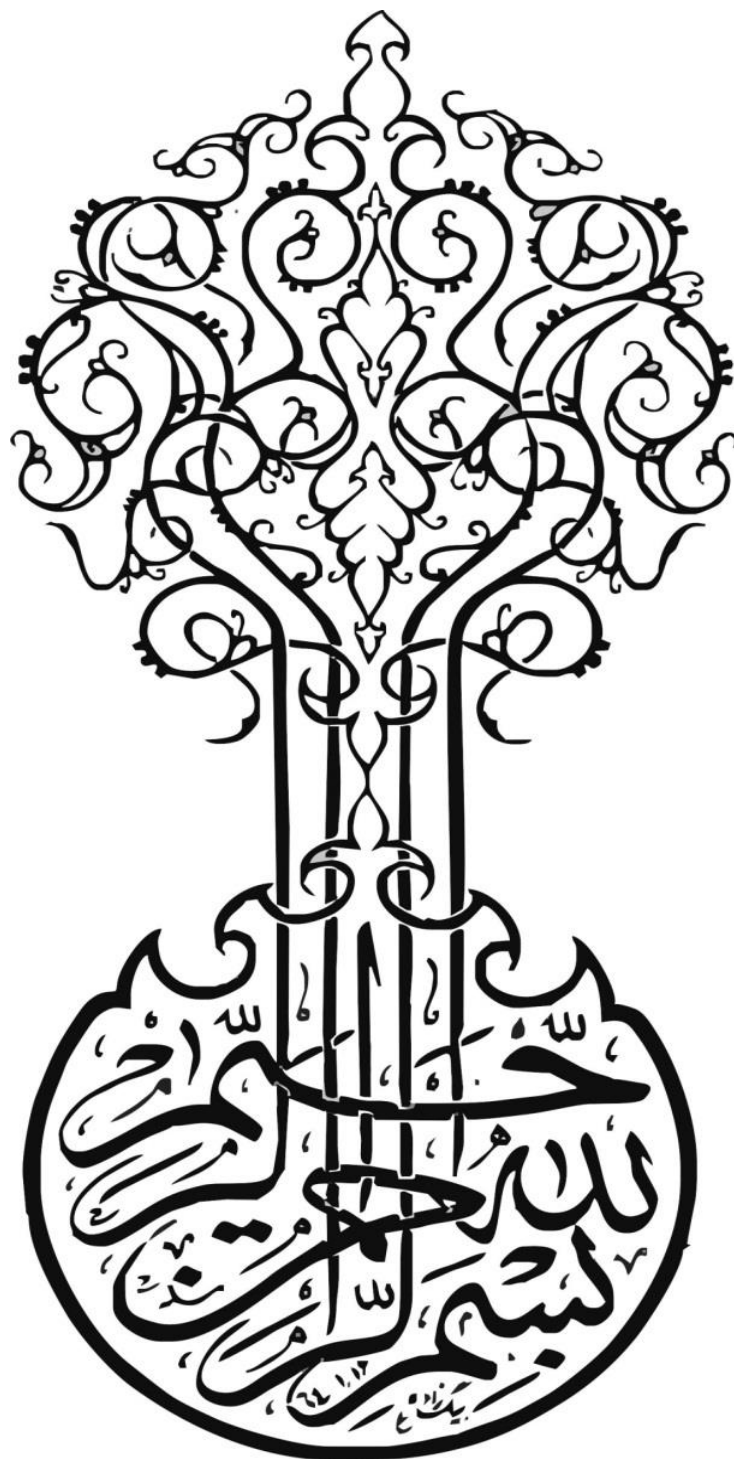






تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب مسعود اصفهانی آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق – گرایش حقوق خصوصی که در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۰۹ از پایان نامه خود تحت عنوان **ساز و کار و قابلیت علوم نوین در اثبات نسب در حقوق ایران** با کسب نمره ۱۷:۵ و درجه بسیار خوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم.

- ۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.
- ۲) این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی

مسعود اصفهانی

تاریخ و امضاء



معاونت پژوهش و فن آوری

به نام خدا

منشور اخلاق پژوهش

بیاماری از خداوند بجهان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و به پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری،
مادان شبخیمان و احصاء بهیات علمی واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخلفی نکنیم:

- ۱- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۲- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران، پرسنل، همکاران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۳- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بهکاران پژوهش.
- ۴- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن هیشود و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.
- ۵- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان و کشور و کلیه افراد و نهادهای مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تعد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۸- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشیاء نتایج تحقیقات و انتقال آن به بهکاران علمی و دانشجویمان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۹- اصل برانست: التزام به برانست جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به مثابه های غیر علمی می آید.



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده علوم انسانی – گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد M.A

گرایش حقوق

عنوان:

ساز و کار و قابلیت علوم نوین در اثبات نسب در

حقوق ایران

استاد راهنما:

دکتر محمد علی معیر محمدی

نگارش:

مسعود اصفهانی

زمستان ۱۳۹۷



واحد شهر قدس

فرم تأییدیه هیأت داوران

با یاری خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای مسعود اصفهانی در رشته حقوق خصوصی

با عنوان: **ساز و کار و قابلیت علوم نوین در اثبات نسب در حقوق ایران**

با حضور اساتید راهنما، مشاور و هیأت داوران در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۰۹ ساعت ۱۴:۰۰ در محل سالن دفاع

دانشکده (علوم انسانی، علوم پایه، فنی و مهندسی و کشاورزی) دانشکده علوم انسانی برگزار و با کسب نمره ۱۷/۵ و درجه بسیار خوب مورد تصویب قرار گرفت. *در ضمن اینجانب متعهد می شوم که تمامی اصلاحات پایان نامه را تحت نظر اساتید راهنما و مشاور بطور کامل انجام داده ام و در صورت عدم رعایت و صحت و سقم این موضوع در هر زمان (حتی بعد از صادر شدن مدرک فارغ التحصیلی)، دانشگاه می تواند طبق مقررات و ضوابط مربوطه با اینجانب برخورد نماید.

نام و نام خانوادگی: مسعود اصفهانی	تاریخ و امضاء:.....
نام و نام خانوادگی: دکتر محمد علی معیر محمدی	تاریخ و امضاء:.....
نام و نام خانوادگی: دکتر سبیل طاهری	تاریخ و امضاء:.....
نام و نام خانوادگی: دکتر حسین منوری	تاریخ و امضاء:.....
نام و نام خانوادگی: دکتر علیرضا مظلوم رهنی	تاریخ و امضاء:.....

سپاس و تشکر

سپاس بیکران نثار آن عزیز یگانه ای که بی لطفش گامی به پیش نتوان نهاد و با تشکر از کلیه اساتید ارجمند مقطع کارشناسی ارشد حقوق که هر کدام سهمی در اندوختن توشه علمی ام داشته اند ، بویژه جناب آقای دکتر معیر محمدی استاد راهنمای محترم که مرا در پیمودن این مسیر یاری فرمودند.

تقدیم به:

تمام کسانی که فروغ محاکشان و گرمی کلامشان، سرمایه جاودان زندگی من بوده
است.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱.....	چکیده

فصل اول: کلیات پژوهش

۲.....	۱-۱- بیان مسئله
۳.....	۱-۲- ضرورت تحقیق
۴.....	۱-۳- سوابق مربوطه
۶.....	۱-۴- نوآوری تحقیق
۶.....	۱-۵- اهداف تحقیق
۶.....	۱-۵-۱- هدف اصلی
۶.....	۱-۵-۲- هدف کلی
۷.....	۱-۶- سوالات تحقیق
۷.....	۱-۶-۱- سوال اصلی
۷.....	۱-۶-۲- سوال فرعی
۷.....	۱-۷- فرضیات تحقیق
۷.....	۱-۷-۱- فرضیه اصلی
۷.....	۱-۷-۲- فرضیه فرعی
۷.....	۱-۸- روش تحقیق
۷.....	۱-۹- گرد آوری اطلاعات
۷.....	۱-۱۰- روش ها و ابزار تجزیه و تحلیل داده ها
۷.....	۱-۱۱- تعاریف واژه ها و اصطلاحات
۸.....	۱-۱۱-۱- تعریف نسب
۱۲.....	۱-۱۱-۲- ماهیت نسب
۱۲.....	۱-۱۱-۳- اقسام نسب

فصل دوم : طرق اثبات نسب در فقه و حقوق

۱۳.....	بخش اول اثبات نسب در فقه
۱۳.....	۲-۱- نقش شیعیان فقه امامیه در علم انساب
۱۴.....	۲-۲- معیار تشخیص نسب مشروع در فقه

۳-۲-تلازم یا عدم تلازم بین نامشروع بودن طفل و تحقق نسب.....	۱۷
۴-۲-حجیت معاینات و تحقیق محلی ازمنظر قانون و فقه	۲۲
۱-۴-۲-مفهوم تحقیق محلی	۲۲
۲-۴-۲-تفاوت تحقیق محلی با شهادت شهود	۲۳
۵-۲-اعتبارآزمایش «دی.ان.ای» از دیدگاه فقه.....	۲۴
۶-۲-نسب ناشی از لقاح طبیعی «تزدیکی»	۲۵
۱-۶-۲-نسب ناشی از شبهه	۲۵
۲-۶-۲-نسب ناشی از تلقیح مصنوعی	۲۶
۳-۶-۲-نسب ناشی از زنا (نسب نامشروع)	۲۶
۷-۲-تعریف قرابت.....	۲۶
۱-۷-۲-اقسام قرابت	۲۶
۱-۱-۷-۲-قرابت نسبی و قرابت سببی	۲۶
۲-۷-۲-۲-قرابت رضاعی	۲۹
۸-۲-مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله.....	۳۱
۱-۸-۲-مراتب کشف حکم و موضوع	۴۱
۹-۲-انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب.....	۴۴
بخش دوم اثبات نسب در حقوق.....	۴۵
۱۰-۲- مفهوم نسب در قانون مدنی	۴۵
۱۱-۲-ماهیت حقوقی نسب.....	۴۷
۱۲-۲-تعریف DNA	۴۷
۱۳-۲-اثبات نسب طفل توسط قاعده فراش	۴۹
۱۴-۲-اعتبار آزمایش دی.ان.ای از دیدگاه حقوق	۴۹
۱۵-۲-استناد به DNA در جهت انکار نسب از دیدگاه حقوقی	۵۲
۱۶-۲-نظریات فقهاء وحقوقدانان پیرامون حجیت آزمایش DNA	۵۶
۱۷-۲-نظر کارشناس (دی ان ای)	۵۸
۱۸-۲-مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس	۶۰
۱۹-۲-کیفیت دلیل بودن نظر کارشناس	۶۲

فصل سوم: امکان سنجی علوم نوین با اثبات نسب در فقه امامیه و حقوق ایران

- ۳-۱- نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی اثبات نسب ۶۳
- ۳-۱-۱- تفاوت و شباهت ژنتیکی در آیات و روایات ۶۴
- ۳-۲- انگشت نگاری به عنوان ادله اثبات دعوا ۶۸
- ۳-۳- بررسی حجیت آزمایش دی ان ای DNA در نفی نسب ۶۸
- ۳-۳-۱- حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب ۶۹
- ۳-۳-۲- قدرت اثباتی آزمایش "دی.ان.ای" از لحاظ علمی ۷۰
- ۳-۴- اماره قانونی برای اثبات نسب ۷۲
- ۳-۴-۱- دلایل اثبات نسب مادر ۷۲
- ۳-۴-۲- اثبات نسب بین والدین و فرزندان ۷۳
- ۳-۴-۳- اثبات نسب پدر از سوی مادر طفل ۷۳
- ۳-۴-۴- اثبات نسب پدر از سوی فرزند ۷۷
- ۳-۴-۵- اثبات نسب پدری از سوی پدر ۷۸
- ۳-۴-۶- اثبات نسب مادر از سوی فرزند ۷۸
- ۳-۴-۷- اثبات نسب مادر از سوی پدر طفل ۸۲
- ۳-۴-۸- اثبات نسب مادری از سوی مادر ۸۲
- ۳-۴-۹- اثبات نسب خویشاوندی ۸۳
- ۳-۵- دعاوی اثبات رابطه طبیعی خونی ۸۵
- ۳-۶- حجیت آزمایش DNA بعنوان یک دلیل قطعی بر مبنای حجیت قطع ۸۶
- ۳-۷- استناد به علم عرفی ۸۸
- ۳-۸- دلایل قابل استناد جهت اثبات نسب ۹۲
- ۳-۸-۱- دلیل تصرف قانون گذار در مفهوم عرفی نسب ۹۲
- ۳-۹- نتیجه گیری ۹۳
- ۳-۱۰- پیشنهادات ۹۴

منابع و مآخذ

- منابع فارسی ۹۶
- منابع عربی ۱۰۰
- مقالات ۱۰۱

پایان نامه ۱۰۲

منابع انگلیسی ۱۰۳

چکیده

از مسائل مهم حوزه ی حقوق خانواده، نسب یا همان رابطه ی خونی بین دو فرد و اثبات این رابطه است که آثار قانونی بسیار مهمی بر آن مرتبط می گردد. در قانون مدنی ایران برای اثبات نسب، دو دلیل در مواد ۱۱۵۹، ۱۱۵۸ و ۱۲۷۳ که شامل قاعده ی فراش و اقرار می باشد، ذکر شده است. امروزه با پیشرفت علم، امکان استفاده از آزمایش های ژنتیک و آزمایش خون در دعاوی اثبات نسب وجود دارد. این تحقیق بر پایه روشی که بیشتر پژوهشها در حقوق در پیش گرفته اند، از جهت شیوه، تحلیلی- توصیفی بوده از جهت محتوی میان رشته ای و تطبیقی می باشد. موضوع تحقیق از حیث روش، ماهیتاً کتابخانه ای است و از آغاز تا انتها متکی بر یافته های تحقیق کتابخانه ای است بدیهی است از اینترنت نیز در این حوزه استفاده گردید. در این راستا دو فرضیه مطرح شده عبارتند از: در صورت تعارض بین اماره فراش و علوم نوین، علوم نوین ارزش اثباتی بیشتری دارد؛ روش های نوین اثبات نسب می توانند یک دلیل قاطع در اثبات آن باشند. همچنین سوال پژوهش به این صورت می باشد در صورت تعارض بین اماره فراش و علون نوین، کدامیک ارزش اثباتی بیشتری دارد و می توان به آن استناد کرد؟ فقها در حجیت این گونه آزمایش ها برای اثبات نسب اختلاف نظر دارند. برخی به حجیت این ادله در صورت حصول علم و گروهی بر عدم حجیت آن معتقدند. در میان حقوقدانان اختلاف نظر کمتری وجود دارد و اختلاف موجود صرفاً در نحوه استناد به این آزمایش هاست.

کلمات کلیدی: اثبات نسب، حقوق ایران، فقه امامیه، قاعده فراش، ادله اثبات

فصل اول

کلیات پژوهش

۱-۱- بیان مسئله

نسب براساس تعاریف رایج در لسان فقها و حقوق دانان، عبارت است از هرگونه رابطه خونی میان دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخصی ثالث تحقق می یابد. خانواده به عنوان اصلی ترین جزء جامعه در دین و فرهنگ ما دارای تعریف و قوانین خاصی می باشد. اغلب این قوانین در راستای حمایت از خانواده و تحکیم بنیان آن است. زیرا خانواده باید محیطی امن جهت پرورش فرزندان که سازنده نسل بعدی هستند، باشد. یکی از مسائلی که متأسفانه در جامعه امروزی ایران دیده می شود، مراجعه برخی خانم ها جهت مشاوره حقوقی در رابطه با موضوع اثبات ابوت یا نسب است. داستان بسیار ساده و تکراری است، دوستی ساده یک دختر و پسر، پیشرفت روابط، از بین رفتن حرمت ها، ادامه نامشروع، عقد نطفه یک طفل بی گناه، کتمان پدر، مستاصل ماندن مادر. گاهی نسب ناشی از رابطه ازدواج قانونی و مشروع زن و مرد است که به آن نسب مشروع می گویند و گاهی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی و گاهی هم ناشی از

رابطه شبه ناک است، برای این که رابطه نسب و خویشاوندی میان ۲ نفر ثابت شود باید رابطه زوجیت میان زن و مرد و نسب مادری و پدری به اثبات برسد. در ادامه قانون اختصاص تعدادی از دادگاهها به دادگاههای موضوع اصل ۲۱ قانون اساسی^۱ رسیدگی به دعوی نسب در صلاحیت دادگاه خانواده است. مهم ترین دلیل اثبات نسب در حقوق ایران و فقه اسلامی اماره فراش می باشد.

اماره فراش در اصطلاح حقوقی یعنی طفلی که از زن شوهرداری به دنیا آمده باشد فرزند شوهر فرض می شود و ملحق به اوست که این اصطلاح از حدیث نبوی (الولد للفراش و للعاهر الحجر: فرزند مخصوص شوهر و برای زناکار سنگ است) گرفته شده است. همین اندازه که زن در خانه شوهر باشد، که امکان نزدیکی درباره او می رود، اماره فراش حاصل است. بنابراین با این مقدمه باید افزود باتوجه به اینکه در قوانین ایران به خصوص قانون مدنی، تنها راه اثبات نسب را اماره فراش دانسته و از آنجا که حقوق کشور ما برگرفته از فقه شیعه اثنی عشری می باشد و مبنای آنها گفته های فقها در سده های قبل بوده است و حال باتوجه به پیشرفت تکنولوژی در دوران کنونی به نظر می رسد که بهتر می بود که قانونگذار علاوه بر اماره فراش به دلایل اثباتی دیگر همچون آزمایش DNA و آزمایش خون که دو روش نوین اثبات نسب است توجه کافی بنماید، پس باتوجه به اهمیت اثبات نسب در تنظیم روابط اجتماعی و استحکام اساس خواهری قرار می گیرد. محتوای DNA ی این سلولها (چیزی که ما آن را ژنوم می نامیم) بدین وسیله محافظت شده می ماند. این ژنوم مجموعه ای از دستورالعمل ها یا در حقیقت کتابخانه کاملی از اطلاعات است که سلولها برای زنده ماندن از آن استفاده می کنند. در نهایت، تمامی فعالیت های یک سلول به DNA بستگی دارد. بنابراین شناخت DNA، شناخت سلول و در مقیاس بزرگ تر شناخت موجود زنده است که سلول ها به آن متعلق اند^۲

۱-۲- ضرورت تحقیق

علوم نوین نظیر فناوری ژنتیک یکی از مسائل نوپیدای علمی است که به عرصه ی فقه و حقوق کشیده شده است و به گفته متخصصین این امر می تواند با درصد خطای بسیار پایین هویت افراد را تعیین نماید. در حالیکه هم اکنون استفاده از آزمایشات نوین به عنوان یک شیوه مهم تشخیص هویت انسانی در جهان مطرح گردیده است اما هم چنان در حقوق ایران به لحاظ بدیع بودن این مسئله، موضع قانونی مشخصی در مورد آن وجود ندارد و علی رغم اینکه پیشرفت های زیادی در این زمینه حاصل شده و فناوری نوین انگشت نگاری ژنتیکی به سادگی توسط متخصصی علم ژنتیک در ایران اجرا شده و در دسترس است و اقبال به استفاده از این اطلاعات در دستگاه قضایی و دادگاهها برای اثبات دعاوی فزونی

۱ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ سوم، ص ۴۳۰

۲ آسنوستات، پیتر، سایمونز، مایکل، مبانی ژنتیک، مترجم: دکتر مهرداد به منش، ج اول، چاپ خانه زیست شناسی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰

یافته، با این حال در میزان اعتبار و تعیین جایگاه فقهی و حقوقی این اطلاعات در نظام ادله‌ی اثبات دعوا در فقه و حقوق ایران میان نوشته‌های پژوهشگران اختلافاتی به چشم می‌خورد و تحقیقات کافی در این خصوص صورت نگرفته است. به نظر می‌رسد عدم وجود مقررات صریح قانونی در این زمینه این سبب است که پذیرش این آزمایش‌ها جهت اثبات نسب، در فقه به روشنی تبیین نگردیده و این مسئله همواره مطرح است که آیا استناد به این آزمایشات از لحاظ فقهی مورد پذیرش است یا خیر؟ به همین علت بررسی حجیت اثبات نسب از طریق علمی از نظر فقهی و حقوقی ضروری به نظر می‌رسد.

همچنین به نظر می‌رسد باتوجه به اهمیت اثبات نسب در روابط خانوادگی و استحکام خانواده‌ها و خلاءهای قانونی موجود در عدم توجه به علوم جدید و مهم بودن اثبات نسب در بسیار از موضوعات همانند نسب مشروع برای تصدی برخی امور مهم همچون ریاست جمهوری، قضاوت و.. نتایج این تحقیق فواید بسیاری در این زمینه داشته باشد.

از حیث عملی هم در جهت شناسایی خلاء یا چالش‌های نبود قانونی در این خصوص و کاربردهای آن در بحث سهم الارث و کاربردهای زیادی که می‌توان این پژوهش برای دانشجویان و اساتید و قضات داشته باشد مفید می‌باشد.

۱-۳- سوابق مربوطه

طباطبایی (۱۳۹۶)، پژوهشی با عنوان نقش آزمایش‌های دی.ان.ای در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران انجام داده است. مقاله حاضر بر آن است که نقش آزمایش‌های دی.ان.ای و امکان استناد به آن را در دعاوی اثبات نسب بررسی کند و ببیند آیا با مقررات موجود می‌توان به این آزمایش‌ها استناد کرد یا تا زمانیکه قانون بر آن تصریح ننماید، چنین مجوزی وجود نخواهد داشت. در شرایط حاضر، با توجه به اینکه همه ادله اثبات نسب مبتنی بر ظن است و احتمالات اثبات خلاف در آنها وجود دارد و نیز به لحاظ غیرانحصاری بودن ادله مذکور، باید بتوان آزمایش‌های ژنتیک را به عنوان یک دلیل جدید در بسیاری از دعاوی اثبات نسب استفاده کرد، لکن برای ایجاد بستر لازم برای استناد به آن نیاز به تصریح قانونی وجود دارد.

عامری و یاسینی نیا (۱۳۹۴)، پژوهشی با عنوان نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی نفی نسب انجام دادند. مقاله حاضر درصدد پاسخ به این سوال است که آیا میزان اعتبار حقوقی و فقهی آزمایش‌های خون و ژنتیک به اندازه‌ای است که بر اماره فراش مقدم شود و دعاوی نفی نسب از طریق آن حل و فصل گردد برخی بر این عقیده اند که این نوع آزمایش‌ها بر اماره فراش مقدم هستند و اثبات خلاف اماره از طریق آزمایش‌های مذکور امکان‌پذیر است؛ اما پاسخ مقاله به سوال تحقیق این است که هرچند آزمایش‌های ژنتیک موفقیت

هایی در زمینه رابطه نسبی بین افراد داشته اند، در مواردی که تمامی شرایط اماره فراش محقق باشد، این آزمایش ها توان مقابله با اماره را ندارند و اثبات خلاف اماره فراش از این طریق امکانپذیر نیست؛ مگر آنکه یکی از شرایط اماره مفقود باشد. در آن صورت استفاده از نتایج آزمایش های مذکور- به عنوان اماره قضایی- می تواند راهگشا باشد.

فرید عصر و نوروزی(۱۳۹۴)، پژوهشی با عنوان بررسی ماهیت قاعده فراش با نظری بر روشهای جدید علمی انجام داد. برطبق قاعده ی فقهی فراش فرزند متولد در فراش مردی که شوهر زن می باشد، ملحق به اوست و جز با لعان قابل انکار نیست، امروزه، پیشرفت علوم پزشکی توانایی این را دارد که ثابت کند ممکن است طفلی تمامی شرایط لازم برای الحاق به مرد یا مرد و زنی را طبق قاعده ی فراش داشته باشد، ولی فرزند آنها نباشد. بنابراین هدف بررسی روش های نوین باروری و روش های نوین برای تعیین نسبت طفل است که ممکن است با قاعده ی فراش هماهنگ نباشد.

یزدانی پورو همکاران(۱۳۹۴)، در پژوهشی با عنوان بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب انجام دادند. با توجه به اهمیت نسب در حفظ نظام خانواده و ثبات نسلها، اهتمام شارع و قانونگذار همواره بر حفظ آن در سایه تقنین بوده است. از این رو در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی برای اثبات نسب پدری که به دلیل پنهانی بودن منشأ آن به مراتب دشوارتر از نسب مادری است، دلائل متعددی مانند قاعدهی فراش، اقرار، شهادت و ... را تعیین کردهاست و حتی در فرض نبودن دلائل قویتر به لحاظ کشف واقع، قائل به قابلیت استناد به ضعیفترین ادله هم چون قرعه است. در این میان با توجه به عدم حصری بودن ادلهی اثبات نسب و نحوهی عملکرد شارع در این حوزه، جایگاه روشهای دقیق علمی چون TYPING DNA یا آزمایش DNA که از اهم کاربرد آن در علم ژنتیک، اثبات نسب و تعیین رابطهی ابوت میباشد، قابل تأمل و بررسی است، لذا با توجه به نظریات فقهاء و حقوقدانان و استناد به ادلهی اصولی و فقهی از جمله حجیت قطع و علم عرفی، حجیت این آزمایش در اثبات نسب به لحاظ شرعی و قانونی قابل اثبات است.

پيله و همکاران(۱۳۹۲)، پژوهشی با عنوان نقش DNA در اثبات نسب انجام دادند در این تحقیق آنها عنوان داشتند با توجه به اهمیت نسب در حفظ نظام خانواده و ثبات نسل ها، اهتمام شارع و قانون گذار همواره بر حفظ آن در سایه تقنین بوده است. از این رو در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی برای اثبات نسب پدری که به دلیل پنهانی بودن منشأ آن به مراتب دشوارتر از نسب مادری است، دلائل متعددی مانند

قاعده فراش، اقرار، شهادت، استفاضه و ... را تعیین کرده است و حتی در فرض نبودن دلایل قوی تر به لحاظ کشف واقع، قائل به قابلیت استناد به ضعیف ترین ادله هم چون قرعه است. در این میان با توجه به عدم حصری بودن ادله اثبات نسب و نحوه عملکرد شارع در این حوزه، جایگاه روش های دقیق علمی چون DNA Typing یا آزمایش DNA که از اهم موارد کاربرد آن در علم ژنتیک، اثبات نسب و تعیین رابطه ابوت می باشد، قابل تامل است، لذا پژوهش حاضر به این مهم پرداخته است، چرا که با توجه به نظرت فقها و حقوقدانان و استناد به ادله اصولی و فقهی از جمله حجیت قطع و علم عرفی، حجیت این آزمایش در اثبات نسب به لحاظ شرعی و قانونی قابل اثبات است.

۱-۴-نوآوری تحقیق

به دلیل عدم تحقیقات کافی در این موضوع بویژه در بررسی کاربردهای آزمایشات DNA و آزمایش خون برای اثبات نسب، این پژوهش می تواند یک منبع مهم مطالعاتی باشد که درصدد است به جنبه های جدیدی در خصوص اثبات نسب بپردازد.

١-٥-اهداف تحقيق

۱-۵-۱-هدف اصلی

مشخص کردن جایگاه علوم نویت در اثبات نسب و رفع تعارض آن با شرع مقدس اسلام.

بعنوان یک راهگشایی برای حل بسیاری از تعارضات و دعاوی در خصوص اثبات نسب و همچنین یک منبع مهم مطالعاتی در بین اساتید و دانشجویان حقوق و علوم قضایی.

تقویت استحکام خانواده و جلوگیری از گسیختگی بنیان های خانواده.

۱-۵-۲-هدف کلی

تنظیم هر چه بهتر روابط خانوادگی و جلوگیری از فساد و فحشا در جامعه و کمک به فرزندان که از راههایی چون نفی ولد و لعان آنها را از بسیاری از حقوق حقه خود در جامعه و زندگی اجتماعی خود محروم می سازد.

محتوای DNA ی این سلوها (چیزی که ما آن را ژنوم می نامیم) بدین وسیله محافظت شده می ماند. این ژنوم مجموعه ای از دستورالعمل ها یا در حقیقت کتابخانه کاملی از اطلاعات است که سلول ها برای زنده ماندن از آن استفاده می کنند. در نهایت، تمامی فعالیت های یک سلول به DNA بستگی دارد. بنابراین شناخت DNA، شناخت سلول و در مقیاس بزرگ تر شناخت موجود زنده است که سلول ها به آن متعلق اند.

۱-۶-سوالات تحقیق

۱-۶-۱-سوال اصلی

۱- آیا روش های نوین اثبات نسب می توانند یک دلیل قاطع در اثبات آن باشند؟

۱-۶-۲-سوال فرعی

۱- در صورت تعارض بین اماره فراش و علون نوین، کدامیک ارزش اثباتی بیشتری دارد و می توان به آن استناد کرد؟

۱-۷-فرضیات تحقیق

۱-۷-۱-فرضیه اصلی

۱- روش های نوین اثبات نسب می توانند یک دلیل قاطع در اثبات آن باشند.

۱-۷-۲-فرضیه فرعی

۱- در صورت تعارض بین اماره فراش و علوم نوین، علوم نوین ارزش اثباتی بیشتری دارد .

۱-۸-روش تحقیق

این تحقیق بر پایه روشی که بیشتر پژوهشها در حقوق در پیش گرفته اند ، از جهت شیوه، تحلیلی-توصیفی بوده از جهت محتوی میان رشته ای و تطبیقی خواهد بود. موضوع تحقیق از حیث روش، ماهیتاً کتابخانه‌ای است و از آغاز تا انتها متکی بر یافته‌های تحقیق کتابخانه‌ای است بدیهی است از اینترنت نیز در این حوزه استفاده خواهد شد.

۱-۹-گرد آوری اطلاعات

در این پژوهش با استفاده از کتب و مقالات و پایان نامه ها با روش کتابخانه ای و ابزار فیش برداری به جمع آوری مطالب پرداخته شده است.

۱-۱۰-روش ها و ابزار تجزیه و تحلیل داده ها

در این پژوهش با استفاده از روش کتابخانه ای به جمع آوری داده ها پرداخته و سپس با روش نوعا توصیفی-تحلیلی به تجزیه و تحلیل داده های بدست آمده پرداخته ایم.

۱-۱۱-تعاریف واژه ها و اصطلاحات

اثبات نسب: " نسب رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر رابه فرزندان آنان مربوط می کند". به این اعتبار نسب به معنی (رابطه خویشاوندی) یا (مادر و فرزندی) است و شامل خویشان در خط اطراف نمی شود.

اماره فراش: فراش (به کسر فاء) در لغت به معنی بستر و هرچه بگسترانند آمده است و در اصطلاح کنایه از شوهر است و اماره فراش یا ابوت در اصطلاح حقوقی عبارت از این است که طفلی که زن شوهرداری به دنیا آمده باشد فرزند شوهر فرض می شود و ملحق به اوست. اصطلاح اماره فراش از جدی نبوی (الولد للفراش و للعاهر الحجر: فرزند مخصوص شوهر و برای زناکار سنگ است) گرفته شده است.^۱

نفی ولد: هرگاه اماره فراش در مورد نسب پدری جاری نشود، چنانکه طفل در فاصله کمتر از شش ماه بعد از نکاح به دنیا آمده باشد، نفی ولد آسان خواهد بود و نیازی به رسیدگی قضایی در این مورد نیست.

لعان: لعان یک سوگندی است که پدر می تواند بوسیله اجرای آن، طفلی که فرزند او شناخته شده نفی بنماید. لعان از تأسیسات کاملاً مذهبی می باشد که بر ایمان راسخ استوار است و نمی توان آنرا از ادله مدنی به شمار آورد.

تلقیح مصنوعی: عبارت است از داخل کردن منی مرد بوسیله آلات پزشکی در رحم زن است. طفلی که از عمل مزبور بوجود می آید طفل متولد از لقاح مصنوعی گویند.^۲

DNA: هر یک از ما چندین تریلیون سلول تشکیل شده ایم و هر یک از این سلول ها شامل رشته های خیلی ظریف با چند سانتی متر طول می باشند که نقش مهمی در این که ما، بعنوان انسان چه کسی هستیم ایفا می کنند. تمام این رشته های درون سلول مهم از DNA ساخته شده اند. به هر تقسیم سلولی، DNA همانندسازی می کد و بطور مساوی در دو سلول خانواده و وجود کاستی های فراوان قوانین ایران در خصوص اثبات نسب و به دلیل قدرت اثباتی علوم جدید در این امر مهم و عدم توجه قوانین کشور ما به این علوم نوین، و اینکه آیا از نظر شرعی این علوم جایگاهی محکم در اثبات نسب دارند همه این موضوعات، مواردی بوده که ذهن پژوهشگر را به این موضوع مهم و حیاتی جلب کرده است.

۱-۱۱-۱- تعریف نسب

در حقیقت، نسب رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنها مربوط می کند و این گونه نسب به معنای رابطه پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی است. نسب در لغت به معنای خویشاوندی و نژاد است اما از نظر حقوقی عبارت است از رابطه خویشاوندی میان ۲ نفر که یکی از نسل دیگری باشد یا هر دو از نسل شخص دیگری باشند مانند رابطه پدر و فرزند یا رابطه برادر و خواهر. گاهی نسب ناشی از رابطه ازدواج قانونی و مشروع زن و مرد است که به آن نسب مشروع می گویند و گاهی نسب ناشی از تلقیح مصنوعی و گاهی هم ناشی از رابطه شبهه ناک است. برای اینکه رابطه نسب و خویشاوندی میان ۲ نفر ثابت شود باید رابطه زوجیت میان زن و مرد و نسب مادری و پدری به اثبات برسد. اثبات نسب مادری ساده تر از

۱ صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ج ۹، تهران، میزان، ۱۳۸۴ش، ص ۲۱۰

۲ امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، بی جا، تهران، بی تا، ۱۳۷۸ش، ص ۳۴

اثبات نسب پدری است زیرا دوران بارداری و زایمان به راحتی قابل انکار نیست و طبق قانون ظرف ۱۵ روز پس از تولد نوزاد باید به دنیا آمدن او در یکی از حوزه‌های ثبت احوال اعلام و برای طرف شناسنامه گرفته شود. اما اثبات نسب پدری با توجه به آزادی مردان در امر ازدواج موقت با دشواری‌های فراوانی همراه است؛ هر چند امروزه با پیشرفت علم و انجام آزمایشات مختلف، اثبات نسب ساده‌تر شده است اما به دلیل گرانی و در دسترس نبودن این آزمایشات اثبات نسب پدری همچنان دشواری‌های به همراه دارد.

نسب از نظر لغت مصدر و به معنی قرابت و علاقه و رابطه بین دوستی‌ها است^۱ و در زبان فارسی آن را نژاد می‌گویند.

با آن‌که باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران به احکام مربوط به نسب اختصاص یافته است ولی تعریفی از نسب نکرده است. علماء حقوق سعی نموده‌اند که سکوت قانون‌گذار را با تعریف نسب جبران کنند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقهاء و حقوق‌دانان ارائه شده است، بررسی می‌کنیم.

بعضی از فقهاء نسب را چنین تعریف نموده‌اند:

۱. «النسب و هو الاتصال بالولادة بانتفاء احد هما الى الآخر او بانتفاءهما الى ثالث»^۲

۲. «المراد بالنسب علاقة بين شخصين، تحدث من تولد احدهما من الآخر او تولدهما من ثالث»^۳

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این است که اتصال ولادت در حقیقت، منشأ اعتبار رابطه نسبی است ولی حقیقت نسب امری است که از اتصال ولادت انتزاع می‌شود؛ لذا در این تعریف بین امر اعتباری و منشأ اعتبار خلط شده است^۴

بعضی از حقوق‌دانان در رابطه با حقیقت نسب چنین بیان داشته‌اند:

«نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد»^۵ و یا «نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالث باشند که به این معنی مترادف با «قرابت نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است»^۶ ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این

۱ النسب: مصدر القرابة، جمع انساب المنجد، القرابة: إيقاع التعلق و الارتباط بين شيئين منجد الطلاب؛ نسب ای قرابه و جمع انساب

۲ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۹، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ص ۲۳۸

۳ انصاری، مرتضی، رساله مقتضیات الارث و اقسامها، تهران: چاپ سنگی، بی تا، ص ۴۰۱

۴ علوی قزوینی، سید علی، «آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان»، نامه مفید، شماره ۳، صص ۱۶۹ و ۱۷۰

۵ امامی، اسد الله، نسب در حقوق ایران و فرانسه، ج ۵، تهران: دانشگاه تهران، ص ۱۵۱

۶ صفایی، سید حسین، امامی، اسد الله، حقوق خانواده، ج ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ص ۳۹

است که هیچ یک از تعاریف فوق، حقیقت و ماهیت نسب را تبیین نکرده‌اند که به چه دلیل به وسیله ولادت یا رابطه طبیعی، فرزند به مادر یا پدر منتسب می‌گردد؟ ملاک رابطه آن دو چیست؟ آیا این امر یک رابطه اعتباری و قراردادی است تا در هر زمان قانون‌گذار خواست بتواند اعتبار دیگری را وضع و تصویب نماید یا این که این امر یک رابطه و ارتباط تکوینی و واقعی است و گریزی از آن نیست چه نفی و چه اثباتاً؟ که در این صورت قانونگذاران فقط می‌توانند به خاطر برخی مصالح یک سری آثار را ندیده انگارند.

با توجه به این که در هیچ یک از متون قرآنی و روایی، مفهوم خاصی از نسب ارائه نشده است شاید بتوان گفت که مقنن در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی نموده و همان معنایی که عرف از نسب به دست می‌دهد را شناسایی نموده است؛ زیرا اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی نسب در نظر داشت، منطق تقنین اقتضا می‌نمود که معنی مورد نظر خویش را بیان نماید تا تأخیر بیان از زمان احتیاج، لازم نیاید و به اصلاح اصولی در مورد عنوان حقیقت شرعیه یا قانونی وجود ندارد. بر این مطلب فقیهان اسلامی تصریح می‌کنند که در مسأله نسب از سوی شارع و قانون‌گذار اسلام، تأسیس جدید ایجاد نشده و همان مفهوم متمرکز عرفی تأیید شده است. در این باره به تعبیر برخی از فقها اشاره می‌کنیم:

«نسب عرفی ملاک و معیار ترتب احکام شرعی است و برای نسب اصلاً حقیقت شرعی وجود ندارد و اصل هم عدم نقل مفهوم نسب عرفی به مفهوم شرعی آن است»^۱ ویا. «اگر نسب حقیقت شرعی می‌داشت صحیح بود (نفی احکام نسب از ولد زنا)، لکن وجود حقیقت شرعی برای نسب ثابت نشده، بلکه به عکس عدم آن ثابت شده است. بنابراین نسب، مثل سایر عناوین بر همان مفهوم و برداشت عرفی مترتب می‌شود»^۲ لذا از آن جا که قانون‌گذار در تبیین ماهیت نسب از عرف تبعیت کرده است، لازم است ابتدائاً معنای عرفی نسب معلوم گردد، سپس به تصرفاتی که شارع در این معنای عرفی به عمل آورده است، بپردازیم:

بنابر عرف، تکون یک انسان از اسپرم مرد و تخمک زن، منشأ اعتبار رابطه نسبی است؛ به عبارت دیگر عرف پس از پیدایش طبیعی طفل از والدین خویش، یک امر اعتباری و قراردادی بین طفل و والدین او برقرار می‌نماید که آن را نسب می‌نامد و بر این رابطه اعتباری نیز آثاری را مترتب می‌کند.

مقصود از اعتباری بودن نسب این نیست که نسب هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن صرفاً در اختیار اعتبارکنندگان است، بلکه نسب از اعتباریات نفس الامری است، به عبارت روشن‌تر، عقلاً و قانون‌گذار در مقابل این منشأ اعتبار (تولد)، ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند. قرآن کریم نیز به این امر

۱ نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱۶، قم: انتشارات آیت‌الله مرعشی، ۱۴۰۵. ه. ق. صص ۲۲۱ و ۲۲۲

۲ روحانی، سید محمد، فقه الصادق فی شرح التبصره، ج ۲۱، قم: انتشارات مهراستوار، بی تا، ص ۲۲۱

اشاره می‌کند: «و هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا...» (واوست کسی که از آب بشری آفرید و او را «دارای خویشاوندی» نسبی و داماد قرارداد...)^۱.

