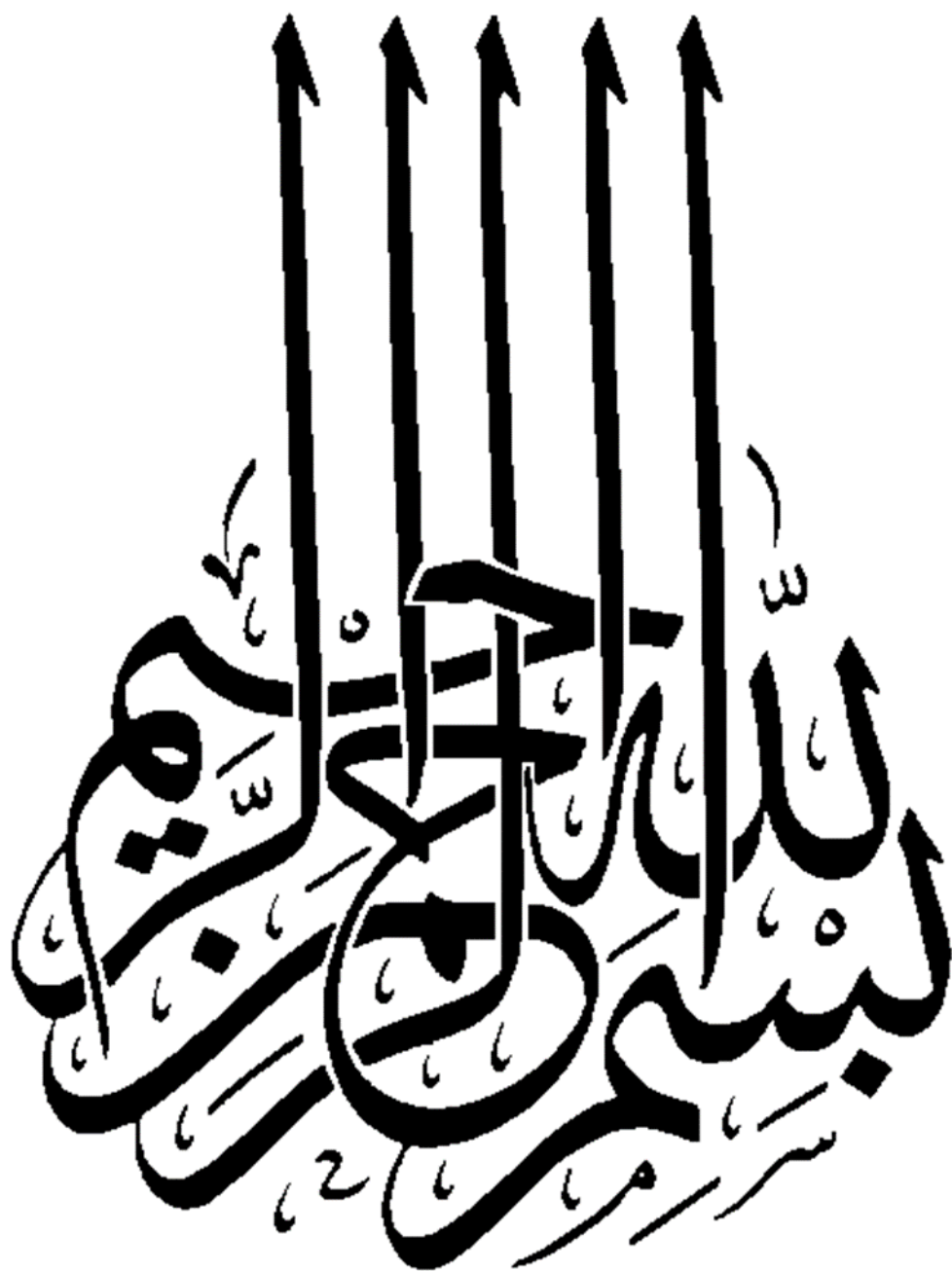






دانشکده ادبیات و علوم انسانی

پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی فقه و حقوق

گرایش حقوق خصوصی

حجیت روش‌های نوین در اثبات و نفی نسب

استاد راهنما

دکتر سعید صفی‌سلمزاری

استاد مشاور

دکتر رشید قدیری

پژوهشگر

امین کریمی

شهریور ۱۳۹۷



دانشکده ادبیات و علوم انسانی

گروه حقوق

پایان نامه آقای امین کریمی جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد: **فقه و حقوق گرایش حقوق خصوصی** با عنوان **"حجیت روش‌های نوین در اثبات ونفی نسب"** در تاریخ ۱۳۹۷/۰۶/۱۰ با حضور هیأت داوران زیر بررسی و با رتبه عالی مورد تصویب نهایی قرار گرفت.

۱. استاد راهنمای پایان نامه:

دکتر سعید صفی شلمزاری با مرتبه علمی استادیار

امضاء

۲. استاد مشاور پایان نامه:

دکتر رشید قدیری بهرام‌آبادی با مرتبه علمی استادیار

امضاء

۳. استاد داور پایان نامه:

دکتر حمید نادری با مرتبه علمی استادیار

امضاء

دکتر خاطره شاهین فرد مرتبه علمی استادیار

امضاء

مسئولیت کلیه عقاید و نظراتی که در این پایان نامه آورده شده است به عهده نگارنده بوده و دانشکده ادبیات و علوم انسانی هیچ مسئولیتی را در این زمینه تقبل نمی نماید.

دکتر محمدرضا مرادی

معاون پژوهشی و تحصیلات تکمیلی

دانشکده ادبیات و علوم انسانی

بسمه تعالی

تعهد نامه

اینجانب **امین کریمی** با شماره دانشجویی ۹۵۱۵۰۳۴۰۴ دانشجوی رشته‌ی فقه و حقوق گرایش حقوق خصوصی دانشکده‌ی ادبیات و علوم انسانی دانشگاه شهرکرد اظهار می‌کنم که این پایان‌نامه حاصل پژوهش خودم بوده و درجاهایی از آن که از منابع دیگران استفاده کرده‌ام، نشانی دقیق و مشخصات کامل آنرا نوشته‌ام. همچنین تعهد می‌نمایم که بدون مجوز استاد راهنمای پایان‌نامه‌ام دستاوردهای آنرا منتشر ننموده و یا در اختیار غیر قرار ندهم. در ضمن کلیه حقوق مادی و معنوی حاصله از نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری های ناشی از تحقیق موضوع این پایان‌نامه متعلق به دانشگاه شهرکرد است.

نام و نام خانوادگی: امین کریمی

تاریخ و امضا

با تشکر از زحمات خانواده و اساتید محترم

تقدیم به حضرت فاطمه زهرا (س)

چکیده

حفظ نسب و مشخص بودن آن پایه و اساس تمام شرایع آسمانی و نسل‌های گذشته بوده است و با توجه به اهمیتی که دارد؛ شارع مقدس در دین اسلام، فقهای امامیه در مباحث فقهی و همچنین قانون‌گذار نیز در این خصوص دلایل متعددی ارائه نموده است. نسب یک حکم وضعی است که تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند: نکاح، رضاع و مواردی از این قبیل می‌باشد که با توجه به پیشرفت علم و کشف راه‌های جدید اثبات و نفی نسب این سوال مطرح می‌باشد که آیا راه‌های اثبات و نفی نسب تعبدی و انحصاری بوده و فقط موارد مطرح شده در فقه حجیت دارند و یا اینکه ابزارها و روش‌های علمی جدید نیز مانند آزمایش ژنتیک و DNA هم قابل اثبات یا نفی هستند؟

با توجه به پیشرفت علم و همچنین نداشتن نص خاص در مورد مسائل جدید و همچنین دقت نسبی این روش‌ها و احتمال تعارض با ادله فقهی، در این پایان‌نامه درصدد بررسی این هستیم که اولاً در مورد حجیت روش‌های نوین از نظر فقهی حقوقی بحث و بررسی لازم را انجام دهیم و در مرحله بعد در مورد تقدم و تأخر در رجوع به این مباحث و در پایان در خصوص تعارض ادله فقهی با این روش‌های نوین به طور جامع خواهیم پرداخت. این تحقیق به صورت توصیفی و روش اصلی گردآوری مطالب، کتابخانه‌ای و اسنادی است و روش گردآوری مطالب هم به صورت فیش-برداری می‌باشد و از نرم‌افزارهای فقهی و مقالات سایت‌های معتبر اینترنتی هم استفاده شده است.

واژگان کلیدی: نسب، نفی نسب، اثبات نسب، اماره فراش، روش‌های نوین، DNA، تعارض، حجیت

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
فصل اول: کلیات و مفاهیم.....	۵
۱-۱ کلیات.....	۵
۱-۱-۱ بیان مسئله.....	۵
۱-۱-۲ اهداف اصلی طرح.....	۵
۱-۱-۳ پرسش‌ها.....	۵
۱-۱-۴ طرح فرضیه.....	۶
۱-۱-۵ پیشینه تحقیق و بررسی منابع.....	۶
۱-۱-۶ مواد و روش اجرا.....	۷
۲-۱ مفاهیم.....	۷
۱-۲-۱ نسب در لغت.....	۷
۱-۲-۲-۱ نسب در اصطلاح فقه و حقوق.....	۷
۲-۲-۱ خویشاوندی.....	۷
۳-۲-۱ نسب عام و نسب خاص.....	۸
۴-۲-۱ انواع نسب.....	۸
۱-۴-۲-۱ نسب مشروع.....	۸
۲-۴-۲-۱ نسب ناشی از شبهه.....	۸
۳-۴-۲-۱ نسب ناشی از زنا.....	۹
۴-۴-۲-۱ نسب ناشی از تلقیح مصنوعی.....	۱۰
۵-۲-۱ راه‌های اثبات نسب مشروع.....	۱۰
۱-۵-۲-۱ کیفیت اثبات رابطه زوجیت.....	۱۰
۲-۵-۲-۱ کیفیت اثبات نسب مادری.....	۱۰
۳-۵-۲-۱ کیفیت اثبات نسب پدری.....	۱۱
۶-۲-۱ اماره.....	۱۱
۱-۶-۲-۱ انواع اماره.....	۱۱
۲-۶-۲-۱ تعارض اماره قانونی و اماره قضایی.....	۱۳
۷-۲-۱ دلیل.....	۱۳
۸-۲-۱ تعارض.....	۱۴
۱-۸-۲-۱ شرایط وقوع تعارض.....	۱۴
۲-۸-۲-۱ راههای رفع تعارض.....	۱۵
۹-۲-۱ لعان.....	۱۵
۱۰-۲-۱ قاعده فراش.....	۱۶
۱۱-۲-۱ اقرار.....	۱۶
۱-۱۱-۲-۱ اقرار به خویشاوندی.....	۱۷
فصل دوم: اثبات، نفی و انواع دعاوی نسب.....	۱۹
۱-۲ اثبات نسب.....	۱۹

۲۰	۱-۱-۲ موضوعیت یا طریقیّت ادله اثبات نسب.....
۲۰	۱-۲-۲ قاعده فراش.....
۲۱	۱-۲-۱-۲ بررسی مدرک فقهی قاعده فراش.....
۲۱	۲-۲-۱-۲ مفردات حدیث :.....
۲۲	۳-۲-۱-۲ ترکیب الفاظ قاعده الولد للفراش:.....
۲۲	۴-۲-۱-۲ اعتبار اماره فراش.....
۲۳	۵-۲-۱-۲ توجیه اماره فراش.....
۲۳	۶-۲-۱-۲ موارد اجرای قاعده فراش.....
۲۳	۷-۲-۱-۲ شرایط اثبات نسب با توسل به اماره فراش.....
۲۳	۱-۷-۲-۱-۲ اقل و اکثر مدت حمل.....
۲۴	۲-۷-۲-۱-۲ قولهای مربوط به ابتدای مدت حمل.....
۲۴	۳-۱-۲ اقرار به نسب.....
۲۵	۱-۳-۱-۲ شرایط اقرار به نسب.....
۲۵	۲-۳-۱-۲ اقرار به فرزندى صغير.....
۲۵	۳-۳-۱-۲ اقرار به خویشاوندی.....
۲۶	۴-۳-۱-۲ آزمایش DNA.....
۲۶	۱-۴-۳-۱-۲ DNA در تعیین نسب.....
۲۶	۲-۴-۳-۱-۲ DNA تاریخچه.....
۲۷	۳-۴-۳-۱-۲ روشهای آزمایش DNA.....
۲۸	۴-۴-۳-۱-۲ حجیت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قطعی با توجه به حجیت قطع.....
۲۹	۵-۴-۳-۱-۲ نظرات در مورد استفاده از آزمایش DNA.....
۳۰	۵-۳-۱-۲ آزمایش خون.....
۳۲	۶-۳-۱-۲ انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب.....
۳۳	۲-۲-۲ نفی نسب.....
۳۳	۱-۲-۲ لعان.....
۳۳	۱-۱-۲-۲ لعان در اصطلاح فقها.....
۳۴	۲-۲-۲ ماهیت لعان.....
۳۴	۳-۲-۲ اسباب لعان.....
۳۵	۱-۳-۲-۲ شرایط اجرای لعان.....
۳۶	۴-۲-۲ شرایط ملاعن و ملاعنه.....
۳۶	۵-۲-۲ لعان به سبب انکار فرزند.....
۳۶	۶-۲-۲ تشریفات و شرایط لعان.....
۳۷	۷-۲-۲ آثار لعان.....
۳۷	۳-۲-۲ نفی ولد به وسیله روش های نوین.....
۳۸	۱-۳-۲ حجیت فقهی حقوقی DNA در نفی نسب.....
۳۹	۲-۳-۲ دلایل مورد استناد موافقین پذیرش DNA در نفی نسب.....
۳۹	۳-۳-۲ ادله مورد استناد نظریه عدم پذیرش حجیت آزمایش DNA در نفی نسب.....

۴۰	۴-۲ انواع دعاوی نسب.....
۴۰	۱-۴-۲ اثبات نسب بین والدین و فرزندان.....
۴۰	۱-۱-۴-۲ اثبات نسب پدری.....
۴۰	۱-۱-۱-۴-۲ اثبات نسب پدر از سوی مادر طفل:.....
۴۲	۲-۱-۴-۲ اثبات نسب پدر از سوی فرزند.....
۴۲	۳-۱-۴-۲ اثبات نسب پدری از سوی پدر.....
۴۲	۲-۱-۴-۲ اثبات نسب مادری.....
۴۳	۱-۲-۴-۲ اثبات نسب مادری از سوی فرزند.....
۴۳	۲-۲-۴-۲ اثبات نسب مادر از سوی پدر طفل.....
۴۳	۳-۲-۴-۲ اثبات نسب مادری از سوی مادر.....
۴۴	۲-۴-۲ اثبات نسبیت خویشاوندی.....
۴۶	۳-۴-۲ دعاوی اثبات رابطه طبیعی و خونی.....
۴۹	فصل سوم: تعارض امارات فقهی حقوقی با روش های نوین اثبات نسب.....
۵۰	۱-۳ تعریف تعارض.....
۵۰	۱-۱-۳ معنای لغوی تعارض.....
۵۰	۲-۱-۳ تعارض در اصطلاح اصول.....
۵۰	۳-۱-۳ انواع تعارض.....
۵۱	۴-۱-۳ تفاوت تعارض با تراحم.....
۵۱	۵-۱-۳ وجوه اشتراک تراحم با تعارض.....
۵۱	۶-۱-۳ وجوه افتراق تراحم با تعارض.....
۵۱	۷-۱-۳ شرایط تعارض ادله.....
۵۱	۱-۷-۱-۳ شرایط عمومی تعارض.....
۵۳	۲-۷-۱-۳ شرایط اختصاصی تعارض.....
۵۳	۸-۱-۳ موارد تعارض مستقر.....
۵۳	۹-۱-۳ موارد تعارض بدوی.....
۵۴	۱۰-۱-۳ راه حل رفع تعارض بدوی.....
۵۵	۱۱-۱-۳ نمونه های اجرای جمع عرفی.....
۵۶	۱۲-۱-۳ راه حل رفع تعارض مستقر.....
۵۶	۱۳-۱-۳ قواعد اولیه عقلی در مورد تعارض ادله.....
۵۷	۱۴-۱-۳ قاعده شرعی در مورد ادله ی متعارض.....
۵۷	۱۵-۱-۳ تعارض اماره قانونی و اماره قضایی:.....
۵۸	۱۶-۱-۳ تعارض اماره فراش و روش های نوین.....
۵۸	۱۷-۱-۳ دلیل.....
۵۸	۱۸-۱-۳ اقسام نظام ادله.....
۵۹	۱۹-۱-۳ اقسام دلیل.....
۶۰	۲۰-۱-۳ امارات.....
۶۴	منابع.....

مقدمه

نسب یک حکم وضعی است که تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند: نکاح، رضاع، وطی به شبهه و مواردی از این قبیل می‌باشد. با توجه به پیشرفت علم و کشف راه‌های جدید اثبات و نفی نسب، این سوال مطرح می‌شود که آیا راه‌های اثبات و نفی نسب تبعدی و انحصاری بوده و فقط موارد مطرح شده در فقه حجیت دارند؟ یا اینکه ابزارها و روش‌های علمی جدید نیز مانند آزمایش ژنتیک و DNA هم قابل اثبات یا نفی هستند؟ شارع مقدس و قانون‌گذار به نسب و حفظ نسب اهمیت داده‌اند، در نتیجه سعی بر آن شده که در این پایان‌نامه ابتدا به چیستی و تعریف و انواع نسب بپردازیم سپس به روش‌های نفی و اثبات نسب پرداخته و در ادامه به حجیت این روش‌ها در نفی و اثبات نسب و بررسی تعارض این روش‌ها و انواع تعارض‌ها پرداخته شود تا متوجه شویم که آیا واقعاً بین این موارد تعارضی وجود دارد یا خیر؟ و اگر وجود دارد از چه نوعی است؟ و با فرض وجود تعارض، تکلیف چیست؟

شارع مقدس در دین اسلام و فقهای امامیه در مباحث فقهی و همچنین قانونگذار نیز در خصوص حفظ نسب دلایل متعددی ارائه نموده است. از سوی دیگر برخی از احکام فقهی بر مبنای شناخت رابطه فرزندی و خویشاوندی استوار است که از باب نمونه می‌توان به تبعیت فرزند از والدین در اسلام و کفر، قصاص، محرومیت، حقوق طرفینی و مباحث فراوان دیگری که متوقف بر مشخص بودن نسب است؛ اشاره نمود.

با توجه به پیشرفت علم و همچنین نداشتن نص خاص در مورد مسائل جدید و همچنین دقت نسبی این روش‌ها و احتمال به وجود آمدن تعارض با ادله فقهی، در این پایان‌نامه درصدد بررسی این هستیم که در ابتدا در مورد حجیت روش‌های نوین از نظر فقهی حقوقی بحث و بررسی لازم را انجام دهیم و سپس در مرحله بعد در مورد تقدم و تاخر در رجوع به این مباحث بپردازیم. در پایان نیز در خصوص تعارض ادله فقهی با این روش‌های نوین به طور جامع بحث خواهیم کرد.

فصل اول

کلیات و مفاهیم

۱-۱ کلیات

۱-۱-۱ بیان مسئله

حفظ نسب نزد شارع مقدس و فقهای امامیه دارای اهمیت بسزایی است. قانون جمهوری اسلامی ایران که برگرفته از فقه شیعی است نیز این مساله را مورد توجه قرار داده و در این باره دلایل متعددی ارائه نموده از جمله ادله شناخت رابطه فرزندی و خویشاوندی و یا تبعیت فرزند از والدین در اسلام و کفر، مسائل قصاص، محرومیت از ارث و... در تعریف نسب آمده: نسب یک حکم وضعی است که تحقق آن متوقف بر اسباب و شرایط خاصی مانند: نکاح، رضاع، وطی به شبهه و مواردی از این قبیل می باشد. مساله مهم این است که روش های جدید اثبات و نفی نسب همانند آزمایش ژنتیک و DNA دارای حجیت فقهی بوده یا اثبات و نفی نسب به عنوان یک روش انحصاری و تعبدی است؟ مساله دیگر که در این باره مطرح می شود این است که با توجه به پیشرفت علم و ادله علمی و ظنی بودن اکثر ادله اثبات نسب از سوی دیگر آیا این روش های جدید با توجه به دقت بودن آنها و همچنین احتمال خطاپذیری آنها حجیت دارند؟ و در صورت تعارض این گونه روش ها با ادله فقهی تکلیف چیست و چگونه باید حکم نمود؟

۱-۱-۲ اهداف اصلی طرح

اثبات اینکه روش های نوین در اثبات و نفی نسب حجیت دارند و ادله ای اثبات نسب انحصاری نبوده و در صورت تعارض روش های نوین و ادله ای فقهی قوانین باب تعارض اعمال می گردد.

۱-۱-۳ پرسش ها

پرسش اصلی اول:

آیا روش های نوین در اثبات نسب حجتند؟

پرسش اصلی دوم:

آیا روش‌های نوین همانند آزمایش ژنتیک و خون و DNA و... علاوه بر اثبات نسب در نفی نسب نیز حجتند؟

پرسش فرعی اول:

در رجوع به روش‌های اثبات و نفی نسب، کدام یک از این روش‌ها مقدم است؟

پرسش فرعی دوم:

در صورت تعارض روش‌های نوین همانند آزمایش ژنتیک و خون و DNA و... با ادله فقهی وظیفه چیست و چگونه حکم می‌شود؟

۱-۱-۴ طرح فرضیه

فرضیه اصلی:

با توجه به پیشرفت علم از یک سو و ظنی بودن ادله فقهی اثبات و نفی نسب از سوی دیگر، پس روش‌های نوین در اثبات و نفی نسب حجیت دارند.

فرضیه های فرعی :

فرضیه فرعی اول: ادله اثبات نسب انحصاری نمی‌باشند و روش‌های فقهی مقدم‌اند.
فرضیه فرعی دوم: گرچه روش‌های نوین به عنوان اماره قضایی حائز اهمیت است ولیکن در صورت تعارض روش‌های نوین و ادله فقهی، قوانین باب تعارض اعمال می‌گردد و بر اساس قاعده فقهی یعنی لعان حکم می‌شود.

۱-۱-۵ پیشینه تحقیق و بررسی منابع

در رابطه با اثبات و نفی نسب فقهاء به قواعد و ادله فقهیه استناد نموده اند حتی گاهی بعضی قواعد مانند قرعه نیز استناد می نمایند اما فقهای متقدم معترض روشهای جدیدی در اثبات نسب نشده‌اند چراکه این بحث بحث کاملاً جدیدی می‌باشد در این رابطه برخی از دانشمندان به طور پراکنده به برخی از زوایای این موضوع پرداخته‌اند اما نه اینکه تمامی مباحث را به صورت جامع و کامل بیان نموده باشند؛ این امر صورت پذیرفته است لذا به نظر می‌رسد از این حیث پرداختن به این موضوع کار جدیدی به نظر می‌رسد؛ همچنین در رابطه با حجیت‌اثبات و نفی نسب از طریق روش‌های نوین پزشکی و تعارض آن‌ها با ادله فقهی که در عصر حاضر یکی از مباحث مهمی بوده که خوداین بحث و نتیجه آن کمک شایانی به قاضی در مورد مسائل زنا، نسب، لعان و دیگر مباحث فقهی حقوقی می‌نماید. که در این پایان نامه به صورت کامل به آن‌ها خواهیم پرداخت.

اثبات و نفی نسب از جمله مباحث فقهی و حقوقی هستند که از زمان پیامبر اکرم (ص) هم مورد توجه و بحث بوده اند. ولیکن روش‌های نوین و حجیت آن‌ها از جمله مباحث جدیدی هستند که قابلیت پژوهش را دارند. در این زمینه می‌توان به پایان‌نامه آقای امین بابایی دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه علوم قضایی اشاره کرد که با راهنمایی استاد دکتر احمد اسماعیل تبار در سال ۱۳۹۵ با عنوان: قاعده فراش و یقین قاضی بر اساس DNA دفاع گردیده که در این پایان‌نامه به صورت خیلی مختصر فقط به آزمایش DNA و

آزمایش خون پرداخته است، ولی ما در این پایان نامه به مبحث تعارض و نوع تعارض امارات فقهی و حقوقی با روش های نوین پرداخته ایم و مباحث فقهی به دلیل اینکه موضوع اصلی ما نیست کمتر پرداخته ایم.

۱-۱-۶ مواد و روش اجرا

این تحقیق به صورت توصیفی-تحلیلی صورت می پذیرد و روش اصلی گردآوری مطالب، از طریق رجوع به منابع کتابخانه ای و اسنادی است. روش گردآوری مطالب هم به صورت فیش برداری می باشد و از نرم افزارهای فقهی و مقالات و سایت های معتبر اینترنتی هم استفاده خواهد شد.

۱-۲ مفاهیم

مفاهیم اصلی مورد توجه در این پژوهش نسب و خویشاوندی است که این مهم در لغت، فقه و حقوق اسلامی در ذیل مورد بررسی قرار می گیرد.

۱-۲-۱ نسب در لغت

نسب در لغت به معنای اصل و نژاد و کار و شغل می باشد (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه نسب) فرهنگ معین در تعریف واژه نسب آورده است: ۱ - نژاد، خاندان؛ ۲ - خویشاوندی، قرابت (معین، ۱۳۸۷: ذیل واژه نسب) در فرهنگ عمید آن را اسم عربی دانسته که جمعش آنساب است و به معنای ۱. نژاد؛ ۲. قرابت خویشی؛ خویشاوندی است (عمید، ۱۳۶۳: ذیل واژه نسب).

۱-۲-۱-۱ نسب در اصطلاح فقه و حقوق

عبارت است از: رابطه ی خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند. و به تعبیر دیگر «نسب علاقه ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آن ها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالثی حادث می شود (بروجردی عبده، ۱۳۳۹: ۲۸۰).

- شهید ثانی (ره) در شرح لمعه در تعریف نسب می فرماید: «فالنسب هو: الاتصال بالولادة بانتهاء أحدهما إلى الآخر، كالأب و الابن، أو بانتهائهما إلى ثالث. مع صدق اسم النسب عرفاً على الوجه الشرعی» ترجمه: «مقصود از نسب آن است که شخصی با دیگری به واسطه ولادت مرتبط شود، به این نحو که یکی از آن دو به دیگری منتهی شود، مانند پدر و پسر، یا آنکه هر دو به یک فرد سومی منتهی شوند، البته به شرط آنکه اسم نسب عرفاً صدق کند و بر وجه شرعی باشد».؛ (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ۲۲).

۱-۲-۲ خویشاوندی

در قانون مدنی سه نوع علاقه قرابت و رابطه ی خویشاوندی بین افراد وجود دارد:

الف- خویشاوندی نسبی:

به افراد هم خون گفته می شود، خواه در خط مستقیم (قرابت پدر و فرزندی) و خواه در خط اطراف (قرابت خواهر و برادری) (ر.ک: ماده ۸۶۱ و ۸۶۲ و ۸۶۴ و ۱۰۳۲ و ۱۰۳۱ و ۱۰۳۳ و ۱۱۹۶ ق.م.).

ب- خویشاوندی سببی:

در این نوع رابطه‌ی خویشاوندی، رابطه‌ی خونی و نسبی وجود ندارد؛ بلکه افراد از طریق سبب دیگر مانند پیوندهای ارادی و اجتماعی به خویشاوندی هم درمی‌آیند مانند ازدواج (ر.ک: ماده ۸۶۱ و ۸۶۲ و ۸۶۴ و ۱۰۳۲ و ۱۰۳۱ و ۱۰۳۳ و ۱۱۹۶ ق.م.و).

ج- خویشاوندی رضاعی:

خویشاوندی رضاعی نیز نوعی رابطه‌ی خویشاوندی است که به سبب شیر خوردن نوزاد از زنی که مادر طبیعی آن نوزاد نیست به وجود می‌آید. تنها اثر این نوع رابطه منع ازدواج با خویشان رضاعی است و دیگر آثار رابطه‌ی خویشاوندی نظیر نفقه و ارث بر آن مترتب نخواهد شد (قانون مدنی، ماده: ۱۰۴۶ و ۱۰۴۷).

۱-۲-۳ نسب عام و نسب خاص

در اصطلاح فقهاء و متکلمین گاهی نسب به معنای عام و خاص عنوان می‌گردد که به صورت خلاصه به این دو واژه اشاره می‌گردد:

الف) نسب به معنی عام: مترادف با قرابت نسبی است و رابطه‌ی طبیعی و خونی بین کلیه‌ی خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف را در بر می‌گیرد.

