

وزارت علوم و تحقیقات فناوری

دانشگاه بین‌المللی امام خمینی



IMAM KHOMEINI  
INTERNATIONAL UNIVERSITY

دانشکده علوم اجتماعی

# بررسی وضعیت حقوق کودک طبیعی (نامشروع) در نظام حقوقی ایران و افغانستان

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

رقیه نظری

استاد راهنما:

دکتر سید مرتضی خضری

استاد مشاور:

دکتر مهرزاد ابدالی

بهمن ۱۳۹۵

سلامت و رفاه

## اهدا

این ناچیز تحفه‌ی درویشی را به ساحت مقدس امام مهربانی‌ها، مجسمه‌ی حلم و بردباری، مظلوم در بین دوستان و دشمنان، سبط اکبر پیامبر اعظم (ص)، حضرت امام حسن مجتبی (ع) تقدیم می‌کنم و امیدوارم که مورد قبول آن کانون مهر و عطوفت قرار گیرد.

## سپاسگزاری

حمد و سپاس حقیقی پروردگار جهانیان را سزد که ما را به نور ایمان و صراط مستقیم توحید راهنمایی کرد که اگر امدادهای او نبود در بی‌راهه‌های گمراهی، در چاه کفر و شرک سقوط می‌کردیم و زیانکار دنیا و آخرت می‌شدیم.

بر خود لازم می‌دانم که از زحمات دلسوزانه و پدرانۀ استاد راهنما: دکتر سید مرتضی خضری و استاد مشاور: دکتر مهرزاد ابدالی که در تدوین این اثر زحمات فراوانی را متحمل شدند، تشکر و قدردانی کنم. خداوند بر توفیقات روز افزون این دو تاج سر و سایر خدمتگزاران به جامعه علمی بیفزاید.

تشکر و سپاسگزاری ویژه دارم از جناب آقای سیدمحمدنقی موسوی که زحمت ویراستاری و صفحه‌آرایی پایان‌نامه را متحمل شدند و همچنین تمام کسانی که در تدوین پایان‌نامه مرا یاری نمودند.



دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)  
معاونت آموزشی - مدیریت تحصیلات تکمیلی

فرم تأییدیهی هیأت داوران جلسه دفاع از پایان نامه (فرم شماره)

بدین وسیله گواهی میشود جلسه دفاعیه از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای **سید محمد موسوی انشجوی رشته مدیریت MBA** گرایش بازاریابی تحت عنوان بررسی ارتباط میان شکل و رنگ بسته بندی و رفتار خرید مصرف کنندگان (مطالعه موردی محصولات بهداشتی پنبه ریتر) تاریخ ۲۳ / ۱۰ / ۱۳۹۶ در دانشگاه برگزار گردید و این پایان نامه با نمره ..... و به حروف ..... با درجه ..... مورد تأیید هیأت داوران قرار گرفت.

ردیف	نام و نام خانوادگی	مرتبهی دانشگاهی	دانشگاه یا مؤسسه	سمت	امضا
۱	دکتر محمد مهدی مظفری	استادیار	بین‌المللی امام خمینی (ره)	استاد راهنما	
۲	دکتر مهدی نصرالمهدی	استادیار	بین‌المللی امام خمینی (ره)	استاد مشاور	
۳	دکتر مرتضی انوشه	استادیار	بین‌المللی امام خمینی (ره)	استاد داور	
۴	دکتر علی همتی		بین‌المللی امام خمینی (ره)	نماینده تحصیلات تکمیلی	

\* در صورت وجود استاد راهنمای دوم برای پایان نامه/ رساله، یک ردیف با عنوان استاد راهنمای دوم، ذیل ردیف استاد راهنما اضافه شود.

بدین وسیله گواهی میشود  
در تاریخ / / ۱۳ بابت مقاله مستخرج از پایان نامه، ..... نمره به نمره فوق اضافه شد و نمره  
نهایی نامبرده به ..... به حروف ..... تغییر یافت.



