

قال العبد



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



پایان نامه

برای دریافت درجه کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی

موضوع:

حقوق فرزند طبیعی در رابطه با والدین به مقتضای قواعد اولیه و ثانویه در
فقه امامیه و حقوق ایران و بررسی این حقوق در کنوانسیون حقوق کودک

نگارش:

اصلان ویسی

استاد راهنما:

دکتر محمد باقر پارساپور

استاد مشاور:

دکتر مهرزاد ابدالی

«تابستان ۱۳۸۹»



The ministry of science Research and Technology
Elm and Farhang University
(University of Sciens and culture
Non-Beneficial and Non-Govermental

Thesis

A Dissertation Submitted for an M. A in private Law

Subject

Natural child s rights in relationship with parents considering
primary and secondary s Laws in Imamieh jurisprudence and Iran
Law and reviewing this law in the convention on the right s of the
child.

By:

Aslan Veisi

Thesis Advisor:

Dr. mohammad Bagher Parsapour

Consulting Advisor:

Dr. Mehrzad Abdali

Summer ۲۰۱۰

Summary

Being born as a natural children is a social and legal phenomenon. Because these children are the offsprings of an illitrated sexual relationship, those who had fornicathon would be sentenced, and due to ill consequences of unlawful sexual relationship in Iran law and in Imamieh jurisprudence, it is difficult to validate the bloodkinship between the child and his/her parents and bind them to do legal duties. Most experts believe that these parents don't have a legal duty, but it is necessary to reviewe this problem and its basis that means we have to pay attention to these innocent children and their difficulties as a member of society. They are known just they are related to their parents in law and custom and the Legislator of Iran has prescribed that the bloodkinship of these children is not acceptable, it means they can not inherit. Therefore, the parents who give birth to these children have to do legal duties such as supervision, guardianship and ... like the other parents, as a result the legal duties for parents are in the same pool. Although, the clear order of law says they cannot inherit from eachother. The judical has accepted this interpretation. Moreover, the second rules such as "La zarar" and "Nafie osr va haraj" means "no harm" and "no difficulty" causes to abolish this judgment temporarily which says the bloodkinship shoud be legal. On the other hand, Islamic Republic of Iran has joined the convention on the rights of the child and the parliament has passed this convention as an official text. The execution of this convention according to the rule of Non-Discrimination causes that the natural children profit from the rights which are inserted in convention like the other children.

Key words: Bloodkinship – Natural child – fornication – convention on the rights of the child – second rules.

چکیده

تولد اطفال طبیعی (نامشروع) پدیده‌ای حقوقی و اجتماعی است. به لحاظ منشا غیرقانونی این اطفال و لزوم مجازات والدین و آثار سوء چنین روابطی، در فقه امامیه و حقوق ایران پذیرش والدین و تحمیل تکلیف بر آنان در قبال فرزند طبیعی با اشکال و تردید جدی مواجه است. مشهور معتقد به فقدان تکلیف قانونی برای والدین می‌باشد؛ واکاوی مساله و بررسی مبانی این اعتقاد و توجه عمیق به مشکلات این کودکان بیگناه به عنوان عضوی از جامعه ضروری به نظر می‌رسد. این فرزندان نیز در عرف و شرع منتسب به والدین هستند و قانونگذار ایران نیز در حکم عدم الحاق صرفاً به ارث نظر داشته و نسب را نفی ننموده است؛ 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 قانونی و شرعی مانند ولایت، حضانت و ... در رابطه با فرزند طبیعی می‌باشند. هر چند به دلالت اخبار و حکم صریح قانونی توارث بین آنان منتفی است؛ رویه‌ی قضائی نیز بدین معنا اعتقاد یافته است. به علاوه در فرض پذیرش مشهور، قواعد ثانویه از قبیل قاعده‌ی لاضرر و نفی عسرو حرج موجب رفع حکم "شرطیت مشروعیّت برای ترتب آثار" بر نسب (طبیعی و عرفی) کودک ضعیف و ناتوانند. از سوی دیگر پذیرش کنوانسیون حقوق کودک توسط دولت جمهوری اسلامی ایران و تصویب آن توسط مجلس به عنوان متنی قانونی و لزوم اجرائی نمودن آن با لحاظ اصل عدم تبعیض، موجب برخورداری اطفال طبیعی از حقوق مندرج در کنوانسیون همانند اولاد مشروع می‌باشد.