دراین آیه از تفریع جعل بر «خلق من الماء بشرا» استفاده می‌شود که همان بشر خلق شده از آب، دارای نسب است و نسب وی اعتبار و حالت تغییر یافته از آب «نطفه» است و از غیر آن نشأت نمی‌گیرد، بلکه به لحاظ منشأ خلقت بشر، نسب اعتبار و تفریع می‌شود از این رو اعتبار و قراردادهای غیر واقعی درباره آن غیر مشروع و بی‌اثر است، چنان‌که در آیه زیر این معنا به صراحت بیان شده است:

«... وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ... ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا»^۲ (و پسرخواندگانتان را پسران (واقعی) شما قرار نداده است. این گفتار شما به زبان شما است، ولی خدا حقیقت را می‌گوید و اوست که به راه راست هدایت می‌کند. آنان را به نام پدرانشان بخوانید... و اگر پدرانشان را نمی‌شناسید، پس برادران دینی و موالی شمایند و در آنچه اشتباهاً مرتکب آن شدید بر شما گناهی نیست، ولی در آنچه دل‌هایتان عمد داشته است «مسئول هستید»...)

به هرحال با توجه به توضیحات فوق می‌توان در تعریف نسب گفت:

«نسب عرفاً و لغتاً رابطه‌ای است اعتباری که ازپیدایش یک انسان از نطفه انسان دیگر انتزاع می‌شود»^۳.

با توجه به همین مطلب است که برخی از حقوق‌دانان در تعریف نسب دقت به عمل آورده و نسب خاص را از قرابت نسبی یا نسب عام تفکیک نموده و هر یک را علی‌حدّه تعریف نموده‌اند:

نسب عام یا قرابت نسبی عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود بین دو نفر که در اثر تولد یکی از آنها از دیگری یا تولد هر دو از شخص ثالث به وجود آمده است.

و نسب به معنای خاص عبارت است از علاقه و رابطه خونی و حقوقی بین دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا صلب دیگری به وجود آمده است^۴ منظور ما از نسب در این بحث رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی است که می‌توان آن را تحت عنوان نسب پدری و نسب مادری قرار داد.

۱ فرقان، آیه ۵۴.

۲ رضایا معلم، رضا، وضعیت حقوقی کودک ناشی از انتقال جنین، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق مجموعه مقالات. تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۰، ص ۳۲۲

۳ احزاب، آیات ۴ و ۵

۴ علوی قزوینی، سید علی، آثار حقوقی تلخیص مصنوعی انسان، پیشین، ص ۱۹۲

۵. همان، ص ۴۵

۱-۱۱-۲- ماهیت نسب

عنوان نسب از مفاهیمی است که به رابطه طبیعی بین دو انسان (فرزند و پدر/ مادر) مربوط می‌شود و در روایات دارای احکام گسترده ای است. با وجود این، تعریف دقیقی از آن ارائه نشده است، هم‌چنان که در باب اول از کتاب هشتم قانون مدنی ایران، که به احکام نسب اختصاص دارد، تعریفی از نسب دیده نمی‌شود. بنابراین به منظور دستیابی به تعریف جامعی از ماهیت نسب، لازم است به مفهوم لغوی و عرفی و هم‌چنین تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها و حقوق‌دانان ارائه شده است پرداخته، سپس چگونگی انتساب طفل را به والدین را در نسب پدری و مادری به طور جداگانه پی می‌گیریم و در پایان در گفتار دیگری شرایط قانون‌گذار اسلام را برای پذیرش این مفهوم بیان کنیم.

۱-۱۱-۳- اقسام نسب

قانون مدنی ما در بسیاری از موارد برگرفته و مقتبس از فقه امامیه است علی‌الخصوص در مسایل خانوادگی، لذا در این گفتار برآنیم که قانون ایران و فقه را تفکیک ننموده و هر کجا که تفاوت یا تضادی بین قانون ایران و فقه امامیه باشد ما بین مطالب بیان داریم تا مطالب تکرار نگردد و موجب اطاله بیهوده مطالب نگردد. به نظر نگارنده از مواد^۱، استنباط می‌شود که نسب در قانون مدنی ناشی از روابط جنسی بین زن و مرد می‌باشد خواه این رابطه مشروع باشد یا نامشروع، خواه ناشی از وطی به شبهه.

با پیشرفت تکنولوژی جدید تولید مثل زوجینی که از وجود فرزند محروم و نازا بوده اند با تدوین قوانین جدید از قبیل قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور که در مورخه ۸۲/۴/۲۹ در مجلس شورای اسلامی تصویب گردید و در تاریخ ۸/۵/۸۲ در مجلس شورای نگهبان مورد تایید قرار گرفت دارای فرزند شده و تردید اساسی پیرامون نسب ناشی از روابط غیر جنسی زوجین را تا حدودی نه به طور کامل برطرف ساخت که در آینده به آن می‌پردازیم.

^۱ ۱۱۶۷، ۱۱۶۵، ۱۱۵۸

فصل دوم:

طرق اثبات نسب در فقه و حقوق

بخش اول اثبات نسب در فقه

۲-۱- نقش شیعیان فقه امامیه در علم انساب

نسب در سنت معصومان (ع) درباره انساب دو دسته روایات از حضرات معصومین نقل شده است. در یک دسته، نسب، بی ارزش یا چندان اعتنایی به آن نشده است. به عنوان نمونه روایت شده که پیامبر (ص) فرمود: «نسب، عالمش را سودی ندهد و جاهلش را زیانی نرساند».^۱ البته برخی از اهل سنت نسبت این حدیث به آن حضرت را انکار و آن را جعلی^۲ و استدلال کنندگان به چنین حدیثی را برای بی اعتبار کردن دانش نسب شناسی و بی انصافی در مورد این علم دانسته اند. نیز از رسول خدا روایت شده که فرمود: «... لیس لعربی و عجمی فضل الا بالتقوی؛ عرب و عجم را جز به تقوی فضلی نیست».^۳ «ایتونی

۱ کلینی، الکافی؛ ج ۱، به کوشش علی اکبر غفاری، سوم، بیروت، دارالتعارف، ۱۴۰۱ق، ص ۳۷.

۲ ابن حزم، جمهره انساب العرب، پیشین، ص ۳.

بأعمالكم لا بأحسابكم و أنسابكم» من ابطا عمله لم يسرع به نسبه؛ هر که عملش او را پس برد، نسبش او را پیش نیاورد».

در مقابل، دسته ای دیگر از روایات بر نافع و ارزشمند بودن دانش نسب تأکید دارد از این رو که: شناخت دقیق احکام ارث، مبتنی بر نسب است. نیز ازدواج و احکام متفرع بر آن، صله ارحام و خمس، نافع بودن این علم را توجیه پذیر می کند.

بی تردید علم انتساب، مبنای شرعی، عرفی و اجتماعی بعضی از مسائل مهم است، لذا از پیامبر گرامی اسلام (ص) و ائمه اطهار(ع) روایات متعدد و توصیه هایی در مورد اهمیت پرداختن به علم نسب شناسی نقل شده است. به عنوان نمونه از پیامبر روایت شده که فرمود: «تعلموا من أنسابكم ما تصلون أرحامكم»^۱ آن حضرت در این روایت به فراگیری نسب شناسی به مقدار ضرورت تأکید فرموده است که نسب خود را به مقداری که بتوانید با آن صله ارحام کنید. همچنین پیامبر(ص) در روایت دیگری، بر لزوم فراگیری نسب شناسی، سفارش و صله رحم را مبتنی بر یادگیری این علم دانسته و فرموده است: «صله رحم مایه محبت در خانوان ها، افزایش و موجب طول عمر می شود» به نقل شیخ طوسی، امام رضا(ع) از پدران معصوم خود را رسول خدا روایت نموده که فرمود: «کل نسب و سبب منقطع يوم القيامة الانسبی و سببی»^۲ برخی «حسبی و نسبی» را به جای نسبی و سببی ضبط کرده و مقصود از حسب را شریعت و مراد از نسب را ذریه پیامبر دانسته اند.^۳ چنان که ما روز به روز، نسل مبارک آن حضرت را فراوان تر و مقصود خداوند از آیه: «انا اعطیناک الکوثر» بهتر درک می کنیم.

مفسران شیعی این آیه را سند افتخار سادات و کوثر را بر ذریه رسول خدا تطبیق کرده اند که آنان به رغم کشتار فراوان، نسلشان پایدار است. و این در حالی است که نامی از دشمنان اهل بیت (ع) همانند امویان باقی نمانده است.^۴ روایات یاد شده و برخی موارد دیگر، نیز پیدایش نهاد نقابت، بعضی عالمان شیعه را به روی آوردن به دانش نسب شناسی شیعیان تشویق کرد.

۲-۲- معیار تشخیص نسب مشروع در فقه

آیا طفل که از نظر لغوی و عرفی فرزند نامیده می شود، در شرع هم تا زمانی که ناشی از زنا نباشد، این وصف را دارا است یا این که نسب مشروع نیاز به علت مشروع دارد و آنچه ناشی از نکاح درست یا نزدیکی به شبهه نباشد، نامشروع است؟

۱ ابن عبد ربه، عقد الفرید، ج ۵، به کوشش ابراهیم الایاری و عمر تدری، بیروت، دارالکتاب العربی، بی جا ص ۲۸۰.

۲ همان ص ۲۸۰.

۳ بیهقی، لباب الانساب، ج ۱، پیشین، ص ۱۸۶.

۴ بنگرید: علوی، المجدی، تحقیق احمد مهدوی دامغانی، قم، مکتبه آیه الله المرعشی النجفی العامه، ۱۴۰۹ ق. ص ۸۸.

از گفتار و سخنان فقها اسلامی^۱ در باب نسب فهمیده می‌شود قانون‌گذار اسلام در مسأله نسب حقیقت و تأسیس متفاوت از تأسیس عرفی ایجاد نکرده و تنها در ولدالزنا به دلیل مصالحی و براساس ادله‌ای خاص در نسب ناشی از آن یا در بعضی از احکام مترتب بر آن تصرف نموده است. بنابراین، مطابق معیارها و قواعد اصولی، در غیر مورد خاص «زنا» بایستی به عام رجوع شود. عام در فرض بحث مشروعیت نسب لغوی و عرفی است. دلیل ما بر این که قانون‌گذار اسلام، منحصرأ و تنها برخی احکام و آثار نسب ناشی از زنا را استثناء کرده و آن را غیر مشروع تلقی کرده است، اجماع، روایات و اخبار رسیده از پیغمبر(ص) و ائمه اطهار(ع) و سخنان فقها است که ذکر خواهد شد. عده‌ای از فقها و حقوق‌دانان با این استدلال که نزدیکی حرام از دو جزء تشکیل شده است:

(۱) ادخال آلت مردانه

(۲) ریختن منی در رحم

عقیده دارند که هر یک از این دو عمل حرام مستقلی است که گاهی با هم رخ می‌دهند. لذا هیأت اجتماعی متشکل از ادخال آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، بلکه معیار، ریختن منی در رحم از روی آگاهی و عمد است و انصراف اطلاق ادله نفی نسب ناشی از زنا، به ریختن منی به صورت نزدیکی حرام، از آنجا که چنین انصرافی ناشی از غلبه وجود است مضر به اطلاق نیست، هم‌چنین فرد نادر که ریختن منی به رحم زن بدون نزدیکی می‌باشد از جهت حکم مشکوک نمی‌باشد، تا مانع اطلاق شود. بنابراین به هر طریق حرام، منی مرد بیگانه به رحم زن بیگانه رسانده شود حرام و مانع الحاق فرزند به والدین طبیعی‌اش خواهد شد و مقصود از زنا در مسأله نسب اعم از «ادخال آلت مردانه به همراه ریختن منی در رحم» است و مواردی از قبیل تفخیز مرد با زن بیگانه، سپس انزال منی و جذب آن توسط رحم، افراغ منی به رحم زن بیگانه، تلقیح اسپرم مرد بیگانه به تخمک زن بیگانه و... را شامل می‌شود^۲

مؤیداتی را بر این نظریه هم ذکر کرده اند:

در این زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب و این‌که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی بیان نشده، از حرمت زنا نفی نسب را استفاده نموده‌اند.^۳ و حکم این مسأله را به سایر تماس‌های جنسی مرد و زن بیگانه که حرام ذاتی است تسری داده و از حرمت آن انتفاع نسب را استفاده نموده و همه تماس‌های نامشروع را در حکم زنا می‌شمرند؛ ضعف و سستی این مطلب در صفحات قبلی

۱ حلی، محمد بن حسن فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۳، قم: انتشارات علمیه، ۱۳۸۷، ص ۴۲

۲ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، پیشین، ص ۲۸

۳ همان، ص ۲۸

روشن شد. مشهور فقها در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره با انتساب طفل به او مخالفت کرده‌اند و حکم زنا را درباره وی جاری ساخته‌اند چرا که دختر باکره کارش نامشروع می‌باشد. اما در مورد الحاق فرزند به شوهر از روایات نقل شده در مسأله مساحقه زن شوهردار با دختر باکره استفاده می‌شود که چون شوهر با زن خود نزدیکی کرده، هیچ اراده و اختیاری در انتقال نطفه به دیگری نداشته، لذا فرزند به او ملحق شده است.^۱

در برابر نظریه یاد شده، برخی از فقها می‌گویند: با امعان نظر در روایات نتیجه می‌شود که عنوان زنا، از مفاهیم و موضوعات عرفی است که در مورد آن حقیقت شرعی ثابت نشده است.

معنای عرفی‌ای که در کتاب حدود در مسأله حد زنا، مفهوم زنا براساس آن تقریر شده است و در آن دخول آلت مردانه رکن اساسی و ضروری قید شده است و ظاهر عنوان «زنا» در کلمات فقها (لایثبت النسب بالزنا) نشان از همین معنای عرفی دارد. در واقع فقها در مسأله نسب ناشی از زنا، علاوه بر این که اصطلاح جدیدی، غیر آنچه در کتاب حدود گفته‌اند ندارند، بلکه تصریح کرده‌اند که مرادشان از زنا، مقاربت با شرایط خاص آن در حدود مورد نظر است، چنان که در مسأله نسب ناشی از زنا می‌گویند: «و هو وطء المكلف محرمة بالأصالة مع العلم بالتحری» متعاریفی مشابه این تعریف از جانب فقهای دیگر در همین موضوع ذکر شده است.

بنابراین در پاسخ به این سخن که هیأت اجتماعی متشکل از دخول آلت و ریختن منی در رحم، تأثیری در عدم مشروعیت فرزند ندارد و شرط نیست، می‌توان گفت: وقتی شارع در مقام بیان حکمی باشد بیانگر این است که آن هیأت اجتماعی باتمام حدود و قیودش موضوعیت داشته و در صورت تحقق هر یک از اجزای آن، اگرچه خود به تنهایی دارای اثر می‌باشند، اما اثر موضوع ترکیبی را ندارند بنابراین تردیدی نیست که به سایر تماس‌های جنسی عنوان زنا اطلاق نمی‌شود.^۲ اگرچه در حرمت و قبح ذاتی آن‌ها شکی نیست، ولی هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود. شاید این توهّم از نظر شرعی به میان آید که این موارد هر چند زنا نیستند، لکن فاقد نسب می‌باشند. چرا که از عبارت فقها که گفته‌اند: «نسب با نکاح صحیح و با شبهه ثابت می‌شود» مستفاد می‌گردد که هر چیز که نکاح و یا شبهه نباشد، با آن نسب ثابت نمی‌شود هر چند زنا هم نباشد، چرا که اگر تمام فرزندان طبعی، جز کودک ناشی از زنا، به پدر و مادر خود منسوب شوند، کافی بود تنها این استثنا بیان شود و نیازی به این تقسیمات نبود. بنابراین، همان گونه که بیان شده: نسب علت مشروع و قطعی می‌خواهد.^۳ در پاسخ این استدلال گفته شده: این تقسیم ناشی از

۱ همان، ص ۳۰

۲ البته در حدیثی از امام صادق (ع) بر نگاه و بوسیدن و لمس حرام، زنا اطلاق شده است. این اطلاق اولاً مجازی است و ثانیاً از حیث جرم و گناه است، نه این که در الحاق ولد و مسأله نسب مؤثر باشد.

۳ حلی، محمد بن حسن (فخرالمحققین)، ایضاح الفوائد، ج ۲، پیشین، ص ۵۲۶

چگونگی ارتباط جنسی مرد و زن در آن اعصار بوده و در نتیجه، نظرشان تنها به ثبوت نسب از جهت و طی بوده است و سایر نسب‌ها را لحاظ نکرده‌اند چنان‌که بعضی از فقها می‌فرمایند: «...المراء هنا ثبوت النسب من حیث الوطی» مراد ما از تقسیم نسب به سه قسم صحیح، شبهه، زنا، تنها ثبوت نسب از طریق وطی بوده است» تا به این اشکال «قد یشکل اولاً بخروج المکره... و ثانیاً بخروج التکون من مائه بمساحقه او غیرها مما هو ملحق به شرعاً» پاسخ دهند. پس از عبارت فوق حصر استفاده نمی‌شود و اگر حصر هم باشد حصر اضافی است نه حقیقی یعنی در میان سه رابطه «نکاح، شبهه و زنا» نسب تنها با نکاح و یا شبهه ثابت می‌شود و از این استفاده نمی‌شود که نسب با تلقیح مصنوعی یا حالت مادر جانشین یا حالت اهداء جنین ثابت نمی‌شود. نتیجتاً اینکه مفهوم زنا در مسأله نسب همان مفهوم زنا در باب حدود است که یکی از رکن‌های ضروری آن ادخال است و شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده است و آن را معتبر ندانسته است و در بقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد. البته این‌که در باب نسب قانون‌گذار اسلام چرا فقط نسب ناشی از زنا را منفی دانسته است، بر اساس روایات و اخبار رسیده از پیغمبر (ص) و ائمه اطهار (ع) و سخنان فقها و اجماع می‌باشد که در مبحث بعدی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۳- تلازم یا عدم تلازم بین نامشروع بودن طفل و تحقق نسب

به طور کلی رابطه بین زن و مرد که سبب تکون کودک می‌گردد بر سه قسم است:

۱. رابطه مشروع

۲. رابطه نامشروع

۳. رابطه‌ای که از حیث مشروع یا نامشروع بودن مورد اختلاف است.

رابطه زوجیت بین زن و مرد یا اعتقاد به چنین رابطه‌ای (شبهه)، رابطه را مشروع می‌گرداند و کودکانی که از این رابطه بوجود می‌آید کودکان مشروع هستند. «النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه» رابطه زنا و رابطه‌ای که در آن زنا نیست لکن در اثر تماس زن و مرد نامحرم، زن حامله شود و کودکی به دنیا بیاید مانند تفخیز، رابطه غیر مشروع است. کودکانی که از رابطه غیر مشروع به وجود می‌آیند، کودکانی نامشروع هستند.^۱

سؤال اصلی در این قسمت این است که آیا نامشروع بودن کودک ملازمه با عدم تحقق نسب دارد؟ در مبحث پیشین مشخص گردید که شارع اسلام تنها در نسب ناشی از زنا تصرف کرده و آن را معتبر ندانسته و در بقیه موارد نمی‌توان حکم زنا را به آن سرایت داد در این مبحث پا را فراتر نهاده و به بررسی وجود یا عدم وجود نسب کودک متولد از زنا که در مورد آن ادعای تحقق نسب شده است،

۱ قبله‌ای، خلیل، بررسی احکام فقهی و حقوقی کودکان نامشروع، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضائی و خدمات اداری، شماره ۱۴-

می‌پردازیم. چرا که در صورت اثبات چنین ادعایی این نتیجه مهم مستفاد می‌گردد که نامشروع بودن حمل، ملازمه با عدم تحقق نسب ندارد. البته این بحث فقهی از نظر حقوق کنونی ایران با توجه به ماده ۱۱۶۷ ق. م که مقرر می‌دارد: «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود»، کاربرد نداشته و قابل اعتناء نیست. از تتبع در منابع فقهی و اقوال فقها فهمیده می‌شود که در فقه در مورد نسب کودک ناشی از زنا اختلاف نظر است و به طور کلی درباره ولد الزنا دو نظریه وجود دارد:

۱- ولد الزنا به زانی و زانیه ملحق می‌شود و تنها ارث به حکم نص خاص استثنا شده است^۱ و در بقیه احکام، نسب بین آن‌ها محفوظ است. چنانچه بعضی از فقها فرموده‌اند: ولد الزنا از جبهه ارث نمیرد و لکن قضای نمازهای فوت شده پدر بر او واجب می‌شود چرا که او فرزند شرعی و عرفی و لغوی آن شخص محسوب می‌شود

۲- نسب ناشی از زنا مطلقاً پذیرفته نیست و تنها حکم تحریم نکاح با استناد به اجماع و صدق ولد از حیث لغت به عنوان استثناء بر آن مترتب می‌شود.

استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعات است: «نسب حاصل از زنا ثابت نمی‌شود. دلیل بر آن، اجماع منقول و محصل است، بلکه ممکن است ادعای ضروری بودن بر آن گردد، تا چه رسد از ادعای معلولیت آن از نصوص یا تواتر روایات در این مسأله» شایان ذکر است که همه کسانی که قائل بر این نظریه هستند، حکم تحریم نکاح را استثناء نموده و گفته‌اند: ولد الزنا از حیث لغت منسوب به زانی و زانیه است و کسی حق ندارد با فرزند خود ازدواج کند. حکم تحریم نکاح در این حالت که نظر مشهور فقها می‌باشد، تنها دلیلش اجماع و احتیاط است^۲ که این اجماع از جانب برخی فقها مورد اشکال قرار گرفته است. بعضی از فقها به دلیل این اشکالات، برای اثبات تحریم نکاح زانی با دختر زانی‌اش استدلال می‌کند: «بل يظهر من النصوص ان التحريم ذاتي لا مدخله للنسب الشرعي فيه» از روایات ظاهر می‌گردد که تحریم نکاح ذاتی است و در آن، نسب شرعی هیچ‌گونه تأثیر و دخالتی ندارد.

سؤال اصلی که در این قسمت مطرح است این‌که اگر ولد الزنا بر حسب لغت به زانی ملحق می‌شود «لانه مخلوق من مائه» چه دلیلی وجود دارد که او بر حسب شرع، نسب نداشته باشد و بر زانی ملحق نشود؟ برخی از فقها با این استدلال که ولد حقیقت شرعیه ندارد و هرچه از عرف و لغت درباره ولد فهمیده می‌شود به لسان شارع نیز همان مراد است، ولد الزنا را لغتاً، عرفاً و شرعاً ولد می‌دانند، زیرا جریان دو اصل معتبر «اصاله عدم النقل در الفاظ» و «عدم ثبوت حقیقت شرعیه» مخصوصاً در ولد ایجاب می‌کند که نسب در زنا نیز ثابت شود. به نظر می‌رسد با این استدلال نمی‌توان به وجود نسب در ولد الزنا حکم داد و پذیرش و

۱ ایروانی و خلخالی، سید محمد، مباحث فقهی محقق خوئی (ره)، احکام الرضاع فی فقه الشیعه، قم: المنیر، ۱۴۱۷، ص ۷۷

۲ حر عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشیعه، ج ۷، قم: موسسه آل البيت، ص ۲۲۱

عدم پذیرش نسب ناشی از زنا بستگی به قوت دلیلی دارد که مشهور فقها در حکم به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه آن استفاده کرده‌اند با این مقدمه مطالب این قسمت از نوشتار به نقد و بررسی دلایل مورد استناد مشهور فقها در زمینه نسب ناشی از زنا اختصاص می‌یابد لکن قبل از بررسی دلایل مذکور به صحت و سقم استدلال فوق‌الذکر از جانب طرفداران ثبوت نسب در ولد الزنا شده است، می‌پردازیم. نظر به این‌که عدم انتساب ولد الزنا به پدر و مادر خود در شرع به این معنا نیست که شارع اصطلاح خاصی را وضع کرده است، بلکه در شرع «ولد» همان معنای لغوی و عرفی را دارد و اختلاف در مصداق است؛ یعنی شرع همان کودک متولد از زنا را نیز مانند عرف «ولد» زانی و زانیه می‌داند لیکن آثار شرعی را بر این مصداق بار نمی‌کند. به این ترتیب تصرف شارع اسلام در نسب ناشی از زنا سبب نمی‌شود که در مفهوم نسب تصرف کرده باشد بلکه این مصداق را نپذیرفته است. فلذا این اشکال از جانب برخی‌ها که عدم انتساب ولد الزنا به پدر و مادر با پذیرش مفهوم عرفی برای نسب در لسان شارع تعارض دارد، صحیح نمی‌باشد، تا بخواهیم برای رفع این ایراد، ولد الزنا را به والدین خود منتسب بدانیم. گفته شد که استدلال فقهای که قائل به عدم الحاق طفل به زانی و زانیه هستند، مستند به روایات و اجماعاتی است. صاحب جواهر (ره) برای اثبات این نظریه به اجماع منقول و محصل استناد می‌کنند. افزون بر اجماع، به روایات معتبری نیز استناد کرده‌اند که ذکر می‌شود:

۱- صحیح حلبی از امام صادق (ع) قال: «ایما رجل وقع علی ولیده قوم حراما ثم اشتراها فادعی ولدها فانه لایورث منه شی، فان رسول الله (ص) قال: الولد للفراش و للعاهر الحجر و لایورث ولد الزنا الارجل یدعی ابی ولیده»^۱

«چه بسا مردی با کنیز قومی از راه حرام نزدیکی کرده و سپس او را خریده است و ادعا می‌کند فرزند آن کنیز از آن او است (و حال آن‌که) از او چیزی ارث نمی‌برد؛ زیرا رسول خدا (ص) فرموده‌اند: فرزند به فراش اختصاص دارد و برای زناکار محرومیت است...»

۲. روایت محمد بن اشعری، قال: «کتب بعض أصحابنا الی ابی جعفر الثانی (ع) معی یسأله عن رجل فجر بامرأه ثم انه تزوجها بعد الحمل فجاءت بولد هو أشبه خلق الله به فکتب بخطه و خاتمه: الولد لغیه لایورث»^۲

«با جمعی از دوستان به امام جواد (ع) نامه‌ای نوشتیم و از او سؤال کردیم که مردی با زنی زنا کرده و پس از باردار شدن با او ازدواج می‌کند و زن فرزند می‌آورد که از همه مردم به آن مرد شبیه‌تر است. امام (ع) با خط و مهر خود در جواب نوشت: کسی از زنا زاده ارث نمی‌برد.»

۱ همان، صص ۱۴ و ۵۸۳

۲ حرّ عاملی، محمد حسن، وسائل الشیعه، ابواب النکاح المحرم، پیشین، صص ۱۴ و ۵۶۸

در نهایت حدیث سومی که بر آن استناد می‌کند، حدیث فراش است که روایات منقول از طرق شیعه و اهل سنت بر اعتبار و حجیت آن دلالت دارد.

وجه استدلال مشهور فقها به این روایات در این است که نفی ارث بین زانی و زانیه و فرزند زانی از آن دو، در این احادیث نشان دهنده این است که بین آن‌ها هیچ‌گونه نسب شرعی وجود ندارد. تعبیر فقها در مورد فرزند زانی که می‌گویند: اصل نسب منتفی است یا می‌گویند: نسب منتفی است، مؤید این ادعا است. در مورد اجماع، به اجماع محصل و منقول استناد می‌شود. بدیهی است که اجماع محصل مذکور نسبت به ما، اجماع منقول است بنابراین ما اجماع محصل نداریم اجماعی که در این مورد ادعا شده است از چند جهت قابل مناقشه است: اولاً اجماع مصطلح نیست؛ زیرا مدرک اجماع‌کنندگان معلوم یا حداقل محتمل است و آن حدیث فراش است. چنین اجماعی از درجه اعتبار ساقط است. ثانیاً اجماع خواه محصل باشد و خواه منقول، هنگامی حجت است که کاشف از قول معصوم باشد و گرنه خود اجماع قطع نظر از کاشفیت اعتباری ندارد و احراز کشف برای ما امکان‌پذیر نیست. در مورد روایات: در روایت نخست، کلام امام (ع) و حدیث نبوی هیچ‌گونه دلالتی بر نفی نسب ولد زنا از زانی نمی‌کند؛ زیرا استناد امام (ع) به حدیث نبوی بیانگر این است که اگر فراشی محقق گردد و از این طریق فرزندی به دنیا آید، ولی در نسب وی شک گردد، طبق حدیث فراش فرزند به زوج ملحق می‌شود.

بنابراین اگر در مواردی فراش تحقق پیدا نکرده و از سوی دیگر، دانسته شود که فرزند از منی زانی است، حدیث و قاعده فراش مؤثر نیستند کلام امام هم در مورد ارث نبردن فرزند زانی از والدین به عکس است و به نسب ارتباطی ندارد؛ زیرا شاید نفی^۱ ارث از ولد الزنا، دلایل دیگری باشد، نه این که نشان دهنده انتفای نسب وی باشد. ثانیاً بین توارث و عدم نسب تلازم نیست.

در خصوص روایت دوم دو قرائت ذیل از جانب فقها شده است:

۱. واژه «غی» در لغت به معنی گمراهی است و در حدیث بالا کنایه از زنا است و «لام» برای بیان علت می‌باشد.^۲

۲. در این روایت، از فرزندی که از منی زانی خلق شده، تعبیر به «لغیه» شده است. لغیه، ظاهرش باطل بوده و محرومیت است؛ در هر صورت این لغیه و محرومیت فرزند زانی از جهت ارث است، نه این که مطلقاً در مورد نسب یا نکاح با محارم و... لغیه و محروم باشد.

۱ بحرانی، یوسف، الحقائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، ج ۲۱، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴، صص ۲۱۷ و ۲۱۸

۲ حرم پناهی، محسن. تلقیح مصنوعی، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق. مجموعه مقالات، تهران: سمت و پژوهشکده ابن سینا. ۱۳۸۰، ص ۱۱۰

حدیث «الولد للفراش و للعاهر الحجر» نیز از حیث دلالت مورد مناقشه قرار گرفته است؛ زیرا حدیث در موردی کاربرد دارد که ولد مردد باشد میان دو نفر که یکی فراش و دیگری زنا است. در این صورت که ممکن است ولد به هر یک از آن‌ها ملحق شود، با این حدیث، جانب فراش تقویت شده است؛ پس در مواردی که یقیناً فراشی محقق نیست، مانند زنا با زنی که شوهرش از او دور است و ولد بر او ملحق نمی‌شود نمی‌توان گفت الولد للفراش، به عبارت دیگر موضوع این حدیث، زن شوهرداری است که در خلال دوره زناشویی و آمیزش جنسی با شوهر خود، دچار انحراف عمدی یا غیر عمدی جنسی شده، باردار می‌شود. حال برای شوهر وی این سؤال مطرح می‌شود که بارداری همسرش ناشی از آمیزش جنسی خود او است یا نتیجه ارتباطات نامشروع وی با مرد یا مردان دیگر؟ بعضی از فقها در این خصوص می‌فرمایند:

«و اما ما ورد من أن الولد للفراش و للعاهر الحجر فهو حكم ظاهري في مقام تردد الولد بين كونه ولدا لمن يجوز له نكاح المرأة و كونه ولد الزاني و ليس في مقام بيان حكم واقعي» یعنی حدیث فراش در موارد مشکوک جریان دارد، در جاهایی که معلوم نباشد کودک از چه کسی بوجود آمده است، از زانی یا صاحب فراش و شارع در مقام بیان حکم واقعی نیست. که در مورد این قاعده در بخش‌های بعدی به تفصیل سخن خواهیم گفت. نتیجتاً اینکه از آن‌چه تاکنون گفته شد این نتیجه به دست می‌آید: شارع مقدس نسب را از زنا نفی نکرده و هیچ نصی وارد نشده است که ولد الزنا ولد نیست. تنها ارث نفی شده است، پس همه احکام نسب در باب زنا نیز مترتب می‌شود غیر از ارث. از تعبیر فقها نیز چنین استفاده می‌شود:

۱. «و لا يرثه ابواه»^۱

۲. «ولد الزنا يرثه ولده و زوجته لا أبواه»^۲.

۳. «ولد الزنا لا يرث من والده الزاني و لا من اقرباء والده»^۳

۴. «الرابع (من موانع الارث) التولد من الزنا» مانع از ارث به این معنی است که در ولد الزنا مقتضی توارث (نسب) وجود دارد، ولی زنا مانع از تأثیر آن است؛ چنان‌که در قتل و کفر چنین است؛ یعنی در قاتل و کافر نسب موجود است ولی قتل و کفر مانع از ارث است.

مطلب دیگر این که از آن‌جا که طفل ناشی از ارتباط جنسی است که نفس تحقق چنین ارتباط جنسی (لقاح اسپرم و تخمک) برای الحاق او به پدر و مادر خود کافی است فلذا اگر کودکی در نتیجه ارتباط جنسی حرام به دنیا بیاید، هرچند که فاقد احترام است و مشروع نیست لکن بدان معنا نیست، که کودک متولد شده از رابطه نامشروع فاقد پدر و مادر باشد. چرا که طبیعتاً چنین امری، تکوینی است و از دایره

۱ طوسی، محمد بن حسن، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی، قم: انتشارات قدس محمدی، بی تا، ص ۲۸۱

۲ مکی عاملی، محمد، اللمعة الدمشقية، قم: دار الفکر، ۱۴۱۱، ص ۲۳۸

۳ نراقی، احمد، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، پیشین، ص ۷۶۳

اعتبار خارج بوده و قابل رفع شرعی نخواهد بود و چنین فرزندى از حق پدرى و مادرى که به نظر مى‌رسد از حقوق طبیعى است نه تحقیقى^۱ برخوردار خواهد بود هر چند که قانون‌گذار مى‌تواند برخى از آثار چنین رابطه تکوینى را نادیده بگیرد.

۲-۴- حجیت معاینات و تحقیق محلی از منظر قانون و فقه

معاینات و تحقیق محلی و معاینات فنی در قانون مدنى از ادله اثبات به حساب نیامده است. معاینات محلی عبارت است از: دیدن محل و مشاهده وضعیت و قرائن موجود به وسیله دادگاه که در کشف قرائن و امارات و ملا در اثبات یا نفی دعوى موثر است.

مثلاً در مورد دعوى دیوار مشترک مى‌توان با معاینه محلی قرائن و اماراتى از قبیل: ترسیف یا وضع سرتیر را مشاهده نمود و به وسیله آن دلیل دعوى را کشف نمود و در مقابل ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنى مى‌گوید: تحقیقاتى که دادگاه برای کشف امرى در خلال دادرسی لازم بداند از معاینه محل و تحقیق از گواها و مسجلین اسناد و ملاحظه پرونده مربوط به دادرسی و امثال اینها تحصیل دلیل نیست که این ماده معاینات و تحقیقات انجام شده توسط دادگاه را تحصیل دلیل ندانسته با این که در مثال فوق دستور دادگاه وجدانا تحصیل دلیل مى‌باشد.

۲-۴-۱- مفهوم تحقیق محلی

از دیگر طرق اثبات نسب تحقیقات محلی می‌باشد. تحقیقات محلی عبارت است از: اطلاعات اهل محل در مورد دعوى و این امر محدود به مواردی است که مطابق قانون، بدان استناد شده، ماده ۴۲۶ قانون آیین دادرسی مدنى مى‌گوید: در مواردی که مطابق قانون به گواهی گواها مى‌توان استناد نمود هر گاه یک طرف یا طرفین به اطلاع اهل محل متمسک شوند.

اگرچه به طور کلی ذکر کنند واسامی مطلعین را نبرند، دادگاه تحقیق محلی مى‌نماید. با ملاحظه مجموع مواد مربوط به شهادت و تحقیق محلی چنین به نظر مى‌رسد که تحقیق محلی و اطلاع مطلعین، غیر از شهادت مى‌باشد چون شهادت شرایط ویژه دارد که در تحقیق محلی رعایت آن لازم نیست^۲.

۱ جعفرى لنگردى، محمد جعفر، ترمینولوژى حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴، ص ۲۱۶

۲ بجنوردی، میرزا محمد حسن، القواعد الفقهیه ج ۲، پیشین، ص ۲۰۱

مثلا شرایط مربوط به شخص شاهد از قبیل : وثاقت یا عدالت و رابطه وی با صاحب دعوی و مجازاتها تعیینی در صورتی که بر خلاف واقع شهادت دهد و همچنین شرایط مربوط به اصل شهادت از قبیل آن که شهادت باید مستند به حس باشد.^۱

و این که اگر شهادت در محدوده قانونی خود مورد جرح قرار نگیرد، دادگاه موظف است آن را مورد استناد قرار داده و بر طبق آن حکم نماید. مراعات هیچ یک از این شرایط در تحقیق محلی لازم نیست.

۲-۴-۲- تفاوت تحقیق محلی با شهادت شهود

با توضیحات فوق تحقیق محلی با شهادت فرق پیدا می کند و در شهادت رعایت شرایط خاصی لازم است که در تحقیق محلی لازم نیست. بنابر این، گفته دکتر سید حسن امامی مبنی بر این که: اطلاعات اهل محلی مانند شهادت است و بر این اساس بر قانون مدنی خرده گرفته و گفته است: قانون مدنی اطلاعات اهل محل را در ردیف ادله اثبات دعوی به شمار نیاورده است و حال آن که مناسب بود اطلاعات اهل محل را در کتاب شهادت یا جداگانه متذکر می گردید. صحیح به نظر نمی رسد چرا که اطلاعات اهل محل با شهادت فرق دارد.

در هر حال اگر دلیل را به معنای خاص آن یعنی آنچه که مورد استناد اصحاب دعوی در مقام اثبات یا دفاع قرار می گیرد دانسته و آن را مقید به قانون بدانیم یعنی آنچه که قانون آن را دلیل بدانند، تحقیق محلی از عداد ادله اثبات قانونی خارج خواهد بود. و اما اگر دلیل را به معنای عام آن تفسیر کنیم یعنی آنچه که در کشف مجهول قضائی موثر است بنابر این تحقیق محلی اطلاع مطلعین جز ادله اثبات محسوب می گردد.

اما معاینات فنی و نظر کارشناس را نیز قانون مدنی از ادله اثبات ندانسته و همچنین قانون آیین دادرسی مدنی، به دلیل بودن نظر کارشناس صراحت ندارد چنین به نظر می رسد که حقوقدانان آن را به عنوان دلیل مستقل تلقی ننموده اند ولی فقه اسلامی آن را دلیل دانسته است گرچه در مبنای اعتبار آن میان فقها اختلاف نظر می باشد.

عده ای آن را از مصادیق شهادت به شمار آورده اند لذا عدالت تعدد، ذکوریت و عدم اتهام را در اهل خبره شرط دانسته اند، در این زمینه محقق ثانی صاحب جامع المقاصد می گوید: در مقوم (کارشناس

۱ قشیری نیشابوری، ابوالحسن مسلم بن حجاج، صحیح مسلم، پیشین، ص ۸۹۶

تعیین قیمت) تعدد، ذکوریت، عدالت و معرفت به قیمت شرط است. و شهید اول عدم اتهام را نیز شرط دانسته است.