## تعهذنامه اصالت اثر

اینجانب..... دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد در رشته.....  
گرایش..... که در تاریخ..... از پایان نامه ی خود تحت عنوان

با کسب درجه ی..... دفاع کرده ام، شرعا و قانونا متعهد می شوم:

۱. مطالب مندرج در این پایان نامه، حاصل تحقیق و مطالعه اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و غیره استفاده کرده ام، با رعایت کامل امانت، مطابق مقررات، اقدام به ارجاع در متن و ذکر آن در فهرست منابع و مآخذ نموده ام.
۲. تمامی یا بخشی از این پایان نامه قبلا برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی به سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
۳. مقالات مستخرج از این پایان نامه کاملا حاصل کار اینجانب بوده و از هر گونه جعل داده و یا تغییر اطلاعات پرهیز کرده ام.
۴. از ارسال همزمان و یا تکراری مقالات مستخرج از این پایان نامه (با بیش از ۳ درصد همپوشانی) به مجلات و یا همایش های گوناگون خودداری نموده و می نمایم.
۵. کلیه حقوق مادی و معنوی حاصل از این پایان نامه متعلق به دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره) بوده و متعهد می شوم هر گونه بهره مندی و یا نشر دستاوردهای حاصل از این تحقیق اعم از چاپ کتاب، مقاله، ثبت اختراع و غیره (چه در زمان دانشجویی و یا بعد از فراغت از تحصیل) با کسب اجازه از استاد (استادان) راهنما باشد.
۶. در صورت اثبات تخلف و نقض موارد پنجگانه فوق (در هر زمان) مدرک تحصیلی صادر شده توسط دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره) از درجه اعتبار ساقط و اینجانب هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی دانشجو

امضاء



## سوگندنامه دانش آموختگان کارشناسی ارشد دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره)

### به نام خدا

سپاس ایزد منان را که مرا مشمول الطاف خویش نمود که با طی مراحل تحصیل موفق به اخذ درجه کارشناسی ارشد شوم. به شکرانه این نعمت بزرگ الهی که با امکانات این مرز و بوم، فراهم و نزد اینجانب به مانیت گذاشته شده است، در پیشگاه ملت ایران به کتاب آسمانی خود، قرآن کریم، سوگند یاد می کنم که:

- در سراسر زندگی حرفه ای، در راه اعتلای کشور ایران و جامعه بشری به نحو احسن قدم برداشته و در این راه از هیچ تلاشی دریغ ننمایم.
- در تمام فعالیت های تخصصی، رضای خدا را همراه با صداقت علمی و اجتماعی در نظر داشته و از موقعیت های به دست آمده در جهت رفع مشکلات جامعه استفاده کنم و در همه ی امور، منافع کشور را بر منافع فردی مقدم بدارم.
- همواره علم و دانش خود را به روز نگاه داشته و در ایفای مسئولیت و تعهدات حرفه ای در حد توان سعی و تلاش خود را به کار گیرم.
- و اینک از خداوند علیم توفیق بندگی و پای بندی به مفاد این سوگندنامه را خواستارم و از او می خواهم که مرا در ایفای رسالت علمی و انسانی خویش موفق بدارد.

نام و نام خانوادگی دانشجو

امضاء



عنوان پایان نامه / رساله

نام و نام خانوادگی دانشجو

### مجوز بهره برداری از پایان نامه / رساله

کلیه حقوق اعم از چاپ، تکثیر، نسخه برداری، ترجمه، اقتباس و ... از نتایج این پایان نامه برای دانشگاه بین المللی امام خمینی (ره) قزوین محفوظ است. بهره برداری از این پایان نامه / رساله در چهارچوب مقررات کتابخانه و با توجه به محدودیتی که توسط استاد راهنما به شرح زیر تعیین می شود، بلامانع است:

- بهره برداری از این پایان نامه / رساله برای همگان بلامانع است.
- بهره برداری از این پایان نامه / رساله با اخذ مجوز از استاد راهنما، بلامانع است.
- بهره برداری از این پایان نامه / رساله تا تاریخ ..... ممنوع است.

استاد راهنما می تواند یکی از گزینه های بالا را انتخاب کند و مسئولین کتابخانه موظف به رعایت موارد تعیین شده می باشد.

