

Validity of Medical Emirates as a Proof of Genealogy

Zahra Najafi Firouzabad

Ph.D. Student in Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Mohammad Jafari Harandi*

Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Humanities, Yadgar Imam Khomeini Shahr Ray Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

Sayed Abolghasem Naghibi

Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Law, Faculty of Humanities, ShahidMotahari University, Tehran, Iran.

Abstract

Considering the Sharia Purposes of honoring and protecting the position of the family and the stability of the generation, the legislator has determined several reasons such as the rule of Ferash, confession and testimony to prove Parentage, and according to individual and social interests, the legislator has expanded the cases of proof of parentage, and even in the absence of evidence in the discovery of the fact, he has permitted to consider the weakest evidence. Today, with the help of the development of human knowledge, it has been possible to prove parentage with new methods and tools such as blood and identity tests, which are effective in obtaining knowledge, discovering the truth, and persuading the judge to adopt a decision and achieving justice. The present research, by carefully examining and taking into account the non-exclusiveness of the existing evidences, seeks to prove this hypothesis that, firstly; although the position and evidentiary power of DNA tests as one of the ways of proving parentage in the law has not been explicitly explained; but, this lack of clarification is not the reason of invalidity and lack of authenticity of this evidence. Secondly, the scientific and discovery aspect of this evidence is so strong compared to the existing evidence that the possibility of its opposite is very small in the eyes of the intellectuals. Therefore, there is no prohibition that the Shari is also of the same profession as the intellectuals in their structure and manner, because the Shariah is one of the intellectuals and their leader. Hence, the validity of these tests considering that the general jurists have considered the basis of the validity of evidence to be reason and common sense; It can be proved and in the assumption of its conflict with Amara Farash, according to the science and discovery of the reality of the experiments, its results are prior to Amara Farash.

Keywords: genealogy, proof of evidence, parentage proof of evidence and modern medical evidence.

* **Email:** Harandi_lawyer@yahoo.com (Corresponding Author)

فصلنامه علمی دیدگاه‌های حقوق قضائی

مقاله پژوهشی، دوره ۲۹، شماره ۱۰۶، تابستان ۱۴۰۳، صفحات ۱۵۹ تا ۱۸۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۸/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۰۵

اعتبار امارات پزشکی به عنوان دلیل اثبات نسب

ازهرا نجفی فیروزآبادا دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، واحد علوم و تحقیقات الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

امحمدجعفری هرندی*^۱ دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد یادگار امام خمینی^(ره) شهر ری، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

اسیدابوالقاسم نقیعی^۲ استاد گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

چکیده

قانونگذار با عنایت به اهداف شارع در تکریم و صیانت از جایگاه خانواده و ثبات نسل، دلایل متعددی همچون قاعده فراش، اقرار و شهادت را برای اثبات نسب، تعیین کرده و بنابر مصالح فردی و اجتماعی، موارد اثبات نسب را گسترش داده است و حتی در فرض نبودن دلایل موجود در کشف واقع، قائل به جواز استناد به ضعیف‌ترین ادله شده است. امروزه به مدد گسترش دانش بشری، امکان اثبات نسب با روش‌ها و ابزار جدیدی همچون آزمایش خون و آزمایش تشخیص هویت، محقق شده است که در حصول علم، کشف حقیقت و اقناع قاضی در اتخاذ حکم و تحقق عدالت مؤثرند. تحقیق حاضر با بررسی دقیق و با عنایت به عدم حصری بودن ادله موجود در پی اثبات این فرضیه است که اولاً، اگرچه جایگاه و قدرت اثباتی آزمایش‌های دی.ان.ای به‌عنوان یکی از راه‌های اثبات نسب در قانون، صراحتاً تبیین نشده است، اما این عدم تصریح، دلیلی بر بی‌اعتباری و عدم حجیت این ادله نیست؛ ثانیاً، جنبه علمی و کاشفیت این ادله نسبت به ادله موجود، چنان قوی است که احتمال خلاف آن نزد عرف عقلاً بسیار ناچیز است. بنابراین منعی ندارد که شارع نیز با عقلاً در بنا و سیره‌شان هم‌مسلك باشد، چراکه شارع، از جمله عقلاً و رئیسشان است. از این رو

* نویسنده مسئول
Email: Harandi_lawyer@yahoo.com

حجیت این آزمایش‌ها با توجه به اینکه عموم فقیهان، مبنای اعتبار ادله را عقل و عرف عقلا قلمداد کرده‌اند، قابل اثبات است و در فرض تعارض آن با اماره فراش، با توجه به علم‌آوری و کاشف از واقع بودن آزمایش‌ها، نتایج آن بر اماره فراش مقدم است.

واژگان کلیدی: نسب، ادله اثبات دعوی، ادله اثبات نسب، ادله نوین پزشکی.

مقدمه

مقتضیات محیط و اجتماع در هر عصری سبب شده است تا انسان با هدف ارتقا و بهبود کیفیت و کمیت زندگی، دست به نوآوری و خلق ابداعات جدید بزند. تکنولوژی‌های نوین حوزه پزشکی همچون دانش ژنتیک و دستاوردهای آن مصداق همین رویکرد انسان عصر جدید است. وابستگی بشر به یک سلسله احتیاجات مادی و معنوی و تغییر دائمی عوامل و وسایل رفع‌کننده این احتیاجات و کامل‌تر و بهتر شدن آن‌ها از مقتضیات زمان است که قابل اغماض نیست. با تمسک به دو عنصر اجتهاد پویای اسلام و ضرورت تطابق انسان عصر جدید با مقتضیات زمانی و مکانی، امکان تلفیق دو گزاره ثبات و نامتغیر بودن دین و تعیّر و سیلان زندگی بشر، فراهم شده است. از این رو ضروری است که پیوسته با نگاهی نو و دقیق به مسائل فقهی نگریسته و مانع از این شود که فقه و حقوق اسلامی که عرصه خلق عقلانی‌ترین قواعد پیشرفته حقوقی است در تاریخ‌خانه محدودنگری و تعصب محبوس و به موزه تاریخ سپرده شود. اکنون بسیاری از احکام فقهی حقوقی ما در بستر جاری زمان و اجتماع به بار نشسته و روزآمد شده است. این تحقیق تلاشی است تا با بینشی عمیق و پایدار نشان دهد که قواعد فقهی حقوقی پویای اسلام در تعارض با علم و دانش نوین نیست و در تمام اعصار قابلیت پاسخ‌گویی و تطابق با نیازهای بشری را داراست.

یکی از موضوعات مهم حقوقی که با گذر زمان و تحولات دانش بشری به صورت قابل توجهی امکان تحلیل، بررسی و بازنگری دارد، مسئله اثبات نسب است. قانون‌گذار با عنایت به اهداف شارع در تکریم و صیانت از جایگاه خانواده و توالد نسل، احکام خاصی را در نظر گرفته است. از این رو حتی الامکان بنابر مصالح فردی و اجتماعی، موارد اثبات نسب را گسترش داده و حتی در فرض نبودن دلایل موجود در کشف واقع، قائل به جواز استناد به ضعیف‌ترین ادله یعنی قرعه شده است.

با عنایت به اینکه حجیت بخشیدن به ادله نوین پزشکی نیازمند بررسی و مذاقه در مبانی اصولی و فقهی است و از طرفی فقه امامیه به واسطه پویایی، قابلیت پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه را دارد، نگارندگان را بر آن داشت تا اعتبار آزمایش ژنتیک و نتایج حاصل از ادله نوین پزشکی در

مقام مقایسه با سایر ادله اثبات را بررسی کنند. نوآوری این مقاله از این جهت است که منحصر به یکی از ادله اثبات نسب نبوده و جایگاه ادله نوین پزشکی را در مقام مقایسه با تمام ادله اثبات نسب یعنی اقرار، فراش و شهادت بررسی کرده است. این در حالی است که اگرچه آثار ارزشمندی در این حوزه در سال‌های قبل، نگارش و تألیف شده است، اما به جهت اینکه آزمایش‌های نوین پزشکی هر روز با استفاده از ابزارهای جدید و تحولات سریع تکنولوژی، قطعیت و اعتبار علمی بیشتری نسبت به گذشته کسب کرده و در جامعه فقهی نیز مورد اقبال و تفقه بیشتر قرار گرفته است، ضرورت پرداختن به اعتبار این ادله و بازبینی نظرات و دیدگاه‌های دیگر فقیهان معاصر همچون گذشته احساس می‌شود. علاوه بر این، پژوهشگران این حوزه امیدوارند با طرح مکرر این مباحث و تعدد و تکرار این پژوهش‌ها، موجبات تصویب قوانین لازم در حجت بخشیدن به ادله نوین پزشکی را فراهم آورند.

از بررسی و مذاقه در منابع، مشخص شد که در میان کتب امامیه غیر از اماره فراش که از مهم‌ترین طرق اثبات نسب در فقه است و در باب نکاح به آن اشاره شده، دیگر طرق اثبات نسب به صورت مستقل و پیاپی نیامده است و می‌بایست در سایر باب‌های فقهی آن را جست‌وجو کرد. در قانون مدنی ایران نیز راه‌های اثبات نسب به صورت مشخص عنوان نشده، ولی با عنایت به مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی در باب نسب و همچنین ادله اثبات دعوا و برخی دیگر از مواد آیین دادرسی مدنی می‌توان ادله اثبات نسب را استنباط کرد که عبارت است از: اقرار، اماره فراش، شهادت، امارات قضائی و تحقیق محلی.

مسئله مورد نظر در این تحقیق، بررسی اعتبار و حجیت نتایج حاصل از ادله نوین پزشکی همچون آزمایش دی.ان.ای در مقایسه با سایر ادله اثبات نسب است تا مشخص شود که اگر با تمسک به نتایج این آزمایش‌ها، رابطه پدر فرزندی از منظر بیولوژیکی، اثبات شد و در تعارض با اماره فراش یا سایر ادله قرار گرفت آیا می‌توان قائل بر رجحان و تقدم این آزمایش‌ها بر ادله شرعی شد؟ نتیجه‌ای که انتظار داریم این است که در صورت سازگاری با مبانی قانونی و شرعی، زمینه تدوین قانون مناسب فراهم شده و علاوه بر حل چالش‌های موجود و رفع تشتت آرای محاکم، به قوام شاکله خانواده نیز کمک شود.

در بررسی تطبیقی و مقایسه‌ای برای حصول یک نتیجه درست و با قطعیت بالا، می‌بایست تک تک موضوعات مورد مقایسه به صورت کمی و کیفی مورد تحلیل و بررسی واقع شود. در این نوع بررسی، توجه به دو عامل بسیار مهم ملاک حکم و مقتضیات زمان و مکان، ضروری است. همچنین در مقام مقایسه ادله اثبات دعوا که در شرع، مبانی فقهی و قانونی ما درج شده با ادله نوین

پزشکی، می‌بایست علاوه بر توصیف و تبیین مشابهت‌ها و تفاوت‌ها، شرایط و پیامدهای آن را نیز به بوته تحلیل و نقد گذاشت.