ب) نسب به معنای خاص: عبارت است از رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی و به دیگر سخن، رابطه‌ی طبیعی و خونی میان دو نفر است که یکی به طور مستقیم از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۳۲۳).

۱-۲-۴ انواع نسب

در فقه و حقوق موضوعه نسب انواعی دارد که در اینجا به چهار مورد از انواع نسب اشاره می‌نماییم:

۱-۲-۴-۱ نسب مشروع

که از آن به نسب قانونی نیز تعبیر می‌شود، نسب ناشی از نکاح است. در حقوق ایران نسب هنگامی مشروع و قانونی شناخته می‌شود که در زمان انعقاد نطفه طفل، رابطه نکاح بین پدر و مادر او وجود داشته باشد (ر.ک: م ۱۰۲ ق.م.و).

نسب مشروع نوع متعارف و کامل نسب است که در همه‌ی کشورها به رسمیت شناخته شده‌است و دارای پاره‌ای آثار حقوقی مانند ولایت، نفقه، ارث و... است.

۱-۲-۴-۲ نسب ناشی از شبهه

شبهه به معنی اشتباه است و اشتباه تصور نادرستی است که ممکن است انسان از چیزی داشته باشد. هرگاه مردی با زنی نزدیکی کند، به تصور اینکه بین آنان رابطه‌ی زوجیت وجود دارد، حال آنکه چنین رابطه‌ای در واقع وجود نداشته باشد، این عمل را نزدیکی به شبهه یا وطی به شبهه گویند و اگر فرزندی از آنان به دنیا آید او را ولد شبهه و نسب او را نسب ناشی از شبهه نامند (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/ ۳۱۷).

در فقه و حقوق مدنی ایران نسب ناشی از شبهه در حکم نسب مشروع است و ولد به شبهه به کسی که در هنگام نزدیکی در اشتباه بوده است ملحق می‌گردد (ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی)

۱-۲-۴-۳ نسب ناشی از زنا

هرگاه در نتیجه رابطه‌ی نامشروع زن و مرد، طفلی به دنیا آید نسب او ناشی از زنا و به تعبیر دیگر نامشروع است. و طفل را ولدالزنا، فرزند طبیعی و فرزند نامشروع گویند (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۲۳). در حقوق ایران نسب نامشروع به رسمیت شناخته نشده است و طفل ناشی از رابطه آزاد زن و مرد به زناکار ملحق نمی‌شود.

- آثار نسب ناشی از زنا:

۱- اسلام ولدالزنا

که در مورد آن اختلاف است و برخی عقیده دارند که تا زمان بلوغ و اظهار اسلام او حکم مسلم را ندارد اما ولدالزنا به پدر و مادر مسلمانش در اسلام داشتن ملحق می‌شود (شهید اول، ۱۴۱۷ ق: ۲/۱۸۲).

۲- خواندن نماز میت بر ولدالزنا

(اگر قبل از بلوغ و اظهار اسلام فوت کند)، با اثبات نسب برای وی ولد به مسلم الحاق می‌شود و اگر فوت کند بر وی نماز میت خوانده می‌شود.

۳- نفقه ولدالزنا

که بر عهده زانی است و همچنین نفقه زانیه در دوران حمل نیز بر عهده زانی است.

۴- حضانت و ولایت

از نگاهی فقهی نگهداری ولدالزنا اگر دختر باشد تا ۷ سال و اگر پسر باشد تا ۲ سال با زانیه است و پس از آن با زانی خواهد بود (لنکرانی، بی تا: ۱/۴۴۹).

۵- محرمیت و ازدواج

ولدالزنا نمی‌تواند با محارمی که به نسب ایجاد می‌شود ازدواج کند. مانند عمه، عمو، خاله، دایی و... که این خود یکی از دلایل اثبات نسب لغتاً و حقیقتاً برای ولدالزناست (ر.ک: م. ۱۰۴۵ و ۱۰۴۶ ق.م.).

۶- طهارت و نجاست

در طهارت و نجاست ملحق به زانی و زانیه می‌شود؛ (اگر مسلم باشند ولد نیز پاک است و اگر نباشند کودک هم تبعیت می‌کند).

۷- ذبیحه

حیوانی را که ولدالزنا (که متولد از مسلمین است) قبل از بلوغ و اظهار اسلام ذبح می‌کند، بالتبع انتقال نسب پاک و قابل استفاده است.

۸- تورات

تنها موردی که از ولدالزنا استثنا شده است ارث است. در ارث‌بری با نسب، یکی از شرایط ولدالزنا نبودن است که این استثناء در احادیث صحیح‌السند ذکر شده است و همین موضوع سبب شده است که بسیاری از فقها و حقوقدانان از ولدالزنا به صورت کلی نسب را نفی کنند. اما آنچه مسلم است استثناء کردن یکی از آثار نسب، سبب نفی کلی آن نخواهد شد. بنابراین نه ولدالزنا از اقربای نسبی خود ارث می‌برد و نه آنها از ولدالزنا ارث می‌برند و اگر ولدالزنا فوت کند و مالی داشته باشد متعلق به امام خواهد بود (ر.ک. ماده ۸۸۴ ق.م.).

۱-۲-۴-۴ نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

تلقیح در لغت به معنی باردار کردن و لقاح به معنی باردار شدن است و تلقیح مصنوعی عبارت از این است که زن با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد آبستن شود. در بحث تلقیح مصنوعی باید تفاوت قائل شد بین صورتی که تلقیح مصنوعی با نطفه شوهر است و صورتی که تلقیح مصنوعی با نطفه غیرشوهر است. اگر از روی اشتباه منی مردی را داخل رحم زن اجنبی قرار دادند سقط آن جایز نیست و بچه ملحق به آنان می‌باشد. استفاده از تخمک زن اجنبی و بارور نمودن آن با اسپرم شوهر در خارج به وسیله دستگاه و گذاشتن آن در رحم همسر همچنین استفاده از اسپرم مرد اجنبی و بارور نمودن آن با تخمک همسر و گذاشتن آن در رحم همسر محل اشکال است و بر فرض وقوع اگر صاحب نطفه و تخمک معلوم باشند بچه به آنها ملحق می‌شود، وگرنه مجهول النسب می‌باشد و در محرمیت صاحب رحم باید احتیاط شود (نجف‌آبادی، ۱۴۲۷ ق: ۸۹).

۱-۲-۵ راه‌های اثبات نسب مشروع

در رابطه با نسب و اثبات نسب در فقه و حقوق، فقها و حقوق‌دانان مطالبی را ذکر نموده‌اند که هرگاه در مورد نسب مشروع طفلی اختلاف وجود داشته باشد برای اثبات آن ابتدائاً باید سه موضوع مورد بررسی و اثبات قرار گیرد.

۱- رابطه زوجیت

۲- نسب مادری

۳- نسب پدری (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۰۴).

۱-۲-۵-۱ کیفیت اثبات رابطه زوجیت

برای اثبات نسب مشروع باید ثابت شود که بین پدر و مادر طفل پیوند زناشویی صحیح و قانونی وجود داشته‌است. اثبات رابطه زوجیت با هریک از ادله اثبات دعوی امکان‌پذیر است و قانون‌گذار ایران در این باب از نظر دلیل محدودیتی قائل نشده و اصل آزادی دلیل را پذیرفته‌است (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۲۶؛ ر.ک: م: ۱۱۰۲ ق.م.). در حقوق ایران به پیروی از حقوق اسلام، وجود رابطه زوجیت در زمان انعقاد نطفه شرط نسب مشروع تلقی شده‌است. پس اگر بر اثر رابطه‌ی جنسی آزاد، نطفه بچه‌ای بسته شود و سپس زن و مرد با هم ازدواج کنند و طفل در زمان زوجیت به دنیا آید نمی‌توان او را نسب مشروع دانست، حتی اگر انعقاد نطفه در دوران نامزدی صورت گرفته‌باشد (همان).

۱-۲-۵-۲ کیفیت اثبات نسب مادری

برای اثبات نسب مادری باید ثابت شود اولاً زنی که مادر طفلی معرفی شده بچه‌ای به دنیا آورده است ثانیاً این بچه همان طفلی است که نسب او مورد نظر است. همان طور که قانون‌گذار در اثبات رابطه زوجیت اصل آزادی دلیل را پذیرفته‌است در اینجا هم اصل آزادی دلیل را پذیرفته‌است (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/۳۰۱).

۱-۲-۵-۳ کیفیت اثبات نسب پدری

اثبات نسب پدری دشوارتر از اثبات نسب مادری است؛ زیرا ولادت بچه از مادر امری مشهود و خارجی است. بنابراین برای اثبات نسب پدری در جست و جوی قطع و یقین نباید بود، زیرا هیچ دلیلی نمی‌تواند به طور قاطع ثابت کند که این بچه از نطفه فلان مرد است (ر.ک: طاهری، ۱۴۱۸ ق: ۳/ ۳۰۱).
برای اثبات نسب ما یک سری امارات و دلایل فقهی داریم و یک سری روش‌های نوین پزشکی که هر کدام از این موارد، می‌توانند ما را در نفی و اثبات نسب طفل یاری دهند.

۱-۲-۶ اماره

اماره دلیلی است که به لحاظ حکایت و کاشفیت ظنی آن از واقع، معتبر دانسته شده است؛ بدین معنا که ظن نوعی برآمده از اماره، همچون علم، حجت شمرده شده است؛ البته با این تفاوت که حجیت علم، ذاتی است، لیکن حجیت ظن، جعلی و اعتباری است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۶).

۱- تفاوت اماره با اصل عملی و دلیل

اماره با اصل عملی و دلیل نیز متفاوت است. اماره به لحاظ حکایت و کشف از واقع هر چند به طور ناقص، حجت است، در حالی که در حجیت اصل، حیث کاشفیت آن از واقع لحاظ نشده است (اصل عملی). دلیل نیز اعم از قطعی و ظنی است، در حالی که اماره، تنها، دلیل ظنی است. از این عنوان در اصول فقه، بخش مباحث حجت، سخن رفته است. از اماره به دلیل اجتهادی و از اصل عملی به دلیل فقهی نیز تعبیر شده است (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۶).

۲- حجیت اماره

اماره به لحاظ آن که دلیل ظنی است، در صورتی که دلیل قطعی و یقینی بر اعتبار آن وجود نداشته باشد، حجیت ندارد؛ هر چند ظن حاصل از آن قوی باشد (مظفر، ۱۳۸۶: ۱۷).

۳- طریقت یا سببیت اماره

در این که حجیت اماره به نحو طریقت و کشف از واقع است یا به نحو سببیت یعنی سبب حدوث حکم بر طبق مؤدای خود، اختلاف است. عمل به اماره - در صورت اشتباه و عدم انطباق مؤدای آن با واقع - بنا بر طریقت تنها، در حدّ عذر برای مکلف در عمل به آن مطرح است، لیکن بنا بر سببیت، حکم واقعی از مکلف برداشته می‌شود و شارع در موضوع محل شک، حکم برگرفته از اماره را حکم ظاهری قرار می‌دهد. مشهور اصولیان برآنند که حجیت اماره به نحو طریقت است.

شیخ انصاری در خصوص طریق یا سبب بودن اماره، نظریه‌ای میانی انتخاب و از آن با عنوان «مصلحت سلوکی» یاد کرده است. طبق نظر وی، در پیروی از اماره - نه در خود عمل - مصلحتی الزام‌آور وجود دارد که مصلحت از دست رفته را جبران می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ ق: ۱۱۵-۱۱۲).

۱-۲-۶-۱ انواع اماره

در حقوق ایران اماره بر دو قسم است؛

- اماره قانونی

- اماره قضایی

۱- **امارات قانونی:** امارات قانونی اوضاع و احوالی است که قانون آن را دلیل برامری قرار داده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۷۷).

کسی که در جریان دعوا اماره قانونی به نفع او است، از ابراز دلیل دیگری معاف است و اگر طرف مقابل منکر وجود اماره باشد، مدعی داشتن اماره باید وجود آن را ثابت کند. دادگاه باید اماره اثبات شده را مبنای حکم خود قرار دهد، مگر اینکه دلیلی برخلاف اماره موجود باشد (حکیمی، ۱۳۹۳: ۲).

در ماده ۱۳۳۲ قانون مدنی در مورد امارات قانونی بیان شده است که: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده، مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آن‌ها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

در آخر باید به این نکته توجه شود که اماره قانونی باید در قانون شناخته شود و در دادگاه نمی‌تواند با قیاس، اگر چه قیاس اولویت باشد، بر اماره قانونی اضافه نماید و لذا موارد اماره قانونی محدود می‌باشد (امامی، ۱۳۷۸: ۲۱۰).

۲- **امارات قضایی:** همان اوضاع و احوالی است که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود، یعنی قاضی از آن اوضاع و احوال نسبت به امر مجهول قطع و یقین پیدا می‌کند و نوعاً صحت اظهارات یکی از طرفین دعوی را برساند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۷۸).

اگر اوضاع و احوال چنین وضعی را برای قاضی به وجود نیاورد، عنوان اماره قضایی پیدا نمی‌کند. بنابراین امارات قضایی را قانون تأسیس نکرده و به صلاح دید دادرس و قاضی گذاشته و دادرس از طریق برخی از نشانه‌ها تلاش می‌کند که با نتیجه‌گیری، نسبت به واقعیت امر مورد ادعا تصمیم‌گیری نماید. امارات قضایی به نظر دادرس و قاضی واگذار شده است، اماره قضایی برخلاف اماره قانونی محدود به موارد خاصی نیست و لذا شمارش مصداق‌های آن امکان‌پذیر نیست و در هر مورد که قرائن قاضی را به حقیقت هدایت کند، اماره قضایی مطرح می‌شود (حکیمی، ۱۳۹۳: ۵).

- تفاوت اماره قضایی و اماره قانونی

اماره قانونی و قضایی با یکدیگر تفاوت‌هایی دارند که می‌توان در نکات ذیل خلاصه نمود:

۱- **تفاوت اول:** آن که اماره قانونی توسط قانون‌گذار تعیین و شناسایی گردیده است، لیکن تعیین اماره قضایی در هر مورد خاص با قاضی می‌باشد.

۲- **تفاوت دوم:** آن که اماره قانونی چهره نوعی دارد، در حالی که اماره قضایی چهره شخصی داشته و خاص همان دعوا می‌باشد.

۳- **تفاوت سوم:** اماره قانونی برخلاف اماره قضایی، صرف نظر از اقناع وجدان قاضی، بر وی تحمیل می‌شود. اما در خصوص اماره قضایی، قاضی در صورتی بدان استناد می‌کند که برای او باور درونی ایجاد نماید. به عبارت دیگر اماره قانونی در زمره ادله قانونی بوده ولی اماره قضایی در زمره ادله اقناعی می‌باشد. (شمس، ۱۳۹۴: ۲۳۷)

تفاوت مهم دیگری که ارتباط زیادی با مبحث تعارض ادله دارد، آن که قانون‌گذار در ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی اثبات خلاف اماره قانونی را با مطلق دلیل ممکن و اماره قانونی را در مقابل آنها مغلوب می‌داند؛ در حالی که در خصوص اثبات خلاف اماره قضایی، قانون‌گذار سکوت اختیار نموده است که این امر ناشی از اقناعی بودن اماره قضایی می‌باشد.

۱-۲-۶-۲ تعارض اماره قانونی و اماره قضایی

در مواردی که اماره قانونی و قضایی در یک جهت باشند، باعث تقویت در آن جهت می‌باشند و باعث تقویت در جهت اثبات می‌شوند. اما در موارد تعارض امارات، باید گفت که اگر امارات در هر دو طرف قانونی و یا قضایی باشند و ترجیحی هم نداشته باشند، مثل تعارض دو دلیل هردو ساقط می‌شوند. ولی اگر یکی از امارات قانونی و دیگری اماره قضایی باشد، اماره قضایی معتبر است و باید اماره قانونی نادیده گرفته شود. زیرا اماره قانونی مبتنی بر ظن نوعی باقی نمی‌ماند.

از طرف دیگر می‌توان گفت که امارات قضایی نزدیک به ادله و امارات قانونی نزدیک به اصول عملیه‌اند و درست است که هر دو اماره‌اند و تا حدی کاشف از واقع‌اند، اما چون کاشفیت اماره قضایی بیشتر است، بر اماره قانونی مقدم می‌شود. همچنین در مواردی که قانون به قاضی تکلیف می‌کند که از امارات قانونی استفاده نماید و یا اماره قانونی ارائه می‌نماید، بلافاصله اعتبار آن را تا زمانی می‌داند که دلیل خلاف آن موجود نباشد و لذا اگر اماره قضایی وجود داشته باشد، مقدم بر اماره قانونی است.

مواد ۳۰۰ و ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق هم به روشنی برتری اماره قضایی را بر اماره قانونی نشان می‌داد.^۱

بنابراین اگر کسی ادعا کند که کیفی که در دست دیگری است متعلق به او است. در صورتی که طرف مقابل هم به اماره تصرف و ید استناد کند. که در ماده ۳۵ قانون مدنی ذکر شده و به عنوان اماره قانونی شناخته می‌شود. و به استناد اماره ید خود را مالک بداند؛ اگر مدعی جزئیات درون کیف را اطلاع داشته باشد ولی متصرف نتواند اطلاعی از جزئیات درون کیف بدهد، کیف به مدعی باید داده شود و حکم بر مالکیت او شود. زیرا از اماره قضایی در این مثال قطع به مالک بودن مدعی پیدا می‌شود؛ بنابراین به طور کلی در تعارض اماره قانونی و اماره قضایی، اماره قضایی بر اماره قانونی مقدم است (امامی، ۱۳۷۸: ۲۲۴-۲۲۳). در نتیجه اماره ید که اماره قانونی است، نه اماره قضایی، اگر با اماره قضایی هم تعارض کند، اماره قضایی مقدم بر اماره ید می‌شود.

۱-۲-۷ دلیل

در لغت: به معنای راهنما، رهنمون، نشان و علامت آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه دلیل).
در علم منطق: دلیل یا دلایل به هر چیزی که ذهن انسان را به وجود شی دیگری معطوف داده اطلاق می‌گردد (مظفر، ۱۳۸۶: ۵۷).

دلیل در لغت عبارت است از: چیزی که از چیز دیگری خبر می‌دهد و آن چیز دیگر را نمایان می‌سازد، خواه لفظ باشد یا غیر لفظ، به قصد نمایاندن و خبر دادن از چیز دیگر باشد یا بدون قصد باشد (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹: ۱/۳۲۷).

نمایاندن و خبر دادن از لوازم ذاتی دلیل است.

^۱ ماده ۳۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ بیان می‌داشت که: هرگاه سند معینی که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است در نزد دیگر باشد به درخواست طرف باید آن سند ابراز شود، هرگاه طرف مقابل به وجود سند در نزد خود اعتراف کند، ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله دلائل مثبت بداند. ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ هم بیان می‌داشت که: هرگاه بازگانی که به دفاتر او اسناد شده است از ابراز دفاتر خود امتناع نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می‌تواند آن را از ادله مثبت اظهار طرف قرار دهد.

- دلیل در اصطلاح اصولیین عبارت است از: چیزی که وصول و رسیدن به آن، علم به مطلوب را ممکن می‌سازد (همان).

- در اصطلاح اصولی‌ها، دلیل به چیزی گفته می‌شود که قابلیت استنباط حکم شرعی از آن وجود دارد، و وسیله‌ای است که مجتهد را - وجداناً یا تعبداً- به حکم واقعی می‌رساند (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۱۳۰).

۱-۲-۸ تعارض

- تعارض در لغت

واژه تعارض از ماده عرض مشتق شده است که به معنی بعدی از ابعاد سه گانه در مقابل طول و عمق است و گاه به معنی اظهار، آشکار شدن و در معرض قرار گرفتن است (خدایی، ۱۳۹۵: ۱۸۴-۱۸۹).

- تعارض در اصطلاح

شیخ انصاری قائل است: تعارض به معنی تنافی و تمانع و تعاند در مدلول دو دلیل است به نحوی مفاد دو دلیل قابل جمع نیستند و به اعتبار تنافی مدلول‌ها تعارض را به ادله نسبت می‌دهند. ایشان تعارض را علاوه بر مقام اثبات و دلالت در مقام نبوت نیز قبول دارند (ر.ک: خدایی، ۱۳۹۵: ۱۸۴-۱۸۹).

محقق خراسانی تعارض را فقط منحصر به دلالت و مقام اثبات می‌داند (ر.ک: خدایی، ۱۳۹۵: ۱۸۴-۱۸۹).

- تعارض مستقر و غیر مستقر

هرگاه واقعا میان مدلول دلایل تنافی به گونه‌ای تناقض و یا تضاد وجود داشته باشد آن را تعارض مستقر نامند؛ ولی در مواردی که هرچند به نظر بدوی میان ادله تعارض وجود داشته باشد، اما پس از اندک تأملی عرف به راه‌حل بسیار آسانی دست یابد و هیچ‌گونه تحیری برای او باقی نماند آشکار می‌گردد؛ که در واقع به علت فقدان شرایط تناقض و یا تضاد، تعارضی وجود نداشته است. این موارد را تعارض غیر مستقر می‌نامند که به نحو اختصار بیان می‌گردد (آشتیانی، بی‌تا: ۴/۴).

۱-۲-۸-۱ شرایط وقوع تعارض

وقوع تعارض ادله اثبات دعوا منوط به فراهم بودن سه شرط اساسی علاوه بر تنافی مفاد ادله می‌باشد که عبارتند از:

- تعدد ادله

- وجود شرایط اعتبار در ادله متنافی

- وحدت موضوع ادله متنافی

۱- تعدد ادله:

بدین معنا که برای وقوع تعارض، وجود حداقل دو دلیل یا دو دسته «منظور از یک دسته دلیل، دلیلی است که ارزش اثباتی آن منوط به فراهم آمدن نصاب معینی است» از ادله ضروری است.

۲- وجود شرایط اعتبار در ادله متنافی

بدین معنا که لازم است هریک از ادله متنافی از شرایط موردنظر قانون‌گذار برخوردار باشند؛ به گونه‌ای که هرکدام به تنهایی معتبر بوده و صدور حکم بر اساس آن صحیح باشد.

۳- وحدت موضوع ادله متنافی

بدین معنا که ضروری است مفاد متعارض دو دلیل، درباره یک موضوع بوده و قلمرو شمول آن دو بر هم منطبق باشد. به عبارت دیگر دو دلیل زمانی متعارض محسوب می‌شوند که برای اثبات نفی موضوعی واحد ارائه گردند (حیدری، بی تا: ۱/ ۲۳۶).

۱-۲-۸-۲ راه‌های رفع تعارض

۱- تقدم قانونی

تعیین ارزش اثباتی ادله در وضعیت تعارض، اقدام جدیدی است که در قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۹۲ به ارمغان آورده شده است. بر اساس ماده ۲۱۳ قانون مدنی ایران: در تعارض سایر ادله با یکدیگر، اقرار بر شهادت شرعی، قسامه و سوگند مقدم است. همچنین شهادت شرعی بر قسامه و سوگند تقدم دارد.

راهکار تقدم قانونی برای تمامی مصادیق ادله تعارض ادله اثبات دعوا قابل اجرا نمی‌باشد؛ بلکه اجرای آن منوط به تحقق سه شرط اساسی است.

۱- آن که ارزش اثباتی هریک از ادله متعارض برای قاضی یکسان باشد. در نتیجه اگر قاضی بر مفاد یکی از ادله متعارض اقتناع یابد، تعارض رفع می‌گردد و ضروری است تا بر اساس ادله مورد اطمینان، قضاوت صورت پذیرد.

۲- آنکه ادله متعارض از دو نوع متفاوت باشند. بنابراین در صورت هم‌نوع بودن ادله متعارض، مثلاً اقرار با اقرار تقدم قانونی کارایی ندارد.

۳- آنکه تعارض ادله در اثبات جرایم مستوجب تعزیر و قصاص رخ داده باشد و نه اثبات در جرایم حدی.

۱-۲-۹ لعان

- لعان در لغت

لعان در لغت از مصدر «لَعَن» اشتقاق یافته است. لعن به معنی راندن و دور ساختن از خیر و نیکی (جوهری، ۱۴۱۰ق: ۶/ ۲۱۹) یا دور ساختن از خدا و خلق و به معنی دشنام دادن، ناسزا گفتن و نفرین به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۱۴.ه.ق: ۳۸۷).

شخصی که مورد لعن و نفرین قرار گرفته است را لعین گویند.

لعان و ملاعنه مصدر لعن از مصدر لعن از باب مفاعله به معنای مباحله و وقوع نفرین و لعنت میان دو نفر یا بیشتر است.

- لعان در قرآن

واژه لعان و مشتقات آن ۴۱ بار در قرآن کریم به کار رفته است. در موارد بسیاری به معنی دور ساختن از رحمت خدا که همان دوری از خیر و نیکی می‌باشد به کار رفته است. (بقره: ۸۸) البته برخی از مفسرین معتقدند لعن از خدا، به معنا دور ساختن از رحمت خدا و از غیر خدا مانند انسان و فرشتگان، به معنای نفرین و درخواست آن از خدا است (طبرسی، ۱۳۷۷.ه.ق: ۹۳).

- لعان در اصطلاح فقیهان

لعان در اصطلاح فقیهان دور از معنای لغوی آن نیست. اما با توجه به اینکه موضوع اصلی ما بحث لعان نمی- باشد، اشاره‌ای گذرا به تعاریف برخی از فقها از لعان می‌کنیم.

شیخ صدوق در تعریف لعان گفته است: «لعان عبارت است از اینکه مرد به همسر خویش نسبت فجور زنان بدهد و فرزند او را انکار کند» (شیخ صدوق، ۱۴۱۵.ه.ق: ۳۵۵).

ابن حمزه طوسی در تعریف لعان گفته است: «لعان سوگند ویژه‌ای است که زن و شوهر پس از قذف همسر به وسیله شوهر، به گونه‌ای مخصوص ادا می‌کند» (طوسی، ۱۴۰۸.ه.ق: ۳۳۶).

برخی از فقها در تعریف لعان افزون بر ماهیت آن به آثار آن و تشریفات لعان و برخی از شرایط آن اشاره کرده- اند.

مثلاً طبق گفته شهیداول: لعان مباهله‌ای است میان زن و شوهر برای نفی حد یا نفی فرزند که با الفاظ ویژه- ای در نزد حاکم انجام می‌پذیرد (شهیداول، ۱۴۱۴.ه.ق: ۲۹۸).

در تعریف همه فقها از لعان می‌توان به این نکته مشترک در تعاریف اشاره کرد که لعان را باید مباهله‌ای میان زن و شوهر دانست که با هدف از میان رفتن حد اجرا می‌گردد و آثاری مانند جدایی زوجین را به همراه دارد.

۱-۲-۱۰ قاعده فراش

- اماره فراش در اصطلاح عبارت است از این که: طفلی که از زن شوهردار به دنیا آمده‌است، فرزند شوهر فرض شود و ملحق به او گردد.

این اماره که از حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» گرفته شده، مورد قبول تمام مذاهب فقهی و قانون مدنی ایران است که از نسب فرزند حمایت می‌کند تا بدون اقرار و بیان، به زوج نسبت داده شود.

البته با استناد به این اماره نسب طفلی هم که از نکاح فاسد یا شبهه متولد شود به واطی ملحق می‌شود؛ هرچند فراش واقعی وجود ندارد.

از آن جایی که در اثبات نسب با احتیاط عمل می‌شود، نسب با کمترین دلیل ثابت می‌شود اما جز با قوی‌ترین ادله که لعان است، نفی نمی‌شود (گویلی، ۱۳۸۷: ۵).

این قاعده در حقوق ایران از این جهت که یکی از ادله اثبات نسب قانونی طفل به حساب می‌آید و مطابق آن کودک متولد شده ملحق به شوهر می‌شود، معروف به اماره فراش است و دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران نیز مبتنی بر این قاعده بوده و ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی نیز صراحتاً آن را از امارات قانونی به حساب آورده است.

۱-۲-۱۱ اقرار

- تعریف اقرار: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر به ضرر خود (ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی)».

ارزش اقرار به عنوان دلیل، از آن جهت است که هرگاه شخص عاقل به زیان خود و به سود دیگری چیزی اظهار کند، آن امر معمولاً درست و مطابق واقع است.

اقرار به نسب دارای خصوصیات متمایزی از سایر اقرارها می‌باشد. اقرار به نسب هم به سود و هم به ضرر اقرارکننده است، زیرا هم حقوق و هم تکالیفی راجع به نفقه، ارث و... برای او ایجاد می‌کند.

