



بزه‌شگاه قوه قضائیه

(بزه‌شکده استخراج و مطالعات روبه قضایی)

سلسله نشست‌های نقد رأی

تعارض قاعده فرایش و نتیجه

آزمایش DNA

سرشناسه	: صادق نژاد نائینی، مجید، گردآورنده
عنوان قراردادی	: ایران، قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش DNA / گردآوری مجید صادق نژاد، تهیه و تنظیم پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی
مشخصات نشر	: تهران: قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	: ۷۱ ص: ۱۹×۹/۵ س.م.
فروست	: سلسله نشست‌های نقد رای
شابک	: 978-600-8485-45-2
رعیت فهرست نویسی	: فیبا
موضوع	: خویشاوندی (حقوق) -- ایران
موضوع	: Kinship (Law) -- Iran
موضوع	: ادله اثبات دعوی -- ایران
موضوع	: Evidence, Demonstrative-- Iran
موضوع	: حقوق خانواده -- ایران -- دعاوی
موضوع	: Domestic relations -- Iran -- Cases
موضوع	: پژوهشگاه قوه قضائیه، پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی
شناسه افزوده	: ایران، قوه قضائیه، مرکز مطبوعات و انتشارات
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۵ ۷ ت ۲ / ۵۸۱ / ۳۴۶ / ۵۵
رده بندی دیویی	: ۳۴۶ / ۵۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۱۴۱۹

وبسایت: www.iril.ir | تلفن: ۱۹۸۳۸۴۶۴ | فکس: ۰۲۱-۲۲۰۹۲۰۶۱



بزرگراه چمران، بزرگراه امام، بزرگراه خورجی اوین درکه، پژوهشگاه قوه قضائیه

عنوان: تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش DNA

گردآوری و تدوین: پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی

تهیه و تنظیم: دکتر مجید صادق نژاد

اساتید: دکتر رحیم نوبهار، دکتر علی تقی زاده، دکتر بطری، وکلی، دکتر قره داغی،

آقای مرادی هرندی.

نظارت فنی چاپ: منصور سعیدی

ناشر: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه

قیمت: ۳۰.۰۰۰ ریال

تیراژ و نوبت چاپ: ۱۰۰۰ نسخه - اول ۱۳۹۶

مراکز پخش:

نمایشگاه دائمی: تهران خیابان حافظ نبش خیابان سمیه ساختمان شماره ۳ قوه قضائیه نمایشگاه دائمی

دفتر مرکزی پخش: بزرگراه چمران - بزرگراه یادگار امام - بعد از خروجی اوین درکه ۰۲۱-۲۲۰۹۲۰۶۱

انقلاب: ۱۹ - ۶۶۴۸۶۱۱۵ - ۶۶۴۸۲۸۳۰ - ۰۲۱

فهرست مطالب

۱	مقدمه
۱۳	مخبر نشست
۴۷	سؤالات دانشجوین
۵۱	رای مؤلف نقد و بررسی
۶۳	منابع و مآخذ علمی مطالعه درباره موضوع این نشست

www.kelad.ir

مقدمه

یکی از مسائل مهم حوزه حقوق خانواده، اثبات نسب می باشد که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن مترتب است. امروزه با پیشرفت علم، امکان استفاده از آزمایش های ژنتیک در دعاوی اثبات نسب وجود دارد. فقها در مورد حجیت این گونه آزمایش ها برای اثبات نسب اختلاف نظر دارند؛ برخی به حجیت این ادعا در صورت حصول علم و گروهی بر عدم حجیت آن، معتقدند در میان حقوقدانان، اختلاف نظر کمتری وجود دارد و اختلاف موجود صرفاً در نحوه استناد به این آزمایش ها است. استفاده از آزمایش های ژنتیک به عنوان یک شیوه مهم تشخیص هویت انسان در جهان مطرح گردیده است. در حقوق ایران، به لحاظ جمیع بودن مسأله اثبات نسب از طریق آزمایش ژنتیک، موضع قانونی مشخصی وجود ندارد و علی رغم پیشرفت روز افزون، دقت آزمایش های دی.ان.دی و استقبال افراد جامعه از آن در مقایسه با سایر طرق اثبات نسب، بررسی کافی و وافی درباره آن صورت نگرفته است، زیرا پذیرش این آزمایش ها برای اثبات نسب در فقه به روشنی تبیین نگردیده و مسأله حجیت آن دغدغه ای است که نیاز به تفحص دارد تا با تبیین مبانی

فقهی امکان ارائه راهکار قانونی نیز فراهم گردد. اگرچه ممکن است آزمایش‌های ژنتیک در حال حاضر توسط اشخاص یا دادگاه مورد استفاده قرار گیرد، اما قانونی که بر امکان یا حتی اجبار استفاده از این شیوه حکومت نماید، موجود نیست.