فرضیه این تحقیق بر این اساس شکل گرفته است که اولاً، اگرچه جایگاه و قدرت اثباتی آزمایش‌های دی.ان.ای به‌عنوان یکی از راه‌های اثبات نسب در قانون، صراحتاً تبیین نشده است، اما این عدم تصریح، دلیلی بر بی‌اعتباری و عدم حجیت این ادله نیست؛ ثانیاً، جنبه علمی و کاشفیت این ادله نسبت به سایر ادله موجود، چنان قوی است که احتمال خلاف آن نزد عرف عقلاً بسیار کم و ناچیز به نظر می‌رسد. بنابراین می‌توان گفت که منعی ندارد که شارع نیز با عقلاً در بنا و سیره‌شان هم مسلک باشد، چرا که شارع از جمله عقلاً و رئیسشان است.

تحقیق حاضر با بررسی عمیق در پی تبیین کامل و رفع ابهامات موجود است و مشخص خواهد کرد که با توجه به عدم حصری بودن ادله اثبات نسب و با استناد به نزدیک صفر بودن خطا در این آزمایش‌ها (تقریب بیش از ۹۹ درصد) و حجیت علم عرفی،^۱ نتیجه این آزمایش‌ها قاطع بوده و می‌توان گفت حجیت این آزمایش در اثبات نسب به‌لحاظ شرعی و قانونی قابل اثبات است و در فرض تعارض نتایج آن با سایر ادله از جمله اماره فراش، با توجه به علم آوری و کاشف از واقع بودن آن، نتایج این آزمایش مقدم است.

با توجه به آنچه گفته شد، نوشتار حاضر در سه قسمت تدوین شده است. در ابتدا مفاهیم پایه‌ای همچون «نسب» «ادله اثبات نسب» و «ادله نوین پزشکی» تبیین می‌شود، سپس طرح بحث، در دو مرحله حجیت و اعتبار ادله نوین پزشکی در فقه و حقوق و تعارض ادله اثبات نسب و آزمایش دی.ان.ای صورت پذیرفته است. چارچوب نظری مقاله حاضر، تحلیلی و روش تحقیق نیز توصیفی است.

۱. مفاهیم

در این قسمت از تحقیق به جهت حفظ سیر منطقی بحث و یافتن نتیجه مطلوب، به توضیح مفاهیم مرتبط پرداخته شده است. هدف نویسندگان مقاله بر مفهوم‌شناسی نه فقط گردآوری برخی مفاهیم آشنا و در دسترس بلکه تأکید بر مفهوم‌شناسی کاربردی است.

۱. منظور از قطع، علمی نیست که هیچ‌گونه احتمال خلاف در آن نرود، بلکه تا میزانی که سبب سکون و اطمینان نفس برای مکلف شود کافی است، لذا فقها ملاک حجیت علم عرفی را بنای عقلاً دانسته‌اند که شارع آن را رد نکرده است.

۱-۱. نَسَب

به صورت طبیعی تولد هر انسانی، از ارتباط یک زن و مرد نشئت می‌گیرد. نسب از مفاهیمی است که به این رابطه یعنی رابطه فرزند، پدر و مادر اشاره دارد. در ذیل مفاهیم لغوی و اصطلاحی نسب مورد بررسی قرار گرفته است.

۱-۱-۱. معنای لغوی نسب

نسب به لحاظ لغوی، مصدر و به معنای قرابت و خویشاوندی است (انیس و منتصر، ۱۳۹۳: ذیل ماده ن). در فرهنگ فارسی، «نسب به معنای اصل، نژاد، خویشاوندی آمده است» (معین، ۱۳۸۶: ۱۴۶۶). در لغت عرب، «نسب مصدر و به معنای وابستگی و ارتباط دو شیء است» (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۷۵۵). از مذاقه در تعاریف علمای لغت به دست می‌آید که برخی، نسب را به معنای خویشاوندی از سمت پدر دانسته (ابن منظور، ۱۴۱۴ق: ۷۵۵)، و برخی دیگر، نسب را محدود به خویشاوندی پدر تلقی نکرده و منتسب به پدر و مادر دانسته‌اند (فیومی، ۲۰۰۱/۲: ۶۰۲).

۱-۱-۲. معنای اصطلاحی نسب

نسب در اصطلاح حقوقی عبارت است از «رابطه خویشاوندی که از راه خون بین دو یا چند شخص برقرار می‌شود، به عبارتی رابطه طبیعی انسان با زن و مردی که او را به وجود آورده با کسانی که با او در خط مستقیم صعودی قرابت دارند در اصطلاح حقوقی نسب نامیده می‌شود» (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۱۱۹).

قانون مدنی به تعریف نسب پرداخته است، حتی در باب اول در قسمت احکام نسب، تعریفی از نسب دیده نمی‌شود. حقوق‌دانان تعاریف متفاوتی از نسب ارائه داده‌اند با این هدف که بتوانند ماهیت حقوقی نسب را تبیین کنند. به صورت کلی در خصوص ماهیت نسب، دو نظریه وجود دارد: برخی از حقوق‌دانان بر این اعتقادند که «چون شارع و قانون‌گذار ماهیت نسب را تعریف نکرده‌اند به نظر می‌رسد که قانونگذار از عرف پیروی کرد و به اصطلاح اصولی در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعیه یا متشرعیه‌ای وجود ندارد. البته این بدان معنا نیست که نسب اعتباری محض است و هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد، بلکه نسب از اعتبارات نفس‌الامری و دارای منشأ اعتبار واقعی است» (قربان‌نیا، ۱۳۸۲: ۳۶۸).

در مقابل برخی از حقوق‌دانان برای نسب حقیقت شرعیه قائل هستند؛ یعنی نسب امری جعلی و قراردادی است و هر جا که قانونگذار نسب را بپذیرد، تحقق می‌یابد. اثر این اعتقاد در بحث

الحاق طفل به زانی دیده می‌شود که براساس این تعریف، حکم به نفی نسب زانی داده می‌شود، در حالی که به عقیده بسیاری از فقیهان امامیه رابطه نسبی میان زانی و طفل برقرار است و فقط توارث میان آن‌ها منتفی می‌شود. رأی وحدت رویه به شماره ۶۱۷ نیز مؤید نظر این فقیهان بوده و قانون‌گذار ایرانی نیز الحاق طفل به زانی را به رسمیت می‌شناسد.

۲-۱. ادله اثبات

با استناد به ماده ۱۹۴ قانون دادرسی مدنی، دلیل یا ادله اثبات عبارت است از امری که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از حق خود به آن استناد می‌کنند. طبق این قانون هرکس مدعی به حقی باشد باید آن را به اثبات برساند و چنانچه مدعی علیه در مقام دعوا مدعی امری باشد که نیاز به اثبات دارد، اثبات کردن ادله بر عهده اوست.

۱-۲-۱. ادله اثبات دعوی

در امور حقوقی مستند به مواد ۱۲۵۸ تا ۱۳۳۵ قانون مدنی، ادله عبارت است از: اقرار، اسناد کتبی، گواهی، امارات و قسم. همچنین در قانون آیین دادرسی مدنی در مواد ۲۴۸ تا ۲۶۹، مواردی همچون تحقیق محلی، معاینه محل و رجوع به کارشناس نیز افزون بر ادله مذکور، بیان شده است. ارزش و قدرت اثباتی این ادله نیز در قانون، پیش‌بینی شده است.

۲-۲-۱. ادله اثبات نسب

قانون‌گذار با عنایت به اهداف شارع در تکریم و صیانت از جایگاه خانواده و توالد نسل، احکام خاصی را در نظر گرفته است از این رو حتی الامکان بنا بر مصالح فردی و اجتماعی، موارد اثبات نسب را گسترش داده و در مقابل، نسبت به نفی نسب با دقت بیشتر و سخت‌گیری مواجهه کرده است.

با توجه به ترتب آثار حقوقی بسیاری اعم از مالی و غیرمالی بر اثبات یا نفی نسب، این بحث یکی از مباحث مهم فقهی حقوقی است که با توجه به گسترش و پیچیدگی روابط در عصر حاضر و نیز رشد تکنولوژی، اهمیت آن دوچندان شده است. از طرفی اثبات نسب، صرفاً یک مسئله حقوقی یا بیولوژیکی نیست، بلکه نیازمند تأیید شارع و قانون‌گذار در حدوث این رابطه نیز است. با این توضیح که حتی در صورتی که رابطه خونی و ژنتیکی فرزند مشخص باشد لزوماً به معنای وقوع نسب شرعی و قانونی نیست.

اثبات نسب از سه روش اقرار، فراش و شهادت انجام می‌پذیرد که در ذیل، مورد بررسی و مذاقه واقع شده است. علوم نوین و یا همان ادله پزشکی همچون آزمایش‌های دی.ان.ای نیز به‌عنوان یکی از راه‌های اثبات نسب استفاده می‌شود. اگرچه قانون‌گذار به آن اشاره‌ای نکرده است، اما این عدم اشاره، دلیلی بر بی‌اعتباری و عدم حجیت این ادله نیست. ادله اثبات نسب نسبت به اثبات نسب پدری یا مادری متفاوت است و در مورد هرکدام به تفصیل در فقه و حقوق به بحث گذاشته شده است. اثبات نسب پدر فرزندی از اهمیت بالایی برخوردار است که به‌دلیل ارتباط موضوع این تحقیق، عمده بحث به این مسئله اختصاص داده شده است.

الف - اقرار

برای اثبات نسب پدر فرزندی اولین روش، اقرار است. اقرار یکی از قوی‌ترین ادله اثبات دعوی شناخته شده است. آنچه در این تحقیق محل بررسی است و در اثبات نسب به آن احتجاج می‌شود، اقرار به نسب است که یکی از مصادیق اقرار است و از سوی فقیهان و قانون مدنی به‌عنوان یکی از راه‌های شرعی و سنتی اثبات نسب، معرفی شده است. قانون مدنی در ماده ۱۲۷۳، ضمن بیان شرایط لازم، اقرار به نسب را برای اثبات نسب کافی دانسته است.^۱

اقرار به نسب در آثار اندیشمندان حقوقی نیز مورد توجه قرار گرفته و چنین تعریف شده است: «اقرار شخصی مبنی بر وجود رابطه نسب بین اقرارکننده و مقررله» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۷۱). تفاوت اساسی اقرار به نسب با اقرار، در سود بردن مقرر در بعضی موارد است که از جمله می‌توان به اقرار به نسب فرزند صغیر اشاره کرد (امامی، ۱۳۹۱: ۶/۴۷)، با این توضیح که براساس ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی^۲، که اقرار تنها در صورتی قابل قبول است که به ضرر مقرر باشد، در مورد اقرار به نسب فرزند صغیر، مقرر نیز حق نفقه و ارث بردن از مقررله را کسب خواهد کرد. همچنین مستند به ماده ۱۱۶۱ قانون مدنی، «اعلام ولادت طفل از طرف پدر اقرار به نسب است و از چنین پدری دعوی نفی ولد پذیرفته نمی‌شود».

