

بسم الله الرحمن الرحيم



دانشگاه حکیم سبزواری

دانشکده‌ی الهیات و معارف اسلامی

پایان‌نامه جهت دریافت درجه کارشناسی ارشد

رشته‌ی حقوق خصوصی

# بررسی تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای با تاکید بر رویه قضایی محاکم

استاد راهنما:

دکتر علیرضا پور اسماعیلی

استادان مشاور:

دکتر سید ابوالفضل حسینی

دکتر فاطمه رجایی

پژوهشگر:

ایوب شهریاری

بهمن ۱۳۹۷



دانشگاه حکیم سبزواری

## سوگندنامه دانش آموختگان دانشگاه حکیم سبزواری

به نام خداوند جان و خردکزین برتر اندیشه بر نگذرد

اینک که به خواست آفریدگار پاک، کوشش خویش و بهره‌گیری از دانش استادان و سرمایه‌های مادی و معنوی این مرز و بوم، توشه‌ای از دانش و خرد گردآورده‌ام، در پیشگاه خداوند بزرگ سوگند یاد می‌کنم که در به کارگیری دانش خویش، همواره بر راه راست و درست گام بردارم. خداوند بزرگ، شما شاهدان، دانشجویان و دیگر حاضران را به عنوان داورانی امین گواه می‌گیرم که از همه دانش و توان خود برای گسترش مرزهای دانش بهره‌گیرم و از هیچ کوششی برای تبدیل جهان به جایی بهتر برای زیستن، دریغ نورزم. پیمان می‌بندم که همواره کرامت انسانی را در نظر داشته باشم و ممنوعان خود را در هر زمان و مکان تا سر حد امکان یاری دهم. سوگند می‌خورم که در به کارگیری دانش خویش به کاری که با راه و رسم انسانی، آیین پرهیزگاری، شرافت و اصول اخلاقی برخاسته از ادیان بزرگ الهی، به ویژه دین مبین اسلام، مبادت دارد دست نیازم. همچنین در سایه اصول جهان شمول انسانی و اسلامی، پیمان می‌بندم از هیچ کوششی برای آبادانی و سرافرازی میهن و هم‌میهن‌انم فروگذاری نکنم و خداوند بزرگ را به یاری طلبم تا همواره در پیشگاه او و در برابر وجدان بیدار خویش و ملت سرافراز، بر این پیمان تا ابد استوار بمانم.

نام و نام خانوادگی

ایوب شهریاری

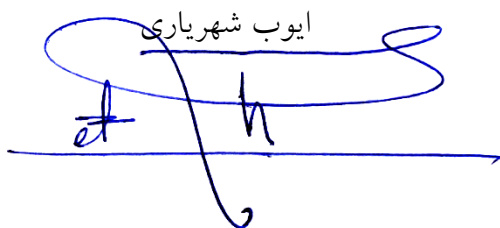
## تأییدیه‌ی صحت و اصالت نتایج

بسمه تعالی

این جانب ایوب شهریاری به شماره دانشجویی ۹۵۱۳۲۹۱۱۱۸ رشته حقوق مقطع تحصیلی کارشناسی ارشد تأیید می‌نمایم که کلیه نتایج این پایان نامه حاصل کار اینجانب و بدون هرگونه دخل و تصرف و موارد نسخه برداری شده از آثار دیگران را با ذکر کامل مشخصات منبع ذکر کرده ام در صورت اثبات خلاف مندرجات فوق به تشخیص دانشگاه مطابق با ضوابط و مقررات حاکم (قانون حمایت از حقوق مولفان و مصنفان، قانون ترجمه و تکثیر کتب و نشریات و آثار صوتی ضوابط و مقررات آموزشی پژوهشی و انضباطی...) با این جانب رفتار خواهد شد. و حق هرگونه اعتراض در خصوص احقاق حقوق مکتسب و تشخیص و تعیین تخلف و مجازات را از خویش سلب می‌نمایم. در ضمن مسئولیت هرگونه پاسخ‌گویی به اشخاص اعم از حقیقی و حقوقی و مراجع ذیصلاح (اعم از اداری و قضایی) به عهده‌ی این جانب خواهد بود و دانشگاه هیچ‌گونه مسئولیتی در این خصوص نخواهد داشت.