واژگان کلیدی: نسب، فرزند طبیعی، ناشی از زنا، کنوانسیون حقوق کودک، قواعد ثانویه

فهرست اجمالی مطالب

عنوان	صفحه
مقدمه	۱
فصل اول- نسب (مفهوم و آثار).....	۶
۱-۱) مفهوم نسب	۷
۱-۲) منشا نسب	۹
۱-۳) عوامل مؤثر در نسب	۱۱
۱-۴) ماهیت نسب (طرح دیدگاه‌ها).....	۱۳
۱-۵) مرجع پذیرش نسب	۱۷
۱-۶) اقسام نسب و مقایسه‌ی آنها	۱۹
۱-۷) مفهوم کودک طبیعی	۳۱
۱-۸) مشروع سازی نسب از دیدگاه حقوق تطبیقی	۳۳
فصل دوم- نحوه ی انتساب طفل به پدر و مادر طبیعی در فقه و حقوق	۳۵
۲-۱) نسب ناشی از زنا در فقه	۳۶
۲-۱-۱) دیدگاه مشهور و دلایل آن	۳۶
۲-۱-۲) دیدگاه مخالفین و دلایل آن	۴۴
۲-۲) نسب ناشی از زنا در حقوق	۵۵
فصل سوم- وضعیت حقوقی طفل طبیعی	۶۶
۳-۱) رویکرد سنتی (حمایت ها و محرومیت ها)	۶۷

۶۷ حمایت‌ها (۳-۱-۱)
۶۷ رویکرد فقه امامیه و قانونگذار ایران (۳-۱-۱-۱)
۸۹ رویکرد دکترین مبتنی بر دیدگاه سنتی (۳-۱-۱-۲)
۹۶ محرومیت‌ها (محرومیت از ارث) (۳-۱-۲)
۱۰۲ رویکرد نوین (۳-۲)
۱۰۲ نقش قواعد ثانوی در نسب و آثار آن (۳-۲-۱)
۱۱۹ رویکرد رویه‌ی قضایی (۳-۲-۲)
۱۲۵ نقش حمایتی کنوانسیون حقوق کودک (۳-۲-۳)
۱۴۶ نتیجه
۱۵۱ پی‌نویس‌ها
۱۶۹ فهرست تفصیلی مطالب
۱۶۹ فهرست منابع

علائم و اختصارات

ج	جلد.....
چ	چاپ.....
ش	شماره.....
ص	صفحه.....
ر. ک	رجوع کنید.....
ق. ا	قانون اساسی.....
ق. آ. د. م	قانون آیین دادرسی مدنی.....
ق. ت. د. ع. ا	قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب.....
ق. ث. ا	قانون ثبت احوال.....
ق. م	قانون مدنی.....
ق. م. ا	قانون مجازات اسلامی.....
ق. م. م	قانون مسئولیت مدنی.....

مقدمه

۱) تعریف موضوع

در تمامی جوامع و از جمله جامعه ی ایران خواه ناخواه در اثر ارتباطات نامشروع اطفالی خارج از دایره ی روابط خانوادگی و شرعی متولد می شوند. صرف نظر از علل فردی و اجتماعی این رویداد و با وجود آن که زشتی و نادرستی اقدام والدین چنین اطفالی بر هیچ کس پوشیده نیست، جامعه در عمل نمی تواند وجود این کودکان بیگناه را نادیده انگارد و باید به ارزشها و نیازهای انسانی آنان توجه نماید. از آنجا که بخش بزرگی از حمایت فردی و اجتماعی در رابطه ی فرزند با پدر و مادر تامین می گردد و والدین نقشی اصیل در تربیت و تعلیم و جامعه پذیری فرزندان دارند؛ حقوق و تکالیف متقابل آنان جایگاهی ویژه دارد. در مورد فرزند طبیعی این حقوق و تکالیف نیاز به بررسی جدی تر و عمیقتری دارند زیرا تصور بر آن است که چنین فرزند رابطه ی حقوقی خاصی که سایر فرزندان با والدین خویش دارند (نسب) را ندارد و رابطه ی او با صاحبان نطفه اش صرفاً طبیعی و خونی است، رابطه ای که به ظاهر منشا تکلیف برای والدین یا منشا حقی برای فرزند نمی باشد.