۱. اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً، تحقق نسب بر حسب عادت و قانون ممکن باشد، ثانیاً، کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده است، به شرط آنکه منازعی در بین نباشد.

۲. ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی: اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود.

ب- فراش

شارع با توجه به حفظ کرامت خانواده به عنوان مهم‌ترین رکن جامعه و با هدف ثبات نسل و صیانت از حریم خانواده، فرزند متولد در فراش مردی را که شوهر زن است ملحق به مرد دانسته است. این مفهوم تحت عنوان قاعده فراش مورد بررسی واقع شده است.

فراش در لغت از فرس و به معنای گستردن است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲/ق/۳: ۳۴). در حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (کلینی، ۱۴۰۷/ق/۳: ۱۶۳)، که یکی از قواعد مشهور فقهی است کنایه از کسی است که با مادر آن فرزند هم‌بستر است و شوهر یا مالک اوست. مضمون جمله اول «الولد للفراش» این است که طفل اختصاص به زوج شرعی دارد و دیگران هیچ‌گونه حقی نسبت به او ندارند و این معنا هم نتیجه محصور بودن مبتدا (الولد) در خبر (الفراش) است، زیرا در کلام عرب چنانچه مبتدا معرف به ال و لام باشد افاده حصر می‌کند (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱/۴: ۲۸؛ ابروانی، ۱۳۹۴/۲: ۱۹۰).

مستند قاعده فراش حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» است که در کتب حدیثی شیعه و سنی با الفاظ متفاوت از قول پیامبر نقل شده است. روایت صحیح سعید اعرج (طوسی، ۱۳۹۰/۳: ۳۶۷)؛ صحیح حلبی (کلینی، ۱۴۲۹/ق/۱۳: ۷۴۰) و روایت پاسخ امیرالمؤمنان در جواب معاویه (مجلسی، ۱۴۱۱/ق: ۱۱۵). در سند این قاعده هیچ اختلافی وجود ندارد و تمام فقیهان این قاعده را قبول دارند و نزد فقها حجیت شرعی دارد (نجفی، ۱۲۶۶/ق/۳۱: ۲۳۴). فراش در اصطلاح حقوقی عبارت است از اینکه طفلی از یک زن و شوهر به دنیا آمده باشد فرزند شوهر محسوب می‌شود و متعلق به اوست (طاهری، ۱۴۰۳/ق/۳: ۳۰۰). در حقوق ایران، قاعده یا اماره فراش مبتنی بر مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۲^۲ و ۱۱۶۰^۳ قانون مدنی است و ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی^۱ نیز نیز آن را صریحاً جزو امارات قانونی به شمار آورده است.

۱. طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.
۲. هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کم‌تر از ۶ ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد.
۳. در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد شود طفل به شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل، الحاق او به آن شوهر ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است مگر آنکه امارات قطعی بر خلاف آن دلالت کند.

به طور سنتی در دادگاه‌ها، تعیین نسب براساس قاعده فراش صورت می‌گیرد که به موجب آن هرگاه انتساب طفل به پدر، مورد تردید واقع شود با رعایت شرایطی، طفل به پدر ملحق می‌شود. با استناد به ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ این‌گونه برداشت می‌شود که در زمینه نسب، هیچ محدودیتی از حیث دلیل وجود ندارد و هریک از ادله اثبات و نفی دعوی که یقین حاصل کند، مؤثر است مانند اینکه «هرگاه طفلی کم‌تر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی زوجین با هم متولد شود ذی‌نفع به وسیله اقرار شوهر یا آزمایش پزشکی، می‌تواند طفل را به شوهر نسبت دهد یا اینکه فرزند می‌تواند برای اثبات نسب پدری دلیلی به جز اماره فراش بیاورد و در مقابل پدر نیز می‌تواند جهت اثبات نسب فرزندی به هر یک از ادله استناد کند» (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۶۵).

در تکمیل استناد به اماره فراش باید گفت به ظنون غیر معتبری که برخلاف این اماره، اقامه شود اعتنا نمی‌شود. بنابراین پس از جعل اماره فراش، ظن حاصل از شباهت کودک به دیگری و استناد به قول قیافه‌شناس، اگرچه که موجد ظن است، اما فاقد اعتبار است.

ج- شهادت

شهادت در تمام سیستم‌های حقوقی و مذاهب، به‌عنوان یکی از ادله اثبات دعوا مورد استناد قرار گرفته، اما آنچه مختلف است، حدود استفاده و میزان اعتبار شهادت به‌عنوان ادله اثبات است. در منابع فقهی اسلام و در تألیفات فقیهان، اصطلاح بینه مرادف با شهادت استفاده شده است. حجیت شهادت، مطلق نیست، بلکه اعتبار آن در صورتی است که برخلاف شهادت، علم وجود نداشته باشد و یا تصریحی مبتنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد (طوسی، ۱۴۱۰ق/۱۲: ۶۵).

همچنین براساس مبانی فقهی شیعه، تعداد شاهد دارای اهمیت بوده و با توجه موضوع دعوی، متفاوت است، اما در قوانین موضوعه، تشخیص ارزش و صحت شهادت، وابسته به نظر دادگاه است و گاهی ممکن است تعداد زیادی از شاهدان در مقابل شهادت یک شاهد، فاقد اعتبار باشد. «براساس قواعد عمومی، شهادت می‌تواند تمام ارکان نسب را اثبات کند و تشخیص صحت چنین شهادتی بر عهده دادگاه است و دادرس، اجباری به تأیید مفاد گواهی ندارد» (مدنی، ۱۳۷۶: ۱۸۸).



۱. امارات قانونی در تمام دعاوی اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است مگر آنکه دلیل برخلاف آن موجود باشد.

در قانون مدنی قبل از اصلاحیه ۱۳۶۱، میزان اعتبار و ارزش شهادت شهود بسیار محدود و دارای نصاب بود^۱ تا اینکه با اصلاحیه مزبور و اصلاحیات بعدی و اظهار نظر فقهای شورای نگهبان، قانون مدنی درخصوص ارزش شهود، تحولات اساسی پیدا کرد. علاوه بر قانون مدنی، در قوانین آیین دادرسی کیفری مواد ۱۴۸ تا ۱۷۲ و قانون آیین دادرسی مدنی مواد ۲۲۹ تا ۲۴۷، مبانی قانونی مربوط به شهادت ذکر شده است.

در مجموع باید گفت از میان آنچه به عنوان ابزار قانونی برای اثبات امری تعریف شده عمدتاً اقرار و یمین که در قالب ملاءنه صورت می‌گیرد، برای مقام اثبات یا نفی در الحاق فرزند به زوجین کاربرد دارد. بدین معنا که اگر شوهری پس از زایمان همسرش، به نحوی معترف به انتساب نوزاد به خود شد، به هیچ وجه نمی‌تواند از این اعتراف برگردد و مرتکب نفی ولد شود و به عکس اگر پس از وضع حمل، انتساب فرزند را به خود منکر شد برای اثبات این امر راهی جز لعان ندارد و لعان هم مرکب از چندین «یمین» است.

۳-۱. ادله نوین پزشکی

امروزه با پیشرفت دانش و گسترش آن در حوزه پزشکی، روش‌های نوینی درخصوص اثبات نسب مورد توجه قرار گرفته است. این روش‌ها که در جهت تشخیص، مورد استناد واقع می‌شوند شامل آزمایش خون، تعیین گروه خونی، آزمایش ژنتیک و دی. ان. ای^۲ است که نشانه‌ای از رابطه خویشاوندی نزدیک مانند ابوت و بنوت است. «در حقوق کشور ایران ادله اثبات مستقلی به نام ادله نوین وجود ندارد که در ردیف سایر ادله قرار گیرد و یا مستقلاً به استناد ادله نوین، حکمی صادر شود. مع الوصف نیز برداشت نمی‌شود که نظام حقوقی کشور ایران نسبت به ادله نوین و دستاوردهای دانش بشری بی‌تفاوت است و آیین دادرسی کیفری با استفاده از شیوه‌های نوین و جدید که کشف حقیقت را آسان‌تر می‌کند مخالف نیست» (تدین، ۱۳۸۸: ۳۴).

۱. ماده ۱۳۰۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴: جز در مواردی که قانون استثنا کرده است هیچ یک از عقود و ایقاعات و تعهدات را که موضوع آن عیناً یا قیمتاً بیش از پانصد ریال باشد، نمی‌توان فقط به وسیله شهادت شفاهی یا کتبی اثبات کرد، ولی این حکم مانع از این نیست که محاکم برای مزید اطلاع و کشف حقیقت به اظهارات شهود رسیدگی کنند.

2. DNA, Deoxyribonucleic acid

«ادله نوین، به هرگونه قرینه، اماره و مشاهدات عینی و مادی اطلاق می‌شود که با پیشرفت علوم و دانش بشری و یا به حکم آن ایجاد شده است و قابلیت ارائه و استناد داشته باشد» (هاشم‌زاده و فتحی، ۱۴۰۰: ۲۴۴). از پرکاربردترین ادله نوین پزشکی که در اثبات نسب می‌توان به آن استناد کرد، آزمایش‌های گروه خونی و ژنتیک است که با توجه به آثار و نتایج آن، دارای قطعیت و اعتبار علمی است.

۱-۳-۱. آزمایش گروه خونی

گروه‌های خونی^۱، روشی برای تقسیم‌بندی خون براساس وجود یا نبود پروتئین‌های خاص (آنتی‌ژن‌های موروثی خاصی) در سطح گلبول قرمز است. یکی از روش‌های شناسایی گروه خونی، سیستم ای.بی. اُ است که در این سیستم، چهار دسته اصلی گروه‌های خونی طبقه‌بندی شده است.^۲ گروه خونی مانند رنگ چشم صفتی است که به‌طور ژنتیکی از والدین به فرزندان منتقل می‌شود. فرایند آزمایش خون برای تشخیص نسب، شامل تجزیه و تحلیل گروه‌های خونی پدر و فرزند مورد ادعاست تا ارتباط بیولوژیکی آنان مشخص شود. علاوه بر استفاده و کاربرد این آزمایش در موارد دعوی نسب، در زمانی که به صورت اشتباه میان نوزادان تازه متولدشده در بیمارستان، اختلاف ایجاد شده باشد، از طریق آزمایش گروه خونی نوزاد و والدین، می‌توان اقدام کرد که به حسب قانونی و شرعی نیز مقبولیت دارد.