نام و نام خانوادگی

ایوب شهریاری



شکر شایان نثار ایزد منان که توفیق را رفیق راهم ساخت تا این پایان نامه را به اتمام برسانم

## تقدیر و تشکر:

با سپاس فراوان از خانواده عزیز و مهربانم که در تمامی مراحل تحصیل کنار من بودند و حمایت خویش را دریغ نمودند.

از استاد محترم آقای دکتر علیرضا پوراسماعیلی که به عنوان استاد راهنما در تمام مراحل نگارش این پایان در کنار اینجانب بوده و با نظارت و راهنماییهای مناسب سختی راه را هموار نمودند کمال تشکر را دارم. همچنین از استادان گرامی دکتر سید ابوالفضل حسینی و دکتر فاطمه رجایی، که به عنوان استاد مشاور بنده را یاری نمودند سپاسگذارم.

## تقدیم به

مادر مهربان و پدر عزیزم

## فهرست مطالب

۱. چکیده:.....
۲. مقدمه:.....
۲. بیان مسئله.....
۳. اهمیت و ضرورت پژوهش.....
۳. پرسش‌ها و فرضیه‌های پژوهش.....
۴. پیشینه و ادبیات تحقیق.....

## فصل اول: اماره فراش

- ۱-۱. ماهیت اماره.....
- ۱-۱-۱. مفهوم اماره.....
- ۱-۱-۲. اقسام اماره.....
- ۱-۱-۳. مصادیق اماره.....
- ۱-۱-۴. اعتبار اماره.....
- ۱-۱-۵. تعارض اماره قانونی با قضایی.....
- ۲-۱. ماهیت اماره فراش.....
- ۲-۱-۱. مفهوم اماره فراش.....
- ۲-۱-۳. شرایط جاری شدن اماره فراش.....
- ۳-۱. اماره فراش در اثبات نسب قانونی.....
- ۳-۱-۱. جاری نمودن اماره فراش در خصوص طفل متولدشده در مدت زوجیت.....
- ۳-۱-۱-۱. وجود رابطه زوجیت.....
- ۳-۱-۱-۲. حداقل مدت بارداری زن برای اعمال اماره فراش.....
- ۳-۱-۱-۳. بیشترین مدت زمان بارداری برای اعمال اماره فراش.....
- ۳-۱-۲. جاری نمودن اماره فراش در خصوص طفل متولدشده پس از انحلال نکاح.....
- ۳-۱-۲-۱. زن خالی از موانع نکاح باشد.....
- ۳-۱-۲-۲. زن شوهر دیگری اختیار کرده باشد.....
- ۳-۱-۲-۳. اماره فراش در وطی به شبهه.....
- ۳-۱-۲-۱. منشأ وطی به شبهه.....
- ۳-۱-۲-۲. وطی به شبهه به لحاظ مشتبه بودن طرفین.....