به هر حال موضوع اصلی این تحقیق حقوق فرزند طبیعی در رابطه با انسانهایی است که موجب تولد او شده اند.

۲) علت انتخاب موضوع

در حالی که برخی صاحب نظران معتقد به نقض ساختاری حقوق کودک در ایران هستند و قوانین موجود را فاقد قابلیت لازم در ایجاد بستر مناسب برای سلامت و رشد روحی و جسمی کودکان و

نیز حمایت از مصالح واقعی آنان می‌دانند، در بهره‌مندی فرزندان طبیعی از این حداقل‌های قانونی بخصوص در دوران کودکی که تحت حمایت بودن ضروری و اجتناب ناپذیر است تردید وجود دارد. به نظر می‌رسد نفرتی که بحق از عمل زشت و مذموم “زنا” در جامعه‌ی اسلامی وجود دارد موجب این تردیدها گردیده است؛ در حالی که خداوند متعال حتی در موارد دشمنی ما را به عمل به مقتضای عدالت، فرا می‌خواند.^۱ به نظر می‌رسد اگر دشمنی با فعل زناکار و لزوم مجازات او به ترک عدالت نسبت به اطفال معصوم و بیگناه حاصل از عمل زنا منجر شود مصداقی از آیه‌ی شریفه تحقق می‌یابد. از سوی دیگر چنین اعمال نظری در عمل به معنای تسری دادن مجازات گناهکاران به شخصی بیگناه است که مخالف با مدلول صریح آیات کتاب خدا مبنی بر عدم تحمل مجازات و وزر کسی توسط غیر او است.^۲

اگر به وضعیت فعلی این اطفال که بخشی از آن ناشی از قانونگذاری و بخشی ناشی از نقص در قوانین و البته بخشی هم ناشی از عرف و اعتقادات عمومی است توجه نماییم به راحتی به سر نوشت اسفبار و غیر قابل تحمل این کودکان بی پناه که گهگاه شمه‌ای از آن دیده یا شنیده می‌شود پی می‌بریم. اتفاقاتی مانند سقط این اطفال و قتل آنان پس از تولد، اقدام به خودکشی توسط آنان و حتی گاه اقدام به قتل والدین و ... نتیجه‌ی وضعیت حقوقی نامناسب این کودکان است. در خوشبینانه‌ترین حالت اگر هیچ یک از این اتفاقات برای این کودکان پیش نیاید، آنان افرادی جامعه‌گریز و جامعه ستیز خواهند شد و از همین جا است که معضل کودکان خیابانی یا اطفال بزهکار قوت خواهد گرفت.

نگارنده بر اساس نص^۳ و عقل بر آن است که این اطفال نیز همانند سایر کودکان با فطرت الهی متولد می‌شوند و والدین و جامعه باید محیط تربیتی مناسبی را برای رشد استعدادهای انسانی آنان فراهم آورند. بنابراین علت انتخاب موضوع کمک به بهبود وضعیت حقوقی و اجتماعی این اطفال به عنوان موجوداتی دارای فطرت الهی و ارزشهای انسانی است.

۱- “و لا یجرمنکم شنن قوم علی ان لا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوی”.

۲- “ولا تزر وازره وزر اخری”.

۳- “کل مولود یولد علی الفطره”.

۳) بیان پرسشهای اصلی تحقیق

مسائلی که این تحقیق در صدد پاسخگویی بدانها است عبارتند از:

یکم- در فقه امامیه و حقوق ایران نحوه‌ی انتساب اطفال نامشروع به والدین آنان چگونه است و چه آثاری بر این انتساب مترتب می‌گردد؟

دوم- نقش رای وحدت رویه‌ی هیات عمومی دیوانعالی کشور به شماره‌ی ۱۳۷۶/۴/۳-۶۱۷ که مبتنی بر نظر حضرت امام خمینی (ره) است در تامین حقوق اطفال نامشروع چیست و قلمرو اصلی آن تا کجا است؟

سوم- رویکرد کنوانسیون حقوق کودک نسبت به حقوق اطفال نامشروع چگونه است؟ حقوق داخلی ایران تا چه حد با مقررات کنوانسیون سازگار است؟

۴) فرضیه‌های تحقیق

یکم- مشهور فقهای امامیه و ظاهر ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی طفل نامشروع را به والدینش منتسب ندانسته‌اند لذا ترتب آثار بر نسب معدوم ممکن نیست؛ اما برخلاف مشهور و ظاهر ماده‌ی مذکور فرزند نامشروع هم فرزند است و جز در مورد توارث در تمامی حقوق با طفل مشروع برابر است.