محقق ثانی نیز نظر وی را تایید کرده و می گوید: وهو ظاهر فانه شاهد فيعتبر لقبول شهادته عدم التهمة، یعنی شخص مقوم چون شاهد است باید متهم نباشد. همچنین صاحب جواهر می گوید: شرط است در مقوم، عدالت، معرفت به قیمت، تعدد، ذکوریت و عدم اتهام^۱

علامه شیخ انصاری نیز در کتاب مکاسب می گوید: چنانچه اهل خبره از نظروحدس خود اخبار کنند، لازم است، عدالت، زیادتی معرفت و دانش در موضوع مورد اظهار نظر نسبت به وی مورد ملاحظه قرار گیرد و بر آن اساس بر او وصف اهل خبره اطلاق می شود^۲

۲-۵- اعتبار آزمایش «دی.ان.ای» از دیدگاه فقه

با توجه به جدید بودن استفاده از آزمایش ژنتیک در اثبات نسب، در تقریرات فقهای متقدم نصی برای آن نمیتوان یافت. مع الوصف با مراجعه به متون فقهی ملاحظه می گردد که امکان توسل به کلیه طرق برای اثبات نسب وجود داشته است. ساده ترین راه برای اثبات نسب، توسل به اماره فراش بوده و در صورت فقدان طرق دیگر، از قرعه استفاده می شده است. ادله اثبات نسب در هیچ یک از متون فقهی تحت عنوانی خاص مورد بحث قرار نگرفته، بلکه در ابواب مختلف نظیر اولاد، مواریث و... به فراخور استفتائی در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید به عمل آمده است. مراجع تقلید در پاسخ به این استفتا به دو دسته تقسیم میگردند. اکثریت بر این عقیده اند که در صورت حصول علم میتوان بر مبنای آن علم عمل نمود. آیتالله لطف الله صافی گلپایگانی: «نسب به استناد آزمایشهای مذکور شرعاً ثابت نمی شود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است والله العالم». آیت الله محمد فاضل لنکرانی: «اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است کودک به او ملحق می شود». آیتالله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «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». آیت الله حسین نوری همدانی: «اگر علم حاصل شود میتواند حکم به وجود نسبت کند». آیت الله سیدعلی خامنه ای: «حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین». برخی دیگر از مراجع بر این باورند که علمی که از طریق این آزمایشها حاصل گردد حجت نیست و با این آزمایشها نمیتوان نسب را ثابت نمود. آیت الله ناصر مکارم شیرازی: «این گونه آزمایشها ... و علم قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست ... و نسب نیز با این آزمایشات ثابت نمیشود؛ اینگونه آزمایشها با توجه به تخلفهای فراوانی که دارد حجت

۱ حر عاملی، محمد بن حسین وسائل الشیعه، پیشین، ص ۱۰۱۲.

۲ نجفی، جواهر الکلام، ج ۱۰، پیشین، ص ۱۰۱

نیست». علت این حکم به حجیت علم قاضی برمیگردد؛ یعنی علم قاضی زمانی حجیت دارد که از طریق حس یا مبادی قریب به حس باشد. در فرض تعارض این آزمایشها با اماره فراش نیز در میان علما اختلاف نظر وجود دارد. عده ای بر این عقیده اند که این آزمایشها حجیت نداشته و بر اماره فراش مقدم نمی گردند. آیت الله جواد تبریزی: «آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع الشرایط علم حاصل شود می تواند به علم خود عمل کند والله العالم». آیت الله ناصر مکارم شیرازی: «اینگونه آزمایشها نمیتواند مرجح شود». آیت الله صافی گلپایگانی: «در فرض سؤال ترجیح باید فقط با امارات شرعیه باشد والله العالم». عده ای نیز به امکان عمل قاضی به علم خود در صورت حصول یقین اظهار نظر نموده اند. آیت الله سید علی سیستانی: «تنها با طریق قطعی ترجیح داده میشود و لکن حد زنا با آن ثابت نمی شود. بلی، برای قضاوت باید به نحوی باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال شود».

نسب در فقه امامیه هم مشتمل بر دو قسم است: ۱- مشروع ۲- نامشروع
از فتاوی فقهای معاصر بر می آید که نسب ناشی از تلقیح مصنوعی را پذیرفته اند و قانون گذار ما بر اساس فتاوی فقهای معاصر تلقیح مصنوعی را در قانون جای داده است .

۲-۶- نسب ناشی از لقاح طبیعی «نزدیکی»

الف) نسب مشروع :

نسب مشروع که آنرا نسب قانونی نیز گویند نسب ناشی از نکاح است در حقوق ایران نسب هنگامی مشروع و قانونی است که پدر و مادر طفل در حین انعقاد نطفه ، دارای رابطه زوجیت صحیح اعم از نکاح دائمی یا منقطع باشند . بنابراین چنانچه نطفه قبل از ازدواج منعقد گردد و سپس آنها با یکدیگر ازدواج نمایند ، طفل حاصل از این رابطه مشروع نیست هر چند در زمان زوجیت متولد شده و او را طفل خود بدانند . نسب مشروع نوع متعارف نسب است که در تمامی کشورها و ادیان به رسمیت شناخته شده است و دارای آثار حقوقی مانند ولایت ، حضانت ، نفقه و ارث می باشد که به تفکیک در فصل سوم به آن می پردازیم .

در فقه امامیه نیز نسب مشروع به واسطه ازدواج شرعی یا وطی به شبهه یا نزدیکی زوجین در حیض و احرام حاصل می گردد.

۲-۶-۱- 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 رابطه زوجیت وجود دارد ، حال آنکه چنین رابطه

ای در واقع وجود نداشته باشد^۱، این عمل را نزدیکی به شبهه یا وطی به شبهه گویند و اگر فرزندی از آن به دنیا آید او را ولد شبهه و نسب او را نسب ناشی از شبهه نامند.

۲-۶-۲- نسب ناشی از تلقیح مصنوعی

تلقیح در لغت به معنی باردار کردن و لقاح به معنی باردار شدن است و تلقیح مصنوعی در اصطلاح حقوقی عبارت است از این است که زن را با وسایل مصنوعی و بدون اینکه نزدیکی صورت گیرد آبستن کنند و به تعبیر دیگر اسپرماتوزئید را با وسایل پزشکی وارد رحم زن کرده از این راه او را باردار نمایند.

۲-۶-۳- نسب ناشی از زنا (نسب نامشروع)

هرگاه در نتیجه رابطه نامشروع زن و مرد، طفلی به دنیا آید نسب او ناشی از زنا و به تعبیر دیگر نامشروع است و طفل را ولدزنا، فرزند طبیعی و فرزند نامشروع گویند. در حقوق ایران نسب نامشروع به رسمیت شناخته نشده و طفل ناشی از رابطه آزاد زن و مرد به زناکار ملحق نمی شود.

۲-۷-۲- تعریف قرابت

قرب یک کلمه عربی است، قرابت عبارت از رابطه خویشاوندی است که بین دو نفر موجود می باشد، قرابت باعتبار نحوه رابطه که بین دو شخص است بر سه قسم می باشد. ۱- قرابت نسبی ۲- قرابت سببی ۳- قرابت رضاعی. ۲ از دیدگاه فقهاء، قرابت میان دو شخص یا ناشی از قرابت نسبی به عبارتی قرابت خونی است و یا قرابت موجود در اثر ازدواج به وجود می آید و یا قرابت موجود ناشی از شیردادن یک زن به طفلی می باشد، البته هر یک از قرابت سه گانه از دیدگاه آنان دارای منشاء آثار و احکام متفاوتی می باشد. بنابراین قرابت سه گانه موجود به ۱- قرابت نسبی خونی ۲- قرابت سببی ۳- قرابت رضاعی مشهور و معروف می باشند که فقهاء قرابت سببی را با عبارت تحریم بالمصاهره در باب نکاح بکار می برند.

۲-۷-۱- اقسام قرابت

۲-۷-۱-۱- قرابت نسبی و قرابت سببی

عبارت از خویشاوندی است که با تولد یکی از دیگری و یا منتهی شدن دو نفر به منشأ واحد حاصل می شود حقوقدانان قرابت نسبی را به رابطه ای که بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی به وجود آمده باشند و همچنین قرابت مذکور را به خویشاوندی ناشی از خون تعریف نموده اند با بررسی به عمل آمده در کتب حقوقی غالب حقوقدانان در تعریف قرابت نسبی اتفاق نظر دارند و تعریف واحدی را ارائه می نمایند که با توجه به بررسی صورت گرفته در نظریات حقوقدانان نظر مخالفی مشاهده نگردید. به عبارت دیگر قرابت نسبی عبارت است از رابطهای که بین دو نفر باعتبار تولد (مستقیم یا

^۱مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۳ قمری، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه اطهار، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ص ۱۳۶

^۲آملی، اسدالله و صفائی، سیدحسین، حقوق خانواده: قرابت و نسب و آثار آن، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، چ اول، ص ۲۶۳

غیر مستقیم یکی از دیگری و یا تولد مستقیم یا غیر مستقیم آن دو از یک نفر بوجود می‌آید. قرابت مزبور باعتبار همخون بودن افراد با یکدیگر در نظر گرفته شده است. قرابت نسبی چنانکه از تعریف بالا معلوم است بر دو نوع می‌باشد: الف- قرابتی که از تولد یکی از دیگری بوجود می‌آید که تشکیل خط مستقیم می‌دهد، هر چند بین آنان چند نفر فاصله باشد، مانند قرابت شخص با پدر و جد و جد جد هر چه بالا رود، که آن را خط مستقیم صعودی گویند، و قرابت شخص با اولاد یا اولاد اولاد هر چه پائین رود، که آن را خط مستقیم نزولی نامند. ب- قرابتی که بسبب تولد دو نفر از یک منشأ موجود می‌شود، اگر چه بین آن دو با منشأ فاصله باشد، مانند قرابت دو برادر که بوسیله ابوی یا پدر یا مادر بیکدیگر متصل می‌شوند، و یا قرابت دو پسر عمو که بوسیله جد بیکدیگر متصل می‌گردند. این قرابت را میتوان بوسیله یک مثلث نمایاند. خویشاوندی مزبور را قرابت بخط اطراف نامند. رابطه خویشاوندی در هر یک از دو قسم بالا ممکن است ابوینی باشد و ممکن است ابی یا امی باشد در حقوق اسلام خویشاوندان در خط صعودی را اصول و قرابت در خط نزولی را فروع یا فصول می‌نامند^۱ اصول فقها در کتب فقهی قرابت به خط صعودی یا نزولی در باب نکاح و یا ارث رابا عبارت « و ان علی و ان نزل » بکار می‌برند و تقسیم قرابت به خط مستقیم و خط اطراف تقسیم اروپایی است و در فقه امامیه چنین چیزی سابقه ندارد.

فقه‌های امامیه تقسیم مزبور را بصورت دیگری بیان نموده اند که ذیل متذکر می‌گردد:

الف- اصول- و آن عبارت است از پدر و مادر و جد و جد و جد هر چه بالا رود و آن همان قرابت عمودی صعودی می‌باشد.

ب- فروع یا فصول- و آن عبارت است از اوالد و اوالد اوالد هر قدر پائین رود و آن همان قرابت عمودی نزولی است

ج- حواشی- و آن عبارت است از برادر و خواهر و اوالد آنها، عمو و عمه و دائی و خاله و اوالد آنها و آن همان قرابت اطراف است.

فقه‌های امامیه تقسیم قرابت را بطریق بالا در کتاب نکاح بکار برده اند و بوسیله آن بزبانی ساده کسانی که نکاح آنان با یکدیگر ممنوع است بیان کرده اند، می‌گویند: « یحرم علی الانسان اصوله و فصوله و فصول اول اصوله و اول فصل من کل اصل بعده ». بر این اساس قرابت نسبی از دیدگاه فقهاء به سه قسم ذیل تقسیم می‌شود.

طبقه اول: پدر و مادر و اولاد و اولاد آنها

طبقه دوم: اجداد، برادر و خواهر و اولاد آنها

طبقه سوم: اعمام و عمات و احوال و خالات و اولاد آنها

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی (ادله اثبات دعوا)، ج ۱۰، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲ش، ج ۶، ص ۸۹

بنابراین با توجه به تعریف قرابت نسبی، شرایط قرابت نسبی را می توان مشروط به شرایط ذیل دانست :

۱- اولین شرط قرابت نسبی این است که تولدی صورت بگیرد و یا یکی از دیگری متولد شود و یک شخص منشاء قرابت قرار گیرد و این تولد ممکن است مستقیم باشد مثال تولد طفل از مادرش، یا اینکه با فاصله باشد مانند رابطه نوه با جدش، یا اینکه دو نفر از شخص سومی متولد شده باشند مثال رابطه دو برادر با جد.

۲- دومین شرط قرابت نسبی با توجه به تولد صورت گرفته این است که تولد طفل در اثر ازدواجی صحیح و قانونی باشد؛ بنابراین با این وصف در صورتی که تولد طفل در اثر رابطه نامشروع باشد قرابت نسبی ایجاد نمی گردد. آیت الله العظمی موسوی اردبیلی در جواب سوال که چنانچه زانی و زاینه در هنگام حاملگی یا پس از زایمان به عقد درآیند آیا از یکدیگر ارث می برند فرزند طبیعی و والدین طبیعی می فرمایند: « بسمه تعالی فرزند زنا زاده است و از آنها ارث نمی برد.» وقتی قرابت نسبی به رسمیت شناخته شد، آثار و نتایجی را هم خواهد داشت مثال فرزند از پدر خود ارث می برد، نفقه اولاد بر پدر و جد پدری تکلیف است، حضانت حق والدین می باشد، ولایت بر فرزند برعهده پدر و جد پدری است و غیره.

قرابت سببی قرابت بالمصاهره قرابت سببی که آن را قرابت بالمصاهره نیز می گویند، بطوری که مرحوم شهید ثانی و شیخ انصاری تعریف کرده اند، خویشاوندی است که در اثر نکاح بین هر یک از زوجین با خویشاوندان دیگری ایجاد می گردد، در مورد قرابت سببی بین نکاح دائم و منقطع فرقی نیست کسانی که نکاح با آنان در اثر مصاهره ممنوع می باشد، بر دو قسم اند .

اول: کسانی که نکاح آنان عیناً ممنوع است. یعنی به محض ایجاد قرابت، حرمت ابدی تحقق می یابد؛ مانند مادر زن .

دوم- کسانی که نکاح آنان جمعا ممنوع است. یعنی نکاح در فرض وجود قرابت ممنوع است؛ مانند خواهر زن . غالب حقوقدانان قرابت سببی را به ازدواج تعریف می نمایند ولی فقهای امامیه قرابت سببی را که منشاء آثار باشد در باب میراث به چهار قسم تقسیم نموده اند . والسبب اربعة الزوجیه من الجانبین مع دوام العقد و شرط الرث علی الخالف «و ولاء العتاق» و «ولاء ضمان الجریره» و «ولاء المامه» ؛ مرحوم شهید ثانی در کتاب شرح المعه الدمشقیه قرابت سببی را به چهار قسم به شرح زیر تقسیم نموده است: اول زوجیت از طرفین در صورتی که ازدواج مذکور ناشی از عقد دائم باشد؛ بنابراین ملاحظه می شود که ایشان قرابت سببی در عقد منقطع را مانع ارث می داند.

دوم ولاء عتق و آن عبارت است از اینکه کسی عبدی را بخرد و آن را آزاد کند، در صورت فوت او معتق ارث می برد،

سوم ضمان جریره: دو طرف مسئولیت دیگری را به عهده بگیرند در صورت فوت از هم ارث می برند و چهارم امام: در صورتی که کسی وارث نداشته باشد امام ارث می برد. در آثار و احکامی که بر قرابت سببی بار می شود و منشاء آثار می گردد فرقی ندارد که نکاح مذکور ناشی از عقد دائم باشد یا عقد منقطع. هر چند که ممکن است عقد منقطع واجد تمام آثار و احکام عقد دائم نباشد.^۱

همانطور که اشاره شد قرابت سببی مانند قرابت نسبی واجد تمام آثار و احکام حقوقی نیست و قرابت سببی که موجب آثار حقوقی بیشتر در طبقه اول هر یک از زوجین نمایان می گردد و در روابط طبقات دیگر زوجین کمتر به نظر می رسد که واجد آثار باشد. مثال ازدواج هر یک از زوجین با والدین دیگری ممنوع می باشد.

۲-۷-۲-۲- قرابت رضاعی

رضاع (به فتح و کسر) را در لغت به معنی شیر دادن می باشد و در اصطلاح عبارت از شیر خوردن طفلی از زنی که شیر این زن از فعل دیگری به وجود آمده است؛ در قرابت رضاعی طفلی که شیر زن دیگری را خورده مرتضع و زن شیر دهنده مرضعه و شوهر زن فحل و یا صاحب اللبن نامیده می شود. در فقه امامیه و نیز در قانون مدنی یکی از اقسام قرابت سه گانه قرابت رضاعی می باشد و تنها اثر حقوقی این قرابت حرمت ازدواج طفل و مادر با بستگان دیگری می باشد. قرابت رضاعی مانند قرابت نسبی موجب حرمت نکاح می باشد، زیرا همچنانی که وحدت خون ایجاد خویشاوندی نسبی بین افراد مینماید که موجب پیدایش مفاسد طبیعی و اجتماعی در اوالدهای متولد شده از آنها می گردد، همچنین شیر انسان در کودکانی که از آن تغذیه مینمایند تأثیر بسزائی میکند و وضعیت طبیعی و روحی شیر دهنده را در کودک به ودیعه میگذارد، بدین جهت یک نوع خویشاوندی بین کودکانی که از یک زن شیر خورده اند و همچنین بین کودک و زنی که باو شیر داده و همچنین مردی که از شیر زن او کودک خورده است ایجاد می گردد. فقها غالباً در باب قرابت رضاعی با این عبارت حرمت نکاح را در اثر شیر خوردن قائل هستند: «انما یحرم بالرضاع ما یحرم بالنسب» آنچه که سبب حرمت نکاح در قرابت نسبی می شد در قرابت رضاعی نیز جاری است.^۲ رضاع شرعی نظیر خویشی و قرابت حقیقی است، پس بعد از تحقق رضاع همانا قرابت میان مرتضع و مرضعه و صاحب شیر و منسوبان ایشان تحقق یافته و هر قرابتی که به واسطه خویشی هم می رسد نظیر آن نیز به واسطه رضاع حاصل و هر نسبتی که به واسطه قرابت موجب حرمت و محرمیت می شود نظیر آن در رضاع نیز موجب محرمیت می شود حرمت رضاعی که واجد آثار حقوقی می باشد بایستی دارای چه

^۱ طلعه، علیا، زهرا "تشخیص هویت ژنی" تعالی حقوق، ش ۶، ۱۳۸۹ ش، ص ۴۹

^۲ کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ قمری، الکافی (ط - الاسلامیه)، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ص ۷۸

شرایط و اوصافی باشد؟ فقها و قانون مدنی برای حرمت رضاعی که واجد اثر حقوقی می باشد شرایطی را به شرح ذیل مقرر نموده اند و چنانچه یکی از اوصاف ذیل را فاقد باشد قرابت رضاعی حاصل نمی شود. از متون فقه امامیه قرابت رضاعی از حیث حرمت نکاح در حکم قرابت نسبی با وجود شرایط ذیل ایجاب می گردد:

اول شیر زن از حمل مشروع باشد. اولین شرط قرابت رضاعی این است که شیر زن از ازدواج صحیح و قانونی و طفل تولد یافته ناشی از ازدواج صحیح و قانونی باشد تا حرمت رضاعی ایجاد شود؛ بنابراین در صورتی که دو نفر بدون علقه زوجیت مرتکب رابطه نامشروع گردند و النهایه طفلی از آنها متولد گردد و مادر طفل طبیعی به طفل دیگر شیر بدهد و واجد تمام شرایط بالا بدون شرط اول باشد قرابت رضاعی ایجاد نخواهد شد و بنابراین طفل شیر خورنده با مادر طبیعی محرم نخواهد بود و حرمت ازدواج یا نکاح نیز صدق نمی کند. دومین شرط قرابت رضاعی این است که شیر مستقیماً از پستان مرتضعه مکیده شود. علی هذا با توجه به شرط مذکور چنانچه شیر زن دوشیده شود و در داخل لیوان و یا استکان ریخته شود، تمام فقها معتقد بر این هستند که قرابت رضاعی ایجاد نمی گردد و به نظر می رسد لزوم شرط مذکور بیشتر ناظر به وضعیت فیزیولوژیکی می باشد چونکه طبیعت و خصایص زن در طفل تکوین پیدا می کند. سومین شرط الزم برای قرابت رضاعی این است که طفل لااقل یک شبانه روز و یا ۱۱ دفعه متوالی شیر کامل خورده باشد و در این بین غذای دیگر و یا شیر زن دیگری را نخورد و فاصله هم ایجاد نشود. چنانچه شیر دادن فاقد یکی از اوصاف مذکور باشد قرابت رضاعی ایجاد نمی گردد مثال زن به طفل ۱۴ بار متوالی شیر بدهد یا در بین دفعات شیر دادن غذا به طفل بدهد یا در بین دفعات شیر زن دیگری را به طفل بخوراند، قرابت رضاعی حاصل نمی شود. چهارمین شرط قرابت رضاعی این است که شیر خوردن طفل قبل از سن دو سال باشد بنابراین اگر طفل با تمام شرایط بالا در سن بالای دو سال از زنی شیر بخورد، قرابت رضاعی حاصل نمی شود. پنجمین شرط قرابت رضاعی این است که شیری که طفل می خورد بایستی از شیر یک زن و مرد باشد.^۱ با وجود این شرط چنانچه مردی دو زن داشته و زنهای او با هم به طفلی شیر بدهند قرابت رضاعی حاصل نمی شود. همچنین در صورتی که زنی به طفلی از یک شوهر شیر داده باشد و به طفلی دیگر از شوهر دیگرش شیر بدهد، بین این دو طفل قرابت رضاعی حاصل نمی شود از مجموع مطالب فوق اینگونه می توان نتیجه گرفت که تعریف قرابت رضاعی به قرابتی اطلاق می شود که طفلی از زنی با جمیع شرایط مقرر شیر بخورد، بین این طفل با اقربای زن قرابت حاصل می شود و این قرابت حاصله واجد جمیع آثار و احکام حقوقی نیست بلکه تنها اثر قرابت رضاعی، فقط حرمت نکاح می باشد ولی آثار دیگر نسب قانونی یا قرابت نسبی را واجد نمی باشد از قبیل حضانت، ارث، ولایت و نفقه و غیره. اگر در وقوع رضاع یا در پیدا

^۱ لثی واسطی، علی بن محمد، ۱۳۷۶، عیون الحکم و المواعظ، قم، دارالحديث، ص ۱۹

شدن بعضی از شروط آن از کمیّت یا کیفیّت، شک شود بنا را بر عدم آن می گذارند البته در جایی که میداند که رضاع با شرایطش واقع شده ولی نمیداند که وقوع آن در داخل دو سال بوده یا بعد از آنها بوده است و تاریخ رضاع را بداند و تاریخ ولادت شیر خوار را نداند، در این صورت، احتیاط این است که ترک نشود. طبق روایتی از رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم که فرموده اند: «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» که با توجه به آن، چون طبق قاعده حاکم بر نسب، بین اولاد متعدد یک زن که از شوهران متعدد باشند، قرابت نسبی به وجود می آید و از سوی دیگر، قواعد حاکم بر نسبت عینا بر رضاع نیز حاکم است، بین دو طفلی که از مادر واحدی شیر خورده اند، قرابت رضاعی به وجود می آید و موجب حرمت نکاح می شود. شهید ثانی پس از بیان دو نظریه مذکور می گوید: نظریه مرحوم طبرسی، قطع نظر از نصوص وارد در این مورد، کاملاً موجه و منطقی است؛ ولی از نصوص وارد شده استنباط می شود که در نشر حرمت بین دو مرتضع اتحاد فعل ضروری است و از نظر اصول فقه، نسبت این نصوص به عمومات (روایت فوق)، نسبت خاص به عام است. بنابراین، چاره ای جز تخصیص نیست و با توسل به تخصیص در می یابیم که هر چند نسب و رضاع از حیث ایجاد حرمت یکسانند، ولی برای آنکه بین دو مرتضع قرابت رضاعی به وجود آید، صاحب اللبّن باید واحد باشد وگرنه قرابت رضاعی ایجاد نمی شود.

۲-۸- مفهوم و حجیت علم در استناد به ادله

۱- مفهوم علم

علم در لغت دانستن، دانش، معرفت فهم یک مسأله است و در اصطلاح فقهی یقین و اطمینان (علم عادی) معنا شده است در امور قضائی و علم حقوق، علم عادی حجت است. در بعضی از کتب لغت نیز علم مترادف با قطع و یقین آمده است.^۱ قطع، در لغت بریدن و انکشاف کامل معنا شده است. اصولیان تعریف صریحی از قطع ارائه ننموده اند و از آن به " انکشاف تام یا کشف تام" تعبیر کرده اند از نحوه استدلال ایشان پیداست که در قطع قائل به احتمال خلاف^۲ نیستند. در مجموع قطع را می توان " اعتقاد جازمی که در نظر قاطع با واقع مطابق است" تعریف نمود و لذا، شخص قاطع واقع را برای خود مکشوف می داند و به هیچ وجه احتمال خلاف در آن نمی دهد.

^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷، ش ۳۷۴۱، ص ۴۶۸

^۲ صدر، سیدمحمدباقر، دروس فی علم الاصول، بیروت، دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶هـ.ق، چاپ دوم، ص ۴۳

^۳ علم الهدی، سیدمحمدصادق، "آیا در موارد قطع احتمال خلاف راه ندارد؟" ۱۳۹۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://alamolhoda.ir/index.php?option=com_content&view=article&id=182:asool-61&catid=45

۲- حجیت علم

اصولیان قطع را به دو دسته تقسیم نموده اند، قطع طریقی و قطع موضوعی. قطع طریقی قطعی است که خصوصیت و موضوعیت ندارد و صرفاً راهی است به سوی واقع، اما قطع موضوعی خود صفت قطع در مقابل صفات دیگر نفس چون ظن و شک در موضوع حکم شرعی دخالت دارد و حکم شرع دایر مدار حالت قطع است قاعده اولیه در قطع، طریقت است مگر در مواردی که بر موضوعیت داشتن دلیل داشته باشیم لذا در موارد شک، به طریقی بودن حکم می نماییم.^۱

اصولیان معتقدند چون قطع فی نفسه راهی به سوی واقع است، حجیت آن ذاتی است، یعنی طریقت و کاشفیت از لوازم ذات آن است، مثل زوجیت برای عدد چهار و جعل شارع اثباتاً و نفیاً به آن تعلق نمی گیرد. برخی از اصولیان هم ادله حجیت قطع را شامل علم عادی نیز می دانند و حجیت عادی و عرفی را ذاتی دانسته اند.^۲ در توجیه آن آمده است که قطع موردنظر اصولیان، قطع به آن مفهومی نیست که به هیچ وجه احتمال خلاف در آن نرود نمی باشد، بلکه این قطع در مرتبه بالاتری از "اطمینان مصطلح" تعریف می شود که طیف وسیعی است از کشف است که لاجرم به نقطه اوج (صدردرصد) نمی رسد، بلکه در اکثر مواقع لایه رقیقی از احتمال مخالفت با واقع را به همراه خود دارد، البته این احتمال گاه آنقدر ناچیز است که نزد انسان های نسبتاً دقیق نیز قابل اعتنا و مبنای عملی و حتی نظری قرار نمی گیرد. لذا حجیت قطع، عقلی یا ذاتی نیست، بلکه امری فطری و عرفی است که به مقتضای فطرت و خلقت آدمی اعتبار یافته است.

در فقه و حقوق نیز علم اخص از قطع تعبیر می شود و رسیدن به علمی که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست، بلکه علم عادی و متعارف موردنظر است که به وسیله آن، دعاوی مورد حل و فصل قرار می گیرند و با عنوان قطع عادی یا عرفی از آن بحث می شود که به آن اطمینان و ظن به علم نیز می گویند، پس علم عادی علمی است که اغلب اعضای جامعه وقتی به آن دست یابند، به احتمال خلاف آن توجه نمی کنند، هرچند احتمال خلاف آن عقلاً امکان پذیر باشد و اگرچه اقلیت مردم به آن عمل کنند، زیرا علم عادی موجب سکون و اطمینان می شود و مردم علم عرفی را کاشف از واقع می دانند زیرا عمل براساس علم غیرعادی موجب اختلال در نظام عالم هستی است، زیرا مشیت و اراده خداوند به جریان امور براساس نظام اسباب و مسببات طبیعی و علم عادی نوع بشر تعلق گرفته است و لذا پیامبر و ائمه (ع) برای شفای بیماران خود و سایرین از علم غیب استفاده نمی کردند^۳

۱- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵، ج اول، ص ۶۷

۲- گودرزی، فرامرز و مهرزاد کیانی، آیین دادرسی کیفری، تهران، پایدار، ۱۳۷۸، چاپ اول، ص ۹۴

۳- شاید یکی از حکمت های ممنوع بودن تمسک به نجوم، تسخیر جن، برای غیبگویی و کشف غیرعادی حوادث آینده، اختلال در نظام عالی هستی می باشد.

بنابراین ملاحظه می گردد که منظور از قطع، علمی نیست که هیچ گونه احتمال خلاف در آن نرود، بلکه تا میزانی که سبب سکون و اطمینان نفس برای مکلف گردد کافی است، لذا فقها ملاک حجیت علم عرفی را بنای عقلاً دانسته اند که شارع آن را رد نکرده است. از حجیت علم قاضی در متون فقهی و حقوقی مفصل بحث شده است.^۱

۳- علم قاضی

علم قاضی در اصطلاح عبارت است از معرفت قاضی در احراز و انتساب بزه به متهم از طرق عینی و محسوس و یا ذهنی، علم قاضی زمانی معتبر است که عینی، ملموس و قابل کنترل در مراجع تجدیدنظر باشد.^۲

وقتی در بحث قضا سخن از علم پیش می آید دو نوع علم متبادر به ذهن می شود:

۱- علم حقوق که برابر ادله عقلی و نقلی فراوان، تسلط بر آن برای تصدی شغل قضا لازم و واجب است.

۲- علم شخصی قاضی نسبت به موضوع مورد تنازع، یعنی قاضی بی طرف به نحوی از انحاء در جریان دعوی مطروحه قرار گرفته و به آن علم پیدا کرده باشد. وقتی سخن از علم قاضی می رود مراد مفهوم دوم علم قاضی (علم شخصی قاضی) است. علم در این معنی زیر بنای مباحث راجع به ادله اثبات دعوی است و اساساً ادله اثبات دعوی از مظاهر و تجلیات علم عادی می باشد و در اصول فقه مبحث قطع و ظن را تشکیل می دهد.^۳

علم عادی و متعارف:

علم عادی علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند به احتمال خلاف آن توجه نمی کنند، هر چند که احتمال خلاف، عقلاً امکان پذیر باشد. اگر قاضی در هنگام دادرسی به واقع علم یافت، کدام عقل سلیم می تواند بگوید که به علم خود عمل نکند و فقط به دلایل ارائه شده توجه نماید؟ وقتی عمل به اقرار و بینة که کشف ناقص و ظنی است حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به طریق اولی می تواند مستند حکم قرار گیرد و برای قاضی، به سادگی علم عادی حاصل نمی شود و اگر مرتبه علم قاضی، از علم عادی بالاتر باشد در عمل به آن جای بحث نیست.^۴

۱ کلینی، محمد بن یعقوب، اصول کافی، بی جا، آل بیت، بی تا، ص ۸۹

۲ شاملو احمدی، محمدحسین؛ فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزائی، اصفهان، دادیار، ۱۳۸۰، ج اول، ص ۳۱۵-۳۱۴

۳ مدنی، جلال الدین؛ آیین دادرسی کیفری ۱ و ۲، تهران، پایدار، ۱۳۷۸، ص ۳۷۸ - ۳۷۷

۴ همان، ص ۳۷۹

اهمیت علم قاضی:

این اهمیت به درجه‌ای است که در مقام تعارض بین شهادت شهود و امارات قضائی، جانب اماره را باید ترجیح داد. زیرا قاضی از اماره قضائی مستقیماً اطمینان حاصل می‌کند؛ در حالی که استماع گواهی برای وی (به جای ایجاد علم) فقط ایجاد ظن می‌کند آن هم آگاهی به طریق غیر مستقیم^۱

مبانی علم شخصی قاضی:

۱- ادله قانونی بخصوص امارات قضائی

۲- اموری که از طرف مقنن، جزء ادله نیامده ولی برای قاضی یقین آور است^۲. این علم ممکن است در نتیجه تجربیات و مطالعه جامعه‌شناسی و با یک سلسله نتیجه‌گیری‌ها، برای قاضی حاصل شده باشد و یا از طریق مطالعه پرونده و توضیحاتی که از طرفین داده و دلایلی که ابراز کرده‌اند حاصل شده باشد. البته قاضی نمی‌تواند بعد از ختم دادرسی بدون مقدمه متهمی را صرفاً به لحاظ اینکه علم به بی‌گناهی او دارد، بدون قید مبانی علم، تبرئه کند، یا در مقام محکومیت بگوید با توجه به علمی که حاصل شده به هیچ یک از دلایل، رسیدگی نمی‌نماید، و متهم را به حبس و جزای نقدی محکوم می‌نماید. مع الوصف براساس علم خود وقتی می‌تواند حکم صادر کند که بتواند موجباتی که برای او علم حاصل شده در پرونده قید نماید و رأی خود را موجه نشان دهد. تا قابل بررسی و کنترل از جانب مراجع تجدید نظر باشد و موجب ایجاد حالت دلخواهی و خودرأیی در امر قضاوت نشود.

در این مورد ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی می‌گوید: «حاکم شرع می‌تواند در حق الله و حق الناس به علم خود عمل کند و حد الهی را جاری نماید و لازم است مستند علم را ذکر کند...».

حجت علم قاضی:

علم قاضی از هر رهگذر متعارف که به دست آید حجت است فرقی نمی‌کند که موضوع رسیدگی از حقوق عمومی (حق الله) باشد یا از حقوق خصوصی (حق الناس) و فرقی نمی‌کند که موضوع رسیدگی یک امر مدنی باشد و یا یک مسئله کیفری^۳ در مواردی که علم قاضی جزء ادله ثبوت جرم تعیین شده است و یا اصولاً راههای ثبوت جرمی در قانون احصاء نشده باشد، قاضی مجاز به مراجعه به علم خود است ولی اگر دلائل اثبات جرمی در قانون به قید حصر ذکر شده باشد و علم قاضی جزء ادله محصوره نباشد در چنین جرمی قاضی نمی‌تواند به علم خود مراجعه نماید

^۱ گلدوزیان، ایرج، ادله اثبات دعوا، تهران، میزان، ۱۳۸۴، ج دوم، ص ۳۸۸

^۲ عظیمی، محمد؛ ادله اثبات دعوا، بی‌جا، هاد، ۱۳۷۲، ج دوم، ص ۲

^۳ جعفری لنگرودی؛ محمدجعفر، نشریه داشکده علم و حقوق سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۱، ۱۳۵۸، ص ۶۹

علم قاضی در قوانین

قبل از پیروزی انقلاب در قوانین مصوب ذکری از علم قاضی نبود نه به عنوان دلیل و نه به عنوان نتیجه و آثار دلایل، اما پس از انقلاب مخصوصاً با تغییرات فراوانی که در موازین قضائی بخصوص در جزائیات پیش آمد در چند موارد از علم متعارف قاضی یاد شده است. روشن ترین ماده مورد استناد برای جواز استناد به علم قاضی ماده ۱۰۵ قانون مجازات اسلامی است. مراد از علم قاضی در ماده فوق علم قاضی صادر کننده رای است و علم قاضی تحقیق (دادیار) یا دادستان برای حاکم دادگاه حجیت ندارد و دلیل قاطع محسوب نمی گردد ولی می تواند از امارات باشد^۱.

ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی می گوید: «حاکم شرع می تواند طبق علم خود که از طرق متعارف حاصل شود حکم کند». بنابراین، قاضی نمی تواند به استناد خواب و رؤیا انشای حکم کند. علاوه بر موارد فوق در مواد^۲ و بند ۴ ماده ۲۳۱ قانون مجازات اسلامی به علم قاضی به عنوان طریق ثبوت جرم منجزاً اشاره گردیده است. در نتیجه در مورد علم قاضی و حکم مبتنی بر آن در آئین دادرسی کیفری و قانون مجازات اسلامی به طور بسیار روشن موادی بیان شده است. مشهور فقهای امامیه علم قاضی جامع الشرایط قضاوت را به طور مطلق دارای حجیت دانسته زیرا همان علم عادی که سبب سکون نفس می گردد و براساس عادت، احتمال خلاف آن وجود ندارد، در حجیت علم قاضی نیز کافی است.

کارشناسی و علم قاضی

اعتبار علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثبات، از دیرباز در فقه و به تبع آن در حقوق محل بحث و اختلاف بوده و تردیدها و ابهامات در این زمینه، در حقوق موضوعه بیشتر است. علم قاضی ممکن است ناشی از کارشناسی باشد، به این بیان که قاضی از نظر کارشناس علم به موضوع دعوا پیدا کند. در بین حقوقدانان نیز، در خصوص اعتبار علم قاضی هماهنگی وجود ندارد. برخی تلاش کرده اند که به صورت یک قاعده کلی حجیت علم قاضی را به عنوان یکی از ادله اثبات که همه ادله دیگر نیز از تجلیات آن هستند، اثبات نمایند. علاوه براین کوشیده اند که منظور از علم را در این رابطه، علم عادی معرفی کنند، یعنی علم غالب مردم که وقتی به آن مرحله می رسند، احتمال خلاف به ذهن خود راه نمی دهند، اگرچه عقلاً و در نزد اهل دانش و تحقیق احتمال خلاف آن وجود داشته باشد. در تایید این نظر به

^۱ یثربی، علی محمد؛ بررسی علم قاضی در فقه و قانون؛ اندیشه های حقوقی، سال چهارم، شماره ۱۱، ۱۳۸۵، ص ۷۰

^۲ ۱۲۸ و ۱۹۹

سخنان برخی از فقها نیز استناد کرده اند.^۱ بعضی نیز ضمن تاکید بر کافی بودن علم عادی و اینکه قاضی نمی تواند برخلاف علم خود حکم صادر نماید، صدور حکم به استناد علم را بدون بیان موجبات و مستندات آن نپذیرفته اند و بیان موجباتی را که برای قاضی ایجاد علم کرده، مانند قرائن و شواهد و امارات و مجموع محتویات پرونده، لازم دانسته اند.^۲ در دیوان عالی کشور نیز در موارد متعدد، آرائی که به استناد علم قاضی صادر شده اند، به خاطر عدم ذکر مستندات علم یا ناقص بودن آن نقض شده اند.^۳ برخی فقها علم قاضی را در صورتی که حاصل از نظر اهل خبره باشد پذیرفته اند و گروهی نیز این علم را ناشی از هرگونه دلیلی، معتبر میدانند و معتقدند علم قاضی است که از مجموع قرائن حسی یا قریب به حس حاصل میشود و دامنه وسیع و گسترده ای دارد که بسیاری از راه های کشف جرم در زمان ما را شامل می شود.^۴ حجیت علم قاضی از باب کشف و طریقت است و مختص به مجتهد نیست، بلکه علم حاصل از راه های متعارف، برای قاضی مأذون نیز حجیت دارد و جزء ادله شمرده می شود. پس معلوم میشود که حجیت علم قاضی از باب کشف و طریقت است و به خودی خود موضوعیت ندارد، یعنی علم قاضی در صورتی مفید فایده است که در کشف واقع موثر باشد. به دلالت اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند تا حکم هر دعوا را از راه ها و منابع قانونی یافته و صادر نماید و نمیتواند به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد. سنت قضایی بر این است که دادرس، کارشناس دعوا است و اطلاعات کافی برای حل قضیه دارد و اصولاً تکلیفی از طرف قانونگذار، دائر بر جلب نظریه کارشناس ندارد. رجوع به کارشناسی یک تشخیص موضوعی است و بسته به نظر دادگاه است و رد تقاضای ارجاع به خبره، موجب نقض حکم نیست.^۵ همچنین، هرگاه اثبات امری تنها به تشخیص کارشناس بستگی داشته باشد، قاضی باید جهت رعایت حقوق دفاع متهم، تقاضای کارشناسی را بپذیرد، زیرا ممکن است اظهارنظر کارشناسی تغییر کلی در رأی دادگاه دهد.^۶ و شاید این تنها دفاعی باشد که می تواند از خود به عمل آورد.

در حقوق امروز و رویه قضایی نیز کارشناسی همچون دلایل دیگر از راههای کسب علم قاضی محسوب میشود و علم قاضی را در صورتی باید معتبر دانست که از راه های متعارف حاصل شود.^۷ بنابراین باید گفت باتوجه به اینکه مجرمین از وسایل مهم و پیشرفته برای ارتکاب جرم بهره میگیرند، بر قاضی

^۱ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دانشنامه حقوقی، ج ۱، موسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۵، ص ۶۶۲

^۲ مدنی، سید جلال الدین، آیین دادرسی کیفری، تهران: پایدار، ۱۳۷۸، ص ۳۸۰-۳۷۶.

^۳ بازگیر، یدالله، علل نقض آرای کیفری در شعب دیوان عالی کشور، نشر حقوقدان، ۱۳۷۶، ص ۱۴۸ و ۱۲۲.