۳-۲-۳-۱. ارزیابی امکان الحاق نسب به شوهر یا واطی به شبهه ..... ۲۹

۳-۳-۱. اماره فراش در وطی به زنا ..... ۳۲

۳-۳-۱-۱. ارزیابی امکان الحاق ولد به شوهر یا واطی به شبهه و زانی ..... ۳۳

### فصل دوم: آزمایش دی.ان.ای

۱-۲. تاریخچه دی.ان.ای ..... ۳۶

۲-۲. مفهوم دی.ان.ای ..... ۴۳

۳-۲. کاربردهای آزمایش دی.ان.ای ..... ۴۵

۴-۲. آزمایش‌های ژنتیکی ..... ۴۵

۱-۴-۲. آزمایش خون (ABO) ..... ۴۶

۲-۴-۲. آزمایش HLA ..... ۴۷

۳-۴-۲. آزمایش دی.ان.ای ..... ۴۷

۱-۳-۴-۲. کروموزوم Y (توارث پدری) ..... ۴۸

۲-۳-۴-۲. دی.ان.ای میتوکندری ..... ۴۹

۵-۲. دلایل حجیت آزمایش دی.ان.ای ..... ۵۰

### فصل سوم: تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای

۱-۳. حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای ..... ۵۵

۲-۳. طریقت یا موضوعیت داشتن اماره فراش و دی.ان.ای در اثبات نسب ..... ۵۸

۳-۳. تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای ..... ۶۰

۴-۳. آرای محاکم ..... ۶۵

نتیجه‌گیری ..... ۷۵

منابع ..... ۷۹



دانشگاه حکیم سبزواری

## فرم چکیده‌ی پایان‌نامه‌ی دوره‌ی تحصیلات تکمیلی

### مدیریت تحصیلات تکمیلی

نام خانوادگی دانشجو: شهریاری	نام: ایوب	شماره دانشجویی: ۹۵۱۳۲۹۱۱۱۸
استاد راهنما: دکتر علیرضا پور اسماعیلی	استادان مشاور: دکتر سید ابوالفضل حسینی دکتر فاطمه رجایی	
دانشکده: الهیات و معارف اسلامی	رشته: حقوق	گرایش: خصوصی
مقطع: کارشناسی ارشد	تاریخ دفاع: ۱۳۹۷/۱۱/۳۰	تعداد صفحات: ۸۳
عنوان پایان‌نامه: بررسی تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای با تاکید بر رویه قضایی محاکم		
کلیدواژه‌ها: اماره فراش، دی.ان.ای، داده‌های آزمایشگاهی، علم قاضی، اثبات نسب، نفی نسب، رویه قضایی محاکم		
<b>چکیده:</b>		
<p>از دیرباز تاکنون موضوع اثبات و نفی نسب همواره در زمره یکی از مباحث مهم و مورد توجه در حیطه حقوق خانواده بوده است که قانون‌گذار آثار مالی و غیرمالی متعددی بر آن مترتب کرده است. اماره فراش به عنوان ادله‌ای شرعی برای اثبات نسب در فقه و قانون مطرح است. مطابق اماره فراش اگر نسب ولدی، مورد شبهه و تردید واقع شود در صورت فراهم بودن شرایطی، ولد مزبور به شوهر زن ملحق می‌گردد. در دو دهه‌ی اخیر با پیشرفت‌های شگرف علمی و متعاقب آن پی بردن به آزمایش انگشت‌نگاری ژنتیکی (دی.ان.ای) امکان بهره‌مندی از این روش نوین علمی در دعاوی مربوط به نسب فراهم شده است. از منظر علم ژنتیک نتیجه آزمایش دی.ان.ای قطعی، دقیق و دارای ضریب اطمینان بالا است؛ اما کماکان در بین فقها در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای در اثبات و نفی نسب اختلاف دیدگاه وجود دارد.</p> <p>در سیستم قضایی بسیاری از کشورهای دنیا، بهره‌گیری از فناوری آزمایش دی.ان.ای به عنوان روشی مورد اعتماد و قطعی در مسائل مربوط به نسب رایج و مرسوم است. با این وجود در قوانین موضوعه ایران به واسطه نوظهور بودن آزمایش دی.ان.ای و فقدان سابقه فقهی آن، قانون‌سازان و قانون‌گذار کماکان موضع دقیقی اتخاذ نکرده است و برعکس اماره فراش را معتبر تلقی کرده است؛ و همین امر موجب تشتت آرا محاکم در فرض تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای شده است.</p>		

## بیان مسئله

اثبات و نفی نسب از گذشته تاکنون یکی از مباحث مهم در حوزه حقوق خانواده بوده است؛ که آثار مالی و غیر مالی متعددی بر آن مترتب است. قاعده فراش از قواعد مهم فقهی در حیطه حقوق خانواده و در زمره ادله شرعی اثبات نسب است. این قاعده از حدیث مشهور نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» اقتباس شده است. مطابق این قاعده اگر نسب طفلی به پدر ظاهری وی مورد تردید و شبهه قرار گیرد در صورت وجود شرایطی، نسب آن طفل به پدر مزبور انتساب می‌شود. قانون‌گذار در بند ۴ ماده ۱۲۵۸ ق.م. امارات را در زمره دلایل اثبات دعوی قرار داده است. مطابق ماده ۱۳۲۲ ق.م. فراش در زمره امارات قانونی است که در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. به‌عنوان ادله‌ای شرعی برای اثبات نسب تصریح شده است. قانون‌گذار شرایطی را برای اجرای اماره فراش مقرر کرده است؛ که در صورت حصول این شرایط نسب ولدیه که مورد شبهه و تردید است به شوهر زن ملحق می‌گردد (زاهدیان و رضانیا، ۱۳۹۴: ۵۴).