نام استاد و یا اساتید راهنما:

تاریخ:

امضاء:



## چکیده

بررسی حقوق کودک طبیعی (نامشروع) در قانون مدنی ایران و افغانستان موضوع تحقیق حاضر است. تولد اطفال طبیعی پدیده ای حقوقی و اجتماعی است. به لحاظ منشأ غیرقانونی این اطفال و لزوم مجازات والدین و آثار سوء چنین روابطی، در فقه امامیه و حقوق ایران و افغانستان پذیرش والدین و تحمیل تکلیف بر آنها در قبال فرزند طبیعی با اشکال و تردید جدی مواجه است. مشهور معتقد به فقدان تکلیف قانونی برای والدین می باشد، با این وجود واکاوی مسأله و بررسی مبانی این اعتقاد و توجه عمیق به مشکلات این کودکان بیگناه به عنوان عضوی از جامعه ضروری به نظر می رسد.

نگارنده با استفاده از آثار فقهی و حقوقی مکتوب به تحقیق پیرامون دلایل مشهور و مخالفین پرداخته و بدین نتیجه دست یافته که این فرزندان نیز در عرف و شرع منتسب به والدین هستند و قانونگذاران در ایران و افغانستان نیز در حکم عدم الحاق صرفاً به ارث نظر داشته و نسب رانفی ننموده است، هرچند که در ارث از مادر بین قانون افغانستان و ایران اختلاف وجود دارد ولی در عدم ارث بردن از پدر اشتراک نظر دارند. بنابراین والدین طبیعی که سبب وجودی این کودکان هستند مشمول عمومات ادله‌ی شرعی و قانونی بوده و همانند سایر والدین قانونی مکلف به اجرای تکالیف قانون و شرعی مانند ولایت، حضانت و... در رابطه با فرزند طبیعی می باشند. هرچند به دلالت اخبار و حکم صریح قانونی توارث بین آنان منتفی است.

به علاوه در فرض پذیرش مشهور، قواعد ثانویه از قبیل قاعده لاضرر و نفی عسر و حرج موجب رفع حکم «شرطیت مشروعیت برای ترتب آثار» بر نسب (طبیعی و عرفی) کودک ضعیف و ناتوانند.

واژگان کلیدی: نسب، فرزند طبیعی، ولدالزنا، حضانت، نفقه، ارث، قانون مدنی ایران، قانون مدنی افغانستان، قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان.

## فهرست

فصل اول: کلیات	۱
۱,۱. مقدمه	۲
۱,۱,۱. تعریف مسأله	۳
۱,۱,۲. سؤال اصلی تحقیق	۳
۱,۱,۳. فرضیه اصلی تحقیق	۳
۱,۱,۴. سوابق پژوهشی موضوع	۴
۱,۱,۵. بیان روش و مراحل انجام کار تحقیق	۴
۱,۱,۶. نتایج علمی قابل پیش بینی	۴
۲,۱. مفاهیم	۴
۱,۲,۱. نسب	۵
۱,۲,۱.۱. اسباب ثبوت نسب	۷
۱,۲,۲. نسب از نظر فقهی و قانونی	۹
۱,۲,۳. منشأ نسب	۱۶
۱,۲,۴. عوامل مؤثر در نسب	۱۸
۱,۲,۴.۱. تولد (منشا تکوینی)	۱۸
۱,۲,۴.۲. عرف	۱۸
۱,۲,۴.۳. شرع (قانون)	۲۰
۱,۲,۴.۵. ماهیت نسب (طرح دیدگاه‌ها)	۲۰
۱,۲,۴.۱. نظریه اعتبار بودن نسب	۲۱
۱,۲,۴.۲. نظریه انتزاعی بودن نسب	۲۲
۱,۲,۴.۳. نظریه قابل پذیرش	۲۲
۱,۲,۴.۷. اقسام نسب و مقایسه آنها	۲۴

۲۵.....۱،۲،۷. ۱. نسب مشروع.....

### فهرست

۲۶.....۱،۲،۷. ۱. ۱. نسب در خانواده.....

۲۶.....۱،۲،۷. ۱. ۲. نسب ناشی از شبهه.....

۲۷.....۱،۲،۷. ۱. ۳. نسب ناشی از رابطه‌ی اکراهی.....

۲۷.....۱،۲،۷. ۲. نسب نامشروع.....

۲۷.....۱،۲،۷. ۲. ۱. نسب ناشی از زنا.....

۲۷.....۱،۲،۷. ۲. ۲. نسب در حکم ناشی از زنا.....

۳۲.....۱،۲،۷،۳. وجوه افتراق نسب مشروع و نسب نامشروع.....

۳۲.....۱،۲،۷،۳. ۱. از حیث اثبات.....

