، ۱۳۸۹، صفحه ۲۱۷ و ۲۱۸) (محقق حلی، ۱۴۲۱ هجری قمری، صفحه ۱۷۴)

۲-۱-۲ تحلیل مفاد اماره فراش

طبق ماده ی ۱۱۵۸ قانون مدنی: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.»

از بخش نخست ماده استنباط می شود که قانون گذار تولد در دوران زناشویی را نشانه ی انتساب طفل به شوهر دانسته است. ولی، با ملاحظه ی بخش دوم آن و شرطی که برای الحاق طفل مقرر داشته است، به خوبی بر می آید که آنچه در این زمینه اعتبار دارد تاریخ آبستنی مادر است. بنابراین، از جمع بین حکم ماده ی ۱۱۵۸ و شرط آن چنین بر می آید که قانون مدنی حملی را که در دوران زوجیت به وجود آمده است منسوب به شوهر می داند. منتها، چون تاریخ آبستن شدن مادر را با هیچ دلیل خارجی نمی توان اثبات کرد و گاه زن و شوهر نیز درباره ی آن تردید دارند، تولد طفل و فاصله ی آن با نزدیکی زن و شوهر نشانه ی ایجاد حمل قرار داده شده است. بنابراین، ماده ی ۱۱۵۸ قانون مدنی در واقع حاوی دو اماره است:

۱- طفلی که در فاصله ی بین شش ماه تا ده ماه از تاریخ وقوع نزدیکی بین زن و شوهر به دنیا می آید محصول آن نزدیکی است. اماره ی مربوط به انتساب طفل به نزدیکی زن و شوهر ناشی از حکم متعارف و غلبه است و مبنای استقرایی دارد. به تعبیر دیگر کودک سالم زودتر از ۶ ماه از تاریخ آبستنی متولد نمی شود و بیش از ده ماه در شکم مادر نمی ماند. این نتیجه ی تجربی را بسیاری از قانون گذاران بیش و کم به دست آورده اند. پیش از تدوین قانون مدنی فرانسه، دادگاههای این کشور در این باره آزادی کامل داشتند و هر دادرسی بنابر اوضاع و احوال خاص هر مورد و عقاید شخصی خود حکم می داد. نویسندگان قانون مدنی فرانسه نمی خواستند چنین مسأله ی حساس و دشواری در حکومت قضات قرار گیرد و به دلخواه آنان، موضوع حل و فصل شود. لذا، از فورکوری پزشک معروف ناپلئون خواستند که حداقل و حداکثر مدت حمل را بر مبنای علمی تعیین کند. این پزشک ۱۸۶ روز را حداقل و ۲۸۶ روز را حداکثر مدت حمل قرار داد. ولی، قانون گذار فرانسه از این لحاظ که اطمینان یابد هیچ طفل مشروعی خارج از این دوران باقی نمی ماند

و نیز برای این که عددها صحیح تر و محاسبه آسانتر شود، حداقل مدت حمل را ۱۸۰ روز و حداکثر آن را ۳۰۰ روز معین کرد و چون بنابر تقویم زمان جمهوری اسلامی ایران هر ماه ۳۰ روز محسوب می شد، در واقع حداقل و حداکثر مدت حمل بین ۶ تا ۱۰ ماه است و از این حیث با حقوق روم تفاوتی ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۳، صفحه ۵۷) ماده ی ۱۵۹۲ قانون مدنی آلمان نیز حداکثر مدت حمل را ۳۰۲ روز معین کرده است. (امامی، ۱۳۹۲، صفحه ۷۹)

۲- چنین طفلی منسوب به شوهر است. زیرا فرض می شود که زن وفادار به شوهر بوده است و با مرد دیگری رابطه ی جنسی ندارد. بنابراین اماره ی مربوط به وقوع نزدیکی و انتساب طفل به شوهر مبنی بر غلبه و ظهور است. چون زن به حکم قانون و اخلاق باید از شوهر خود تمکین کند و به او وفادار بماند و ظاهر این است که به این تکالیف عمل شده است. مفهوم پیمان زناشویی نیز این است که طرفین مایل به زندگی مشترک و وفادار به لوازم این زندگی می باشند. پس برحسب متعارف و ظاهر امور، کودکی که در زمان زوجیت به دنیا می آید، باید نتیجه ی آمیزش زن و شوهر باشد. در واقع اماره ی فراش ترکیبی از معلوم های خارجی و هدف های اجتماعی است. پاره ای از نویسندگان فرانسوی از این پیش تر رفته و الحاق طفل به شوهر را نتیجه ی اقرار ضمنی و قبلی او به ابوت دانسته اند. براین اساس، انتساب کودک زن شوهر دار به زوج او بر مبنای اماره ی قانونی استوار نیست؛ حکمی است موضوعی که نتیجه ی اقرار شوهر به ابوت است و به همین جهت ادعای خلاف آن شنیده نمی شود. ولی نویسندگان قانون مدنی ایران این نظر را به طور قاطع نپذیرفته اند و در ماده ی ۱۳۲۲ قانون مدنی تصریح کرده اند که اماره فراش جزء امارات قانونی می باشد. (همان مرجع، صفحه ۸۰)