در عصر کنونی با پیشرفت‌های شگرف علمی امکان بهره‌مندی از آزمایش دی.ان.ای که به آن انگشت‌نگاری ژنتیکی نیز اطلاق می‌گردد در دعاوی مربوط به نسب فراهم شده است. علی‌رغم دقت و قطعیت نتایج حاصل از این‌گونه آزمایش‌ها و داشتن ضریب اطمینان بالا از منظر علم ژنتیک؛ فقهای معاصر کماکان در خصوص حجیت این آزمایش در بحث اثبات و نفی نسب دارای اختلاف دیدگاه می‌باشند؛ عده‌ای از فقها مطلقاً بر عدم حجیت این آزمایش‌ها عقیده دارند و گروه دیگر از فقها در صورت حصول علم برای قاضی، قائل به حجیت و اعتبار شده‌اند. در بین حقوقدانان اختلاف دیدگاه کم‌تری به نسب فقها وجود دارد و اختلاف مطرح در بین حقوقدانان صرفاً در خصوص نحوه استناد به این آزمایش‌هاست (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۱).

اختلاف در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ایو تعارض احتمالی آن با اماره فراش در رویه قضایی نیز وارد شده است و رویه واحدی در این خصوص وجود ندارد. به‌نحوی که برخی از محاکم به استناد اماره فراش در مسأله نسب به حل و فصل دعوی می‌پردازند و برخی محاکم نیز با توجه به آزمایش دی.ان.ای اقدام به صدور رای می‌نمایند.

این پژوهش به دنبال بررسی اماره فراش و آزمایش دی.ان.ای است تا معین شود آیا بین آن‌ها تعارضی وجود دارد یا خیر و در صورت تعارض، در رویه قضایی کدام یک بر دیگری ترجیح داده می‌شود چرا؟



## اهمیت و ضرورت پژوهش

هدف کلی در این پژوهش تعیین امکان تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای و بررسی رویه محاکم در این خصوص است. بدیهی است وجهی قانونی و شرعی بخشیدن به طرق جدیدی چون آزمایش DNA در مقولهی اثبات نسب، نیازمند تفحص از مبانی اصولی و ادلهی استنادی در این دو منبع (قانون مدنی و فقه امامیه) است. چرا که با عنایت به پویایی فقه امامیه میتوان مسائل مستحدث را پاسخگو بود. لذا مساله مورد نظر در تحقیق حاضر، بررسی جایگاه و حجیت این متدهای جدید در اثبات نسب به لحاظ فقهی و حقوقی است تا مشخص گردد آیا با عنایت به درجهی قطعیت بالای این روشها در تعیین رابطهی ابوت و اثبات نسب از منظر ژنتیک، نسب شرعی را نیز بر مبنای آن میتوان به اثبات رسانید یا خیر؟ تا ضمن بررسی محدودهی کاربرد آن به لحاظ اصول قانونی و شرعی، در صورت سازگاری با مبانی، نظر قانونگذار و دادگاهها را به این مساله جلب نمایم و زمینهی تدوین قانون مناسب را فراهم آورده و گامی در جهت کارآمد کردن قانون برداریم.

## پرسش‌ها و فرضیه‌های پژوهش

### الف پرسش اصلی

آیا اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای تعارض می‌کند؟

### ب پرسش‌های فرعی

اماره فراش در اثبات نسب موضوعیت داشته یا طریقت دارد؟

رویه قضایی محاکم در دعاوی اثبات و نفی نسب، کدام یک از اماره فراش و یا آزمایش دی.ان.ای را بر دیگری مقدم می‌دانند؟

### ج فرضیه

با توجه به پیشرفت شگرف عملی و پزشکی که نتایج حاصل آن‌ها با درصد نسبتاً بالایی با واقع انطباق دارد این نتیجه منطقی را دارد که نتایج حاصل از آزمایش‌ها و آنالیز دی.ان.ای بر اماره فراش ترجیح، تقدم و غلبه دارد.

با توجه به اصل آزادی ادله در نظام حقوقی ایران و حصری نبودن ادله اثبات نسب در فقه، بنظر می‌رسد که اماره فراش در اثبات نسب طریقت دارد.