^۴ حسن زاده، مهدی، کارشناسی دلیلی مستقل از علم قاضی، مجله فقه و حقوق، بهار ۱۳۸۶، شماره ۱۲، ص ۶۷.

^۵ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایرة المعارف علوم اسلامی قضایی، ج ۲، گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۱۲.

^۶ جندی، عبدالملک، الموسوعة الجنایة، ج ۱، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۹۷۶م، ص ۳

^۷ هاشمی، رعنا، بررسی میزان تاثیر اظهارنظر کارشناسی در پزشک قانونی در پروندههای مختومه دادگستری استان تهران، مجله پزشک قانونی، پاییز

۱۳۸۱، شماره ۲۷، ص ۱۵

است که به کمک اهل خبره برای تحقیق در خصوص جرم تلاش کند تا به حقیقت برسد.^۱ اما در هر حال این نظرات تکلیفی برای قاضی معین نمیکنند و در صورتی معتبر است که قاضی از نتیجه آن مطمئن شود. در مجموع، در برخی از امور، قاضی بدواً هیچگونه علم و آگاهی ندارد، لذا در شناخت درست موضوع دعوا و حل قضیه مستاصل میشود و به کارشناسی رجوع میکند. به عبارت دیگر، رجوع به کارشناسی به خاطر تحصیل علم و قناعت لازم است و قاضی با واگذاری امر به کارشناس صراحتاً به عجز خود اعتراف میکند. بیهوده نیست که دیوان عالی کشور در آراء متعدد خود لزوم مراجعه کارشناسی را در امور فنی به قاضی گوشزد میکند. از آنجا که هدایت والدین و فرزند جهت آزمایش دی ان ای موضوع کارشناسی محسوب شده و جز امارات قضایی به شمار میرود، دادگاه میتواند به استناد این کارشناسی که اماره قضایی است رای صادر کند.

۳- حجیت ادله اثبات نسب

ادله اثبات نسب شامل اماره فراش، اقرار، شهادت و قرعه می باشند که ذیلاً توضیح داده می شود:

الف- امارات: بنابر نظر مشهور، قطع و حجیت امارات و طرق نازل منزله آنها از باب قائم مقامی قطع و برخلاف قطع، جعلی و تابع جعل جاعل است لذا، اماره هم می تواند مستند شهادت قرار گیرد، زیرا منظور از قطع در بینه، قطع طریقی است نه صفتی، پس هرچه طریق به واقع است می تواند مستند تتمیم کشف باشد و عقلاً کاشفیتی با رجحان قطع برای این ها در نظر گرفته اند و در لسان آیات و اخبار از جعل حجیت و طریقت اثری نیست، بلکه عمل عقلاً در طول تاریخ و امضای آن توسط شارع ملاک حجیت طرق و امارات معتبر می باشد.^۲

عده ای نیز بر این عقیده اند که حجیت طرق و امارات از باب قائم مقامی قطع نیست، بلکه قطع طریق عقلی است و طرق و امارات، طریق عقلایی و قطع از این جهت بر طرق عقلایی مقدم است، زیرا عقلاً زمانی به طرق و امارات ترتیب اثر می دهند که قطع در مقام مفقود باشد، عملشان از باب جانشینی نیست. و لذا اگر علمی هم به عنوان مبنا وجود نداشت، باز هم عقلاً بدون توجه به جعل و تنزیل، به امارات و طرق عمل می کردند.

امارات موجود در دست ما بر همین مبنا مورد عمل عقلاً قرار گرفته است و حیات اجتماع و جامعه انسانی به همین روش عقلی بستگی دارد، زیرا در غیر این صورت اگر بنا باشد در هر موردی به علم عمل شود، موجب اختلال نظام مدنی و رکود جامعه بشری می گردد

^۱ .دیانی، عبدالرسول، ایقان وجدان قاضی، مقایسه اجمالی نظامهای حقوقی اسلام، ایران و فرانسه، ماهنامه دادرسی، شهریور ۲۵، ص. ۵۱، شماره، ۱۳۸۴
^۲ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ سوم، ص. ۸۹

لذا در مواردی که طریق عقلی بر حجیت اماره ای تعلق گیرد و سیره عقلا بر عمل به آن قرار یابد و ردعی از جانب شارع در آن مورد وجود نداشته باشد، تبعیت از آن از باب منجزیت و معذوریت، همان گونه که در حجیت قطع آمده است، دارای حجیت است.

براساس ماده ۱۳۲۱ ق.م اماره یکی از دلایل اثبات دعوی است و تفاوت آن با سایر ادله در رسیدن به واقع از راه غیرمستقیم است. اماره براساس قانون مدنی شامل اماره قانونی و قضایی می گردد. اماره فراش وفق مواد^۱ در زمره امارات قانونی است. ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تعریف اماره و بیان ماهیت آن مقرر می دارد: " اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می شود". این تعریف، دخالت عقل و استنباط را در اماره می رساند و نشان می دهد که قانونگذار یا قاضی به آنچه برمی خورد و در اختیار دارد " اوضاع و احوال" است، امری که به خودی خود مطلوب نیست، ولی زمینه ساز رسیدن به واقع مطلوب است، یعنی معلومی است که عقل با مجموع درایت و تجربه بتواند از آن به مجهولی که هدف اثبات است، برسد. به همین جهت، می گویند اماره دلیل غیرمستقیم است.

اثبات خلاف اماره به طور معمول با همه دلایل امکان دارد و حتی اماره های قضایی ویژه هر دعوا می تواند خلاف حکم عام اماره قانونی را ثابت کند. هدف از وضع اماره، کشف واقع از راه عملی است. هرچند قانون ظن نوعی و حکم غالب را تعمیم دهد، چنان که قانون گذار غلبه انتساب فرزند متولد در زمان زوجیت^۲ را به شوهر با وضع اماره فراش به صورت حکمی عام کاشف از نسب قرار داده است این اماره نسبی وفق ماده ۱۳۲۲ ق.م تا زمانی اعتبار دارد که دلیل برخلاف آن نباشد.

ب- شهادت: شهادت در لغت به معنای حضور، معاینه و اطلاع آمده است^۳ و در اصطلاح عبارت است از انتقال حقیقت امری از ناحیه فردی واجد شرایط که آن رادیده و شنیده به قاضی محکمه، علیه یکی از اصحاب دعوی و به نفع دیگری با ادای سوگند و التزام به راستگویی شهادت و بینه گاه در یک مفهوم به کار می روند.

برخی از فقها بینه را چیزی دانسته اند که حق را تبیین و آشکار می کند و بینه را به معنای دلیل برهان ذکر کرده اند و شهادت را از آن رو بینه نامیده اند که سبب روشن شدن حق و رفع اختلاف می شود در مقابل، عده ای از فقها بر این عقیده اند که بینه شهادتی است که شرع آن را حجت می داند و مدعی برای اثبات ادعای خود می تواند بدان تمسک جوید^۴.

^۱ ۱۱۵۸-۱۱۵۹ ق.م.

^۲ اماره فراش در حقوق ایران در مواد ۱۱۵۸-۱۱۶۰ ق.م آمده است و بر مبنای ماده ۱۳۲۲ اماره ای قانونی است.

^۳ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ سوم، ص ۵۸

^۴ حدادعادل، غلامعلی، دانش نامه جهان اسلام، تهران، بنیاد دائره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵، چاپ دوم، ص ۳۹

حجیت بینه مورد قبول همه علما قرار دارد. اما عده ای معتقدند که بینه تنها مفید ظن است، ولی شارع آن را هم مرتبه علم قرار داده است. برخی نیز معتقدند شهادت سبب علم عادی می شود که حجیت آن را عرف قبول و شارع نیز تأیید کرده است.

فقه‌های امامیه معتقدند که علم بر بینه مقدم است و قاضی در صورت آگاهی از واقع، نه به بینه نیازمند است و نه نمی تواند به استناد بینه، حکمی برخلاف علم خود صادر کند. در این میان تعداد معدودی، از جمله این حمزه، این نظریه را منحصر دربار حق الناس پذیرفته اند و گروهی اظهار کرده اند که علم قاضی مطلقاً بر بینه مقدم است^۱.

بنابراین بنظر می رسد حجیت شهادت، مطلق نیست، بلکه اعتبار آن در صورتی است که علم برخلاف آن نداشته باشیم و یا تصریحی مبنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد^۲.

ج- اقرار: اقرار مصدر است و در لغت به معنی اثبات، قراردادن، اعتراف و اذعان داشتن آمده است در اصطلاح حقوقی براساس ماده ۱۲۵۹ ق.م "اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر به ضرر خود" در ق.م در بحث ادله اثبات دعوی، اقرار به عنوان اولین دلیل آمده است چنان که ماده ۱۲۵۸ مقرر می دارد: "دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: ۱- اقرار..".

در حجیت اقرار به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوی تردیدی نیست. در کتاب های فقهی و حقوقی نیز از اقرار به عنوان سید الادله (سرور دلیل ها) و اقوی الحجج (قوی ترین حجت ها) نام برده شده است^۳. با این استدلال که شخص عاقل هیچ گاه بر ضرر خود اقدام نمی کند، مگر این که برای بیان واقع و فراغت از ذمه خویش باشد. مهم ترین دلیل حجیت اقرار، سیره عقلا معرفی گردیده است و آیات و روایات دال بر حجیت اقرار، به عنوان امضای شارع به حساب آمده است.

طبق ماده ۲۰۲ ق.آ.د.م "هرگاه کسی اقرار به امری نماید که دلیل ذی حق بودن طرف او باشد، دلیل دیگری برای ثبوت آن لازم نیست". بر همین مبنا برخی از نویسندگان براین عقیده اند که اقرار برخلاف "بینه" و "یمین" به تنهایی برای رفع خصومت کافی است و بدون نیاز به حکم قابل اجراست و به استناد مواد^۴ در توضیح وصف الزام آور بودن اقرار تصریح دارند که الزام ناشی از اقرار نظیر الزاماتی است که به

^۱ طارمی، حسن، "بینه"، ۱۳۸۰، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی <http://www.encyclopaediaislamica.com/madkhal2.php?sid=2533>

^۲ موسویان، سید ابوالفضل، "قلمرو حجیت علم قاضی در فقه"، مجله مقالات و بررسی ها، دانشگاه تهران، شماره ۷۷، بهار و تابستان ۱۳۸۴، ص ۷۶

^۳ ابوبی مهریزی، حسین، "حکم اقرار مریض از دیدگاه مذاهب خمس"، مجله مقالات و بررسی ها، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران،

شماره ۱۳۸۰، ۵۱، ۵۲، ص ۳۰۴۰

^۴ ۱۲۷۶-۱۲۷۵ ق.م

موجب عقود حاصل می گردد، بنابراین تا وقتی که کذب اقرار نزد حاکم ثابت نشده باشد، اقرار به تنهایی موثر است^{۱۰}

با این حال با دقت در شرایط اقرار و همچنین ماهیت آن مشخص می گردد که دلیل مذکور دارای اعتبار مطلق نیست، زیرا اقرار اخبار به حق است و مانند هر خبر دیگر همواره احتمال صدق و کذب بودن آن وجود دارد.

ماده ۱۲۷۷ ق.م مقرر می دارد: "... اگر مقرر ادعا کند که اقرار او فاسد یا مبنی بر اشتباه یا غلط بوده، شنیده می شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد..".

از یک سود براساس نظریه فقها، ادعای فساد بعد از اقرار مسموع نیست^۲ و از سوی دیگر بر مبنای ماده ۱۱۶۱ ق.م نیز که "... هرگاه شوهر صریحا یا ضمنا اقرار به ابوت خود نموده باشد، دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود"، ظاهر بر این است که اقرار قاطع دعوی است و دلیل مخالف آن مورد پذیرش قرار نمی گیرد. با این حال به نظر می رسد این حکم اختصاص به اقراری دارد که به دو از هرگونه خطا یا اشتباه باشد والا در صورت اشتباه مقرر، نمی توان به طور مطلق بر اعتبار اقرار و صحت آن حکم نمود^۳، زیرا این حکم، خلاف عدالت و انصاف است.

د-قرعه: قرعه یکی از قواعد مهم فقهی است که در اثبات نسب نیز به کار می رود. قرعه در لغت به معنی سهم و نصیب و در اصطلاح حقوقی " روشن است برای رفع تردید و سرگردانی و امکان تصمیم گیری هرگاه تدریجی در بین نباشد"^۴.

در حجیت قرعه اختلاف نظر وجود دارد. برخی از علما با استناد به روایات وارد ه بر این عقیده اند که قرعه به خطا نمی رود و به واقع برخورد می نماید^۵ و قرعه را هم چنان که کاشف می دانند مثبت هم قلمداد می کنند و در این مورد به روایت محمد بن حکیم استناد می نمایند. وی به امام عرض می کند که : قرعه هم خطا دارد و هم صواب. امام در جواب می فرماید: " آنچه را که خدا حکم کند، خطا ندارد".

مقصود از کاشفیت آن است که آنچه خدا کم می کند ، قطعاً مبین واقع است و مقصود از اثبات آن است که آنچه خدا حکم می کند، همان صواب است. در صورتی که واقع معین در افراد مورد قرعه وجود

۱ صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، ج ۹، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش. ص ۴۲۰

۲ نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران، اسلامیه، ۱۳۶۶، چاپ دوم، ص ۱۳۸

۳ کاتوزیان، ناصر، حقوق خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲، چاپ سوم، ص ۶۹

۴ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلامی، بی جا، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش، ج ۳، ص ۵۹

۵ محمدی، علی، شرح اصول الفقه، بی جا، قم، دارالفکر، ۱۳۸۰ ش، ص ۸۰

داشته باشد، قرعه کاشف از واقع است، اما اگر واقع معین بین افراد مورد قرعه نباشد، دلیل قرعه ابتدائاً جعل حکم می کند.^۱

در رد این نظریه استدلال شده است که: قرعه تنها برای فصل خصومت تشریع شده است و روایت محمدبن حکیم که می گوید: "قرعه خطا نمی کند" برای تأکید بر حجیت قرعه می باشد، زیرا عمل به قرعه برخلاف رویه معمول بین عقلاست و پرواضح است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد، مگر آن که آن را "وحی" بدانیم و این غیرمعقول به نظر می رسد، زیرا لازمه اش آن است که قرعه از امارات هم قوی تر باشد

بنابراین اصولاً ادله اثبات نسب از ظاهر و تجلیات علم عادی است^۲ و همه این ادله ظنی است و چون عمل به آنها با وجودی که کشف ناقص و ظنی است حجیت دارد، علم عادی یا اطمینان، به طریق اولی می تواند مستند حکم قرار گیرد. بعلاوه در هیچ یک از این ادله نصی مبنی بر موضوعیت داشتن آنها وجود ندارد و ماهیت این ادله ظنی و اعتبار آنها نسبی است و تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع از سوی شارع تعیین شده اند.

۲-۸-۱- مراتب کشف حکم و موضوع

قطع

«قطع» در لغت معنای گسستن می دهد و به باور جازم نیز اطلاق می شود^۳ بدین اعتبار که موجب انقطاع احتمال خلاف نزد قاطع می شود؛ یا آنکه سبب تفصیل دادن امری از امر دیگر خواهد شد.^۴ قطع در اصطلاح اصولیین، یکی از سه حالت ممکن برای مکلف - پس از التفات نسبت به احکام شرعی - دانسته شده است. بسیاری از اصولیین برجسته، معنای قطع را روشن و بدیهی تلقی کرده و تعریف روشنی از آن ارائه نداده اند و برخی دیگر - به ویژه شارحین - به بیان تعاریفی از این اصطلاح پرداخته اند. در نگاه اول، تعاریف ارائه شده از سوی اصولیین پیرامون معنای قطع در علم اصول، مختلف و حتی متعارض است؛ عده ای آن را معادل علم و یقین برشمرده اند.^۵ عده ای دیگر بر اعم بودن معنای آن از علم سخن گفته اند^۶ برخی تصریح نموده اند که قطع، عین انکشاف از واقع است و در مقابل گروهی دیگر قطع را نتیجه حاصل

۱ محمودی دشتی، علی اکبر، ادله اثبات دعوی، قم، باقری، ۱۳۷۳، چاپ اول، ص ۲۰۸

۲ آهنی، بتول، "اعتبار علم قاضی در صدور حکم" فصلنامه فقه و حقوق اسلامی (ندای صادق)، تهران، دانشگاه امام صادق ۷، شماره ۲۵، ۱۳۸۱، ص

۶۳

۳ ابن فارس، احمد. ۱۴۰۴ق معجم مقاییس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم: چاپ اول.

۴ انصاری، مرتضی. ۱۳۸۳ مطارح الأنظار، قم: نشر خاتم الانبیا، چاپ دوم.

۵ مشکینی اردبیلی، علی. ۱۳۹۶ق تحریر المعالم فی أصول الفقه، قم: نشر مهر، چاپ اول.

۶ نجفی، محمد حسن. ۱۴۰۴ق جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.

از قیام کواشف برشمرده‌اند. با وجود این اختلاف تعابیر، با بررسی دقیق سخنان اصولیین می‌توان دریافت که بسیاری از آنان مفهوم مشابهی از قطع را در نظر داشته‌اند. نزد آنان قطع یکی از سه حالت مکلف نسبت به حکم شرعی دانسته شده که در برابر ظن و شک قرار می‌گیرد؛ بدین معنی که مکلف نسبت به حکم شرعی یقین و باور جزمی پیدا می‌کند. از آنجا که این اصطلاح در نزد اصولیین معنای خاصی دارد لازم است ماهیت و ویژگی‌های مهم آن از نگاه ایشان تبیین شود تا مفهوم روشن و تعریف جامعی از آن به دست آید. نخست آنکه از دید مشهور اصولیین میان قطع و واقعیت هیچ ملازمه‌ای نیست؛ بدین معنی که آنچه فردی به آن قطع پیدا کرده می‌تواند مطابق با واقع باشد یا نباشد و این دو حالت از اقسام قطع به شمار می‌آیند شاهد این ادعا آن است که اصولیین در مبحث قطع، مباحث مربوط به معذرت قطع و نیز حکم تجرّی را مطرح نموده‌اند که این دو به جز در حالت عدم تطابق قطع با واقع روی نمی‌دهند همچنین طرح مباحثی همچون علم اجمالی به خطا بودن برخی قطع‌ها نشان دهنده همین مدعاست.

بنابراین نباید اظهاراتی نظیر اینکه «قطع رسیدن به ساحت واقع است»^۱ این توهم را ایجاد کند که مقصود از قطع، قطع به معنای اخصّ یعنی صورت اصابت قطع با واقع است؛ بلکه مقصود از این سخن آن است که قاطع، قطع خود را - چه مطابق با واقع باشد چه نباشد - کاشف از واقع به حساب می‌آورد.

دوم اینکه قطع از حالات نفسانی مکلف و قسمی در برابر ظن و شک است. بنابراین عباراتی نظیر آنکه «قطع آن است که در آن احتمال خطایی داده نشود» نباید ذهن را به سمت امور بدیهی و مانند آن ببرد بلکه منظور از این عبارت آن است که قاطع هیچ احتمال خلافی در قطع خود ندهد. چه احتمال خطا کم باشد و چه مساوی با احتمال صحت. همچنین احتمال خطا باید به طور خاص و معین موجود باشد و علم اجمالی به خطا بودن برخی از قطع‌ها، بدون مشخص بودن محدوده و زمان آن، خدشه‌ای به قطع بودن آنها وارد نمی‌کند سوم آنکه منشأ قطع و شخصیت قاطع تغییری در ماهیت آن ایجاد نمی‌کند؛ به طور کلی قطع می‌تواند از تفقه در قرآن و روایات، تراکم قرائن عقلایی، احکام عقلی، مکاشفات روحانی، خواب و رؤیا، علوم غریبه، قیاس‌های غیر معتبر و عوامل روانی و مزاجی و حتی اموری بدون ارتباط مانند پریدن کلاغ به دست آید.^۲

با توجه به سه مورد گفته شده می‌توان قطع را تعریف کرد: «قطع یعنی آنکه مکلف نسبت به حکم یا موضوعی شرعی یقین و باور جزمی پیدا کند؛ به صورتی که هیچ احتمال خطایی در آن ندهد، خواه آن قطع با واقع نیز مطابق باشد یا خیر و خواه از طرق معمول به دست آید یا غیر معمول». از این رو می‌توان مقصود کسانی را که قطع را به معنای علم یا اعم از آن دانسته‌اند درک کرد. توضیح آنکه علم در لغت به

^۱ مکارم، ناصر شیرازی. ۱۴۲۸ق *انوار الأصول*، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب

^۲ حیدری، علی نقی. ۱۴۱۲ق *اصول الاستنباط*، قم: حوزه علمیه. چاپ اول.

معنای دانستن و در برابر جهل به کار می‌رود در علوم عقلی برای این واژه دو تعریف مهم ارائه شده است؛ گاه آن را به صورت حاصل از اشیاء نزد ذهن تعریف کرده‌اند و گاه به اعتقاد جازم مطابق با واقع^۱ از نظر برخی، تفاوت بسیار مهم این دو تعریف در آن است که مطابق با تعریف نخست، جهل مرکب نیز داخل در معنای علم خواهد شد و لذا تعریف اول اعم از تعریف دوم خواهد بود استدلال این گروه آن است که در مواقع جهل مرکب نیز صورتی از اشیاء نزد ذهن حاصل شده و بنابراین جهل مرکب نیز در شمار علم به حساب می‌آید. البته این استدلال مورد انتقاد برخی از اندیشمندان قرار گرفته است؛ بدین بیان که صورت حاصل از اشیاء نزد عقل، ضرورتاً مطابق با واقع خواهد بود و فرد دارای جهل مرکب، پندار حصول صورتی از اشیاء را دارد نه خود آن را؛ لذا اگر فردی معتقد به مسطح بودن کره زمین باشد، صورتی از شیء (زمین) در ذهن او حاصل نشده بلکه زعم حصول صورتی از اشیاء برای وی حاصل شده است.

ظن

ظن عبارت است از حالتی نفسانی برای انسان همچون علم و شک. با این تفاوت که مرتبه آن از شک که تردید با تساوی دو طرف احتمال است بالاتر و از علم که یقین به چیزی است پایین‌تر است. به عبارت دیگر، هنگام پیدایی تردید، چنانچه به نظر فرد یک طرف تردید قوی‌تر و از طرف دیگر به واقع نزدیک‌تر باشد، در اصطلاح، طرف راجح را ظن گویند. آیات و روایات بسیاری با تعبیرهای گوناگون بر عدم جواز عمل به مقتضای ظن دلالت دارد و از عمل به آن نهی کرده است؛^۳ از این رو، بنابر اصل و قاعده اولی، شکی در حرمت عمل به مفاد ظن نیست،^۴ لیکن در اینجا بین اصولیان دو بحث مطرح است: یکی امکان تعبد به ظن به عنوان راهی برای دستیابی به احکام از سوی شارع مقدس، و دیگری در فرض امکان آن وقوع چنین تعبدی. مشهور میان اصولیان امکان تعبد به ظن، بلکه وقوع آن است؛ از این رو، گفته‌اند: هرگاه دلیلی قطعی بر اعتبار ظنی دلالت کند، مانند ظن حاصل از خبر واحد، آن ظن به عنوان راهی برای دستیابی به احکام شرعی، حجّت و عمل به مقتضای آن جایز خواهد بود. در این صورت عمل به مقتضای ظن به جهت وجود دلیل قطعی بر اعتبار آن نزد شارع در حقیقت، عمل به قطع و یقین است نه ظن. اصولیان از این ظنون به ظنون خاص در مقابل ظنون مطلق تعبیر می‌کنند؛ چنان که به جهت دلالت دلیل قطعی بر اعتبار آن «طریق علمی» نیز نامیده می‌شود. از آنجا که اصل در ظن عدم حجیت است، مگر در صورت دلالت دلیل قطعی بر اعتبار آن، اصولیان در مقام عدم اعتبار ظن، وقوع شک در اعتبار آن و یا عدم حصول علم به اعتبار آن را کافی دانسته‌اند، مانند ظن حاصل از شهرت؛ هرچند ظن حاصل از آن قوی باشد. بنابر این، آنچه نیازمند

^۱ صلیبا، جمیل و منوچهر صانعی. ۱۳۶۶ فرهنگ فلسفی، تهران: انتشارات حکمت، چاپ اول.

^۲ اصطلاحات الاصول، ص ۱۶۱.

^۳ هدایة الامّة، ج ۸، ص ۳۷۰-۳۷۲.

^۴ اصول الفقه، ج ۲، ص ۱۶.

دلیل می‌باشد، حجیت ظن است نه عدم حجیت آن.^۱ برخی اصولیان، هر ظنی با حصول از هر سببی را جز ظنونی که دلیل قطعی بر عدم اعتبار آنها دلالت دارد، مانند قیاس و استحسان حجت می‌دانند. مهم‌ترین دلیل آنان بر این نظر دلیل انسداد است؛ لیکن این قول، نادر و شاذ می‌باشد و مشهور میان اصولیان عدم حجیت ظن مطلق است.^۲

شک

شک در لغت به حالت نفسانی ناشی از تردید بین دو یا چند چیز گفته می‌شود، در مقابل یقین. اعم از آنکه دو طرف تردید همسان (پنجاه پنجاه) باشند یا یک طرف بر طرف دیگر رجحان داشته باشد؛ لیکن شک در کلمات فقها دو اطلاق دارد؛ گاهی در برابر یقین و ظن به کار می‌رود که مراد از آن حالت نفسانی ناشی از تردید میان دو یا چند چیز به طور مساوی است و با رجحان یک طرف، طرف راجح ظن و طرف مرجوح «وهم» نامیده می‌شود، نه شک. گاهی نیز در مقابل یقین به کار می‌رود و مراد از آن اعم از تردید متساوی الطرفین و وهم و ظنی است که از نظر شرعیدلیل بر اعتبار آن وجود ندارد.^۳

شک، مقابل علم و ظن و از حالت‌های نفسانی انسان است که از تردید در انتخاب یکی از دو طرف احتمال ناشی می‌گردد که هیچ یک بر دیگری برتری ندارد؛ به عبارت دیگر، شک در جایی مطرح است که انسان در انتخاب یکی از دو گزینه مردد شود و هیچ یک از آنها در نظر او بر دیگری مزیتی نداشته باشد. در علم اصول فقه، شک، حجت نیست و ظن غیر معتبر و وهم نیز به شک ملحق می‌شود؛ به بیان دیگر، می‌توان گفت در اصول، شک در مقابل یقین است و یقین شامل یقین وجدانی (قطع صد در صد) و (یقین تبعیدی ظنی که دلیل معتبر بر حجیت آن، وجود دارد) است؛ بنابراین، ظن غیر معتبر، وهم و شک هر سه در اصول، «شک» نامیده شده و احکام شک در مورد آنها جاری می‌گردد.

۹-۲- انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب

در خصوص انحصار ادله اثبات نسب، بحث مستقلاً در منابع فقهی و کتب حقوقی صورت نگرفته است، اما در زمینه انحصار ادله اثبات دعوی دونه نظریه کلی وجود دارد. برخی براساس روایات وارده از معصومان (ع) از جمله روایت صحیح هاشم بن حکم نقل از امام صادق که پیامبر اکرم فرمود: "انما اقصی بینکم بالبینات و الایمان فبعضکم الحن بحجته من بعض، فایما رجل قطعته له من مال اخیه شیئا فانما

^۱ فرائد الاصول، ج ۱، ص ۱۲۵-۱۳۴.

^۲ عوائد الایام، ص ۳۵۵-۳۵۷.

^۳ مصباح الفقیه، ج ۱۴، ص ۵۰۷-۵۱۳.

قطعت له به قطعه من النار"^۱ معتقدند استفاده از کلمه " انما " به عنوان ادات حصر، بیانگر انحصار ادله اثبات دعوی در " بینه" برای مدهی و یمین (سوگند) برای منکر بوده است و دلیلی به غیر از آن قابل پذیرش نیست .^۲ در واقع بر مبنای این روایت، پیامبر اکرم مستندات قضاوت را منحصر به " بینه" و " سوگند" دانسته اند^۳

عده ای نیز بر این اعتقادند که اولاً- ادله اثبات دعوی غیرحصری است، زیرا در روایت مذکور، اولاً ادات حصر به کار نرفته است و از آن جا که در این روایت " اقرار" در زمره ادله اثبات دعوی نیامده است، بنابراین نمی توان به حصری بودن آن حکم نمود.^۴ ثانیاً- بینه هرچند که در لسان فقها و فقه مصطلح به معنای شهادت دو شاهد عادل به کار رفته است دلیل روشن و چیزی که چیزدیگر با آن اثبات می شود، آمده است^۵ و لذا بینه همه طرقی را که به کشف حقیقت منجر می گردد، در برمی گیرد.

در خصوص ادله اثبات نسب نیز همین استدلال جریان دارد. اولاً- ادله اثبات نسب در منابع فقهی به صورت پراکنده و در مباحث مختلفی مورد اشاره قرار گرفته است، ثانیاً- در بیان ادله اثبات نسب، از ادات حصر استفاده نشده است ثالثاً دلیل خاص بر انحصار ادله اثبات نسب نداریم، رابعاً، در قوانین در خصوص ادله اثبات نسب، صراحت قانونی وجود ندارد و اصحاب دعوی محدودیتی در استناد به ادله برای اثبات دعوی ندارند.

بخش دوم اثبات نسب در حقوق

۲-۱۰- مفهوم نسب در قانون مدنی

نسب در لغت به معنای اصل، نژاد و خویشاوندی است و در اصطلاح حقوقی باتوجه به کتاب هشتم قانون مدنی وابستگی خونی و حقوقی بین افراد را گویند.

در قانون مدنی ایران تعریفی برای نسب بیان نشده است ولی در باب اول کتاب هشتم قانون مدنی ایران (نسب) عنوان فرعی از عنوان اصلی در (اولاد) است و مواد^۶ به این موضوع اختصاص یافته است از بررسی مواد مذکور می توان استفاده کرد که نسب را باید رابطه خویشاوندی بین دو نفر دانست که یکی از

۱ من در میان شما صرفاً براساس بینه و سوگند قضاوت می کنم پس بعضی از شما درآوردن دلیل، توانا تر از بعضی دیگر هستید، پس هرگاه مردی از مال برادرش چیزی برای خود بسازد، همانا که پاره ای از دوزخ را به ملک او داخل کرده ام.

۲ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲، چاپ ششم، ص ۴۸

۳ خورسندیان، محمدعلی، " بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران"، مجله علوم اجتماعی، شیراز، دانشگاه شیراز، شماره ۴۱، تابستان ۱۳۸۳، ص ۳۰۴

۴ خوئینی، غفر، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، تهران، فضیلت علم، ۱۳۸۱، ج اول، ص ۱۴۸

۵ راغب اصفهانی، حسین، المفردات فی غریب القرآن، مصر، الکتاب، ۱۴۰۴هـ چاپ دوم، ص ۵۰۳

۱۱۵۸ تا ۱۱۶۸

نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند.^۱ بنابراین جهت دستیابی به ماهیت نسب به مفهوم لغوی و عرفی نسب می پردازیم:

نسب در لغت به معنای: تژاد، اصل، رگ و ریشه و گوهر آمده است.

نسب در اصطلاح حقوقی عبارت است (از رابطه خویشاوندی که از راه خون بین دو یا چند شخص برقرار می شود به عبارتی رابطه طبیعی انسان با زن و مردی که او را به وجود آورده با کسانی که با او در خط مسقیم صعودی قرابت دارند در اصطلاح حقوقی نسب نامیده می شود) در ترمینولوژی حقوق عناصر نسب چنین بیان شده است:

اول: ولادت، مانند نسب فرزند و پدر نسبت به یکدیگر و رابطه خواهر و برادر نسبت به همدیگر.

دوم: مشروع بودن نکاح، اساس نسب است پس در تلقیح مصنوعی، نطفه ولد به تراضی مرد و زن بدون در بین بودن نکاح مشروع، نسب مشروع را پدید نمی آورد و با شک در تحقق نسب بر اساس گفتار بالا حکم به حصول نسب نمی توان کرد.^۲

نسب در زبان عربی (مصدر از ماده ن س ب) است که به معنای قرابت و خویشاوندی است. خداوند متعال نیز در قرآن کریم بر آن تصریح گذارنده و فرموده است: هو الذی خلق من الماء بشرا فجعله نسبا و صهرا و کان ربک قدبرا: (او کسی است که از آب انسانی را آفرید، سپس او را نسب و سبب قرار داد و پروردگار تو همواره توانا است) برخی در تعریف نسب گفته اند: النسب یثبت مع النکاح الصحیح و مع الشبهه و لا یثبت مع الزنا در کتب فقهی نسب عبارت است از اتصال کسی به کس دیگر به وسیله ولادت خواه یکی به دیگری منتهی شود یا هر دو به شخص ثالث منتهی گردد اولی مانند نسبت پدر به پسر یا دختر و دومی مانند نسبت دو برادر و یا دو خواهر یا یک برادر و یک خواهر است که هر دو به یک پدر و مادر منتهی می شود این تعریف که قول شهید ثانی بر محور آن می گردد آنچنان جامع است که تمامی طبقات نسب را فرا می گیرد که البته شهید ثانی نیز در تعریف نسب قید (علی الوجه الشرعی) را نیز به آن اضافه کرده است و آن اشاره به این است که نسب نامشروع نسب نیست.

یعنی با زنا نسب قانونی یا شرعی ثابت نمی شود نه نسب طبیعی، از قسمت اول تعریف دو قسم نسب استنباط می شود: (یکی ابوت، دیگری نبوت یعنی گاهی فرزند به پدر منتهی می شود که این نسب را طولی و صعودی و گاهی پدر به فرزند نسبت داده می شود که این را طولی و نزولی می گویند و هر کدام از اینها از حیث قرب و بعد درجاتی دارد در جواهر الکلام آمده است، نسب عبارت است از وابستگی و اتصال با ولادت به منتسب شدن یکی به دیگری و یا منتسب شدن هر دوی آنان به شخص سوم یا نسبت

^۱ صفایی، سید حسین، حقوق خانواده، چاپ چهارم، ۱۳۸۰، تهران، جلد ۱ ص ۴۹

^۲ کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی مدنی، حقوق خانواده، ج دوم، انتشارات سهامی، ۱۳۸۹، ص ۳۲۷

ارتباط ولادتی دونفر از طریق پیدایش یکی از دیگری یا پیدایش آن دو از شخص سومی از اصول (پدر یا اجداد) انسان و فروع اول ، اصول اوست و به عبارت دیگر هر شخص نزدیک به اوست هر چند با واسطه کسی باشد که به او نزدیک تر است ، به فرزندان عمو و عمه و خاله و دایی (نسب در تعریفی دیگر در جواهر عبارت است : از فرزندی که از رابطه جنسی مرد و زن به وجود می آید و بین او و والدینش رابطه ای برقرار می شود . برخی در تعریف نسب چنین بیان داشته اند : نسب علاقه ای است که بین دونفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می شود .

۲-۱۱- ماهیت حقوقی نسب

در خصوص ماهیت حقوقی نسب دونظریه وجود دارد: برخی از حقوقدانان معتقدند، باتوجه به این که ماهیت نسب از سوی قانونگذار و شارع تعریف نشده، به نظر می رسد قانون گذار در این مورد از عرف تبعیت کرده است، به عبارت دیگر معتقدند در مورد نسب به اصطلاح اصولی، حقیقت شرعیه ای وجود ندارد^۱ و اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی در نظر داشت منطق قانونگذار اقتضاء می کرد که معنی موردنظر را بیان کند تا تأخیر بیان از زمان احتیاج لازم نیاید براساس این نظریه نسب منشاء واقعی دارد در مقابل برخی از حقوقدانان برای نسب حقیقت شرعیه قائل هستند، به عبارت دیگر معتقدند، نسب امری جعلی و قانونی است، به گونه ای که هر جا مقنن نسب را بپذیرد، تحقق می یابد، طرفداران این نظر، حکم به نفی نسب در مورد زنا داده اند و با ذکر مصادیقی از جعل نسب در شرع تلاش کرده اند نسب را ماهیتی جعلی و قانونی نشان دهند اما با دقت در مصادیق ذکر شده می توان خلاف آن را نتیجه گرفت، به عقیده بسیاری از فقهای امامیه رابطه ی نسبی میان زانی و طفل برقرار است و تنها توارث بنا به دلیل خاص بین آنها منتفی است و به عقیده ی نگارنده نسب امری انتزاعی با منشاء واقعی است به عبارتی شارع در مورد زنا نسب را جعل نکرده بلکه نسب را هم چنان برقرار می داند چرا که بین نسب طفل حاصل از مشروع و طفلی که زن و مردی به طور نامشروع او را ایجاد کرده اند، تفاوت گذارده و مفهوم این عمل آن است که شارع نسب را در حالت نامشروع هم برقرار می داند .

۲-۱۲- تعریف DNA

بررسی مولکول DNA که انگشت نگاری ژنتیک نیز نامیده می شود، برای نخستین بار در سال ۱۹۸۵ میلادی توسط دکتر جفرسون جهت استفاده در تشخیص هویت مطرح شد و پس از آن به شکل گسترده ای در تحقیقات قانونی در مورد استفاده قرار گرفت.^۲ در حقیقت جفرسون مشخص کرد که در زنجیره ی DNA ، هزاران توالی یکسان وجود دارد که طول، نوع باز و تعداد تکرار این توالی ها در هر فرد

۱دینانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، بی چا، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.، ص ۷۲

۲سجادیان، عبدالله " کاربرد بیومولکول DNA در پرونده های قضایی " سال ۴، دوره ۲، ش ۱۳، ص ۹۸

متفاوت و منحصر به فرد است، بنابراین شناسایی و نشان دادن توالی نوکلئوتیدها در سلول اساس شناسایی DNA است در واقع روشن تعیین توالی اجزاء تشخیص دهنده مناطق تکرارشونده مبنای آزمایش DNA است که به آن DNA TYPING هم گرفته می شود. به عبارتی آزمایش DNA بر مبنای تعیین و مقایسه توالی های اجزاء تشکیل دهنده مناطق تکرارشونده از طریق روش های بررسی مولکولی از جمله، VN STR , RFLP به تعیین رابطه ی ابوت بین افراد می پردازد. در واقع ملاک این بررسی، تشخیص تجانس بین پدر احتمالی و فرزند از طریق مقایسه تکرار توالی بارها در DNA دو فرد است. لذا با تشخیص تجانس بین دو فرد (فرزند و پدر احتمالی و نیز در مقایسه DNA با مادر) می توان نسبت به وجود ابوت فرد ادعایی نظر داد. در حال حاضر برای شناسایی توالی های DNA افراد از دستگاه توالی یاب ABI استفاده می شود، در این دستگاه نمونه های DNA پس از انجام آزمایش PCR اولیه در لوله های الکتروفورز موینه حرکت کرده و باتوجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف های کامپیوتری نمایش داده می شوند. به این ترتیب مارکهای ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته شده و مقایسه می شوند. درصدی خطای این آزمایش بسیار کم است و نسبت موفقیت آن را در تعیین ابوت ۹۹/۹۵ ، ذکر کرده اند. لازم به توضیح است در هر یک از راه های بررسی مولکول DNA همواره مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارد که نتیجه ۱۰۰٪ را به دنبال دارد، با این حال نتایج این آزمایش در بسیاری موارد به ۱۰۰٪ نمی رسد، علت این است که برای رسیدن به یک نتیجه ۱۰۰٪ لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش قرار گیرند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجه ی یقینی دست یافت، با این حال، وجود بالاتر از ۹۹٪ بیانگر آن است که امکان وجود رابطه ی بین کودک موردنظر و شخص دیگری غیر از پدر احتمالی با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است، به عبارتی معمولاً جامعه آماری مورد بررسی بر مبنای افراد مورد نظر احتمالی محدود است و در واقع نسبت شباهت DNA کودک با افراد احتمالی مورد بررسی نسبت به سایر افراد مدعی که محدود می باشند ۱۰۰ ، است، هرچند در مقایسه با کل افراد جهان (احتمال اینکه DNA فردی در کل جهان به کودک موردنظر شباهت داشته باشد و بین آنها رابطه وجود داشته باشد) درصدی از آن بعنوان یک احتمال کاسته می گردد، بنابراین به لحاظ ژنتیکی این میزان تقریب ۹۹٪ عملاً به مفهوم اثبات نسب است و خطای آن خللی به قابل اطمینان بودن آزمایش وارد نمی کند و اساس به لحاظ ژنتیکی خطا محسوب نمی شود لذا می توان گفت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قاطع می تواند نسب پدری را به اثبات رساند.^۱

^۱توفیقی، حسن و سایرین " کارایی DNA TYPING بعنوان روش قطعی در تعیین رابطه نسبیت" مجله علمی پزشکی قانون، سال ۵، ش ۱۸، ص

۲-۱۳- اثبات نسب طفل توسط قاعده فراش

چنانچه نسب مشروع و قانونی طفلی مورد اختلاف باشد برای اثبات آن سه موضوع باید ثابت گردد: رابطه زوجیت، نسب مادری و نسب پدری، با احراز این سه امر حکم به وجود رابطه ی نسب مشروع بین طفل و پدر و مادر معین خواهد شد.

