

بازپژوهی قاعده‌ی فراش با رویکردی انتقادی به روش‌های نوین اثبات نسب

احمد باقری*

ریحانه آیت‌الله شیرازی**

تاریخ پذیرش: ۹۴/۵/۴

تاریخ دریافت: ۹۳/۱۲/۱۱

چکیده

«قاعده‌ی فراش» یکی از قواعد مشهور فقهی است که از حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» گرفته شده است. به موجب این قاعده، فرزند متولد شده از زن - با فرض تحقق شروط فراش - ملحق به مردی می‌شود که با او زندگی رسمی دارد و زناکار - یا واطی دیگر - بهره‌ای از او نخواهد داشت. قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از این قاعده، اماره‌ای به همین نام در دو ماده تدوین نموده است. این قاعده، برای تعیین نسب به کار برده می‌شد. امروزه روش‌های جدید اثبات نسب، مانند آزمایش خون و DNA به وجود آمده است که بنا به گفته‌ی متخصصان این امور، برخی از این روش‌ها نزدیک به صد درصد قطعیت دارند. در این نوشتار، سعی بر آن است که ادله‌ی قائلین به اثبات روش‌های نوین، به لحاظ علمی و اخلاقی مورد نقد و بررسی قرار گیرد تا از این رهگذر، تقویت ادله‌ی فرا زمانی و فرا مکانی قاعده‌ی «اخلاقی» فراش و کارایی آن و نیز حاکم بودنش بر روش‌های مذکور آشکار شود.

واژگان کلیدی: فراش، ولد، آزمایش خون، DNA.

* استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده الهیات دانشگاه تهران (نویسنده مسؤول).

a_bagheri41@yahoo.com

** دانش‌آموخته کارشناسی ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات.

Reyhaneh.shirazi3@gmail.com

مقدمه

با توجه به گسترش و پیچیدگی‌های روابط زن و مرد در دنیای امروز، در برخی موارد، اطفال ناخواسته‌ی بسیاری به دنیا می‌آیند که مورد انکار واقع می‌شوند و این امر، زمینه‌ی بروز مشکلات بسیاری را در نهاد خانواده و جامعه به وجود می‌آورد.

در صدر اسلام، تعیین نسب کودکان مورد انکار واقع شده، با قاعده‌ی فراش تعیین می‌گردید. امروزه با پیشرفت علوم و فنون و ابداع روش‌های نوین، برای تعیین نسب این نوع اطفال معمولاً به دادگاه‌ها مراجعه و برای تعیین نسب کودک، توسط پزشکی قانونی، از آزمایش خون یا آزمایش DAN استفاده می‌شود.

حال، این سؤال مطرح می‌شود که آیا این روش‌ها می‌توانند بر قاعده‌ی فقهی فراش حاکم باشند؟ به عبارت دیگر، آیا روش‌های مبتنی بر علم، به تنهایی قادرند بر امارات شرعی پیشی بگیرند؟

اما مسأله‌ای که به نظر می‌رسد در آن دقت کافی نشده باشد، هدف شارع از بنیان‌گذاری این قاعده است. قاعده‌ی فراش، در جهت جلوگیری از فروپاشی خانواده و حفظ عفت خانوادگی به وجود آمده است؛ اما سایر روش‌های نوین اثبات نسب، تنها به جنبه‌ی مادی مسأله پرداخته و از بُعد معنوی این امر غافل بوده‌اند؛ از این رو، در این نوشتار سعی شده است تا از رهگذر تبیین مفهوم و ادله‌ی قاعده‌ی فراش و تأکید بر اخلاقی بودن این قاعده در مصادیق آن، به نقاط ضعف روش‌های نوین اثبات نسب و در نهایت، بر حاکمیت این قاعده اذعان شود.

مفهوم قاعده‌ی فراش و ادله‌ی آن

قاعده‌ی فراش، از حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» برگرفته شده است که به موجب این قاعده، ولد از آن فراش است و برای زناکار سنگ است. به طور کلی، منظور از فراش در این حدیث، زوج کنونی و قانونی زن و منظور از عبارت دوم، بی‌بهره بودن زناکار یا واطی دیگر از فرزند متولد شده از زن می‌باشد. به قول فقها، «الحاق ولد الزنا به زانی جایز نیست»^۱ همچنان که ماده‌ی ۱۱۶۷ قانون مدنی، برگرفته از شرع مقدس اسلامی

۱- حلی، حسن بن یوسف؛ تبصره المتعلمین فی احکام الدین، محقق و مصحح محمدهادی یوسفی غروی،

می‌گوید: «طفل متولد از زنا، به زانی ملحق نمی‌شود».