با توجه به سکوت قانون در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش آزمایش دی.ان.ای از یک سو و اختلاف دیدگاه در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای در اثبات نسب در بین فقها موجب شده است تا در این خصوص بین دادگاه‌ها با تشتت آرا مواجه باشیم.

## پیشینه و ادبیات تحقیق

مقالات زیادی در خصوص این بخش از حقوق خانواده مورد نگارش واقع شده است از جمله: سالار زایی و همکاران، در مقاله‌ای تحت عنوان «ارزشیابی آرای قضایی مبتنی بر داده‌های آزمایشگاهی نسبت به سایر ادله» معتقدند که می‌بایست در راستای علمی‌تر کردن سیستم پزشکی قانونی و دستگاه قضا، قوانین لازم در تعیین میزان ارزش‌گذاری رأی قاضی مبتنی بر این آزمایش‌ها که بر اصول و موازین علمی و تخصصی استوار است را مصوب نمود، یعنی اصل بر حجیت نظر پزشکی قانونی به‌عنوان کارشناس خبره و موثق باشد مگر خلاف آن برای قاضی توسط کارشناسان خبره‌تر اثبات شود. یافته مقاله نامبرده این است که هرچند در عصر حاضر داده‌های آزمایشگاهی به‌عنوان ادله نوین علمی در محاکم قضایی بسیار مهم و جدی تلقی می‌شود لیکن عدم التزام قضات به عمل بر طبق این نظرات نشان از تأثیرپذیری ایشان از اصول و قواعد فقهی و حدود اعتبار علم قاضی در جرائم است.

توسلی و کرمانی در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی تطبیقی انکار نسب در حقوق ایران و فقه امامیه» معتقدند که نسب در قانون ایران و فقه امامیه گاه ناشی از لقاح طبیعی و گاه ناشی از لقاح مصنوعی است؛ بنابراین در خصوص نسب ناشی از لقاح طبیعی می‌بایستی انعقاد نطفه حاصل نزدیکی میان زوج و زوجه در ایام زوجیت باشد و از حداقل و حداکثر مدت حمل تجاوز ننماید؛ و به علت آن‌که نسب هر شخصی به دو نفر می‌رسد که یکی مادر و دیگری پدر اوست و می‌بایستی نسب مادری و پدری طفل نیز ثابت گردد. در مورد نسب ناشی از لقاح مصنوعی بایستی لقاح ناشی از انعقاد نطفه مرد و زن باشد و در این حالت تفاوتی ندارد که از روش داخل رحمی یا خارج از رحمی جهت انعقاد نطفه استفاده گردد؛ و حتی می‌توان از اهدای جنین بهره جست. اما اگر جنین ناشی از انعقاد تخمک زن با بیگانه باشد نسب را مشروع نمی‌سازد و اگر نسب طفل مورد انکار یا تردید واقع گردد اثبات یا عدم اثبات موارد گفته‌شده اهمیت فراوانی دارد.

یزدانی پور و همکاران در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی و تحلیل فقهی حقوقی حجیت آزمایش دی.ان.ای در اثبات نسب» معتقدند که «میزان قطعیت دی.ان.ای تایپینگ یا به عبارتی همان آزمایش دی.ان.ای با توجه به متدهای جدید بررسی مولکول (STR) دی.ان.ای و دستگاه ABI برخی ۹۹٪ و عده‌ای نیز در صورت اجرای کامل آزمایش و استفاده از مارکرهای ژنتیکی بیشتر جهت مقایسه تکرار توالی بازهای افراد در دی.ان.ای آن‌ها، ۱۰۰٪ دانسته‌اند. با توجه به ماهیت حقوقی نسب نزد شارع و پیروی از حقیقت عرفی آن، مبنی بر رابطه‌ای انتزاعی حاصل از یک امر تکوینی (تولد طفل از نطفه پدر و مادر)، این آزمایش افزون بر نسبت طبیعی می‌تواند نسب شرعی را نیز به اثبات رساند و در فرض تعارض نتایج آن با سایر ادله از جمله اماره‌ی فراش، با توجه به علم آوری و کاشف از واقع بودن آن آزمایش دی.ان.ای از سویی و ظنی بودن اماره‌ی فراش و سایر ادله و طریقت آن‌ها در کشف واقع از سوی دیگر، نتایج این آزمایش را مقدم

می‌دانیم، چراکه اماره تاب مقاومت در برابر علم به‌واقع را ندارد و با کشف واقع وجهی برای تشریح اماره باقی نمی‌ماند».