اثبات رابطه زوجیت با هر یک از ادله اثبات دعوی یعنی اقرار، سند، شهود، امارات قضائی و سوگند امکان پذیر می باشد، در اثبات نسب مادری باید ثابت شود اولاً: زنی که مادر طفل معرفی شده کودکی به دنیا آورده است. ثانیاً: این بچه همان طفلی است که اثبات نسب او مورد نظر است، در اثبات نسب مادری نیز از هر یک از دلایل قانونی می توان استفاده کرد. اما اثبات نسب پدری دشوارتر از اثبات نسب مادری است زیرا ولادت کودک از مادر، امری خارجی و مشهود است، لیکن تکون طفل از نطفه ی مردی مشخص به عنوان شوهر زن امری مخفی است که بدون آگاهی شخص صورت می گیرد، حتی خود زن و شوهر هم از انعقاد نطفه طفل فوراً مطلع نمی شوند. بنابراین برای اثبات نسب پدری در جستجوی قطع و یقین نباید بود، هیچ دلیلی نمی تواند به طور قطع ثابت کند که کودک از نطفه فلان مرد است. آزمایش خون هم فقط می تواند دلیل منفی بر نسب باشد نه دلیل مثبت یعنی آزمایش خون عدم نسب را از لحاظ علمی می تواند ثابت کند، لیکن از این طریق نمی توان به طور یقین وجود نسب را اثبات کرد. در نتیجه در اثبات نسب پدری باید به دلایل ظنی و امارات اکتفا کرد. با توجه به نکات فوق در جهت مصلحت جامعه و خیر و صلاح طفل و حفظ عفت و رعایت آرامش و امنیت خانوادگی و آبرو و احترام افراد؛ به کمک قاعده ای به نام اماره فراش یا اماره ابوت می توان نسب پدری طفل را اثبات نمود: استناد به قاعده فراش ساده ترین راه اثبات نسب پدری است، لیکن تنها دلیل اثبات نسب پدری نیست بلکه دلایل دیگری از قبیل شهادت و امارات قضائی نیز وجود دارد که در کتب فقهی و حقوقی بیان گردیده است. در این پایان نامه صرفاً اماره یا قاعده فراش توضیح داده می شود. تبیین قاعده فوق و مسائل مربوط به آن مستلزم بحث از جهات زیر می باشد.

مدرک قاعده، مفاد قاعده، شرایط اجرای اماره فراش، اجرای قاعده فراش در فرزند شبهه، قاعده فراش و زنا، قاعده فراش و تلقیح مصنوعی.

۲-۱۴- اعتبار آزمایش دی.ان.ای از دیدگاه حقوق

نقیصه را جبران نموده است. ادله اثبات دعوی شامل اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم میباشد. قانون آیین دادرسی مدنی علاوه بر موارد فوق معاینه محل، تحقیق و کارشناسی را نیز در زمره این

ادله آورده است ۲ محلی. لذا قانونگذار در ارائه دلیل برای اثبات دعوی محدودیتی قائل نگردیده است، مع الوصف در خصوص ادله اثبات نسب نیز تصریحی وجود ندارد و صرفاً در مواد^۱ به اماره فراش و در ماده ۱۲۷۳ به اقرار به نسب اشاره نموده است. گرچه به نظر میرسد برای اثبات نسب هم به عنوان یک ادعا به هر یک از ادله مذکور بتوان استناد نمود. در کتب حقوقی نیز طرق اثبات نسب تحت دو عنوان اماره فراش و ادله دیگر مورد بررسی قرار گرفته است^۲ در استفاده از آزمایشهای ژنتیک میان حقوقدانان بحث و بررسی چندانی صورت نگرفته است و تنها عده قلیلی به این موضوع به اختصار پرداخته اند. یکی از اساتید برجسته حقوق بر این عقیده است که اماره فراش دلیل منحصر قانونی نیست و از سایر ادله از جمله آزمایشهای پزشکی نیز میتوان در اثبات نسب کمک گرفت، زیرا هیچ یک از امارات دلیل منحصر شناخته نمی شوند مگر اینکه قانون به آن تصریح نماید و ادله و قراین دیگر را مثبت نداند. عده ای نیز آزمایش های «دی.ان.ای» را در شمار دلیل کارشناسی آورده و بر این عقیده اند که از آزمایش های «دی.ان.ای» در انتقای انتساب طفل به شوهر میتوان بهره برد، اما در اثبات نسب به تنهایی نمی تواند مثبت باشد، بلکه به عنوان جزئی از امارات قضایی میتواند مورد توجه دادرس قرار گیرد^۳ اداره حقوقی قوه قضائیه به موجب نظریهای اعلام نموده است که بر اساس آن هر چند اثبات نسب طبیعی مرد و طفل متولد از زنا از طریق آزمایش پزشکی امکانپذیر است، لیکن این امر موجب توارث و ولایت پدر بر او نمی شود، در عین حال بعضی وظایف و تکالیفی که ابوبن دارند، مانند حضانت و انفاق (نگهداری و هزینه آن و اخذ شناسنامه و همچنین پاره ای از احکام مانند حرمت ازدواج با محارم بر نسب طبیعی مترتب است و فقط ارث و ولایت است که در نسب شرعی و قانونی مترتب می شود. گرچه اظهارنظر حقوقدانان تقریباً به موارد فوق محدود گردیده است، اما نکته حائز اهمیت این است که از میان همین عده قلیل، کسی قائل به عدم اعتبار مطلق آزمایشهای «دی.ان.ای» نگردیده است و صرفاً در نوع استناد به آن اختلاف نظر وجود دارد؛ در حالیکه از نظریه برخی مراجع تقلید عدم قابلیت مطلق استفاده از اینگونه آزمایشها قابل استنباط است. با این حال، قدر متیقن از کلام حقوقدانان و فقها آن است که آزمایشهای ژنتیک در صورتی که مبنایی برای حصول علم برای قاضی باشد، استناد به آن برای حل نزاع بلامانع است. نگارنده بر این باور است که قدرت اثباتی آزمایش «دی.ان.ای» منوط به رعایت استانداردهای علمی از سایر امارات قویتر است و در فرض تعارض با سایر امارات ترجیح با آزمایش مذکور میباشد. اما آیا اساساً علم قاضی حجیت دارد؟ منظور از علم چیست و چه علمی در اعطای اعتبار به آزمایشهای «دی.ان.ای» مد نظر فقها و حقوقدانان است که با حصول آن بتوان قائل

^۱ ۱۱۵۹، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م.

^۲ امامی، ۱۳۴۳، ج ۵، ص ۱۵۵ و ۱۷۲.

^۳ ثانیزاده، ۱۳۸۰، ص ۳۰۲؛ امامی و صفائی، ۱۳۷۴، ج ۲، ص ۵۷.

به حجیت آزمایشهای «دی.ان.ای» گردید؟ منظور از قطع و یقین چیست؟ آیا به ظنون و احکامی که از حیث وثاقت در مرتبه قطع نیستند، میتوان ترتیب اثر داد؟ آیا ادله اثبات نسب موجب تحقق قطع میگردند یا اینکه این ادله از ادله ظنی میباشند؟ آیا ادله اثبات نسب حصری هستند^۱ و امکان پذیرش دلیل جدیدی برای اثبات نسب وجود ندارد یا آنکه این ادله حصری نیستند و هر دلیل جدیدی که بتوان با آن به حقیقت دست یافت، میتواند در زمره ادله اثبات نسب آورده شود؟

با وجودی که کمتر از ۲۲۲ سال از عمر دانش ژنتیک میگذرد، روایتی از امام صادق(ع) نقل شده است که به نظر میرسد انگشت نگاری ژنتیکی از آن قابل برداشت باشد؛ از حضرت سؤال شد که آیا جسد میت میپوسد؟ فرمودند: بله، به گونه ای که گوشت و استخوانی برایش باقی نمی ماند، مگر سرشتی که از آن آفریده شده است، زیرا آن نمی پوسد، در قبر باقی می ماند و در حال تحول است تا دوباره فرد از آن آفریده شود، همانطور که اولینبار آفریده شده بود. علامه مجلسی ذیل این روایت بیان میدارد که همه چیز جز آن هسته مرکزی دچار تحول و تغییر میگردد که در همه احوال محفوظ باقی میماند و این مؤید آن است که تشخیص انسان به واسطه اجزای اصلی اوست و دیگر اجزا و عوارض دخالتی در آن ندارد. بر اساس دیدگاه دیگری نیز منظور از «سرشت» در روایت مذکور، «ژن» است. اگر آسیب یا مانعی در کار نباشد، ژنهای یک سلول میتوانند میلیونها سال و شاید میلیاردها سال با همان خصوصیات اولیه زنده بمانند و یا سلولهای عیناً شبیه خود را تولید کنند.

در روایت دیگری آمده است که ضمیم بن قتاده از زنی که از قبیله بنی عجل داشت، دارای فرزندی سیاه شد؛ او بابت این مسأله بیمناک بود، از این رو نزد پیامبر(ص) شکایت کرد، حضرت فرمود: آیا شتر داری؟ گفت: بله. فرمود: چه رنگی است؟ جواب داد: «سرخ و سیاه». پیامبر(ص) فرمود: چگونه ممکن است؟ وی پاسخ داد: عرقی او را درک کرده است. حضرت فرمود: «و در این مورد هم عرقی او را درک کرده است». سپس پیرزنهایی از قبیله بنی عجل خبر دادند که آن زن جده ای سیاه داشته است! نبی اکرم (ص) به مردی که نسبت به همسرش سوء ظن داشت با منطق و استدلال خود او پاسخ داد که این پاسخ حاکی از وجود ژنهای نهفته است که در نسلهای بعد صفتی را آشکار میسازد. امام صادق(ع) فرمود که مردی نزد پیامبر(ص) آمد و عرض کرد: ای پیامبر من از منزل خارج شدم، در حالی که همسرم در دوران قاعدگی بود و برگشتم در حالی که حامله بود تکلیف چیست؟ پیامبر(ص) فرمود: چه کسی را متهم میکنی؟ گفت: دو نفر را متهم میکنم. حضرت فرمود: آن دو نفر را بیاور. آن مرد دو متهم را آورد. پیامبر(ص) فرمود: اگر کودک فرزند این(شوهر) باشد، با موهای مجعد و چنین اوصافی به دنیا میآید.^۲ «کودک همانطور که رسول

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی (ادله اثبات دعوا)، ج ۱۰، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲ش، ج ۶، ص ۱۳۹

^۲ گنجی، حمزه، ۱۳۷۵، روان شناسی تفاوت های فردی، تهران، موسسه انتشارات بعثت، ص ۴۳

خدا(ص) فرموده بود، به دنیا آمد. احتمالاً کودک به پدرش شباهت داشته تا بدین ترتیب از مادرش و آن دو مرد رفع اتهام شود، البته نبی مکرم(ص)، به اوصاف کودک و شباهت او به پدرش از طریق علم غیب آگاه بوده است. همانطور که ذکر شد از مهمترین کاربردهای بررسی DNA، تعیین خویشاوندی است، ولی قرن‌ها پیش که امکانات و تجهیزات آزمایشگاهی وجود نداشت معصومین(ع) در قالب الفاظ ساده، مردانی را که به دلیل عدم شباهت فرزندشان به خود و همسرشان، دچار سوء ظن به همسر شده و با مراجعه به معصومین(ع) کسب تکلیف میکردند را توجیه نموده و تأکید مینمودند که مولود از آن خودشان است.

۲-۱۵-استناد به DNA در جهت انکار نسب از دیدگاه حقوقی

بر اساس این قاعده در رابطه بین زوجین شرعی، هرگاه فرزندی متولد شود ملحق به شوهر است. به شرط اینکه از نخستین نزدیکی بین زن و شوهر شش ماه سپری شده باشد^۱ و از آخرین نزدیکی آنان بیش از ۱۰ ماه نگذشته باشد. درست است که این قاعده همیشه منطبق با واقع نیست اما اغلب با واقع امر انطباق دارد(به همین دلیل «اماره» خوانده می‌شود و درست است که خلاف اماره به طور معمول قابل اثبات است، اما این اماره (اماره فراش) به خاطر اینکه بر اساس یک مصلحت اجتماعی وضع شده و تزلزل آن باعث تلاش خانواده می‌گردد، در فقه و حقوق، اثبات خلاف آن از طریق توسل به ظاهر قیافه و رنگ چهره و قرائن دیگر قابل اثبات نیست.

با این همه، آزمایش DNA، تحول عمده‌ای در اثبات نسب ایجاد کرده و اگر مقدمات این آزمایش دقیق فراهم شود احتمال اصابت به واقع این آزمایش تقریباً قطعی است. به همین دلیل، این سؤال برای مراجع قضایی بارها اتفاق افتاده که آیا می‌توان با وجود قاعده فراش، برای اثبات ادعای نفی ولد (انکار فرزند توسط زوج)، موضوع را به کارشناسی برای انجام آزمایش DNA ارجاع کرد و در صورتی که نتیجه این آزمایش، مخالف اماره فراش بود، این اماره را کنار زد و ادعای زوج را دایر بر نفی ولد پذیرفت. اداره حقوقی قوه قضائیه هم‌اکنون چنین ارزشی را برای آزمایش DNA قائل نیست؛ در حالی که در نقد و تحلیل نظریه اداره حقوقی، خواهیم دید این آزمایش که از منظر علمی واجد اعتبار است، از دیدگاه فقهی و حقوقی نیز معتبر است.

الف- 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 باسابقه بهره‌مند است، مرجع استعلام‌های قضات دادگاه‌ها در سراسر کشور به شمار می‌رود و نقطه نظرهای 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:

^۱جعفری، امین، تشخیص هویت ژنتیکی در پرتو علوم جنایی، بی‌چاپ، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ش، ص ۸۸

سؤال: فرزندی با شرایط امکان حقوق 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^۱ قانون مدنی، نظر به اینکه طفل مورد بحث در زمان زوجیت متولد شده و قبلاً هم زوج به ابوت خود و فرزندی 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. 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 دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد شد.

ماده ۱۱۶۲: در مورد مواد قبل دعوی 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 دعوی مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود.

ب- نقد و تحلیل نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه: اعتبار DNA در مخالفت با قاعده فراش

نقد نظریه مزبور، متوقف بر یافتن پاسخ مناسب به چند سؤال است که به ترتیب عبارتند از: ۱) آزمایش DNA و نتایج حاصل از آن در ردیف چه نوع ادله قرار می‌گیرد: امارات یا ادله جدید علمی؟

۲) اگر اماره قلمداد شود اماره قضایی است یا قانونی؟ ظنی است یا قطعی؟

۳) امارات قطعی‌ای که در ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی از آن یاد شده چه مفهومی دارد و شامل آزمایش DNA می‌شود؟

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 آنکه امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند.

^۱ ۱۱۸۵، ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲

۴) از ملاک ماده ۱۱۶۰ مزبور که راجع به تعارض دو اماره فراش است می‌توان وحدت ملاک گرفت و در خصوص مورد از آن بهره برد؟

۵) در تعارض اماره فراش که اماره قانونی است با امارات قضایی حکم کلی قضیه چیست؟ آیا همین حکم در تعارض بین اماره فراش و نتیجه DNA نیز صدق می‌کند؟

۶) به صرف اقرار به ابوت و دریافت شناسنامه و اطلاع از تاریخ تولد می‌توان پدر را از دعوای نفی ولد محروم ساخت؟

۷) با وجود ماده ۱۱۶۱ قانون مدنی آیا می‌توان از مواد^۱ همان قانون برای اثبات فساد اقرار بهره جست؟

ماده ۱۲۷۶: اگر کذب اقرار نزد حاکم ثابت شود آن اقرار اثری نخواهد داشت.

ماده ۱۲۷۷: انکار بعد از اقرار مسموع نیست اما اگر مقرر ادعا کند اقرار او فاسد یا مبتنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده می‌شود و همچنین است در صورتی که برای اقرار خود عذری ذکر کند که قابل قبول باشد مثل اینکه بگوید اقرار به گرفتن وجه در مقابل سند یا حواله بوده که وصول نشده لیکن دعوای مذکور مادامی که اثبات نشده مضر به اقرار نیست.

۸) مرور زمان مندرج در ماده ۱۱۶۲ در خصوص مورد قابل استناد است یا خیر؟

پاسخ‌هایی که به نظر می‌رسد نسبت به پرسش‌های فوق قابل عرضه است به این شرح است: آزمایش DNA و نتایج حاصل از آن به عنوان دلیل جدید علمی در ردیف امارات قرار می‌گیرد. در حقیقت، دلیل یا حقایق خارجی‌اند که دلالت بر امری می‌کنند یا اخبار افراد انسانی و نوع سومی وجود ندارد. به همین دلیل است که در کتاب ادله اثبات دعوا، ادله را در یکی از تقسیم‌بندی‌های جدید خود به دو نوع اخباری و احرازی تقسیم کردیم.

پس تمام حقایق و وقایع خارجی که دلالت بر امری کند در علم ادله اثبات دعوا ادله احرازی و به عبارتی امارات نامیده می‌شوند.

۲) با توجه به اینکه موضوع دلالت DNA از پیش در قانون تعیین نشده، نتیجه این آزمایش اماره قضایی محسوب می‌شود. از قدیم در فقه و حقوق مرسوم شده که امارات را ظنی محسوب می‌کنند و ظنی بودن را مأخوذ در تعریف اماره می‌دانند. البته غالباً امارات از قبیل ادله ظنی هستند ولی همیشه این‌طور نیست و ممکن است وقایع خارجی دلالت قطعی بر امری داشته باشند. اصابت آزمایش DNA به واقع آنقدر دقیق است که احتمال خلاف آن از ادله‌ای مثل شهادت و سوگند و حتی اقرار به مراتب کمتر است. با این حال گرچه برای متخصص امر افاده یقین و قطع می‌کند، نسبت به قاضی که ممکن است با این علم آشنا

نباشد و به هر حال از صلاحیت اشخاص دخیل اطلاع کافی ندارد و احتمال اعمال نفوذ و اشتباه نیز می‌دهد، آزمایش مزبور از این جهت که نظر شخص خبره است افاده ظن می‌کند و باید آن را ظنی محسوب کرد.^۱

۳) اماره قطعی، بدون تردید شامل آزمایش DNA می‌شود. چون منظور از اماره قطعی اماره‌ای است که ذاتاً قطعی است نه اینکه برای قاضی مفید قطع شود و اگر غیر از این باشد نمی‌توان اماره دیگری یافت که برای قاضی افاده قطع کند و ذیل ماده ۱۱۶۰ در این صورت مهمل می‌شود که مغایر با حکمت قانونگذار است. ابتدا تصور می‌کردم دو اماره فراش موضوع ماده ۱۱۶۰ با هم تعارض دارند لیکن به نظر می‌رسد که اماره فراش لاحق نسبت به اماره فراش سابق وارد باشد و با ورود آن اماره مورود (اماره فراش سابق) زائل می‌شود. با این توصیف اماره فراش دوم بدون معارض باقی می‌ماند و در این شرایط اگر اماره دوم بر خلاف امارات قطعی باشد، در واقع تعارض امارات قطعی با اماره فراش دوم ایجاد می‌شود و اماره فراش مغلوب امارات قطعی می‌شود و از بین می‌رود و با غالب شدن امارات قطعی وفق همان حکم می‌شود. این حکم می‌تواند موافق اماره فراش اول باشد و در نتیجه فرزند به شوهر سابق ملحق شود یا حتی مغایر آن باشد و در نتیجه فرزند حرامزاده باشد. با این استدلال می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۱۱۶۰، حکم مزبور را در هر زمان که اماره فراش با امارات قطعی در تعارض بود قابل اجرا دانست.

حکم کلی تعارض اماره قانونی با اماره قضایی، غلبه اماره قضایی بر اماره قانونی است و اصولاً همیشه ملاک‌های شخصی و موردی نسبت به ملاک‌های نوعی و کلی غالبند. با این حال، اماره فراش مبتنی بر یک مصلحت اجتماعی است که تزلزل آن موجب فروپاشی نظام خانوادگی می‌شود، همان‌طور که تزلزل اماره تصرف و اماره (اصل) صحت به ترتیب موجب فروپاشی نظام اموال و قراردادهای می‌شود. به همین علت است که قانونگذار راضی نیست به سادگی اماره فراش مغلوب امارات قضایی شود و به همین دلیل، دست از قاعده کلی شسته و غلبه نکردن امارات قضایی را بر اماره فراش، مبنای تدوین مواد^۲ قرار داده است. فقیهان بزرگی همچون صاحب جواهر (ره) نیز بدان تصریح کرده‌اند. به نظر آنان رنگ چهره، شکل ظاهری و قرائن جسمی نمی‌تواند اماراتی برای رد اماره فراش محسوب شود.

با این همه، امارات قطعی به شرحی که در بند پیشین گذشت تنها اماره قضایی قابل استناد در مقابل اماره فراشند و اماره اخیر مغلوب آن امارات خواهد بود.

درست است که اعمالی از قبیل دریافت شناسنامه اقرار ضمنی بر ابوت قلمداد می‌شود و انکار پس از اقرار مسموع نیست لیکن نباید حکم موضوع ماده ۱۱۶۱ قانون مدنی که ترجمانی از قاعده اخیر است را غیر قابل تخصیص دانست، زیرا همان‌طور که شهرت یافته «ما من عام الا و قد خص». در واقع جمع بین این

^۱ امامی، اسدالله و صفائی، سیدحسین، حقوق خانواده: قرابت و نسب و آثار آن، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، چ اول، ص ۸۴

^۲ ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۳

ماده با مواد^۱ اقتضا دارد که حکم ماده ۱۱۶۱ را در مواردی که فساد اقرار به علت اشتباه یا به هر علت دیگری اثبات شود یا به هر طریق دیگری کذب آن نزد حاکم ثابت شود تخصیص زده شده و در این موارد مقرر ملتزم به اقرار خود نخواهد بود.

مرور زمان موضوع ماده ۱۱۶۲ ناظر به نفی ولد ساده یعنی نفی ولدی است که متضمن نفی شش ماه و ۱۰ ماه حداقل و حداکثر زمان نزدیکی تا وضع حمل است و خصوص مورد را شامل نمی‌شود. گرچه ماده ۱۱۶۲ مطلق یا دست کم مجمل انشا شده لیکن ماده ۱۱۶۳ مقید یا مبین آن است. بر اساس این ماده «در موردی که شوهر مطلع از تاریخ حقیقی تولد طفل نبوده و تاریخ تولد را بر او مشتبه کرده باشند به نوعی که موجب الحاق طفل به او باشد و بعدها شوهر از تاریخ حقیقی تولد مطلع شود مدت مرور زمان دعوی نفی، دو ماه از تاریخ کشف خدعه خواهد بود». مراد قانونگذار با لحاظ هر دو ماده به شرحی که گذشت قابل کشف است. نتیجه: باتوجه به آنچه گذشت به نظر می‌رسد نظر اداره حقوقی قوه قضائیه در خصوص مورد صائب نیست و دعوای نفی ولد در خصوص مورد مسموع خواهد بود.

در صورتی که مدعی نفی ولد، به کارشناسی DNA در دادخواست خود استناد جسته باشد، ارجاع امر به این کارشناسی موجه است و چنانچه نتیجه این آزمایش، نفی رابطه بین فرزند و پدر باشد، این نتیجه قابلیت استناد در مراجع قضایی دارد و به استناد این آزمایش، می‌توان اماره فراش را کنار زد و برخلاف اماره فراش حکم کرد.

۲-۱۶- نظریات فقهاء و حقوقدانان پیرامون حجیت آزمایش DNA

در اثبات نسب فقهای متقدم معترض روش های جدیدی چون DNA در اثبات نسب نشده‌اند، اما به عنوان نظرات فقهای معاصر، بر مبنای استفتائاتی که مرکز تحقیقات فقهی در موارد مشابه از مراجع تقلید انجام داده‌است، میتوان نظرات فقهاء^۲ را به دو دسته تقسیم نمود: دسته اول که نظر اکثر مراجع در این موضوع است. معتقدند این آزمایشات دقیق علمی، در اثبات نسب و به عنوان مستند و دلیل، حجیت شرعی ندارند مگر زمانی که موجب حصول علم برای قاضی گردند. در مقابل، برخی از مراجع (دسته دوم) هستند که این آزمایشات را مطلقاً فاقد اعتبار شمرده اند.^۳ بنابراین با توجه به نظرات مراجع میتوان گفت که این آزمایش نمیتواند بعنوان دلیل شرعی در اثبات نسب طفل تلقی گردد، مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان و یا ظن قوی به وجود نسبت ایجاد کند و در این صورت قاضی میتواند بر مبنای علم و یا اطمینان و ظن قوی حکم نماید. به عبارت دیگر، دلیل اصلی فقهاء برای پذیرش این مساله در اثبات نسب، ایجاد علم

^۱ ۱۲۷۷ و ۱۲۷۷

^۲ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، نشر اسلامیه، ۱۳۷۴، ص ۷۶

^۳ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۴، پیشین، ص ۵۶۹.

قطعی و یا علم موجب اطمینان است. الزم به ذکر است، علاوه بر مراجع برخی از فقهای معاصر بیان کرده اند: «اگر از نظر طب قطعاً یا به گونه ای که موجب اطمینان شود، دلالت DNA بر ابوت و بنوت ثابت شود، آن را مطلقاً چه در اثبات و چه در نفی نسب می پذیریم».. نکته جالب توجه این است که محققین اهل سنت در کشورهای عربی در کتب و مقالات بسیاری به این موضوع پرداخته اند و فقهای عامه معاصر متعرض این بحث شده اند و بعضاً آزمایشات ژنتیک (DNA) را به عنوان ادلهی شرعی در اثبات نسب بطور مطلق و برخی به شکل محدود پذیرفته اند و حتی مجمع فقهی در مکه استفاده از DNA در اثبات نسب را در مواردی صریحاً مجاز شمرده است. اکثر حقوقدانان نیز در ذیل بحث سایر ادله ی اثبات نسب، با تأکید بر منحصر نبودن ادله ی اثبات نسب به اماره ی فراش با استناد به مواد^۱ قانون مدنی و توجه به خالف پذیر بودن اماره ی فراش، به ادله ی دیگر مانند آزمایشات پزشکی اشاره کرده اند ولی متعرض چگونگی و ماهیت این دلیل و در نتیجه نقش آن در اثبات نسب نشده اند. برخی نیز به رغم اینکه اسمی از آزمایش DNA نیاورده اند، آزمایش خون را که میزان احتمال آن به اثبات نسب به پزشکی بسیار کمتر از آزمایش ژنتیکی است، به عنوان جزیی از اماره ی قضایی مورد توجه قاضی قرار داده اند در مواردی نیز این گونه آزمایشات نوعی کارشناسی محسوب شده که تشخیص ارزش آن مانند گواهی بر طبق مواد^۲ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی با قاضی است و آن را طریقی برای حصول علم قاضی شمرده اند طی استعلامی که از اداره حقوقی قوه قضاییه در تاریخ ۱۳۷۸/۰۱/۲۴ ش به شماره ۱۱۸/۲ پیرامون این سؤال که در صورت عدم وجود بینة یا اقرار و انجام آزمایش DNA آیا نظر پزشکی قانونی لحوق یا عدم لحوق نوزاد به متهم (به ارتکاب زنا) حجیت دارد؟ اداره کل حقوقی قوه قضائیه عمل به این آزمایشات را جهت اثبات نسب مشروط بیان کرده و به عبارتی اقتناع قاضی را از جهت علم، شرط پذیرش آن مطرح نموده است.^۳

براین اساس ماده ۲۶۰ قانون اصلاح موادی از قوانین آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ می گوید: به طور کلی در امور کیفری و جرایم گزارش کتبی ضابطین دادگستری و اشخاصی که برای تحقیق در امور کیفری مامور شده اند و همچنین اظهارات گواهان و کارشناسان معتبر است. به شرط آن که ضابطین، کارشناسان و گواهان لااقل دو نفر و عادل باشند... بنابراین ماده مزبور در مورد نظر کارشناس، طبق رای مشهور بین فقها تعدد را شرط نموده است.

^۱ ۱۳۲۲ و ۱۳۲۳

^۲ ۲۴۱ و ۲۴۸

^۳ آویسی، افروز، مرتضوی زاده، محمدرضا، ارجمند، مهدی، شیخها، محمدحسن، "بررسی و مقایسه روش های استخراج DNA از نمونه خون و اسلایدهای مغز استخوان و خون محیطی" مجله دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی- درمانی، دوره ۱۷، ش ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۷۸

در مقابل، علامه اصفهانی در تعلیقه خود بر مکاسب می گوید که: اعتبار نظرکارشناس و اهل خبره مبنائی مستقل دارد و ربطی به شهادت ندارد و مبنای اعتبار آن رویه و سیره عقلا می باشد چرا که عقلا در موارد احتیاج به نظر و رای اهل خبره مراجعه می کنند.

تحقیق وافی ایجاب می کند که موضوع را در سه مبحث مورد نظر و دقت قراردهیم: مبحث اول: در اصل دلیل بودن نظر کارشناس.

۲-۱۷- نظر کارشناس (دی ان ای)

کارشناسی، از مهمترین و پرکاربردترین ادله اثبات دعوا است که به طور گسترده در دعاوی واجد جنبه های فنی و تخصصی، در غالب پرونده ها مورد استفاده قرار میگیرد. به این ترتیب که طرفین در مقام اثبات ادعای خود و دادرس جهت فهم امور موضوعی پیچیده باید به کارشناس رجوع نمایند. رجوع به کارشناس، سابقه ای طولانی در زندگی اجتماعی انسان دارد، اما در دوران معاصر با پیشرفت علوم و فنون و تحولات سریع در زندگی اجتماعی و پیچیده شدن آن، اهمیت کارشناسی چند برابر شده است. در رسیدگی های قضایی نیز، کارشناسی اهمیت فوق العاده ای یافته است، تا جایی که کمتر پرونده ای میتوان یافت که در آن نیاز به ارجاع به کارشناس، احساس نشود. از این رو شناخت صحیح مسائل مربوط به اعتبار نظر کارشناس، در اجرای عدالت نقش مؤثری دارد. از طرفی به علت فنی بودن موضوعاتی که به کارشناسی ارجاع می شود و به خاطر عدم آگاهی از آن موضوعات و آشنا نبودن کافی با آنها، قاضی عملاً غیر از اعتماد به نظر کارشناسان راهی ندارد و سرانجام حکم خود را بر نظر کارشناس مبتنی می سازد، تا جایی که این گونه تلقی میشود که نظر کارشناس تعیین کننده حکم و سرنوشت پرونده است. گرچه استفاده از کارشناسی به منظور اثبات دعوا، قدمتی به اندازه اصل قضا و دادرسی دارد و سرعت تحول علوم و فنون به حدی بوده که کارشناسی در عرصه های مختلف و اشکال گوناگون در دادرسی ها جهت انجام تحقیقات و کشف واقعیت در بسیاری از مباحث اعم از کیفری، حقوقی، خانوادگی، امور حسبی و غیره به کار گرفته می شود، لولی علم حقوق نتوانسته در این تحولات، کارشناسی را همراهی نموده، به توصیف دقیق این پدیده پردازد و احکام و آثار دقیق آن را تبیین نماید. نه تنها احکام و آثار کارشناسی در نقش جدید خود از دید علم حقوق پوشیده مانده، که ماهیت آن نیز باید مورد بحث و بررسی قرار گیرد. کارشناسی که به طور سنتی قسمتی از اماره قضایی قلمداد میشد و مفید ظن میگردید، اینک در بعضی شاخه های خود از قبیل کارشناسی پزشکی قانونی از طریق آزمایشهای ژنتیک که در ادله اثبات کیفری جایگاهی خاص دارد و در دعوای مدنی به منظور اثبات نسب به کار می رود و از لحاظ نزدیکی آن به قطعیت به مراتب از ادله ای مانند سند، شهادت، اقرار و سوگند قوت بیشتری دارد؛ چه رسد به علم ناشی از امارات که در تقسیم بندی ادله مغلوب سند، شهادت و اقرار میشود. چنین تحولی موجب

بنابراین نظر کارشناس را باید از ادله اثبات دانست یا از باب حجیت شهادت چنانچه عده ای از فقها همچون محقق ثانی آن را اختیار نموده اند یا از باب سیره و رویه عقلا بر رجوع جاهل به عالم در اموری که احتیاج به رای و نظر کارشناس دارد.

در خصوص آزمایش دی.ان.ای دو بحث نفی ولد و دیگری اثبات نسب مطرح است این آزمایش برای نفی ولد قطعا می تواند کاربرد دارد چراکه اگر رابطه پدر و فرزندی وجود نداشته باشد، در این آزمایش مشخص می شود فرزند تشابه ژنتیکی با پدر ندارد که قطعا به معنای نفی ولد خواهد بود .

برای اثبات نسب نیز متخصصان ژنتیک بر این باورند که آزمایش دی.ان.ای با دقتی بیش از ۹۹,۹ درصد و قریب به ۱۰۰ درصد می تواند نسب را اثبات کند. هنگامی که ما اماره فراش را که صرفا یک نشانه است، می پذیریم به طریق اولی آزمایش دی.ان.ای را هم می توانیم بپذیریم .

۲-۱۸- مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس

بحث از ماهیت و مبنای کارشناسی و نظر اهل خبره در فقه، یکی از مباحث عمیق است. این مسئله که آیا نظر کارشناس از باب شهادت است یا مبنای مستقل از آن دارد، دیدگاه های متفاوتی بین فقها وجود دارد. یک عده به شهادت بودن نظر کارشناسی قائل هستند؛ این موضوع مستلزم دو شرط است: اول آنکه شرایط شاهد از جمله اسلام و عدالت در کارشناسی نیز باید وجود داشته باشد. دوم آنکه کارشناسی نیز باید دارای ارزش اثباتی باشد. از روایات چنین برمی آید که شهادت بر زنا مبتنی بر مشاهده است نه صرف علم. اما در دیدگاه دوم، برخی از فقها احتمال وجوب شرایط شهود برای اهل خبره را ضعیف میدانند و در مبنای شهادت شهود و نظر اهل خبره تفاوت قائل اند. از دیدگاه این دسته از فقها شرایط شهود برای اهل خبره ضروری نیست، چرا که مبنای این دو با یکدیگر متفاوت است. با توجه به این دیدگاه، شهادت از باب امور حسی است. خبری که شاهد می دهد، امری محسوس است که با یکی از حواس ظاهری به دست آمده، ولی نظر اهل خبره بر مبنای حدس و گمان است؛ حدسی که از ادراک امری حاصل شده است. به عبارتی دیگر، نظر اهل خبره واقعه را در نظر قاضی مشهود میسازد، زیرا خبره، از حدس شهادت می دهد ولی شاهد، خبر از حس می دهد.^۱ علاوه بر این کارشناسی یک کار تخصصی است، برخلاف شهادت که بیان دریافت حسی و عامیانه است. بر این اساس مبنای اعتبار و حجیت اهل خبره غیر از شهادت است و با توجه به آن، عدالت و تعدد را در کارشناسی شرط نمی دانند و تنها وثوق و اطمینان قاضی از عدم کذب کارشناس کافی است. با توجه به این ویژگی ها، نظر اهل خبره شهادت محسوب نمی شود و نمی توان آن را در مقوله شهادت گنجانند. البته در این نظر نیز، برخی در رجوع به نظر اهل خبره در دعاوی و فصل خصومت شرایط شهود را لازم می دانند و مستند سخن خود را حدیث مشهور

^۱ هاشمی، سید محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، قم: موسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۲۶ه.ق، ص ۷۳۱

پیامبر «انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان» قرار میدهند.^۱ ولی عده ای دیگر، شرایط شهود را برای اهل خبره لازم نمی دانند و معتقدند کسانی هم که بر ضرورت این شرایط تاکید دارند، مبحث شهادت شهود و قول اهل خبره را خلط کرده اند.^۲

به نظر می رسد با توجه به رویه کنونی دادگاه ها و همچنین بی نیازی از داشتن شرایط شهود در قوانین باید گفت که نظر اخیر صحیح است، چون مبنای این دو موضوع متفاوت است. از سوی دیگر، معمولاً در دادگاه ها شهادت شهود به تنهایی دلیل بر امری تلقی میشود و مدعی را از ارائه دلایل دیگر معاف میکند؛ درحالی که نظر کارشناس اصولاً در کنار ادله دیگر بررسی می شود و کمتر پروندهای را میتوان سراغ گرفت که به صرف نظریه کارشناس مختومه شده باشد. بنابراین بدیهی است که برای اعتبار شهادت، شرایط بیشتری نسبت به نظر کارشناس لازم باشد. مبنای حجیت و اعتبار نظر کارشناس غیر از مبنای حجیت و اعتبار شهادت می باشد. بلکه نظر کارشناس موضوعاً غیر از شهادت می باشد. چرا که گاه شخص در مقام تعیین قیمت مثلاً خبر می دهد که قیمت جنس معین در بازار این مقدار معین است چنین اخباری شهادت محسوب می شود چون از یک واقع معینی خبر می دهد. ولی گاه می شود که شخص در مقام تعیین قیمت در اثر کثرت ممارست و دانش مربوط به آن طبق نظر خود تعیین قیمت می کند چنین اخباری شهادت نبوده بلکه اظهار نظر می باشد و مبنای اعتبار آن نیز همان سیره و رویه عقلاً بر رجوع جاهل در موارد احتیاج به اهل خبره می باشد. پس نظر اهل خبره و کارشناس خود عنوانی مستقل و مبنای اعتبارش نیز مستقل می باشد. بنابراین شرایط مربوط به باب شهادت از قبیل تعدد، ذکوریت عدالت و عدم اتهام در کارشناسی معتبر نیست^۳ و تنها وثاقت کارشناس معتبر می باشد چون سیره و رویه عقلاً بر آن است که شخص جاهل در اموری که احتیاج به نظر و کارشناسی دارد به اهل خبره مورد وثوق و اطمینان مراجعه کند. و شاید بتوان از مفهوم ماده ۴۶۰ قانون آیین دادرسی مدنی استنباط نمود که اگر قاضی احتمال بدهد که نظر کارشناس با اوضاع و احوال قضیه مطابقت دارد تبعیت از آن بر قاضی لازم باشد.

ماده ۴۶۰ قانون مزبور می گوید: در صورتی که عقیده کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مساله موافقت نداشته باشد، دادگاه متابعت آن عقیده را نمی نماید و مفهوم آن چنین است که اگر قاضی دادگاه احتمال بدهد عقیده کارشناس با اوضاع و احوال مطابقت دارد پس لازم است که از آن عقیده تبعیت نماید

^۱ نایینی، محمدحسین، فوائداصول، ج ۳، قم: موسسه نشر اسلامی تابعه لجماعة المدرسين، ۱۴۰۶ه.ق، ص ۱۴۲.

^۲ مظفر، محمد رضا، اصول فقه، ترجمه: محسن غرویانی و علی شیروانی، ج ۲، قم: دارالفکر، ۱۳۸۸، ص ۲

^۳ نجفی، جواهر الکلام، ج ۳، پیشین، ص ۱۰۵

۱۹-۲- کیفیت دلیل بودن نظر کارشناس

مقدمه باید گفت که حجت و دلیل بردو قسم است : اول اموری که حجیت آن ذاتی است و با قطع نظر از باب قضا و فصل خصومت خود اعتبار ذاتی دارد. مثل بینه و شهادت که اعتبار او مخصوص به باب قضا نیست.

اموری که حجیت و اعتبار آن تنها در باب قضا است مثل قسم و قرعه که حجیت و اعتبارشان اختصاص به باب قضا دارد و تنها برای فصل خصومت وضع شده اند.