عبارت «الولد للفراش»، به لحاظ بلاغی بدین معنا است که ولد، مخصوص زوج است و برای کسی جز او، از آن نصیب و بهره‌ای نیست و این حصر به دلیل حصر مبتدا در خبر است که در علم بلاغت هنگامی رخ می‌دهد که مبتدا، معرف به «ال» باشد؛ چنانکه گویند: الکرّم و الفصاحة فی العرب؛ کرم و فصاحت تنها در میان اعراب است و بس. ضمن اینکه بی‌تردید، پیامبر در مقام بیان حکم شرعی است نه اخبار از یک امر خارجی و اصولاً تمام قضایای شرعی که در ظاهر به صورت اخبارند، در حقیقت انشایی‌اند و گرنه چه بسا در واقع، ولد برای فراش نبوده، به ویژه در زمانی که فجور زیاد بوده است و صدور دروغ از پیامبر به واسطه‌ی عصمت او ممکن نیست.^۱

البته لازم به ذکر است که قاعده‌ی فراش، تنها در هنگام شک جاری می‌شود؛ همچنان که قاعده‌ی طهارت، حکم به پاکی هر چیزی می‌کند که در طهارتش شک است. پس هنگام قطع به تعلق ولد به فراش یا جز آن، این قاعده کاربرد ندارد و باید به واقع عمل کرد.^۲

مهم‌ترین مدرک این روایت، حدیث نبوی مذکور است که در روایات بسیاری با مضامین مشابه آمده است.^۳ یکی از مهم‌ترین این روایات، روایتی است منقول از عایشه بدین مضمون که «سعد بن ابی وقاص با عبد بن زَمعه، بر سر پسری دعوا کردند. سعد گفت: یا رسول‌الله! این پسر، فرزند برادرم عتبه بن ابی وقاص است که به من وصیت کرده پسرش است؛ به شباهتشان بنگر! عبدالله بن زَمعه گفت: یا رسول‌الله! این پسر، برادر من

چاپ اول، تهران، مؤسسه طبع و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق، ص ۱۴۲؛ حلی، حسن بن یوسف؛ تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، تحقیق الشیخ ابراهیم البهادری، طبعه الاولی، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۲۰ق، ص ۴۴؛ نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهر الکلام، الطبعه الثانیه، تهران، المکتبه الاسلامیه، ص ۲۳۲ به بعد.

۱- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهیة، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ق، ص ۲۴.

۲- ایروانی، شیخ باقر؛ دروس التمهیدیة فی القواعد الفقهیة، الطبعه الاولی، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق، ص ۱۲۷.

۳- برای دیدن روایات رک: طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی؛ تهذیب الاحکام، محقق استاد علی‌اکبر الغفاری، الطبعه الاولی، تهران، نشر صدوق، ۱۴۱۸ق، صص ۱۸۳-۱۶۸.

است که بر فراش کنیز پدرم زاده شده است. پیامبر به شباهتش نگریست و شباهتی آشکار به عتبه یافت؛ ولی گفت: او برای توست ای عبد! الولد للفراش و للعاهر الحجر. ای سوده بنت زَمعه، از وی در حجاب شو! [عایشه] گفت: [آن پسر] به راستی سوده را ندید.^۱

البته فقها این امر پیامبر را از باب ندب و احتیاط می‌دانند؛ زیرا در ظاهر شرع، آن ولد، برادرش بود و به پدرش محلق شده بود اما چون پیامبر شباهت آشکاری را بین ولد و عتبه بن ابی وقاص دید، ترسید که از نطفه‌ی او باشد که در این صورت به سوده بیگانه می‌شد؛ پس سوده را احتیاطاً امر به حجاب فرمود.^۲

این حدیث که در منابع شیعه و سنی آمده است به لحاظ سند و دلالت، بسیار محکم است و نمی‌توان در صدور این عمل از پیامبر شک کرد؛ بنابراین از رفتار پیامبر می‌توان این نتیجه را گرفت که قاعده‌ی فراش، بیش از هر چیز به حفظ بنیان خانواده نظر داشته است؛ حال، اگر ولد به زانی شبیه بود و این ظن را به وجود می‌آورد که ولد از آن اوست، در این صورت شارع، این ظن را معتبر ندانسته و اثری در حجت معتبر ندارد و به این دلیل پیامبر معتبر ندانست و اعتنا نکرد و این ظن نتوانست مانع از شکستن حرمت و قداست خانواده گردد.^۳

بنابراین، شاید بهتر است گفته شود که مقصود اسلام از وضع این قاعده، تشخیص حکم فعلی و ظاهری فرزند است نه نسب واقعی او.^۴

شروط اعمال فراش

تحقق این قاعده، منوط به برقراری شرطهایی است که بدون لحاظ آنها «فراش» برقرار نشده و ولد به صاحب فراش ملحق نمی‌گردد. این شروط به اتفاق فقها و حقوق‌دانان با

۱- الازدی السجستانی، ابو داود سلیمان بن الاشعث؛ السنن، تحقیق محمد عوامه، الطبعة الاولى، بیروت، مؤسسه الریان، ۱۴۱۹ق، ص ۱۰۹.

۲- امام النووی، محی‌الدین ابی زکریا یحیی بن شرف؛ شرح صحیح مسلم، الطبعة الاولى، قاهره، مؤسسه مختار، ۱۴۲۲ق، ص ۴۰.

۳- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهیه، ص ۲۵.

۴- فاضل لنکرانی، محمدجواد؛ بررسی فقهی - حقوقی تلقیح مصنوعی، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۷، ص ۱۵۹.