۱-۲-۱۱-۱ اقرار به خویشاوندی

اقرار به خویشاوندی عبارت است از اقرار به قرابت با کسی که فرزند بلا واسطه اقرارکننده نیست و بعضی از آن به «اقرار به نسب در غیر فرزند صلبی» تعبیر کرده‌اند. بنابر آن چه فقهای امامیه گفته‌اند، این اقرار هنگامی معتبر است که مقرله آن را تصدیق کند. حتی اگر مقرله صغیر باشد، باید آن را به سن بلوغ تصدیق نماید، وگرنه قرابت نسبی ثابت نخواهد شد. گفته شده که در این مساله بین فقهای امامیه اختلافی نیست (حسینی عاملی، بی تا: ۹/ ۳۴۴).

فصل دوم

اثبات، نفی و انواع دعاوی نسب

۱-۲ اثبات نسب

نسب حقیقت شرعیه نیست، بلکه در فقه و حقوق بر معنای عرفی و لغوی اطلاق می‌گردد، یعنی نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است که از پیدایش یک انسان از انسان دیگر انتزاع می‌شود.

چون شریعت با توجه به فطرت انسان‌ها نسبت به اتصال و حفظ نسب حریص است؛ لذا اصول و قواعدی برای ثبوت نسب مقرر کرده تا خانواده و جامعه استقرار پیدا کند. آسان‌ترین و ساده‌ترین راه اثبات نسب پدری استناد به اماره فراش است که در اصطلاح عبارت است از اینکه: «طفلی که از زن دارای شوهر به دنیا آمده- است؛ فرزند شوهر فرض شود و ملحق به او گردد».

این اماره که از حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۴/ ۲۳) گرفته شده مورد قبول تمام مذاهب فقهی و قانون مدنی ایران است که از نسب فرزند حمایت می‌کند تا بدون اقرار و بیان، به زوج نسبت داده شود.

البته با استناد به این اماره نسب طفلی هم که از نکاح فاسد یا شبهه متولد شود به واطی ملحق می‌شود هر چند فراش واقعی وجود ندارد.

از آنجایی که در اثبات نسب با احتیاط عمل می‌شود، با کمترین دلیل نسب ثابت می‌شود اما جز با قوی‌ترین ادله که لعان است، نفی نمی‌شود. با این حال امروزه برای نفی نسب از دلایل دیگری چون عوامل ژنتیکی و آزمایشات پزشکی هم استفاده می‌شود.

علاوه بر اماره فراش، اقرار و شهادت نیز در زمره دلایلی است که به طور معمول در دعاوی اثبات نسب مورد استناد قرار می‌گیرد و در این باره اختلافی نیست.

با توجه به اینکه ادله و امارات مورد نظر فقها در نفی و اثبات نسب خصوصیت و موضوعیتی نداشته و مقصود حمایت از اصل مسأله نسب به عنوان یکی از ارزش‌های ضروری بوده است امروزه می‌توان از طرق و ادله علمی که دلالت روشن‌تری بر مسأله دارند، استفاده نمود.

۲-۱-۱ موضوعیت یا طریقت ادله اثبات نسب

سؤالی که در اینجا مطرح است این است که ادله اثبات نسب از باب موضوعیت مورد وضع شارع قرار گرفته‌اند و یا از باب طریقت؟

منظور از طریقت در اصطلاح اصولی آن است که ادله اثبات دعوا کاشف از واقع موضوع قابل اثبات هستند؛ به عبارت دیگر دلایل از جهت کاشفیت از مقصود و موضوع ارزش و اعتبار دارند و راهی برای رسیدن به واقع می‌باشند و خود فی‌النفسه موضوعیتی ندارند و در مقابل منظور از موضوعیت آن است که ادله اثبات دعوا، خود علت و سبب موضوع می‌باشند، در واقع بر مبنای موضوعیت ادله اثبات دعوی طریق برای رسیدن به واقع نمی‌باشند؛ بلکه خود علت و سبب رسیدن به هدف هستند و در موضوع مدخلیت دارند (زراعت و مسجدسرائی، ۱۳۷۷: ۱۹۰).

مهم‌ترین دلیل برای اثبات نسب اماره فراش است و ادله دیگری هم مثل اقرار، شهادت، استفاضه هم هستند. این ادله همگی ظنی هستند و حتی بعضاً مثل استفاضه علی‌رغم این که ممکن است از آن علم حاصل نشود به دلیل وجود نص و اتفاق فقها در پذیرش آن در نسب، در صورت فقدان ادله دیگر نیز مورد استناد قرار گرفته می‌شود.

در هیچ یک از این ادله نص یا تصریحی مبنی بر طریقت یا موضوعیت داشتن آن‌ها دیده نمی‌شود، برعکس ماهیت این دلایل، ظنی و اعتبار آن‌ها نسبی است و تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع از سوی شارع تعیین شده‌اند و هیچ یک تاب مقاومت در برابر قطع برخلاف خود را ندارند و در حقیقت این ادله در فرض جهل به واقع تشریع شده‌اند. در تأیید این مطلب می‌توان به کلام اصولیین در باب حقیقت امارات استناد نمود. برخی اصولیین گفته‌اند حق این است که اماره از باب طریقت حجت است. زیرا طبیعت اماره این است که طریق محض به‌سوی موضوع خود باشد. چرا که لسان اماره کشف و حکایت از واقع است و عقلاً نیز از این باب اماره را معتبر می‌دانند و مورد عمل قرار می‌دهند (مظفر، ۱۳۸۶: ۴۳). اما برخی دیگر برخلاف ایشان معتقدند، اماره موضوعیت دارد ولی به نظر می‌رسد با عنایت به خدشه‌پذیر بودن امارات و عدم توان مقابله آن‌ها در مقابل دلایل قطعی دیگر، نمی‌توانند علت باشند؛ بلکه صرفاً طریقی به واقع‌اند. چنان‌چه اماره فراش در قانون ایران نیز اماره‌ای نسبی است و تا زمانی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن نباشد (ملکی‌اصفهانی، ۱۳۷۹: ۳۳۶). لذا با این توضیحات نمی‌توان قائل به موضوعیت ادله اثبات بود؛ چرا که این ادله ظنی بوده و به تصریح خود فقها تنها طریقی به‌سوی واقع می‌باشند و تاب مقاومت در برابر دلیل قطعی بر خلاف خود را ندارند.

۲-۱-۲ قاعده فراش

یکی از قواعد فقهی معروف قاعده فراش می‌باشد که از حدیث نبوی معروف «الولد للفراش و للعاهر الحجر» گرفته شده است؛ که به موجب آن چنان‌چه انتساب طفلی به پدر مورد شک و تردید قرار گیرد با شرایطی، نسب آن طفل به پدر اثبات می‌گردد، این قاعده در حقوق ایران از این جهت که یکی از ادله اثبات نسب

قانونی طفل به حساب می‌آید و مطابق آن کودک متولد شده ملحق به شوهر می‌شود، معروف به اماره فراش است و دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی ایران نیز مبتنی بر این قاعده بوده و ماده ۱۳۲۲ ق.م نیز صراحتاً آن را از امارات قانونی به حساب آورده است.

۲-۱-۲-۱-۲ بررسی مدرک فقهی قاعده فراش

مستند قاعده فراش حدیث معروف «الولد للفراش و للعاهر الحجر» می‌باشد که محدثین شیعه و سنی این حدیث را با همین الفاظ از قول رسول خدا (ص) در کتب حدیثی خود در موارد مختلف نقل کرده‌اند. که در ذیل چند نمونه را ذکر می‌کنیم:

۱. در روایات صحیح از قول سعید اعرج نقل شده که از امام صادق (ع) درباره دو مردی که در طهر واحد با کنیزی نزدیکی کردند و کودکی متولد شده سؤال نمودم این طفل به کدام مرد تعلق دارد؟ امام (ع) فرمودند: به مردی که کنیز در نزد او است، زیرا رسول خدا (ص) فرمودند: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (طفل به شوهر (فراش) ملحق می‌شود و برای فرد زناکار سنگ است). (سنگسار می‌شود). (مجلسی، ۴۰۳/۱: ۴۴/۱۱۵)

۲. حضرت امیر المؤمنین علی (ع) در جواب معاویه فرمود: و اما این که گفتی: من زیاد را فرزند پدرش ندانستم، من فرزندی او را انکار نکردم، بلکه رسول خدا (ص) با این فرمایش خود «الولد للفراش و للعاهر الحجر» فرزندی او را انکار کرد.

با توجه به کثرت نقل این حدیث در کتب روایی شیعه و اهل سنت که مواردی از آن در اینجا ذکر گردید، از حیث سند عبارت «الولد للفراش و للعاهر الحجر» صدورش از پیامبر اکرم (ص) قطعی است و یا دست کم در اطمینان به صدور آن شکی نیست لذا از اخبار صحیح و مسلم الصدور در بین مسلمین می‌باشد.

۲-۲-۱-۲ مفردات حدیث :

– **الولد:** مقصود از «ولد» نطفه‌ای است که در رحم زن منعقد می‌شود و رشد می‌کند تا اینکه قابلیت زنده شدن پیدا کرده و خلقت فیزیکی آن کامل می‌شود و به محض اینکه روح در آن وارد می‌شود ولد خوانده می‌شود، چه این که زنده به دنیا بیاید یا مرده (طاهری، ۱۳۹۱: ۳۰۰).

اولاد که جمع ولد باشد یک مفهوم عام دارد و یک مفهوم خاص.

– **اولاد در مفهوم عام:** شامل تمام کسانی است که از نسل شخصی به طور مستقیم متولد شده باشند، خواه بی‌واسطه و خواه باواسطه. مطابق این مفهوم از ولد، نبیره و نواده‌های شخص هر اندازه که پایین روند در زمره اولاد او به حساب می‌آیند.

– **اولاد به معنای خاص:** تنها به کسانی گفته می‌شود که بی‌واسطه از شخص متولد می‌شوند. در کتاب هشتم قانون مدنی منظور از کلمه اولاد به معنای خاص آن می‌باشد، زیرا مقصود از تنظیم مواد قانون مدنی در این بخش، اثبات نسب و تنظیم روابط خانواده است و همچنین مقصود از ولد در حدیث «الولد للفراش» همین معنی است.

– **الفراش:** از فرش یعنی گستردن در آیه قرآن کریم است که: «الذی جعل لکم الارض فراشا» (بقره: ۲۲) خدایی که زمین را برای شما گسترده گردانید. فراش گاهی در معنای «مفروش» به کار می‌رود. یعنی آنچه که برای نشستن یا خوابیدن بر روی آن، روی زمین پهن می‌شود، همچنین به زن هم فراش گفته

می‌شود، از آن جهت که شوهر حق دارد با او بخوابد و نیز به خود شوهر هم که زوج شرعی و صاحب فراش (همسر) می‌باشد اطلاق می‌گردد، مراد از این واژه در روایت مورد بحث همین معنای کنایی است و منظور از آن شوهر زن یا مالک کنیز است.

– **العاهر:** به معنای فرد زناکار است، از عهر به معنای زنا و فسق و فجور می‌باشد.

– **الحجر:** در لغت به معنای سنگ است، احتمال دارد کنایه از این باشد که زانی هیچ حقی ندارد و همچون سنگ بی‌ارزش است.

در اصطلاح عرب کسی را که بخواهند تحقیر کنند و حقی برایش قائل نباشند می‌گویند: «ما له الا التراب او الحجر» (موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۹ق: ۱۰/ ۸۵) و نیز احتمال دارد مراد از حجر در روایت مزبور کنایه از رجم و سنگسار شدن زانی باشد؛ که چنانچه در انتساب طفل به صاحب فراش و فرد زانی شک و تردید وجود داشته باشد به موجب حدیث فراش، کودک ملحق به شوهر می‌شود و مرد زانی هم به وسیله سنگ، رجم می‌گردد.

۲-۱-۲ ترکیب الفاظ قاعده الولد للفراش:

در کلام عرب چنانچه مبتدا معرف به «ال» باشد، افاده حصر می‌کند. آن‌چه از این جمله فهمیده می‌شود، اختصاص و انحصار است؛ انحصار از «ال» در الفراش و الولد و اختصاص از «لام» در للفراش بدست می‌آید. نکته دیگر اینکه ظاهراً این جمله خبری، ولی در واقع انشایی است. یعنی پیامبر اکرم در مقام بیان حکم شرعی بوده، نه در مقام خبر دادن از واقعه طبیعی و خارجی.

– **للعاهر الحجر:**

- به عقیده برخی این جمله کنایه از این است که به زانی چیزی تعلق نمی‌گیرد.
- به اعتقاد آیت‌الله بجنوردی این عبارت کنایه از طرد یا رد زانی است. چنان که سگ را با سنگ از خود می‌رانند زانی را نیز با سنگ می‌زنند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۴/ ۲۳-۲۲).
- برخی معتقدند کنایه از رجم است. ولی آیت‌الله بجنوردی و ایروانی ایراد گرفته‌اند که اولاً مجازات زانی همیشه سنگسار نیست و ثانیاً قاعده فراش صرفاً در قبال زانی به عنوان دلیل به کار نمی‌رود بلکه در وطی به شبهه هم این قاعده جاری است (همان: ۲۳).

۲-۱-۲ اعتبار اماره فراش

در حقوق قاعده فراش در حقوق کنونی از امارات قانونی است (ماده ۱۳۲۲ ق.م). اماره در شمار دلایل اثبات دعوا و راه رسیدن به واقع است؛ به همین دلیل نیز مفاد قاعده‌ای که بدین صورت بیان شده قاطع نیست و تا زمانی اعتبار دارد که دلایل دیگر خلاف آن را ثابت نکند (ماده ۱۳۲۳ ق.م). بنابراین اماره فراش از جمله امارات قانونی است که خلاف‌پذیر است؛ یعنی خلاف آن را به وسیله سایر دلایل می‌توان ثابت کرد.

خلاف این اماره را، با اثبات واقع نشدن نزدیکی و نامتناسب بودن فاصله آن با تاریخ تولد، می‌توان ثابت کرد و همین اندازه برای تحقق این حکم که «خلاف اماره قانونی را به وسیله دلایل دیگر می‌توان ثابت کرد» کافی

است و احتمال دارد قانون‌گذار نیز از اعلام این که «قاعده فراش از امارات است» نظر به امکان پذیرش همین دعاوی داشته باشد.

۲-۱-۲-۵ توجیه اماره فراش

در توجیه اماره فراش دلایلی به نظر می‌رسد که برخی از آن‌ها عبارتند از:

- ۱- عفت زن و انجام تکالیف زناشویی اقتضا می‌کند که طفل متولد از زن شوهردار، متعلق به شوهر باشد. فرض وفاداری زن نسبت به همسر خود و فرض اینکه زن فقط با شوهر خود رابطه جنسی داشته و با دیگری رابطه جنسی برقرار نکرده است، مستلزم آن است که طفل متولد از زن به شوهر ملحق گردد.
- ۲- شوهر با عقد نکاح به طور ضمنی اطفال متولد از زن خود را فرزندان خویش شناخته است، بنابراین ابوت مبتنی بر اقرار ضمنی زوج می‌باشد.
- ۳- این قاعده که مبتنی بر غلبه است موافق مصلحت جامعه است.
- ۴- حمایت از کودکانی که در خانواده به دنیا می‌آیند اقتضا دارد که موقعیت آنان به طور قاطع از طرف قانون‌گذار معین شود.

۲-۱-۲-۶ موارد اجرای قاعده فراش

- ۱- تولد طفل در زمان زوجیت
- اگر طفل در زمان زوجیت متولد شود، و مطابق اماره فراش کودک منتسب به زوج باشد.
- ۲- تولد طفل پس از انحلال زوجیت
- چنانچه کودک بعد از انحلال نکاح متولد شود، و با توجه به حداکثر حمل، امکان الحاق او به شوهر وجود داشته باشد، مطابق اماره فراش طفل به شوهر سابق تعلق می‌گیرد.

۲-۱-۲-۷ شرایط اثبات نسب با توسل به اماره فراش

- وقوع نزدیکی
- تولد فرزند در فاصله حداقل و حداکثر مدت حمل
- ۱- وقوع نزدیکی: شوهر فردی باشد که عادتاً تصور بارور نمودن زن از او وجود داشته باشد؛ یعنی قدرت بر نزدیکی و انزال را داشته باشد و این شرایط زمانی محقق می‌شود که زوج بالغ و آلت تناسلی او سالم باشد.
- ۲- از شرایط اثبات نسب ولد در نکاح صحیح آن است که زوجه، ولد را در مدت زمان حداقل و حداکثر مدت حمل به دنیا آورد. و در این شرط دو مطلب وجود دارد:

۲-۱-۲-۷-۱ اقل و اکثر مدت حمل

در حقوق ایران حداقل مدت حمل شش ماه و حداکثر آن ده ماه است. فقهای اسلامی در این باب به دو آیه «و حمله و فاصله ثلثون شهراً...» که مدت حمل و شیرخوارگی را سی ماه قرار داده و «والوالدات یرضعن اولادهنّ حولین کاملین» که دوران شیر دادن مادر به طفل را دو سال ذکر کرده، استناد می‌کنند، چه از تلفیق این دو آیه بر می‌آید که حداقل مدت حمل شش ماه است؛ اما درحداکثر

مدت حمل میان فقهای امامیه نیز اختلاف نظر وجود دارد قول مشهور در این باره نه ماه است (شهید ثانی، بی تا: ۴۵۶/۵).

قانونگذار ایران در این مورد، بر خلاف معمول، از قول مشهور فقهای امامیه پیروی نکرده است. بلکه به منظور حفظ عفت زناشویی و آرامش زندگی خانوادگی و مصلحت طفل، حداکثر مدت حمل را ده ماه قرار داده که راه حلی معقول و با داده‌های علمی نیز منطبق است، چون طبیعتاً جنین پس از ده ماه از تاریخ انعقاد نطفه در رحم باقی نمی‌ماند.

۲-۱-۲-۲ قول‌های مربوط به ابتدای مدت حمل

در خصوص ابتدای مدت حمل سه قول میان فقها وجود دارد:

۱- ابتدای مدت حمل از وقت عقد است: این قول قابل اعتراض است و رد می‌شود، زیرا با توجه به این حدیث «الولد للفراش...» زمانی فراش حقیقی حاصل می‌شود و با اماره فراش نسب ولد برای زوج ثابت می‌شود؛ که امکان نزدیکی بین زوجین به وجود آمده باشد.

۲- ابتدای مدت حمل از وقت نزدیکی است: این قول نیز قابل انتقاد است، چون کسی بر حقیقت وطی آگاهی ندارد، و عرف نیست که در هنگام نزدیکی بین زوجین، شخصی حاضر شود تا بر وطی اطلاع یابد و اگر گفته شود که خلوت و نحو آن دلیل بر حقیقت وطی است، می‌گوییم که با خلوت و نحو آن فقط امکان نزدیکی حاصل شده نه دخول حقیقی، چون گاه خلوت حاصل می‌شود ولی وطی صورت نمی‌گیرد.

۳- ابتدای مدت حمل از وقت امکان نزدیکی است: کسانی که به این قول معتقد هستند می‌گویند: ابتدای مدت حمل از وقت امکان نزدیکی یا امکان اجتماع و تلاقی آن‌ها به صورتی که امکان وطی فراهم شود می‌باشد، چون با عقد مرد، صاحب فراش و زن برای او حلال می‌شود. به نظر می‌رسد که در میان اعتراضات وارده بر دو قول اول و دوم، قول سوم ارجح باشد که ابتدای جریان مدت حمل، وقت امکان نزدیکی است. چون بر این قول، انتقاداتی که بر قول اول و دوم می‌شد وارد نمی‌آید و بهتر آن است که با امکان نزدیکی، نسب ثابت شود چون این امکان جای حقیقت وطی قرار می‌گیرد.

نسب بعد از آنکه ثابت شد کسی حق نفی آن را ندارد. چون انسان در انتخاب پدر و مادر و اولاد خود مختار نیست و بر طبق اراده و خواست خداوند است، و شریعت هرچند با دلیلی ضعیف اثبات نسب را می‌پذیرد و نسبت به ثبوت آن اقدام می‌کند و تا زمانی که برای او یقین حاصل نشود که ولد از دیگری است نمی‌تواند او را نفی کند، ولی بعد از اینکه یقین حاصل شد که طفل از دیگری است، شریعت در این حالت برای نفی نسب متردد نیست. بلکه واجب می‌داند که نسب نفی شود. بنابراین شریعت در مواردی مشخص نفی ولد و نیز طریقی را که برای آن مقرر نموده است را جایز دانسته است.

۲-۱-۳ اقرار به نسب

یکی از دلایل مهمی که برای اثبات نسب مورد استناد واقع می‌شود اقرار است.

اقرار به طور کلی در ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی این طور تعریف شده است: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر به ضرر خود».

ارزش اقرار به عنوان دلیل، از آن جهت است که هرگاه شخص عاقل به زیان خود و به سود دیگری چیزی اظهار کند، آن امر معمولاً درست و مطابق واقع است. ولی اگر اقرار به ضرر دیگری باشد، فقط یک ادعا محسوب می‌شود و نمی‌تواند موثر باشد.

اقرار به نسب دارای خصوصیات متمایزی از سایر اقرارها می‌باشد. اقرار به نسب هم به سود و هم به ضرر اقرارکننده است، زیرا هم حقوق و هم تکالیفی راجع به نفقه، ارث و... برای او ایجاد می‌کند.

۲-۱-۳-۱ شرایط اقرار به نسب

اقرار به نسب علاوه بر شرایط عمومی اقرار^۱، دارای یک سری شرایط دیگر هم می‌باشد، که در ماده ۱۲۷۳ به آن شرایط اشاره شده: «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 او به فرزندی او شده به شرط آن که منازعی در بین نباشد».

بنابراین اقرار به نسب در صورتی صحیح است که دارای دو شرط باشد:

۱- تحقق نسب بر حسب عادت و قانون ممکن باشد.

۲- کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند.

۲-۳-۱-۲ اقرار به فرزندی صغیر

هرگاه کسی که اقرار به فرزندی او شده است صغیر باشد، تصدیق او در صحت اقرار شرط نیست و بدون تصدیق او هم اقرار درست تلقی می‌شود، به شرط آنکه منازعی در بین نباشد.

منظور از صغیر در ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی با توجه به ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی، کسی که به سن بلوغ نرسیده باشد و طبق تبصره ۱ ماده مزبور «سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام قمری و در دختر نه سال تمام قمری است» قابل ذکر است که قبل از اصلاح ماده ۱۲۱۰، صغیر در ماده ۱۲۷۳ و موارد دیگر معمولاً به کسی اطلاق می‌شد که به سن هجده سال تمام شمسی نرسیده بود.

آیا صغیری که به فرزندی او اقرار شده و منازعه‌ای در کار نبوده‌است؛ پس از رسیدن به سن بلوغ می‌تواند آن را تکذیب کند؟ چون تصدیق صغیر، نه در زمان صغر و نه پس از رسیدن به سن کبر، شرط صحت اقرار نیست و با تحقق اقرار و نبودن منازع، رابطه نسب ثابت می‌شود، تکذیب مقله بعد از رسیدن به سن کبر هم نمی‌تواند تاثیری داشته باشد (حسینی عاملی، بی‌تا: ۳۴/۹). لکن به نظر می‌رسد که مقله می‌تواند فساد اقرار را با دلیل ثابت کند و هرگاه ثابت شود که اقرار دروغ یا مبتنی بر اشتباه بوده است، دادگاه حکم به نفی نسب خواهد کرد (امامی، ۱۳۷۸: ۴۶).

۲-۳-۱-۳ اقرار به خویشاوندی

اقرار به خویشاوندی عبارت است از اقرار به قرابت با کسی که فرزند بلاواسطه اقرارکننده نیست و بعضی از آن به «اقرار به نسب در غیر فرزند صلبی» تعبیر کرده‌اند.

بنابر آنچه فقهای امامیه گفته‌اند، این اقرار هنگامی معتبر است که مقله آن را تصدیق کند.

^۱ ماده ۱۲۶۲ قانون مدنی

حتی اگر مقررله صغیر باشد، باید آن را به سن بلوغ تصدیق نماید، وگرنه قرابت نسبی ثابت نخواهد شد. گفته شده که در این مسأله بین فقهای امامیه اختلافی نیست (قانون مدنی، ماده: ۱۲۷۳).

۲-۱-۳-۴ آزمایش DNA

با توجه به اینکه به لحاظ ژنتیکی و بیولوژیکی تردیدی نیست که آزمایش DNA با قطعیت و اطمینان بالایی می‌تواند رابطه ابوت را تعیین کند، اما جایگاه این امر مستحدثه در فقه و حقوق و همچنین دلایل و ارزش اعتبار آن به لحاظ فقهی و اصولی نیاز به تحقیق و بررسی دارد.

۲-۱-۳-۴-۱ آزمایش DNA در تعیین نسب

با توجه به پویایی فقه و اعتقاد به اینکه اجتهاد و تمسک به اصول آن می‌تواند در مسائل مستحدثه پاسخ‌گو باشد، چگونه و با استناد به چه دلیلی می‌توان حجیت DNA در اثبات نسب و در کنار سایر ادله تعیین نمود؟ با پذیرش حجیت DNA در تعارض با قاعده فراش کدام یک مقدم بر دیگری خواهد بود؟

۲-۱-۳-۴-۲ تاریخچه DNA

برای اولین بار دانشمند انگلیسی به نام الیک جفری عالم وراثت، در سال ۱۹۸۵ به این توفیق دست یافت. از ویژگی‌های بارز استفاده از عوامل ارثی موارد زیر است:

- ۱- استفاده از این عامل نشان می‌دهد که هیچ تشابهی میان دو شخص وجود ندارد.
 - ۲- علما معتقدند که این آزمایش دقیق‌ترین وسیله‌ای است که اکنون می‌تواند هویت افراد را تشخیص و در اثبات و نفی نسب به کار رود.
 - ۳- چون هر انسانی نصفی از DNA خود را از پدر و نصف دیگر آن را از مادر به ارث می‌برد، DNA هر شخصی مختص به خود اوست.
 - ۴- اثر وراثتی در تمام اعضای هر شخص صرف‌نظر از شیوه بافت آن یکسان است، پس اثر وراثتی که در چشم است همان اثر وراثتی است که در قلب و مو و سایر اعضای او وجود دارد.
 - ۵- پژوهش‌های علمی نشان می‌دهد که قدرت این عامل در تمامی شرایط یعنی در سرما، گرما، رطوبت و خشکی آشکار است، حتی بعد از فوت نیز امکان شناخت آن از روی استخوان‌ها وجود دارد.
 - ۶- مطالعه و مقایسه این عوامل آسان است و نیاز به دقت و تأمل زیادی نیست. بنابراین نتیجه بعضی از این پژوهش‌ها نشان می‌دهد که قدرت عوامل وراثت و ژنتیک در اثبات و نفی نسب صددرصد است و امکان خطا را به صفر می‌رساند. بدون شک اثر وراثتی کشف علمی جدیدی است که فقهای قدیم حکم آن را بیان نکرده‌اند. بلکه فقهای معاصر حکم آن را بر اساس عموم نصوص و قواعد کلی بیان کرده و گفته‌اند: استفاده از این کشفیات علمی تعارضی با شریعت اسلامی ندارد و در زمینه‌هایی که امکان استفاده از آن وجود دارد فقهای معاصر آن را پذیرفته‌اند (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۸).
- مجمع فقه اسلامی نیز استفاده از آن را در اثبات نسب جایز دانسته و گفته اگر دو مرد در مورد طفلی نزاع داشتند و هر کدام طفل را به خود ملحق می‌کردند استفاده از عامل وراثتی برای تعیین نسب جایز است (همان).

ژن‌ها عامل انتقال صفات از پدر و مادر به فرزندان هستند، الگوهایی که اطلاعات توارثی را در کروموزم‌های سلول حمل می‌کنند، ملکول‌های DNA هستند. ژن‌ها از ۴ نوع کلئوتید ساخته شده‌اند که پیوسته به یکدیگر در طول رشته DNA قرار دارند. این چهار ماده شیمیایی عبارتند از: آدنین، تیمین، سیتوزین، گوانین. تعیین توالی این نوکلئوتیدها بیانگر هویت هر فرد است. ترتیب نوکلئوتیدها را می‌توان به دنبال هم از اتورادیوگراف قرائت کرد. این عکس شامل یک‌ه‌ی نوارهای موازی با یکدیگر است که پهنای و شدت رنگ مختلفی دارند (استانسفیلد، ۱۳۷۴: ۶۷۴-۶۷۲).