۳۵.....۱،۲،۷،۳. ۲. از حیث آثار.....

۳۷.....۱،۲. ۲. کودک طبیعی.....

۳۷.....۱،۲،۳. مشروع سازی نسب از دیدگاه حقوق تطبیقی.....

### فصل دوم: رابطه‌ی طفل با پدر و مادر طبیعی در فقه و حقوق ..... ۳۹

۴۰..... ۱،۲. ولد الزنا.....

۴۳.....۱،۲. ۱. اثبات نسب پدری ولد زنا.....

۴۴.....۱،۲. ۲. شرایط الحاق ولد به زانی.....

۴۶.....۱،۲. ۳. نسب ناشی از زنا در فقه.....

۴۷.....۱،۲. ۴. دیدگاه مشهور و دلایل آن.....

۴۷.....۱،۲. ۱. روایات.....

۴۷.....۱،۲. ۱. ۱. حدیث فراش.....

۴۹.....۱،۲. ۱. ۲. صحیح‌هی ابن سنان.....

۵۰.....۱،۲. ۱. ۳. روایت محمد بن حسن اشعری.....

۵۱	۲، ۱، ۴. ۲. اجماع و نقد وارد بر آن.....
۵۲	۲، ۱، ۴. ۱. ۲. تردید در اصل وقوع اجماع.....

### فهرست

۵۴	۲، ۱، ۴. ۲. ۲. مدرکی بودن اجماع.....
۵۴	۲، ۱، ۴. ۳. ۲. عدم امکان احراز کشف.....
۵۵	۲، ۱، ۴. ۳. دیدگاه مخالفین ودلائل آن.....
۵۵	۲، ۱، ۴. ۳. ۱. نقطه‌ی نقض مشهور.....
۶۱	۲، ۱، ۵. ۵. حقیقت عرفی نسب.....
۶۲	۲، ۱، ۵. ۱. فقدان دلیل بر نفی نسب از زنا.....
۶۲	۲، ۱، ۵. ۲. تقیید حدیث فراش، توسط سایر روایات.....
۶۳	۲، ۱، ۵. ۳. لزوم رعایت عدالت.....
۶۴	۲، ۱، ۵. ۴. نظریه‌ی قابل پذیرش.....
۶۸	۲، ۲. ۲. نسب ناشی از زنا در حقوق.....
۷۰	۲، ۲، ۱. دیدگاه اول: عدم انتساب و انتقای نسب.....
۷۲	۲، ۲، ۲. دیدگاه دوم: نفی آثار یا اثری از آثار نسب.....
۷۲	۲، ۲، ۳. دیدگاه سوم: عدم جریان اماره‌ی فراش.....
۷۲	۲، ۲، ۴. دیدگاه قابل پذیرش.....
۷۵	۲، ۳. جمع بندی مباحث و نتیجه گیری فصل دوم.....
۸۰	فصل سوم: وضعیت حقوقی طفل طبیعی.....
۸۱	۳، ۱. ۱. حمایت‌ها و محرومیت‌ها.....
۸۱	۳، ۱، ۱. ۱. مفهوم ولایت قهری و ماهیت آن.....
۸۳	۳، ۱، ۱، ۱. ۱. ادله‌ی ولایت قهری.....
۸۴	۳، ۱، ۱، ۲. ۲. ولایت قهری و اطفال نامشروع.....

## نظری

- ۹۰.....۳،۱،۱،۳. ادله‌ی حضانت.....
- ۹۲.....۴،۱،۱،۳. حضانت و اطفال نامشروع.....
- ۹۴.....۴،۱،۱،۳. ۱. حضانت والده‌ی دارای شوهر.....