علیشاهی قلعه جوقی و همکاران در مقاله‌ای تحت عنوان «حجیت تجزیه و تحلیل پزشکی در اثبات احکام قضایی» معتقدند که «تجزیه و تحلیل پزشکی می‌تواند حجیت داشته باشد، چراکه لزوم استفاده از نظریات پزشکان در تشخیص موضوعات فقهی و حقوقی با توجه به پیشرفت‌های علم پزشکی و پیچیدگی‌های مسائل و مشکلات امروز جامعه بهتر و بیشتر روشن می‌گردد. بنابراین می‌توان گفت که ابزارهایی مانند انگشت‌نگاری دی.ان.ای و پزشکی قانونی از راه‌های کشف و اثبات احکام شرعی و قضایی به شمار می‌آیند و حجیت دارند و از اسباب پیدایش علم برای قاضی به شمار می‌آیند».

عامری و همکاران، در مقاله‌ای تحت عنوان «نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی اثبات نسب» معتقدند که «استفاده از آزمایش دی.ان.ای 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 مدعی‌اند 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 مادون آن) نیست. با اثبات رابطه خونی بین مرد با طفل، موجب تکالیف پدر عرفی (نفقه، حضانت و اخذ شناسنامه) نمی‌شود. این آزمایش‌ها نمی‌توانند نسبی را نفی یا اثبات کنند؛ نهایت چیزی که به واسطه آن‌ها در پرونده مشخص می‌شود، رابطه خونی بین افراد است؛ بنابراین در صورت صلاح دید 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؛ هرچند ممکن است در دعاوی نفی نسب به همراه سایر قراین 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 قراین موجود در پرونده در صورت حصول علم برای قاضی می‌تواند راهگشا باشد».

پيله و همکاران در مقاله‌ای تحت عنوان «بررسی حجیت آزمایش دی.ان.ای در نفی نسب» معتقدند که «در مورد اثبات نسب، شارع از ضعیف‌ترین ادله مانند قرعه به اذعان خود فقها استفاده کرده است و برای جلوگیری از ادعاهای واهی و هرج و مرج در نظام خانواده، اماره فراش را بر مبنای حدیث نبوی، در نظر گرفته است؛ که صاحب فراش را از استناد به ادله دیگر در اثبات نسبت فرزند بی نیاز می‌کند. دیدگاهی که توجه شارع به اهمیت حفظ حریم خانواده و نسب را می‌رساند. در بحث اثبات نسب استناد به راه‌های قطعی چون آزمایش دی.ان.ای را می‌توان موردپذیرش قرارداد ولی در نفی نسب مسئله متفاوت است؛ چراکه شارع با توجه به حساسیت و ظرافت حفظ حریم خانواده و پیام‌های منفی نفی ولد و در مظان اتهام قرار گرفتن مادر و غیره با احتیاط بیشتر عمل نموده است به گونه‌ای که در مورد نفی ولد با وجود اماره‌ی فراش، جز از طریق لعان بنا به اتفاق علمای امامیه و جز با یقین به انتفاع نمی‌توان اقدام کرد».

صبوری و همکاران در مقاله‌ای تحت عنوان «مقایسه کار آبی گروه‌های اصلی و فرعی خونی با دی.ان.ای تایپینگ در رد رابطه پدر فرزندی» معتقدند که «با توجه به احتمال رد کنندگی کلی سیستم‌های گروه‌های خونی از آن‌ها نمی‌توان برای اثبات پدر - فرزندی بهره جست. از طرف دیگر با عنایت به کارایی پایین این سیستم‌ها در رد ابوت و نیز هزینه‌های بالای خرید آنتی سرم‌های موردنیاز و وقت‌گیر بودن مراحل و خطای آزمایشگاهی آن‌ها انجام آزمایش‌های تعیین گروه‌های اصلی و فرعی خونی با توجه به دسترس بودن آزمایش‌های دی.ان.ای تایپینگ توجیه علمی و اقتصادی ندارد و توصیه می‌گردد تنها به بررسی **ABI** و سیستم **Rh** محدود گردد».