از روی طرح ژنتیکی تهیه شده از کروموزم فرد (کودک) و مقایسه این طرح بارکدی با نمونه مادری یا پدری و یا مقایسه آن در نمونه ارسالی با نمونه فرد مشکوک، تشخیص هویت فرد توسط متخصصان ژنتیک امکان‌پذیر می‌گردد (کاهانی و خدابنده، ۱۳۸۹: ۲۵۵). در مجموع از نظر علمی می‌توان آزمایش DNA را برای دعوی نفی نسب مورد استفاده قرار داد.

اما در این خصوص لازم است نکاتی مورد توجه قرار گیرد:

۱- توجه به امکان خطاپذیری آزمایش ناشی از عوامل انسانی و خارجی: این آزمایش که به‌عنوان پیشرفته‌ترین و جدیدترین تحول در علم ژنتیک مطرح بوده، هرچند بسیار دقیق است، اما وقوع خطا در آن اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. از این رو دقت فرد آزمایشگر در تجزیه و آنالیز DNA و عکس‌های اتورادیوگرافی و رعایت نکات اصولی آزمایش اهمیت ویژه‌ای دارد.

۲- توجه به زمان انجام آزمایش: ممکن است ۸ الی ۱۰ ماه بعد از وضع حمل سلول‌های جنینی در خون مادر باقی مانده باشد. بنابراین به منظور اطمینان بیشتر و حساسیت موضوع بهتر است عمل خون‌گیری از مادر جهت انجام آزمایش ژنتیک پس از سپری شدن این مدت انجام شود.

۳- استفاده از آزمایش DNA در صورت لزوم با توجه به تشخیص قاضی پرونده در مواردی هر سه نفر (پدر، مادر و کودک) حضور داشته باشند نتیجه بهتری خواهد داشت.

۴- شباهت ژنتیکی هر یک از والدین با فرزندان خود، همچنین خواهر و برادرهای ابوینی با یکدیگر ۵۰ درصد می‌باشد. میزان این شباهت در رابطه با اجداد با اولاد ۲۵ درصد و در رابطه با عمه و عمو و دایی و خاله با برادرزاده و خواهرزاده ۱۲.۵ درصد است و این در حالی است که آنها با پدر یا مادر وی خواهر و برادر ابوینی باشند. در همین فرض در صورتی که آن‌ها رابطه ابی یا امی داشته باشند صرفاً ۶ درصد از لحاظ ساختاری ژنتیک با هم شباهت دارند (مصاحبه با دکتر سعادت، ۱۳۹۰/۲).

بنابراین در دو مورد اخیر هرچند استفاده از آزمایش DNA برای تعیین رابطه خویشاوندی کاربرد دارد، اما دلیل شباهت ژنتیکی بسیار کم، تشخیص مشکل خواهد بود.

از مباحث مربوط به معرفی آزمایش خون و DNA می‌توان نتیجه گرفت که این‌گونه بررسی‌ها به‌عنوان اماره قضایی اعتبار دارند و می‌توان در نظر قاضی دلیل بر اجرای باشند. از آن جا که قانون‌گذار از آزمایش‌های مذکور در مقررات مدون برای اثبات یا نفی نسب ذکری به میان نیاورده است نمی‌توان این آزمایش‌ها را اماره قانونی در نظر گرفت و صرفاً اگر در نظر قاضی دلیل بر امری باشد، باید اعتبار اماره قضایی بر آن قائل شد.

۲-۱-۳-۴ روش‌های آزمایش DNA

دو شیوه زیر برای انجام آزمایش DNA مورد استفاده قرار می‌گیرد:

۱- روش تجزیه قطعات چند شکلی طولی با مطالعه نشانگرهای تکرار تاندوم‌های متغیر:

استفاده از این روش به سال ۱۹۸۰ میلادی بر می‌گردد. دقت این آزمایش در تشخیص هویت و اثبات ۹۹ درصد بوده‌است. اما چرخه زمانی آن طولانی است. DNA را در این شیوه با روش‌های شیمیایی اخذ و توسط آنزیم‌های محدود کننده به قطعاتی برش می‌دهند. طول و تعداد قطعات بدست آمده از نمونه هر فرد با نمونه فرد دیگر تفاوت دارد (مروتی و همکاران، ۱۳۸۵: ۴۰-۴۵).

۲- روش واکنش زنجیره‌ای پلیمرز با مطالعه نشانگرهای توالی‌های کوتاه تکرارشونده:

این روش پیشرفته از سال ۱۹۹۰ میلادی مورد استفاده قرار گرفته و قدرت اثباتی ۹۹ درصد دارد که در مقایسه با روش قبلی از سرعت بیشتری برخوردار است. توالی کوتاه تکرار شونده به طور معمول دو تا ده جفت باز طول دارند و تعداد تکرارها در هر فرد متفاوت است. در این روش امکان اشتباه شدن فرد با دیگری تقریباً به صفر می‌رسد (همان: ۹). هنگام مقایسه بین نشانگرها اگر فرزند حتی در یک ناحیه با پدر و مادر فرضی تفاوت داشته باشد، رابطه خویشاوندی تایید نمی‌شود. درصد خطای این آزمایش بسیار ناچیز است. در پزشکی قانونی ابتدا گروه خونی پدر، مادر و فرزند احتمالی را بررسی می‌کنند، اگر هیچ‌گونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشده ابوت را نمی‌توان رد کرد، لذا مرحله بعدی انجام آزمایش دیگر بر روی خون مادر، فرزند و پدر احتمالی است که در این صورت هم اگر هیچ‌گونه عدم تجانس بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود آزمایش انگشت‌نگاری ژنتیکی را انجام می‌دهند.

۲-۱-۳-۴ حجیت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قطعی با توجه به حجیت قطع

برای حجیت آزمایش DNA می‌توان به ادله حجیت ذاتی قطع تمسک کرد، در مباحث اصولی ذیل بحث قطع اصولیون ضمن تعریف قطع، حجیت آن را ذاتی شمرده و به موجب عقل، لزوم متابعت از آن را نتیجه گرفته‌اند. در تعریف قطع آمده است: «منظور از علم یا به اصطلاح اصولیین قطع، مطابق اعتقاد جازم و به دور از هرگونه تردید و احتمال خلاف است، چه این اعتقاد مطابق واقع باشد یا نباشد» (محمدی، ۱۳۸۰: ۲۹).

به عبارتی قطع، حالتی نفسانی است که در آن حالت چیزی برای شخص معلوم است و در مقابل ظن و شک به کار می‌رود و احتمال این که در مورد آن به خصوص خطا کرده باشد نزد او منتفی است. در علم اصول با تفصیل پیرامون حجیت ذاتی علم یا قطع بحث شده‌است، مبنی بر این که برخی امور طریقتشان به‌سوی واقع از طریق شارع جعل شده است و به عبارتی شارع آن‌ها را طریق به واقع و به منزله علم قرار داده است. از جمله ظنون معتبر ولی قطع طریقتش به سوی واقع ذاتی است (زراعت و مسجدسرائی، ۱۳۷۷: ۱۸۶).

به عبارت دیگر قطع «از ذات قطع سرچشمه می‌گیرد و از دامن خود علم می‌جوشد، علم فی‌نفسه واجد این صفت است و نیازی به حجیت دادن آن از خارج نیست» (محمدی، ۱۳۸۰: ۳۰). چون حقیقت قطع و علم عبارت است از انکشاف واقع و انسان قاطع نیازی به دلیل و راهنما به سوی واقع ندارد، تا نیازمند جعل و نصب از طریق شارع باشد و به حکم عقل ملزم به متابعت از قطع می‌باشد. بنابراین اگر DNA به شکل کامل صورت بگیرد و یقین و علم برای اثبات نسب حاصل شود با توجه به حجیت ذاتی قطع می‌توان گفت که آزمایش DNA حجیت دارد.

۲-۱-۳-۴-۵ نظرات در مورد استفاده از آزمایش DNA

۱- نظرات فقها

آن چه از مراجع عظام استفتا شده است با بیان این سوال بوده است: «آیا اثبات نسب کودکی که از مادری متولد شده به مردی که همسر این زن نمی باشد صرفاً به استناد آزمایش DNA ممکن است و در صورتی که برای قاضی از این طریق علم، اطمینان و یا ظن قوی به رابطه ابوت و بنوت حاصل شود آیا می توان حکم به وجود نسب کرد؟» و در بیان دیگر آمده است: «آیا آزمایش های ژنتیکی که فعلاً انجام می شود نتیجه آن از نظر شرعی می تواند مستند دلیل اثبات یا نفی گردد یا خیر؟»

در خصوص این سوال با عنایت به استفتائاتی که در مرکز تحقیقات فقهی در موارد مشابه از مراجع تقلید شده است؛ می توان نظرات فقها را به دو دسته تقسیم نمود:

دسته اول: که نظر اکثر مراجع در این موضوع است، معتقدند این آزمایش های دقیق علمی در اثبات نسب و به عنوان مستند و دلیل حجیت شرعی ندارند مگر زمانی که موجب حصول علم برای قاضی گردند، از جمله آیت الله فاضل لنکرانی (ه) در این باره معتقدند: «اگر علم به انتساب پیدا شود طبق علم عمل می شود و الا خیر».

یا در جایی دیگر در پاسخ به این سوال که «اگر پزشکی قانونی در نتیجه آزمایش های دقیق علمی طفل را به شخص زانی منتسب کند آیا شرعاً این نظر اهمیت دارد؟ پاسخ داده اند: «اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او ملحق می شود».

یا در پاسخ آیت الله عظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی آمده است: «اگر آزمایشات 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».

و نیز آیت الله العظمی حسین نوری همدانی مطرح کرده اند: «اگر علم حاصل شود می توان حکم به وجود نسب کند. نظیر این اعتقاد را در پاسخ آیت الله سیدعلی خامنه ای می توان مشاهده نمود که بیان فرموده اند: «آزمایشات دقیق پزشکی در انتساب طفل به لحاظ شرعی حجیت ندارد مگر در صورت حصول یقین» (گنجینه استفتائات: سوال ۲۰۸ و ۸۳۰).

دسته دوم: در مقابل برخی از مراجع هستند که این آزمایشات را مطلقاً فاقد اعتبار شمرده اند از جمله: آیت الله مکارم شیرازی و آیت الله بهجت؛

آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به سوال مورد نظر بیان کرده اند: «علم قاضی که ناشی از این آزمایشات باشد حجت نیست و نسب نیز با این آزمایشات ثابت نمی شود». و در جایی دیگر مطرح می کند: «این گونه آزمایشات با توجه به تخلف های فراوانی که دارد حجت نیستند».

آیت الله بهجت نیز در پاسخ به این سوال که آیا با ایجاد علم اطمینان یا ظن قوی برای قاضی از طریق آزمایش DNA می توان حکم به وجود نسب کند؟ در پاسخ می گویند: «ظاهراً خیر، چون علم بنایی و مبنایی است نه آن که خودش حاصل شود».

چنانچه ملاحظه می گردد، با توجه به نظرات مراجع پیرامون حجیت آزمایش DNA می توان گفت که این آزمایشات نمی تواند به عنوان دلیل شرعی در انتساب نسب طفل تلقی گردند مگر این که برای قاضی علم یا

اطمینان و یا ظن قوی به وجود نسب ایجاد شود. لذا در این صورت است که قاضی می تواند بر مبنای علم و ظن قوی حکم نماید (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضایی، ۱۳۸۸: ۸۶).

۲- نظریات حقوق دان ها در مورد استفاده از آزمایش DNA

اکثر حقوق دان ها در ذیل بحث سایر ادله اثبات نسب، با تاکید به منحصر نبودن ادله اثبات نسب به اماره فراش با استناد به مواد ۱۳۲۲ و ۱۳۲۳ قانون مدنی و با توجه به خلاف پذیر بودن اماره فراش، به ادله دیگر مانند آزمایشات پزشکی اشاره کرده اند (امامی، ۱۳۷۸: ۱۸۱-۱۸۰).

از آن جایی که آزمایش DNA و روش های آن در اثبات نسب و ... جدید می باشند. حقوق دان ها به طور مستقل به این طرق اثبات نسب نپرداخته اند و برخی از حقوق دان ها فقط به بررسی جزئی آزمایش خون که میزان احتمال آن به اثبات نسب به لحاظ پزشکی بسیار کمتر از آزمایش DNA می باشد پرداخته اند و آن را جزء امارات قضایی قرار داده اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۰: ۳۰۰).

طبق استعلامی که از اداره حقوقی قوه قضائیه در تاریخ ۷۸/۱/۲۴ به شماره ۲/۱۱۸ در رابطه با این موضوع که در صورت عدم وجود بینه یا اقرار و انجام آزمایش DNA آیا نظر پزشکی قانونی مبنی بر لحوق یا عدم لحوق نوزاد به مرتکب (مرتکب زنا) حجیت دارد؟ صورت گرفته، بیان شده است: «نظر کارشناس یکی از ادله اثبات دعوی است مگر اینکه قاضی تشخیص دهد که منطبق با واقع نیست که آن موقع در صورت لزوم از کارشناسان دیگر استفاده خواهد کرد. بنابراین در صورتی که نظریه پزشکی قانونی قاضی را اقناع نماید و مرجع رسیدگی آن را منطبق با واقع تشخیص دهد باید مطابق آن عمل شود» (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضایی، ۱۳۸۸: ۳/۹۱).

بنابراین اداره کل حقوقی قوه قضائیه عمل به آزمایش DNA را جهت اثبات نسب مشروط به اقناع قاضی نموده است. اکثر فقها حجیت آزمایش DNA را در تعیین نسب در صورتی پذیرفته اند که موجب حصول علم شود به این صورت که اگر برای قاضی علم حاصل شود، می تواند حکم به وجود نسب کند. برخی از فقها نیز بیان کرده اند که اگر آزمایش DNA به قدری دقیق باشد که برای نوع افراد کارشناس نیز سبب قطع و یقین جهت انتساب مشخص شود؛ برای حکم به انتساب کفایت می کند.

و در مجموع می توان گفت: دلیل اصلی فقها برای پذیرش این مسئله در اثبات نسب، ایجاد علم قطعی و یا موجب اطمینان می باشد. حقوق دان ها نیز بعضاً این آزمایش را نوعی کارشناسی دانسته اند که تشخیص ارزش آن با قاضی است و برخی آن را نوعی اماره قضائی دانسته اند که مورد توجه قاضی قرار می گیرد و موجب علم برای او می گردد.

بنابراین می توان گفت مستندات اصلی برای اثبات حجیت DNA در تعیین نسب علم و اطمینان عرفی با پذیرش آن به عنوان اماره قضائی هستند.

۲-۱-۳-۵ آزمایش خون

با توجه به وجود گروه های خونی متفاوت در افراد مختلف و همچنین وجود عوامل وراثتی در خون می توان آزمایش خون را به عنوان یکی از روش های تشخیص هویت تلقی نمود.

- آزمایش تجزیه گروه های خونی

افراد از لحاظ گروه خونی به چهار دسته AB، A، B و O تقسیم می‌شوند. ثابت شده که خصوصیت هریک از این دسته‌ها به ارث می‌رسد. بنابراین پیش‌بینی گروه خونی فرزندان که گروه خونی والدین آنها معلوم باشد امکان‌پذیر است. هرگاه در نسب پدری یا مادری اختلاف باشد به اعتقاد اهل فن، اختلاف گروه خونی گاهی دلیلی قاطع بر نفی نسب است.

دادرس می‌تواند در نفی نسب به آزمایش خون، در صورتی که دقیق و اطمینان‌بخش باشد، استناد کند و حکم خود را بر این دلیل مبتنی سازد. اما در وجود نسب نمی‌تواند به این دلیل اکتفا کند، هر چند که این آزمایش می‌تواند جزیی از اماره قضایی مورد توجه قاضی واقع شود. به سخن دیگر نتیجه آزمایش خون می‌تواند دلیلی منفی بر نسب تلقی شود نه دلیل مثبت (صفایی و امامی، ۱۳۹۵: ۳۳۶).

اثبات نسب از طریق آزمایش خون در زمینه‌های مختلفی از آزمایش خون استفاده می‌شود که از جمله آن در هنگام تنازع بنوت، اشتباه و اختلاط اطفالی که در بیمارستان و مراکز نگهداری اطفال صورت می‌گیرد، یا در حالاتی که به سبب عوارض ناگهانی مثل: جنگ، سیل، زلزله و غیر آن اولادی بدون سرپرست می‌شوند و اختلال در نسب آنان بوجود می‌آید. بنابراین از طریق شناخت گروه خونی طفل و گروه خونی کسی که در مورد طفل نزاع دارد امکان شناخت نسب ولد به مدعی وجود دارد و شریعت این دلیل را مقبول و کافی در الحاق ولد به مدعی می‌داند پس با این احتمال که گروه خونی مدعی با گروه خونی طفل یکسان است نسب ثابت می‌شود، چون در شرع مصلحت در اتصال انساب است نه در انقطاع آن و باید بر اساس مصلحت طفل حکم شود تا از هلاک شدن اطفال جلوگیری شود.

اما اگر چند نفر در انتساب نسب طفلی به خود ادعائی را نمودند در این صورت آزمایش خون فقط می‌تواند حکم به نفی نسب دهد نه اثبات آن، چون افراد زیادی هستند که یک گروه خونی دارند در حالی که نسبتی با هم ندارند.

برای مثال اگر دو مرد که یکی از آنها دارای گروه خونی O و دیگری گروه خونی A است، ادعای نسب طفلی را نمایند که دارای گروه خونی AB است، محال است که طفل فرزند مردی باشد که گروه خونی O دارد ولی احتمال دارد فرزند آن مردی باشد که دارای گروه خونی A است. پس بدین احتمال نسب طفل را به او ملحق می‌کنیم و به آزمایش خون در الحاق نسب وقتی دلیل دیگری نباشد اکتفا می‌کنیم.

اما اگر هر دو مدعی دارای یک گروه خونی باشند، الحاق طفل به یکی از آنها امکان ندارد و باید برای اثبات نسب به دلیل دیگری مراجعه نمود. بنابراین معلوم می‌شود که نتیجه آزمایش خون در اثبات نسب دلیلی ظنی است، ولی در نفی نسب قطعی است.

مادامی که دلیلی بر اثبات نسب وجود نداشته باشد فقها به دلیل قرعه یا تمایل فطری ولد به یکی از مدعیان برای اثبات نسب عمل می‌کنند و شکی نیست که اعتماد به این دلایل هر چند از ضعیف‌ترین دلایل است ولی به خاطر حفظ نسب و رعایت و مصلحت ولد اولی‌تر است و می‌بایست در راستای اتصال و الحاق نسب گام برداشت، چون اسلام نیز، حریص به اتصال انساب است و با کمترین دلیل نسب را ثابت می‌داند. اما جز با قوی‌ترین ادله نفی نمی‌شود، آن چنان که حد با کمترین شبهه ساقط می‌شود و جز با قوی‌ترین دلیل ثابت نمی‌شود. اما امروزه آن دلایل به کار نمی‌آیند و علم جدید با پیشرفت خود توانسته به صورت دقیق‌تر نسب طفل را تشخیص دهد و از دلایلی چون امارات قضایی و مسائل مربوط به ژنتیک برای ثبوت نسب کمک

بگیرد. مخصوصاً با استفاده از نظر کارشناس که با توجه به وضع طبیعی (وزن، قد، شباهت، مو، بدن و غیره) صادر خواهد شد.

بنابر مطالب پیش گفته، می‌توان نسب طفل مورد اختلاف را ثابت کرد و شخص را از استناد به دلایل مذکور فقها بی‌نیاز ساخت. این آزمایشات وسیله‌ای علمی است که امروزه جایگزین دلایلی مانند قیافه‌شناسی و قرعه شده که در اثبات نسب می‌توان به آن اعتماد کرد و در شریعت مانعی در اخذ به این وسایل وجود ندارد. اکثر فقهای معاصر نیز استفاده و اعتماد به این آزمایشات را در اثبات نسب جایز می‌دانند و می‌گویند آن چنان که ابوت با فراش، بینة و اقرار ثابت می‌شود در اثبات نسب به این آزمایشات نیز نباید شک کرد جز آن که استفاده از این آزمایشات برای زمانی است که در انتساب اطفال نزاع باشد و هیچ یک از دلایل فراش و اقرار و غیره نباشند، که در این صورت می‌توان بر اساس این آزمایشات نسب را تعیین کرد. آیا آزمایش خون که نوعی کارشناسی است می‌تواند دلیل بر نسب باشد؟

دانشمندان خون را به چند گروه اصلی تقسیم کرده‌اند و برای هر گروه اصلی گروه‌های فرعی قائل شده‌اند. به طور کلی امروزه بیش از سی گروه مختلف خونی از طریق آزمایش تشخیص داده‌اند. هرگاه در نسب پدری یا مادری اختلاف باشد به اعتقاد اهل فن گروه خونی گاهی دلیل قاطع بر نفی نسب است.

مثلاً هرگاه پدر یا مادر از گروه خونی O باشند، غیرممکن است فرزند آنان از گروه خونی AB یا A یا B باشند. همچنین اگر پدر یا مادر هر دو از گروه خونی A باشند، فرزند نمی‌تواند B یا AB باشد. اما اگر گروه خونی دو نفر یکی باشد یا طفل خونی داشته باشد که ممکن است از ترکیب خون مادر یا پدر ادعایی حاصل شود، نمی‌توان این امر را مثبت نسب و دلیل حتمی بر وجود آن دانست (گودرزی، ۱۳۷۷: ۳۵۳). زیرا گروه‌های خونی محدود است و بسیاری از افراد از یک گروه خونی می‌باشند. بدون اینکه رابطه نسب بین آن‌ها وجود داشته باشد. البته با آزمایش خون می‌توان ۷۵ درصد و حتی بیشتر احتمال وجود نسب داد؛ لیکن از لحاظ علمی نمی‌توان در احراز نسب، صددرصد به این گونه آزمایش اعتماد کرد (صفایی و امامی، ۱۳۸۸: ۳۰۱).

بنابراین پیشرفت دانش در حال حاضر به آنجا رسیده است که دادرس می‌تواند در نفی نسب به آزمایش خون، در صورتی که دقیق و اطمینان‌بخش باشد، استناد کند و حکم خود را بر این دلیل مبتنی سازد. اما وجود نسب نمی‌تواند بر این دلیل اکتفا نماید، هرچند که این آزمایش می‌تواند به عنوان جزئی از اماره قضایی مورد توجه قاضی واقع شود به سخن دیگر نتیجه آزمایش خون می‌تواند دلیل منفی بر نسب تلقی شود نه دلیل مثبت (گودرزی، ۱۳۹۱: ۱۲۹).

۲-۳-۱-۶- انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب

یکی از طرق اصلی اثبات انحصار در رساندن یک مطلب و در موضوع مدنظر ما یعنی ادله اثبات نسب، استفاده از ادات حصر در نص و ادله است که با احراز آن، راه برای شمول غیر از آن چه محصور شناخته شده، مسدود می‌گردد، البته با توجه به اصل عدم حصری بودن ادله، اثبات نسب در فقه و حقوق، خود ادعایی است که نیاز به اثبات دارد.

در فقه با توجه به این که ادله اثبات نسب در ابواب فقهی (نکاح، اقرار، شهادت و ...) به صورت پراکنده می‌باشد و در هیچ یک نص یا دلیلی مبتنی بر انحصار این ادله موجود نمی‌باشد اما در نفی نسب که در فقه تصریح شده که با تحقق اماره فراش تنها راه نفی ولد فقط لعان است.

اعتبار علمی بالا و قلمرو وسیع این گونه آزمایش‌ها به ویژه آزمایش DNA چه در حوزه پزشکی قانونی و چه در سایر امور مانند درمان و تشخیص بیماری‌ها شایان توجه است. با این حال احتمال بروز خطای انسانی و عوامل بیرونی در تجزیه و آنالیز آن از یک سو نیاز به مهارت و دقت ویژه در تغییر آن، غیرمنطقی بودن نتیجه این آزمایش‌ها را باعث می‌شود.

۲-۲ نفی نسب

نفی نسب از حساسیت بیشتری نسبت به اثبات نسب برخوردار است. به همین دلیل شارع و قانون‌گذار در مورد نفی نسب سخت‌گیری بیشتری را لحاظ کرده است. در قانون مدنی بحث و فصل مستقلی در مورد نفی نسب نمی‌بینیم، فقط در مواد ۱۰۵۲، ۸۸۲، ۸۸۳ قانون مدنی ذیل بحث نسب در کتاب اولاد به این بحث پرداخته شده است.

۲-۲-۱ لعان

تنها راه نفی نسب لعان است. لعان بر وزن فعال، به معنی سوگند و نفرین و از ریشه لعن (نفرین کردن، لعنت کردن، راندن و دور کردن) است (آذرنوش، ۱۳۸۸: ۶۲۰). در اصطلاح حقوق اسلام، مباحثه خاصی بین زن و شوهر است که به الفاظ و شرایط خاص در نزد حاکم انجام می‌شود و اثر آن رفع حد قذف و یا نفی ولد است (بروجردی، ۱۳۸۳: ۲۲۱). نفی نسب انکار رابطه و قرابت نسبی است که ظاهراً بین دو فرد وجود دارد که، اعم از اینکه قرابت در خط مستقیم باشد یا اطراف که شامل قرابت پدر فرزندی، یا خواهر برادری و... می‌باشد. نفی نسب به وسیله پدر (انکار فرزند از سوی پدر) در موردی که طبق ظاهر اماره فراش، فرزند به او ملحق باشد را اصطلاحاً نفی‌ولد گویند که معمولاً از طریق اثبات خلاف اماره فراش تحقق می‌یابد. نفی‌ولد دارای پیامدهای همچون قطع ارتباط نسبی طفل با پدر است، و معمولاً مادر طفل با این عمل در مظان اتهام قرار می‌گیرد. در فقه امامیه جز به قطع و یقین نمی‌توان اقدام به لعان و نفی ولد نمود. نفی ولد را در ۲ فرض می‌توان مورد بحث قرارداد: فرض اول: در صورت تحقق کامل شرایط اماره فراش؛ فرض دوم: در صورت عدم امکان اجرای اماره فراش؛ در صورتی که فقدان اماره فراش ثابت شود، نفی ولد را بدون لعان پذیرفته‌اند (حلی، ۱۴۲۵ق: ۷۰) و حتی برخی فقها آن را واجب شمرده‌اند (عاملی، ۱۴۲۵ق: ۳۷۸-۳۷۷) و یا شوهر را مجبور به پذیرش یا انکار ولد دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۶۶: ۲۲۴).

۲-۲-۱-۱ لعان در اصطلاح فقها

لعان در اصطلاح فقیهان دور از معنای لغوی آن نیست. اما با توجه به اینکه موضوع اصلی ما بحث لعان نمی‌باشد، اشاره‌ای گذرا به تعاریف برخی از فقها از لعان می‌کنیم. شیخ صدوق در تعریف لعان گفته است: «لعان عبارت است از اینکه مرد به همسر خویش نسبت فجور زنان بدهد و فرزند او را انکار کند» (شیخ‌صدوق، ۱۴۱۵ق: ۳۵۵).

ابن حمزه طوسی در تعریف لعان گفته است: ((لعان سوگند ویژه‌ای است که زن و شوهر پس از قذف همسر به وسیله شوهر، به گونه‌ای مخصوص ادا می‌کند (طوسی، ۱۴۰۸ق: ۳۳۶). برخی از فقها در تعریف لعان افزون بر ماهیت آن به آثار آن و تشریفات لعان و برخی از شرایط آن اشاره کرده‌اند (شهیداول، ۱۴۱۴ق: ۲۹۸). مثلاً طبق گفته شهیداول: لعان مباحله‌ای است میان زن و شوهر برای نفی حد یا نفی فرزند که با الفاظ ویژه‌ای در نزد حاکم انجام می‌پذیرد. در تعریف همه فقها از لعان می‌توان به این نکته مشترک در تعاریف اشاره کرد که لعان را باید مباحله‌ای میان زن و شوهر دانست که با هدف از میان رفتن حد اجرا می‌گردد و آثاری مانند جدایی زوجین را به همراه دارد.

۲-۲-۲ ماهیت لعان

آیا لعان سوگند است یا اینکه لعان نوعی شهادت است؟ در مورد اینکه ماهیت لعان را سوگند بدانیم یا شهادت، فقها و مفسرین اختلاف نظر دارند و به همین جهت برخی آن را سوگند می‌شمارند و برخی هم قائل‌اند که لعان ماهیتی مرکب از سوگند و شهادت دارد. مثلاً شهید ثانی قائل است که لعان سوگند است و معتقد است نباید به ظاهر واژه شهادت که در آیه به کار رفته است؛ استناد کرد و آن را شهادت تلقی کرد (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ۲۰۲).