دوم- رعایت رای وحدت رویه‌ی هیات عمومی دیوان عالی کشور تنها در قلمرو مورد عملی آن (صدور شناسنامه برای طفل نامشروع) برای دادگاه‌ها الزامی است و آنها الزامی در تبعیت از مبانی و استدلال‌های مقدماتی آن ندارند.

سوم- کنوانسیون حقوق کودک بر رفع هرگونه تبعیض در برخورد با کودکان براساس نحوه‌ی تولد و به عبارتی بر تساوی اطفال شرعی و غیر شرعی در برخورداری از حقوق مندرج در کنوانسیون تاکید دارد؛ در وضعیت فعلی حقوق ایران با کنوانسیون حقوق کودک همخوانی ندارد.

۵) پیشینه‌ی تحقیق و نوآوری آن

در زمینه‌ی اصل موضوع که حقوق اطفال نامشروع است پایان نامه‌هایی در دانشگاه‌های مختلف با عناوین متفاوت و گاه در بحث تطبیقی به انجام رسیده است. کتابهایی نیز از جمله کتاب "وضع حقوقی اطفال نامشروع در حقوق سویس و فرانسه" تألیف دکتر فاطمه زارعی، با نگاه به حقوق خارجی در این زمینه نگاشته شده است. در این منابع به صورت عمقی و با نگاه موشکافانه و مبنایی به اصل موضوع علت تفاوت حقوقی اطفال نامشروع با اطفال مشروع (بحث نسب) پرداخته نشده است و بزرگی نام قائلان به فقدان نسب محققین را از غور در اصل مساله بازداشته است؛ ضمن آن

که معنای عدم انتساب شرعی فرزند نامشروع به والدین به خوبی تشریح و بیان نگردیده و نیز تکالیف عمده‌ی والدین در قبال فرزندان بر مورد فرزند نامشروع تطبیق داده نشده است.

با وجود آن که تا پیش از صدور رای وحدت رویه‌ی پیش گفته حقوقدانان در این که طفل نامشروع حقی نسبت به والدینش داشته باشد بشدت در تردید بودند با صدور رای وحدت رویه مشکل را حل شده انگاشته‌اند؛ درحالی که با توجه به رای مذکور و قلمرو قانونی آراء وحدت رویه به نظر می‌رسد این اندیشه خالی از اشکال نباشد و این رای کمک چندانی به درک مساله و حمایت قانونی از این اطفال نمی‌نماید. البته محاکم درعمل با رعایت مبانی این رای بخصوص فتوای حضرت امام خمینی (ره) درصدد احقاق حقوق و حمایت از این اطفال بر می‌آیند که توجیه و تفسیر این رویه‌ی مساعد و تقویت بسترهای آن نیز ضروری به نظر می‌رسد. براین اساس تحقیق با در نظر گرفتن قواعد و مقررات موجود درصدد ارائه‌ی ابزارهای تفسیری صحیح و عادلانه برای کاهش تبعیض‌ها بین فرزندان مشروع و نامشروع می‌باشد.

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 خدشه می‌دانند، در نتایج به دست آمده قابل توجه است.

۶) نوع تحقیق، روش انجام و ابزار گردآوری اطلاعات

تحقیق حاضر از نوع کاربردی است؛ در عمل و در حوزه‌ی تقنین شاهدیم که به دو شکل قوانین برمبنای نیازهای جامعه تصویب می‌شوند. گاه در جامعه نیازی شکل گرفته و با قوت یافتن و بزرگ شدن، قانونگذار چاره‌ای جز تجدید نظر در قوانین سابق نمی‌بیند و گاه قانونگذار با پیش بینی‌هایی، خود را در آینده مواجه با مساله‌ای می‌بیند و براین اساس قوانین لازم را تصویب می‌نماید تا در برخورد با این مساله مواجه با مشکلات غیر قابل حل نگردد. بخصوص در شکل دوم تصویب قوانین مشاهده می‌شود که دولت با امکانات زیادی که در دست دارد به تبیین عللی می‌پردازد که تصویب قانون را ایجاب می‌نماید و بتدریج عقاید عمومی را با خود همراه ساخته و تا حد زیادی اندیشه‌های مخالف را اقناع می‌نماید. با امید به هر دو شکل تصویب قانون، این تحقیق در مقام تئوری پردازی و ایجاد اندیشه‌های جدید و نیز تقویت اندیشه‌های مفید موجود و مورد مناقشه قرار دادن اندیشه‌های نادرستی است که ممکن است وجود داشته باشد، تا علاوه برآن که به عنوان تحقیقی کاربردی در