## فهرست

- ۹۶.....۲،۱،۳. نفقه و اطفال نامشروع.....
- ۹۶.....۱،۳،۱،۳. نفقه‌ی اولاد و ماهیت آن.....
- ۹۸.....۲،۳،۱،۳. ادله نفقه اولاد.....
- ۱۰۰.....۳،۳،۱،۳. نفقه‌ی فرزند نامشروع.....
- ۱۰۵.....۱،۴،۱،۳. نظریه‌ی تسبیب و مسئولیت والدین خطاکار.....
- ۱۰۶.....۲،۴،۱،۳. نقد نظریه‌ی تسبیب و مسئولیت مدنی.....
- ۱۰۷.....۳،۴،۱،۳. نظریه‌ی تعهد طبیعی والدین.....
- ۱۰۸.....۴،۴،۱،۳. نقد نظریه‌ی تعهد طبیعی.....
- ۱۰۹.....۵،۴،۱،۳. استفاده‌ای دیگر از نظریه‌ی حقوق طبیعی.....
- ۱۱۰.....۶،۴،۱،۳. نظریه‌ی وجوب کفایی.....
- ۱۱۰.....۷،۴،۱،۳. نقد نظریه‌ی وجوب کفایی.....
- ۱۱۱.....۵،۱،۳. محرومیت‌ها.....
- ۱۱۱.....۱،۵،۱،۳. ارث.....
- ۱۱۱.....۱،۱،۵،۱،۳. ادله‌ی ارث فرزند.....
- ۱۱۲.....۱،۵،۱،۳. ۲. میراث طفل نامشروع.....
- ۱۱۲.....۱،۵،۱،۳. ۱. ۳. تخصیص آیات ارث.....
- ۱۱۳.....۱،۵،۱،۳. ۴. خروج یا عدم خروج موضوعی.....
- ۱۱۴.....۱،۵،۱،۳. ۵. نظر غیر مشهور پیرامون توارث طفل و مادر.....
- ۱۱۶.....۱،۵،۱،۳. ۶. مانعیت برای ارث یا فقدان مقتضی.....

۱۱۷	..... ۲. محرومیت ازدواج . ۵, ۱, ۳
۱۱۸	..... ۱, ۲, ۳. نقش قواعد ثانوی در نسب و آثار آن
۱۲۰	..... ۱, ۲, ۳. ۱. مصادیق اصلی قواعد ثانوی
۱۲۰	..... ۱, ۲, ۳. ۱, ۱. قاعده‌ی لاضرر

### فهرست

۱۲۱	..... ۱, ۲, ۳. ۲, ۱. قاعده‌ی نفی عسر و حرج
۱۲۲	..... ۱, ۲, ۳. ۲. تاثیر قواعد ثانوی در نسب و احکام آن
۱۲۴	..... ۲, ۲, ۳. احکام حکومتی
۱۲۵	..... ۱, ۲, ۳. ۱. نقش مصلحت در جعل احکام حکومتی
۱۲۶	..... ۲, ۲, ۳. ۲. عرف و احکام حکومتی
۱۲۶	..... ۲, ۲, ۳. ۳. نقش عرف در احکام شرعی
۱۲۶	..... ۲, ۲, ۳. ۴. تعامل عرف و مساله‌ی زمان و مکان
۱۲۷	..... ۲, ۲, ۳. ۵. دیدگاه امام خمینی (ره) راجع به تکالیف والدین غیر شرعی
۱۲۸	..... ۲, ۲, ۳. ۶. ماهیت نظر امام خمینی (ره)، حکم حکومتی یا بیان حکم واقعی
۱۲۸	..... ۲, ۲, ۳. ۷. استفاده از اختیارات خاص حاکم اسلامی
۱۳۵	..... نتیجه گیری:
۱۴۰	..... پی نویس ها:
۱۵۰	..... منابع
۱۵۰	..... الف) منابع فارسی:
۱۵۴	..... ب) فصلنامه پژوهشی، مقالات
۱۵۴	..... ج) منابع عربی:
۱۵۷	..... ج) منابع الکترونیکی:

## فصل اول: کلیات

## ۱.۱. مقدمه

در مواردی که نسب طفل نسبت به والدین فاقد مشروعیت است با وجود آنکه این نسب شرعی نیست اما طفل و والدین دارای رابطه‌ی خونی و طبیعی هستند و البته عرف نیز بر این رابطه‌ی طبیعی صحه نهاده و طفل را منتسب به والدین می‌داند؛ براین اساس طفل ناشی از زنا و به طور کلی اولاد نامشروع را کودک طبیعی و در رابطه با والدین فرزند طبیعی می‌نامند که در نوشتار حاضر به نقد و بررسی وضعیت حقوقی این کودکان پرداخته شده است.