۱-۳-۲. آزمایش ژنتیک

اصطلاح ژنتیک^۳ واژه‌ای یونانی است که در معنای ازدیاد کردن آمده است. ژنتیک علمی جدید در گروه علم زیست‌شناسی و دارای شاخه‌های متعدد و گسترده‌ای است که می‌توان این گونه تعریف کرد: «علم انتقال صفات از والدین به فرزندان و به کلی از یک نسل به نسل دیگر است» (اویرباخ شارلوت، ۱۳۴۷: ۷). موضوع مورد بحث در ژنتیک، شباهت‌ها و تفاوت‌های دو موجود با یکدیگر است که «به وسیله قوانین و مفاهیم موجود در این علم می‌توان به تشابه یا عدم تشابه دو موجود نسبت به یکدیگر پی برده و دانست که چطور و چرا چنین شباهت یا تفاوتی در داخل یک جامعه گیاهی یا جانوری به وجود آمده است» (کاظمی، ۱۳۸۸: ۵).

-
1. blood type
 2. A, B, O, AB
 3. To Generate

آزمایش ژنتیکی نوعی آزمایش پزشکی است که با هدف بررسی و شناسایی تغییرات در کروموزوم‌ها، ژن‌ها یا پروتئین‌ها انجام می‌شود. در این آزمایش، نمونه‌ای از خون، پوست، مو، بافت یا مایع آمنیوتیک فرد گرفته شده و مورد آزمایش و بررسی قرار می‌گیرد و موضوع مورد آزمایش، ماده ژنتیکی بدن یا همان «دئوکسی ریبونوکلیتیک اسید»^۱ است. آزمایش‌های ژنتیکی مثل تعیین ژنوم‌های اختصاصی بر روی توالی دی.ان.ای بدون هیچ‌گونه نقیصی بوده و می‌تواند بسیار اختصاصی باشد (ضبی، ۱۳۹۳: ۱۰۰).

دی.ان.ای گونه‌ای اسید نوکلئیک است که دارای دستورالعمل‌های ژنتیکی است که برای کارکرد و توسعه زیستی جانداران و ویروس‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد. نقش اصلی مولکول دی.ان.ای، ذخیره‌سازی طولانی‌مدت اطلاعات ژنتیکی و دستوری است. در دی.ان.ای، نوعی اسید حاوی اطلاعات ژنتیکی است و عامل انتقال وراثت از نسلی به نسل دیگر است که به شکل نردبان دو رشته‌ای مارپیچ است. در واقع دی.ان.ای، در بردارنده اطلاعاتی درازمدت ژنتیکی است که با نوعی فرایند همانندسازی که در این ساختار در تقسیم سلولی رخ می‌دهد اطلاعات ژنتیکی به سلول و نسل بعدی منتقل می‌شود (شارلوت، ۱۳۴۷: ۳۰۳). در بدن هر فرد ده‌ها تریلیون سلول تحت کنترل دی.ان.ای، وجود دارد که این سلول‌ها در بدن هیچ دو فردی شبیه به هم نیست. از این رو کلید اصلی ردیابی به شمار می‌رود. بنابراین می‌توان گفت دی.ان.ای عبارت است از بانک اطلاعاتی شیمیایی که دستورالعمل‌های عملکرد بدن انسان را در خود ذخیره کرده است که یکی از کاربردهای آن تعیین هویت پدر و یا مادر یا تشخیص آثار جرم در صحنه جنایت است (جکسون، ۱۳۷۷: ۷۱).

به‌وسیله آزمایش ژنتیک، تغییرات کروموزوم‌ها، ژن‌ها یا پروتئین‌ها را شناسایی می‌کنند. با استفاده از روش‌های نوین ژنتیکی در الگوهای خاص دی.ان.ای، به تعیین رابطه خویشاوندی مانند پدر فرزندی، مادر فرزندی، خواهری، برادری و ... می‌پردازند. امروزه شناخته‌ترین آزمایش‌ها در موضوع اثبات نسب، آزمایش تعیین گروه‌های خونی و آزمایش ژنتیک^۲ است که مورد اخیر قطعیت و اعتبار علمی بیشتری دارد. به کمک آزمایش ژنتیک یا همان آزمایش تعیین هویت، مشخص می‌شود که پدر بیولوژیکی کودک چه کسی است. در این آزمایش، اطلاعات ژنتیکی کودک با اطلاعات پدر ادعایی، مقایسه می‌شود. هم‌اکنون انواع مختلفی از آزمایش‌های تعیین هویت وجود دارد که رایج‌ترین آن‌ها، آزمایش دی.ان.ای است.

1. Deoxyribonucleic acid -DNA
2. paternity

۲. طرح بحث

بنابر قواعد فقهی، کودکی که متولد می‌شود ملحق به والدین شرعی خود است که تحت عنوان قاعده فراش مورد بحث قرار گرفته است. در مبانی فقهی اسلام و قوانین موضوعه داخلی، ادله اثبات دعوی و ادله اثبات نسب، ادله محدود و مشخصی هستند که به اجمال مورد بحث قرار گرفت، اما با پیشرفت و گسترش دانش بشری در حوزه‌های مختلف، روش‌ها و ابزار جدیدی همچون آزمایش خون، آزمایش تشخیص هویت، ادله ژنتیکی پدید آمده‌اند که همه در حصول علم و کشف حقیقت و اقناع قاضی در اتخاذ حکم و تحقق عدالت مؤثرند. تمسک به این ادله و فناوری‌های نوین، مقتضی جواز شرعی و قانونی است، اما از آن جایی که این ادله جدید هستند و در اعصار گذشته شناخته نشده بودند، بنابراین در آثار و تقریرات به‌جای‌مانده از فقیهان و حقوقدانان متقدم، بحثی از جواز یا عدم جواز استفاده از این ادله و جایگاه حقوقی آن نشده است. بحث این تحقیق، در جایگاه و اعتبار ادله نوین پزشکی همچون آزمایش دی.ان.ای در دو مقطع مهم قابل پیگیری است. مرحله اول اعتبار این آزمایش‌ها در جهت تأمین و تحصیل علم و یقین است و در این مرحله چنانچه با ادله نوین، برای اشخاص حقیقی یا حقوقی همانند قضات، علم حاصل شود، مورد بحث قرار می‌گیرد. در صورتی که این آزمایش‌ها، افاده علم کند، نتایج حاصل از این آزمایش‌ها از قبیل امور حسبی بوده و با توجه به نظرهای کارشناسان این حوزه، که احتمال خلاف در آزمایش‌های پزشکی را در حد صفر می‌دانند، این نتیجه حاصل می‌شود که مبنای سیره عقلا بر رجوع به متخصصان، نه مبتنی بر حدسی بودن موضوع که براساس فنی و تخصصی بودن موضوع است. بحث مرحله دوم نیز حول این مسئله است که چنانچه این آزمایش‌ها مفید علم باشد، در تعارض با ادله نوین پزشکی کدام یک مرجح است.

۲-۱. جایگاه ادله نوین پزشکی در فقه و حقوق

در بررسی جایگاه ادله نوین پزشکی در مبانی فقهی و نظرات فقیهان، منحصرأ به نظرات فقهی و فتاوی فقهای معاصر پرداخته شده است، زیرا فقیهان متقدم به دلیل نوپدایی این ادله، متعرض روش‌های جدید پزشکی همچون آزمایش ژنتیک نشده‌اند، اما در مورد آرای فقهای معاصر، مرکز تحقیقات فقهی بر مبنای استفتائاتی که از مراجع عظام در پاسخ این پرسش که آیا نتیجه آزمایش‌های ژنتیکی کنونی از نظر شرعی می‌تواند مستند و دلیل بر اثبات و نفی شود یا خیر، آورده است: «باتوجه به استفتانات انجام‌شده توسط این مرکز در موارد مشابه از مراجع عظام، اکثر آنان

اظهار داشته‌اند آزمایش‌های دقیق علمی به‌عنوان دلیل اثبات نسب حجیت ندارند، مگر اینکه موجب حصول علم شوند» (معاونت آموزشی قوه قضائیه، ۱۳۸۸: ۱۲۱).

و در مورد جایگاه ادله نوین پزشکی در حقوق باید گفت: به رغم کارکرد زیاد ادله نوین پزشکی در سایر نظام‌های حقوقی، در نظام حقوقی ایران استفاده از روش‌های نوین حقوق پزشکی، سبقت طولانی ندارد، اما از مطالعه و بررسی قوانین موجود در می‌یابیم که قانونگذار به نظرات اهل خبره و پزشکان توجه داشته است. همچنان که در بخشنامه مصوب ۱۳۸۰ قوه قضائیه به قضات اعلام کرده است که در مواقع لزوم، از این توان پزشکی قانونی استفاده کنند. همچنین در رویه قضائی موجود در صدور احکام کیفری نیز به روش‌های علمی و آزمایش ژنتیک نیز استناد شده، ولی قانونگذار در هیچ یک از قوانین مدون به صورت مشخص روش آزمایش دی.ان.ای را به‌عنوان ادله اثبات نسب معرفی نکرده و فقط به‌عنوان یکی از صور علم قاضی مدنظر قرار گرفته است. «بنابراین در حقوق ایران جایگاه این ادله به شکل شفاف تبیین نشده است و تنها توسط برخی از حقوقدانان مورد اشاره واقع شده است در واقع می‌توان گفت که در حقوق ایران، ادله نوین علمی زیرمجموعه علم قاضی قرار می‌گیرد؛ یعنی قاضی می‌تواند از طریق آن به اطمینان برسد. لذا این ادله در طول علم قاضی قرار دارد» (نوری، ۱۳۹۵: ۴۸).

۱-۲. اعتبار ادله نوین پزشکی در بیان فقیهان

در بحث از اعتبار و حجیت ادله نوین پزشکی همچون آزمایش دی.ان.ای، دیدگاه فقیهان مبتنی بر دو نظریه است: عده‌ای حجیت این آزمایش‌ها را منوط به حصول علم دانسته‌اند، برخی دیگر از مراجع بر این باورند که علمی که از طریق این آزمایش‌ها حاصل شود حجت نیست و با این آزمایش‌ها نمی‌توان نسب را ثابت کرد.

الف - برخی حجیت ادله را منوط به حصول علم می‌دانند

ظاهر فتاوی برخی از فقیهان دلالت بر این دارد که اعتبار ادله نوین پزشکی منوط به حصول علم است. پس اگر علم حاصل نشود اعتباری ندارد و برای رفع ید از امارات فقهی مانند بینه و اقرار و فراش باید از این آزمایش‌ها علم حاصل شود و اگر علم حاصل نشود حتی معارض با این امارات محسوب نمی‌شود.