۲-۱-۳ قلمروی اجرای اماره فراش

اماره ی فراش برای اثبات نسب قانونی طفل در دو مورد در نظر گرفته می شود:

یکی نسبت به طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده و انتساب آن به شوهر مورد اختلاف باشد و دیگر نسبت به طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شده است. قانون مدنی نیز به پیروی از فقه امامیه برای اجرای اماره فراش این دو مورد را در نظر گرفته و در ماده ی ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ به آن ها اشاره کرده است.

۲-۱-۳-۱ انعقاد نطفه در زمان زوجیت

در مورد طفلی که در زمان زوجیت به دنیا آمده است، هنگامی اماره ی فراش، اجرا و به موجب آن طفل به شوهر ملحق می شود که شرایط زیر محرز گردد:

۱- انعقاد نطفه در زمان زوجیت باشد.

۲- نکاح صحیح بین زن و مرد وجود داشته باشد.

۳- نسب مادری ثابت باشد.

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

۵- بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت نگذشته باشد

انعقاد نطفه در زمان زوجیت باشد : برای اثبات نسب مشروع و ناشی از نکاح بایستی علاوه بر وجود عقد نکاح، نزدیکی بین زوجین نیز واقع شده یا نطفه ی مرد به نحوی در رحم همسرش قرار گیرد که اثبات کننده ی انعقاد نطفه در زمان زوجیت باشد. نزدیکی جنسی به اعتبار آنکه، سبب انعقاد نطفه گردد مبنای اماره ی فراش قرار می گیرد در غیر آن صورت ، به خودی خود دلیل بر نسب قانونی نیست . گروهی از فقهاء از جمله صاحب جواهر الکلام صرف دخول را معتبر دانسته اند. برخی نیز معتقدند که ثبوت فراش برای زن دلالت بر ثبوت و تحقق دخول دارد. برخی دیگر دخول با انزال نطفه یا داخل کردن نطفه ی شوهر در رحم زن را برای اجرای اماره ی فراش شرط دانسته اند. (کیائی، ۱۳۸۴، صفحه ۵۵۱) برخی نویسندگان هم بر آنند که اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای تحقق اماره ی فراش لازم نیست بلکه همین که در زمان زوجیت شش ماه پس از انعقاد نکاح، کودک متولد شده باشد ملحق به شوهر است . مبنای نظر مزبور علاوه بر حفظ عفت خانوادگی، دشوار بودن اثبات نزدیکی 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 . به ابوحنیفه هم منسوب است که مجرد عقد نکاح را برای اثبات نسب طفل به شوهر و اجرای اماره ی فراش کافی دانسته است، لذا مطابق فتوای او چنانچه مردی با زنی عقد کند و بدون این که امکان نزدیکی فراهم شود زن را طلاق دهد و آن گاه شش ماه بعد از عقد، بچه ای متولد شود ملحق به شوهر قبلی آن زن می شود. بعضی فقهاء نیز وجود علقه ی زوجیت را برای اجرای اماره ی فراش کافی دانسته و معتقدند اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای اثبات نسب لازم نیست و طفل متولد در زمان زوجیت را در صورتی که شش ماه پس از انعقاد عقد نکاح متولد شده باشد، ملحق به شوهر می دانند . زیرا اثبات وقوع نزدیکی که همیشه در خفا انجام می گیرد کاری مشکل است. بر این اساس وجود علقه ی زوجیت بین زن و مرد کفایت می کند تا فرض کنیم نزدیکی به عمل آمده است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. (امامی، ۱۳۹۲، به نقل از ابن قدامه در کتاب المغنی، صفحه ۶۳) این قول با طریقت و اماره بودن فراش هم بیشتر سازگار است. بر این اساس به منظور این که اماره ی فراش، مفید واقع شود باید گفت که زندگی مشترک زن و شوهر اماره بر این است که آنان همبستر شده اند. چون یکی از مهم ترین هدف های نکاح مباح شدن رابطه ی جنسی بین دو همسر است و زن و شوهر نیز درباره ی