شرع مقدس اسلام نکاح صحیح را تنها نهاد ایجاد کننده نسب بین جنین و زوجین شناسائی کرده است و این محدودیت به منظور تامین سلامت اجتماع و خانواده‌ها و جلوگیری از هرج و مرج و مخلوط شدن نطفه‌ها و تنظیم صحیح انساب اشخاص می‌باشد. پس به نظر می‌رسد نفرتی که به حق از عمل زشت و مذموم «زنا» در جامعه اسلامی وجود دارد، موجب تردیدهایی گردیده است که فرزندان طبیعی را حتی از حداقل‌های قانونی نیز محروم گردانیده است. در حالی که طفل ناشی از زنا نیز دارای نسب عرفی است که مورد تقریر شارع قرار گرفته پس بنابراین آثار نسب بر رابطه‌ی او و والدینش مترتب می‌گردد مگر آثاری که شرعی و مختص نسب شرعی باشند. در نتیجه والدین طبیعی بر طفل خویش حضانت دارند و برای نگهداری و تربیت طفل خویش بر هر کسی مقدم اند.

از محرومیت‌های کودکان طبیعی در رابطه به ارث، فقها، شرطیت انحصاری مشروعیت نسب را بیان و نسب موجب ارث را منحصر به نسب شرعی نموده‌اند. و در مورد ازدواج در جایی که ازدواج با محرمات نسبی که از نکاح متولد شده‌اند ممنوع باشد، ازدواج با اقربای نسبی که از زنا متولد شده‌اند نیز ممنوع است. بنابراین کودک اگر دختر باشد نمی‌تواند زانی با او ازدواج کند و اگر پسر باشد زائیه که مادر است نمی‌تواند با او ازدواج نماید. خواهر مادرش خاله او و خواهر پدرش عمه او محسوب می‌شود و به حکم آیه شریفه «عماتکم و خالاتکم» ازدواج با آنها حرام می‌شود.<sup>۱</sup>

۱. یزدی محمد، باروریهای پزشکی و حکم فقهی آن، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۵ هـ.ش، ص ۷۵.



### ۱.۱.۱. تعریف مسأله

در تمامی جوامع و از جمله ایران و افغانستان خواه نا خواه در اثر ارتباطات نامشروع اطفالی خارج از دایره‌ی روابط خانوادگی و شرعی متولد می‌شوند، صرف نظر از علل فردی و اجتماعی این رویداد و با وجود آنکه زشتی و نادرستی اقدام والدین چنین اطفالی بر هیچ کس پوشیده نیست، جامعه در عمل نمی‌تواند وجود این کودکان بی‌گناه را نادیده انگارد و باید به ارزش‌ها و نیازهای انسانی آنها توجه نماید.

از آنجا که بخش بزرگی از حمایت فردی و اجتماعی در رابطه فرزند با پدر و مادر تأمین می‌گردد والدین نقش اصیل در تربیت و تعلیم و جامعه‌پذیری فرزندان دارند و حقوق و تکالیف متقابل آنان جایگاهی ویژه دارد. در مورد فرزند طبیعی (نامشروع) این حقوق و تکالیف نیاز به بررسی جدی‌تر و عمیق‌تری دارد. زیرا تصور آن است که چنین فرزندی رابطه حقوقی که سایر فرزندان با والدین خویش دارند (نسب) را ندارند و رابطه او با صاحبان نطفه‌اش صرفاً طبیعی و خونی است.

رابطه‌ای که به ظاهر تکلیف برای والدین یا منشأ حقی برای فرزند نمی‌باشد.

به هر حال موضوع اصلی این تحقیق حقوق فرزند طبیعی و رابطه با انسان‌هایی که موجب تولد او شده‌اند می‌باشد. که در قانون ایران و افغانستان این موضوع را پیگیری نموده‌ایم.

### ۱.۱.۲. سؤال اصلی تحقیق

ما در این پایان‌نامه بر آن هستیم تا به سوال زیر پاسخ دهیم:

«در فقه امامیه و حقوق ایران و افغانستان بررسی وضعیت اطفال نامشروع به والدین آنها چگونه است، و چه آثاری بر این انتساب مرتبط میگردد؟»

### ۱.۱.۳. فرضیه اصلی تحقیق

مشهور فقهای امامیه فرزند نامشروع جز در مورد توارث، در تمامی حقوق با طفل مشروع برابر است و با توجه به اینکه این مسئله از لحاظ فقهی اختلاف چندانی بین فقه امامیه و حنفی نمی‌باشد و از آنجا که قوانین کشور ایران و افغانستان بر اساس فقه امامیه و حنفی وضع شده است تشابهات بسیاری با یکدیگر دارا هستند، همچنین قانون احوال شخصیه شیعیان افغانستان نیز که بر اساس فقه امامیه تدوین شده است از این قانون مستثنی نمی‌باشد و تنها در ارث بردن از مادر تفاوت وجود دارد.