پژوهش حاضر به دنبال آن است که در فصل اول اماره فراش بعنوان ادله ای شرعی برای اثبات نسب، مورد واکاوی قرار گیرد و سپس در فصل دوم نگاهی به سیر شکل‌گیری، مفهوم و اقسام آزمایش‌های ژنتیکی داشته باشد. در فصل سوم به حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای، طریقت یا موضوعیت داشتن اماره فراش در اثبات نسب، تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای و در انتهای نگرشی به رویه قضایی محاکم در خصوص گزینش اماره فراش یا آزمایش دی.ان.ای خواهد داشت.

## فصل اول: اماره فراش

قانون‌گذار در بند ۴ ماده ۱۲۵۸ ق.م. اماره را در زمره ادله اثبات دعوی آورده است؛ و در ماده ۱۳۲۲ اماره را به قانونی و قضایی تقسیم نموده و فراش را در زمره اماره قانونی قرار داده است. در ذیل ابتدا اماره بررسی خواهد شد و پس از آن فراش، به‌عنوان یکی از اماره‌های قانونی موردبررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱-۱. ماهیت اماره

قانون‌گذار در قانون مدنی، اماره را در زمره دلایل اثبات دعوی آورده است. وجه افتراق عمده اماره با سایر ادله در غیرمستقیم بودن اماره در رسیدن به‌واقع است؛ به همین سبب مداخله عقل در استنباط از اوضاع و احوال برای دستیابی به‌واقع پررنگ و به نسبت زیاد است؛ فلذا آنچه امارات را در زمره دلایل اثباتی قرار می‌دهد؛ اوضاع و احوال نیست بلکه استنباط عقل و اقناع وجدان ناشی از این اوضاع و احوال است. دلالت اماره بر واقع با واسطه و ظنی است فلذا از حیث اعتبار در مرتبه‌ای پایین‌تر از سایر ادله قرار دارد؛ به همین جهت قانون‌گذار در فرض تعارض اماره با سایر ادله، دلیل را مقدم بر اماره دانسته است (ناصر کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۵۱).

در ذیل به ترتیب مفهوم اماره، اقسام اماره، مصادیق اماره، اعتبار اماره و سپس تعارض اماره موردبررسی قرار خواهد گرفت.

---

“ماده ۱۲۵۸ - دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است:

- 1- اقرار.
- 2- اسناد کتبی.
- 3- شهادت.
- 4- امارات.
- 5- قسم.

### ۱-۱-۱. مفهوم اماره

قانون‌گذار در بند ۴ ماده ۱۲۵۸ ق.م. اماره را در شماره ادله اثبات دعوی قرار داده است. ماده ۱۳۲۱ ق.م. در تعریف ماهیت اماره بیان داشته است «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود.» این تعریف نمایان‌گر دخالت عقل و استنباط در اماره است؛ و نیز مشخص می‌دارد اموری که قانون‌گذار یا قاضی با آن مواجه است و در اختیار دارد «اوضاع و احوال» است؛ اموری که مستقیماً و فی‌نفسه مطلوب و هدف نیست بلکه زمینه‌ساز رسیدن به واقع مطلوب است؛ بدین‌سان که عقل با استفاده از درایت و تجربه بتواند از واقعی مبین و معلوم به مجهولی که هدف، اثبات آن مجهول است برسد. بر همین اساس به اماره دلیل غیرمستقیم نیز اطلاق می‌شود.

این تعریف قانون‌گذار قابل ایراد است؛ چراکه این تعریف حاوی جوهره اصلی و مشخصه متمایزکننده اماره از دلیل به معنای اخص نیست. بنابراین در تعریف اماره می‌توان گفت «نتیجه‌ای است؛ که ذهن بر مبنای غلبه و سیر طبیعی امور، از نشانه‌ها و اوضاع و احوال می‌گیرد تا ظن معقولی بر وجود مجهول خود بیابد، چندان‌که قناعت وجدان و سکون نفس یابد که به احتمال قوی به واقع دست یافته است» (ناصر کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۵۱).

### ۱-۱-۲. اقسام اماره

مطابق ماده ۱۳۲۱ ق.م. اماره به قانونی و قضایی تقسیم می‌شود. ماده ۱۳۲۲ ق.م. در تعریف اماره قانونی مقرر می‌دارد: «امارات قانونی اماراتی است که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده...». ماده ۱۳۲۴ ق.م. در تعریف اماره قضایی بیان می‌دارد: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند».