۱- درسوگند باید به نام خدا سوگند شود و در آیه لعان این شرط لحاظ شده است (علامه‌حلی، ۱۴۱۳ه.ق: ۴۴۴).

۲- درلعان، مذکر و مونث حکمی یکسان دارند و تفاوتی میان آن‌ها وجود ندارد، درحالی که اگر از معقوله شهادت به شمار می‌رفت، باید زن و مرد حکمی یکسان نداشته باشند، زیرا در باب شهادت، دو شاهد زن به منزله یک شاهد مرد محسوب می‌شود (اسدی‌حلی، ۱۴۰۷ه.ق: ؟).

همچنین شاهد دیگری که می‌توان ارائه کرد که طبق حدیث نبوی «احلف بالله الذی لا اله الا هو انی لصادق یقول ذلک اربع مرات»؛ لعان سوگند است (حاکم‌نیشابوری، ۱۴۲۷ق: ۱۰۶۲).

در مقابل این نظریه، نظریه دیگری هست که لعان را به شهادت می‌داند که آن را به «ابن‌جنید اسکافی» نسبت داده‌اند (اسکافی، ۱۴۱۶ه.ق: ۲۰۷). مهم‌ترین دلیلی که ارائه کرده‌اند ظاهر آیه لعان است که تعبیر به شهادت کرده است «فشهادت احدهم اربع شهادت بالله انه لمن الصادقین».

دیدگاه دیگری که «ابن‌ابی‌جمهور احسائی» از فقیهان قرن نهم آن را بیان داشته‌است، این است که لعان دارای ماهیت ویژه‌ای است که مرکب از شهادت و سوگند است. ازاین رو نه حکم سوگند را دارد و نه حکم شهادت را بلکه حکم خاص خود را دارد (احسائی، ۱۴۱۰ه.ق: ۵۶). صاحب جواهر نیز دیدگاه ترکیب را پذیرفته است (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۴/۵۵-۵۴).

البته به نظر ما هم می‌رسد که این دیدگاه نزدیک‌تر به صواب باشد، چون نه تمام آثار سوگند به این نهاد مترتب است، که آن را سوگند حساب کنیم و نه تمام آثار شهادت را دارد، که آن را شهادت حساب کنیم.

۲-۲-۳ اسباب لعان

برای تحقق لعان دو سبب ذکر شده است که عبارتند از:

- قذف

در اینجا به این معنی است که شوهر به همسر خویش نسبت زنا بدهد. که فقهای امامیه و همچنین مفسران و فقهای اهل سنت قذف زوجه را از اسباب لعان شمرده‌اند.

- نفی ولد

آن است که زوج فرزندی که از همسر خویش متولد شده‌است انکار، و انتساب او را از خود نفی نماید.
- برای اینکه لعان در مورد قذف جاری شود باید چند شرط داشته باشد؛ که در ادامه به این شرایط اشاره خواهیم کرد:

۲-۳-۱ شرایط اجرای لعان

۱- پابرجا بودن زوجیت:

به این معناست که زوجیت بین زن و شوهر همچنان برقرار باشد و عقد نکاح منحل نشده باشد یا طلاق صورت نگرفته باشد. این مورد شامل مطلقه رجعی تا پیش از پایان یافتن عده طلاق هم می‌شود؛ زیرا زوجه به منزله همسر زوج محسوب می‌شود.

۲- ادعای مشاهده زنا زوجه:

در روایت صحیحی که حماد از امام صادق نقل می‌کند: حضرت فرمودند: چنانچه مردی همسر خود را قذف نماید در صورتی می‌توان از لعان استفاده کرد که بگوید: مردی در حال زنا با همسر من مشاهده کردم (کلینی، ۵۴۰۷:ق. ۱۶۴). حال اگر مردی به همسر خود نسبت زنا داده است ولی ادعای مشاهده ننماید یا به واسطه نابینا بودن یا عارضه دیگری قادر به دیدن نباشد و بینه‌ای که بتواند ادعای خویش را ثابت کند نیز نداشته باشد حد قذف بر او جاری می‌شود (خمینی، ۱۳۷۸: ۳۶۲).

۳- نداشتن بینه:

یکی دیگر از شرایط لعان این است که زوج بینه‌ای نداشته باشد. در این صورت به اتفاق فقهای امامیه می‌توان لعان را اجرا کرد. ولی اگر بینه داشته باشد نمی‌توان لعان را اجرا کرد. زیرا اجرا کردن لعان خلاف اصل است و در خلاف اصل باید به قدر مقیقن استناد کرد.

۴- وقوع نزدیکی:

یکی دیگر از شرایطی که برای اجرای لعان ذکر شده‌است، این است که پس از ازدواج نزدیکی میان زوجین صورت گرفته باشد؛ که در این شرط سه نظریه ارائه شده‌است:

الف: شرط بودن دخول (شهیداول، ۱۴۱۴:ق. ۳۰۳).

ب: شرط نبودن دخول (علامه‌حلی، ۱۴۱۳:ق. ۱۸۶).

ج: تفصیل میان ولد برای قذف و نفی ولد: به نظر می‌رسد که اگر لعان برای قذف باشد دخول شرط نیست ولی اگر برای نفی ولد باشد دخول شرط است (همان، ۴۴۷).

۵- عدم اشتهار زن به زنا:

اگر زن به زنا شهرت داشته باشد حد قذف ساقط می‌شود و اصلاً نوبت به لعان نمی‌رسد. ولی زوج مستحق تعزیر می‌باشد (شهیدثانی، ۱۴۱۰:ق. ۱۸۵).

۲-۲-۴ شرایط ملاعن و ملاعنه

برای اجرای لعان زوج و زوجه باید دارای شروطی باشند که ما در اینجا به طور مختصر این شرایط را بیان می‌کنیم.

۱- بلوغ و عقل:

زوجین برای اینکه بتواند یکدیگر را لعان کنند باید بالغ و عاقل باشند. بلوغ و عقل از شرایط عامه تکلیف هستند و این شرط (بلوغ و عقل) مورد اتفاق فقهای امامیه و فقهای اهل سنت است.

۲- دائمی بودن ازدواج:

اینکه لعان در مورد زوجینی جاری است که با عقد دائم به زوجیت یکدیگر درآمده‌اند مورد اتفاق فقهای امامیه است و برای اثبات این ادعا می‌توان به روایت هم استناد کرد، از جمله صحیحی ابن یعفور از امام صادق (ع) که فرمودند: مرد همسر متعه خویش را لعان نمی‌کند (کلینی، ۱۴۰۷.ه.ق: ۱۶۶). البته نظر مخالفی هم در این جا سیدمرتضی به ظاهر آیه «و الذین یرمون ازواجهم» لعان را در نکاح موقت جاری می‌داند. زیرا این واژه بر حسب ظاهر عام بوده که همسر دائمی و موقت را با هم شامل می‌شود (علم‌الهدی، ۱۴۱۵.ه.ق: ۲۸۶). به نظر می‌رسد که دیدگاه اول به واقع نزدیک‌تر باشد. زیرا اولاً واژه ازدواج که در آیه به کار رفته است، ازدواج دائم به ذهن خطور می‌کند. ثانیاً تأیید روایات نیز حاکی از آن است که ائمه معصومین نیز از این واژه همین نظر را قبول دارند.

۲-۲-۵ لعان به سبب انکار فرزند

دومین سبب لعان انکار فرزند است که در فراش زوج متولد شده است. برای اجرای لعان برای نفی فرزند باید شرایطی موجود باشد. مثلاً امکان الحاق فرزند به وی وجود داشته باشد و نیز دخول صورت گرفته باشد و وضع حمل زوجه با گذشت شش ماه و بیشتر تحقق یافته باشد و از بیشترین مدت حمل هم فراتر نرفته باشد. نکته دیگری که در مورد لعان برای نفی فرزند نباید از نظر خارج دانست این است که زوجیت باید همانند لعان برای قذف دائمی باشد و همچنین پیش از آن به فرزند این طفل اقرار نکرده باشد.

۲-۲-۶ تشریفات و شرایط لعان

۱- اجرای لعان نزد حاکم

بسیاری از فقها قائل‌اند که لعان باید نزد حاکم اجرا شود. امام خمینی (ره) معتقدند: لعان فقط نزد حاکم شرعی اجرا می‌شود و احوط آن است که نزد شخصی که حاکم او را به این سمت منصوب کرده است اجرا گردد (خمینی، ۱۳۷۸: ۳۶۱).

شاید بتوان گفت به دلیل اینکه با اجرای لعان، حد ساقط می‌شود و دارای شرایطی با کیفیات مخصوصه است و حد نوعی تعبد است که از جانب شارع مقدس تعیین شده است و امام منصوب از طرف شارع است و حاکم جانشین معصوم است؛ پس باید لعان در مقابل حاکم اجرا شود.

۲- چگونگی لعان

هرگاه زوجین نزد حاکم حاضر شدند، حاکم چگونگی شهادت دادن را به او یادآوری می‌کند و مرد شروع به لعان به این صورت می‌کند:

مرد چهار بار به نام الله شهادت می‌دهد که در نسبیتی که به زن داده‌است راست می‌گوید و قسم می‌خورد. زیرا لعان عبارت است از قسم خوردن، قسم خوردنی که نزد حاکم است. آنگاه پس از اینکه چهار بار شهادت داد می‌گوید: لعنت خدا بر او باشد (بر من باشد) اگر از دروغگویان باشم در مورد نسبیتی که به همسر خود داده‌ام. بعد از اینکه مرد شهادت داد و خود را لعنت کرد نوبت به زوجه می‌رسد. بدین صورت که زن چهار بار به خداوند شهادت می‌دهد که، نسبیتی که شوهرش به او داده‌است دروغ است و در ادامه می‌گوید لعنت خدا بر من باشد اگر شوهرم در نسبیتی که به من داده‌است از راستگویان باشد.

زمانی که مرد می‌خواهد شهادت بدهد خود را لعن کند باید ایستاده باشد و زن نشسته باشد و در حال شهادت دادن زن، مرد باید نشسته باشد و خود ایستاده باشد (شیروانی، شرح لمعه: ۴۴۷). در لعان ابتدا باید مرد شهادت بدهد و لعن کند بعد زوجه اقدام به این کار کند؛ ابتدا شهادت و سپس لعن نماید. در لعان مستحب است که حاکم پشت به قبله بنشیند تا زوجین رو به قبله باشند و مرد در سمت راست حاکم و زوجه در سمت راست زوج قرار گیرد. مستحب است حاکم قبل از اجرای لعان زوجین را نصیحت کند و حاکم در سخن و انتخاب مکان بر ملاعن و ملاعنه سخت بگیرد (همان: ۴۵۰).

۲-۷ آثار لعان

لعان همانند سایر نهادهای حقوقی (قانونی) و شرعی دارای آثار و نتایجی می‌باشد که این آثار عبارتند از:

۱- سقوط حد قذف و زنا

از مهم‌ترین آثار لعان که در آیه ۸ سوره‌ی مبارکه نور به آن اشاره شده است، سقوط حد زنا از زوجه و سقوط حد قذف از زوج می‌باشد.

۲- انفساخ عقد

دیگر اثر لعان انفساخ عقد و جدایی زن و شوهر به سبب آن است. هرچند در آیات هیچ اشاره‌ای به آن نشده است، ولی در روایات به این اثر اشاره شده است.

۳- حرمت ابدی

زوجین بعد از اجرای لعان حرام موبد به یکدیگر می‌شوند. که مورد اتفاق فقهای امامیه و مذاهب اهل سنت هم می‌باشد (ابن‌قدامة، ۱۴۱۴.ه.ق: ۹۳).

۴- نفی نسب وارث

شرعاً نوزادی که به وجود آمده، از شوهر نفی می‌شود و در نتیجه آن شوهر و نوزاد از یکدیگر نمی‌برند. و نفقه هیچکدام از آنان بر دیگری واجب نیست. ولی آن نوزاد شرعاً فرزند آن زن، و وی مادر شرعی او خواهد بود.

۲-۳ نفی ولد به وسیله روش های نوین

در مواردی که شرایط اماره فراش جاری باشد، انکار ولد را جز با لعان نپذیرفته اند (محقق حلی، ۱۴۲۵.ه.ق: ۳۸۱). البته اذعان کرده‌اند که در این موارد فرد باید در مورد عدم الحاق طفل به خود با وجود اماره فراش به یقین رسیده باشد و به صرف شبهه و تردید، نمی‌توان لعان کرد (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۴/۳۴). در بین حقوق دانان نیز برخی با توجه به تحقق اماره فراش یا عدم آن، دعوای نفی ولد را به نفی ولد عام و خاص تقسیم کرده‌اند:

۱- **دعوی نفی ولد عام:** که ناظر به تحقق نیافتن اماره فراش است بدون تشریفات خاص انجام می‌شود و رابطه پدر و فرزندی قطع می‌شود. اعتبار حکم این دعوی مانع از آن است که پدر بتواند از ادعای خود دست برداشته و به نسب اقرار کند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۹۴).

۲- **دعوی نفی ولد خاص:** این قسم مربوط به موردی است که اماره فراش تحقق یافته‌است که در این مورد برخی از حقوق دانان با استناد به ماده ۱۳۲۳ ق.م.معتقدند که در این مورد اثبات خلاف اماره فراش و در نتیجه نفی ولد محدودیتی به لحاظ دلیل قانون مدنی وجود ندارد و درچنین مواردی جاری بودن اماره فراش تنها راه نفی ولد لعان نیست (امامی، ۱۳۷۸: ۱۷۴).

اما در حال حاضر بر مبنای آزمایش‌ها و تحقیقات انجام شده می‌توان گفت با توجه به کارایی پایین این سیستم‌ها در رد ابوت در مقایسه با آزمایش DNA و نیز هزینه‌ی بالای خرید آنتی‌سرم‌های مورد نیاز و تجهیزات و نیز وقتگیر بودن مراحل و خطای آزمایشگاهی آن، انجام این آزمایش‌ها را با توجه به در دسترس بودن آزمایش DNA قطعیت بالاتر آن، توجیه علمی و اقتصادی ندارد (صبوری، ۱۳۸۶: ۲۸).

۲-۳-۱ حجیت فقهی حقوقی DNA در نفی نسب

بدیهی‌است در صورت کامل نبودن اماره فراش و اثبات آن، برای نفی نسب تشریفات خاصی نیاز نیست و تنها انکار و رد از سوی پدر کفایت می‌کند، اما در جایی که اماره فراش ثابت شده باشد، سوال این است اگر آزمایش DNA به عدم وجود رابطه ابوت حکم کند، آیا به لحاظ قانونی و شرعی می‌توان به نفی‌ولد بدون لعان اقدام کرد؟ فقهای متقدم متعرض، نقش روش‌های جدیدی همچون DNA در نفی نسب نشده‌اند، اما با توجه به کلام آن‌ها در نفی ولد می‌توان مخالفت آن‌ها با پذیرش این روش‌ها جهت نفی نسب، را در کنار لعان اثبات کرد. زیرا به اتفاق فقهای امامیه در شرایطی که اماره فراش کامل باشد، نفی نسب تنها از طریق لعان به عمل می‌آید (انصاری، ۴۱۵: ۴۸۹).

تعبیر فقهای متقدم گویای اعتقاد به حصر راه نفی نسب به لعان در صورت جاری بودن اماره فراش است. ایشان افزوده‌اند حتی در صورت تحقق زنا، فرزندان از صاحب فراش جز با لعان نفی نمی‌شود (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۴/۲۳۲).

در مورد نظر فقهای معاصر، مرکز تحقیقات فقهی برمبنای استفتائاتی که از مراجع عظام انجام شده، در پاسخ به این پرسش که آیا نتیجه آزمایش‌های ژنتیکی فعلی از نظر شرعی می‌تواند مستند و دلیل بر اثبات گردد یا خیر؟

آورده‌است: با توجه به استفتائات انجام شده توسط این مرکز در موارد مشابه از عظام اکثر آنها اظهار داشته‌اند: آزمایش‌های دقیق علمی به عنوان دلیل اثبات نسب حجیت ندارند، مگر اینکه حصول علم شوند (معاونت قوه-قضاییه، ۱۳۸۸: ۹۰).

برخی نیز با وجود اینکه استدلال خوبی در مورد استفاده از ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی مبنی بر محدوده و معنای اثبات خلاف اماره فراش ارائه کرده و گفته‌اند: حفظ ثبات خانواده با نظر فقهای مبنی بر حصر نفی نسب از طریق لعان در صورت جاری بودن اماره فراش سازگارتر است، ولی گرایش حقوق دانان به پذیرش دلایل مخالف اماره فراش را از جهت علمی قابل دفاع دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷۱-۶۸).

۲-۳-۲ دلایل مورد استناد موافقین پذیرش DNA در نفی نسب

موافقان معتقدند که می‌توان به آزمایش DNA در روش‌های نوین پزشکی استناد کرد و نیازی به اجرای لعان نمی‌باشد و می‌گویند (معتقدند که) فقه پویا است و باید به روش‌های نوین با توجه به پیشرفت تکنولوژی استناد کرد و دلایلی را هم ارائه می‌کنند:

۱- طبق آیه ۶ سوره نور در مورد لعان می‌توان گفت: استناد به لعان زمانی است که شهودی جز خود زوج و زوجه وجود نداشته باشد، اما وقتی که امکان دسترسی به بینه‌ای وجود داشته باشد که نوعی شاهد محسوب می‌شود موجبی برای لعان نیست. در نقد این دلیل مخالفان گفته‌اند که آزمایش DNA را نمی‌توان به عنوان یک شاهد پذیرفت و در قبول این روش سرسختی نشان داده‌اند.

۲- نتایج آزمایش DNA در حالت نفی نسب قطعی و در حالت اثبات شبه قطعی است که مستند به قواعد علمی و ثابت شده و در مورد قبول و اتفاق دانشمندان علم ژنتیک است (صالح، ۱۴۲۹: ۱۳۰). بنابراین با وجود علم نوبت به لعان نمی‌رسد. به نظر می‌رسد که نقدهایی بتوان به دلایل موافقین پذیرش DNA در نفی نسب وارد کرد که با فلسفه احکام الهی منطقی‌تر و نزدیک‌تر باشد.

- نقد دلیل اول

حد با قرائن ثابت نمی‌شود، یعنی نمی‌توان آزمایش DNA را قرینه قطعی به‌شمار آورد و قائم مقام شهادت در ثبوت حد به‌شمار آورد.

- نقد دلیل دوم

با توجه به ادله معتبر و فتاوی فقها، استناد به لعان در صورتی است که لاعن علم قطعی به نفی ولد داشته باشد. در صورتی که موافقین این گونه می‌گویند که در لعان لاعن علم قطعی ندارد و در لعان اگر هم لاعن علم قطعی ندارد حداقل در جهل مرکب است چون به صرف ظن و گمان نمی‌توان از لعان استفاده کرد.

۲-۳-۳ ادله مورد استناد نظریه عدم پذیرش حجیت آزمایش DNA در نفی نسب

۱- حکم شرعی لعان از طریق قرآن، سنت و اجماع ثابت شده و حکمی تبعیدی است. تقدیم نتایج این آزمایش‌ها بر لعان و استناد به آن‌ها برای نفی نسب به تعطیل این حکم شرعی می‌انجامد (صالح، ۱۴۲۹: ۱۳۱-۱۲۹).

۲- آزمایش DNA فقط وجود نسب یا انتفای آن را ثابت می‌کند. ولی لعان آثار دیگری غیر از انتفای ولد از جمله رفع حد و زنا را به دنبال دارد، در حالی که این آثار بر نتایج DNA مترتب نیست (کیلانه، ۱۳۸۷: ۱۷۱).

۳- با وجود تعیین یک طریق شرعی مثل لعان که حتی در مواقع حیرت و عدم توان اثبات ادعا می‌توان به آن استناد کرد، نیازی به استفاده از یک راه دیگر نیست (التجار، ۲۰۰۴: ۲۰۴).

۴- شارع با توجه به ظرافت‌ها و پیامدهای منفی ناشی از نفی نسب، شرایط لعان را به گونه‌ای طراحی کرده است که جز به اضطرار به آن روی نیاورند.

۵- حجیت بخشیدن به این آزمایش‌ها در نفی نسب به لعان، در واقع نوعی ایجاد بی‌اعتمادی نسبت به خانواده‌ها می‌شود که هرکس با کوچک‌ترین شک به این آزمایش‌ها روی می‌آورد.

۶- با توجه به آیه ۱۵۹ سوره نساء، در مورد نزاع باید به حکم خدا و رسول خدا مراجعه کرد. در مورد نفی نسب نیز بر اساس قرآن و روایات، لعان طریق شرعی است، بنابراین لعان حکم الهی است در حالی که آثار ناشی از آزمایش DNA مورد اختلاف است و دلیلی بر پذیرش آن وجود ندارد. در نتیجه، مقدم کردن لعان در اولویت است (صالح، ۱۴۲۹: ۱۳۱).

با قبول کردن حجیت نتیجه آزمایش DNA در نفی نسب، دیگر جایی برای استناد به لعان باقی نمی‌ماند، درحالی که لعان دارای آثاری است که آزمایش DNA فاقد این آثار است. در نتیجه استناد به DNA و کنارگذاشتن این حکم الهی بدون شک مفسده‌های بزرگی در پی خواهد داشت. بنابراین با توجه به حساسیت مسئله نفی ولد و حفظ حریم خانواده و اتفاق علمای امامیه به حصری بودن راه نفی ولد - برخلاف اثبات نسب - به لعان در صورت کامل بودن اماره فراش نمی‌توان به آزمایش DNA در نفی ولد استناد کرد.

۲-۴ انواع دعاوی نسب

نسب عبارت است از: «علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود میان دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا بطن دیگری بوجود آمده است. نسب به معنای اخص یعنی رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی» (امامی، ۱۳۴۴: ۸).

قانون مدنی، مباحث مربوط به اولاد را با خویشاوندی شروع کرده و به خویشاوندی مستقیم و بلاواسطه پرداخته است. اما به خویشاوندی با واسطه و همچنین خویشاوندی اطراف اشاره‌ای نکرده است. حمایت از حقوق کودکانی که در خانواده متولد و دارای نسب مشروع هستند و حفظ حرمت خانواده ایجاب می‌کند که نسب طفل نیاز به اثبات نداشته باشد و نفی آن به سادگی پذیرفته نشود. تنها راه معقول در چنین مواردی استفاده از اماره‌های قانونی است.

حال با وجود این شرایط دعاوی نسب از حیث این که چه کسی آن را طرح کند، اهمیت دارد و این دعاوی هرکدام فروض و حالت‌های مختلفی دارند که سعی شده در این فصل به آن‌ها پرداخته شود:

۲-۴-۱ اثبات نسب بین والدین و فرزندان

۲-۴-۱-۱ اثبات نسب پدری

در این حالت چه کسی دعوا را طرح کند حائز اهمیت است؛ که ۳ فرض را می‌توان در نظر گرفت:

۲-۴-۱-۱-۱ اثبات نسب پدر از سوی مادر طفل:

این دعوا که خواهان آن مادر طفل است و از شایع‌ترین دعاوی است.

مورد اول از فرض اول: مادر طفل، دعاوی اثبات نسب فرزندش را علیه شوهر خود مطرح کرده‌است، اما خوانده زوجیت را در زمان انعقاد نطفه منکر می‌گردد، در این صورت بار اثبات دعوا بر عهده زن است. البته محدودیتی در این نوع ادله اثبات آن وجود ندارد.

علت طرح این دعاوها به دلیل عدم ثبت وقوع نکاح خصوصاً در نکاح موقت یا تنظیم نکاح نامه رسمی مدتها پس از وقوع نکاح است.

در این فرض چون شرط اول اماره فراش (زوجیت) ثابت و محرز نشده است، بنابراین رابطه نسبی به وجود نمی‌آید. آزمایش‌های ژنتیک در این نوع دعاوی نقشی را ایفا نمی‌کنند، زیرا شرط مفقود در این دعوا زوجیت

می‌باشد و آزمایش‌ها نمی‌توانند مثبت این امر باشند، بنابراین دعوای اثبات نسب به دلیل فقدان شرایط اماره فراش رد می‌شود. اما زن می‌تواند دادخواست الزام خوانده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه را علیه مرد مطرح نماید و در این دعوا از آزمایش ژنتیک بهره می‌جوئیم. چنانچه نتیجه آزمایش مثبت باشد، صرفاً بدین معناست که بین طفل و زوج رابطه خونی برقرار است نه نسب شرعی و قانونی.

مورد دوم از فرض اول: از سوی مادر طفل دعوای اثبات نسب مطرح می‌شود در حالی که زوج منکر دخول است. مثلاً خواهان پس از مدتی از وقوع عقد موقت باردار شده، در حالی که زوج هرچند زوجیت را قبول دارد، اما منکر دخول است و طفل را ملحق به خود نمی‌داند. اگر زوج اقدام جهت اخذ شناسنامه نکند و زوجه به این منظور اقامه دعوی نسب می‌کند.

در اینجا ظاهراً بار اثبات بر عهده مدعی الحاق است و این در حالی است که نزدیکی زن و شوهر از امور پنهانی است و گاهی اوقات زوجین خود تاریخ وقوع نزدیکی را نمی‌دانند.

از آنجایی که یکی از مهم‌ترین اهداف نکاح، مباح شدن رابطه جنسی است و ظاهر این است که به این امر عمل شده و مانعی سبب جدا ماندن زوجین از یکدیگر نشده‌است؛ در نتیجه اینجا دیگر نیازی به اجرای اصول عملیه و مطالبه دلیل از مدعی نیست. بی‌اعتمادی به این ظاهر، به کلی اماره موجود در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی را بی‌هوده می‌سازد و مبنای اماره فراش را بر امری مجهول و اثبات‌نشده قرار می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۴).

در این مورد سه حالت را می‌توان در نظر گرفت:

حالت اول: زوجین زندگی مشترک را شروع کرده‌اند و زوجه باردار شده است. در این مورد زندگی مشترک اماره بر هم‌بستری زوجین و وقوع نزدیکی است. و باید به این ظاهر اعتماد کرد و آن را بر اصل عدم‌نزدیکی و قول مرد بر انکار دخول مقدم دانست.

حالت دوم: زندگی مشترک منحل شده و طفل در فاصله کمتر از ده ماه از انحلال نکاح تولد یافته است. باتوجه به ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی، قانون‌گذار در مورد اثبات نسب طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شده است، وقوع نزدیکی بین زن و شوهر را مفروض دانسته و معنی این فرض، ایجاد اماره قانونی است که در صورت به دنیا آمدن طفل، دلیل بر وقوع نزدیکی بین زن و شوهر است. در نتیجه در دو حالت بالا، نباید از مدعی الحاق، طلب اثبات وقوع نزدیکی کرد. البته امکان اثبات خلاف آن برای زوج وجود دارد.

حالت سوم: زوجه در دوران عقد (فاصله بین وقوع نکاح و شروع زندگی مشترک) باردار شده‌است. این حالت اهمیت خاصی دارد. زیرا دعوای ناشی از این مورد شایع است. وقوع نزدیکی و احتساب مدت حمل از آن تاریخ شرط الحاق طفل به پدر است. در این حالت در صورت وقوع اختلاف بین زوجین در خصوص نزدیکی، بنابر اصل عدم، قول مرد مقدم است. بنابراین بار اثبات بر دوش مدعی نزدیکی قرار می‌گیرد.

حتی در صورت خلوت تام، قول مرد با سوگند به دلیل مطابقت با اصل عدم پذیرفته می‌شود و طفل بدون نیاز به لعان نفی می‌شود.

اگر خلوت تام اثبات نشود، بنابر اصل عدم واقعه، نسب محقق نیست. بنابراین در موردی که شرط دوم اماره فراش، نزدیکی، مفقود است، انجام آزمایش ژنتیکی پیشنهاد می‌شود، زیرا در صورتی که نتیجه حاصل، وجود تجانس خونی بین طفل و زوج باشد و باعث علم قاضی به وجود نسب قانونی بین آن دو گردد، می‌توان به عنوان اماره قضایی بر اصل عدم غالب گردد.