### ۴,۱,۱. سوابق پژوهشی موضوع

در زمینه اصلی موضوع که حقوق اطفال نامشروع است، در حقوق ایران پایان‌نامه‌هایی در دانشگاه‌های مختلف با عناوین متفاوت و گاه در بحث تطبیقی به انجام رسیده است و کتاب‌هایی هم در این زمینه به چاپ رسیده، در حالی که در افغانستان بسیار کم کار شده است. در حقوق ایران هم به صورت صریح و آشکار و با نگاهی موشکافانه پرداخته نشده است تنها مواردی که در فقه و قوانین بیان شده تا حدی راه گشا بوده است. به هر حال تحقیق از نقطه نظر نحوه‌ی انجام و ابزارهای تحقیق - نوآوری و ویژگی جدیدی ندارد. اما به لحاظ نگاه عمیق‌تر به موضوع و کنکاش در مبانی و تئوری‌های موجود در خصوص موضوع حتی واکاوی مسائلی که برخی آنها را حل شده و غیر قابل قابل خدشه می‌دانند و نتایجی بدست آمده قابل توجه است.

۱. مهرزاد ابدالی، با عنوان *بررسی مقایسه‌ای حقوق کودک در ایران و کنوانسیون بین‌المللی حقوق*

*کودک؛*

۲. شیرین عبادی، با عنوان *حقوق کودک؛*

۳. مسعود آذربایجانی، با عنوان *نقد تربیتی کنوانسیون حقوق کودک؛* به این موضوع پرداخته‌اند

### ۵,۱,۱. بیان روش و مراحل انجام کار تحقیق

روش انجام تحقیق روش توصیفی - تحلیلی - و طرح آراء و نقد تحلیل‌نهایی آنها بوده و برای گردآوری اطلاعات از روش کتابخانه‌ای - استفاده از کتب موجود، کتاب‌های الکترونیکی، نشریات و مقالات حقوقی، اینترنت و سایر منابع مکتوب - استفاده شده است.

### ۶,۱,۱. نتایج علمی قابل پیش‌بینی

محرومیت‌هایی که در جامعه به آنها داده شده آیا می‌شود برای آنها بستر سازی کرد؟

تبعیض زیاد قائل شدن بین آنها و کودکانِ مشروع ظلم به حق آنها نیست؟

## ۲،۱. مفاهیم

### ۱،۲،۱. نسب

عنوان نسب، مفهومی است که موجب ترتب آثار متعددی است که در کتاب هشتم و نهم قانون مدنی و قوانین به فراخور مطلب بیان گردیده اند. با وجود این که باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام نسب اختصاص یافته است اما قانونگذار هیچ گونه تعریفی از نسب ارائه ننموده است. این رویکرد تکرار همان رویه ای است که شارع مقدس در باب نسب در پیش گرفته است و در کتاب و سنت (قرآن کریم و روایات موجود) نیز تعریفی از نسب نمی یابیم.

در قوانین افغانستان نیز ما تعریفی از نسب نمی یابیم. مبحث دهم قانون مدنی افغانستان به حقوق اولاد و فرع اول آن به نسب اختصاص دارد که تعریفی از نسب نشده است. همچنین در فصل هشتم قانون احوال شیعیان افغانستان در بحث اولاد و نسب تعریفی از نسب نمی یابیم.

با این وجود فقها و حقوقدانان با لحاظ اهمیتی که برای این مفهوم قائل اند در ارائه تعاریفی از نسب اهتمام نموده اند که در ادامه به برخی از آنها اشاره خواهد شد.