پاسخ فقهای معاصر در جواب این سؤال که آیا نتیجه آزمایش‌های ژنتیک از لحاظ شرعی می‌تواند دلیلی بر اثبات یا نفی ولد باشد، بدین مضمون بیان شده است که اگر موجب حصول علم

شوند حجیت دارند و الا خیر. اما در ادامه بیان شده است: «اگر اماره فراش محقق شود و طفل در فاصله بین حداقل شش ماه و حداکثر ده ماه به دنیا بیاید اماره فراش مقدم است و حکم مسئله همان است که در شرع و مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۶۰ ق.م آمده است و الحاق طفل به زوج قانوناً ثابت است و نیاز به دلیل ندارد» (معاونت آموزشی قوة قضائیه، ۱۳۸۸: ۱۲۱)

چنین ابراز نظری سخت شگفت‌انگیز است که چگونه در آغاز، آزمایشی را که موجب حصول علم باشد حجت دانسته، اما حکم به عدم انتساب نوزاد به مرد را منحصر به لعان دانسته‌اند. شگفتی از آن جهت است که وقتی حجیت امری به استناد علم محقق شود و هیچ دلیلی هم برای کنار نهادن چنین علمی وجود نداشته باشد، چگونه می‌توان در جایی قائل به حجیت شد و در جای دیگر نافی آن؟! از سویی گروهی از فقها علم قاضی را برای صدور حکم حتی در حقوق الله چون محاربه و زنا، جزو ادله اثبات دعوی به حساب آورده‌اند و در استفتائاتی هم که در حال حاضر به عمل آمد، اکثر مفتیان بیان کرده‌اند که در صورت حصول علم، قاضی می‌تواند به آن عمل کند. اقتراح و اظهار نظری که می‌توان در این خصوص کرد این است که: حجیت علم قابل تبعیض نیست و برابر مطالبی که درخصوص «قطع» پیش‌تر بیان شد نمی‌توان دست از حجیت قطع برداشت، به خصوص که همه اصولیان برآنند که قطع عقلاً حجت است در حکم و موضوع و از هر وسیله‌ای که حاصل شود و برای هر کس و در هر جا و هر زمان (آخوند خراسانی، ۱۳۰۹: ۲/۳۱).^۱ البته اگر قطع در موضوع حکم لحاظ شده باشد (قطع موضوعی و نه طریقی)، لحاظ‌کننده می‌تواند در چگونگی به دست آمدن قطع راه خاصی را پیشنهاد کند که این امر در مانحن فیه مطرح نیست. نگارندگان به استناد ترجیح قطع بر اماره، نتایج حاصل از آزمایش‌های پزشکی را در صورتی که یقین‌آور باشد، مرجح می‌دانند و برای تأیید این اقتراح، به نقل نظرات برخی از فقیهان می‌پردازند:

- آیت‌اله بهجت: در اثبات نسب، نمی‌توان به آزمایش دی.ان.ای استناد کرد.
- آیت‌اله فاضل لنکرانی: اگر علم به انتساب پیدا شود طبق علم عمل می‌شود.
- آیت‌اله زنجانی: در مورد تعارض آزمایش دی.ان.ای و اماره فراش که آزمایش دی.ان.ای قطع‌آور است و فوق اماره بوده و دلیل محسوب می‌شود و در صورت تعارض این دو مطمئناً دلیل بر اماره مقدم است، کما اینکه علم چیزهای دیگر مقدم است.

۱. «لاتفاوت فی نظر العقل اصلاص یما یرتب علی القطع من الآثار عقلاً بین انیکون حاصلنا بنحو متعارف ومن سبب سبب ینبغی حصوله منه اوغیر متعارف...».

- آیت‌اله لطف‌الله صافی گلپایگانی: نسب به استناد آزمایش‌های مذکور شرعاً ثابت نمی‌شود، ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است.
 - آیت‌اله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: اگر آزمایش‌ها 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.
 - آیت‌اله حسین نوری همدانی: اگر علم حاصل شود می‌تواند حکم به وجود نسب کند.
 - آیت‌اله سیدعلی خامنه‌ای: حجیت ندارد مگر در صورت حصول یقین.
- در مورد نظر فقهای معاصر (آیت‌الله خامنه‌ای، موسوی اردبیلی، فاضل لنکرانی) طبق استفتائاتی که مرکز تحقیقات فقهی معاونت آموزشی و تحقیقات قوه قضائیه از مراجع عظام کرده برای آزمایش‌های ژنتیک حجیت به صورت مطلق قائل نشده‌اند، مگر اینکه برای قاضی علم ایجاد کند یا اطمینان یا ظن قوی به وجود نسب حاصل شود که در این صورت قاضی می‌تواند به مبنای علم خود حکم کند.
- آیت‌اله بجنوردی در کتاب **قواعد الفقهیه** این مطلب را متذکر شده‌اند که قاعده فراش در مقابل علم نمی‌تواند مقاومت کند، ولی در برابر ظن بینه و گمان مقاومت می‌کند و اعتبار شرعی دارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۴۱۳/ق/۴: ۳۰). بنابر فرمایشات ایشان، این آزمایش‌ها اگر مورد اعتماد عرف باشد و باعث یقین شود، قاعده فراش، لعان، بینه و اقرار جاری نمی‌شود و همه این‌ها از اعتبار ساقط می‌شود و آزمایش‌ها اعتبار قطعی خودش را دارد و هیچ چیزی در مقابل آن‌ها نمی‌تواند مقاومت کند. نگارندگان معتقدند از آن جایی که اماره فراش صرفاً به جهت عدم علم به واقع است اگر به وسیله روش علمی و با درصد اطمینان بالا نسبت بین پدر و فرزند مشخص شود پذیرش رضایت شارع در تمسک به کشف واقعیت به صورت ظنی، بسیار بعید است. همچنین با توجه به مقتضیات زمانی و تحولات جوامع بشری در همسویی و اعتماد به ادله نوین پزشکی، بر فرض تعارض اماره فراش با نتایج حاصل از آزمایش ژنتیک، تحقق معیار و ملاک اماره فراش که رفع تردید و حصول اطمینان نفس است، بعید به نظر می‌رسد.

ب- برخی از فقیهان قائل به عدم حجیت ادله پزشکی هستند

برخی دیگر از مراجع، علم حاصل از این آزمایش‌ها را حجت نمی‌دانند، به این مفهوم که مطلق کارشناسی به‌عنوان کارشناسی اگر تطابق با حجج مذکوره در فقه را نداشت، موضوعیت برای حجیت ندارد. آیت‌اله مکارم شیرازی بیان کرده‌اند که این‌گونه آزمایش‌ها زنا را ثابت نمی‌کند و علم

قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست و براساس آن نمی‌توان متهم را حد یا تعزیر کرد و نسبت با این آزمایش‌ها ثابت نمی‌شود. آیت‌اله مرعشی در مورد آزمایش دی.ان.ای، قاضی را به پذیرفتن نظر کارشناس ملزم ندانسته و دلیل آن را طریقت نظر کارشناس و نه موضوعیت آن دانسته است و اگر کارشناس مورد اطمینان نظر قاضی نشود می‌تواند آن را رد کند، مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان یا ظن قوی به وجود نسب حاصل شده باشد؛ در این صورت قاضی می‌تواند براساس علم یا اطمینان خود حکم کند. طبق نظر اکثر فقها نسب با این قبیل آزمایش‌ها ثابت نمی‌شود، مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان حاصل شود که در این صورت براساس آن قضاوت خواهد کرد.

از جمع دو دیدگاه فوق استنباط می‌شود که مراجع مستقلاً برای آزمایش دی.ان.ای حجیتی قائل نشده‌اند، بلکه تحت شرایطی آن هم برای علم قاضی که ناشی از این ادله است حجیت قائل شده‌اند. به نظر می‌رسد آنچه موجب اطلاق در چنین فتاوی شده است که به صورت کلی دیدگاه آن‌ها نسبت به یقین‌آور بودن را منفی کرده است، درصد خطای این آزمایش‌ها بوده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق/۳: ۱۲۰). به همین سبب آزمایش‌ها را حجت نمی‌دانند، زیرا اموری را که حسی است یا قریب به حس است حجت می‌دانند و اموری را که مستند به حدس باشد حجت نمی‌دانند. ایشان نتایج آزمایشگاه‌ها را حدسی می‌دانند و در نتیجه این آزمایش‌ها را مفید علم نمی‌دانند، زیرا «علم و یقین امری ذاتی است که جای تردید و انکار ندارد» (مظفر، ۱۳۸۷: ۳۸۰).

از تتبع و بررسی نظرات ارائه‌شده، این گونه برداشت می‌شود که بحث در اعتبار ادله نوین پزشکی یا به حسب اصل (دلیل اجتهادی) است و یا به حسب مقتضای ادله خاص. آنچه در بیان برخی از معاصران است این است که خود آزمایش، ملاک حجیت و موضوع برای حجیت نیست، ولی اگر شامل ادله معتبر همچون بینه باشد، اعتبار دارد. باید دقت داشت که علم به‌طور کلی طریق است و تا زمانی که محدود به حد خاصی یا در موضوع حکمی اخذ نشده نباشد موجبی برای الغای اعتبار آن نیست، لذا در مسائلی همچون باب قضا مشهور فقهای امامیه گفته‌اند: «شهادت شاهد باید از روی علم باشد. علم مزبور را مقید کرده‌اند به امور حسی که از طریق حواس پنج‌گانه به این علم رسیده باشد وگرنه حق شهادت ندارد و شهادت او مسموع نیست» (خویی، ۱۴۲۲ق/۱۴: ۱۳۶). یا در بحث نسب، شارع مقید نکرده که اولادی که علم به اولاد بودن آن دارید و خوب اتفاق دارند. در نتیجه چنان‌که بیان شد علم مزبور از هر طریقی حاصل شود حجت است. مادامی که علم در موضوع اخذ نشده باشد و یا اگر اخذ شده باشد ولی مقید نباشد، معتبر است از هر سببی و موردی و برای هر کسی حاصل شود. حال اگر در جایی بنا شد علم در موضوع فرض شود تا وقتی که محدود نشده است، مقتضای اطلاق موضوعیت آن علم این است که تفاوتی نمی‌کند

موارد آن از اسباب حسی باشد یا حدسی. پس اگر از نظرات کارشناسی و آزمایش‌های پزشکی علم حاصل شد برای شخصی که علم حاصل شده حجت است و آزمایش ژنتیک و نتایج حاصل از آن از این قبیل است.