اقوالی مشابه، سه شرط کلی ذیل می‌باشند:

(۱) دخول

دخول - که شرط اصلی فراش است - نزد همه‌ی فقها مفهومی یکسان ندارد بلکه هر کدام، مراد از آن را نوع خاصی از نزدیکی دانسته‌اند؛ برخی دخول را نزدیکی حتی بدون انزال دانسته‌اند.^۱ بعضی دیگر، از انزال به طور مطلق - چه با دخول و چه بدون آن - به عنوان شرط اول فراش نام برده‌اند.^۲ عده‌ای نیز دخول را حداقل وجود یکی از دو حالت فوق دانسته‌اند؛ اعم از دخول بدون انزال یا انزال بدون دخول.^۳

اما با بررسی این نظرات و اختلاف میان آنها، می‌توان به این مفهوم رسید که دخول به خودی خود موضوعیت ندارد و از آن جهت مهم است که مقدمه‌ای برای وصول منی به رحم زن می‌باشد.^۴

در قانون مدنی و حقوق اسلامی نیز به این دلیل که دخول از امور پنهانی است و نمی‌توان به راحتی زمان آن را مشخص کرد می‌توان به وجود زندگی زناشویی زن و مرد اکتفا کرد و آن را نشانه‌ای از همبستر شدن آنان دانست؛^۵ به عنوان مثال: در روایتی که از امام صادق (ع) نقل شده است، پیامبر در پاسخ مردی که از کنیزش کناره گرفته بود اما او فرزندی به دنیا آورده بود فرمودند: گاهی بند مشک رها می‌شود، و ولد را به او ملحق کردند.^۶ پر واضح است که این الحاق به طریق اولی در مورد زوج و زوجه نیز صادق است. از مجموع این مباحث در مورد دخول می‌توان به این نتیجه رسید که حتی در دخول که شرط اصلی فراش است به حداقل‌هایی برای اثبات فراش بسنده شده است؛ چراکه هدف از وضع این قاعده، حفظ بنیان خانواده و جلوگیری از به وجود آمدن کودکان نامشروع و بی‌نسب بوده است.

۱- العاملی الجبلی، زین‌الدین (شهید ثانی)؛ الروضه البهیة فی شرح اللعمه دمشقیه، التصحیح و الاعراب مصطفی

النصر اللهی و ابراهیم الحممدی، الطبعه الاولى، قم، مؤسسه گنج عرفان، ۱۴۲۳ق، ص ۵۷۴.

۲- نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهر الکلام، الطبعه الثانیه، تهران، المکتبه الاسلامیه، ص ۲۲۳.

۳- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه الصادق، الطبعه الرابعه، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۴ق، ص ۲۹۰.

۴- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهیة، ص ۳۰.

۵- کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۲، ص ۳۴۴.

۶- حمیری، عبدالله بن جعفر، قرب الاسناد، تهران، کتابفروشی نینوا، بی تا، ص ۶۵.

(۲) گذشتن حداقل ۶ ماه

این مدّت، «حداقل مدّت حمل» از زمان وطی تا وضع حمل زن است.^۱

(۳) نگذشتن از «حداکثر مدّت حمل»

درخصوص این مدّت که «حداکثر مدّت حمل» از زمان وطی تا وضع حمل زن است اقوال مختلف است؛ اما امامیه متفق القول اند که این مدّت بیش از یک سال نیست.^۲

موارد تطبیق قاعده

ردّ پای اخلاق را می‌توان در تمام موارد تطبیق این قاعده مشاهده نمود. این قاعده در هر یک از مصادیقش، با در نظر گرفتن کوچک‌ترین احتمال خلاف، به مصلحت خانواده حکم کرده است و نسب قانونی را به لحاظ اخلاقی تعیین می‌نماید. مصادیق این قاعده را می‌توان در سه گروه کلی دسته‌بندی کرد:

الف) نکاح صحیح

ب) وطی به شبهه

ج) ملک یمین

از مسأله‌ی «ملک یمین» که احکام کنیز است، به دلیل عدم ابتلا در روزگار کنونی گذر کرده و به دو مورد نکاح صحیح و وطی به شبهه می‌پردازیم.

نکاح صحیح

در نکاح صحیح، حتّی اگر با زوجه زنا شود باز ولد به زوج ملحق می‌شود حتّی اگر شبیه به زانی باشد (این مورد غیر از آن است که زوجه قبل از ازدواج از زنا باردار باشد) و نفی ولد برای زوج جایز نیست مگر با لعان؛ لذا اگر با انکار ولد، لعان نکرد به حدّ قذف محکوم می‌شود.^۳

۱- العاملی الجبلی، زین‌الدین (شهید ثانی)؛ مسالک الافهام، الطبعه الثالث، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه،

۱۴۲۵ق، ص ۳۷۳؛ نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهر الکلام، الطبعه الثانيه، ص ۲۲۴؛ موسوی بجنوردی،

میرزاحسن؛ القواعد الفقهيّه، ص ۳۱.

۲- العاملی الجبلی، زین‌الدین (شهید ثانی)؛ الروضه البهيّه فی شرح اللعمه الدمشقيه، الطبعه الاولى، ص ۵۷۴.