جهت تفسیر عادلانه توسط مقامات قضایی مورد استفاده قرار گیرد، بتواند به گذر از رویه‌ها و احکام و افکاری که غیر قابل خدشه به نظر می‌آیند کمک شایانی نموده و در بحث تقنین نیز اثرگذار گردد. با توجه به دو کاربرد اصلی تحقیق یعنی تقنین و بهبود تفسیرهای قضایی، واضح است که ارگانهای درگیر با این دو مساله یعنی مجلس و مؤسسات مرتبط با آن و نیز قضات دادگاه‌ها به عنوان مجریان و مفسران قانون می‌توانند بهره برداران اصلی نتایج حاصل از این پایان نامه باشند. روش انجام تحقیق روش تحلیلی - توصیفی (تحلیل مساله، طرح آراء و نقد و تحلیل نهایی آنها) بوده و برای گردآوری اطلاعات از روش کتابخانه‌ای (استفاده از کتب موجود در کتابخانه‌ها، کتب الکترونیکی، نشریات و مقالات حقوقی، اینترنت و سایر منابع مکتوب) استفاده شده است.

۷) مشکلات تحقیق

مشکل اساسی نگارنده در جریان تحقیق، کمبود منابع فقهی ترجمه شده و در دسترس نبودن متون موجود و نیز نبود منابع طبقه بندی شده‌ای بود که اقوال فقها و استدلال‌های آنان را در موضوع تحقیق گرد آورد. به علاوه ضعف نسبی توان ترجمه و اعمال نظر فقهی و اصولی در مطالب عنوان شده مشکل عموم دانشجویان است که نگارنده نیز با آن در جریان تحقیق مواجه بود؛ باین اوصاف تلاش نگارنده بر آن بوده تا با استعانت از خداوند و یاری اساتید دلسوز این مشکلات موجب وهن نظرات و کومه بینی نگردد.

۸) بیان فصل بندی اجمالی تحقیق

تحقیق در قالب سه فصل می‌باشد:

فصل اول به کلیات اختصاص یافته که در آن به مفهوم و ماهیت نسب، اقسام نسب و وجوه افتراق هر قسم با قسم دیگر پرداخته شده است. در فصل دوم نسب ناشی از زنا از دیدگاه فقهی (مشهور فقها و نظر مخالفین) و حقوقی (مواد قانونی) بررسی می‌گردد و در فصل سوم وضعیت حقوقی طفل طبیعی از دو دیدگاه سنتی و نوین مورد بررسی قرار می‌گیرد: در رویکرد سنتی از منظر فقه امامیه و قوانین، حمایتها و محرومیت‌های حقوقی فرزند طبیعی بررسی می‌گردد و سپس نظریات دکتربین مبتنی بر دیدگاه سنتی برای حمایت از این فرزندان بیان خواهد شد. سپس رویکرد نوین تشریح خواهد شد: ابتدا نقش قواعد ثانوی در نسب و آثار آن و سپس نقش حمایتی رویه‌ی قضایی (رای وحدت رویه) بیان می‌گردد؛ در نهایت نیز به نقش حمایتی کنوانسیون حقوق کودک از حقوق اطفال طبیعی پرداخته خواهد شد.