آنچه از سخنان کارشناسان و متخصصان این علوم برداشت می‌شود این است که آزمایش‌های مزبور مفید علم است، داده‌های آزمایشگاهی طبی به‌عنوان امارات قضائی پزشکی محسوب می‌شود و تا حد زیادی، بی‌نقص و دقیق است و یافته‌های آن با کم‌ترین میزان خطا مواجه است و احتمال نزدیک به صفر است و همین دلیل باعث شده است عقلا این احتمالات بسیار ضعیف را نادیده بگیرند و این آزمایش‌ها در تعارض با امارات قانونی از باب تقدم علم بر ظنون نوعی معتبر خواهد بود (سالارزایی، ۱۳۹۷: ۷۱). بنابراین اگرچه قطعیت صد درصدی برای نتایج این آزمایش‌ها عنوان نشده است، اما از آن جایی که علم عادی^۱ و عرفی^۲ در فقه حجیت دارد و موجب سکون و آرامش می‌شود و با توجه به مبنای عقلا در اعتماد و قبول آن می‌توان قائل به حجیت و اعتبار آزمایش‌دی.ان.ای شد.

بعد از اینکه مشخص شد که نتایج حاصل از آزمایش‌های پزشکی همچون دی.ان.ای، مفید علم است، باید تفصیل قائل شویم به اینکه مبتنی بر مقدمات حسی است یا حدسی. چون بین مواردی که حسی یا حدسی است تفاوت جدی در آثار وجود دارد. یکی از این تفاوت‌ها این است که در امور حسی در صورتی که نظر کارشناسی مبتنی بر حدس باشد، فاقد اعتبار است و اگر بخواهد معتبر شمرده شود باید به ملاک قول اهل خبره معتبر شناخته شود که البته قول اهل خبره در مسائل حدسی که امکان دسترسی از طریق حس نیست، اعتبار دارد. در یک بیان کلی می‌توان گفت که آزمایش‌های پزشکی اگر حسی باشد، اعتبار آن به ملاک خبر است و اگر حدسی باشد، اعتبار آن به ملاک خبره است.

اکنون با استناد به نظریه‌های متخصصان که احتمال خلاف در آزمایش‌های پزشکی مانند دی.ان.ای و آزمایش خون را در حد صفر می‌دانند، می‌توان نتیجه گرفت که پذیرش نتایج آزمایشگاه

۱. علم عادی علمی است که اقلیتی از مردم به احتمال وقوع خطا در آن توجه دارند، ولی اکثریت افراد به آن علم صرف نظر از احتمال خطا در آن، توجه دارند و معتقدند چنین علمی کاشف از واقع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶: ۶۶۲).

۲. اساساً فقیه با علم عرفی به معنای اطمینان سروکار دارد نه علم به معنای اثبات یک طرف با منع نقیض آن به گونه‌ای که هیچ احتمال مخالفی را نتوان داد (خمینی، ۱۳۸۱: ۳۸).

از قبیل مواردی نیست که مقدمات آن متبنی بر حدس باشد. فقه پزشکی از این جهت آزمایش‌های پزشکی را دنبال می‌کند که احتمال خطای آن‌ها در حد صفر است. باید متذکر شد علی‌رغم اینکه احتمال خلاف و خطا در آزمایش‌های پزشکی همچون دی.ان.ای و تشخیص هویت بسیار کم و در حد صفر است، اما می‌توان با در نظر داشتن شرایطی در تمام مراحل آزمایش (قبل و حین آزمایش، در زمان آنالیز داده‌ها، زمان اعلام نتایج) همین میزان خطا را بسیار پایین آورد.

اما ظاهر کلمات برخی از فقهای متأخر دال بر این است که نظرات مبتنی بر حدس برای دیگران اعتبار ندارد و بعضی قائلند به اینکه حتی اگر از نظر کارشناسی، علم حاصل شود فقط برای شخصی که علم حاصل شده حجت است، اما برای کسی که علم حاصل نشده معتبر نیست. در مقام پاسخ و رد نظریه برخی که نتایج آزمایش ژنتیک را همچون قول خبره و مستند به حدسیات می‌دانند، چنین می‌توان گفت: اولاً از کلمات فقیهان متقدم استفاده می‌شود که فی الجمله قول خبره حجت است. برخی نیز اعتبار قول خبره را مشروط به شروط بینة دانسته‌اند. از شیخ انصاری و بعضی از متأخران ایشان استفاده می‌شود قول خبره حجت است و احتیاج به تعداد و شروط بینة ندارد فقط باید خبره در مسئله باشد؛ ثانیاً، «معنای اینکه گفته شده بنای عقلا بر رجوع به اهل خبره در امور حدسی استقرار یافته، این نیست که رجوع به اهل خبره اختصاص به امور حدسی داشته باشد و حدس در اعتبار و حجیت، بر حس برتری داشته باشد، بلکه حدس از حس ضعیف‌تر است، زیرا احتمال خطا در امور حدسی، نسبت به امور حسی، بسیار بیشتر است. پس معقول نیست که حجیت عقلایی که مبنای آن کاشفیت و طریقت است، منحصر به امور حدسی شود. بنابراین مبنای سیره عقلای بر رجوع به اهل خبره، حدسی بودن موضوع نیست، بلکه مبنای آن، فنی و تخصصی بودن موضوع است» (صدر، ۱۴۰۵/ق/۲: ۲۵۹)؛ که در این صورت حتی اگر نتایج آزمایش‌ها را همچون قول خبره تلقی کنیم به منزله حدسی بودن آن نیست و حکایت از فنی و تخصصی بودن آن دارد. بنابراین عمده نتیجه‌ای که از این بحث می‌توان گرفت این است که نتایج آزمایش‌ها و تأثیر آن‌ها در حصول علم از قبیل امر حسی است.

۲-۱-۲. اعتبار ادله نوین پزشکی در نظام حقوقی

تأثیر آزمایش دی.ان.ای بر قاعده فراش، در مباحث حقوقی، به صورت مکرر مورد بحث واقع شده است که عمدتاً در جهت تقویت قاعده فراش و نفی حاکمیت آزمایش ژنتیک است. علی‌رغم اینکه مستند به نظرات متخصصان این حوزه و کارشناسان قوه قضائیه، قطعیت علمی آزمایش در تشخیص رابطه ابوت محرز است، اما از نظر برخی فقیهان و حقوقدانان مورد تردید واقع شده

است. این اختلاف نظر به مراتب در میان حقوقدانان بسیار کم‌تر است و بیشتر در نحوه استناد به این آزمایش‌ها اختلاف نظر داشته و هیچ‌کدام از حقوقدانان قائل به عدم اعتبار مطلق آزمایش دی.ان.ای (همانند برخی از فقها) نشده‌اند.

با وجود این اختلافات، مستند به بخشنامه^۱ قوه قضائیه مصوب ۱۳۸۰، به قضات ابلاغ شده است که در مواقع لزوم از این توان پزشکی قانونی استفاده کنند.^۲ البته گفتنی است که اداره کل حقوقی قوه قضائیه، عمل به این آزمایش‌ها را جهت اثبات نسب، مشروط دانسته و اqtناع قاضی را از جهت علم، شرط پذیرش آن مطرح کرده است. در واقع مستند این حکم، قدر متیقن نظرات فقهی حقوقی است که همان حصول علم و رفع نزاع است. همچنین در بحث حقوقی و در فرضی که زوجین در نسب فرزند اختلاف داشته باشند به شکلی که زوج منکر فرزند باشد، آیا به وسیله آزمایش دی.ان.ای می‌توان عدم تحقق اماره فراش را ثابت کرد؟ اداره حقوقی قوه قضائیه اعلام داشته است که آزمایش دی.ان.ای، عدم تحقق اماره فراش را اثبات نمی‌کند.

بدیهی است که منظور از علم قاضی نه هر علمی و با هر روشی بلکه علمی باشد که مقدمات و مبادی آن از داده‌های به رسمیت شناخته‌شده در ادله اثبات دعوی است، از جمله نظر به کارشناسی پزشکی قانونی چنانکه در تبصره ذیل ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مقرر شده است: مواردی از قبیل نظر به کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم‌آور باشند، می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد و این تبصره به خوبی می‌رساند که علم شخصی مستند به ادله معتبر ارزش دارد. ارزش علم و قطع برای رأی قاضی از باب قطع موضوعی است، چنانکه در مبحث قطع رسائل در انواع قطع مذکور است (سالارزایی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۲۰).

بنابراین با عنایت به عدم حصری بودن ادله موجود و همچنین عدم منع قاضی از تحصیل هر نوع علم و تحقیقی در جهت حصول قطع و یقین، مقتضی است در این گونه موارد از وسایل و تکنولوژی‌های روزآمدی که مورد پذیرش اغلب متخصصان این حوزه است، استفاده کند.

۱. بخشنامه شماره ۱۱۳۷.۱.۱.

2. <https://qavanin.ir/Law/TreeText/254780>.

۲-۲. تعارض فراش و آزمایش ژنتیک

از تتبع در آرای فقیهان مشخص می‌شود که در فرض تعارض این آزمایش‌ها با اماره فراش نیز در میان علما اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای قائل بر عدم حجیت آزمایش‌ها شده و بر فرض تعارض، اماره فراش را مقدم می‌دانند. آیت‌اله مکارم می‌فرماید: «این گونه آزمایش‌ها نمی‌تواند مرجح شود». آیت‌اله صافی معتقد است: «ترجیح باید فقط با امارات شرعیه باشد والله العالم». همچنین آیت‌اله خویی نیز در سؤال از تعارض آزمایش با اماره فرموده‌اند: نتایج آزمایش معتبر نیست. در توضیح این فتاویٰ برخی چنین پاسخ داده‌اند: «مراد مرحوم خویی این است که آزمایشات پزشکی به‌عنوان نظر کارشناسی به نحو متداول اعتبار ندارد و منافات ندارد که اگر نظرات کارشناسی واجد شرایط بینه یا خیر ثقه باشد، اعتبار داشته باشد. ایشان نمی‌خواهد بگوید اگر آزمایش‌ها حکایت از امر حسی کنند، اعتبار ندارد. این عبارت می‌خواهد بگوید صرف برگه آزمایشگاه مقدم بر بینه و خیر ثقه نیست» (محمدری قائینی، ۱۳۹۹: تقریر درس خارج فقه).^۱

نگارندگان در توضیح فرضیه خویش به موارد ذیل استناد کرده‌اند:

حجیت قطع و یا به تعبیر دیگر، علم و یا یقین، ذاتی است و اصل در یافتن هر آنچه در ارتباط با آموزه‌های دینی باشد، این است که از راه علم و یقین به دست آید و لذا شیخ انصاری همانند دیگر فقها، حرمت عمل به ظن را در به‌دست آوردن آموزه‌های دینی، ضروری می‌داند (شیخ انصاری، ۱۴۱۹ق/۱: ۲۹).^۲

از طرفی اماره فراش بی‌شک، ظن‌آور است و اگرچه چنین ظنی را شارع معتبر دانسته، نهایت آن است که می‌توان به جای علم از آن بهره برد که به آن اماره معتبر می‌گویند. اما همین امر موجب شده در خصوص اینکه مفاد اماره فراش حکم واقعی یا ظاهری است، بین فقها اختلاف نظر به‌وجود آید. فقها در مورد ظاهری یا واقعی بودن حکمی که قاعده در مقام بیان آن است، اتفاق نظر ندارند. برخی معتقدند که قاعده در مقام بیان حکم واقعی مبنی بر نفی نسب از زناکار است. در مقابل برخی بر این باورند که «قاعده در مقام بیان حکم ظاهری است» (سیستانی، ۱۴۲۵ق: ۵۲۹؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۰۴ق/۱۴: ۲۵۹).