در مورد بحث باید بگوئیم که نظر کارشناس و اهل خبره حجیتش از قسم اول و ذاتی است. و دلیل اعتبار آن یعنی رویه عقلا بر رجوع جاهل به عالم اقتضا می کند که حجیتش از باب کاشفیت باشد نه برای فصل خصومت.

فصل سوم:

امکان سنجی علوم نوین با اثبات نسب در فقه امامیه و حقوق ایران

۳-۱- نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی اثبات نسب

در دو دهه اخیر آزمایش‌های ژنتیک به عنوان یکی از ادله اثبات در دعاوی نسب، مورد توجه قرار گرفته است؛ بدین جهت تبیین اعتبار علمی و حقوقی آن، ضرورت خاصی دارد. شناخته شده‌ترین آزمایش‌ها در موضوع اثبات نسب، آزمایش تجزیه گروه‌های خونی و آزمایش dna است و مورد اخیر قطعیت و اعتبار علمی بیشتری دارد. با توجه به اطمینانی که از نتایج آزمایش dna حاصل می‌شود، این سؤال مطرح است که آیا می‌توان با استناد به آزمایش مزبور حکم به اثبات نسب داد؟ برخی تمایل به این نظریه دارند که آزمایش ژنتیک در عرض ادله دیگر نظیر اماره فراش قرار می‌گیرد و می‌تواند مثبت نسب باشد. با این سؤال فرعی نیز مواجه هستیم که مراجعه به آزمایش ژنتیک در دعوی اثبات نسب در بین چه کسانی قابل اتکا و اعتناست؟ آزمایش ژنتیک نمی‌تواند به خودی خود و مستقلاً در اثبات نسب مورد مراجعه قرار گیرد. نتیجه آزمایش

ژنتیک همواره ایجاد علم نمی‌کند؛ متعلق علم حاصل از آزمایش ژنتیک، با متعلق علم قاضی به وجود نسب از دو جنس هستند و در نتیجه، فرض تعارض نتیجه آزمایش با علم قاضی منتفی است. این آزمایش در دقیق‌ترین حالت می‌تواند رابطه خونی را اثبات کند؛ حال آن که نسب یک رابطه حقوقی است و بدون وجود شرایط اماره فراش نمی‌توان به آزمایش ژنتیک برای وجود نسب اعتنا کرد. در صورت وجود اماره فراش، این اماره است که نسب را اثبات می‌کند نه آزمایش ژنتیک. به همین دلیل، در موارد تحقق اماره فراش، مراجعه به آزمایش ژنتیک برای اثبات برخی دعاوی فرعی مانند احتمال عوض شدن نوزادان می‌تواند راه‌گشا باشد.

۳-۱-۱- تفاوت و شباهت ژنتیکی در آیات و روایات

ژنتیک (Genetics) دانشی است که تفاوت‌ها و شباهت‌های بین والدین و نسل بعد را بررسی و شرایط و چگونگی انتقال این خصوصیات به نسل بعدی را مطالعه می‌کند. از منظر علم ژنتیک، وراثت به معنای دیکنه شدن صفات والدین به نسل آنهاست. صفات یک فرد جدید به وسیله ژن‌هایی که از پدر و مادر او را به ارث می‌رسند، مشخص می‌شود.^۱ ژن‌ها عامل انتقال صفات و خصوصیات ارثی از والدین به فرزندان هستند، هر ژن سبب بروز ویژگی خاص می‌شود.

وراثت و محیط دو علت مهم ایجاد اختلاف بین افراد هستند ولی اثرشان بر حسب هر ویژگی متفاوت است. به عنوان مثال ویژگی‌های ذهنی بیشتر از ویژگی‌های جسمی متاثر از محیط است. توارث در انتقال ویژگی‌های روانی، اخلاقی و صفات شخصیت نقش دارد، ولی نقش آن تضمین‌کننده نیست. ملاحظه شده که وقتی افراد از نظر وراثت و محیط تشابهی با یکدیگر ندارند، بیشترین تفاوت را با هم دارند، همچنین هر اندازه رابطه خویشاوندی کمتر باشد به همان اندازه تفاوت‌های فردی بیشتر می‌شود.^۲ از منظر اسلام نیز عوامل ژنتیکی از علل مهم وجود تفاوت بین انسان‌ها هستند. بدیهی است که در قرآن کریم و متون روایی، واژه «ژن» و «ژنتیک» به کار نرفته، ولی اشاراتی به مسئله «وراثت صفات» صورت گرفته است که از فحوای کلام به دست می‌آید و در مواردی نیز به آن تصریح شده است. از جمله روایاتی که در زمینه توارث و نیز تفاوت‌های ژنتیکی بین انسان‌ها به آنها استناد می‌شود، روایات نقل شده از اهل بیت هستند که به اهمیت مسئله انتخاب همسر به دلیل تاثیر «عرق» هشدار و به این نکته توجه می‌دهند که باید به محل قرارگیری نطفه دقت کرد. پیامبر (ص) فرمودند: «تخیروا لنطفکم فان العرق دساس»^۳ «برای نطفه‌های خود (همسر مناسب) انتخاب کنید که عرق، پنهانی تاثیر دارد. در روایت دیگری از

^۱ سادلر توماس، ۱۳۸۰، رویان‌شناسی پزشکی لانگمن، ترجمه مسلم بهادری و عباس شکوری، تهران، چهر، ص ۸۷

^۲ گنجی، حمزه، ۱۳۷۵، روان‌شناسی تفاوت‌های فردی، تهران، موسسه انتشارات بعثت، ص ۱۸۵

^۳ ابن‌ادریس، محمد، ۱۴۱۰ قمری، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (و المستطرفات)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ص ۵۶

حضرت می خوانیم: « انظرو فی ای نصاب تضع ولدک فان العرق دساس »^۱ بنگر فرزند خود را کجا قرار می دهی که عرق پنهانی تاثیر می گذارد .

امام صادق (ع) فرمودند: « تزوجوا فی الحجز الصالح فان العرق دساس »^۲ از خاندان صالح همسر بگیرید ، زیرا عرق ، پنهانی تاثیر می گذارد .

« عرق » یعنی رگ بدن که خون در آن جریان دارد و جمع آن « عروق ، اعراق و عراق » است ، اصل و ریشه هر چیزی را نیز « عرق » گویند^۳ . امام صادق فرمود: « انما المومنون اخوه بنو اب و ام و اذا ضرب علی رجل منهم عرق سهر له الاخرون »^۴ اهل ایمان برادر یکدیگر (همچون) فرزندان یک پدر و مادر هستند ، وقتی از مردی رگی زده شود ، دیگران برایش بی خوابی می کشند .

البته عرق در روایات فوق ، مفهوم دیگری را افاده می کند که با توجه به واژه دساس برداشت می شود . « دس » به معنای داخل کردن چیزی در خاک و پنهان کردن آن است و « دساس » به ماری کوتاه می گویند که زیر خاک پنهان می شود و « العرق دساس » یعنی اخلاق پدران به فرزندان می رسد از آنجا که « عرق » دساس است و کلمه « دساس » اشاره به این حقیقت دارد که نطفه ، اخلاق و سجایا را به فرزندان منتقل می کند . پیامبر (ص) می فرماید که باید دید چه محلی برای نطفه خود گزینش می شود (حجتی) « عرق » به معنای ریشه و اساس یک پدیده است و اساس آفرینش انسان « نطفه » محسوب می شود و « دساس » به معنای انجام دادن کار پنهانی آمده ، لذا مقصود از دساس بودن عرق این است که صفات موروثی از طریق نطفه به طور ناپیدا به فرزند منتقل می شوند (سبحانی) رسول اکرم (ص) و معصومین (ع) که حقایق را با نور وحی می دیدند ، به این قانون عظیم خلقت (وراثت) توجه کامل داشتند و در روایاتی ، پرده از این راز بزرگ برداشته اند و کلمه « عرق » را معرف عامل وراثت (ژن) قرارداده اند . به عبارت دیگر همان معنایی که امروز محافل علمی از کلمه « ژن » اراده می کنند ، از کلمه « عرق » افاده می شود . احادیث مذکور در کمال صراحت از قانون وراثت سخن گفته اند و از عامل آن به کلمه « عرق » تعبیر کرده اند و توصیه می کنند از قانون وراثت غافل نباشید و توجه کنید که زمینه پاک باشد تا فرزندان شما وارث صفات ناپسند نشوند .^۵

^۱ متقی هندی ، علاء الدین علی بن حسام الدین ۱۴۰۵ قمری ، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال ، بیروت ، موسسه الرساله ، ص ۹۸

^۲ ابن اثیر جزری ، مبارک بن محمد ، ۱۳۶۷ ، النهایه فی غریب الحدیث و لائثر ، قم ، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان ، ص ۶۵۲

^۳ تبستانی ، فواد افرام ، ۱۳۷۵ ، فرهنگ ابجدی ، چاپ دوم ، تهران ، اسلامی ، ص ۴۲۱

^۴ کلینی ، محمد بن یعقوب ، ۱۴۰۷ قمری ، الکافی (ط - الاسلامیه) ، چاپ چهارم ، تهران ، دارالکتب الاسلامیه ، ص ۲۱۹

^۵ فلسفی ، محمد تقی ، ۱۳۶۳ ، کودک از نظر وراثت و تربیت ، تهران ، هیات نشر معارف اسلامی ، ص ۶۵

با توجه به روایات مذکور و دیدگاه های مطروحه ، به نظر می رسد که اسلام بر قانون وراثت صحه گذاشته و واژه عرق در دسته ای از روایات مبین ژن به عنوان عامل وراثت است . شایان ذکر است که عرق و مشتقاتش در قرآن به کار نرفته اند .

امام علی (ع) فرمودند : « حسن الاخلاق برهان کرم الاعراق » حسن خلق دلیل کرامت ریشه و عرق « ژن ها » است .

اسلام طبیعت و آفرینش ویژه انسان را در کیفیت ظهور و بروز مسائل اخلاقی موثر می داند^۱ و خلق را نوعی بخشش الهی می شمارد که در فطرت و نهاد انسان ها نهاده شده است و طبعاً به سوی آن تمایل دارند . همچنین امام فرمودند : « اطهر الناس اعراقاً احسنهم اخلاقاً »^۲ آنها که ریشه های پاک تری دارند ، اخلاق بهتری دارند .

بنا بر روایتی ، محمد حنفیه در جنگ جمل علمدار لشکر بود ، ولی گویا ترسیده بود چرا که در حمله به سپاه دشمن درنگ می کرد . امام علی (ع) علت حمله نکردن او را جویا شد ، وی پاسخ داد : در پیش رویم ، به جز تیراندازان که تیر می اندازند کسی را نمی بینم . امام علی (ع) بادسته شمشیر به او زد و گفت « ما ادرکک عرق من ابیک » (مدنی) این عرق (ژن) از پدرت به تو نرسیده است .

کلام امام به گونه دیگری نیز نقل شده است : « ادرکک عرق من امک » این عرق (ژن) از مادرت به تو رسیده است . در این حدیث ، « ترس » که اختلالی روانی محسوب می شود ، به عنوان صفت وراثتی معرفی شده است . حنی افرادی که صفات مشترک دارند ، هم از نظر میزان آن صفات متفاوت هستند . امروزه مسلم شده که قوانین وراثت روی حالت های روانی به طور قطع موثر است و فرزندان ، اخلاق ، روحيات و حالت های عصبی را از والدین خویش به ارث می برند ، البته محیط نیز روی این تفاوت ها تاثیر دارد^۳.

شباهت های ژنتیکی

علاوه بر تفاوت های ژنتیکی ، شباهت های افراد نیز در کلام معصومین (ع) مشهود است ، امام رضا (ع) از پدران و خود روایت می کنند که پیامبر (ص) به مردی فرمود : « فمن يشبه ؟ قال يشبه امه او اباه فقال لا تقل هكذا ان النطفه اذا استقرت في الرحم اخضرها الله كل نسب بينها و بين ادم اما قرأت هذه الايه في اي صورة ما شاء ركبك » (فرزندت) به چه کسی شباهت دارد ؟ او پاسخ داد : فرزند یا شبیه مادر است یا پدر

^۱ لثی واسطی ، علی بن محمد ، ۱۳۷۶ ، عیون الحکم و المواعظ ، قم ، دارالحدیث ، ص ۷۴۲

^۲ تمیمی آمدی ، عبدالواحد ، ۱۴۱۰ قمری ، غررالحکم و دررالکلم ، قم ، دارالکتب الاسلامی ، ص ۲۱۹

^۳ آمینی ، ابراهیم ، ۱۳۸۴ ، اسلام و تعلیم و تربیت ، قم ، بوستان کتاب ، ص ۹۲

پیامبر اکرم فرمود: هیچ نگو، هنگامی که نطفه در رحم قرار می گیرد، خداوند کل نسب بین آن و بین آدم را حاضر می کند، مگر این آیه را نخوانده ای که می فرماید: «فی ای صوره ما شاء رکبک» (الانفطار، ۸) به نظر می رسد که در کلام حضرت به مسئله تشابه ژنتیکی بین افراد اشاره شده است و بر این اساس نباید انتظار داشت که فرزند تنها به پدر و مادر خود شبیه شود.

از امام باقر (ع) چنین نقل شده است: «مردی از انصار نزد پیامبر (ص) آمد و عرض کرد: یا رسول الله این زن، دختر عمو و همسر من است، او را به خوبی می شناسم، ولی برای من فرزندی آورده است که به شدت سیاه، سوراخ های بینی اش گشاد، موهایش مجعد و بینی اش پهن است، نظیر این فرزند را در دایی ها و اجدادم سراغ ندارم. پیامبر (ص) از زن سوال کرد: چه می گویی؟ زن گفت: سوگند به آنکه تو را به حق به پیامبری مبعوث کرده است، از موقعی که همسرش شده ام با کسی رابطه نداشته ام. پیامبر (ص) سر را به زیر انداخت، سپس سر بلند کرد و فرمود: هیچ انسانی وجود ندارد مگر اینکه بین او و آدم ۹۹ عرق وجود دارد که در ایجاد نسب فعالیت دارند. وقتی نطفه ای در رحم قرار می گیرد، عرق ها به جنبش درآمده و از خداوند می خواهند که فرزند شبیه آنها شود. این کودک از همان عرق هاست که در اجداد و اجداد اجداد فعالیت نکرده، او را بگیر که فرزند توست. زن عرض کرد: یا رسول الله گره از کارم گشودی.^۱

حدیث فوق متضمن نکات زیر است:

۱- زن در برخی از روایات «عرق» خوانده شده است^۲

۲- ممکن است مقصود از عدد ۹۹ عرق های مشمول صفات مخصوص نژادی مثل رنگ مو، رنگ چشم، و سایر ممیزات باشد یا امکان دارد مقصود از تعبیر ۹۹ بیان کثرت باشد نه خود عدد ۹۹- اینکه ۹۹ عرق از حضرت آدم به افراد منتقل می شود، شاید ناظر بر مسئله شباهت های ژنتیکی بین افراد باشد، چنین شباهت هایی در ظاهر و چهره افراد کاملاً مشهود است و شاید دو انسان از دو ملیت مختلف و بدون داشتن هیچ گونه رابطه خویشاوندی شبیه هم باشند.

امام صادق (ع) فرمودند: «ان الله تبارک و تعالی اذا اراد ان یخلق خلقاً جمع کل صوره بینه و بین ابیه الی آدم ثم خلقه علی صوره احدهم فلا یقولن احد هذا لا یشبهی و لا یشبه شیئاً من ابائی» هنگامی که خدای متعال اراده کند مخلوقی بیافریند، همه صورت ها میان او و پدرش حضورت آدم را جمع می کند و او را بر صورت یکی از آنان می آفریند، پس کسی نگوید این فرزند به من و پدرانم شباهت ندارد.^۳

^۱ کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۴۰۷ قمری، الکافی (ط - الاسلامیه)، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ص ۴۳۱

^۲ فلسفی، محمد تقی، ۱۳۶۳، کودک از نظر وراثت و تربیت، تهران، هیات نشر معارف اسلامی، ص ۲۲۰

^۳ مجلسی، محمد باقر، ۱۴۰۳ قمری، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الانمه اطهار، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، ص ۵۶۹

نقل شده است که پیامبر (ص) فرمودند: « من نعمه الله على الرجل ان يشبهه ولده » از نعمت های خدا بر مرد این است که فرزندش شبیه او باشد .

امام باقر (ع) فرمودند: « من سعادته الرجل ان يكون له الولد يعرف فيه شبهه خلقه و خلقه و شمائله » از سعادت مرد است که فرزندى داشته باشد که به واسطه شباهت چهره ، اخلاق و اندام او شناخته شود . این روایت بر وراثت ژن ها دلالت دارد ، زیرا ژن ، عامل انتقال شباهت های ظاهری و اخلاقی است .^۱

۳-۲- انگشت نگاری به عنوان ادله اثبات دعوا

فناوری ژنتیک و کاربردهای انسانی این فناوری یکی از مسائل نوپیدای علمی است که به عرصه هی فقه و حقوق کشیده شده است. به دلیل نوپیدا بودن کاربردهای انسانی فناوری ژنتیک، از قبیل انگشت نگاری ژنتیکی و تهیه بانک اطلاعات ژنتیکی نصّ صریح و خاصی در متون فقهی و حقوقی در مورد آنها وجود ندارد. در حالی که هم اکنون فناوری نوین انگشت نگاری ژنتیکی به سادگی توسط متخصصین علم ژنتیک در ایران اجرا شده و در دسترس است و بر این اساس مقدمات تهیه ی بانک اطلاعات ژنتیکی و همچنین صدور کارت شناسایی مخصوصی که همه ی اطلاعات هویت ژنی افراد در آن درج شود، در دست تهیه است و اقبال به استفاده از این اطلاعات در دستگاه قضایی و دادگاه ها برای اثبات دعاوی فزونی می یابد، با این حال در میزان اعتبار و تعیین جایگاه فقهی و حقوقی این اطلاعات در نظام ادله ی اثبات دعوا در فقه و حقوق ایران میان نوشته های محققین اختلافاتی به چشم می خورد^۲ که می توان با توجه به اطمینان آور بودن آزمایش های ژنتیکی و حصول علم عادی توسط آن و با در نظر گرفتن این روش به عنوان اماره ی قضایی در امور مدنی و به خصوص حوزه ی اثبات نسب و محسوب نمودن آن در زمره ی علم قاضی در امور کیفری از جمله تجاوز به عنف، با توجه به امکان پاسخ گویی به تمام شبهات در این زمینه، به این اختلافات پایان داد.

۳-۳- بررسی حجیت آزمایش دی ان ای dna در نفی نسب

بی گمان شارع و قانون گذار نسبت به حفظ نسب اشخاص اهتمام ویژه ای داشته است، تا جایی که در فقه امامیه از ضعیف ترین ادله مانند قرعه نیز در موارد معینی برای اثبات نسب کمک گرفته شده است. بدین ترتیب ارزش و اعتبار روش های دقیق علمی همچون آزمایش دی ان ای در اثبات نسب روشن و آشکار است، ولی نکته قابل تأمل اعتبارسنجی چنین روش هایی در زمینه نفی نسب است؛ چرا که شارع مقدس بر

^۱ بهبودی ، محمد باقر ، ۱۳۶۳ ، گریده کافی ، چاپ اول ، تهران ، مرکز انتشارات علمی و فرهنگی ، ص ۶۷

^۲ خوئینی، غفر، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، تهران، فضیلت علم، ۱۳۸۱، ج اول، ص ۵۴

مبنای فلسفه حفظ و ثبات نظام خانواده، نسبت به نفی نسب و راه‌های اعمال آن سختگیری و دقت ویژه‌ای اعمال کرده است.

۳-۱-۳- حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب

باتوجه به اهمیت نسب در حفظ نظام خانواده و ثبات نسل ها، اهتمام شارع و قانون گذار همواره بر حفظ آن در سایه تقنین بوده است. از این رو در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدتی برای اثبات نسب پدری که به دلیل پنهانی بودن منشأ آن به مراتب دشوارتر از نسب مادری است، دلایل متعددی مانند قاعده ی فراش، اقرار، شهادت و ... را تعیین کرده است و حتی در فرض نبودن دلایل قوی تر به لحاظ کشف واقع، قائل استناد به ضعیف ترین ادله هم چون قرعه است.

در این میان باتوجه به عدم حصری بودن ادله ی اثبات نسب و نحوه ی عملکرد شارع در این حوزه، جایگاه روش های دقیق علمی چون DNA TYPING یا آزمایش DNA که از اهم کاربرد آن رد علم ژنتیک، اثبات نسب و تعیین رابطه ی ابوت می باشد، قابل تأمل و بررسی است، لذا باتوجه به نظریات فقهاء و حقوقدانان و استناد به ادله ی اصولی و فقهی^۱ از جمله حجیت قطع و علم عرفی، حجیت این آزمایش در اثبات نسب به لحاظ شرعی و قانونی اقبال اثبات است.

بدن انسان بالغ بر ۱۰۰ تریلیون سلول دارد که نسخه های مشابهی شامل تمامی اطلاعات ژنتیکی فرد در تک تک آنها وجود دارد، از طرفی با پیشرفت گسترده ی دانش ژنتیک و علوم آزمایشگاهی، امکان شناخت بیشتر ماده ی حیاتی سلول یعنی DNA و ساختار شگرف آن، که در واقع یک بارکد طبیعی منحصر به فرد حامل اطلاعات وراثتی افراد محسوب می شود، فراهم شده است تا آنجا که امروزه قابلیت استفاده از دستاوردهای مهندسی ژنتیک و متدهایی چون DNA TYPING یا انگشت نگاری ژنتیک در تشخیص هویت افراد، کشف حقایق باستان شناسی، تعیین جنسیت و به ویژه بررسی رابطه ی نسبی بین افراد به لحاظ کشف واقع امری مسلم و غیرقابل انکار است و مورد توجه و بعضاً پذیرش کشورهای بسیاری قرار گرفته است و حتی برخی وجهه ی قانونی به آن داده اند.

در قانون مدنی ایران راههای اثبات نسب به طور مشخص ذکر نشده، ولی با استفاده از مواد^۲ قانون مدنی در باب نسب و مبحث ادله ی اثبات دعوی و برخی مواد آیین دادرسی مدنی می توان آنها را استنباط نمود، که عبارتند از: آماره ی فراش، اقرار، شهادت، امارات قضایی و تحقیق محی. از طرفی کتب امامیه نیز باب جداگانه ای به این موضوع اختصاص نداده است و غیر از آماره ی فراش که از اهم طرق اثبات نسب

۱ دهقانی منشأوی، مجید، علم قاضی در رابطه آن با سایر ادله اثبات دعوا، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۸۴ ش، ص

در فقه است و در باب نکاح با عنوان شرایط الحاق اولاد، مستقلاً به آن پرداخته شده، دیگر طرق اثبات نسب از جمله شهادت، اقرار و ... را باید در سایر بابهای فقهی جستجو نمود. با این اوصاف بدیهی است و جهه ی قانونی و شرعی بخشیدن به طرق جدیدی چون آزمایش DNA در مقوله ی اثبات نسب، نیازمند تفحص از مبانی اصولی و ادله ی استنادی در این دو منبع (قانون مدنی و فقه امامیه) است. چرا که با عنایت به پویایی فقه امامیه می توان مسائل مستحدث را پاسخگو بود.

۳-۲-۳- قدرت اثباتی آزمایش "دی.ان.ای" از لحاظ علمی

"دی.ان.ای" یا دئوکسی ریبو نوکلئیک اسید، نوعی اسید نوکلئیک می باشد که دارای دستورالعمل های ژنتیکی است.^۱ قطعاتی از "دی.ان.ای" که اطلاعات ژنتیکی را با خود حمل می کنند "ژن" نامیده می شوند. "دی.ان.ای" دارای توالی های دیگری نیز می باشد که برای ساخت خود "دی.ان.ای" یا تنظیم استفاده از اطلاعات ژنتیکی موجود در "ژن"، استفاده می شود.^۲ این قسمت های خاص از ۲۰۰ تا ۱۴۰۰۰ باز تشکیل شده که در طول "دی.ان.ای" چندبار تکرار شده اند، لذا به آنها مناطق تکرارشونده اطلاق می شود. ترتیب پشت سر هم قرار گرفتن اجزای تشکیل دهنده این مناطق تکرارشونده در هر فرد منحصر به خود اوست.^۳ بنابراین با تعیین توالی بازها در این مناطق تکرارشونده امکان شناخت هویت یک فرد وجود دارد. همان گونه که اثر انگشت هر فرد مختص به خود اوست. "دی.ان.ای" هم خاص خود او می باشد. برای ایجاد یک کودک باید سلول های نر و ماده در بدن مادر با هم ترکیب شوند به این فرایند لقاح^۴ گویند. سلول ماده و سلول نر هر کدام ۲۳ کروموزوم دارند، سلولی تخمی که از ترکیب سلول نر و ماده به وجود می آید، ۴۶ کروموزوم دارد و یک موجود زنده جدید است.^۵

1-NDA:deoxyribo nucleic acid.

۲- نقش اصلی مولکول دی.ان.ای ذخیره سازی طولانی مدت اطلاعات ژنتیکی است.

۳- در واقع یک ژن بخش معینی از دی.ان.ای است.

۴ -غفاری، محمدرضا، دئوکسی ریبو نوکلئیک اسید (DNA) چیست؟ پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روز رسانی ۹۱/۱/۳. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://genetics1.mihanblog.com.post/9>

۵- تنها دوقلوهای همسان توالی تشابه دارند.

۷ - اگر کروموزم های درون سلول یک انسان را کنار یکدیگر قرار دهیم، ۴۶ کروموزوم می شود. هر دو کروموزوم یک جفت را می سازند. یکی از این جفت های کروموزم از مادر و دیگری از پدر به ارث برده می شوند (بحرینی، علیرضا، DNA چه معنایی دارد؟" پایگاه تخصصی ژنتیک در ایرن، آخرین به روز رسانی ۹۱/۱/۳)، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://genetics1.mihanblog.com/post/9>

تعیین توالی اجزای تشکیل دهنده مناطق تکرارشونده با آزمایش "دی.ان.ای" که انگشت نگاری زنتیکی^۱ هم نامیده می شود کاری سخت و پیچیده است، زیرا تعداد این اجزاء زیاد است و به علاوه ابعاد "کروموزم" و "دی.ان.ای" بسیار ریز است، لذا آزمایش "دی.ان.ای" در چندین مرحله انجام می پذیرد. دو شیوه زیر برای انجام آزمایش "دی.ان.ای" مورد استفاده قرار می گیرد .

۱- روش تجزیه قطعات چندشکلی طولی با مطالعه نشانگرهای تکرار تاندوم های متغیر

استفاده از این روش به سال ۱۹۸۰ م برمی گردد. دقت این آزمایش در تشخیص هویت و اثبات نسب ۹۹/۹۹٪ بوده، اما چرخه زمانی آن طولانی است. "دی.ان.ای" را در این شیوه با روش های شیمیایی اخذ و توسط آنزیم های محدودکننده به قطعاتی برش می دهند، طول و تعداد قطعات به دست آمده از نمونه هر فرد با نمونه فرد دیگر تفاوت دارد

۲- روش واکنش زنجیره ای پلیمرز با مطالعه نشانگرهای توالی کوتاه تکرارشونده

این روش پیشرفته از سال ۱۹۹۰ م مورد استفاده قرار گرفته و قدرت اثباتی آن بالاتر از ۹۹/۹۹٪ است که در مقایسه با روش قبلی از سرعت بیشتری برخوردار است. توالی کوتاه تکرارشونده به طور معمول ۱۰ تا ۲ جفت باز طول دارند و تعداد تکرارها در هر فرد متفاوت است. در این روش، امکان اشتباه شدن فردی با فرد دیگر تقریباً به صفر می رسد هنگام مقایسه بین نشانگرها اگر فرزند، حتی در یک ناحیه با پدر یا مادر فرضی تفاوت داشته باشد، رابطه خویشاوندی تأیید نمی شود. درصد خطای این آزمایش بسیار ناچیز^۳ (میزان خطا $\approx 10^{-19}$ تا 10^{-7}) است در پزشکی قانونی ابتدا گروههای خونی مادر، فرزند و پدر احتمالی را بررسی می کنند، اگر هیچ گونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود، "ابوت" را نمی توان رد کرد، لذا مرحله بعدی، انجام آزمایشی دیگری^۴ بر روی خون مادر، فرزند و پدر احتمالی است که در این صورت اگر باز هم هیچ گونه عدم تجانسی بین پدر احتمالی و فرزند مشاهده نشود، آزمایش انگشت نگاری زنتیکی را انجام می دهند.^۵

در هر یک از این راه حل ها مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارند که به طور قطع می توان بر آنها اظهارنظر نمود با این حال، نتایج این آزمایش ها در سایر موارد هیچ گاه به ۱۰۰٪ نمی رسد، علت این است

3- DNA TYPING

خصیصه آزمایش دی.ان. ای این است که برخلاف گروه های خونی که جهت رد ابوت به کار می روند کاربرد آن برای اثبات ابوت است. برای شناسایی این نشانگرها از دستگاه توالی یاب ABI استفاده می شود. در این دستگاه نمونه های دی ان. ای پس از انجام آزمایش PCR اولیه در لوله های الکتروفورز مریبانه حرکت کرده و باتوجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف های کامپیوتری نمایش داده می شوند. به این ترتیب اندازه نشانگرهای ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته و با یکدیگر مقایسه می شوند.

2- HLY TYPING

۵صبروری، علیرضا و حمیده یادگاری، "مقایسه کارایی گروه هایی اصلی و فرعی خونی با NDA TYPING در رد رابطه پدر-فرزندی" مجله پزشکی قانونی، شماره ۴۵، بهار ۱۳۸۶، ص ۳۹

که برای رسیدن به یک نتیجه ۱۰۰٪ لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش قرار گیرند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجه یقینی دست یافت. مع الوصف، وجود احتمال بالاتر از ۹۹/۹۹٪ بیانگر آن است که رابطه ای فی مابین کودک و پدر احتمالی وجود دارد که امکان وجود آن با شخص دیگری با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است و این مسأله عملاً به مفهوم اثبات رابطه ابوت است.

۳-۴-۴- اماره قانونی برای اثبات نسب

قانونگذار اماره قانونی را یکی از راه های اثبات نسب می داند. در تعریف اماره قانونی می توان گفت عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون، دلیل قانون دلیل بر امری شناخته می شود. البته این تعریف بسته به زمانی که طفل به دنیا بیاید یعنی در زمان زوجیت یا پس از انحلال نکاح متفاوت است.

الف) اماره قانونی نسب پدری و در زمان زوجیت: به موجب قانون طفل متولدشده در زمان زوجیت ملحق به شوهر است؛ به شرط آن که از تاریخ ازدواج تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد. در این صورت، نسب پدری و مادری هر دو قانونی خواهد بود.

ب) اماره قانونی نسب پدری پس از انحلال نکاح (جدایی) هنگامی که مادر ازدواج مجدد نکرده باشد. به موجب این قانون هر طفلی که بعد از جدایی متولد شود متعلق به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز ازدواج نکرده باشد و از تاریخ جدایی تا روز تولد طفل بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد.

ج) اماره قانونی نسب پدری بعد از انحلال نکاح هنگامی که مادر ازدواج مجدد کرده باشد. چنانچه بین زن و شوهری جدایی حاصل شود و زن ازدواج مجدد کند و پس از ازدواج مجدد او طفل متولد شود، اگر از تاریخ جدایی اول ۱۰ ماه نگذشته و نکاح دوم به ۶ ماه رسیده باشد، طبق اماره قانونی طفل متعلق به شوهر دوم است؛ مگر آن که اماره قانون قطعی دیگری خلاف آن را ثابت کند.

در این صورت چنانچه امارات قانونی به نحوی باشد که الحاق طفل را به هر دو شوهر ممکن سازد، با استفاده از تشخیص پزشکی می توان الحاق طفل را به یکی از دو پدر امکان پذیر کرد.

۳-۴-۱- دلایل اثبات نسب مادر

مهمترین دلایل اثبات نسب مادر به شرح ذیل است:

اول) سند ولادت «شناسنامه»

شناسنامه متداول ترین دلیلی است که برای اثبات نسب به دادگاه ارایه می شود، اما آنچه به این سند رسمیت می بخشد، گواهی مأمور رسمی است و اگر ادعا شود که ولادت طفل به گونه ای که در شناسنامه آمده است، به مأمور ثبت احوال اعلام نشده یا او اعلام اشخاص را تحریف کرده است، برای اثبات چنین ادعایی باید ادعای جعل را مطرح کند و بار اثبات چنین ادعایی مسلماً بر عهده مدعی خواهد بود.

دوم) شهادت و امارات

بر طبق قواعد عمومی، شهادت می‌تواند تمام ارکان نسب را اثبات کند و تشخیص صحت چنین شهادتی بر عهده دادگاه است و دادرس اجباری به تأیید مفاد گواهی ندارد. ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی در مورد امارات هم در این خصوص می‌توان به دو اماره اشاره کرد، نظر کارشناس در مورد تجزیه خون و زندگی مدعی نسب با خانواده‌ای که خود را منسوب بدان می‌داند و ارایه او به عنوان فرزند خانواده، هر چند که تصریح بدان نشود.

سوم) اقرار:

نسب با اقرار نیز ثابت می‌شود و این تنها موردی است که قانون مدنی درباره آن حکم خاص دارد و این حکم خاص در ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی آمده است: «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 است، تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار به فرزند او شده به شرط آن که منازعی در بین نباشد.»

۳-۴-۲- اثبات نسب بین والدین و فرزندان

الف اثبات نسب پدر

بسته به این که اقامه دعوا از سوی چه کسی مطرح گردد، این بخش به سه قسم تقسیم می‌شود:

۳-۴-۳- اثبات نسب پدر از سوی مادر طفل

این دعوا که خواهان آن، مادر طفل و شایع ترین دعواست، در چند فرض قابل ذکر است. در غالب این دعاوی، تحقق شرایط اماره فراش مورد تردید خوانده قرار می‌گیرد. فرض اول: مادر طفل، دعاوی اثبات نسب فرزندش را علیه شوهر خود مطرح کرده است، اما خوانده، زوجیت را در زمان انعقاد نطفه منکر می‌گردد. بار اثبات این دعوا بر عهده زن است؛ البته محدودیتی در نوع ادله اثبات آن وجود ندارد و می‌توان از شهادت شهود، تحقیق محلی، سند و ... استفاده کرد. علت طرح بسیاری از این نوع دعاوی یا به دلیل عدم ثبت وقوع نکاح (به ویژه عقد موقت) یا تنظیم نکاحنامه رسمی مدتها پس از وقوع نکاح است^۱. مثلاً خوانده اظهار می‌کند چون طفل قبل از عقد متولد شده است، متعلق به وی نیست، در حالیکه خواهان مدعی است سند ازدواج زمانی تنظیم شده که وی از همسرش باردار بوده و تاریخ وقوع نکاح یک سال قبل از تاریخ ثبت آن بوده است. یا این که خواهان مدعی است در زمان نزدیکی بین او و خوانده صیغه شرعی جاری شده بوده، درحالی که خوانده منکر وجود زوجیت در آن زمان است و به پرونده کیفری مطرح در این زمینه ارتباط نامشروع. در بین خواهان و خوانده در دوران نامزدی -استناد می‌کند این فرض، چون شرط اول اماره فراش

^۱ صبوری، علیرضا، یادگاری، حمیده، "مقایسه کارایی گروههای اصلی و فرعی خونی یا DNA TYPING در رد رابطه پدر فرزندی" مجله علمی

پزشکی قانونی، دوره ۱۳، ش ۱، ص ۳۹

زوجیت، ثابت و محرز نشده است، بنابراین رابطه نسبی به وجود نمی آید. آزمایش های ژنتیک در این نوع دعاوی نقشی را ایفاء نمی کنند؛ زیرا شرط مفقود در این اثبات « می باشد و آزمایشها نمی توانند مثبت این امر باشند بنابراین دعوای « زوجیت » دعوا الزام « به دلیل فقدان شرایط اماره فراش رد می شود؛ اما زن می تواند دادخواست « نسب را علیه مرد مطرح نماید و در این دعوا از « خوانده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه آزمایش ژنتیک استمداد نماید .چنانچه نتیجه آزمایش مثبت باشد؛ صرفاً بدین معناست که بین طفل و مرد رابطه خونی برقرار است { نه نسب شرعی و قانونی } و طبق رأی وحدت رویه ۱۱۳مرد مکلف به موضوع دادخواست برای طفل می شود، بدون اینکه نسب شرعی و قانونی بین طفل و مرد برقرار شود.

فرض دوم :از سوی مادر طفل دعوای اثبات نسب مطرح می شود، 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 نمی داند؛ بنابراین هیچ اقدامی در جهت اخذ شناسنامه برای طفل انجام نمی دهد. زوج نیز به این منظور، اقامه دعوای اثبات نسب می نماید. یا این که در دوران عقد (فاصله بین وقوع نکاح تا جشن عروسی) زوج باردار شده است و یا این که در طول دوران زندگی مشترک وی آبستن شده در حالی که زوج طفل را منتسب به خود نمی داند و منکر دخول است. ظاهراً بار اثبات بر عهده مدعی الحاق است و این در حالی است که نزدیکی زن و شوهر از امور پنهانی است و گاه تاریخ وقوع آن را خودشان نیز به دقت نمی دانند، پس چه باید کرد که اماره فراش مفید واقع شود و تمهید قانون گذار در حمایت از خانواده و کودکان متولد در آن بیهوده نگردد؟ برخی از حقوقدانان، زندگی مشترک زن و شوهر را اماره همبستری آنان دانسته اند؛ زیرا یکی از مهمترین اهداف نکاح، مباح شدن رابطه جنسی بین دو همسر است و ظاهر این است که به آن عمل شده و مانعی سبب جدا ماندن همسران از یکدیگر نشده است. بنابراین جایی برای استناد به اصول عملیه و مطالبه دلیل از کسی که مدعی وقوع نزدیکی است، باقی نمی ماند؛ به ویژه که بی اعتمادی به این ظاهر، به کلی اماره موجود در ماده ۱۱۲۱ق.م را بیهوده می سازد و مبنای اماره فراش را بر امری مجهول و اثبات نشدنی قرار می دهد. در نهایت ایشان با توجه به ماده ۱۱۲۳ق.م وقوع نزدیکی در دوران زوجیت را اماره قانونی دانسته و بر یکی از که فرض نزدیکی در مدت زوجیت را یکی از امارات قضایی پنداشته است، ایراد کرده اند و نتیجه نادرستی نظر وی را این دانسته اند که با وجود حکم ماده ۱۱۳۲ق.م، دادرس می تواند از مدعی نسب، دلیل وقوع نزدیکی و تاریخ آن را بخواهد و نکاحی را که منتهی به وجود نزدیکی شده است، دلیلی بر وقوع نزدیکی نداند به نظر می رسد باید قائل به تفکیک بین سه حالت شد:^۱

^۱ ایزدی فرد، علی اکبر؛ پیردهی حاجیکال، علی؛ کاویار، حسین، ۱۳۸۹ش.:: بررسی فقهی وضعیت نسب در شبیه سازی انسانی، فصلنامه علمی- پژوهشی پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره چهاردهم، شماره ۲ (پیاپی ۶۷)، تابستان، ص ۹۹

حالت اول: زوجین زندگی مشترک را شروع کرده اند 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 عدم نزدیکی و قول مرد در انکار دخول مقدم دانست. حالت دوم: زندگی مشترک منحل شده و طفل در فاصله کمتر از ده ماه از انحلال نکاح تولد یافته است. با توجه به ماده ۱۱۲۳ ق.م، 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. بنابراین در دو حالت مذکور نباید از مدعی الحاق (زوجه)، طلب اثبات وقوع نزدیکی کرد. البته امکان اثبات خلاف آن برای زوج وجود دارد مثلاً اگر ثابت کند که مدتی به دلیل حبس یا مسافرت غایب بوده و با زوجه نزدیکی نداشته است، در صورتی که تاریخ تولد طفل و مدت بارداری نیز بیانگر انعقاد نطفه در دوران غیبت باشد. حالت سوم: زوجه در دوران عقد (فاصله بین وقوع نکاح و شروع زندگی مشترک) باردار شده است. این حالت از اهمیت خاصی برخوردار است؛ زیرا دعوای ناشی از این مورد شایع است. وقوع نزدیکی و احتساب مدت حمل از آن تاریخ، شرط الحاق طفل به پدر است. براین اساس، در صورت وقوع اختلاف بین زوجین در خصوص نزدیکی، بنا بر اصل عدم، قول مرد مقدم است بنابراین، بار اثبات بردوش مدعی نزدیکی (زن) قرار می گیرد. البته برخی فقها هرچند این اصل را پذیرفته اند اما در صورت اثبات خلوت تام بین زن و مرد، آن را به عنوان ظاهر بر اصل عدم دخول مقدم می دانند؛ زیرا دعوی زوج مخالف ظاهر است البته در این که آیا خلوت تام نشان از دخول است و با اثبات این امر، نسب برقرار است یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقها معتقدند که ارخاء ستر نشان از دخول نیست؛ بنابراین، قول زوج به دلیل مطابقت با اصل عدم مواجهه همراه با سوگند مقدم است و بدون نیاز به لعان، طفل از او منتفی است ضمن این که مستند این گروه روایاتی است که دخول را موجب ثبوت مهریه کامل می دانند نه ارخاء ستر در مقابل، طبق نظر برخی دیگر از فقها، خلوت تام نشانه دخول است مستند این گروه دو دسته روایات است:

ان كانت الخلوة تامة، و یعنی بها إرخاء الستر أو إغلاق الباب مع عدم حصول مانع، كالجب يبي الر، بو، و ال برن یبی «^۱

المرأة، بویج المهری الظاهر، عملاً بشاهد حال الصحيح این بحث فقهی در پی این مسأله مطرح شده است که طلاق پس از این که بین زوجینی خلوت تام صورت گرفته بوده است، رخ داده و زن بعد از طلاق ادعای حاملگی کرده است، در حالی که مرد منکر مواجهه است. آیا شرایط اماره فراش (الحاق) تحقق یافته است که بتوان لعان کرد یا خیر؟.