در همین بحث، یکی از نکات مهمی که باید مورد عنایت قرار گیرد، قاعده فراش است که از حدیث نبوی معروف «ولد للفلس و للعاهر الحجر» اقتباس شده است که به موجب آن «مادر بی‌شماره» نسبتاً طفلی به پدر، مورد شک و تردید قرار گیرد با شرایطی، نسبت آن طفل به پدر اثبات می‌گردد. این قاعده که در صورتی از ادله اثبات نسب قانونی طفل به حساب می‌آید و «طابو» آن کودک متولدشده ملحق به شوهر می‌شود، معروف به «اقرار به فراش» است و دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران نیز مبتنی بر این قاعده بوده

۱. ماده ۱۱۵۸: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیست و سه روز باشد.

ماده ۱۱۵۹: هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود مادر بی‌شماره به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از دو ماه نگذشته باشد مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد.

و ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی^۱ نیز صراحتاً آن را از امارات قانونی به حساب آورده است.

اعتبار آزمایش دی.ان.ای. از دیدگاه فقه امامیه یکی از مسائل بسیار مهم در این خصوص است. با توجه به جدید بودن استفاده از آزمایش ژنتیک در اثبات نسب، در تقریرات فقهای متقدم، نصی برای آن نمی‌توان یافت. با مراجعه به متون فقهی ملاحظه می‌گردد که امکان توسل به کلیه طرق برای اثبات نسب وجود داشته است. ساده‌ترین راه برای اثبات نسب، توسل به امثال سرش بوده و در صورت فقدان طرق دیگر، از قرعه استفاده می‌شده است. ادله اثبات نسب در هیچ‌یک از متون فقهی تحت عنوان خاص مورد بحث قرار نگرفته، بلکه در ابواب مختلف نظیر اولاد، مواریث و... به فراخور موضوع، بررسی شده است. استفتائی در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید به سر آمده است. مراجع تقلید در پاسخ به این استفتاء به دلیل عدم تقسیم می‌گردند؛ اکثریت بر این عقیده‌اند که در صورت حصول علم می‌توان بر مبنای آن علم عمل نمود. آیت‌الله جامع‌الشموس

۱. ماده ۱۳۲۲: امارات قانونی اماراتی است که قانون، آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر.

صافی گلپایگانی در این مورد چنین اظهار عقیده نمودند: نسب به استناد آزمایش‌های مذکور شرعاً ثابت نمی‌شود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است والله العالم. آیت‌الله محمد فاضل لنکرانی: اثر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او ملحق می‌شود. آیت‌الله سیدعبدالکریم موسوی دینی: اگر آزمایش‌ها به قدری دقیق باشد که برای نوادگان کارشناس نیز سبب قطع و یقین جهت انتساب فرزند به شخص آن مرد باشد جهت انتساب فرزند به او کافی است. آیت‌الله حسین ذریعستانی: اگر علم حاصل شود می‌تواند حکم به وجود نسبت برسد. آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای: حجیت ندارد، مگر در صورت حصر نسبتین.

در فرض تعارض این آزمایش‌ها با ماره فراش نیز در میان علما اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای بر این عقیده‌اند که این آزمایش‌ها حجیت نداشته و بر اماره فرس مقدم نمی‌گردند. در اینجا به نظرات برخی از مراجع معاصر در این خصوص اشاره می‌شود: آیت‌الله میرزا جواد تبریزی: آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع‌الشرایط علم حاصل شود می‌تواند به علم خود عمل کند والله العالم. آیت‌الله مکارم شیرازی: این‌گونه آزمایش‌ها نمی‌تواند مرجح شود. آیت‌الله صافی گلپایگانی: در فرض سؤال ترجیح باید فقط با

امارات شرعیه باشد والله العالم. عده‌ای از مراجع نیز به امکان عمل قاضی به علم خود در صورت حصول یقین اظهار نظر نموده‌اند. آیت‌الله سیدعلی حسینی سیستانی: تنها با طریق دماعی ترجیح داده می‌شود، ولیکن حد زنا با آن ثابت نمی‌شود. بلکه برای قضاوت باید به نحوی باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال شده^۱

بنا به گفته برخی فقهای معاصر در خصوص محل جریان قاعده فراسرحدی این قاعده به احتمال قوی مربوط به جایی است که زنا رخ دهد. ضمن آنکه امکان حقوق ولد به شوهر نیز محتمل است. اگر در جایی با المقیح مصنوعی، نطفه مردی را در رحم زنی قرار دهند با اصلاح شرعش با وی (این زن) ارتباط ندارد، در اینجا دیگر قاعده الولد للفراش صدق پیدا نمی‌کند. الولد للفراش برای موردی است که امکان حقوق ولد باشد وگرنه، قاعده مذکور جاری و ساری نمی‌شود. در این موارد، شارع قصد ندارد برای نسب، یک معنای شرعی بسازد، لذا نه تنها برای نسب، یک معنای شرعی بیان نکند، بلکه در مورد تردید که خود عرف (صاحب نطفه)، هم مردد است.