1. <https://eshia.ir/feqh/archive/text/ghaeni/feqh2/99/990723>.

۲. «أن مضمون الآيات هو التعبد بالظن والتدين به قد عرفت أنه ضروري التحريم فلا مهم في إطالة الكلام في دلالة الآيات وعدمها».

واقعیت این است که مورد قاعده، تردید و شک در انتساب طفل به پدر شرعی و قانونی است، لذا فراش از امارات اثبات نسب به پدر تلقی می‌شود، بدین جهت باید آن را حکم ظاهری به شمار آورد و شاید به همین جهت است که فقیهان برآنند که چون مردی مدعی شود که فلان زن زوجه من است و زن هم او را در این ادعا تصدیق کند، (ظاهراً) حکم به زوجیت می‌شود و از یکدیگر ارث می‌برند (شهید اول، ۱۳۹۸: ۱۶۱). بنابراین هرگاه دلیل قطعی برخلاف اماره فراش موجود نباشد، طفل به صاحب فراش ملحق است، اما این الحاق، همانند حکم قضائی که مستند به امارات شرعی است، ظاهری است و چون واقع، کشف شود جایی برای مفاد اماره وجود نخواهد داشت.

موارد ذیل می‌تواند از مصادیق تعارض اماره فراش با قطع باشد:

۱. اثبات قطعی عدم دخول به زوجه و عدم انزال منی در رحم زن.

۲. نبودن مواد حیاتی در نطفه مرد قبل از تاریخ انعقاد نطفه.

۳. آزمایش طبی که به طور قطعی ثابت شود.

موارد دیگری را نیز می‌توان یافت که موجب اطاله کلام و فاقد ضرورت است. مسئله اساسی این است که در صورت حدوث این تعارض، چه باید کرد؟ در پاسخ به این پرسش و با امعان نظر بر اینکه حجیت قطع، ذاتی است و اصل در پی بردن به احکام شرعی و موضوعات، علم و قطع است، باید گفت:

اولاً، معیار و ملاک در به‌کارگیری اماره فراش، پی بردن به واقعیت الحاق فرزند به زوجین است تا دغدغه تردید در صحت نسب برطرف شود و همین ملاک و معیار، در توسل به لعان نیز لحاظ شده است تا نزاع و تردیدی که با نفی ولی از سوی شوهر به وجود آمده است، برطرف شود.

ثانیاً، چنانچه ملاک حکمی به صورت قطعی درک شود، می‌توان در جایی که نصی از شارع برای بیان حکم وجود نداشته باشد، به استناد وجود ملاک، حکم شارع را در آن مجری دانست، همانند استفاده از قیاس منصوص العلة که استناد بدان متفق علیه فریقین است.

ثالثاً، حاصل بسیاری از تجربیات و از آن جمله تجربیاتی که در حوزه پزشکی در پی آزمایش‌های علمی به دست آمده، یقین‌آور است تا بدان حد که عقلاً برای حفظ جان خویش بدان تسلیم می‌شوند و در اجرای احکام فقهی، نظر کارشناس طب، مستند ترک امر واجب چون روزه گرفتن و یا ملاک ارتکاب فعل حرام چون نوشیدن شراب برای معالجه می‌شود و لذا می‌توان و بلکه باید چنین نتایج علمی را بر امور حاصل از ظن ولو ظن معتبر، مقدم داشت.

علاوه بر این داده‌های پزشکی و آزمایشگاهی به عنوان یکی از ادله مهم علمی به قدری احتمال خلاف در آن‌ها ضعیف است که نادیده گرفته می‌شود، مثلاً احتمال مشابهت اثر انگشت در دو فرد عادی به قدری ضعیف است که از طرف اکثریت دانشمندان و متخصصان این حوزه نادیده گرفته می‌شود. خردمندان این احتمالات بسیار ضعیف را نادر و در حکم عدم، لحاظ کرده و عمل وفق چنین ظنی را که درصد مخالف آن تقریباً منتهی است عمل به غیر علم تلقی نمی‌کنند. ظن حاصل از آزمایش‌ها با تمسک به همین سیره و بنای عقلا از جمله ظنون معتبر شمرده می‌شود، همچنان که در اثبات حجیت ظواهر الفاظ و یا اصول محرزه مانند استصحاب که درجه پایین‌تری از کشف واقعیت را دارند، مستند مطمئن رأی قضائی و فتوای مجتهد واقع می‌شود (انصاری، ۱۴۱۸ق/۲: ۵۲). در نتیجه آزمایش‌های طبی در باب دی.ان.ای چون قطع آور است بر امارات و اصول عملی در یافتن حکم و موضوع حکم بر امارات موجد ظن مقدم است و بلکه باید گفت موضوع اعمال اماره و اصول عملیه را که تردید است، از بین می‌برد.

استدلال دیگر نگارندگان این است که اماره فراش نه مبتنی بر علم که مبتنی بر یک مصلحت اجتماعی و با هدف حفظ بنیان خانواده، حفظ حقوق کودک و جلوگیری از بلاتکلیفی فرزند جعل شده است. اکنون با توجه به اقبال عقلای جامعه به آزمایش‌های ژنتیک و قطعیت قریب به یقین نتایج حاصل از آن آیا باز هم می‌توان ادعا کرد که در قاعده فراش در صورت تعارض با این آزمایش‌ها، همان مصلحت اجتماعی وجود دارد؟ مقتضیات زمانی جعل این قاعده ناظر به عدم وجود سازمان‌های حامی از حقوق کودکان و خانواده بوده است. از طرفی وضعیت شکلی و ساختاری امروز خانواده به مراتب متفاوت با زمان جعل این قاعده است و آیا می‌توان ادعا کرد که با وجود نتایج نزدیک به قطع آزمایش دی.ان.ای پای‌بندی به اماره فراش که مبتنی بر ظن نوعی و تعبدی است، مصلحت اجتماعی را تأمین کند؟ و آیا باز خورد و واکنش جامعه و عقلایی که به نتایج این آزمایش‌ها اعتماد کرده و حتی برای حفظ جان خویش بدان تسلیم می‌شوند، درخصوص کودکی که مورد تردید در انتساب است و با اماره فراش و با ظن، منتسب به پدر شده، همسو با این مصلحت است؟ و آیا با تمسک به فراش با وجود تعارض با نتایج آزمایش، تردید در صحت نسب مرتفع می‌شود؟ مگر نه اینکه معیار و ملاک به‌کارگیری اماره فراش، پی بردن به واقعیت الحاق فرزند به زوجین است تا دغدغه تردید در صحت نسب برطرف شود؟ آیا در تمسک به فراش با وجود آزمایش ژنتیک و حجیت آن نزد عرف عقلا، سکون و اطمینان نفسی که انتظار می‌رود، حاصل می‌شود؟ بر فرض تعبد زوجین به اماره فراش، چه تضمینی وجود دارد که فرزند و حتی خود زوجین ملتزم به این انتساب تعبدی باقی بمانند؟ از طرفی دیگر نتیجه آزمایش دی.ان.ای الزاماً

اثبات‌کننده زنا نیست (ممکن است وطی به شبهه یا انتقال منی از طریق دیگر باشد) که قائل به رعایت مصلحت و سیاست قضائی بزه‌پوشی شویم.

نکته دیگری که می‌بایست در نظر داشت توجه به مقتضیات عصر حاضر به دلیل رشد سریع دانش و تکنولوژی و التزام عرف جامعه عقلا به نتایج و کارکردهای دانش نوین و شرایط و پیامدهای حاصل از تمسک به ظن در مقابل علم، است. امروزه نسل جوان بیش از سایرین به دستاوردهای علمی اعتماد و باور دارند. در صورت تعارض این ادله نوین پزشکی با اماره فراش حتی اگر قائل به حفظ مصلحت صوری خانواده شده و حکم برخلاف آزمایش ژنتیک داده شود، قطعاً در سایر مراحل زندگی کودک، نتیجه آزمایش‌ها مورد توجه قرار خواهد گرفت و شاید آثار و تبعات آن به مراتب بیشتر باشد.

در یک جمع‌بندی چنین برداشت می‌شود که با انتساب فرزند بر پدر، آثار شرعی و حقوقی بسیاری بر پدر و همچنین فرزند مترتب می‌شود و از این رو، پی بردن و درک نسب واقعی مولود به لحاظ اجتماعی، حقوقی، مذهبی و حتی فرهنگی، دارای اهمیت فراوانی است و لذا می‌توان گفت ملاک آنچه را شارع، به عنوان ابزار برای یافتن «نسب» مقرر کرده، دسترسی به واقعیت است. همچنین اماره فراش در صورتی پذیرفته می‌شود که قرائن و شواهد و اوضاع و احوال با آن مغایرت نداشته باشد، در حالی که اگر براساس آزمایش ژنتیک، که هم اکنون مورد تأیید و اعتماد عرف عقلاست، رابطه ابوت انکار شده باشد، در این صورت وصف مذکور مفقود است.

۳-۲. بررسی آثار ادله نوین پزشکی در نظام قضائی و دادرسی

همانطور که پیش‌تر بیان شد با استناد به بخشنامه قوه قضائیه مصوب ۱۳۸۰، که به قضات مجوز استفاده از ادله نوین پزشکی را در مواقع لزوم داده و البته عمل به این آزمایش‌ها را جهت اثبات نسب، مشروط به اقناع قاضی از جهت علم دانسته است، لذا عملاً در استفاده و استناد به ادله نوین پزشکی از سوی قضات وحدت رویه‌ای وجود ندارد. البته این امر به مفهوم عدم التزام دستگاه قضائی نیست، بلکه ناشی از تأثیرپذیری از اصول و قواعد فقهی و بیان و دیدگاه فقیهانی است که بر حجیت علم قاضی در تمام موارد و عدم افتراق بین اسباب این علم تأکید کرده‌اند. لذا ضرورت بیشتر این گونه پژوهش‌ها و تبادل آرا و جلسه‌های هم‌اندیشی فقهی حقوقی بیش از گذشته احساس می‌شود تا بتوان قوانینی در تعیین میزان ارزش‌گذاری رأی قاضی مبتنی بر این آزمایش‌ها را که بر اصول و موازین علمی و تخصصی استوار است مصوب کرد؛ یعنی اصل بر حجیت نظر پزشکی

قانونی به عنوان کارشناس خبره و موثق باشد، مگر خلاف آن برای قاضی توسط کارشناسان خبره تر اثبات شود.