^۱ تمیمی آمدی، عبدالواحد، ۱۴۱۰ قمری، غررالحکم و دررالکلم، قم، دارالکتب الاسلامی، ص ۱۸۴

روایاتی که در خصوص مهریه وارد شده است براساس این گونه روایات، چنانچه زن و مردی خلوت کنند سپس زن ادعای مواقعه و مرد منکر دخول شود، تمام مهریه بر عهده مرد مستقر می شود زیرا وجود خلوت اماره ای است که، دلالت بر رجحان قول زن دارد، قول وی موافق با ظاهر است روایاتی که در باب لعان آمده است باب بر این اساس، اگر زن خلوت تام را ثابت کند، مرد می تواند از طریق لعان نفی ولد کند؛ زیرا شرایط الحاق طفل به پدر محقق شده است. بنابراین، عمل براساس ظاهر، قول زن را مقدم می دارد به نظر می رسد استدلال و مستندات گروه دوم قوی تر است، ضمن این که در بحث عده و حمل، احتیاط خاصی باید صورت گیرد؛^۱ زیرا در روایتی از معصوم سؤال می شود که زن و مردی خلوت کرده اند اما مواقعه صورت نگرفته است، آیا عده لازم است؟ امام از سوی زن داده اند، باب «عده از آب» دستور به لزوم نگهداشتن ما یوجب المهر کمالاً، که مؤید این نکته است که حمل صرفاً از نزدیکی جنسی متکون نمی شود؛ بلکه جذب منی و استرسال آن در رحم باعث الحاق طفل می گردد. دلیل الحاق طفل به پدر صرفاً نزدیکی نیست؛ بلکه نزدیکی مورد شایع و غالب است و گر نه خصوصیت و موضوعیتی ندارد؛ زیرا حمل صرفاً از نزدیکی (دخول به معنای خاص) به وجود نمی آید؛ بلکه نزدیکی جنسی به اعتبار این که سبب انعقاد نطفه می گردد، مورد نظر واقع شده است. در غیر این صورت باید طفل متولد از تفخیز زن و شوهر منتسب به پدر نباشد. حال آن که طفل مزبور شرعاً و عرفاً مشروع بوده و به پدر ملحق خواهد شد و شرط صدق فراش، وقوع عقد ازدواج و احتمال انزال است و «به تعبیر یکی از حقوقدانان جعفری علم به دخول لازم نیست؛ حتی علم به عدم دخول هم مضر به تحقق فراش نیست. لنگرودی، بنابراین در صورت اثبات خلوت تام به وسیله اقرار زوجین یا شهادت شهود شرط دوم اماره فراش (دخول) تحقق یافته و نیازی به انجام آزمایش های ژنتیک نیست؛ زیرا اماره فراش محقق است و این آزمایش ها، توان مقابله با اماره قانونی فراش را ندارد اما اگر حتی خلوت تام ثابت نشود، بنا بر اصل عدم مواقعه، نسب محقق نیست. بنابراین در موردی که شرط دوم اماره فراش، نزدیکی، مفقود است، انجام آزمایش ژنتیکی پیشنهاد می شود؛ 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، می تواند به عنوان اماره قضایی بر اصل عدم غالب گردد. فرض سوم: دعوی اثبات نسب توسط مادر طفل اقامه گردیده در حالی که خوانده مدعی عدم رعایت حداقل یا حداکثر مدت حمل است. به نظر برخی فقها در اختلاف زوجین در مدت حمل، چنانچه بر دخول و ولادت اتفاق نظر باشد، قول مدعی الحاق (زن) مقدم است مثلاً زوجه مدعی تولد طفل در بیشتر از ۱ ماه از زمان نزدیکی و یا کمتر از ۱۲ ماه از انحلال نکاح است، در حالی که زوج منکر تولد طفل در حداقل و یا حداکثر مدت حمل است. اما برخی دیگر بر این نظرند که صرفاً اگر اختلاف راجع به اکثر مدت حمل باشد، قول زن مقدم است و اگر اختلاف در اقل حمل باشد، قول

^۱ جعفری، امین، تشخیص هویت ژنتیکی در پرتو علوم جنایی، بی چا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ش، ص ۹۵

مرد مقدم است به نظر می رسد اختلاف در مدت حمل می تواند 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 مانند شهادت شهود امکان پذیر است و اگر ناشی از اختلاف در تاریخ نزدیکی باشد، به نوعی بازگشت به فرض اول یا دوم است که در این صورت، نتیجه سونوگرافی انجام شده در دوران بارداری می تواند به عنوان اماره قضایی مورد استفاده قرار گیرد. با این حال، نقش دلایل ژنتیکی در این دعاوی (فرض سوم) بسته به این که ریشه اختلاف به فرض اول برمی گردد یا به فرض دوم، متفاوت است.

۳-۴-۴- اثبات نسب پدر از سوی فرزند

در قسمت قبل از این جهت که طفل، توانایی اقامه و صلاحیت اقامه دعوا را نداشت، دعوی اثبات نسب از سوی مادر وی مطرح می شد؛ اما چنانچه وی از سن صغر خارج و کبیر شده باشد، می تواند دعوی اثبات نسب علیه مردی اقامه کند و مدعی رابطه نسبی با او شود. در این نوع دعاوی، خوانده رابطه نسبی بین خود و خواهان را به دلیل عدم تحقق شرایط اماره فراش نفی می کند؛ مثلاً منکر زوجیت با مادر خواهان می شود که در این صورت، بار اثبات برعهده خواهان است. وی می تواند با توسل به شهادت شهود یا تحقیق محلی این امر را اثبات نماید؛ یا این که خوانده هر چند زوجیت را قبول دارد، اما در دفاع از خود بیان می دارد که رعایت اقل و اکثر حمل نشده است؛ مثلاً خواهان ۱۳ روز پس از طلاق به دنیا آمده باشد، در حالی که تاریخ ازدواج ۱۱۳ روز قبل بوده باشد؛ یعنی حداقل مدت حمل از زمان ازدواج (۱۱۲ روز) رعایت نشده باشد. در اثبات نسب پدری از سوی فرزند نیز مانند مورد قبل (اثبات نسب پدری از سوی مادر طفل) عمل می شود. غالباً این رابطه نسبی به واسطه شهود ثابت می شود. از نیز می توان استفاده کرد که میزان اعتبار آن بستگی به علم قاضی با DNA آزمایش توجه به محتویات پرونده و قرائن موجود در آن دارد در مجموع، در خصوص اثبات نسب پدری (خواه از سوی مادر طفل مطرح گردد و خواه از سوی فرزند کبیر)، 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 آزمایش های ژنتیکی نیست؛ چنان که اشاره شد، آزمایش ژنتیک همانند آزمایش خون می تواند وجود رابطه طبیعی و خونی را محرز کند؛ هرچند به طور معمول، نتیجه این آزمایش، اطمینان آورتر و گاه موجد علم است؛ اما متعلق علم حاصل از آزمایش ژنتیک وجود رابطه خونی است، در حالی که آنچه در دعاوی اثبات نسب مورد جستجوست، 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. آنچه در این پژوهش دنبال می شود، استفاده از آزمایش در اثبات دیوان عالی کشور. دعاوی اثبات نسب است که به دلیل مغایرت متعلق این دو علم، تحقق تعارض متفی است. البته در طرف دعاوی نفی نسب امکان تحقق این تعارض وجود دارد که در جای دیگر بدان پرداخته شده و خارج از موضوع این است.

۳-۴-۵- اثبات نسب پدری از سوی پدر

چنانچه خواهان، ادعای ابوت بر طفل صغیری را داشته باشد و منازعی وجود نداشته باشد، صرف اقرار پدر (خواهان) کفایت می کند؛ اما اگر شخص کبیر و بالغ باشد، علاوه بر اقرار پدر نیاز به تصدیق خوانده نیز است (ماده ۱۵۳۳ ق.م)؛ البته در رویه قضایی نیاز به شهادت شهود نیز است. در مواردی که خوانده طفل صغیر و در تحت سرپرستی مؤسسه یا خانواده دیگری است، به دلیل وجود منازع، اقرار کفایت نمی کند و نیاز است که ادعای خواهان در خصوص وجود رابطه نسبی پدر فرزندی اثبات می تواند یکی از این ادله باشد؛ نتیجه آزمایش در کنار DNA گردد. استفاده از آزمایش قراین و دلایل دیگر می تواند به قاضی کمک کند تا وی از مجموع ادله موجود، اقدام به اصدار حکم اثبات نسب یا رد دعوی خواهان کند.

ب اثبات نسب مادری

نظر به این که دعوا از سوی چه کسی اقامه گردد، سه حالت متصور است: گاه فردی ادعا می کند که خوانده مادر اوست؛ یا در مواردی پدر طفلی ادعا می کند که خوانده، همسر وی و مادر فرزندش است، در مواردی نیز ممکن است خانمی ادعا کند که مادر طفل یا مادر فرد کبیری است.

۳-۴-۶- اثبات نسب مادر از سوی فرزند

در بیشتر این نوع دعاوی، انگیزه اصلی، تصحیح یا تکمیل شناسنامه است که با اقرار طرفین ثابت گردد و اختلاف به معنای واقعی در آن دیده نمی شود. مثلاً در شناسنامه مادر، نام فرزند (خواهان) درج نشده، در حالی که نام وی در شناسنامه خواهان، به عنوان مادر ذکر گردیده است یا بالعکس. غالباً علت وقوع چنین دعاوی این است که پس از تولد طفل در خارج از بیمارستان، پدر طفل به همراه دو گواه به اداره ثبت احوال مراجعه و تقاضای شناسنامه کرده است و سند سجلی به نام پدر و ذکر نام کوچک مادر بدون مشخصات سجلی به استناد بند یک ماده ۱۱ قانون ثبت احوال تنظیم شده است؛ یا این که پدر نام مستعار مادر طفل را به مامور ثبت احوال بیان کرده است. نسب مادری در این گونه موارد با تصدیق همسر مادر (پدر خواهان)، اقرار خوانده و شهادت شهود اثبات می گردد. حتی اگر پدر خواهان (همسر خوانده) فوت کرده باشد در صورت اثبات زوجیت خوانده با متوفی و احتساب مدت حمل، آبستنی و وضع حمل مانعی در اثبات نسب مادری از سوی فرزند ایجاد نمی شود؛ اما 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 ثابت کند. در اثبات رابطه نسبی بین خواهان و خوانده بلامانع است و DNA

استفاده از آزمایش قاضی می تواند در صورت حصول علم از این آزمایش حکم به صدور اثبات نسب بین آن ها دهد.

رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مورد صلاحیت دادگاه مدنی خاص در رسیدگی به دعوی اثبات نسبت مادر و فرزندی

رأی شماره ۵۱۳ - راجع به اثبات نسب (صفحه ۶۸۱) روزنامه رسمی شماره ۱۲۷۵۸-۶۷,۹,۲۲- شماره ۹۳۹ - هـ ۱۳۶۷,۹,۷ پرونده وحدت رویه ردیف: ۴۵,۶۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور ریاست معظم دیوان عالی کشور احتراماً به شرح نامه شماره ۱۳۶۶,۱۰,۱۳-۱۴۸۰,۱۱۲,۶۶ از دادگاههای مدنی خاص تهران با ارسال دو رأی از شعب ۱۳ و ۱۸ دیوان عالی کشور اعلام گردیده که در مورد دعوی نسب آراء مختلف صادر شده و مراتب طبق قانون وحدت رویه اعلام می گردد که به شرح ذیل خلاصه پرونده ها معروض و نظریه اعلام می شود:

۱- در پرونده موضوع دادنامه ۱۳,۴۹۴-۱۳۶۶,۹,۱۵ شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور بانو خدیجه پورنعمتی دادخواستی علیه بانو صفیه عابدینی به خواسته اثبات نسب فرزندان به نامهای شهین - زینت - عصمت - حمیدرضا به دادگاه تقدیم و توضیح داده است به علت نداشتن شناسنامه اسامی فرزندان مذکور خود را در شناسنامه خوانده دعوی (نامادری) ثبت کرده و اینک که دارای شناسنامه می باشد تقاضا می نماید اسامی نامبردگان در شناسنامه اش که مادرشان می باشد ثبت شود شعبه ۱۱۲ دادگاه عمومی تهران (مدنی خاص) به موجب قرار ۵۵۲-۶۶,۴,۲۴ موضوع را اختلاف نسب ندانسته و خواسته دعوی را صرفاً تغییر نام مادر تشخیص می دهد و بر این اساس قرار عدم صلاحیت به صلاحیت دادگاههای حقوقی یک تهران صادر کرده است و شعبه اول حقوقی یک به موجب قرار ۱۵۱۸-۱۳۶۶,۶,۷ عقیده به شایستگی دادگاه مدنی خاص داشته لذا با حصول اختلاف در صلاحیت پرونده به شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور ارجاع و چنین رأی داده است: رأی - نظر به این که بر طبق بند ۲ از ماده ۳ لایحه قانونی تشکیل دادگاه مدنی خاص رسیدگی به دعوی نسب در صلاحیت آن دادگاه می باشد بنابراین باتوجه به خواسته که دعوی انتساب فرزندان از طرف خواهان به خود می باشد و ادعا نموده است خوانده دعوی نامادری فرزندان مزبور است لذا با توجه به بند ۲ ماده مذکور و نظر به این که صرف طرح دعوی نسب ایجاد صلاحیت برای دادگاه مدنی خاص نمی نماید و ضرورتی هم برای وجود اختلاف در نسب جهت ایجاد صلاحیت برای دادگاه مدنی خاص وجود ندارد بنا به مراتب رسیدگی به موضوع در صلاحیت دادگاه مدنی خاص تهران بوده و بین دو مرجع حل اختلاف می شود.

۲- در پرونده موضوع دادنامه ۱۸،۴۵۳-۱۳۶۶،۸،۲۸ شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور بانو مرضیه صفری با تقدیم دادخواست اصلاح شناسنامه خواستار تغییر نام نامادری خود بانو اصلی به نام مادر تنی و واقعی بانو آسیه عبدی می‌شود و در ستون خواسته تقاضای اثبات نسب را نیز قید می‌کند و در جلسه ۱۳۶۶،۳،۲۱ دادگاه در شناسنامه مادرم خانم اصلی ذکر شده در حالی که مادرم خانم آسیه عبدی می‌باشد و خانم اصلی همسر اول پدرم بوده وقتی خواسته شناسنامه بگیرد بجای اسم مادرم نام آن همسرش را نوشته است تقاضا دارم دادگاه پس از بررسی تأیید نماید که من فرزند آسیه عبدی هستم شعبه ۱۱۲ دادگاه مدنی خاص تهران بشرح قرار شماره ۸۴۱-۱۳۶۶،۶،۲۲ دعوی اقامه شده را ترافع در نسب ندانسته و خواسته را صرفاً تغییر نام مادرتشخیص داده و به صلاحیت دادگاه حقوقی یک تهران قرار عدم صلاحیت صادر نموده است و شعبه اول دادگاه حقوقی یک تهران در تاریخ ۱۳۶۶.۷.۸ نظر می‌دهد که قرار عدم صلاحیت صادر موجه نیست زیرا خواهان اداره ثبت احوال و خانم اصلی را طرف دعوی قرار نداده است و دادگاه مدنی خاص چنانچه دعوی را به کیفیت مطروح صحیح نمی‌دانست باید مبادرت به انشاء رأی در ماهیت نماید و صدور قرار عدم صلاحیت فاقد موقعیت قانونی می‌باشد لذا پرونده به دادگاه مدنی خاص اعاده می‌شود تا در صورت بقاء به عقیده خود جهت حل اختلاف به دیوان عالی کشور ارسال دارند و پرونده با حصول اختلاف در صلاحیت در شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور مطرح و طی دادنامه شماره 18.453-1366.8.28 چنین رأی داده است:

رأی - با توجه به موضوع خواسته که تصحیح نام مادر در شناسنامه خواهان است و با عنایت به این که دعوایی با چنین عنوان اعم از این که به نحو صحیح و بطرفیت اداره ذینفع اقامه شده باشد یا خیر فی نفسه در صلاحیت دادگاه حقوقی یک می‌باشد و نه دادگاه مدنی خاص و تحقق اختلاف در نسب هم نشده تا دادگاه اخیرالذکر در این مقوله صلاحیت رسیدگی و اظهار نظر داشته باشد لهذا با تأیید قرار صادره از شعبه ۱۱۲ دادگاه مدنی خاص تهران و نقض قرار عدم صلاحیت صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی یک تهران به صلاحیت دادگاه اخیرالذکر در ما نحن فیه حل اختلاف می‌نماید.

نظریه - همانطور که ملاحظه می‌فرمایید بین آراء شعب ۱۳ و ۱۸ دیوان عالی کشور در موضوع واحد و مشابه (اثبات نسب) تهافت وجود دارد بنا به مراتب به استناد قانون وحدت رویه مصوب تیر ماه ۱۳۲۸ تقاضای طرح موضوع را در هیأت عمومی دیوان عالی کشور جهت ایجاد هماهنگی و وحدت رویه می‌نماید. معاون اول دادستان کل کشور

جلسه وحدت رویه

به تاریخ روز دوشنبه: ۱۳۶۷، ۸، ۲ جلسه وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست جناب آقای دکتر فتح‌الله یآوری معاون اول قضایی ریاست محترم دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای مهدی ادیب رضوی نماینده دادستان محترم کل کشور و جنابان آقایان رؤسا و مستشاران شعب کیفری و حقوقی دیوان عالی کشور تشکیل گردید. پس از طرح موضوع و قرائت گزارش و بررسی اوراق پرونده و استماع عقیده جناب آقای مهدی ادیب رضوی نماینده دادستان محترم کل کشور مبنی بر: "بسمه تعالی: در یکی از دو پرونده یعنی پرونده موضوع دادنامه شماره ۱۳، ۴۹۴-۱۳۶۶، ۹، ۱۵-۱۳ شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور تصریح شده است به علت این که بانو خدیجه پور نعمتی فاقد شناسنامه بوده نام فرزندان در شناسنامه بانو صفیه عابدینی نامادری آن‌ها قید شده و در پرونده دیگر یعنی پرونده موضوع دادنامه شماره ۱۸، ۴۵۳-۱۳۶۶، ۸، ۲۸-۱۳ شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور، بانو مرضیه صفری مدعی است که مادر واقعی وی بانو آسیه عبدی بوده است در حالی که نام مشارالیه‌ها به عنوان فرزند در شناسنامه بانو اصلی نامادری وی درج شده بنابراین چه در پرونده اول و چه در پرونده دوم ماهیت قضیه همانند است بدین ترتیب که در پرونده اول مادری دعوی نسب در مورد فرزندان ادعایی خود می‌کند که نام آنها در شناسنامه نامادری آن‌ها درج شده و در پرونده دوم دختری مدعی فرزندی خود به بانوی دیگری غیر از کسی است که به موجب شناسنامه مادر وی شناخته شده است لذا رأی شعبه ۱۳ دیوان عالی کشور که رسیدگی به دعوی را در صلاحیت دادگاه مدنی خاص تشخیص داده تأیید می‌شود".

مشاوره نموده و اکثریت بدین شرح رأی داده‌اند:

رأی شماره: ۱۳۶۷، ۸، ۲-۵۱۳

"بسمه تعالی"

رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور ادعای وجود رابطه مادر و فرزندی از جمله دعاوی راجع به نسب می‌باشد که بر طبق بند ۲ ماده ۳ لایحه قانونی دادگاه مدنی خاص مصوب ۱۳۵۸ شورای انقلاب باید در دادگاه مدنی خاص رسیدگی شود لذا رأی شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور که با این نظر مطابقت دارد صحیح تشخیص می‌شود، این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه قضایی مصوب ۱۳۲۸ برای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.

همچنین مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۴۶۲۲ مورخ ۱۳۸۴/۷/۴ اداره کل حقوقی قوه قضائیه: با توجه به اینکه اثبات نسبت مادر با فرزندان به تنهایی قابل طرح و رسیدگی است و از اثبات نسب والدین و فرزندان که مستلزم اثبات رابطه زوجیت والدین می باشد متمایز است، در صورتی که خواهان صرفاً اثبات نسب خود با فرزندان را تقاضا نموده باشد، رسیدگی به این خواسته فاقد اشکال قانونی است؛ زیرا، در صورت اثبات و صدور حکم، طبق تبصره ذیل ماده ۱۶ قانون ثبت احوال با اظهار مادر نیز امکان صدور شناسنامه برای فرزندان وی وجود دارد.

۳-۴-۷- اثبات نسب مادر از سوی پدر طفل

در این نوع دعوی، پدر طفل ولایتاً از سوی فرزندش دعوای اثبات نسب مادری اقامه می کند؛ برای مثال زن و مردی به عقد موقت یکدیگر در آمده اند (بدون ثبت واقعه نکاح) و زوجه باردار شده است و چون از این وضع ناراحت است؛ لذا پس از زایمان، طفل را به زوج تحویل داده، رها می سازد در حالی که حاضر به اخذ شناسنامه برای نوزاد خود نمی شود. در این گونه موارد، خواهان (پدر طفل) باید ضمن اثبات زوجیت خود با خوانده، بارداری در این دوران و تولد طفل از بطن خوانده (وضع حمل) را به اثبات برساند. در این نوع دعوی نیز می توان از آزمایش استفاده کرد؛ اما با توجه به نتیجه آزمایش و سایر ادله و قراینی که در پرونده DNA موجود است، در مرحله اتخاذ تصمیم، علم قاضی نقش اساسی ایفا می کند؛ زیرا ممکن است طفل از رابطه نامشروع حاصل شده باشد. لذا نمی توان به طور قطع، مثبت بودن را بیانگر وجود نسب شرعی و قانونی طفل دانست. در این بین، احراز DNA آزمایش رابطه زوجیت و این که طفل در حداقل از تاریخ زوجیت یا حداکثر از تاریخ انحلال نکاح متولد شده باشد، مهم است.

۳-۴-۸- 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 ۱۲ ماه پس از انحلال نکاح، آبستنی و زایمان خود و این که طفل متولد از او، کودک (یا فرد بالغ) مورد تنازع است را نیز ثابت کند. در این بین اگر پدر طفل، ادعای خواهان را تصدیق کند، دعوا با اقرار خواهان ثابت می شود. البته چنانچه رابطه نسبی طفل با پدر محرز نباشد، باز هم خواهان باید تأهل (کنونی یا سابق) خود، آبستنی و زایمان و تولد طفل مورد اختلاف را ثابت نماید.

در مجموع، اگر به واسطه ادله ای همچون شهادت شهود، استفاضه، اقرار یا سند، رابطه نسبی طفل با خواهان ثابت گردد، نیازی به آزمایش ژنتیکی نخواهد بود؛ مگر آن که مثلاً قراینی از سوی خانواده یا مؤسسه

^۱ علوی قزوینی علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، مجموعه مقالات و روشهای نوین تولید مثل از دیدگاه فقه و حقوق، بی چا، تهران، ابن سینا و سمت، ۱۳۸۲ ش.ج. ۲، ص ۱۲۹

ای که طفل در نزد آنها بزرگ شده یا سایر قراینی که در پرونده موجود است، قاضی را در صدق ادعای مدعی به تردید اندازد؛ در این صورت، می تواند از آزمایش های ژنتیک استمداد کند و چنانچه با توجه به مجموع محتویات پرونده، از این اماره قضایی (آزمایش) علم حاصل شود، حکم اثبات نسب را صادر نماید. در خاتمه دعاوی اثبات رابطه 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 یا انگیزه های دیگر به خانواده یا مؤسسه ای تحویل داده اند تا تحت سرپرستی آن ها قرار گیرد، اما پس از چند سال از انجام این کار پشیمان شده، در صدد برآمده اند ثابت کنند فرزندی که در آن خانواده یا مؤسسه پرورش یافته است، فرزند واقعی آنهاست؛ یا پدر و مادری که فرزندشان در کودکی مفقود یا دزدیده شده بوده است، پس از چند سال تلاش برای یافتن او از طریق آگهی در جراید نهایتاً فرد یا افرادی ادعا کنند که همان طفل گمشده هستند؛ صدق این ادعا و رابطه نسبی باید در دادگاه احراز شود. در صورت طرح چنین دعاوی در دادگاه، باید ثابت گردد که فرد (یا طفلی) را که آن ها ادعای رابطه فرزند والدینی با گرفته می شود. البته DNA او دارند، همان طفل گمشده است. در این موارد غالباً آزمایش 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 زوجینی مطرح و رسیدگی شود. در خصوص اعتبار آزمایش DNA در چنین دعاوی از دو تن از فقهای معاصر استفتاء شده است که اند در پاسخ فرموده اند: « چنانچه از طریق آزمایش مذکور علم حاصل شود ».

در استفتای دیگری، در متن سؤال آمده است: استفاده از آزمایش های ژنتیکی در تعیین نسب کودکان جابه جا شده در زایشگاه ها، یا در مواردی که فرد یا افرادی ادعای نسب با کودکان بی سرپرست در موسسات نگهداری کودکان بی سرپرست 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 هستند، در صورتی که دلایل ارائه شده جهت صحت ادعایشان به روشنی نتواند اثبات کننده باشد و دادگاه بخواهد از آزمایش های ژنتیکی (دی ان ای) به نتیجه برسد، اعتبار این آزمایش از منظر فقهی چگونه است؟

آیت الله العظمی نوری همدانی در پاسخ فرموده اند: « این آزمایشات فی حد نفسه و شرعاً حجت نیستند مگر با قراینی که موجب علم و اطمینان عرفی می شوند همراه باشد و ملاک در امور شخصی علم شخص مکلف و در امور اختلافی علم قاضی است ».

۳-۹-۴- اثبات نسب خویشاوندی

منظور از خویشاوندان، اقربای نسبی به غیر از والدین فرزندان است؛ یعنی رابطه نسبی پدر بزرگ و مادر بزرگ با نوه ها، رابطه نسبی برادر و خواهرها و رابطه نسبی اعمام و احوال با خواهرزاده و برادرزاده است

اثبات رابطه نسبی جد و جده ابی و امی، دارای آثاری همچون ارث، انفاق و حق ملاقات است؛ ضمن این که رابطه جد پدری با نوه، حق ولایت و درموردی حضانت را نیز به همراه دارد. این در حالی است که رابطه نسبی طبقه دوم و سوم از جهت ارث و در مواردی قیومت و حضانت حائز اهمیت است. برای مثال، فردی مدعی می شود کودک بی سرپرستی که در سازمان بهزیستی نگهداری می شود، نوه وی است، یا افرادی در پی نوه گمشده خود بعد از فوت پدر و مادر وی در یک سانحه یا حادثه قهری در جراید آگهی کنند و به دنبال آن، فردی مدعی شود که همان فرد 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 به نسب، به عنوان فرزند خود بپذیرد و شناسنامه اخذ کند، حال فردی مدعی شود که پدر بزرگ ابی او (پدر فرد متوفی) است و در صدد اثبات رابطه نسبی خود با طفل بر آید تا علاوه بر حق ولایت، حق حضانت یا لاقل حق ملاقات داشته باشد. چنانچه در مثال های 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 افرادی مؤثر است که صرفاً اقرار به این امر کرده باشند، در حالی که اگر دعوا با سایر ادله و مدارک به اثبات برسد، رابطه نسبی احراز شده بر سایران (مثلاً فرزندان اجداد) نیز مؤثر خواهد بود. اما در مورد این که آیا می توان در صورت لزوم از آزمایش DNA در اثبات این رابطه استفاده کرد یا خیر، باید بیان داشت که شباهت ژنتیکی پدر بزرگ و مادر بزرگ با اولاد اولاد صرفاً ۲۵٪ است یعنی این دو ۷۵٪ از نظر ژنتیکی با هم تفاوت دارند.

به همین دلیل، هر چند امکان انجام آزمایش وجود دارد، به سختی می توان به نتیجه ای رسید. به نظر هم نمی رسد که پزشکی قانونی در وضعیت کنونی اقدام به چنین آزمایش هایی نماید^۱. بنابراین، باید اثبات دعوای رابطه نسبی بین اولاد اولاد و اجداد را با سایر ادله و قرائن به نتیجه رساند. یکی دیگر از مهم ترین و در عین حال شایع ترین نوع دعوای اثبات رابطه خویشاوندی، اثبات رابطه خواهر برادری است خواهان مدعی است که با فرد متوفایی، رابطه پدر فرزندی یا مادر فرزندی دارد؛ بنابراین علیه وراث متوفی (فرزندان متوفی) طرح دعوا کرده است. زیرا برابر بخش نامه شماره ۱/۴۵۲۵ 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 دعوای جنبه تکمیل یا تصحیح شناسنامه ای دارد که با اقرار خواندگان و شهادت شهود خاتمه می یابد در مواردی نیز خواهان مدعی است که خواهر یا برادر فرد متوفایی که فاقد وراث طبقه اول است، هر چند که ممکن است افراد دیگری در طبقه دوم وجود داشته باشند و درصدد اثبات رابطه خواهر برادری با متوفی برمی آید. در هر حال، اثبات این نوع رابطه خویشاوندی نیز با دلایلی همچون اقرار خواندگان، شهادت شهود، اقرار

^۱ شریفی، ساناز، خورشیدی، مزگان، مهدب، آرش، آزمایشهای ژنتیک و ادله اثبات دعوا، بی جا، تهران، پژوهشگاه ابن سینا، ۱۳۸۹ش، ص ۱۲۱-۱۲۵

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 ژنتیک 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 می توان به عنوان اماره قضایی به آن استناد کرد و این بسته 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 متوفایی، 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 آن ها طرح دعوا کرده، مدعی است که خواهرزاده یا برادرزاده خواندگان است و خواندگان عمه، عمو یا خاله یا دایی وی هستند تا از اثبات این امر، رابطه نسبی خواهان با متوفی به عنوان پدر فرزندی یا مادر فرزندی ثابت گردد . در موارد 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 (فردی مدعی باشد که از اقربای طبقه سوم متوفایی که خویشاوند طبقه اول و دوم ندارد، است و خود را عمه، خاله یا دایی و عموی او معرفی کند). این نوع رابطه نسبی با ادله اثبات دعوا ثابت می شود . 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 خواهر زاده ۱۲/۵ درصد است و این در حالی است که آنها با پدر یا مادر وی، خواهر و برادر ابوینی بوده باشند . در همین فرض، اگر آنها رابطه ناتنی (ابی یا امی) داشته باشند، صرفاً ۶ درصد از لحاظ ساختار ژنتیکی با هم شباهت دارند .

بنابراین، هرچند استفاده از آزمایش ژنتیکی DNA برای تعیین این که آیا بین آنها رابطه خویشاوندی (مثلاً عمو و برادر زاده) وجود دارد یا خیر، امکان پذیر است ، اما به دلیل شباهت ژنتیکی بسیار کم، عملاً استفاده از این روش مشکل خواهد بود.

۳-۵- دعاوی اثبات رابطه طبیعی خونی

این دعوا از اقسام دعاوی نسب به شمار نمی آید؛ اما به دلیل این که در احراز این رابطه خونی نیز از آزمایش های ژنتیکی استفاده می شود و برخی از آثار نسب نیز بر پدر عرفی بار می شود ، مناسب است در این قسمت به آن اشاره شود.

الزام خوانده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه مطرح می گردد ؛ چون اثبات نسب ظهور در نسب شرعی و قانونی دارد . خواهان این نوع دعوا، خانمی است که ادعا می کند بین او و خوانده رابطه نامشروعی صورت گرفته (با اکراه و عنف یا رضایت طرفینی) و حاصل آن طفلی است که جهت اخذ شناسنامه و نفقه وی، طرح دعوای حقوقی کرده است . البته رسیدگی به چنین خواسته ای منوط به رسیدگی قبلی دادگاه جزایی

و احراز رابطه نامشروع بین خواهان و خوانده است. طبق رای وحدت رویه شماره ۶۱۷ پدر عرفی طفل کلیه تکالیف مربوط به آن، از جمله اخذ شناسنامه و نفقه را بر عهده دارد، این رای در پی بررسی و طرح دو پرونده از دادگاه عمومی سیرجان، که در هر دو به آزمایش های ژنتیکی انجام گرفته جهت احراز رابطه خونی طبیعی طفل و پدر فرضی استناد شده بود، صادر گردید در چنین پرونده هایی مشاهده می شود که به جهت تشخیص رابطه خونی بین طفل و پدر فرضی، آزمایش ژنتیکی توسط پزشکی قانونی بعمل آمده است و نتیجه آزمایش ها نیز مورد توجه قضات قرار گرفته و در متن رای به آن استناد شده است. البته قرائن موجود در پرونده ها به ویژه احراز رابطه نامشروع در دادگاه کیفری بر اعتبار آزمایش مؤثر بوده است. باید توجه داشت که در این گونه موارد اثبات نسب صورت نمی گیرد و تنها اثبات رابطه عرفی (خونی) است. در استفتایی از مراجع تقلید سؤال شده است که آیا اثبات نسب کودکی که از مادری متولد شده، به مردی که همسر این زن نیست و اقرار به 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 تواند حکم به وجود نسب کند؟ آیات عظام محمدتقی بهجت و ناصر مکارم شیرازی بر این 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، سیدعلی خامنه ای و حسین نوری همدانی معتقدند که این آزمایش ها فی نفسه حجیت شرعی ندارند؛ مگر این که از این طریق برای قاضی علم حاصل شود. البته تمامی فقهای مذکور بر این امر اتفاق نظر دارند که براساس این آزمایش ها نمی توان متهم را حد 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. بنابراین در دعاوی که سؤال از وجود رابطه خونی باشد، آزمایش ژنتیک این رابطه را می تواند اثبات کند؛ اعم از این که خود ایجاد علم کند یا این که برای قاضی با توجه به سایر قرائن و شواهد، علم به وجود رابطه خونی حاصل شود. اما در مواردی که سؤال از وجود نسب باشد، نتیجه آزمایش ژنتیک مستقلاً چیزی را اثبات نمی کند.

۳-۶- حجیت آزمایش DNA بعنوان یک دلیل قطعی بر مبنای حجیت قطع

در فرض قطعیت ۱۰۰٪ این آزمایش جهت اثبات حجیت آن به لحاظ شرعی می توان به حجیت ذاتی قطع تمسک نمود، در مباحث اصولی، ذیل مبحث قطع، اصولیون ضمن تعریف قطع، حجیت آن را ذاتی شمرده و به موجب عقل لزوم متابعت از آن را نتیجه گرفته اند. قطع حالتی نفسانی است که در آن حالت چیزی برای شخص معلوم است و در مقابل ظن و شک به کار می رود و احتمال اینکه در آن مورد به

خصوص خطا کرده باشد نزد او منتفی است^۱. در جای دیگر نیز اشاره شد، معنای قطع به چیزی از راه عقلی، آن است که احتمال خلاف آن صفر باشد. البته نکته حائز اهمیت آن است که قطع حاصل از آزمایش DNA صرف اعتقاد جازم شخصی نیست و مطابقت آن با واقع نه تنها برای قاضی، بلکه برای همه قابل اثبات است و به عبارتی با اطمینان بیشتری می توان آن را شامل قطع اصولی دانست. در علم اصول به تفصیل پیرامون حجیت ذاتی علم یا قطع بحث شده است، مبنی بر اینکه برخی امور طریقتشان به سوی واقع از طرف 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. بنابراین جعل و اثبات حجیت و طریقت برای قطع، از محالات است و بالطبع سلب حجیت از قطع و ردع و منع شارع از موافقت قطع نیز محال است، چون در این صورت مستلزم تناقض خواهد بود. البته برخی فقها حجیت شرعی به سبب وجود کاشفیت علم را رد کرده اند و اذعان داشته اند، اساسا کاشفیت در علم مساوی باشد، امری تکوینی است و با حجیت که امری اعتباری و موکول به جعل شارع است سازگار نیست^۲. در پاسخ به این اشکال می توان گفت وجوب متابعت از قطع یک وجوب عقلی است و به عبارتی از احکام عقلائی می باشد که آراء عقلا بر آن است و در واقع حجیت آن از عقل سرچشمه می گیرد که یکی از منابع تشریع حکم است و چنان چه برخی فقها بیان کرده اند، احکام شریعت و متون آن با احکام عقلی بلحاظ ثبوتی مخالفت نمی کند و اگر اثباتا فرض شود، تاویل نصوص برای پرهیز از بطلان واجب است حتی با فرض قبول این نظر که حجیت ذاتی قطع در ثبوت حکم کفایت نمی کند و نیازمند جعل شارع است، می توان گفت آیا عدم ردع شارع نیز کفایت نمی کند؟ به عبارتی هر جا که شارع قطع را برای ثبوت حکم نپذیرد یا باید تصریح کند یا اصل را بر موضوعیت ادله بگذارد، چنان چه در اثبات جرائم حدی از جمله زنا، علم برای مجازات کافی نیست و جرم جزء به طریقی که شارع تعیین نموده، اثبات نمی گردد.

در حالی که ادله ی اثبات نسب طریقت دارند نه موضوعیت، به عبارتی شارع به دنبال حفظ نسب است و در این مسیر از ضعیف ترین ادله از جمله قرعه کمک گرفته است و ادله ی حفظ نسب است و در این مسیر از ضعیف ترین ادله از جمله قرعه کمک گرفته است و ادله دیگر نیز هم چون اماره ی فراش، اقرار، شهادت و... ظنی هستند و حتی در کلام فقهاء نیز اذعان شده که در برخورد با دلیل قطعی و یقین تاب مقاومت ندارند، بنابراین اگر شارع سایر ادله را توقیفی می دانست و موضوعیت می داد، صریحا راه را بر ادله ی قطعی خلاف آن می بست هم چون بحث نفی نسب که به صراحت در صورت کامل بودن قاعده ی

۱ امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، بی جا، تهران، بی تا، ۱۳۷۸ ش. ص ۷۸

۲ المحسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبیه، بی جا، قم، بوستان کتاب، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۳۰۴

فراش راه را بر اثبات خلاف آن ولو با علم بسته است، لذا عدم ردع شارع در این مسأله برای پذیرش حجیت شرعی قطع در تعیین نسب کفایت می کند.

۳-۷-استناد به علم عرفی

میزان قطعیت آزمایش DNA در تعیین نسب همواره ۱۰۰، نیست، چنانچه نظرات متخصصین ژنتیک و علوم آزمایشگاهی را در این باره بررسی کردیم، برخی میزان قطعی بودن این آزمایش را ۹۹/۹۵٪ دانسته اند هرچند این میزان خطا در علم ژنتیک تقریباً نادیده گرفته می شود و خدشه ای به قابلیت اثباتی این آزمایش وارد نمی سازد، در این فرض برای تأیید حجیت آن در فقه می توان به علم عرفی استناد نمود. علم عادی (عرفی)، علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند به احتمال خلاف آن توجه نمی کنند.