مورد سوم از فرض اول: دعوای اثبات نسب توسط مادر طفل اقامه گردیده در حالی که خواننده، مدعی عدم- رعایت حداقل یا حداکثر مدت حمل است. به نظر برخی از فقها در اختلاف زوجین در مدت حمل، چنانچه بر دخول و ولادت اتفاق نظر باشد، قول مدعی الحاق (زن) مقدم است (خمینی، ۱۳۷۸: ۳۰۸). اما برخی دیگر بر این نظرند که صرفاً اگر اختلاف راجع به اکثر مدت حمل باشد، قول زن مقدم است ولی اگر اختلاف در اقل حمل باشد، قول مرد مقدم است (حرعاملی، ۱۴۱۱.ه.ق: ۴۳۵).

به نظر می‌رسد اختلاف در مدت حمل می‌تواند ناشی از مشتبه بودن تاریخ وقوع نکاح یا تاریخ انحلال آن یا تاریخ تولد طفل باشد که در هر سه حالت، بار اثبات بر دوش زن و با هریک از ادله، اثبات امکان‌پذیر است. با این حالت، نقش دلایل ژنتیکی در مورد سوم از فرض اول، بسته به این‌که ریشه اختلاف به مورد اول بر می‌گردد یا به مورد دوم، متفاوت است.

۲-۱-۴-۲ اثبات نسب پدر از سوی فرزند

چنانچه فرزند از سن صغیر خارج و به سن کبیر برسد می‌تواند دعوای اثبات نسب علیه مردی اقامه کند و مدعی رابطه نسبی با او شود. در این نوع دعوای، خواننده رابطه نسبی بین خود و خواهان را به دلیل عدم تحقق شرایط اماره فراش نفی می‌کند.

در اثبات نسب پدری از سوی فرزند نیز مانند مورد قبل عمل می‌شود. غالباً این رابطه نسبی به واسطه شهادت شهود ثابت می‌شود. از آزمایش DNA نیز می‌توان استفاده کرد که میزان اعتبار آن بستگی به علم قاضی با توجه به محتویات پرونده و قرائن موجود در آن دارد.

در مجموع در خصوص اثبات نسب پدری باید شرایط الحاق نسب (اماره فراش) بر قاضی محرز گردد. زمانی که این شرایط فراهم باشد، باید حکم به الحاق نسب شود و نیازی به انجام آزمایش‌های ژنتیکی نیست. چنانچه اشاره کردیم آزمایش ژنتیک همانند آزمایش خون می‌تواند وجود رابطه طبیعی و خونی را محرز کند. هرچند به طور معمول نتیجه این آزمایش اطمینان‌آور و گاه موجد علم است؛ اما متعلق آزمایش ژنتیک وجود رابطه خونی است. در حالی که آن‌چه در دعوای اثبات نسب مورد بحث است، وجود رابطه حقوقی نسب است. به همین دلیل بدون تحقق اماره فراش، از طریق آزمایش ژنتیک امکان حصول علم به وجود رابطه نسب فراهم نیست.

۲-۱-۴-۲ اثبات نسب پدری از سوی پدر

در صورتی که خواهان مدعی ابوت بر طفل صغیری داشته باشد و منازعی وجود نداشته باشد، صرف اقرار خواهان کفایت می‌کند؛ اما اگر شخص کبیر و بالغ باشد علاوه بر اقرار خواهان نیاز به تصدیق خواننده نیز هست (ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی). البته در رویه قضایی نیاز به شهادت شهود نیز هست. استفاده از آزمایش DNA می‌تواند در این مورد به قاضی کمک کند تا در کنار قرائن و دلایل دیگر اقدام به صدور حکم اثبات نسب یا رد دعوای خواهان کند.

۲-۱-۴-۲ اثبات نسب مادری

با توجه به اینکه دعوا از سوی چه کسی مطرح شود سه حالت را می‌توان فرض کرد:

۲-۴-۱-۲ اثبات نسب مادری از سوی فرزند

در بیشتر این نوع دعاوی، انگیزه اصلی، تصحیح یا تکمیل شناسنامه است که با اقرار طرفین ثابت می‌گردد و اختلاف به معنی واقعی در آن دیده نمی‌شود. اگر خوانده ادعای خواهان را انکار و الحاق و انتساب وی را به خود قبول نداشته باشد، خواهان باید رابطه زوجیت خوانده با پدرش، آبستنی و وضع حمل خوانده و این که طفل متولد از وی همان خواهان است را اثبات کند. استفاده از آزمایش DNA در اثبات رابطه نسبی بین خواهان و خوانده بلامانع است و قاضی می‌تواند در صورت حصول علم از این آزمایش حکم به صدور اثبات نسب بین آن‌ها دهد.

۲-۴-۱-۲ اثبات نسب مادر از سوی پدر طفل

در این نوع دعاوی، پدر طفل ولایتاً از سوی فرزندش دعاوی اثبات نسب مادری اقامه می‌کند. در این گونه موارد خواهان باید ضمن اثبات زوجیت خود با خوانده، بارداری در این دوران و تولد طفل از بطن خوانده را به اثبات برساند. در این نوع دعاوی می‌توان از آزمایش DNA استفاده کرد اما با توجه به نتیجه آزمایش و سایر ادله و قرائنی که در پرونده موجود است، در مرحله اتخاذ تصمیم، علم قاضی نقش اساسی ایفا می‌کند، زیرا ممکن است طفل از رابطه نامشروع حاصل شده باشد. لذا نمی‌توان به طور قطع، مثبت بودن آزمایش DNA را بیانگر وجود نسب شرعی و قانونی طفل دانست. در این بین، احراز رابطه زوجیت و این که طفل در حداقل از تاریخ زوجیت یا حداکثر از تاریخ انحلال نکاح متولد شده باشد مهم است.

۲-۴-۱-۳ اثبات نسب مادری از سوی مادر

در صورتی که رابطه نسبی طفل با پدرش محرز باشد، ابتدا زن باید ضمن اثبات رابطه زوجیت خود با پدر طفل و تولد طفل در زمان زوجیت یا تا ده ماه پس از انحلال نکاح، آبستنی و زایمان خود و اینکه طفل متولد از او، کودک (یا فرد بالغ) مورد تنازع است را نیز ثابت کند. در این میان اگر پدر طفل، ادعای خواهان را تصدیق کند، دعوا با اقرار خواهان ثابت می‌شود. البته چنانچه رابطه نسبی طفل با پدر محرز نباشد، بازهم خواهان باید تأهل کنونی یا سابق خود، آبستنی و زایمان و تولد مورد اختلاف را ثابت نماید.

در مجموع، اگر به واسطه ادله‌ای همچون شهادت شهود، استفاضه و اقرار یا سند، رابطه نسبی طفل با خواهان ثابت گردد، نیازی به آزمایش ژنتیک نخواهد بود، مگر آنکه مثلاً قرائنی از سوی خانواده یا مؤسسه‌ای که طفل نزد آن‌ها بزرگ شده یا سایر قرائنی که در پرونده موجود است، قاضی را در صدق ادعای مدعی به تردید اندازد، در این صورت می‌توان از آزمایش‌های ژنتیک استمداد کرد و چنانچه با توجه به مجموع محتویات پرونده، از این اماره قضایی علم حاصل شود، حکم اثبات نسب را صادر نماید.

در خاتمه دعاوی اثبات والدین-فرزندی، لازم است به نوع دیگری نیز اشاره کرد که این نوع دعوا ممکن است از سوی زوجینی مطرح شود که در صدد اثبات این امر باشند؛ که طفل یا فرد بالغ معینی فرزند آن‌هاست. برای مثال زوجینی که نوزاد خود را به دلیل وضعیت مالی با انگیزه‌های دیگر به مؤسسه یا خانواده‌ای تحویل داده‌اند تا تحت سرپرستی آن‌ها قرار گیرد، اما پس از چند سال از انجام این کار پشیمان شده، در صدد برآمده‌اند ثابت کنند، فرزندى که در آن خانواده یا مؤسسه پرورش یافته‌است، فرزند واقعی آن‌هاست، یا پدر و مادری که فرزندشان در کودکی مفقود یا ربوده شده‌است، پس از چند سال تلاش برای یافتن او از طریق

آگهی در روزنامه نهایتاً فرد یا افرادی ادعا کنند که والدین همان طفل گمشده هستند، صدق این ادعا و رابطه نسبی باید در دادگاه احراز شود.

در صورت طرح چنین دعوی در دادگاه باید ثابت گردد که فردی (طفلی) را که آن‌ها ادعای رابطه فرزند - والدینی با او دارند، همان طفل گمشده است؟ در این مورد غالباً آزمایش DNA گرفته می‌شود. البته ممکن است در این دعوا به دلیل فوت یا اقدام یکی از والدین در پیگیری سرنوشت فرزند، صرفاً یکی از آن‌ها خواهان باشد. در مواردی نیز ممکن است این نوع دعوا از سوی فردی علیه زوجین مطرح و رسیدگی شود. در خصوص اعتبار آزمایش DNA در چنین دعوی از دو تن از فقهای معاصر استفتاء شده است که در پاسخ فرموده‌اند: چنانچه از طریق آزمایش مذکور علم حاصل شود معتبر است.^۱

در استفتائی دیگر، در متن سؤال آمده است: استفاده از آزمایش ژنتیکی در تعیین نسب کودکان جابه‌جا شده در زایشگاه‌ها یا در مواردی که فرد یا افرادی ادعای نسب کودکان بی‌سرپرست در موسسات نگهداری کودکان بی‌سرپرست کنند، یا در مواردی که فردی فرزندش را در کودکی گم کرده باشد، یا فردی پدرش را در کودکی گم کرده باشد و با درج آگهی در روزنامه، افرادی ادعا کنند که همان فرد گمشده است، در صورتی که دلایل ارایه شده جهت صحت ادعایشان به روشنی نتواند اثبات‌کننده باشد و دادگاه بخواهد از آزمایش DNA به نتیجه برسد، اعتبار این آزمایش از منظر فقهی چگونه است؟

آیت‌الله العظمی نوری‌همدانی در پاسخ فرموده‌اند: این آزمایشات فی حد نفسه و شرعاً حجت نیستند، مگر با قرآینی که موجب علم و اطمینان عرفی می‌شوند همراه باشند، و ملاک در امور شخصی، علم شخص مکلف و در امور اختلافی، علم قاضی است.^۲

اکثر مقالات و پژوهش‌ها در زمینه نسب چه اثبات و چه در نفی بیشتر مربوط به رابطه فرزند- والدین است که در صور مختلف آن را بیان کردیم و این تنها یک صورت نیست. یک صورت قابل فرض هم اثبات رابطه خویشاوندی است که مطرح می‌شود.

۲-۴-۲ اثبات نسبیت خویشاوندی

منظور از خویشاوندان، اقربای نسبی به غیر از والدین - فرزندان است. یعنی رابطه نسبی پدربزرگ و مادر بزرگ با نوه‌ها، رابطه نسبی برادر و خواهرها و رابطه نسبی اعمام و احوال با خواهرزاده و برادرزاده‌هاست. اثبات نسبی جد و جده ابی و اُمی دارای آثاری همچون ارث، انفاق و حق ملاقات است، ضمن این‌که رابطه جد پدری با نوه، حق ولایت و در مواردی حضانت را نیز به همراه دارد. این در حالی است که رابطه نسبی طبقه دوم و سوم از جهت ارث و در مواردی قیمومت و حضانت حائز اهمیت است. برای مثال فردی مدعی می‌شود کودک بی-سرپرستی که در سازمان بهزیستی نگهداری می‌شود، نوه وی است. یا افرادی در پی نوه گمشده خود در روزنامه آگهی کنند و به دنبال آن فردی مدعی شود که همان فرزند مذکور است، یا مردی قبل از تولد فرزندش فوت کند و همسر وی بعد از وضع حمل به نکاح دیگری در آمده باشد و شوهر دوم زن، طفل را با اقرار نسب، به عنوان فرزند خود بپذیرد و شناسنامه اخذ کند حال فردی مدعی شود که پدر بزرگ ابی او (پدر

^۱ آیت‌الله نوری‌همدانی، به شماره استفتاء: ۴۷۹۳، مورخ: ۱۳۹۰/۳/۲۷ و آیت‌الله علی گرامی، به شماره استفتاء: ۹۰/۲۴۹، مورخ: ۱۳۹۰/۳/۹.

^۲ این استفتاء، مورخ ۱۳۹۰/۴/۲۸ از طریق سایت: WWW.NOORIHAMEDANI.COM به عمل آمده است.

فرد متوفی) است و در صدد اثبات رابطه نسبی خود با طفل برآید تا علاوه بر حق ولایت، حق حضانت یا لاقل حق ملاقات داشته باشد.

چنانچه در مثال‌های فوق کودک به سن بلوغ رسیده باشد و دعوا از سوی او مطرح گردد، مانند قسمت قبل باید این رابطه به اثبات برسد. اگر دعوا با اقرار به نسب به اثبات برسد، احراز حصول شرایط اقرار به نسب خویشاوندی بر عهده قاضی است.

اقرار به نسب خویشاوندی در حق فرد یا اقراری مؤثر است که صرفاً اقرار به این امر کرده باشد. در حالی که اگر دعوا با سایر ادله و مدارک به اثبات برسد، رابطه نسبی احراز شده بر سایرین (مثلاً فرزندان اجداد) نیز مؤثر خواهد بود.

اما در مورد این که آیا می‌توان در صورت لزوم از آزمایش DNA در اثبات این رابطه استفاده کرد یا خیر، باید بیان داشت که شباهت ژنتیکی پدربزرگ و مادربزرگ با اولاد صرفاً ۲۵ درصد است، یعنی این دو ۷۵ درصد از نظر ژنتیکی با هم تفاوت دارند به همین دلیل هر چند امکان انجام آزمایش وجود دارد، به سختی می‌توان به نتیجه‌ای رسید. به نظر هم نمی‌رسد که پزشکی قانونی در وضعیت کنونی اقدام به چنین آزمایش‌هایی نماید. بنابراین باید اثبات دعاوی رابطه نسبی بین اولاد و اجداد را با سایر ادله و قرائن به نتیجه رساند. یکی از مهم‌ترین و در عین حال شایع‌ترین نوع دعاوی اثبات رابطه خویشاوندی، اثبات رابطه خواهربرادری است. خواهان مدعی است که با فرد متوفی، رابطه پدر- فرزندی یا مادر- فرزندی دارد. بنابراین علیه وراث متوفی طرح دعوا کرده‌است.

برابر بخش نامه ۱/۴۵۲۵ مورخ ۱۳۷۷/۹/۱۰ سازمان ثبت احوال در صورت فوت پدر، مدعی، مکلف به اثبات نسب بین خود با مادر و خواهران و برادران از طریق محاکم دادگستری است. غالب این دعاوی جنبه‌ی تکمیل یا تصحیح شناسنامه‌ای دارد که با اقرار خواندگان و شهادت شهود خاتمه می‌یابد. در مواردی خواهان مدعی است که خواهر یا برادر فرد متوفی که فاقد وراثت طبقه اول است، هر چند ممکن است افراد دیگری در طبقه دوم نیز وجود داشته باشد و در صدد اثبات رابطه خواهر - برادری با متوفی بر می‌آید. در حال اثبات این رابطه خویشاوندی نیز با دلایلی همچون اقرار خواندگان، شهادت شهود اقرار متوفی در زمان حیات و... ممکن است. در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیکی بین خواهر و برادران ابوینی، نیز باید اشاره کرد که شباهت آن‌ها از نظر ژنتیکی ۵۰ درصد است - به اندازه شباهت ژنتیکی والدین با فرزندان - بنابراین در صورت نیاز با توجه به نوع دعوا و ادله موجود در آن و موافقت قاضی می‌توان به عنوان اماره قضایی به آن استناد کرد و این بستگی به نظر قاضی دارد. زیرا در صورتی که از این آزمایش برای وی علم حاصل گردد معتبر خواهد بود.

نوع دیگر اثبات رابطه خویشاوندی، خویشاوندی بین عمه، عمو، دایی و خاله با برادرزاده یا خواهرزاده است. برای مثال، خواهان مدعی است که با فرد متوفی، رابطه نسبی پدر- فرزندی یا مادر - فرزندی دارد و چون خویشاوندان متوفی در حال حاضر شامل اقارب طبقه دوم (صرفاً خواهر و برادرها) است، علیه آن‌ها طرح دعوا کرده، مدعی است که خواهرزاده‌ها یا برادرزاده خواندگان است و خواندگان عمه، عمو، خاله، دایی وی هستند تا از اثبات این امر، رابطه نسبی خواهان متوفی به عنوان پدر - فرزندی یا مادر - فرزندی ثابت گردد.

در مواردی دیگری ممکن است خواهان مدعی رابطه خویشاوندی با فرد متوفایی که وارث طبقه اول و درجه اول طبقه دوم ندارد بنماید، و خود را برادرزاده یا خواهرزاده او معرفی کند یا بالعکس. این نوع رابطه نسبی با ادله اثبات دعوا اثبات می‌شود. در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیکی DNA در این نوع دعاوی باید متذکر

شد که شباهت ژنتیکی عمو و عمه یا دایی و خاله با برادرزاده یا خواهرزاده ۱۲/۵ درصد است. و این در حالی است که آنها با پدر و مادر وی، خواهر یا برادر ابویی بوده باشند. در همین فرض، اگر آنها رابطه ای یا امی داشته باشند با پدر و مادر خواهان صرفاً ۶ درصد از لحاظ ساختار ژنتیکی با هم شباهت دارند. بنابراین هرچند استفاده از آزمایش ژنتیکی DNA برای این که آیا بین آنها رابطه خویشاوندی مثلاً عمو و برادرزاده وجود دارد یا خیر، امکان پذیر است. اما به دلیل شباهت ژنتیکی بسیار کم عملاً استفاده از این روش مشکل خواهد بود.

۲-۴-۳ دعاوی اثبات رابطه طبیعی و خونی

این گونه دعاوی از اقسام دعاوی نسب به شمار نمی آید. این دعاوی تحت عنوان الزام خوانده، به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه مطرح می گردد. ولی برخی از آثار نسب نیز بر پدر عرفی بار می شود. خواهان در این گونه دعاوی خانمی است که ادعا می کند بین او و خوانده رابطه نامشروعی صورت گرفته و حاصل آن طفلی است که جهت اخذ شناسنامه و نفقه وی طرح دعاوی حقوقی کرده است. البته رسیدگی به چنین خواسته ای مربوط به رسیدگی قبلی دادگاه جزایی و احراز رابطه نامشروع بین خواهان و خوانده است.

طبق رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ در تاریخ ۱۳۷۶/۴/۳، پدر عرفی طفل کلیه تکالیف مربوط به آن از جمله اخذ شناسنامه و نفقه را بر عهده دارد. این رأی در پی بررسی و طرح دو پرونده از دادگاه عمومی سیرجان، که در هر دو به آزمایش ژنتیک انجام گرفته جهت احراز رابطه خونی- طبیعی طفل و پدر فرضی استناد شده بوده صادر گردید (قربانی، ۱۳۷۹: ۷۸۸-۷۸۶).

باید توجه داشت در این گونه موارد اثبات نسب صورت نمی گیرد و تنها اثبات رابطه عرفی (خونی) است. در استفتائی از مراجع تقلید سوال شده است که آیا اثبات نسب کودکی که از مادری متولد شده، به مردی که همسر این زن نیست و اقرار زنا هم ندارد و منکر وجود این انتساب می باشد، صرفاً به استناد آزمایش های پزشکی مانند DNA ممکن است؟ در صورتی که برای قاضی از این طریق علم، اطمینان و یا ظن قوی به رابطه ابوت و بنوت حاصل شود، آیا می توان حکم به وجود نسب کرد؟ آیات عظام محمدتقی بهجت و ناصر مکارم شیرازی براین نظرند که این آزمایش ها حجیت ندارند و برای قاضی نیز از این طریق علم حاصل نمی گردد، زیرا علم بنایی و مبنایی است. نه آن که خودش حاصل شود. آیات عظام محمد فاضل لنکرانی، لطف الله صافی گلپایگانی، سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، آیت الله سید علی خامنه ای حسینی و نیز آیت الله نوری همدانی معتقدند که این آزمایش ها فی نفسه حجیت شرعی ندارد، مگر اینکه از این طریق علم حاصل شود.^۱ البته تمامی فقهای مذکور در این امر اتفاق نظر دارند که بر اساس این آزمایش ها نمی توان متهم را حد زد یا تعزیر کرد. این آزمایش ها اثبات نسب نمی کند، بلکه صرفاً اثبات رابطه خونی بین طفل و متهم می کند. ضمن این که غالباً در چنین دعاوی محتویات پرونده همراه با آزمایش های ژنتیک جمعاً قرینه ای بر وجود رابطه خونی دارد.

^۱ حسینی، محمد، استفتاء اثبات نسب به وسیله آزمایش های ژنتیکی، دسترسی در پایگاه اینترنتی

Vakil ghasemina. blogfa.com

بنابراین در دعاوی که سوال از وجود رابطه خونی باشد، آزمایش ژنتیک این رابطه را می‌تواند اثبات کند. اعم از این که خود ایجاد علم کند یا اینکه برای قاضی به سایر قرائن و شواهد، علم به وجود رابطه خونی حاصل شود اما در مواردی که سؤال از وجود نسب باشد، نتیجه آزمایش ژنتیک مستقیماً چیزی را اثبات نمی‌کند.

فصل سوم

تعارض امارات فقهی حقوقی با روش های نوین اثبات نسب

همان‌طور که در فصل‌های ابتدایی پایان‌نامه اشاره کردیم، یکی از مسائل مهم حوزه خانواده اثبات نسب می‌باشد. که دارای آثار فقهی - حقوقی مهمی است. امروز با توجه به پیشرفت علم روش‌های جدیدی همانند آزمایش خون، آزمایش DNA و... می‌توانند در کنار اماره‌فراش، اقرار، شهادت شهود و... در اثبات نسب به ما کمک کنند.

از طرفی با توجه به این که این روش‌های نوین با دقت بسیار بالایی در اثبات و نفی نسب عمل می‌کنند، حقیقتاً نمی‌توان این روش‌ها را نادیده گرفت. از سوی دیگر با توجه به اینکه احکام و قواعد اثبات و نفی نسب تبعدی می‌باشند و دارای آثار هستند؛ میان فقها در حجیت یا عدم حجیت آن‌ها اختلاف نظر وجود دارد؛ که این اختلاف صرفاً در نحوه استناد به این روش‌ها می‌باشد.

در صورتی که نتیجه این روش‌های نوین، با امارات فقهی یکسان باشند، هیچ‌گونه بحث و اختلافی نیست. ولی در صورتی که نتیجه این روش‌های نوین با امارات فقهی در تعارض باشند محل بحث است.

با توجه به اینکه به راه‌های اثبات نسب به صورت مستقل و یک‌جا در متون فقهی اشاره نشده است، و از طرفی راه‌های اثبات نسب حصری نمی‌باشند و از هر طریقی حتی قرعه هم می‌توان برای اثبات نسب یاری جست و از طرفی با توجه به حصری بودن نفی نسب که فقط از طریق لعان صورت می‌گیرد در حالتی که تعارض بین این امارات و روش‌های نوین صورت گیرد چگونه باید عمل کرد؟

با توجه به محدودیت‌های علمی و عدم پیشرفت تکنولوژی در زمان پیامبر و در حال حاضر که علم و تکنولوژی پیشرفت قابل توجهی کرده است و حصری نبودن ادله اثبات نسب در صورتی که بین اماره‌ای فقهی مثلاً فراش با آزمایش DNA تعارض باشد؛ چگونه باید عمل کرد. آیا به اماره فراش به دلیل تبعدی بودن آن باید استناد کرد یا به آزمایش DNA که بسیار دقیق‌تر است باید توجه کرد؟

ابتدا در این فصل به مسأله تعارض و تراحم و ... به صورت مبنایی می‌پردازیم و در ادامه به بررسی تعارض امارات فقهی و روش‌های نوین می‌پردازیم:

۳-۱ تعریف تعارض

۳-۱-۱ معنای لغوی تعارض

تعارض در لغت، از «عرض» گرفته شده و «ابراز کردن»، «اظهار» و «آشکار کردن» معنا می‌دهد. (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه تعارض) تعارض مصدر باب تفاعل است و جز از دو جانب انجام نمی‌گیرد. بنابراین می‌گویند: «تعارض الدلیلان» و نه «تعارض الدلیل».

۳-۱-۲ تعارض در اصطلاح اصول

شیخ انصاری - رحمه الله علیه - در تعریف تعارض که آن را به مشهور نسبت داده است، می‌فرماید: «التعارض هو تنافی مدلولی الدلیلین علی وجه التناقض او التضاد»، تعارض عبارت است از ناسازگاری مدلول و مفهوم دو دلیل به گونه تناقض یا تضاد. با توجه به تعریف، تعارض از اوصاف مدلول دو دلیل محسوب می‌شود (انصاری، ۱۲۱۴.ه.ق: ۷۵۰).

در مقابل شیخ انصاری، آخوند خراسانی تعارض را از اوصاف دلیل می‌داند: «التعارض هو تنافی الدلیلین او الادله بحسب الدلاله و مقام اثبات علی وجه تناقض او التضاد حقیقه او عرضاً»؛ این بدین جهت است که موارد جمع عرفی از قبیل ورود، حکومت، تخصیص و تخصص را از شمول تعارض خارج کند (خراسانی، ۱۳۲۹.ه.ق: ۴۳۷). با توجه به تعاریف مختلفی که از تعارض شده است این تعریف به نظر می‌رسد جامع‌تر از تعاریف یاد شده از تعارض باشد: «تعارض عبارت است از برخورد مدلول دو یا چند دلیل کامل عرفی در مرحله جعل و انشاء، اعم از اینکه قابلیت جمع عرفی بین ادله موجود باشد یا نه» (حسینی، ۱۳۸۸: ۵۶).

۳-۱-۳ انواع تعارض

- تعارض بدوی

- تعارض مستقر

۱- تعارض بدوی

تعارض بدوی: عبارت است از حل تعارض با قواعد جمع عرفی. وجه نامیدن این نوع تعارض به تعارض بدوی (غیر مستقر) بدین جهت است که دو دلیل در بدو امر و در نگاه اولیه، متعارض جلوه می‌نمایند؛ اما پس از اندکی تأمل، عرف به راه حل بسیار آسان دست می‌یابد و با توجه به این راه حل‌ها به این نتیجه می‌رسیم که واقعا تعارضی بین ادله وجود ندارد.

در تعارض بدوی، میان مدلول دلیل، تنافی به گونه تناقض و یا تضاد نیست. بلکه برخورد مدلول دو یا چند دلیل ملایم و رفع شدنی است.

۲- تعارض مستقر

تعارض مستقر در صورتی است که میان مدلول ادله، تنافی واقعی به صورت تناقض یا تضاد وجود داشته باشد، به گونه‌ای که قواعد جمع عرفی در آن راه نیابد و یکی از دلایل نسبت به دیگری قرینه نباشد. غالباً مقصود اصولیون از تعارض همین نوع تعارض است.

۳-۱-۴ تفاوت تعارض با تراحم

- **تراحم در لغت:** تراحم از ماده زحم گرفته شده و به معنای انبوه شدن مردم بر چیزی، به هم فشار آوردن و تنگ گردیدن قوم است (دهخدا، ۱۳۷۷: ذیل واژه تراحم) تراحم مانند تعارض از باب تفاعل است. به این معنا که دو یا چند حکم در عمل، جای یکدیگر را تنگ کرده، خواهان رفع یکدیگر هستند. بنابراین تراحم در مورد یک حکم هیچ گونه معنای ندارد.

- **تراحم در اصطلاح:** عبارت است از این که هرگاه بین مدلول ادله در مرحله تشریع و قانون گذاری، تدافع و تمناع وجود نداشته باشد، ولی در مرحله امتثال و عمل به آن دو در برخی موارد اشکال پیش آید؛ به این معنا که اجرای هر دو با هم مقدور نباشد و اجرای یکی مانع از اجرای دیگری باشد؛ این وضع را تراحم دو دلیل می نامند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۵۰).

۳-۱-۵ وجوه اشتراک تراحم با تعارض

به دلیل اشتراک تراحم با تعارض گاهی تصور می شود که این دو ماهیت به دلیل این اشتراک ها قواعد یکسانی دارند در صورتی که این گونه نیست. در وجوه اشتراک تعارض و تراحم می توان به دو مورد اشاره کرد:

۱- در هر دو مورد، اجتماع هر دو حکم بر فعلیت غیرممکن است؛ یعنی در مقام فرمان برداری از شارع نمی توان هر دو دلیل را امتثال کرد (خویی، ۱۳۶۸: ۲۷۵).