فصل اول:

نسب (مفهوم و آثار)

۱-۱) مفهوم نسب

عنوان نسب، مفهومی است که موجب ترتب آثار متعددی است که در کتاب هشتم و نهم قانون مدنی و قوانین مختلف 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 رویه‌ای 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 نمی‌یابیم. فقها و حقوقدانان با لحاظ اهمیتی که برای این مفهوم قائلند در ارائه ی تعاریفی از نسب اهتمام نموده‌اند 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^۱ و علاقه و رابطه ی بین دو شیء است و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند."^۲

- 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 قبیله‌ای مشخص و یا انتساب مصنوع به سازنده یا محل تولید آن.^۳
اما درخصوص مفهوم اصطلاحی نسب، فقها و حقوقدانان عبارات مختلفی به کار برده اند:

- "نسب، قرابت موروثی است که انسان تسلط و تصرفی در آن ندارد."^۴
- "نسب، امری است که بواسطه‌ی انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد بوجود می‌آید. از این امر، رابطه ی طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر، که یکی پدر و دیگری مادر می‌باشد، موجود می‌گردد."^۵

۱- "فلان یناسب فلانا، فهو نسبه: ای قریبه"، الزبیدی، تاج العروس، ج ۲، دار الفکر، [بی جا]، بیروت، ۱۴۱۴ق، ص ۴۳۰
۲- سید علی علوی قزوینی، مقاله‌ی "آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان"، 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]، ۱۴۰۸ق، ص ۳۰۱؛ السمعانی، الانساب، ج ۱، دارالجنان للطباعه و النشر و التوزیع، ج ۱، بیروت، ۱۴۰۸ق، ص ۵
۴- محمد قلجی، معجم لغه الفقها، دارالفنائس للطباعه و النشر و التوزیع، ج ۲، بیروت، ۱۴۰۸ق، ص ۴۷۸
۵- حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۵، انتشارات اسلامی، ج ۱۳، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۶۰

- "نسب به معنی خاص،^۱ عبارت است از رابطه‌ی پدر فرزندی یا مادر فرزندی و به دیگر سخن، رابطه‌ی طبیعی و خونی میان دو نفر است، که یکی به طور مستقیم (بدون واسطه) از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است."^۲

- "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 آنان، که جامع نسب آن دو است). با صدق عرفی عنوان نسب،^۳ به وجه شرعی یا آنچه در حکم آن است."^۴

در تمامی تعریف‌هایی که بیان شد توجه اصلی نویسندگان به همان معنای عرفی نسب بوده است. البته در برخی تعاریف میان منشا و اثر خلط شده است؛ از باب مثال در تعریف نسب به "اتصال ولادت" یعنی متولد شدن یک انسان از انسانی دیگر، این توهّم ایجاد می‌گردد که نسب همان تولّد یعنی رابطه‌ی تکوینی (شکل‌گیری نطفه‌ی شخص از اسپرم پدر و تخمک مادر) است؛ یا در تعریف "رابطه‌ی 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.

تردیدی نیست که نسب رابطه‌ی خاص است؛ اما این رابطه‌ی خاص امری خارجی و ملموس و از امور واقعی نیست؛ بنابراین رابطه‌ی طبیعی و خونی یا همان ولادت را نمی‌توان نسب دانست. به این ترتیب می‌توان ادعا نمود که در تعاریف مذکور میان منشا نسب یعنی رابطه‌ی تکوینی موجود و نسب یعنی امری که از این تکوین و تکون حاصل می‌شود^۵ تفاوتی دیده نمی‌شود که صحیح نیست.^۶

-
- ۱- نسب در معنای خاص، علاقه و رابطه‌ی خونی و حقوقی موجود بین دو نفر است که در اثر تولّد یکی از صلب یا بطن دیگری بوجود می‌آید؛ اما نسب عام که مترادف با قرابت نسبی است در اثر تولّد یکی از دیگری یا تولّد آن دو از شخص ثالثی بوجود می‌آید. رجوع کنید به اسداله امامی، مطالعه‌ی تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، مجموعه‌ی حقوق تطبیقی ش ۵، چاپخانه موسوی، تهران، ۱۳۴۹، ص ۹.
 - ۲- سید حسین صفایی و اسداله امامی، حقوق خانواده، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران، چ ۱، تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۹.
 - ۳- در اینجا به ظاهر شیخ تعریف به معرفّ نموده است.
 - ۴- "و هو الاتصال بالولادة بانتفاء احد الشخصین الی الآخر کالاب و الابن، او بانتھائهما الی ثالث مع صدق النسب عرفا علی الوجه الشرعی او ما فی حکمه." شیخ الجواهری، جواهرالکلام، ج ۳۹، دارالکتب الاسلامیه، چ ۳، تهران، ۱۳۶۸، ص ۷.
 - ۵- این که نسب حاصل در اثر تولّد امری انتزاعی است یا اعتباری در ادامه بدان پرداخته می‌شود.
 - ۶- سید علی قزوینی، پیشین.