هرچند احتمال خلاف آن عقلاً امکان پذیر باشد و اگرچه اقلیتی از مردم به آن احتمال خلاف عمل می کنند، چرا که علم عادی موجب سکون و اطمینان می شود در حقیقت مردم علم عرفی را کشف از واقع می دانند اساساً علمی که در حقوق و شرعیات وسیله ی حل مشکلات و مسائل است، علم عادی و متعارف است بدیهی است کشف واقع به لحاظ قطعی بودن در مرتبه ی بالاتر قرار دارد و حکم مطابق با آن منظور شارع است و دستیابی به آن بسیار مشکل است، اما علم عادی بدین جهت، حجیت دارد که موجب سکون اطمینان نفس می شود. 'همچنان که شیخ طوسی در تعریف علم بیان داشته اند: "حد العلم ماقتضی سکون النفس" علم چیزی است که موجب آرامش نفی می شود. از تعریف ایشان برمی آید که شیخ علم را علم عرفی معنا کرده اند، نه علم به معنای دقیق فلسفی، چرا که اساساً فقیه با علم عرفی به معنای اطمینان سر و کار دارد نه علم به معنای اثبات یک طرف با منع نقیض آن به گونه ای که هیچ احتمالی خلافی را نتوان داد فقها ملاک حجیت علم عرفی یا اطمینانی را بنای عقلاء دانسته اند. و آن را حجتی عقلایی دانسته اند که شارع آن را ردع نکرده است. البته برخی در حجیت علم عرفی مناقشه کرده اند و اذعان داشته اند اگر دلیل حجیت علم، شامل اطمینان عرفی نیز باشد در حصول اطمینان به شهادت با دونفر شاهد در مورد زنا اکتفا می شد، در حالی که با وجود حصول علم و اطمینان عرفی، به آن عمل نمی شود و باید لزوماً چهار شاهد بر آن شهادت دهند. در پاسخ به استدلال فوق بر بحث موضوعیت داشتن ادله اثبات دعوا در برخی موارد مانند شهادت بر زنا بنا به تصریح شارع، با عنایت به ملاک حجیت علم عرفی یعنی سیره ی عقلا و باتوجه به اینکه ملاک حجیت قطع و علم وجدانی مدرکات عقلی است و مبنای حجیت علم عادی سیره ی عقلا، می توان گفت، رهیافت های عقلی هیچ گاه تخصیص پذیر نیستند زیرا تا زمانی که موضوع حکم عقل با همه ویژگی های آن حاصل باشد، حکم نیز ثابت است و چون موضوع از میان برود حکم نیز زوال می یابد. اما

اعظمی، محمد، ادله اثبات دعوی، تهران، کسری، ۱۳۸۱، چاپ سوم، ص ۵۶

برعکس سیره های عقلایی گرچه اطمینان آورند، باز در معرض تخصیص قرار دارند. برای مثال اگر قاعده ی ید را یکی از امارات عقلای به شمار آوریم و ملاک حجیت آن را سیره ی عقلای این سیره در معرض تخصیص است. از جمله آن جا که دلایل شرعی در موارد شهادت جزائم جنسی چون زنا و لواط تخصیص یافته است، اما شهادت دونفر در این موارد کفایت نمی کند و چنان چه برخی فقهاء بیان داشته اند، نهادهای عقلایی به مثابه تأسیسات شرعی تخصیص پذیرند. بنابراین براساس حجیت علم عرفی باتوجه به مبنای عقلاء بر پذیرش و اطمینان به آن، در فرض عدم قطعیت ۱۰۰٪ آزمایش DNA یعنی با قطعیت ۹۷ یا ۹۸٪ نیز می توان حجیت آن را در اثبات نسب پذیرفت. لذا به گفته برخی فقهای معاصر،^۱ که به صراحت در این مورد نظر داده اند، حجیت این آزمایش از جهت قطعی بودن (۱۰۰٪) یا موجب اطمینان نفس شدن (مثلاً ۹۸٪) تفاوتی نمی کند، چرا که حجیت اولی حجیت عقلی و دومی حجیت عقلایی است که از جانب شرع منع و ردع نشده است، بدین معنا که در هر دو صورت می توان ارزش اثباتی آن را به لحاظ کشف واقع و اثبات رابطه ی نسبی (ابوت و بنوت) پذیرفت.

البته مسأله دیگری باقی می ماند مبنی بر این که وقتی به طور قطعی رابطه ی ابوت و نبوت فرد با استفاده از آزمایش DNA تعیین شد آیا این نسب طبیعی اثبات شده با معنای شرعی آن سازگاری دارد خصوصاً اینکه بسیاری مبنا را در نسب مشروع، علقه حاصل از ازدواج شرعی دانسته اند و تصریح کرده اند که فرزند به زانی، زانیه ملحق نمی گردد. در پاسخ باتوجه به ماهیت حقوقی نسب می توان گفت اساساً نسب حقیقت شرعیه نیست که مستلزم جعل شارع باشد، بلکه حقیقتی عرفی است که آثار شرعی بر آن مترتی است و اگر فقهای امامیه و به تبع آن قانون مدنی، حرف از عدم الحاق طفل ایجاد شده از طریق زنازاده است، به معنی لغو و انتفاء نسب نیست، بلکه از تأسیس جدیدی به نام الحاق کمک گرفته و با توجه به مصالح و جلوگیری از شیوع این گونه روابط نامشروع، ولد زنا را از برخی آثار مترتب بر نسب محروم نموده است. با این توضیحات حتی اگر آزمایش DNA نسب طبیعی فرد را که حاصل از نکاح مشروع نبوده اثبات نماید، در حقیقت نسب به معنای حقیقت عرفی آن را که مبنای شارع می باشد، اثبات نموده است و در موارد شک در وجود مانع (زنا) برای اختصاص احکام ارث، بنا به گفته برخی حقوق دانان می توان عدم زنا را از استصحاب نمود و آثار را بر آن مترتب کرد. به عبارت دیگر اگر ثابت شود که این نسب تعیین شده از طریق آزمایش DNA، ناشی از روابط نامشروع بوده است، نمی توان با استناد به بحث عدم الحاق ولد به زانی واستحکام قاعده ی فراش در مقابل نسب نامشروع، آن را کنار زد و همچنان نسب ناشی از فراش را جاری دانست، چون اساساً اماره ی فراش برای بیان حکم واقعی تبیین نشده، بلکه جعل آن از باب غلبه ی فراش بر زنا و در فرض شک است.

^۱ شیخ نیا، امیرحسین، ادله اثبات دعوی، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴، چاپ دوم، ص ۳۲

چنانکه بررسی نمودیم، میزان قطعیت DNA TYPING یا انگشت نگاری ژنتیک (یا به عبارتی همان آزمایش DNA) را باتوجه به متدهای جدید بررسی مولکول (STR)DNA و دستگاه ABI برخی ۹۹٪ و عده ای نیز در صورت اجرای کامل آزمایش و استفاده از مارکرهای ژنتیکی بیشتر جهت مقایسه تکرار متوالی بازهای افراد در DNA آنها، ۱۰۰٪ دانسته اند. در رابطه با ارزش شرعی و حجیت این طریق در اثبات نسب، چنانچه نظرات فقهاء را پیرامون مسأله بررسی نمودیم، رغم متعرض نشدن فقهای متقدم به آن باتوجه به مستحدث بودن موضوع، فقهای معاصر از جمله مراجع تقلید طی استفتائاتی که از آنان بعمل آمده، اکثرا پذیرش نتایج این آزمایش را به عنوان دلیل شرعی در تعیین نسب نپذیرفته اند، مگر در صورت علم اوری و ایجاد علم برای قاضی در چینش منطقی بحث، برای اثبات حجیت از طریق ضمن استفاده از نظرات این فقها و مستند آنها (علم اوری این طریق برای قاضی) به اثبات عدم انحصار ادله ی اثبات و توجه دادن به طریقت این ادله پرداختیم. بنابراین باتوجه به این مقدمات و استناد به حجیت ذاتی قطه در اصول (در فرض نتیجه ۱۰۰٪ آزمایش) و حجیت علم عرفی (در صورت ۱۰۰٪ نبودن نتیجه و بافرض خطای بسیار پایین) برمبنای سیره ی عقلا، قائل به حجیت نتایج این آزمایش در تعیین نسب (رابطه ی ابوت) و کاربرد آن در این مقوله به لحاظ حقوقی و شرعی هستیم.^۱ به عبارتی دیگر معتقدیم باتوجه به ماهیت حقوقی نسب نزد شارع و پیروی از حقیقت عرفی آن، مبتنی بر رابطه ی انتزاعی حاصل از یک امر تکوینی (تولد طفل از نطفه پدر و مادر)، این آزمایش افزودن بر نسبت طبیعی می تواند نسب شرعی را نیز به اثبات رساند و در فرض تعارض نتایج آن با سایر ادله از جمله اماره ی فراش، باتوجه به علم اوری و کاشف از واقع بودن آن (آزمایش DNA) از سویی و ظنی بودن اماره ی فراش و سایر ادله و طریقت آنها در کشف واقع از سوی دیگر، نتایج این آزمایش را مقدم می دانیم، چرا که اماره تاب مقاومت در برابر علم به واقع را ندارد و با کشف واقع وجهی برای تشریع اماره باقی نمی ماند. بدیهی است انجام این روش آزمایشگاهی به دست متخصصین و کارشناسان علوم آزمایشگاهی و ژنتیک صورت می گیرد و قاضی ریل عنوان نظر کارشناس (باتوجه به حجیت نظر اهل خبره و کارشناس از با حجیت علم عرفی و بنای عقلا می تواند نتیجه این آزمایش را در پرونده های مربوط به اثبات مسبب مورد استناد قرار دهد. البته آنچه مدنظر است، ذکر این مطلب می باشد که گذشته از ادله ی کارشناسی (که در آیین دادرسی مدنی آمده). باتوجه به نتایج قطعی و علم آور این آزمایش برای قاضی و عموم افراد و روش خاص که قاعدتا دایره شمول کمتری نسبت به کارشناسی را دربرمی گیرد و باتوجه به پذیرش آن در محاکم دادگاهها و بازشدن جایگاه آن در قوانین کشورهای دیگر و از طرفی بازشدن تدرجی سایه های پذیرش گذشته از ادله ی کارشناسی (که در آیین دادرسی مدنی آمده)، باتوجه به نتایج قطعی علم آور این آزمایش برای قاضی و عموم افراد و روش خاص

^۱ امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، ۱۳۴۳، ج دوم، ص ۶۵

آن که قاعدتا دایره شمول کمتری نسبت به کارشناسی را دربرمی گیرد و باتوجه به پذیرش آن در محاکم دادگاه ها و بازشدن جایگاه آن در قوانین کشورهای دیگر و از طرفی بازشدن تدریجی سایه های پذیرش عموم نسبت به نتایج این آزمایش و اعتماد به آن، به نظر می رسد قانون گذار با ارجاع به نتایج این آزمایشات جهت اثبات نسب و در واقع تأسیس یک جایگاه قانونی برای آن می تواند گام مهمی در راستای بازکردن گره های تعیین رابطه ی ابوت و کشف واقع بردارد.

فلذا باتوجه به اینکه فناوری نوین انگشت نگاری ژنتیکی به سادگی توسط متخصصین علم ژنتیک در کشور ما قابل اجراء و در دسترس بوده و بر این اساس مقدمه ی تهیه بانک اطلاعات ژنتیک و همچنین صدور کارت شناسایی مخصوص که همه اطلاعات هویت ژنی افراد در آن درج شود، در دست تهیه است. جایگاه حقوقی این اطلاعات در نظام ادله ی اثبات دعوا در فقه و حقوق ایران را با توجه به تمام تحقیقات انجام شده در این زمینه می توان بدین ترتیب دسته بندی و ارائه کرد:

۱- در صورتی که انگشت نگاری ژنتیکی اطمینان آور باشد، بدون تفاوت در اثبات یا نفی نسب معتبر خواهد بود. با این حال توجه و رعایت سه نکته برای استفاده از این آزمایشات ضروری بنظر می رسد، اول اینکه، اعتماد به نتیجه تشخیص هویت ژنتیکی برای صدور حکم باید پس از اثبات نبود یک دوقلوی همسان برای شخص موردنظر باشد، دوم دقت شود که آزمایشات به گونه ای انجام شده باشند که کمترین اشتباه و خلاف در آن متصور باشد، سوم بهتر است این نتایج همراه با شواهد دیگر مستند حکم باشد.

۲- می توان انگشت نگاری ژنتیکی را در دعاوی حقوقی اثبات نسب بدون هیچ محذوری بعنوان اماره ی قضایی برای اثبات مدعا مورد استناد قرار داد و در دعاوی کیفری حتی دعاوی زنا، لواط، تفخید و مساحقه با رویکرد قانون مجازات اسلامی، بعنوان مصداقی از علم قاضی با رجوع به کارشناس مستند حکم نمود.

۳- همچنین در صورتی که نتیجه آزمایش های ژنتیکی مخالف با اماره ی فراش با، صورت اطمینان آوردن نتایج این آزمایش ها باید ملتزم شد، شبهه ای در نفی ولد از فراش باقی نمی ماند. همان طور که در صورت تعارض میان دلایلی مانند اقرار، بینه و با آزمایش های ژنتیکی در امور مدنی اگر احتمال مخالفت با واقع در این آزمایش پایین تر از احتمال خلاف واقع بودن سایر ادله دانست، ادبه ی دیگر تاب مقاومت، نتایج این آزمایش ها را نخواهد داشت و در امور کیفری چون این آزمایش ها را تحت علم قاضی قرار داده است، قاضی می تواند با ذکر مستند کارشناسی و رد ادله ی دیگر آزمایش ها تمسک کند و در اثبات نسب توسط انگشت نگاری ژنتیکی ملازمه ای بازنا و جرمی در این زمینه ثابت نمی کند.

۳-۸- دلایل قابل استناد جهت اثبات نسب

قانون‌گذار برای اثبات نسب مقرراتی را تعیین کرده که یکی اقرار است که به موجب مواد ۱۱۶۱ و ۱۲۷۳ قانون مدنی از وسایل اثبات نسب دانسته شده (می‌دانیم که اقرار بر تمام ادله حکم فرماست؛ اگر کسی که علیه او دعوای اثبات نسب مطرح شده، به این نسب اقرار کند، هیچ دلیل دیگری برای اثبات نسب لازم نیست؛ البته به شرط اینکه نسبت به آن شخص اقرار عاداتاً و عقلاً ممکن باشد یعنی فاصله سن دو طرف دعوا به اندازه بیان اقرار، امکان‌پذیر باشد.) و دیگری اماره قانونی «فراش» است که در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی از وسایل اثبات نسب دانسته شده است؛ به این معنا که اگر بین زن و مردی رابطه زوجیت برقرار باشد و دارای فرزند شوند، قانونگذار فرزند را منتسب به شوهر می‌داند و این امر نیاز به اثبات ندارد. قانون‌گذار ما این دو روش را برای اثبات نسب مقرر کرده است؛ اما به این معنا نیست که سایر روش‌های اثبات منتفی باشد. سایر روش‌ها مانند شهادت شهود و امارات قضایی نیز می‌تواند در اثبات نسب به کار آید؛ همان طور که بنا بر ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی، شهادت شهود و امارات قضایی در اثبات همه موضوعات کارایی دارند. بنابراین برای اثبات دعوای نسب، قانون‌گذار ما را محدود به ادله خاصی نکرده و بیان اقرار و اماره فراش به عنوان ادله اثبات نسب از باب حصر نیست. یک اماره قضایی که اکنون در دنیا و قوانین سایر کشورها تا حدودی مطرح، اما در ایران قانون نسبت به آن ساکت است، آزمایش‌های ژنتیکی یا همان آزمایش دی.ان.ای است که نتیجه آن معتبر بوده و همانطور که قاعده فراش قابل قبول است این آزمایش که طبق نظر متخصصین تا ۹۹/۹٪ صحت دارد، به طریق اولی مورد قبول است.

۳-۸-۱- دلیل تصرف قانون‌گذار در مفهوم عرفی نسب

در این زمینه برخی با برقراری تلازم بین حرمت زنا و نفی نسب، بر این باورند که انتفای نسب حاصل از زنا در حدیث خاصی برای ما بیان نشده و از حرمت زنا، نفی نسب استفاده شده است^۱ در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: اگر چه در حرمت و قبیح ذاتی زنا شکی نیست، اما هر فعل حرامی حتی اگر ذاتی باشد، سبب نفی نسب نمی‌شود. چراکه: اولاً کسانی که معتقد به نفی نسب حاصل از زنا هستند، تنها از حرمت زنا، حکم وضعی و در نتیجه نفی نسب را انتزاع نکرده‌اند، بلکه همان‌طور که بعد از این ذکر خواهد شد، استدلال آن‌ها بر این مطلب مستند به روایات و اجماعاتی است^۲ ثانیاً در علم اصول ثابت شده است که بین حکم تکلیفی و وضعی ملازمه‌ای نیست؛ چون شارع و قانون‌گذار اسلام، عناوینی مثل نسب را موضوع

۱ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی خانواده، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸، ص ۲۸

۲ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۹، پیشین، ص ۲۵۷.

برای آثار متعددی قرار داده است. چنان‌که نزد عرف و عقلا هم‌چنین است، در این‌صورت ممکن نیست موضوع، متزع و متأخر از حکم باشد^۱

۳-۹- نتیجه‌گیری

از منظر علم ژنتیک، ذخیره ژنتیکی افراد، منحصر به فرد بوده و یکی از مهمترین عوامل وجود تفاوت های فردی می باشد. قرآن کریم و روایات نیز به تفاوت های ژنتیکی اشاره فرموده و آن را یکی از علل مهم وجود تفاوت های فردی برشمرده اند. بنابر یافته های دانشمندان ژنتیک، هر فردی دارای اثر انگشت منحصر به فرد و دائم است، این تغییرناپذیری و اختصاصی بودن اثر انگشت، آن را به ابزاری جهت تشخیص هویت تبدیل کرده است. مفسران معتقدند قرآن کریم به اثر انگشت کلاسیک به نحو اعجاب برانگیزی اشاره نموده است.^۲ علاوه بر اثر انگشت کلاسیک، از اثر انگشت DNA نیز در تعیین هویت استفاده میشود و متخصصان ژنتیک قانونی، نتایج تعیین هویت با این روش را قطعی و فاقد هر گونه اشتباه میدانند. به نظر میرسد امام صادق (ع) در خلال روایتی، به اثر انگشت DNA، بقا و منحصر به فرد بودن DNA، تشخیص هویت جسد و امکان احیای مجدد بر اساس هویت ژنتیکی هر فرد اشاره فرموده است. همچنین یکی از مهمترین کاربردهای بررسی DNA، تعیین خویشاوندی است که نیاز به امکانات آزمایشگاهی خاصی دارد، لیکن معصومین (ع) بدون بهره گیری از الفاظ علمی و پیچیده، اقدام به تعیین خویشاوندی و رفع سوء ظن افراد نسبت به همسرانشان می نمودند.

امروزه آزمایش های «دی.ان.ای» به ویژه در مواردی که نسب طفل میان افراد مشخصی مورد تردید باشد با قاطعیت تعیین کننده نسب و فصل کننده مناقشه است. از آنجا که ماهیت ادله اثبات دعوی ظنی و اعتبار آنها نسبی است و تنها به عنوان راهی برای رسیدن به واقع، توسط شارع تعیین شده اند و نصی مبنی بر موضوعیت داشتن هیچ یک از آنها وجود ندارد و محصور در موارد مذکور از طرف شارع نیستند، امکان تلقی آزمایش های «دی.ان.ای» به عنوان یک دلیل مستقل در اثبات نسب وجود دارد. ضمن اینکه اکثر فقها و حقوقدانان بر حجیت آزمایشهای «دی.ان.ای» در صورتیکه مفید علم باشد، اظهار نظر نموده اند. در حال حاضر به لحاظ نبود مقررات صریح قانونی توسل به این آزمایش ها توسط اصحاب دعوی یا قضات با ابهام روبروست؛ اصحاب دعوی حق درخواست انجام آزمایش «دی.ان.ای» را از دادگاه دارند و معلوم نیست قاضی مکلف به پذیرش این تقاضاست یا مختار است. با اینحال بر اساس مقررات موجود مانعی در پذیرش تقاضای اصحاب دعوی و ارجاع به آزمایشگاه تخصصی وجود ندارد و قضات میتوانند با استناد به علمی که از این آزمایشها برای ایشان حاصل میشود، به حل و فصل دعاوی نسب بپردازند و تا زمان تصویب قانون در

۱. بجنوردی، حسن، منتهی الاصول، ج ۲، تهران: موسسه تنظیم و نشر اسلامی تراث الامام الخمينی، ۱۴۲۱، ص ۲۵۷

۲. بجنوردی، میرزا محمد حسن، قواعد الفقه، ج ۲، قم، دلیل ما، ۱۳۸۲ ش، ج ۴، ص ۹۸

مورد پذیرش آزمایشهای «دی.ان.ای» به عنوان ابزاری در جهت کشف حقیقت با رویه قضایی خود این نقیصه را جبران نمایند. گرچه بهتر است قانونگذار برای جلوگیری از تهاوت رویه قضایی، مقررات راجع به طرق اثبات نسب را اصلاح و امکان و شرایط دقیق استفاده از آزمایش «دی.ان.ای» را در قانون به صراحت بیان نماید.

استفاده از آزمایش DNA در دعاوی اثبات نسبی که در آن بحثی از اماره فراش نیست، بلکه هدف اثبات هویت افراد است - مانند اختلاف مربوط به تعویض نوزادان، دعاوی زوجینی که مدعی اند فردی فرزند آنهاست یا دعوی که فردی مدعی است فرزند زوجینی است - همانند آزمایش خون رابطه خونی را اثبات میکند و اعتبار و حجیت آن در حد نظریه کارشناسی است.

استفاده از آزمایش مذکور جهت احراز رابطه خونی بین یک مرد با طفل زنی که زوجه آن مرد نبوده است، نیز ممکن است. چنانچه آزمایش بیانگر تجانس خونی باشد، صرفاً این رابطه خونی را اثبات میکند؛ اما مثبت نسب یا مثبت وقوع عمل نامشروع (اعم از زنا و مادوسن آن) نیست. با اثبات رابطه خونی بین مرد با طفل، تکالیف پدر عرفی (نفقه، حضانت و اخذ شناسنامه) بر او بار می شود.

این آزمایشها نمی توانند نسبی را نفی یا اثبات کنند؛ نهایت چیزی که به واسطه آنها در پرونده مشخص میشود، رابطه خونی بین افراد است. بنابراین در صورت صلاحدید قاضی بر انجام آزمایش، نتیجه حاصل از آن را نمیتوان مستقیماً نفی یا اثبات نسب دانست؛ زیرا این قاضی است که با توجه به علم ناشی از محتویات پرونده و نتیجه آزمایش مذکور و احراز یا عدم احراز شرایط نسب، حکم به اثبات نسب یا رد دعاوی خواهان میدهد.

در دعاوی اثبات نسب پدر - فرزندی با فرض تحقق شرایط اماره فراش نسب ثابت است و نتیجه آزمایش ژنتیک در دعاوی اثبات نسب، توان مقابله با اماره فراش را ندارد^۱. هرچند ممکن است در دعاوی نفی نسب به همراه سایر قرائن و شواهد بتواند عدم رابطه نسب شرعی و قانونی را اثبات کند. اما در سایر دعاوی که بحث تقابل این آزمایش با اماره فراش مطرح نیست، نتایج آزمایش به همراه محتویات و قرائن موجود در پرونده در صورت حصول علم برای قاضی میتواند راهگشا باشد.

۳-۱۰-پیشنهادهات

- پیشنهاد می شود قانونگذار برای جلوگیری از تهاوت رویه قضایی، مقررات راجع به طرق اثبات نسب را اصلاح و امکان و شرایط دقیق استفاده از آزمایش دی ان ای را در قانون به صراحت بیان نماید.

^۱ اویسی، افروز، مرتضوی زاده، محمدرضا، ارجمند، مهدی، شیخها، محمدحسن، " بررسی و مقایسه روش های استخراج DNA از نمونه خون و اسلایدهای مغز استخوان و خون محیطی " مجله دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی - درمانی، دوره ۱۷، ش ۳، ص ۴۸

- پیشنهاد می شود در خصوص نقص های قوانین شکلی با توجه به قوانین سایر کشورها خلاء های قانونی در خصوص اماره فراش و DNA را برطرف کرد.

- یکی از نقص های بزرگ، بحث پیش بینی نشدن آزمایش ژنتیک یا دی. ان. ای در اثبات نسب است. در این باره برخی معتقدند که راه اثبات نسب منحصر به اقرار و اماره فراش است که در قانون و در متون فقهی بیان شده است، برخی هم معتقدند آنچه موضوعیت دارد، علم به واقع یا ظن قریب به علم و قابل اعتماد است و از هر راهی که علم به رابطه نسبی و رابطه پدر و فرزندی پیدا کنیم، کفایت می کند. پیشنهاد می شود که قانونگذار ما باید این نقص را به نوعی برطرف کند.

منابع و مآخذ

منابع فارسی

- اسنوستات، پیتر، سایمونز، مایکل، مبانی ژنتیک، مترجم: دکتر مهرداد بهمنش، ج اول، چاپ خانه زیست شناسی، ۱۳۹۱.
- اشعیت، رولن دی، راهنمای مهندسی ژنتیک و بیوتکنولوژی، مترجم وطن خواه دولت سرا، جعفر، بی چا، تهران، بی نا، ۱۳۸۶ش.
- امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، بی چا، تهران، ۱۳۸۴
- امامی، حسن، حقوق مدنی (ادله اثبات دعوا)، چ ۱۰، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲ش، ج ۶.
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامی، ۱۳۴۳، چ دوم.
- امامی، اسدالله و صفائی، سیدحسین، حقوق خانواده: قرابت و نسب و آثار آن، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، چ اول.

امینی، ابراهیم، ۱۳۸۴، اسلام و تعلیم و تربیت، قم، بوستان کتاب
 انصاری، ولی الله، کشف علمی جرایم، بی چا، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.
 آملی، محمد تقی، قواعد الاصول، ج ۷، قم، مجمع الفکر اسلامی، ۱۳۸۵ ش، ج ۱.
 انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم، اسماعیلیان، ۱۳۷۵، چ اول.
 بستانی، فواد افرام، ۱۳۷۵، فرهنگ ابجدی، چاپ دوم، تهران، اسلامی
 بهبودی، محمد باقر، ۱۳۶۳، گریده کافی، چاپ اول، تهران، مرکز انتشارات علمی و فرهنگی،
 بی بی ترور، برک جولیان، ساختار ژن و رونویسی، مترجمین الهیف الهه، عمادی، سعید، قربانی، نظام
 آذین، بی چا، تهران، دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۸۵ ش.
 پیتر دی، ترن نپی، سیان الارد، اصول ژنتیک، مترجم نور دلویی، محمدرضا، بی چا، تهران، جامعه
 نگر، ۱۳۸۶، ش.

پیله، اعظم؛ علوی قزوینی، سیدعلی و علی رضیئی. (۱۳۹۲). نقش DNA در اثبات نسب، ۹ (۳۵)
 جعفری لنگرودی، دایره المعارف علوم اسلامی (قضایی)، تهران، گنج دانش ۱۳۸۱، چاپ سوم.
 جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۲، چاپ ششم.
 جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتهای حقوقی در حقوق اسلامی، بی چا، تهران، گنج دانش،
 ۱۳۸۲ ش، ج ۳.

جعفری، امین، تشخیص هویت ژنتیکی در پرتو علوم جنایی، بی چا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
 حداد عادل، غلامعلی، دانش نامه جهان اسلام، تهران، بنیاد دائره المعارف اسلامی، ۱۳۷۵، چاپ دوم.
 خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، بی چا، قم، موسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۳۸۱ ش، ج ۲.
 دبیری، حبیب الله، انقلاب ژنتیک، بی چا، تهران، فن و هنر، ۱۳۷۷ ش.
 دیانی، عبدالرسول، حقوق خانواده، بی چا، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.

روشن، محمد، ۱۳۹۱ ش.: حقوق خانواده، انتشارات جنگل، جاودانه، تهران. سایت رسمی پژوهشکده

رویان org.royaninstitute.w

سادلر توماس، ۱۳۸۰، رویان شناسی پزشکی لانگمن، ترجمه مسلم بهادری و عباس شکوری،

تهران

سجادیان، عبدالله " کاربرد بیومولکول DNA در پرونده های قضایی " سال ۴، دوره ۲، ش ۱۳،

۱۳۸۹ ش.

شریفی، ساناز، خورشیدی، مزگان، مهذب، آرش، آزمایشهای ژنتیک و ادله اثبات دعوا، بی چا، تهران،

پژوهشگاه ابن سینا، ۱۳۸۹ ش.

صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، بی چا، مشهد بنیاد پژوهش های آستان قدس، ۱۳۸۱ش.

صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، ۱۳۸۸.

صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چ ۹، تهران، میزان، ۱۳۸۴ش.

صفایی، سیدحسین؛ امامی، اسدالله، ۱۳۸۵ش.: مختصر حقوق خانواده، نشر میزان، تهران .

ضمیری، محمدرضا، دانشنامه اصولیان شیعه، بی چا، قم، بوستان، ۱۳۸۴ش. ج ۱

طلیعه، علیا، زهرا " تشخیص هویت ژنی " تعالی حقوق، ش ۶، ۱۳۸۹ش.

عباسی، محمدمسعود، ترجمه و شرح کفایه الاصول، بی چا، قم، دارالفکر، ۱۳۸۶ش. ج ۲

عبدالرشید، محمدامین قاسم، " البصمه الوارثیه و حجیتها "، مجله العدل، ش ۲۳.

فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله، بی چا، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، اسلامی فقه و اصول، سال ۴۲، ش ۸۴/۱، ۱۳۸۹ش.

فریدعصر، نفیسه و حسین نوروزی، ۱۳۹۴، بررسی ماهیت قاعده فراش با نظری بر روشهای جدید علمی، نخستین کنگره بین المللی حقوق ایران، تهران، مرکز همایشهای توسعه ایران

فلسفی، محمد تقی، ۱۳۶۳، کودک از نظر وراثت و تربیت، تهران، هیات نشر معارف اسلامی

فلغلی، الهه، سلیمی، شهره، رستگاری نسب، غلامحسین، " روش کار بر روی استخراج DNA از خون انسان " دوره ۲۴، ش ۱۳۹۰، ۲ش.

فیض الهی، نجات، ۱۳۸۹ش.: اهدای جنین و دیگر روشهای باروری کمکی در حقوق ایران، انتشارات جنگل، تهران

کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی مدنی، حقوق خانواده، ج دوم، انتشارات سهامی، ۱۳۸۹.

کریم زاده میبدی، محمدعلی؛ طاهری پناه، ربابه، ۱۳۷۷ش. راز باروری، راهنمای زوج نابارور، انتشارات یزد

گنجی، حمزه، ۱۳۷۵، روان شناسی تفاوت های فردی، تهران، موسسه انتشارات بعثت،

گواهی، زهرا، ۱۳۸۷ش.: بررسی احکام وضعی استفاده از رحم جایگزین؛ بررسی رحم جایگزین از منظر: پزشکی، حقوقی، فقهی، اخلاقی - فلسفی، روانشناختی، جامعه شناختی مجموعه

لیثی واسطی، علی بن محمد، ۱۳۷۶، عیون الحکم و المواعظ، قم، دارالحديث

محمدی، علی، شرح اصول الفقه، بی چا، قم، دارالفکر، ۱۳۸۰ش.

محمدی، علی، شرح رسائل، ج ۷، قم، دارالفکر، ۱۳۸۸ش، ج ۱.

معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، بی چا، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ش، ج ۳.

میرهاشمی، زهراسادات، " جایگاه انگشت نگاری ژنتیکی در ادله اثبات دعاوی حوزه زنان در فقه و حقوق ایران " سال ۱۵، ش ۵۷، ۱۳۹۱ش.

نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۶۶ش، ج ۴۰.

یزدانی پور، نایب؛ درایتی، حمید و رضا دانشور ثانی. (۱۳۹۴). بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب، مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۸ (۱۶).

منابع عربی

ابن ادريس ، محمد ، ۱۴۱۰ قمری ، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى (و المستطرفات) ، قم ، دفتر انتشارات اسلامي

المحسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبيه، بی چا، قم، بوستان کتاب، ۱۴۱۴ ق، ج ۲.
تمیمی آمدی ، عبدالواحد ، ۱۴۱۰ قمری ، غررالحکم و دررالکلم ، قم ، دارالکتب الاسلامی
حسینی خامنه ای، سید علی بن جواد، (۱۴۲۴ق.): أجوبه الاستفتاءات، دفتر معظمه، قم.
حکیم، سید محسن، ۱۴۰۰ق.: منهاج الصالحین، دارالتعارف، بیروت.
عاملی، شهید ثانی؛ زین الدین بن علی، ۱۴۱۰ق.: الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - کالتتر)، کتابفروشی داوری

کلینی ، محمد بن یعقوب ، ۱۴۰۷ قمری ، الکافی (ط - الاسلامیه) ، چاپ چهارم ، تهران ، دارالکتب الاسلامیه

متقی هندی ، علاء الدین علی بن حسام الدین ۱۴۰۵ قمری ، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال ، بیروت ، مؤسسه الرساله

مجلسی ، محمد باقر ، ۱۴۰۳ قمری ، بحارالانوار الجامعه لدرر اخبار الائمه اطهار ، بیروت ، دارالاحیاء التراث العربی

مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۲۹ق. احکام پزشکی، انتشارات مدرسه علی بن ابیطالب، قم.
منتظری نجف آبادی، حسینعلی، ۱۴۲۷ق. احکام پزشکی، نشر سایه، قم

مقالات

- ابوئی مهریزی، حسین، "حکم اقرار مریض از دیدگاه مذاهب خمسّه"، مجله مقالات و بررسی ها، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران، شماره ۱۳۸۰، ۵۲، ۵۱.
- ابوئی مهریزی، حسین، "حکم انکار بعد از اقرار در فقه و حقوق اسلامی"، مجله مطالعات اسلامی، دانشگاه مشهد، شماره ۵۷، پاییز ۱۳۸۱.
- آخوندی، محمد مهدی؛ بهجتیار دکانی، زهره، (۱۳۸۷ش). رحم جایگزین و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری، فصلنامه باروری و ناباروری، بهار.
- آهنی، بتول، "اعتبار علم قاضی در صدور حکم" فصلنامه فقه و حقوق اسلامی (ندای صادق)، تهران، دانشگاه امام صادق ۷، شماره ۲۵، ۱۳۸۱.
- اویسی، افروز، مرتضوی زاده، محمدرضا، ارجمند، مهدی، شیخها، محمدحسن، "بررسی و مقایسه روش های استخراج DNA از نمونه خون و اسلایدهای مغزاستخوان و خون محیطی" مجله دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی-درمانی، دوره ۱۷، ش ۱۳۸۸، ۳ش.
- ایزدی فرد، علی اکبر؛ پیردهی حاجیکال، علی؛ کاویار، حسین، ۱۳۸۹ش: بررسی فقهی وضعیت نسب در شبیه سازی انسانی، فصلنامه علمی- پژوهشی پژوهشهای حقوق تطبیقی، دوره چهاردهم، شماره ۲ (پیاپی ۶۷)، تابستان.
- بحرینی، علیرضا، "DNA چه معنایی دارد؟" پایگاه تخصصی ژنتیک در ایران، آخرین به روزرسانی ۹۱/۱/۳، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
- تدین، عباس، "جایگاه کارشناسی و ادله بیوتکنولوژی در دادرسی های کیفری" مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، ش ۶۸، زمستان ۱۳۸۸ش.
- توفیقی، حسن و سایرین "کارایی DNA TYPING بعنوان روش قطعی در تعیین رابطه نسبیت" مجله علمی پزشکی قانونین، سال ۵، ش ۱۸.
- صبوری، علیرضا، یادگاری، حمیده، "مقایسه کارایی گروههای اصلی و فرعی خونی یا DNA TYPING در رد رابط پدر فرزندی" مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۳، ش ۱.
- طیابی، مهشید سادات. (۱۳۹۶). نقش آزمایش های دی.ان.ای در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران، دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده، ۵۶ (۱۷).
- عامری، پرویز و هاجر یاسینی نیا، ۱۳۹۴، نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی نفی نسب، دوفصلنامه فقه و حقوق خانواده ۲۰ (۶۲).

علوی قزوینی علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، مجموعه مقالات و روشهای نوین تولید مثل از دیدگاه فقه و حقوق، بی چا، تهران، ابن سینا و سمت، ۱۳۸۲ ش. ج ۲

فتاوی و دیدگاههای فقیهان امامیه؛ روشهای تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق مجموعه مقالات، گروه فقه و حقوق و روانشناسی پژوهشکده ابنسینا جهاد دانشگاهی و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها سمت؛ تهران؛ بهار ۱۳۸۰ ش.

معینی فر، محدثه؛ حاجعلی، فریبا، ۱۳۸۹ ش. نسب طفل شبیه سازی شده در نظام حقوقی اسلام، دو فصلنامه فقه و حقوق خانواده ندای صادق، شماره ۵۲.

موسویان، ابوالفضل، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، مجله مقالات و بررسی ها، دفتر ۷۷

پایان نامه

قاسمی، عباس، بررسی نسب طبیعی در حقوق ایران، قم، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۸۵ ش.

گویلی گیلانه، احمد، طرق اثبات نسب در فقه شافعی و حقوق مدنی ایران، تهران، دانشگاه تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد، ۱۳۸۷ ش.

منابع انگلیسی

1. Andrews RM, Kubacka I, Chinnery PF, Lightowlers RN, Turnbull DM, Howell N. Reanalysis and revision of the Cambridge reference sequence for human mitochondrial DNA. *Nature genetics* 1999
2. Grzybowski T, Rogalla U. Mitochondria in Anthropology and Forensic Medicine. *Advances in Mitochondrial Medicine*: Springer; 2012. p. 441–53.
3. Ivanov PL, Wadhams MJ, Roby RK, Holland MM, Weedn VW, Parsons TJ. Mitochondrial DNA sequence heteroplasmy in the Grand Duke of Russia Georgij Romanov establishes the authenticity of the remains of Tsar Nicholas II. *Nature genetics*. 1996
4. snustad.peter; simmons,Michael; Eldon,john Gardner, *principles of genetics*, J.Wiley , Landan, 2011
5. Turnpenny P., Ellard P (2007). *Emerys Element of Medical Genetics*, Philadelphia: Mosby/Elsevier.

Abstract

One of the important issues in the field of family law is the relation between the two, the blood relationship between the two, and the proof of this relationship that is linked to a very important legal effect. In Iran's civil code for proving parental authority, two reasons are contained in Articles 1158, 1159 and 1273, which include the rule of law and confession. Nowadays, with the advancement of science, genetic testing and blood tests can be used in tribal claims. This research, based on the method most of the research in law, is descriptive in terms of its interdisciplinary and comparative content. The topic of the research, in terms of the method, is the nature of the library, and relies altogether from the beginning to the end Findings of library research It is evident that the Internet was also used in this area. In this regard, the two hypotheses are as follows: In the event of a conflict between the semantic and modern sciences, modern sciences have more positive value; modern methods of proving relatives can be a decisive factor in proving it. Also, the question of research is this. In the event of a conflict between the new verse and the newer ones, which one is more positive and can be cited? The jurists disagree on the validity of such experiments to prove their descent. Some believe in the validity of this evidence in the event of knowledge and group acceptance of its lack of authority. There is less dispute among jurists, and the discrepancy only exists in how to cite these experiments.

Keywords: Proof of Relation, Iranian Law, Imamie Jurisprudence, Proletarian Rule, Evidence Proof



Islamic Azad University

Shahr-e- Qods Branch

Faculty of Humanities - Department of Law

A Thesis Submitted in partial Fulfillment of the Requirements for

the degree of M.A in Private Law

Title:

Proof of Relation to Iranian Law and Modern Sciences

Advisor:

Mohammad Ali Moayer Mohammadi

By:

Masoud Esfahani

Winter 2019