۳- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن بن علی؛ النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، الطبعه الاولى، بیروت، دارالکتاب

وطی به شبهه

شبهه، تصوّر خلاف حقیقت را گویند^۱ و در اصطلاح، منظور از وطی به شبهه این است که مرد با زنی که به او حرام است - با جهل به این حرمت - نزدیکی کند که در این صورت، مشهور فقها این مسأله را از موارد فراش دانسته و به نکاح صحیح ملحق کرده‌اند؛ بنابراین اگر ولدی به دنیا آید، به واطی به شبهه ملحق می‌شود و نفی ولد، بر او جایز نیست.^۲ بنابراین، اصول قوانین نزد اهل سنت و شیعه اقتضا می‌کند تا جایی که امکان دارد حکم بر زنازادگی انسانی نشود که از منی انسان دیگر زاده می‌شود و یک درصد بر فرزند شبهه بودن، بر قاضی واجب است که یک درصد را گرفته و نود و نه درصد را برای برتری حلال بر حرام و صحیح بر باطل رها کند و این از مواردی است که ضعیف بر قوی غلبه دارد و اقل بر اکثر؛ زیرا خدای تعالی فرموده است: «... وَ قُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا...» (بقره/۸۳) و «... اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِثْمَ...» (حجرات/۱۲).^۳

انواع وطی به شبهه و موارد الحاق آن

الف) وطی به شبهه با زن آزاد: یکی از انواع حالات وطی به شبهه، وطی به شبهه با

العربی، ۱۳۹۰ق، ص ۵۰۵؛ ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد؛ السرائر، الطبعه الثانيه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق، ص ۶۵۷؛ محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق و مصحح عبدالحسین محمدعلی بقال، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق، ص ۲۸۵؛ حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الاحلال و الحرام، الطبعه الاولى، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق، ص ۹۸؛ حلی، حسن بن یوسف؛ تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، طبعه الاولى، ص ۴۴؛ العاملی الجبلی، زین‌الدین (شهید ثانی)؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، الطبعه الاولى، ص ۵۷۴؛ العاملی الجبلی، زین‌الدین (شهید ثانی)؛ مسالک الافهام، الطبعه الثالث، ص ۳۷۳؛ مغنیه، محمدجواد؛ الفقه الصادق، الطبعه الرابعه، ص ۲۹۶.

۱- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۳۹، ص ۱۷۳.

۲- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه الصادق، الطبعه الرابعه، ص ۲۹۰؛ مغنیه، محمدجواد؛ الفقه علی مذاهب الخمسه، الطبعه العاشره، بیروت، دارالتیاریت جدید، دارالجواد، ۱۴۲۱ق، ص ۳۶۳؛ محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ص ۲۸۵.

۳- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه علی مذاهب الخمسه، الطبعه العاشره، ص ۳۶۵؛ مغنیه، محمدجواد؛ الفقه الصادق، الطبعه الرابعه، ص ۲۹۰.

زن آزاد است؛ بدین معنی که زن قبلاً ازدواج نکرده و در قید زوجیت کسی نبوده و نیست؛ در این حالت، پس از وطی به شبهه اگر فرزندی متولد شود، به طور قطع به واطی به شبهه ملحق می‌گردد^۱ و این احتمال که شاید از زنا به وجود آمده باشد در نظر گرفته نمی‌شود. دلیل این امر هم همان مصلحت طفل و جامعه است که ذکر گردید و نیز اینکه ولدالزنا، به زانی ملحق نمی‌گردد.

(ب) وطی به شبهه با زن شوهردار: مورد دیگر، وطی به شبهه با زن شوهردار است. در فقه این سؤال مطرح است که اگر با در نظر گرفتن شروط فراش، امکان الحاق ولد به هر دو (زوج و واطی به شبهه) ممکن بود؛ ولد به کدام یک ملحق می‌شود؟ در این مورد اقوال مختلفی وجود دارد. مشهور فقها قایل به قرعه شده‌اند؛ چه هر دو حالت، مصادیق قاعده‌ی فراش می‌باشند.^۲

اما برخی دیگر بر این عقیده‌اند که قرعه، مربوط به هنگامی است که اماره‌ی دیگری وجود ندارد؛ در حالی که شارع، فراش را از ابتدا اماره‌ای برای وجود ولد به صاحب فراش قرار داده است تا در هنگام شک، ولد به کسی ملحق شود که حق همبستری با همسرش در فراش را دارد و نیز جمله‌ی «الولد للفراش» یک جمله‌ی مستقل از «و للعاهر الحجر» است و شامل وطی به شبهه نیز می‌گردد.^۳

حقوق دانان معاصر نیز الحاق طفل به شوهر را موافق مصلحت کودک و خانواده می‌دانند و چنین توجیه می‌کنند که رابطه‌ی جنسی زن و شوهر، دائمی است ولی نزدیکی واطی به شبهه با زن شوهردار، اتفاقی است و از این رو احتمال به وجود آمدن نطفه‌ی ولد از شوهر، بیشتر و اماره‌ی فراش نسبت به او قوی‌تر است.^۴

۱- حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الاحلال و الحرام، الطبعه الاولى، ص ۹۸؛ العاملی الجبلی، زین الدین (شهید ثانی)؛ حاشیه الارشاد، محقق و مصحح رضا مختاری، الطبعه الاولى، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق، ص ۲۱۲؛ نجفی، شیخ محمدحسن؛ جواهر الکلام، الطبعه الثانيه، ص ۲۳۳.