۲- تعارض و تراحم هر دو دارای دو حالتند: تعادل و تراجم

۳-۱-۶ وجوه افتراق تراحم با تعارض

تعارض و تراحم از آن جایی که دارای وجوه اشتراک هستند، وجوه تمایزی نیز با یکدیگر دارند که عبارت است از:^۱

تعارض حالت و وضعیت دو دلیل نسبت به یکدیگر است در حالی که تراحم، حالت و وضعیت دو حکم، در برابر هم است از این جهت است که می گویند: تعارض دلیلین و تراحم حکمین (محمدی، ۱۳۸۰: ۴۳۶).

۳-۱-۷ شرایط تعارض ادله

برای اینکه میان ادله تعارض موجود باشد، شرایطی لازم است که تحت شرایط عمومی و شرایط اختصاصی از آن ها یاد می شود.

۳-۱-۷-۱ شرایط عمومی تعارض

۱- وجود حداقل دو دلیل لفظی: دست کم دو دلیل لفظی برای تحقق تعارض ضرورت دارد. نسبت به این دو دلیل، باید از سه جهت اطمینان داشت تا در نتیجه بین آن ها تعارض تحقق یابد. در غیر این صورت تعارض وجود ندارد. این سه جهت عبارتند از: جهت سند، از نظر دلالت، از حیث جهت.

^۱ البته تمایزات دیگری نیز دارند ولی به دلیل اینکه موضوع اصلی ما این مطلب نیست از پرداختن به موارد دیگر صرف نظر کرده ایم.

یعنی ابتدا باید مطمئن شد که دلیل‌های مورد بحث از لحاظ سند مشکلی ندارد، در رابطه با دلالت، باید اجمال و ابهامی در معنا نداشته و رساننده به مفهوم باشد. از نظر جهت هم باید مشخص باشد که واضع با اراده جدی لفظ را به کار برده است و از روی تقییه صادر نشده باشد.

۲- تعارض میان دو دلیل، در مرحله تشریع و جعل است ولی تراحم میان دو حکم در مرحله اجرا و امتثال است.

۳- تقدم یکی از متعارضین بر دیگری، رفع حکم از موضوع آن را موجب می‌شود؛ ولی در تراحم تقدم یکی، ارتفاع حکم به ارتفاع موضوع را موجب می‌گردد.

۴- در تراحم هر دو حکم متراحم دارای ملاک هستند. در حالی که در دو دلیل متعارض، یکی از آن‌ها دارای ملاک نیست (حیدری، ۱۴۱۳.ه.ق: ۲۲۹).

۵- در تراحم برخورد دو دلیل تنها در محدوده دو حکم الزامی تحقق می‌یابد. اما تعارض، تنها به احکام الزامیه اختصاص ندارد، بلکه در بعضی مواقع، یک دلیل مستحب با یک دلیل مباح با هم تعارض دارند (خویی، ۱۴۱۷.ه.ق: ۳۵۳).

۶- تفاوت در باب مرجحات: مرجحات باب تعارض عبارتند از: ترجیح با دلیلی که تاریخش جدیدتر است، ترجیح به صفات راوی، ترجیح به شهرت، ترجیح با موافقت به کتاب و ترجیح به مخالفت با عامه، درحالی که مرجحات باب تراحم عبارت است از: تقدیم دلیل بی‌بدیل بر دلیل بدل‌دار، تقدیم واجب مطلق بر واجب مشروط، سبقت زمانی امتثال یکی از دو حکم و اهم بودن یکی از طرفین تراحم بر دیگری (عرب‌اصفهانی، ۱۳۸۲: ۶۳-۶۱).

۷- تفاوت در راه حل: در تراحم اگر یکی از طرفین بر دیگری ترجیح داشته باشد، دلیل اهم اخذ می‌شود. اگر طرفین مساوی بودند، همه فقها متفق القول اند که اصل تخییر جاری می‌شود. در حالی که راه حل‌های رفع تعارض عبارتند از: جمع عرفی، تساقط و تخییر (همان: ۷۲-۶۶).

۸- در باب تراحم: غالباً عقل حکم به تخییر یا ترجیح می‌کند. برخلاف باب تعارض که بنا به طریقی بودن جعل امارات مقتضای قاعده، تساقط است و بنا بر سببیت، متعارضان، متراحمان هستند و حکم به ترجیح یا تخییر شرعی است (خویی، ۱۳۶۸: ۲۷۵).

۹- در تعارض، یک دلیل حق است و دلیل دیگر باطل است. ولی در تراحم هر دو دلیل حق است. اما مکلف قادر به انجام هر دو نیست.

بنابراین هر کدام از دو دلیل باید واجد شرایط حجیت باشند. به طوری که اگر هر کدام از دو دلیل به تنهایی بیان می‌شدند و تعارض نداشتند، حجیت آن‌ها به طور قطع فعلیت می‌یافت و واجب‌الاجرا می‌شد (مظفر، ۱۳۸۶: ۸۸).

– برخورد دلیل‌ها در مرحله جعل و انشا

برخورد و تنافی در صورتی به وجود می‌آید که موضوع ادله، امر واحدی باشد. از این رو در حالت تخصص بین ادله تنافی وجود ندارد، زیرا شرط وحدت موضوع، مفقود است و موضوعات ادله در این حالت واحد نیستند.

تنافی و برخورد باید در مدلول دلایل محقق شود، یعنی تعارض در مرحله جعل ایجاد می‌شود نه در مرحله مجعول. منظور از مرحله جعل و انشا، همان مرحله تشریع و قانون گذاری توسط شارع است، مانند جعل

و جوب حج رفتن و جعل حرمت حج بر مستطیع. اما منظور از مرحله مجعول مرحله فعلیت یافتن حکم در حق شخص معین است.

۳-۷-۱-۲ شرایط اختصاصی تعارض

این شرایط به همراه شرایط عمومی باید در تعارض مستقر وجود داشته باشند تا تعارض مستقر نامیده شود.

۱- تناقض: هنگامی که میان مدلول‌های دو طرف رابطه سلب و ایجاب باشد، مانند آن که یکی از دو دلیل حکم به وجوب دهد و دلیل دیگر حکم به عدم وجوب دهد.

۲- تضاد: هنگامی که هریک بر امری کاملاً مغایر با دیگری دلالت نماید. بدون آن که مضمون یکی، سلب دیگری باشد.

۳- عدم اجرای جمع عرفی برای رفع تعارض: یعنی برخورد دو دلیل به گونه‌ای است که هیچ‌یک حاضر به سازگاری با دیگری نیست و هریک دیگری را حقیقتاً و واقعاً تکذیب می‌کند.

در تعارض بدوی، با کم شدن محدوده شمول یکی از دلایل و پوشش دلیل متقابل در آن محدوده، تنافی بر طرف می‌گردد. ولی در تعارض مستقر، عرف تصرف در ظهور دلائل و کم کردن محدوده اعمال آن را تجویز نمی‌کند (حسینی، ۱۳۸۸: ۸۲).

۳-۱-۸ موارد تعارض مستقر

تعارض مستقر در مواردی بروز می‌نماید که با استفاده از قواعد جمع عرفی، نتوان تنافی را رد کرد. برای این نوع تعارض دو صورت کلی وجود دارد:

۱- حالتی که دلایل متعارض هیچ ترجیحی بر یکدیگر ندارند: در این حالت، بین ادله متعارض تساوی حاکم است. این حالت از تعارض را در علم اصول، حالت «تکافو» یا «تعادل» متعارضان می‌گویند که موضوع آن‌ها غالباً احادیث متعارض است.

۲- حالت ترجیح یکی از ادله بر دیگری: مرجع ممکن است داخلی (مرجحات سندی و متنی) یا خارجی (شهرت فتوایی، مخالفت یا موافقت حدیث با اصل) باشد. برای نمونه ممکن است میان دو روایت تعارض و تنافی حاصل گردد اما یکی از این دو روایت موافق با احتیاط، کتاب و سنت قطعی باشد و دیگری مخالف باشد؛ خواه دو روایت از یک مرکز سرچشمه گرفته باشند و خواه از دو مرکز مجزا بر پایه همین موافقت با مرجع، دلیل موافق بر دیگری ترجیح دارد.

۳-۱-۹ موارد تعارض بدوی

۱- رابطه عموم و خصوص مطلق: مثلاً در موارد ظن یک دلیل عام وارد شده است که می‌فرماید: «گمان در فهم حقیقت هیچ سودی ندارد»^۱. این آیه دلالت دارد بر اینکه ظن به طور مطلق اعتبار ندارد. در جایی دیگر می‌فرماید: «هرگاه فاسقی خبری برای شما آورد تحقیق کنید»^۲.

^۱ سوره یونس، آیه ۳۶

^۲ سوره حجرات آیه ۶

در اینجا بین دلیل عام و مفهوم خاص تعارض بدوی وجود دارد. تعارض بدوی از این جهت است که دلیل اول در خصوص عدم اعتبار ظن، عام‌الشمول بوده و ظن حاصل از عادل را نیز شامل می‌شود. اما دلیل دوم مفهوماً ظن حاصل از خبر واحد عادل را معتبر می‌داند.

۲- رابطه اطلاق با تقييد: و آن در جایی است که واضح، لفظ را در یک مورد به صورت مطلق به کار برده و حکم آن را ذکر کرده است و در جایی دیگر آن لفظ مطلق را با قیدی همراه، و حکم سابق را وضع کرده است.

۳- حالت ورود و تخصص بین ادله لفظی: یکی دیگر از روابط بین ادله، وجود حالت‌های، ورود و تخصص است. به این صورت که یکی از دو دلیل حقیقتاً موضوع دلیل دیگر را رفع کند که به آن «ورود» گویند و حالتی که دلیل لفظی از ابتدا شامل فرد غیر مشمول نباشد را «تخصص» می‌نامند. تفاوت این دو در این است که خارج شدن یا داخل شدن در موضوع ورود با عنایت به تعبد از شرع و قانون است. اما در تخصص، این خروج ذاتی، تکوینی و بدون تعبد از شرع محسوب می‌شود (محمدی، ۱۳۸۰: ۳۴۸).

۴- رابطه حکومت: این مورد در جایی است که مدلول یکی از دلایل به منزله ناظر و مفسر دلیل دیگر است.

۵- تراحم: یکی از موارد تعارض بدوی تراحم است. از آن جایی که تراحم و تعارض، دارای وجوه اشتراک هستند. به همین جهت در بدو امر تصور می‌شود که این دو ماهیت شبیه بکدیگر و مرادف هم هستند. با این حال باب تراحم نیز همانند موارد ذکر شده، از نمونه‌های تعارض بیرون است.

۶- تعارض دلیل ناسخ و منسوخ: یکی از شرایط تحقق تعارض ادله این است که دو دلیل واجد شرایط حجیت باشند. در این حالت تنها یک دلیل اعتبار و حجیت دارد. پس تعارضی ایجاد نمی‌گردد.

۳-۱-۱۰ راه حل رفع تعارض بدوی

همان‌طور که در تعریف تعارض بدوی گفتیم، تعارض بدوی در واقع تعارض واقعی نمی‌باشد. برای حل تعارض بدوی یک قاعده کلی به نام جمع عرفی وجود دارد. این قاعده عبارت‌است از: «الجمع مهما امکن اولی من الطرح». در رابطه با این قاعده اشاره کردن به نظرات اصولیون خالی از لطف نمی‌باشد.

شهید صدر-رحمه الله علیه- در بیان مفهوم قاعده جمع عرفی می‌گوید: «حاصل قاعده مذکور آن است که اگر تعارض در نظر عرف مستقر نباشد، بلکه یکی از دو دلیل قرینه، بر تفسیر مقصود شارع از دلیل دیگر باشد، جمع میان دو دلیل واجب است، بدین گونه که دلیل دیگر بر طبق قرینه تأویل شود در نتیجه به هر دو دلیل عمل خواهد شد و دیگر نوبت به طرح یکی از آن دو دلیل یا هر دو نمی‌رسد (صدر، ۱۳۸۰ ه.ق: ۴۴۹-۴۴۸).

به نظر می‌رسد که شهید صدر قاعده جمع عرفی را بر سایر قواعد مقدم می‌داند و با تمسک به این قاعده می‌توان به هر دو دلیل عمل کرد.

علامه مظفر در مورد قاعده جمع عرفی می‌فرماید: «به این جمع عرفی مقدم داشتن نص بر ظاهر و اظهر بر ظاهر ملحق می‌شود؛ چرا که این همه از یک بابند» (مظفر، ۱۳۸۶: ۲۰۶).

آخوند خراسانی در رابطه با جمع عرفی می‌فرماید: «اگر یکی از این دو دلیل قرینه در تصرف بر معنای الفاظ دیگر باشد، از قبیل تعارض ظاهر با نص یا ظاهر با اظهر مثل تعارض عام با خاص و مطلق با مقید یا مثل آن دو؛ از مواردی که یکی از دو دلیل نص یا اظهر و دیگری ظاهر باشد تعارض در این باب نمی‌باشد؛ زیرا عرف بنا را بر این می‌گذارد که دلیل نص یا اظهر قرینه بر تصرف در دلیل دیگر است (خراسانی، ۱۴۲۶: ۴۹۸).

۳-۱-۱۱ نمونه های اجرای جمع عرفی

مهم ترین قواعدی که از اجرای جمع عرفی منشعب می شوند، عبارتند از:

۱- قاعده تخصص: در تخصص به دلیل این که موضوع دو حکم به کلی با یکدیگر متفاوت است، در نتیجه تعارض پدید نخواهد آمد.

۲- قاعده تقدم دلیل وارد بر دلیل مورد: تقدم امارات بر اصول عملیه از باب تقدم وارد بر مورد است.

۳- قاعده تقدم دلیل خاص بر دلیل عام: تعارض عام و خاص از نظر زمان، بر چهار نوع است، یا تاریخ ورود هر دو معلوم است یا مجهول است. فرض اول بر سه قسم است، زیرا یا همزمان صادر شده اند و یا عام مقدم و خاص موخر است و یا بر عکس. بنابراین مجموعاً بر چهار نوع است.

الف) موردی که تاریخ ورود هر دو معلوم است.

ب) هرگاه عام و خاص همزمان باشند، در آن صورت خاص موجب تخصیص عام می شود.

ج) عام بر خاص مقدم باشد، این خود دو صورت دارد:

۱- یا زمان عمل به عام پیش از ورود خاص فرا رسیده است؛

۲- یا خیر

اگر صورت اول باشد، خاص موخر ناسخ عام مقدم خواهد بود.

اگر صورت دوم باشد، خاص موخر را مخصص عام می دانند.

د) خاص مقدم بر عام باشد: در اینجا بین صاحب نظران اختلاف است که آیا خاص مخصص عام است یا عام ناسخ خاص است که به مرحله اجرا درآمده است؟

شیخ طوسی و سیدمرتضی قائل به نسخ هستند. بیش تر علمای اصول معتقدند که خاص مقدم، عام مؤخر را تخصیص می زند. نظر سومی هم هست که معتقد است که این حالت باید توقف و به مرجحات رجوع کرد (محمدی، ۱۳۸۰: ۱۱).

در صورتی که تاریخ ورود هر دو مجهول باشد. در این فرض سه صورت متصور است:

۱- در صورتی که جهل به هر دو تاریخ داشته باشیم. آخوند خراسانی قائل به تساقط هر دو و رجوع به اصول علمیه است؛ اما صاحب معالم قائل به تخصیص است.

۲- هرگاه تنها تاریخ عام مجهول و تاریخ خاص معلوم باشد، در این جا با اجرای اصل تأخر حادث، عام را مؤخر فرض کرده و آن چه را که در فرض معلوم بودن تاریخ هر دو مقدم بودن تاریخ خاص بر عام گفته شد، این جا نیز جاری است. یعنی بین علمای اصول اختلاف نظر وجود دارد.

۳- تنها تاریخ خاص مجهول باشد و تاریخ عام معلوم، در این جا نیز با اجرای اصل تأخر حادث خاص را مؤخر فرض می کنیم و آن را مخصص عام می گیریم (همان).

۴- قاعده تقدم دلیل حاکم بر محکوم: هرگاه دلیلی بر دلیل دیگر ناظر و مفسر باشد، دلیل ناظر را حاکم و دلیل منظور را محکوم می گویند و دلیل حاکم به دلیل ناظر بودن و مفسر بودنش بر دلیل محکوم مقدم است. بدین صورت تعارض بدوی مرتفع می شود. این تقدم تفاوتی ندارد؛ چه نحوه تصرف تفسیری باشد و چه به نحوه توسعه و تضییق در در موضوع محکوم. (انصاری، ۱۴۱۷ ه.ق: ۲۷۹).

۵- قاعده تقدم دليل بر دليل مطلق: مثلاً در روايت آمده: «ربا حرام است» در روايت ديگر آمده است: «لا ربا بين الوالد و الولد». در اینجا بين دو روايت تعارض بدوی وجود دارد. اما با حمل مطلق بر مقيد تعارض رفع می‌گردد و معنای دو روايت اين گونه می‌شود: ربا به غير از مورد پدر و فرزند حرام است. با توجه موارد ذکر شده می‌توان گفت تمام تعارض‌های بدوی با یکی از طرق پنج گانه بالا رفع می‌گردد.

۳-۱-۱۲ راه حل رفع تعارض مستقر

برای این دو دليل متعارض سه حالت متصور است:

۱- یا هر دو قطعی‌الصدورند.

۲- یا هر دو ظنی‌الصدورند.

۳- صدور یکی قطعی و صدور دیگری ظنی است.

در مورد دو دليل قطعی‌الصدور باید گفت که وقوع تعارض ثبوتاً ممکن نیست و هرگاه در مرحله اثبات با دو دليل قطعی‌الصدور و متعارض مواجه شویم، بایستی از هر دو ظهور صرف‌نظر و هر دو دليل را کالعدم فرض کرد و به دليل ديگر یا اصل عملی پناه برد. اگر یکی از دو دليل ظنی و دیگری قطعی‌الصدور باشد، دليل قطعی‌الصدور مقدم خواهد شد (خویی، ۱۴۱۷.ق: ۴۰۳).

۳-۱-۱۳ قواعد اولیه عقلی در مورد تعارض ادله

پیرامون حجیت امارات دو مبنای اصولی وجود دارد: مبنای طریقت و مبنای سببیت:

بنابر مبنای طریقت، در صورتی که دو روايت در فرض تعادل، تعارض مستقر داشته باشند، مشهور معتقد به تساقط دو دليل است، زیرا اگر دليل بر حجیت اماره لبی باشد مانند اجماع، حکم عقل، بنای عقلا، سیره و همانند آن، صورت متعارضان نمی‌شود، زیرا نمی‌توان به اطلاق یا عموم دلایل لبی تمسک داشت، بلکه دلایل لبی فقط در محدوده قدر متقین واجد اعتبار و مورد تمسک قرار می‌گیرند. قدر متقین از شمول دليل لبی، همان صورت عدم تعارض است، پس در صورت تعارض، مقتضی شمول موجود نیست، بنای عقلا براین نیست که ظاهر کلامی عمل نمایند که معارض دارد، پس تعارض موجب اجمال و سقوط دو دليل می‌گردد. اگر دليل حجیت اماره، لفظی باشد، مثل آیه نبأ در این صورت نیز شامل تعارض نمی‌شود، اگرچه هریک از دو دليل با قطع نظر از تعارض، مشمول ادله حجیت‌اند. اما با توجه به معارضه، نه هر دو می‌توانند حجت باشند و نه یکی از آن‌ها. اما هر دو به این جهت که حجیت و تعبد به ثبوت هر دو با هم مستلزم تعبد شارع به ثبوت متناقضان یا ضدان و کاشفیت آن‌ها از ثبوت متناقضان یا ضدان است، این امر آشکارا محال است.

بنابراین اگر دليل حجیت تنها یکی را شامل شود لازمه آن، ترجیح بلا مرجع است، زیرا هیچ کدام از لحاظ صلاحیت حجیت، بر دیگری برتری ندارد. بنابراین ادله حجیت هیچ کدام از متعارضان را نمی‌تواند شامل شود و همین معنای اصل تساقط متعارضان است (محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۳۹).

این قول مطابق با نظریه مشهور، نظریه آخوند خراسانی، میرزای نائینی، محمد رضا مظفر، آیت الله خویی، امام خمینی و سید محمد باقر صدر است (حسینی، ۱۳۸۸: ۱۰۴).

درمقابل نظریه مشهور، گروهی هستند که قائل به تخییر هستند. کلینی و شیخ طوسی از جمله طرفداران نظریه تخییر هستند (طوسی، ۱۴۱۷.ق: ۳۷۸).

از آن جایی که موضوع اصلی این فصل و پایان نامه مبحث تعارض نمی باشد، از پرداختن به استدلال هر دو گروه صرف نظر کرده ایم.

۳-۱-۱۴ قاعده شرعی در مورد ادله ی متعارض

اگرچه حکم عقل در مورد تعارض ادله، تساقط است، اما از نظر شرع مقدس برای رفع تعارض ادله راه حل هایی ارائه شده که بدون هرگونه اشکالی منطقی است. به این راه حل ها «اخبار علاجیه» می گویند. مفاد آن بر جهات ترجیح حکم به تخییر در صورت فقدان مرجح مشتمل است. بنابراین قاعده شرعی در ادله متعارض باید در دو حالت «وجود مرجح» و «فقدان مرجح» مورد بررسی قرار گیرد:

- ۱- **حالت وجود مرجح:** در صورت وجود جهات ترجیح در یکی از ادله، طبق مفاد قاعده شرعی در ادله متعارضان، آن بر دیگری ترجیح می یابد و با این تقدم، تعارض بر طرف می گردد (شیخ انصاری، ۱۴۱۷، ۷۸۳).
- ۲- **حالت فقدان مرجح:** قاعده شرعی حل تعارض در حالتی که دو خبر متعارض هیچ گونه ترجیحی بر یکدیگر ندارند، تخییر است. با توجه به تفصیل این مبحث، ما در این جا فقط به قواعد تعارض امارات قانونی و قضایی می پردازیم و از ذکر سایر مباحث تعارض خودداری می کنیم.

۳-۱-۱۵ تعارض اماره قانونی و اماره قضایی:

در مواردی که اماره قانونی و قضایی در یک جهت باشند، باعث تقویت در آن جهت می باشند و باعث تقویت در جهت اثبات می شوند. اما در موارد تعارض امارات، باید گفت که اگر امارات در هر دو طرف قانونی و یا قضایی باشند و ترجیحی هم نداشته باشند، مثل تعارض دو دلیل هر دو ساقط می شوند. ولی اگر یکی از امارات قانونی و دیگری اماره قضایی باشد، اماره قضایی معتبر است و باید اماره قانونی نادیده گرفته شود. زیرا اماره قانونی مبتنی بر ظن نوعی باقی نمی ماند.

از طرف دیگر می توان گفت که امارات قضایی نزدیک به ادله و امارات قانونی نزدیک به اصول عملیه اند و درست است که هر دو اماره اند و تا حدی کاشف از واقع اند، اما چون کاشفیت اماره قضایی بیشتر است، بر اماره قانونی مقدم می شود. و در مواردی که قانون به قاضی تکلیف می کند که از امارات قانونی استفاده نماید و یا اماره قانونی ارائه می نماید، بلافاصله اعتبار آن را تا زمانی می داند که دلیل خلاف آن موجود نباشد و لذا اگر اماره قضایی وجود داشته باشد، مقدم بر اماره قانونی است.

مواد ۳۰۰ و ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی سابق هم به روشنی برتری اماره قضایی را بر اماره قانونی نشان می داد^۱.

بنابراین اگر کسی ادعا کند که کیفی که در دست دیگری است متعلق به او است. در صورتی که طرف مقابل هم به اماره تصرف و ید استناد کند. که در ماده ۳۵ قانون مدنی ذکر شده و به عنوان اماره قانونی شناخته

^۱ ماده ۳۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مصوب ۱۳۱۸ بیان می داشت که: هرگاه سند معینی که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است، در نزد دیگر باشد به درخواست طرف باید آن سند ابراز شود، هرگاه طرف مقابل به وجود سند در ترد خود اعتراف کند، ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می تواند آن را از جمله دلایل مثبت بداند. ماده ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ هم بیان می داشت که: هرگاه بازگانی که به دفتر او استناد شده است از ابراز دفتر خود امتناع نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می تواند آن را از ادله مثبت اظهار طرف قرار دهد.

می‌شود. و به استناد اماره ید خود را مالک بداند؛ اگر مدعی جزئیات درون کیف را اطلاع داشته باشد ولی متصرف نتواند اطلاعی از جزئیات درون کیف بدهد، کیف به مدعی باید داده شود و حکم بر مالکیت او شود. زیرا از اماره قضایی در این مثال قطع به مالک بودن مدعی پیدا می‌شود به طور کلی در تعارض اماره قانونی و اماره قضایی، اماره قضایی بر اماره قانونی مقدم است (امامی، ۱۳۷۸: ۲۲۴-۲۲۳). در نتیجه اماره ید که اماره قانونی است، نه اماره قضایی، اگر با اماره قضایی هم تعارض کند، اماره قضایی مقدم بر اماره ید می‌شود.

۳-۱-۱۶ تعارض اماره فراش و روش های نوین

در جلد سوم قانون مدنی پنج دلیل برای اثبات دعوا ذکر شده است که عبارتند از: اقرار، اسناد، امارات و قسم و در قانون آیین دادرسی مدنی به معاینه محل، تحقیق محلی و رجوع به کارشناسی اشاره شده است. که در این فصل از پایان نامه ما ابتدا به ماهیت این ادله می‌پردازیم و در انتها فروض مختلف را بررسی می‌کنیم که آزمایش DNA جزء کدام گروه است. آیا تعارضی با یکدیگر دارند یا خیر؟ و اگر تعارضی دارند از چه نوعی است؟ (تعارض مستقر یا تعارض بدوی) و اگر تعارض دارند راه حل چیست؟

۳-۱-۱۷ دلیل

دلیل که جمع آن ادله و دلایل است در زبان و ادب پارسی از جمله به معنای «راهنما»، «رهنمون»، «راه نماینده» و علامت آمده است (دهخدا، ۱۳۷۸: ۹۷۳۶). دلیل در ماده ۱۹۴ قانون آیین دادرسی مدنی این گونه تعریف شده است: «دلیل عبارت از امری است که صاحب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌نمایند». با توجه به تعریف قانون آیین دادرسی مدنی از دلیل، فراهم آوردن وسایلی است که وجدان دادرس را اقناع می‌نماید. با توجه به همین نکته می‌توان گفت اماره فراش و روش های نوین هر دو دلیل محسوب می‌شوند. که اگر هر دو در یک جهت باشند باعث تقویت دلایل می‌شوند. ولی اگر در دو جهت مخالف باشند بحث را باید بررسی کرد که آیا تعارضی وجود دارد یا خیر؟ اگر وجود دارد از چه نوعی است؟ راه حل چیست؟

۳-۱-۱۸ اقسام نظام ادله

۱- نظام ادله قانونی

در نظام ادله قانونی، قانون راه های را که دادرس می‌تواند به وسیله آن ها قناعت وجدان یابد یا باید واقعیت امر ادعایی را محرز بداند به او تحمیل نماید؛ بدین گونه که دادرس در تشخیص واقع، از یک سو مکلف است تنها دلایلی را که در قانون شمارش شده را بپذیرد و از سوی دیگر باید هریک از ادله مزبور را با توجه به توان اثباتی آن که در قانون تصریح شده مورد استناد قرار داد.

۲- نظام ادله اخلاقی

در برابر نظام ادله قانونی، نظام ادله اخلاقی قرار دارد که در آن ها نه تنها دلایلی که مدعی می‌تواند ادعای خود را با استناد به آن ها اثبات کند در قانون شمارش نشده بلکه هیچ دلیلی توان اثباتی محدود ندارد و در نتیجه دادرس بی آنکه با مانع و محدودیت قانونی از این حیث روبه رو باشد، می‌تواند بر پایه های واکنش وجدان خود،

دلایلی را که طرفین ارائه می‌نمایند، آزادانه پذیرفته یا رد نماید و توان اثباتی مورد نظر خود را به آن‌ها داده و اقدام به صورت رأی نماید.

همان‌طور که در فصل‌های قبل پایان‌نامه اشاره شد، دلایل اثباتی نسب محدود نمی‌باشند. و حتی با ساده‌ترین دلایل مثل قرعه هم می‌توانیم به اثبات نسب حکم کنیم، در حالی که برای نفی نسب تنها راه نفی نسب لعان می‌باشد.

۳-۱-۱۹ اقسام دلیل

۱- سند

سند هنوز هم مهم‌ترین و رایج‌ترین دلیل ادعاهای اصحاب دعوا در دعاوی و امور غیرکیفری است. با توجه به این‌که گاهی ممکن است با وجود سند نکاحیه هم اختلاف در نسب بروز پیدا کند و محل نظر و بحث ما تعارض این قسم از دلیل نمی‌باشد. فقط به صورتی گذرا و ذکر موردی به آن اشاره کردیم و از ذکر جزئیات خودداری می‌نماییم.