اکنون رویه دیوان عالی کشور در صورتی که با یکی از ادله نوین پزشکی همچون دی.ان.ای، عدم انتساب طفل به پدر اعلام شود، تقدم قاعده فراش بر دلیل علمی است. «در واقع در چنین فرضی دیوان عالی فارغ از اعتبار و حجیت علم پشتیبان کارشناس پزشکی قانونی، معتقد به قابل پذیرش نبودن نتیجه آزمایش دی.ان.ای در برابر اماره فراش است. درست است که از حیث فقهی عدم امکان استناد به این آزمایش‌ها نظر مشهور است، اما می‌توان با استناد به نظر فقهایی که قائل به اعتبار این آزمایش‌ها هستند، هدف فصل خصومت را با مطلوب کشف حقیقت منطبق کرد» (محمودی، ۱۴۰۱: ۴۸۶).

این بدان مفهوم است که اگر با توجه به نتایج آزمایش‌های پزشکی که درجه اعتبار و اطمینان آن در تمام مجامع علمی و پژوهشی دنیا، قابل قبول و استناد است، دلالت بر عدم انتساب طفلی به پدر داشته باشد و البته ظاهراً شرایط فراش هم وجود داشته باشد، می‌توان قائل به اعتبار این آزمایش شد، زیرا اماره بودن فراش، صرفاً به دلیل عدم علم به واقع است. از طرفی با توجه به اقتضانات کنونی، بی‌توجهی به تلاش و ثمره‌های تحقیق و دستاوردهای پزشکی و اکتفا به روش‌هایی در زمان گذشته که به دلیل عدم توانایی و عدم دسترسی به تکنولوژی همچون آزمایش دی.ان.ای استفاده می‌شده است نه با پویایی فقه اسلام سازگار است و نه با روش عقلا. همانطور که در بخشنامه شماره ۱/۵۶۳۱۳ مورخ ۱۳۶۳/۱۲/۶ شورای عالی قضائی به دادگاه‌های کیفری آمده است که: مقتضی است در رسیدگی‌ها، استفاده از طرق علمی کشف جرم را مورد غفلت قرار ندهند و از وسایلی که دانش بشری در این زمینه فراهم کرده است، استفاده کنند.

نتیجه

مسئله اساسی این تحقیق، ضرورت توجه به نتایج آزمایش دی.ان.ای در فرض حدوث تعارض با اماره فراش است. نتایج حاصل از این تحقیق، با امعان نظر بر اینکه حجیت قطع، ذاتی است و اصل در پی بردن به احکام شرعی و موضوعات، علم و قطع است، عبارت است از:

- معیار و ملاک در به‌کارگیری اماره فراش، پی بردن به واقعیت الحاق فرزند به زوجین است تا دغدغه تردید در صحت نسب برطرف شود و سکون و اطمینان نفس حاصل شود. اگرچه نظریه سنتی، عدم اعتبار نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ای را با ملاک تشریح اماره فراش و حفظ بنیان خانواده، تأثیرگذارتر می‌داند، اما با توجه به مقتضیات زمانی و تحولات جوامع بشری در همسویی و اعتماد به ادله نوین پزشکی، در صورت تعارض اماره فراش با نتایج حاصل از آزمایش

ژنتیک، تحقق معیار و ملاک اماره فراش که رفع تردید و حصول اطمینان نفس است، بسیار بعید به نظر می‌رسد.

- اماره فراش صرفاً به جهت عدم علم به واقع است. حال اگر به وسیله روش علمی و با درصد اطمینان بالایی نسبت بین پدر و فرزند مشخص شود، به سختی می‌توان پذیرفت که رضایت شارع در تمسک به کشف واقعیت به صورت ظنی باشد.

- حاصل بسیاری از آزمایش‌ها و از آن جمله نتایجی که در حوزه پزشکی در پی آزمایش‌های علمی به دست آمده، یقین‌آور است تا بدان حد که عقلاً با هدف حفظ جان و سلامتی، به این آزمایش‌ها اعتماد می‌کنند. همچنین در اجرای احکام فقهی، نظر کارشناس طب، مستند ترک امر واجب و یا ملاک ارتکاب فعل حرام می‌شود و لذا می‌توان و بلکه باید چنین نتایج علمی را بر امور حاصل از ظن ولو ظن معتبر، مقدم داشت.

- جنبه علمی و کاشفیت این ادله نسبت به سایر ادله موجود، چنان قوی است که احتمال خلاف آن نزد عرف عقلاً بسیار کم و ناچیز به نظر می‌رسد. بنابراین و با توجه به اینکه عموم فقیهان، مبنای اعتبار ادله را عقل و عرف عقلاً قلمداد می‌کنند، می‌توان با احراز وجود ملاک، ادله احصاشده در شرع و قانون را از حصر ایجادشده خارج کرد و به هر دلیلی که شأن اثباتی داشته باشد تعمیم داد.

- اماره فراش در صورتی پذیرفته می‌شود که قرائن، شواهد و اوضاع و احوال با آن مغایرت نداشته باشد، در حالی که اگر براساس آزمایش ژنتیک، که هم اکنون مورد تأیید و اعتماد عرف عقلاست، رابطه ابوت انکار شده باشد، در این صورت وصف مذکور مفقود است.

- از آن جایی که نتایج آزمایش‌های نوین پزشکی مرتبط با هویت و سرنوشت انسان است و بروز خطا در آن به زیان‌های جبران‌ناپذیر منجر می‌شود پیشنهاد می‌گردد که اولاً، رویکرد با این گونه خطاها و نحوه برخورد با آن که به صورت فردی و به شکل سنتی است، تغییر کند و یک سازوکار جامع جهت مقابله و پیشگیری از آن تدوین شود.

- به نظر می‌رسد که می‌بایست در جهت و راستای علمی‌تر شدن سیستم پزشکی قانونی و دستگاه قضائی، قوانین لازم در تعیین میزان ارزش‌گذاری رأی قاضی مبتنی بر آزمایش‌های علمی (استوار بر اصول و موازین علمی و تخصصی)، تصویب شود؛ یعنی اصل بر حجیت نظر پزشکی قانونی به‌عنوان کارشناس خبره باشد، مگر اینکه خلاف آن برای قاضی توسط کارشناسان خبره‌تر اثبات شود.

منابع

الف) منابع فارسی

- اوترباخ، شارلوت (۱۳۴۷)، علم وراثت، ترجمه محمود بهزاد، جلد اول، تهران: بنگاه نشر و ترجمه کتاب.
- تدین، عباس (۱۳۸۸)، تحصیل دلیل در آیین دادرسی کیفری، تهران: میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶)، دانشنامه حقوقی، جلد اول، تهران: امیرکبیر.
- جکسون، جان اف (۱۳۷۷)، شما و ژنتیک، ترجمه محمدحسین صنعتی و همکاران، تهران: انتشارات مرکز ملی تحقیقات مهندسی و ژنتیک و تکنولوژی زیستی.
- سالارزایی، امیرحمزه (۱۳۹۷)، «ادله تقدم نوعی امارات قضائی بر امارات قانونی»، مجله پزشکی قانونی ایران، دوره ۲۴، شماره ۱.
- سالارزایی، امیرحمزه، راضیه رعیتی حیدرآبادی و رضا عبدی (۱۳۹۵)، «ارزش آرای قضائی مبتنی بر داده‌های آزمایشگاهی نسبت به سایر ادله»، فصلنامه فقه پزشکی، شماره ۲۶.
- صفایی، حسین (۱۳۹۰)، اسدالله امامی، حقوق مدنی براساس کتاب مختصر حقوق خانواده، ج ۵، تهران: سیمیا.
- ضبی، زینب (۱۳۹۳)، تغذیه مناسب برای گروه خونی، قم: الینا.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، ج ۴، قم: انتشارات اسلامی.
- قربان‌نیا، ناصر (۱۳۸۲)، حکم تکلیفی و وضعی انتقال جنین تکون‌یافته، مجموعه مقالات، تهران: سمت.
- کاظمی، حمدالله (۱۳۸۸)، اصول ژنتیک، تهران: آبیژ.
- محمودی، نصیبه (۱۴۰۱)، «تعارض میان قاعده فراش و آزمایش دی.ان.ای نقد و بررسی دادنامه شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور»، دوفصلنامه نقد و تحلیل آراء قضائی، شماره ۲.
- مدنی، جواد (۱۳۷۶)، روش دعوای مدنی، تهران: گنجینه معرفت.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه (۱۳۸۸)، مجموعه نظرهای مشورتی فقهی در امور حقوقی، تهران: جنگل.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، فرهنگ معین، تهران: زرین.
- نوری، فاطمه (۱۳۹۵)، «اثبات جرایم با شیوه‌های نوین پزشکی»، ماهنامه دادرسی، سال ۲۰، شماره ۱۱۹.
- هاشم‌زاده، محمدجواد و مرتضی فتحی (۱۴۰۰)، «نقش اثباتی ادله نوین با نگرشی به نظریه منطقه الفراغ شهید صدر»، فصلنامه علمی فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره ۱.

ب) منابع عربی

- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، ج ۱، بیروت: دارالفکر للباعه و النشر و التوزیع.
- ایروانی، محمدباقر (۱۳۹۴)، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، ترجمه حسین نصری مقدم، ج ۲، قم: دارالفقه.

- خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، **موسوعه الامام الخویی**، ج ۱۴، قم: موسسه احیای آثار امام خویی.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، **مفردات فی غریب القرآن**، ج ۳، بیروت: دارالعلم.
- سیستانی، محمدرضا (۱۴۲۵ق)، **وسائل الانجاب الصناعیه**، ج ۱، بیروت: دارالمورخ العربی.
- شهید اول، شمس‌الدین محمد (۱۳۹۸)، **اللمعه دمشقیه فی فقه الامامیه**، کتاب النکاح، قم: دارالفکر.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، **الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة**، بیروت: دارالتراث دارالاسلامیه.
- صدر، محمداقر (۱۴۰۵ق)، **مباحث الاصول (تقریرات سیدکاظم حائری)**، ج ۲، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- طباطبائی، سیدعلی بن محمدعلی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل**، قم: موسسه آل‌البتیة الاحیاء التراث.
- طباطبائی، محمدحسین (۱۳۷۴)، **المیزان فی تفسیر القرآن**، ترجمه محمداقر موسوی همدانی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۱۰ق)، **التهذیب**، بیروت: دارالصعب و دارالتعارف.
- فیومی، احمد بن محمد (۲۰۰۱)، **المصباح المنیر**، بیروت: مکتب لبنان ناشرون.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، **کافی**، ج ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، **الفتاوی الجدیده**، ج ۳، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- موسوی بجنوردی، محمد (۱۴۰۱ق)، **قواعد الفقهیه**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۸۱)، **تحریرالوسیله**، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