۲- حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الاحلال و الحرام، الطبعه الاولى، ص ۹۸؛ حلی، حسن بن یوسف؛ ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، محقق و مصحح شیخ فارس حسون، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق، ص ۳۸؛ موسوی خمینی، روح‌اله؛ تحریر الوسیله، الطبعه السابعه، قم، دارالعلم، بی تا، ص ۳۰۷.

۳- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ القواعد الفقهیه، ص ۳۹.

۴- امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی، ص ۲۱.

به نظر می‌رسد اگر مبنای این قاعده را همان مصلحت خانواده و جلوگیری از فروپاشی آن بدانیم، نظریه‌ی دوّم قابل قبول‌تر باشد.

ج) وطی به شبهه با محارم: مورد آخر وطی به شبهه‌ی مطرح شده در فقه و حقوق، وطی به شبهه با محارم است. برخی بر این نظرند که این مورد جزء وطی به شبهه، از مصادیق فراش به شمار نمی‌آید؛ زیرا مانع ذاتی نکاح از قرابت وجود دارد؛^۱ اما باز هم گروهی بر این عقیده‌اند که وطی به شبهه، به طور عام مطرح شده و در احکام فقهی بین این نوع نزدیکی و موارد دیگر وطی به شبهه، تفکیک صورت نگرفته است. نظریه‌ی دوّم، به نفع مصلحت کودک و جامعه است؛ زیرا با قبول آن، طفل از نسب قانونی برخوردار می‌گردد.^۲

ادله‌ی قائلین به اثبات نسب توسط روش‌های نوین و نقد آن

در بسیاری از کتب حقوقی، از دو اماره‌ی آزمایش خون و آزمایش DNA به عنوان روش‌های نوین اثبات نسب نام برده شده است. در برخی از کتب حقوقی آمده است که در دعاوی نسب، به دو اماره بیش از سایر اماره‌ها توجه می‌شود:

- ۱- نظر کارشناس در مورد تجزیه‌ی خون.
 - ۲- زندگی مدعی نسب با خانواده‌ای که خود را منسوب بدان می‌داند و ارائه‌ی او به عنوان فرزند خانواده، هر چند که تصریح بدان نشود.^۳
- ماده‌ی ۱۳۲۱ قانون مدنی می‌گوید: «اماره، عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می‌شود».

قانون مدنی، قاعده‌ی فراش را با عنوان اماره‌ی فراش در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ گنجانده است. ماده‌ی ۱۱۵۸ قانون مدنی می‌گوید: «طفل متولّد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولّد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». همچنین مطابق ماده‌ی ۱۱۵۹ این قانون: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط به اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ

۱- همان؛ ص ۱۷۶.

۲- کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ص ۲۰.

۳- همان؛ ص ۳۴۱.

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 شش ماه یا بیش از ده ماه گذشته باشد». این مواد بر همان شروط فراش دلالت دارند؛ اما آیا این قاعده، با عنوان اماره، با روش‌های نوین بشری تحت عنوان اماره، هم‌وزن است؟ بهتر است برای دانستن این موضوع، اندکی به چیستی و چگونگی این دو روش نوین بپردازیم.

آزمایش خون

آزمایشی که بر روی خون انجام می‌پذیرد از نظر حقوقی و جزایی اهمیت شایان توجهی دارد و برای تعیین گروه خونی به عمل می‌آید. خون هر یک از افراد انسانی یکی از چهار گروه اصلی A، B، AB و O است؛ البته با احتساب گروه‌های فرعی، امروزه شاید تعداد آن بیش از ۳۰ نوع باشد.

به طور کلی، تعیین گروه خونی، مسأله‌ی نسب را از جنبه‌ی منفی حل می‌کند؛ به این معنی که می‌توان گفت که این خون به این شخص تعلق ندارد. به عنوان مثال: پدر یا مادر گروه AB نمی‌توانند فرزندی از گروه O داشته باشند. هم چنین پدر یا مادر از گروه O، غیرممکن است که فرزندی از گروه AB به وجود آورند؛ اما عکس این مطلب ثابت نیست؛ یعنی هرگاه گروه خونی کودکی با پدر ادعایی یکسان باشد نمی‌تواند این امر را مثبت نسب و دلایل حتمی بر وجود آن دانست؛ زیرا گروه‌های خونی محدوداند و اشخاص بسیاری هستند که از یک گروه خونی می‌باشند بدون اینکه رابطه‌ی نسب بین آنها وجود داشته باشد.

البته با این آزمایش می‌توان احتمال ۷۵ درصدی نسب را داد اما نه بیش از آن و اثبات صددرصدی این امر غیرممکن است؛ به دیگر سخن، نتیجه‌ی آزمایش، خود می‌تواند دلیل منفی و نه مثبت بر نسب تلقی شود.^۱

بنابراین آزمایش خون در زمینه‌ی نفی نسب و نه اثبات آن کاربرد دارد؛ اما اساس قاعده‌ی فراش بر اثبات نسب استوار شده است.