۱. به نقل از: طبائی، مهشیدسادات، «نقش آزمایش‌های «دی.ان.ای» در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران»، «فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)»، سال هفدهم، ش ۵۶، بهار - تابستان ۱۳۹۱، صص ۶-۸.

اعمال تعبد کرده؛ درست به مثابه اینکه یک زانی با این زن شوهردار زنا کرده باشد و از طرفی شوهر هم با این زن ارتباط دارد. و چون خود عرف هم در اینجا مردد است که این فرزند، متعلق به کیست، شارع، اعمال تعبد می‌کند و می‌گوید در چنین مواقعی، ولد، ملحق به شوهر است^۱.

جمع‌بندی نظرات بیان‌شده حاکی از آن است که اختلاف نظر در این خصوص بسیار زیاد است. برخی نویسندگان در مقام حل تعارض قاعده فراش و آزمایش دی.ان.ا. اظهار داشته‌اند که بررسی ادله اثبات نسب حکایت از آن دارد که این ادله حصری نیست و در زمان خود تمامی دلایل اثبات، ابربرای گذشته است و راه قابل اعتماد دیگری برای اثبات، حیرت‌انگیز در متون فقهی مطرح گردیده، وجود نداشت. اماره فراش به عنوان ساده‌ترین شیوه اثبات دعوای نسب، ساری و جارر است، اما نه به‌طور مطلق بلکه براساس اصول علمی پایه‌ریزی شده به نحوی که می‌توان ادعا نمود اماره فراش تنها راه علمی اثبات نسب در زمان خود بوده و اثبات خلاف آن به روشنی امکان‌پذیر نبوده است. امروزه آزمایش‌های دی.ان.ای، ریزه

۱. درس خارج فقه آیت‌الله فاضل لنکرانی، قابل دسترسی در سایت:

در مواردی که نسب طفل میان افراد مشخصی مردد باشد با قاطعیت، تعیین کننده نسب و فصل کننده مناقشه است. از آنجا که ماهیت ادله اثبات دعوی، ظنی و اعتبار آنها نسبی است، تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع، توسط شارع تعیین شده‌اند و نصی مبنی بر موضوعیت داشتن هیچ یک از آنها وجود ندارد و محصور در موارد مذکور از طرف شارع نیستند، اما آن تلقی آزمایش‌های دی.ان.ای. به عنوان یک دلیل مستقیم در اثبات نسب وجود دارد. در حال حاضر به لحاظ نبود مقررات صریح قانونی، توسل به این آزمایش‌ها توسط اصحاب دعوی یا قضات با ایهام روبروست؛ اصحاب دعوی حق درخواست انجام آزمایش دی.ان.ای. را از دادگاه دارند و معلوم نیست قاضی مکلف به پذیرش این تقاضاست یا مختار است. بر اساس مقررات موجود مانعی در پذیرش تقاضای اصحاب دعوی و ارجاع آن به آزمایشگاه تخصصی وجود ندارد و قضات می‌توانند با استناد علمی که از این آزمایش‌ها برای ایشان حاصل می‌شود، به حل و فصل دعاوی نسب پردازند و تا زمان تصویب قانون، در موارد پذیرش آزمایش‌های دی.ان.ای. به عنوان ابزاری در جهت کشف حقیقت با رویه قضایی خود، این نقیصه را جبران نمایند. گرچه بهتر است قانونگذار برای جلوگیری از تهافت رویه قضایی، مقررات راجع به طرق اثبات نسب را اصلاح و

امکان استناد به آن را در قانون به صراحت بیان نماید.^۱ به بیان دیگر، در شرایط حاضر، با توجه به اینکه همه ادله اثبات نسب مبتنی بر ظن است و احتمال اثبات خلاف در آنها وجود دارد و نیز به لحاظ غیرانحصاری بودن ادله مذکور، باید توان آزمایش‌های ژنتیک را به عنوان یک دلیل جدید در بسیاری از دعاوی اثبات نسب استفاده کرد، لکن برای ایجاد بساط لازم برای استناد به آن، نیازمند تصریح قانونی است.