در مورد مفهوم لغوی نسب گفته شده است:

– نسب از نظر لغوی به معنای قرابت<sup>۱</sup> و علاقه و رابطه بین دو شیء است و در زبان فارسی آنرا نژاد می گویند.<sup>۲</sup>

نسب، پیوند دادن چیز یا کسی به چیز و یا کس دیگر، برای توضیح و تمیز است؛ مانند انتساب شخص به پدر و مادر یا قبیله ای مشخص و یا انتساب مصنوع به سازنده یا محل تولید آن.<sup>۳</sup>

اما در خصوص مفهوم اصطلاحی نسب، فقها و حقوقدانان عبارات مختلفی به کار برده اند:

۱. فلان یناسب فلانا، فهو نسیبه ای: ای قریبه، الزبیدی، تاج العروس، ج ۲، دارالفکر، [بی جا]، بیروت، ۱۴۱۴ ق، ص ۴۳۰.

۲. سید علی علوی قزوینی، مقاله ای آثار حقوقی مصنوعی، روشهای تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، ج ۱، تهران، ۱۳۸۰، ص ۱۹۰.

۳. الشیخ الطریحی، مجمع البحرین، ج ۴، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، ج ۲، (بی جا)، ۱۴۰۸ ق، ص ۳۰۱؛ السمعی، الانساب، ج ۱، دارالجنان للطباعه و النشر و التوزیع

- نسب، قرابت موروثی است که انسان تسلط و تصرفی در آن ندارد.<sup>۱</sup>
  - نسب، امری است که بواسطه‌ی انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر، که یکی پدر و دیگری مادر می‌باشد، موجود می‌گردد.<sup>۲</sup>
  - نسب به معنی خاص،<sup>۳</sup> عبارت است از رابطه‌ی پدر فرزندی یا مادر فرزندی و به دیگر سخن، رابطه‌ی طبیعی و خونی میان دو نفر است، که یکی به‌طور مستقیم (بدون واسطه) از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است.<sup>۴</sup>
  - نسب عبارت است از منتهی شدن ولادت شخصی به دیگری، مانند پدر و پسر یا انتهای ولادت دو شخص به ثالث (مانند دو برادر و پدر آنها، که جامع نسب آن دو است). با صدق عرفی عنوان نسب،<sup>۵</sup> به وجه شرعی یا آنچه در حکم آن است.<sup>۶</sup>
- در تمامی تعریف‌هایی که بیان شد توجه اصلی نویسندگان به همان معنای عرفی نسب بوده است، با این وجود در برخی تعاریف میان منشأ و اثر خلط شده است؛ از باب مثال در تعریف نسب به اتصال ولادت یعنی متولد شدن یک انسان از انسانی دیگر، این توهم ایجاد می‌گردد که نسب همان تولد یعنی رابطه‌ی تکوینی (شکل‌گیری نطفه‌ی شخص از اسپرم پدر و تخمک مادر) است؛ یا در تعریف رابطه طبیعی خونی و عباراتی از این دست هم همان اشکال تعریف قبلی قابل مشاهده است؛ گویا رابطه‌ی منطقی نسب و ولادت تساوی است و رابطه‌ی خاص موجود (نسب) از امور واقعی و تکوینی است.

<sup>۱</sup> محمد قلعجی، معجم لغه الفقهاء، دارالفنایس للطباعة والنشر و التوزیع، چ ۲، بیروت، ۱۴۰۸ق، ص ۴۷۸.

<sup>۲</sup> حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، انتشارات اسلامی، چ ۱۳، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۶۰.

<sup>۳</sup> نسبت در معنای خاص، علاقه و رابطه‌ی خونی و حقوقی موجود بین دو نفر است که در اثر تولد یکی از صلب یا بطن دیگری بوجود می‌آید؛ اما نسب عام که مترادف با قرابت نسبی است در اثر تولد یکی از دیگری یا تولد آن دو از شخص ثالثی بوجود می‌آید. رجوع کنید اسداله امامی، مطالعه‌ی تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، مجموعه‌ی حقوق تطبیقی ش ۵، چاپخانه موسوی، تهران، ۱۳۴۹، ص ۹.

<sup>۴</sup> سید حسین صفایی و اسداله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۹.

<sup>۵</sup> در اینجا ظاهراً شیخ تعریف به معرفت نموده است.

<sup>۶</sup> و هو الاتصال بالوذة بانتها احد الشخصین الی الآخر کالاب و الابن، او بانتهائهما الی ثالث مع صدق النسب عرفا الوجه الشرعی او ما فی حکمه، شیخ الجواهری، پیشین، ج ۳۹، دارالکتب الاسلامیه، چ ۳، تهران، ۱۳۳۸، ص ۷.