۱- صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله؛ مختصر حقوق خانواده، دادگستر، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۹، ص ۳۰۱؛ کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، ص ۳۴۱؛ حکمت، سعید؛ پزشکی قانونی و اخلاق پزشکی، چاپ دوم، تهران، دفتر انتشارات و تأمین منابع درسی، ۱۳۶۶، ص ۱۳۰.

آزمایش DNA

دانشمندان و بازپرسان جنایی، رؤیایی داشتند که روزی قادر باشند توسط خون و دیگر مایعات بدن به طور قاطع تعیین هویت کنند. با پیشرفت تکنولوژی در زمینه‌ی DNA، ابزاری بسیار دقیق‌تر از سایر روش‌های انگشت‌نگاری به وجود آمد. آزمایش DNA، تست ماده‌ی بیولوژیکی انسان در ابتدایی‌ترین سطح آن یعنی deoxyribonucleic acid molecule است. این مولکول که در هر سلول زنده‌ی بدن یافت می‌شود اطلاعات ژنتیکی را با خود حمل می‌کند که هر فرد را از دیگری متمایز می‌کند.

فرایند آزمایش DNA، شامل استخراج DNA از یک نمونه مانند منی، خون یا بافت است که به طور شیمیایی به دو پاره تقسیم می‌شود. به دلیل تنوع طبیعی مولکول DNA از یک شخص به شخص دیگر، این رشته‌ها تشکیل یک الگو همانند بارکد کالاهای موجود در یک سوپر مارکت را می‌دهند که هر کدام مختص همان کالا است. فرم‌های گوناگون آزمایش DNA، تحقیقات گوناگونی را می‌طلبد و مطمئناً نتایج گوناگونی نیز به لحاظ درصد، در پی خواهند داشت.

این آزمایش به هر حال به دلیل خطای کم، متمایز است و در تعیین مجرم، تعیین نسب و حتی در رابطه با مهاجرت‌های غیرقانونی کاربرد گسترده‌ای دارد.^۱ با این حال، آزمایش DNA، آزمایش چندان سریع و ارزانی نیست و برای هر نمونه، در حال حاضر بین ۹ تا ۱۸ روز طول می‌کشد. برخی نیز حداقل زمان لازم برای این آزمایش را یک‌ماه عنوان کرده‌اند. قیمت این آزمایش نیز بسته به سیستمی که از آن استفاده می‌شود متفاوت است؛ اما حداقل بین ۱۰۰ تا ۱۵۰ دلار هزینه دارد. این عامل باعث رهنمون شدن به این مطلب می‌شود که این تست برای مواردی که گمان درستی نتایج آن می‌رود استفاده شود؛ بنابراین این آزمایش در مواردی که نیاز به تست تعداد فراوانی برای یک موضوع باشد مقرون به صرفه نیست.^۲

1- Ian Freckelton, Barrister, Owen Dixon Chambers, Melbourne. DNA PROFILING: FORESING SCIENCE UNDER THE MICROSCOPE, DNA and criminal justice, p.27.

2- Child support & parentage testing, 2010, Victoria Legal Aid, Legal Information Service, p.28; Ian Freckelton, p.29.

اما باید به این نکته توجه داشت که آزمایش DNA به هر حال آزمایشی مصنوعی از خطا و اشتباه نیست؛ این بدین معنی نیست که این آزمایش قابل اعتماد نیست اما بهتر است بدانیم که این آزمایش به آن بی‌خطایی که در ابتدا ادعا می‌شد نیست.^۱

برای به دست آوردن صددرصد اطمینان، تک تک ژن‌ها در DNA کودک و والدین باید مقایسه شوند؛ اما بیش از سی هزار ژن در DNA بشر وجود دارد؛ بنابراین این راه عملی نمی‌باشد.^۲

در نتیجه، آزمایش DNA همچنان که از سخنان اهل فن بر می‌آید آزمایشی است که احتمال صحت بسیار بالایی دارد اما باز هم صددرصد نیست.

اما نکته‌ای که در اینجا ضرورت می‌یابد که بدان توجه شود این است که حتی اگر آزمایش DNA و آزمایش خون، قطعیت صددرصدی در اثبات نسب داشتند باز هم ادله‌ی شرعی به شمار نمی‌آیند.

برای تبیین این موضوع بهتر است مثالی بزنیم: اگر این آزمایش‌ها صددرصد اثبات کنند که بچه متعلق به شخص خاصی غیر از شوهر زن است، باز هم اثبات زنا نمی‌کند، چون باردار شدن به غیر از زنا نیز ممکن است؛ ضمن اینکه قاعده‌ی فراش بنا به مصلحت خانواده حکم می‌کند اما استفاده از این ادله، مصلحتی را باقی نگذاشته و به راحتی می‌تواند باعث فروپاشی خانواده و سرشکستگی عده‌ای در جامعه شوند.

فقها در این خصوص نظراتی را عنوان کرده‌اند که به ذکر برخی از آنها می‌پردازیم:

آیت‌الله مرعشی در مورد آزمایش DNA، قاضی را ملزم به پذیرفتن نظر کارشناس خون یا DNA ندانسته و دلیل آن را طریقت نظر کارشناس و نه موضوعیت آن دانسته است. طبق نظر ایشان، اگر نظر کارشناس موجب اطمینان قاضی نشود می‌تواند آن را رد کند.