در مقابل این دغدغه، برخی دیگر از نویسندگان معتقدند که بی‌گمان شارع و مایورگذار نسبت به حفظ نسب اشخاص، اهتمام ویژه‌ای داشته است تا حایی که در فقه امامیه از ضعیف‌ترین ادله مانند ترس در موارد معینی برای اثبات نسب کمک گرفته شده است. بدین ترتیب ارزش و اعتبار روش‌های دقیق علمی همچون آزمایش دی.ان.ای، در اثبات نسب، روشن و آشکار است، ولی نکته قابل تأمل، اعتبارسنجی چنین روش‌هایی در زمینه نفی نسب است؛ چرا که شارع مقدس بر مبنای فلسفه حفظ و ثبات نظام خانواده، نسبت به نفی نسب و راه‌های اعمال آن، سختگیری و دقت بیشتری

۱. طبائی، مهشیدسادات، «نقش آزمایش‌های «دی.ان.ای» در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران»، «فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)»، سال هفدهم، ش ۵۶، بهار - تابستان ۱۳۹۱، ص ۲۱.

اعمال کرده است، لذا با توجه به حصری بودن راه نفی نسب به لعان، اطمینان حاصل از آزمایش دی.ان.ای. در نفی نسب به لحاظ شرعی و قانونی فاقد اعتبار و حجیت است.^۱

با توجه به مطالب بیان شده روشن گردید که این موضوع به هم اینکه بسیار مبتلا به است، اما رویه واحدی در خصوص آن وجود ندارد و نه تنها در بین فقها و حقوقدانان، بلکه در بین محاکم نیز در مورد این موضوع اختلاف نظر وجود دارد. برخی محاکم بدستور به آزمایش دی.ان.ای. اثبات نسب را قبول یا رد می کنند و آن را قاعده فرائض ترجیح می دهند، اما برخی دیگر از محاکم، قاعده فرائض را مقوم داشته و آن را به عنوان یک اماره شرعی همواره مقوم دانند. به لحاظ اهمیت موضوع و همچنین اختلاف نظری که در این خصوص بین دادگاه ها وجود دارد، پژوهشگاه قوه قضاییه بر آن شد تا با همکاری انجمن علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، مبادرت به تشکیل جلسه نقد و بررسی این موضوع همراه با تحلیل رأی قضایی در تالار عدالت دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی نماید و در این خصوص از برخی اساتید و قضات - دکتر، دکتر نوبهار (عضو هیأت علمی دانشگاه شهید بهشتی)، دکتر علی

۱. پيله، اعظم؛ علوی قزوینی، سیدعلی؛ رضینی، علی، «بررسی حجیت آزمایش دی.ان.ای. در نفی نسب»، «مجله حقوق خصوصی»، سال دهم، ش ۱ (پیاپی ۲۲)، بهار - تابستان ۱۳۹۲، صص ۱۲۹-۱۵۸.

تقی زاده (عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبایی)، دکتر نظری توکلی (هیأت علمی دانشگاه تهران)، دکتر قره داغی (معاون پژوهشی سازمان پزشکی قانونی کشور)، آقای مرادی هرنندی (قاضی دادگاه تجدیدنظر) دعوت به عمل آمد. پس از طرح موضوع در جلسه، اساتید حاضر به بیان استدلالات و نظرات خویش در خصوص نقش آزمایش های دی.ان.ای. و امکان استناد به آن در دعاوی اثبات نسب پرداختند.

نظرات و اشکالات عمده ای که در خصوص این موضوع قابل طرح می باشند در این جلسه مورد بررسی و تحلیل قرار گرفته اند، عبارتند از:

- اماره «الولد لفرانسه» یک حکم شرعی و تعبدی است یا اینکه پیامبر (ص) آن را به عنوان یک امر عرفی و عقلانی پذیرفته اند؟
- فلسفه وجودی این قاعده جلالتی از بی نظمی در حوزه نسب است یا این قاعده در مقام دفاع از زن یا دفاع از طفل به عنوان حق بر نسب می باشد؟
- اگر قاعده فراش از جنس اماره است آیا این اماره، اماره قانونی است یا اماره قضایی؟
- دامنه اعتبار و حجیت این اماره تا چه میزان است؟ آیا امکان اثبات خلاف آن وجود دارد؟
- آیا قاعده فراش تنها راه اثبات نسب است؟

آیا در مواردی که مقتضی برای صدور حکم به مضمون قاعده فراش موجود است، تحقیق و تفحص برای رسیدن به پاسخی دیگر مجاز است؟

آیا قاعده فراش افزون بر مضمون اصلی خود که همانا الحاق طفل به پدر است، لوازم و احکام دیگر مثل ارث را نیز اثبات می‌کند یا خیر؟

پژوهشگاه قم قضاییه، پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی

www.ketaboo.ir