علت وجود چنین اشکالاتی در تعریف نسب را می‌توان تاثیر عوامل متفاوت تکوینی، عرفی و قانونی (شرعی) در این مفهوم دانست؛ هر چند در نحوه‌ی دخیل بودن این عوامل بخصوص عنصر قانونی در شکل‌گیری مفهوم نسب نیز اختلاف وجود دارد. در نتیجه مفهوم نسب ماهیتی به ظاهر ساده اما در واقع پیچیده یافته است و بسیاری به راحتی در بحث نسب بیراهه پیموده‌اند. بنابراین در ادامه باختصار به این عوامل و نقش آنها در نسب پرداخته و سپس در مقام نتیجه‌گیری تعریفی مناسب از نسب ارائه خواهد شد.

۱-۲) منشا نسب

۱-۲-۱) تولد

بی تردید جنین هر انسانی ناشی از لقاح و پیوند طبیعی (در اثر رابطه‌ی جنسی) یا غیر طبیعی (به واسطه‌ی وسایل پزشکی و آزمایشگاهی) نطفه‌ی یک زن و یک مرد است.^۱ بنابراین هر انسانی با لحاظ ایجاد گامت او از دو نطفه که یکی متعلق به مادر و دیگری متعلق به پدر است، نوعی رابطه‌ی طبیعی و خونی با صاحبان نطفه پیدا می‌کند. این رابطه‌ی طبیعی که در واقع از امور عینی و واقعی است را “ولادت” یا “تولد” می‌نامند. به این اعتبار، والد (پدر) کسی است که طفل از اسپرم او متکون شده باشد و والده (مادر) نیز کسی است که طفل از تخمک او اختلاط یافته باشد.

از آنجا که در روند طبیعی، این لقاح و تکون نطفه و نیز رشد و طی مراحل جنینی و در نهایت زایش در محیط رحم مادر رخ می‌دهد، زایش طفل از یک زن اماره بر آن است که نطفه نیز از همین زن بوده است^۲ و بر مبنای همین غلبه به طور متعارف زایش و تولد در یک معنا به کار می‌رود؛^۳ بنابراین زنی که طفلی را زاییده است والده و مادر او می‌باشد، هرچند خلاف این غلبه نیز امروزه با

۱- ر. ک به پی‌نویس شماره‌ی ۱.

۲- محمدرضا رضانیا معلم، مقاله‌ی “وضعیت حقوقی (نسب) کودک ناشی از انتقال جنین”، روشهای تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، ص ۳۲۷.

۳- قرآن کریم نیز در آیه‌ی شریفه‌ی “ان امهاتهم الا اللآئی ولدنهم” (مجادله/۲) ظاهراً ولادت و زاییدن را در معنایی واحد استعمال نموده است.

وسایل علمی و لوازم پزشکی جدید تحقق یافتنی است^۱ و ممکن است تخمک طفل متولد شده به زنی غیر از زنی که جنین از او زاییده شده است تعلق داشته باشد؛ در این صورت می توان گفت که طفل از زن صاحب نطفه متولد شده است، هر چند زنی دیگر او را زاییده است. پس بر اساس آنچه تا کنون گفته شد ملاک "تولد" ترکیب جنین از نطفه‌ی والد است.

۲-۲-۱) دیدگاه قرآن کریم

در آیه‌ی ۵۴ سوره‌ی مبارکه‌ی فرقان، با تعبیری زیبا منشا پیدایش نسب بیان گردیده است: "وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا..." یعنی: و اوست آنکه از آب بشری آفرید و او را دارای خویشاوندی نسبی و دامادی قرار داد. درک و تاویل این آیه، کمک شایانی در تشخیص منشا نسب می‌نماید:

در این آیه‌ی شریفه "جعل نسب" متفرع بر "خلق از ماء" شده است که در معنای "ماء" دو احتمال مطرح است:

احتمال اول- مطلق آب: در تایید این احتمال به آیه‌ی ۳۰ سوره‌ی مبارکه‌ی انبیاء استناد می‌گردد.^۲ با پذیرش این احتمال آیه دلالت بر آن دارد که خداوند متعال، همان گونه که حیات موجودات را به آب وابسته نموده است، حیات جسمانی انسان را وابسته به آب و جسمانیّت او را تشکیل یافته از آب قرار داده است.