طبق نظر اکثر فقها، نسب با این قبیل آزمایش‌ها ثابت نمی‌شود مگر اینکه برای قاضی علم و یا اطمینان حاصل شود که در این صورت بر اساس آنها قضاوت خواهد کرد.^۳

1- Ian Freckelton, p.29.

2- www.experts.com.

۳- استفتائات آیات عظام مرعشی، بهجت، صافی گلپایگانی، فاضل لنکرانی، موسوی اردبیلی در سایت معاونت حقوقی و امور مجلس.

با عنایت به نظرات مراجع عظام در مورد حجیت آزمایش DNA، روشن می‌شود که این قبیل آزمایش‌ها نمی‌توانند به عنوان حجت شرعی برای حکم به انتساب طفل تلقی گردند مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان و یا ظن قوی به وجود نسبت حاصل شده باشد که در این صورت قاضی می‌تواند بر مبنای علم و یا اطمینان و ظن قوی خویش حکم نماید.

برخی از فقها در پاسخ به این سؤال که آیا با استفاده از آزمایش‌های پزشکی و مطالعات طبی، مانند آزمایش تجزیه‌ی خون و آزمایش عقیم بودن و غیره که نوعاً مفید ظن قوی هستند، در فرض تعارض دو اماره‌ی فراش، می‌توان یکی از آنها را بر دیگری ترجیح داد؟ گفته‌اند که این‌گونه امارات نمی‌توانند مرجح شوند و ترجیح فقط با امارات شرعیه ممکن است.^۱

بنابراین طبق نظر ایشان، آزمایش‌های پزشکی نه تنها به عنوان یک دلیل معتبر شناخته نمی‌شوند بلکه به عنوان مرجح یکی از ادله نیز دارای اعتبار نمی‌باشند. در نهایت باید گفت که نظر مشهور فقها این است که آزمایشات پزشکی، حجیت شرعی ندارند و تنها اگر از راه مذکور برای قاضی علم حاصل شود، می‌تواند بر طبق علم خود عمل کند.

۱- استفتائات آیات عظام میرزا جواد تبریزی، صافی گلپایگانی، مکارم شیرازی در سایت معاونت حقوقی و امور مجلس.

نتیجه

از آنچه که گفته شد چنین به نظر می‌رسد که قاعده‌ی فراش که از حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» گرفته شده است، تنها در مواقع قطعی، ولد را ملحق به واطی غیر از صاحب فراش می‌داند و در مواردی که حتی یک درصد احتمال خلاف انتساب ولد به واطی غیر از صاحب فراش باشد به دلایل اخلاقی و حفظ حرمت خانواده، ولد را به صاحب فراش منتسب می‌کند.

اینکه طبق حدیث نبوی، ولد از آن صاحب فراش است و زانی بهره‌ای از آن ندارد، به حفظ شخصیت افراد در اسلام بر می‌گردد؛ اگر بنا باشد ولد به زانی ملحق گردد موجب سرافکندگی صاحب فراش و نیز ولدالزنا در اجتماع خواهد شد.

اسلام با در نظر گرفتن کوچک‌ترین احتمال خلاف در زنازاده بودن کسی، او را ملحق به صاحب فراش و دارای نسب معرفی کرده و شخصیت ولد و صاحب فراش را حفظ نموده است و زانی را رد می‌نماید.

در واطی به شبهه نیز این‌گونه است. نکوهش و تحقیری که با این اتفاق متوجه زوج می‌گردد، تباهی بنیان خانواده و شخصیت مسلمان را در پی خواهد داشت که اسلام با ملحق کردن واطی به شبهه به نکاح صحیح، از این امر جلوگیری کرده است.

روش‌های نوین اثبات نسب، ضمن اینکه عاری از خطا و اشتباه و یا مثبت نسب نیستند، مصلحتی را که بر پایه‌ی آن قاعده‌ی فراش برای تعیین نسب در زمان پیامبر و ائمه پایه‌ریزی شد در نظر نگرفته و نسب را به آسانی نفی یا اثبات می‌کنند که این امر موجب تأثیرات منفی بسیاری به لحاظ اخلاقی در جامعه می‌گردد.

لازم به ذکر است که نسب با قاعده‌ی فراش به آسانی اثبات اما به سختی و با لعان که خود شرایط خاصی را می‌طلبد، نفی می‌گردد.