سند در لغت: به معنای آنچه بدان اعتماد کنند آمده است (معین، ۱۳۸۷: ذیل واژه سند).

سند در اصطلاح حقوقی: ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی از سند این‌گونه یاد کرده است: «سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد».

۲- شهادت

به موجب ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی یکی از ادله اثبات دعوا است و مواد ۱۳۰۶ الی ۱۳۲۰ آن مصوب ۱۳۱۴، به شهادت اختصاص دارد. که باز هم با توجه به اینکه موضوع ما تعارض در شهادت در اثبات یا نفی نسب نمی‌باشد و تعارض شهود را نیازی ندیدیم و موضوع اصلی ما نمی‌باشد، مانند سند به آن نپرداختیم.

۳- سوگند

قسم که برابر فارسی آن سوگند می‌باشد، یکی از ادله اثبات دعوا است که مواد ۱۳۲۵ به بعد قانون مدنی، به آن اشاره شده است که به نظر می‌رسد که با توجه به حصری نبودن ادله اثبات نسب می‌تواند یکی از ادله اثبات باشد.

۴- اقرار

اقرار نیز مانند موردی قبلی یکی از ادله اثبات دعوا است که در مواد ۱۲۵۹ الی ۱۲۸۳ قانون مدنی به آن پرداخته شده است که یکی از دلایل اثبات نسب هم می‌باشد.

۵- کارشناسی

کارشناسی همان‌طور که در قانون آیین دادرسی مدنی به آن به‌عنوان یکی از ادله دعوا به آن اشاره شده است، بیشتر از سوگند، اقرار، شهادت، سند به بحث ما نزدیک‌تر است، زیرا یکی از فرض‌هایی که می‌توان برای روش‌های نوین در نظر گرفت همین است که آیا روش‌های نوین جزء امارات محسوب می‌شوند یا اینکه در زمره کارشناسی قرار می‌گیرند؟

به دلیل اینکه علم و تکنولوژی نسبت به قبل پیشرفت داشته است و دعاوی بسیار پیچیده‌تر از قبل شده‌اند و برای بدست آوردن رأی و حکم صحیح دعاوی دادرسی نیازمند رجوع به اهل خبره است. مثلاً در همین موضوع اثبات نسب به دلیل اینکه آزمایش DNA و خون مربوط به علم ژنتیک است و از جمله علوم

تخصصی است؛ قاضی می‌تواند برای یافتن حکم مسأله به نظر کارشناسی رجوع کند و با توجه به آن مبادرت به صدور حکم نماید.

در حقوق ایران در قانون آیین دادرسی مدنی از ماده ۲۵۷ الی ۲۶۹ به این نوع دلیل (کارشناسی) پرداخته شده است. آیا رجوع به روش‌های نوین نوعی کارشناسی محسوب می‌شود و قاضی می‌تواند به آن رجوع کند و با توجه به آن حکم صادر کند؟ به نظر می‌رسد که رجوع به روش‌های نوین هم می‌تواند کارشناسی باشد و هم می‌تواند نوعی اماره باشد.

۳-۱-۲۰ امارات

اماره طبق ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، از ادله اثبات دعوا به حساب می‌آید. اماره را مطابق قانون مدنی می‌توان به ۲ قسم اماره قضایی و اماره قانونی تقسیم نمود.

۱- امارات قانونی

طبق ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی، اماره قانونی این‌گونه تعریف شده است: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون، از قبیل مواد ۳۵، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۵۹ و غیر آن‌ها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

با توجه به تعریف فوق و طبق قانون مدنی اگر فراش را اماره بدانیم به دلیل اینکه در قانون مدنی به آن اشاره شده است در واقع نوعی اماره قانونی محسوب می‌شود.

امارات قانونی تنها نقش اثباتی دارند و مسأله دلیل‌آوری را حل می‌نماید، بدین معنا که قانون‌گذار با جابه‌جایی موضوع دلیل به نفع یکی از طرفین اجازه می‌دهد که با استنتاج از امری که اثبات آن معمولاً بسیار آسان است، وجود امری اثبات شود که معمولاً ناشدنی و بسیار دشوار است (شمس، ۱۳۹۴: ۲۳۴).

«امارات قانونی به دادرس تحمیل می‌شوند، بدین معنا که حتی اگر اماره قانونی وجدان او را اقناع ننماید، ملزم است برابر آن رأی صادر کند؛ البته با تأکید بر این نکته که دلیل و حتی اماره مخالف آن وجود نداشته باشد (همان، ۲۳۵).

۲- امارات قضایی

امارات قضایی را قانون تأسیس ننموده بلکه به صلاح‌دید دادرس واگذار شده‌اند. امارات قضایی را قانون در ماده ۱۲۳۴ قانون مدنی این‌گونه تعریف نموده است: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند».

ویژگی بارز امارات قضایی واگذار شدن آن‌ها به صلاح‌دید دادرس است. یعنی دادرس هر اوضاع و احوالی را که تشخیص دهد که وجدان او را اقناع می‌کند را می‌تواند مورد استناد قرار دهد. مثل DNA، که چنانچه تشخیص دهد که در روند تشخیص نسب می‌تواند به او کمک کند، مورد استفاد قرار می‌دهد.

امارات قضایی بر خلاف امارات قانونی، طریق اثباتی دارند. زیرا از یک‌سو طرفی که می‌خواهد از اماره قضایی سود ببرد، نه تنها باید نشانه یا نشانه‌هایی را اثبات نماید بلکه معمولاً باید دادرس را متقاعد نماید که نشانه‌های مزبور بر صحت ادعای او دلالت دارند. اعتبار امارات قضایی مبتنی بر اطمینان نسبی است که از نشانه یا نشانه‌های خارجی در دادرس پرونده به وجود می‌آید. به عبارت دیگر امارات قضایی شخصی هستند نه نوعی.

مثلاً اماره فراش، که اماره‌ای قانونی است را می‌توان در تمامی دعاوی به کار برد. ولی DNA را اگر اماره بدانیم نوعی اماره قضایی است که خواهان می‌تواند به آن استناد کند و اماره شخصی است.

در مورد اماره فراش، ما باید به فلسفه این اماره دست یابیم تا بتوانیم بگوییم که در صورت تعارض با روش‌های نوین کدام یک مقدم می‌شوند، اگر بگوییم که این اماره هدف اصلی و فلسفه‌اش مشخص نمودن نسب است، به صورت مطلق و مصالح و شرایط دیگر را در نظر ندارد. باید بگوییم با توجه به فضای اولیه اسلام در زمان پیامبر به دلیل پیشرفته نبودن علم این اماره تنها روش مرسوم بوده است. در زمان حاضر به دلیل قدرت اثباتی این روش‌های نوین باید از این روش‌ها استفاده کرد و در پاسخ به کسانی که می‌گویند روش‌های نوین تجربی هستند و روش‌های تجربی خطاپذیر هستند، باید بگوییم تا به حال این روش‌ها خطا نداشته‌اند و احتمال خطا نباید دلیلی باشد تا ما این روش‌ها را کنار بگذاریم. با این دید به فلسفه فراش عاقلانه‌تر این است که از روش‌های نوین که به واقعیت نزدیک‌تر هستند یاری جست.

اگر بگوییم که فلسفه فراش فراتر از اثبات نسب است و توجه ویژه‌ای به مصالح طفل و خانواده دارد، باید شرایط و اوضاع و احوال را بررسی کنیم تا ببینیم مصلحت طفل و خانواده چه چیزی را اقتضا می‌کند.

از آن جایی که فلسفه فراش به طور صریح روشن نیست ما باید در اثبات نسب اگر بخواهیم به روش‌های نوین رجوع کنیم، باید شرایط، اوضاع، احوال و مصلحت طفل و خانواده را در نظر بگیریم.

سؤالی که در اینجا به ذهن خطور می‌کند، این است که از آن جایی که قاعده فراش یک حکم تکلیفی است و روش‌های نوین یک حکم تکلیفی نیست؛ در صورت تمسک به روش‌های نوین، آیا آثار این احکام تکلیفی به این روش‌های نوین حمل می‌شود یا خیر؟

به نظر می‌رسد که در این خصوص باید قائل به تفکیک شد، یعنی این روش‌های نوین را در اثبات نسب به کار برده‌ایم یا در نفی نسب؟

همان‌طور که در فصل‌های قبل اشاره کردیم، راه‌های اثبات نسب حصری نمی‌باشند و به نظر می‌رسد در صورت تمسک به روش‌های نوین در اثبات نسب با توجه به مصلحت طفل و خانواده آثار احکام تکلیفی به روش‌های نوین بار می‌شوند.

ولی به دلیل اینکه راه نفی نسب منحصر به لعان است و به دلیل اینکه بنای اعتماد در کانون خانواده از بین نرود به نظر ما این روش‌های نوین به دلیل اینکه فاقد آثار لعان هستند در این زمینه حجیت ندارند.

فرض دیگری که می‌توانیم در مورد فراش و روش‌های نوین در نظر بگیریم، این است که روش‌های نوین اماره نمی‌باشند. برای روشن شدن این بحث ابتدا باید اماره و دلیل بودن را ذکر کنیم.

دلیل چیزی است که شخص جاهل را به واقع می‌رساند.

اماره اوضاع و احوالی است بر مبنای غلبه که ظاهر مسئله را به شخص جاهل نشان می‌دهد.

همان‌طور که در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی اشاره شده است و طبق تعریف اماره قانونی، فراش را باید اماره قانونی در نظر گرفت نه دلیل. ولی روش‌های نوین مانند DNA در واقع نوعی کارشناسی هستند که احتمال دارد نتیجه این آزمایش به واقعیت نزدیک باشد؛ هرچند صددرصد نمی‌باشد. با توجه به مبانی اصولی تعارض، به دلیل این که اگر این نظر را بپذیریم و به دلیل این که روش‌های نوین کارشناسی هستند و فراش اماره است، در برابر یکدیگر قرار نمی‌گیرند و در حقیقت تعارض مستقر ندارند.

اگر فرض بالا را بپذیریم دادرس می‌تواند حتی خلاف نظر کارشناسی نظر بدهد و به اماره فراش استناد کند^۱.

نظریه شماره ۹۴/۷/۱ مورخ ۱۳۹۴/۱/۸ اداره حقوقی قوه قضائیه:

- اعتبار نداشتن DNA در مخالفت با قاعده فراش؛

اداره حقوقی قوه قضائیه که از قضات مستشار با سابقه بهره‌مند است، مرجع استعلام‌های قضات دادگاه‌ها در سراسر کشور به‌شمار می‌رود و نقطه‌نظرهای این اداره در موارد عدیده کارگشا بوده است. در خصوص این مورد نیز از آن اداره سؤال شده که عین سؤال و جواب در ذیل نقل می‌گردد:

سؤال: «فرزندی با شرایط امکان لحوق به پدر از همسر دائمی متولد شده و پدر برای وی شناسنامه دریافت کرده است. حدود هفت سال رفتار پدر نسبت به فرزند از نظر گفتاری و عملی به نحوی بود که اقرار و اعتراف به فرزند بودن محسوب می‌شود، حالیه بعد از چندین سال پدر مشکوک می‌شود که آیا فرزند از صلب وی است یا خیر و اقدام به انجام آزمایش DNA می‌کند، نتیجه آزمایش حاکی از این است که این فرزند نمی‌تواند از صلب این پدر باشد. اکنون پدر با استناد نتیجه آزمایش، دعوی نفی ولد را مطرح می‌کند، آیا دعوای نفی او مسموع است؟»

جواب اداره حقوقی: «در فرض مطروحه، با توجه به مواد ۱۱۸۵، ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ قانون مدنی، نظر به اینکه طفل مورد بحث در زمان زوجیت متولد شده و قبلاً هم زوج به ابوت خود و فرزندگی طفل اقرار کرده است، دعوای نفی ولد از او مسموع نخواهد بود و کلیه تکالیف شرعی و قانونی را در مورد طفل بر عهده دارد».

به نظر می‌رسد این رأی به استناد مواد زیر صادر شده است:

ماده ۱۱۵۸: طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است؛ مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد.

ماده ۱۱۶۱: در مورد مواد قبل هرگاه شوهر با صراحت یا به طور ضمنی اقرار به ابوت خود کرده باشد دعوای نفی ولد از او مسموع نخواهد شد.

ماده ۱۱۶۲: در مورد مواد قبل دعوای نفی ولد باید در مدتی که به عادت پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامه دعوی کافی است اقامه شود و در هر حال دعوای مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود.

ماده ۱۱۶۰: در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی منحل شود و زن دوباره 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 آن که امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند.

نتیجه‌گیری کلی

از آن جایی که احکام الهی دارای آثار و فلسفه‌های متعدد و متفاوتی هستند، لذا قابل درک است که برخی از این آثار و احکام، خارج از چهارچوب شرع هم آشکار هستند و نیاز به در نظر گرفتن چیزی نیستند و به

^۱ ماده ۲۶۵، قانون آیین دادرسی مدنی و نیز ماده ۱۶۶، قانون آیین دادرسی کیفری.

راحتی قابل درک هستند و نیز نیاز به تفسیر و توجیه ندارند. در مقابل برخی از احکام یاد شده را باید فراتر از دستاوردهای ظاهری در نظر بگیریم. مسئله نسب نمونه‌ای بارز از این احکام است.

مسئله نسب را نباید فقط از دید یافته‌های علمی و تجربی نگریست، بلکه باید به مصلحت طفل، خانواده و جامعه هم توجه کنیم. نمی‌توانیم بگوئیم به دلیل این‌که در زمان پیامبر علم و تکنولوژی به اندازه امروز پیشرفت نکرده بود، پس باید آن روش‌ها را بی‌استفاده و بدون کاربرد در نظر بگیریم، و نباید سرسختی نیز نشان دهیم و بگوئیم این روش‌ها هیچ گونه کمکی به ما نمی‌کنند و فاقد اعتبار هستند همچنین روشهای نوین به عنوان دلیل مستقلى نمی‌توانند در برابر امارات فقهی حقوقی قرار بگیرند چراکه این روشها نهایتاً می‌توانند در علم قاضی دخیل باشند و به عنوان قطع و یقین مورد استفاده قرار نمی‌گیرند بلکه به عنوان یک اماره قضایی موثر در علم قاضی که حجت است مورد استفاده قرار می‌گیرند.

با توجه به نظرات علمای فقه و حقوق و نتایج علم ژنتیک باید راهی میانه و عقلانی را پیش بگیریم. یعنی باتوجه به نوع دعوای مطرح شده هم زمان باید مصلحت طفل، خانواده، جامعه و اصل توجه به واقعیت‌نگری را در نظر بگیریم، که در هر دعوایی که وجود دارد، یکی از این‌ها دارای اهمیت است.

به عبارت دیگر ما نمی‌توانیم بگوییم که کدام یک صرفاً مورد استفاده باید قرار گیرند، بلکه این مسائل می‌توانند مکمل یکدیگر باشند، ولی با توجه به حصری بودن نفی نسب و آثار ویژه‌ای که دارد؛ نظر نهایی فقط باید براساس لعان صادر گردد، ولی در مسئله اثبات نسب باید شرایط را در نظر گرفت و مطابق اوضاع و احوال به یکی از روش‌های نوین یا امارات فقهی تمسک کرد.

منابع

- ۱- قرآن کریم
- ۲- ابن قدامه، احمد بن محمد، بی تا، *المغنی*، جلد ۷، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی تا.
- ۳- ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ ه.ق)، *لسان العرب*، جلد ۱۳، چاپ سوم، بیروت، دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ۴- حسایی، ابن ابی جمهور، (۱۴۱۰ ه.ق)، *الاقطاب الفقیهه*، چاپ اول، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی-نجفی.
- ۵- استانسفیلد، ویلیام د (۱۳۷۴)، *ژنتیک اصول و مسائل*، مترجم محمد صبور/ حمیده علوی غروی، تهران، فاطمی.
- ۶- اسکافی، محمد بن احمد، (۱۴۱۶ ه.ق)، *مجموعه فتاوی ابن جنید*، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۷- امامی، سید حسن، (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، جلد پنجم، تهران، انتشارات الاسلامیه، تهران، چاپ دوازدهم.
- ۸- انصاری، شیخ-مرتضی، (۱۴۱۵ ه.ق)، *کتاب النکاح*، چاپ اول، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ-اعظم انصاری.
- ۹- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۷ ه.ق)، *فرائد الاصول*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۰- آذرنوش، آذرتاش، (۱۳۸۸)، *فرهنگ معاصر عربی به فارسی براساس فرهنگ عربی به فارسی هانس-ور*، تهران، نشر نی.
- ۱۱- آشتیانی، میرزا محمد حسن، (بی تا)، *بحر الفوائد*، بی جا.
- ۱۲- بجنوردی، میرزا حسن، (۱۴۱۹ ه.ق)، *القواعد الفقیهیه*، قم، انتشارات الهادی.
- ۱۳- بروجردی، محمد عبده، (۱۳۸۳)، *کلیات حقوق اسلامی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۴- پیله، اعظم و علوی-قزوینی، سیدعلی (۱۳۹۲)، «بررسی حجیت آزمایش DNA در نفی نسب»، مجله علمی- پژوهشی حقوق خصوصی، دوره دهم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۲، صص. ۱۵۸-۱۳۹.
- ۱۵- پیله، اعظم، (۱۳۹۰)، «نقش DNA در اثبات نسب در فقه و حقوق»، پایان نامه کارشناسی-ارشد حقوق دانشگاه تهران، پردیس قم.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۳)، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش.
- ۱۷- جوهری، اسماعیل بن حماد، (۱۴۱۰ ق)، *صاحح اللغة*، بیروت، دارالعلم للملایین.
- ۱۸- حاکم نیشابوری، محمد بن عبدالله، (۱۴۲۷ ه.ق)، *المستدرک*، بیروت، المكتبة العصریه.
- ۱۹- حسنی، محمد، استفتا اثبات نسب به وسیله آزمایش های ژنتیکی، دسترسی در پایگاه اینترنتی VAKILGHASEMINA.BLOGFA.COM
- ۲۰- حسینی عاملی، سید محمد جواد، (بی تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامة للفقیه*، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۲۱- حسینی، سید محمد باقر، (۱۳۸۸)، *تعارض ادله*، قم، انتشارات آیین احمد.
- ۲۲- حکیمی، محمد مهدی، (۱۳۹۳)، *اماره قضایی و اماره قانونی*، قم، پژوهشکده باقرالعلوم.
- ۲۳- حیدری، سید علی نقی، (۱۴۱۳ ه.ق)، *اصول استنباط*، قم، انتشارات شورای مدیریت حوزه علمیه قم.
- ۲۴- حیدری، سید علی نقی، (بی تا)، *اصول الاستنباط*، قم، چاپ محمد حیدری.

- ۲۵- خدابنده، فریده، کاهانی، علیرضا، (۱۳۸۸)، *نکته‌های کلیدی در پزشکی قانونی*، تهران، جنگل.
- ۲۶- خدایی، حوریه، (۱۳۹۵)، *تعارض دلیل اماره با دلیل اصل، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه*، دوره ۲، شماره ۳/۱.
- ۲۷- خراسانی، آخوند محمدکاظم، (۱۴۲۶.ه.ق)، *کفایه الاصول*، قم، مؤسسه آل-البیت الاحیا التراث.
- ۲۸- خمینی، سید-روح-الله، (بی-تا)، *تحریرالوسیله*، قم، انتشارات دارالعلم.
- ۲۹- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۳۶۸)، *اجود التقريرات، تقریرات درس میزای نائینی*، قم، انتشارات مصطفوی.
- ۳۰- خویی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۷.ه.ق)، *مصباح الاصول*، قم، انتشارات کتابفروشی داوری.
- ۳۱- دهخدا، علی-اکبر، (۱۳۷۷)، *لغت نامه دهخدا*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۲- شمس، عبدالله، (۱۳۹۴)، *دله اثبات دعوا*، اراک، انتشارات اراک.
- ۳۳- شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۱۷ق)، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ۳۴- شهید اول، محمدبن مکی عاملی، (۱۴۱۴ق)، *اللمعه الدمشقیه*، بیروت، دارالتراث الدارالاسلامیه.
- ۳۵- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (بی‌تا)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم، کتاب-فروشی داوری.
- ۳۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی، (۱۴۱۰ق)، *مسالك الافهام الى تنقیح شرایع الاسلام*، قم، موسسه المعارف
- ۳۷- صبور، علیرضا و یادگاری، حمید، (۱۳۸۶)، «مقایسه کارآیی گروه‌های اصلی و فرعی فونی با "DNA Typing" در رد رابطه پدر-فرزندی»، مجله علمی پزشکی-قانونی، دوره ۱۳، شماره اول، صص. ۲۹-۲۵.
- ۳۸- صدر، سیدمحمدباقر، (۱۳۸۰)، *دروس فی معالم الاصول*، ترجمه و شرح از رضا اسدی، قم، انتشارات بوستان کتاب.
- ۳۹- صدوق، محمدبن علی، (۱۴۱۵.ه.ق)، *المقنع*، قم، مؤسسه امام هادی.
- ۴۰- صفائی، حسین و امامی، اسدالله، (۱۳۸۴)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، میزان.
- ۴۱- طارقی، صالح و یوسف، عزام، (۱۴۲۹.ه.ق)، *اثر الطب الشرعی فی اثبات الحقوق والجرائم*، اردن، نشر دارالنفاش.
- ۴۲- طاهری، حبیب‌الله، (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات اسلامی.
- ۴۳- طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۷)، *تفسیر جوامع الجامع*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران و مدیریت حوزه علمیه قم.
- ۴۴- طوسی، محمدبن الحسن (۱۴۱۷.ه.ق)، *العهده فی الاصول*، قم، چاپ-خانه ستاره.
- ۴۵- طوسی، محمدبن علی بن حمزه، (۱۴۰۸.ه.ق)، *الوسیله الی نیل الفضیله*، قم، ناشر کتابخانه آیت-الله مرعشی.

- ۴۶- عبدالرشید، محمدقاسم امین، (۱۴۲۵ق)، «البصمه الوارثیه و حجیتها»، مجله العدل، ش ۲۳، صص. ۵۲-۷۸.
- ۴۷- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، (۱۴۱۳.ه.ق)، *قواعد الاحکام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۸- علم الهدی، سیدمرتضی، (۱۴۱۵.ه.ق)، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- ۴۹- عمید، حسن، (۱۳۶۳)، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۵۰- فاضل، محمد، (آذر ۱۳۸۱)، *آشنایی با انگشت نگاری دی ان ای و کاربردهای آن*، ماهنامه زیست فناوری، کانون تفکر ستاد توسعه و زیست فناوری کشور، شماره ۸، ص ۷.
- ۵۱- قضایی، صمد، (۱۳۷۳)، *پزشکی قانونی*، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- ۵۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی خانواده*، تهران، نشر بهمن برنا.
- ۵۳- کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷.ه.ق)، *الکافی*، تهران، دارالمکتب الاسلامیه.
- ۵۴- گودرزی، فرامرز، (۱۳۷۷)، *پزشکی قانونی*، تهران، انتشارات انیشتیتن.
- ۵۵- گویلی، کیلانه، (۱۳۸۷)، *طرق اثبات نسب در فقه شافعی و حقوق مدنی ایران*، دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، پایان نامه کارشناسی ارشد.
- ۵۶- لطفی، اسدالله، (۱۳۸۱)، *قواعد فقه مدنی*، چاپ اول، انتشارات وزارت امور خارجه.
- ۵۷- لنکرانی، محمد فاضل موحدی (بی-تا)، *جامع المسائل (فارسی - فاضل)*، قم، انتشارات امیر قلم.
- ۵۸- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، (۱۴۰۳ق)، *بحار الانوار*، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
- ۵۹- محسنی، محمدآصف، (۱۴۱۴.ه.ق)، *الفقه و مسایل طبیه*، قم، بوستان کتاب.
- ۶۰- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۲۵.ه.ق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم، دارالتکثیر.
- ۶۱- محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۲)، *مباحثی از اصول فقه*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.
- ۶۲- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۰)، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۶۳- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، (۱۳۸۹)، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ۶۴- مروتی و همکاران، سعید، (۱۳۸۵)، *مطالعه منطقه بسیار متغیر ۲ از mtDNA جهت کاربرد در تشخیص هویت از طریق نسل مادری*، مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۲، شماره ۱.
- ۶۵- مظفر، محمدرضا، (۱۳۸۶)، *اصول فقه*، تهران، انتشارات جهان.
- ۶۶- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، (۱۳۸۸)، «مرکز تحقیقات فقهی»، *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور اداری حقوقی*، تهران، انتشارات جنگل.
- ۶۷- معین، محمد، (۱۳۸۷)، *فرهنگ فارسی معین*، تهران، فرهنگ نما کتاب آزاد.
- ۶۸- ملکی اصفهانی، مجتبی، (۱۳۷۹)، *فرهنگ اصطلاحات اصول*، قم، عالمه.
- ۶۹- موسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، (۱۴۱۹ق)، *فقه اهل بیت علیهم السلام - عربی*، بی جا.
- ۷۰- میرزای نائینی، محمدحسین، (۱۴۱۷ق)، *فوائد الاصول*، قم، انتشارات اسلامی.

۷۱-نجار، مصلح بن عبدالحی، (۲۰۰۴)، «البصمه الوارثیه فی الفقه الاسلامی»، مجله البحوث الفقهیه المعاصر، ش ۶۵.

۷۲-نجف آبادی، حسین علی منتظری، (۱۴۲۷ق)، *احکام پزشکی (منتظری)*، قم، نشر سایه.

۷۳-نجفی، محمد حسن، (۱۳۶۶)، *جواهر الکلام*، تهران، المکتبه الاسلامیه.

Abstract

Preserving its origin and its distinctness is the basis of all the wisdom of knowledge and generations of the past. Due to its importance, the sacred law in the Islamic religion, the jurisprudents of the "Imamiyah" in jurisprudential debates as well as the legislation, in this regard, the reasons for several presentations are presented. The author of a ruling is a situation whose realization stops on certain conditions and conditions such as marriage, raza, vatti, pseudo, etc., which, given the advancement of science and the discovery of new ways, the proof and negation of this question have been raised. It can be said that the means of proof and negation have been cognitive and monopolistic, and that only the cases mentioned in jurisprudence are valid, or that new tools and methods, such as genetic testing and DNA, can be proven or neglected?

Regarding the progress of science, as well as the lack of knowledge about new issues, as well as the relative accuracy of these methods and the possibility of cooperation with the jurisprudential point of view, in this thesis, the case study is that, firstly, regarding the validity of modern methods of legal jurisprudence. We will need to do this in the next step and we will discuss these discussions in advance and finally discuss the difference in jurisprudential rush with this new method.

This research is descriptive and the main method is collecting materials, books and documents, and the method of collecting the materials is carried out in a phisical manner and will be used by jurisprudence software and articles of authentic Internet sites.

Keywords: Parent, Negation of Parent, Proof of Parenthood, Paradise, Modern Methods, DNA, Conflict, Legitimacy



Shahrekord University
Faculty of Literature and Humanities
Department of Law

The thesis of Mr. **Amin Karimi** for obtaining the degree of MSc. in **Law and Jurisprudence** field with the title of "**Analysis of validity of new methods in approving and disapproving of filiation (genealogy)**" was evaluated with the presence of the following thesis committee and was finally ratified with degree **Excellent** on **01.09.2018**.

1. The supervisor of the thesis:

Dr. Saeed Safi Shalamzari, (Assistant Professor)

signature

2. The advisor of the thesis:

Dr. Rashid Ghadiri Bahramabadi, (Assistant Professor)

signature

3. The examiners of the thesis:

Dr. Hamid Naderi, (Assistant Professor)

signature

Dr. Khatere Shahinfard, (Assistant Professor)

signature

The responsibility of notions and views expressed in this dissertation shall be borne by the author and the Faculty of Veterinary Medicine accepts no responsibility in this connection.

Dr. Mohammad Reza Moradi
Deputy of Research and Postgraduate Studies
Faculty of Literature and Humanities



Shahrekord University
Faculty of Literature and Humanities

Analysis of validity of new methods in approving and disapproving of filiation (genealogy)

M.Sc. thesis of Department of Law

Full name

Mr. Amin Karimi

Supervisor:

Dr. Saeed Safi Shalamzari

Advisor:

Dr. Rashid Ghadiri Bahramabadi

Sebtember 2018