احتمال دوم- نطفه: یعنی خداوند انسان را از نطفه آفریده است؛ مؤید این معنا آیه‌ی ۲ سوره‌ی مبارکه‌ی انسان است؛^۳ شیخ طوسی^۴ و مرحوم علامه طباطبایی^۵ این احتمال را تقویت می‌نمایند.

۱- امروزه ممکن است با وسایل جدید نطفه‌ی لقاح یافته‌ی زنی را در رحم زن دیگری قرارداد؛ در این حالت به طور قطع صاحب نطفه مادر طفل متولد شده است، هر چند آثار تغذیه‌ی این جنین از رحم اجاره‌ای قابل بحث است.

۲- "و جعلنا من الماء کل شیء حی".

۳- "انا خلقنا الانسان من نطفه امشاج".

۴- "ثم قال تعالی و هو الذی خلق من الماء بشراً یعنی من النطفه"، شیخ طوسی، تبيان، ج ۷، دار احیاء التراث، چ ۱، [بی جا]، ۱۴۰۹ ق، ص ۴۹۹

۵- "و المراد بالماء النطفه"، علامه طباطبائی، تفسیر المیزان، ج ۱۵، منشورات جماعة المدرسين فی حوزه العلمیه، [بی جا]، قم، [بی تا]، ص ۲۲۹

به هر حال چون در آیه "جعل" متفرع بر "خلق از ماء" شده است، احتمال اول تضعیف شده و احتمال دوم تقویت می‌گردد. بنابراین از آیه‌ی شریفه چنین استفاده می‌شود که نسب انسان حالت تغییر یافته‌ای از نطفه است و از غیر آن نشات نمی‌گیرد؛ به عبارت دیگر بر مبنای منشا تکوینی انسان (ولادت و تکون از نطفه‌ی انسانی دیگر)، میان صاحب نطفه و شخص متخلق از این نطفه، نسب پذیرفته می‌گردد.

این استفاده از آیه همان برداشت و درک عرفی از نسب است؛ بنابراین برداشت در جایی که ولادت موجود نباشد به هیچ وجه نمی‌توان نسب را پذیرفت. مؤید قرآنی این سخن آیات ۴ و ۵ سوره‌ی مبارکه‌ی احزاب است^۱ که حکم صریح اسلام را در مورد فرزندخواندگان بیان می‌دارد و ایجاد نسب در اثر فرزندخواندگی را رد می‌کند. در نتیجه باید گفت که از دیدگاه شارع مقدس تنها منشا نسب ولادت است و در جایی که تولد با ضابطه‌ای که بیان گردید وجود نداشته باشد، نسب را نمی‌توان برقرار نمود.

۳-۱) عوامل مؤثر در نسب

از آنجا که برای شناسایی ماهیت نسب و ارائه‌ی تعریفی جامع و مانع، درک عوامل مؤثر در شکل‌گیری نسب و تاثیر آن ضروری به نظر می‌رسد، در این مبحث به بیان عواملی که در تحقق و شکل‌گیری نسب یا نفوذ و اعتبار آن از منظر قانونگذار به نحوی دخیل‌اند پرداخته می‌شود. برخی از این عوامل را می‌توان به عنوان عامل زمینه ساز، برخی دیگر را می‌توان به عنوان عامل شکل دهنده‌ی ماهیت (عنصر ماهوی) و برخی دیگر را می‌توان به عنوان عامل دخیل در آثار یا عامل رسمیت یافتن نسب شناخت.

۳-۱-۱) عامل تولد (منشا تکوینی)

از نظر دانش زیست‌شناسی و پزشکی منشا پیدایش و ماده‌ی تشکیل دهنده‌ی جنین، اسپرم پدر و تخمک مادر است و همان گونه که پیشتر گفته شد، وجود این رابطه‌ی طبیعی بین شخص و والدینش

۱- "و ما جعل ادعیائکم ابنائکم ذلکم قولکم بافواھکم و اللہ یقول الحق و هو یتدعی السبیل ادعواھم لآبائھم هو اقسط عند اللہ".