فهرست منابع

- ۱- قرآن
- ۲- ابن ادریس حلی، ابی جعفر محمد بن منصور بن احمد؛ *السرائر*، الطبعة الثانية، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ۳- الازدی السجستانی، ابو داود سلیمان بن الاشعث؛ *السنن*، تحقیق محمد عوامه، الطبعة الاولى، بیروت، مؤسسه الریان، ۱۴۱۹ق.
- ۴- امام النووی، محی‌الدین ابی زکریا یحیی بن شرف؛ *شرح صحیح مسلم*، الطبعة الاولى، قاهره، مؤسسه مختار، ۱۴۲۲ق.
- ۵- امامی، سیدحسن؛ *حقوق مدنی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.
- ۶- ایروانی، شیخ باقر؛ *دروس التمهیدیه فی القواعد الفقهیه*، الطبعة الاولى، قم، انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
- ۷- حر عاملی، شیخ محمد بن الحسن؛ *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*، الطبعة الثانية، قم، مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ق.
- ۸- حسینی، محمد؛ *سایت معاونت حقوقی و امور مجلس* (www.hvm.ir).
- ۹- حکمت، سعید؛ *پژشکی قانونی و اخلاق پزشکی*، چاپ دوم، تهران، دفتر انتشارات و تأمین منابع درسی، ۱۳۶۶.
- ۱۰- حلی، حسن بن یوسف؛ *تبصره المتعلمین فی احکام الدین*، محقق و مصحح محمد هادی یوسفی غروی، چاپ اول، تهران، مؤسسه طبع و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۱۱ق.
- ۱۱- حلی، حسن بن یوسف؛ *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*، تحقیق الشیخ ابراهیم البهادری، طبعة الاولى، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۲۰ق.
- ۱۲- حلی، حسن بن یوسف؛ *ارشاد الازهان الی احکام الایمان*، محقق و مصحح شیخ فارس حسون، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.

- ۱۳- حلی، حسن بن یوسف؛ قواعد الاحکام فی معرفه الاحلال و الحرام، الطبعه الاولى، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
- ۱۴- حمیری، عبدالله بن جعفر، قرب الاسناد، تهران، کتابفروشی نینوا، بی تا.
- ۱۵- صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله؛ مختصر حقوق خانواده، دادگستر، چاپ سوم، تهران، ۱۳۷۹.
- ۱۶- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی؛ تهذیب الاحکام، محقق استاد علی اکبر الغفاری، الطبعه الاولى، تهران، نشر صدوق، ۱۴۱۸ق.
- ۱۷- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن بن علی؛ النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، الطبعه الاولى، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۳۹۰ق.
- ۱۸- العاملی الجبلی، زین الدین (شهید ثانی)؛ الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، التصحیح و الاعراب مصطفی النصراللهی و ابراهیم المحمدی، الطبعه الاولى، قم، مؤسسه گنج عرفان، ۱۴۲۳ق.
- ۱۹- العاملی الجبلی، زین الدین (شهید ثانی)؛ مسالک الافهام، الطبعه الثالث، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۲۵ق.
- ۲۰- العاملی الجبلی، زین الدین (شهید ثانی)؛ حاشیه الارشاد، محقق و مصحح رضا مختاری، الطبعه الاولى، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
- ۲۱- فاضل لنکرانی، محمدجواد؛ بررسی فقهی - حقوقی تلقیح مصنوعی، چاپ اول، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۳۸۷.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی خانواده، چاپ سوم، تهران، میزان، ۱۳۸۲.
- ۲۳- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، محقق و مصحح عبدالحسین محمدعلی بقال، چاپ دوم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
- ۲۴- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه الصادق، الطبعه الرابعه، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۴ق.
- ۲۵- مغنیه، محمدجواد؛ الفقه علی مذاهب الخمسه، الطبعه العاشره، بیروت، دارالتیاریت الجدید، دارالجواد، ۱۴۲۱ق.

- ۲۶- موسوی بجنوردی، میرزا حسن؛ *القواعد الفقهیه*، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۸۹ ق.
- ۲۷- موسوی الخمینی، روح‌اله؛ *تحریر الوسیله*، الطبعه السابعه، قم، دارالعلم، بی تا.
- ۲۸- نجفی، شیخ محمد حسن؛ *جواهر الکلام*، الطبعه الثانیه، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۶۶.
- 29- Ian Freckelton, Barrister, Owen Dixon Chambers, Melbourne. *DNA PROFILING: FORESING SCIENCE UNDER THE MICROSCOPE*, DNA and criminal justice, 27: 27-47.
- 30- by Conner Sullivan. www.EzineArticles.com.
- 31- Child support & parentage testing, 2010, *Victoria Legal Aid*, Legal Information Service .1-22.

**Research of " as an Argument with a critical approach to New
Ways of Parentage's Proof "**

Ahmad Bagheri^{*}

Reyhaneh Ayatollah Shirazi^{**}

Received: 2/3/2015 Accepted: 26/7/2015

Abstract:

One of the known rules of jurisprudence is a rule called Firash that derived from the Hadith of the Prophet, that means Child is for his father and stone is for adulterous. As a result of this rule, a child born to woman- by supposing all Firash conditions-is belong to the man who has an official life with that woman not adulterous or others. Iranian civil law to comply with this rule, codify the rule by this name in law. In past, This rule specified the child's parentage. Nowadays, new ways of proof the parentage such as blood test and DNA are emerged and experts say some of these ways have about 100% finality. In this essay, we try to criticize scientific and moral reasons of people who agree with new ways of proof the parentage. By this way we want to prove the reasons of people who believe that firash is a beyond time and place rule that can still be useful in determining these kinds of children's parentages.

Key words: Firash, child, blood test, DNA.

^{*}Professor of Jurisprudence and Principles of Islamic Law in Theology Faculty of Tehran University.

^{**}M.A. in Jurisprudence and Principles of Islamic Law at Islamic Azad University, Science and Research.