بنابراین ماهیت امارت قضایی و قانونی یکسان بوده و دو تفاوت عمده آن‌ها عبارت است از مرجع تمیز اماره قانونی، قانون‌گذار و مرجع تشخیص اماره قضایی، قاضی است، اماره قانونی دارای جنبه نوعی است؛ حال آن‌که اماره قضایی به استنباط شخصی قاضی از اوضاع و احوال بستگی دارد و دارای جنبه شخصی است؛ بنابراین در صورت تعارض اماره قضایی و قانون، اماره قضایی مقدم می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۳۲).

### ۱-۱-۳. مصادیق اماره

از آنجایی که مطابق نص صریح قانون اماره به قانونی و قضایی تقسیم شده است؛ از همین رو در ذیل مصادیق اماره قانونی و قضایی جداگانه بررسی خواهد شد.

#### الف) مصادیق اماره قانونی

از تعریف اماره قانونی در ماده ۱۳۲۲ ق.م. استنباط می‌گردد صرفاً مواردی را که قانون‌گذار برحسب غلبه و ظاهر، با تصریح در قوانین دلیل بر امری قرار داده است در زمره اماره قانونی محسوب می‌شود؛ بنابراین شمار اماره قانونی محصور به مواردی است که قانون‌گذار در قوانین تصریح نموده است. اماره‌های قانونی مصرح در قانون مدنی عبارت است از اماره تصرف در ماده ۳۵ ق.م. اماره دیوار مشترک و اختصاصی در ماده ۱۰۹ ق.م. و اماره فراش در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. است. در این پژوهش به‌طور خاص اماره فراش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

#### ب) مصادیق اماره قضایی

قانون‌گذار در ماده ۲۱۳۲۴ ق.م. تشخیص اماره قضایی را به نظر قاضی واگذار نموده است؛ از این رو اماره قضایی محصور به موارد خاصی نشده و شمار مشخصی برای آن قابل تصور نیست. یکی از مصادیق مهم اماره قضایی در عصر کنونی آزمایش‌های ژنتیکی به‌ویژه آزمایش دی.ان.ای است. در این پژوهش آزمایش دی.ان.ای به‌عنوان یکی از مصادیق مهم از اماره‌های قضایی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱-۱-۴. اعتبار اماره

قانون‌گذار در بند ۴ ماده ۱۲۵۸ ق.م. اماره را در شماره ادله اثبات دعوی قرار داده است؛ بنابراین در خصوص قدرت اثباتی اماره اعم از قانونی و قضایی تردیدی وجود ندارد. قانون‌گذار در صدر ماده ۳۱۳۲۳ ق.م. مدنی برای اماره قانونی در کلیه دعاوی هرچند که از دعاوی باشد که با شهادت شهود قابل اثبات نباشد قائل به قدرت اثباتی شده است. در انتهای ماده ۱۳۲۴ ق.م. در خصوص قدرت اثباتی اماره قضایی مقرر می‌دارد «...»

<sup>۱</sup> «...قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است...».

<sup>۲</sup> «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده...».

<sup>۳</sup> «امارات قانونی در کلیه دعاوی، اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت قابل اثبات نیست معتبر است؛ مگر آن‌که دلیلی برخلاف آن موجود باشد.».

<sup>۴</sup> «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده؛ عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد؛ یا ادله دیگر را تکمیل کند.».

در صورتی قابل استناد است که دعوی با شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل نماید.» لیکن با توجه به این که در نظام حقوقی ایران، در کلیه دعاوی مگر در برخی موارد خاص (که فقط با سند قابل اثبات است) شهادت دارای قدرت اثباتی است؛ باید برای اماره قضایی قدرت اثباتی در بخش عمده‌ای از دعاوی متصور بود. از این رو اماره فراش به عنوان یک اماره قانونی مادامی که دلیل یقینی برخلاف آن موجود نباشد کاشف از واقع است (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۴).

آزمایش دی.ان.ای را می توان در زمره یکی از اماره‌های قضایی تلقی نمود؛ و با توجه به قطعیت و دقت بالای آن تردیدی در کاشف از واقع بودن آن نیست و تنها چالش موجود در این زمینه موضوع حجت و اعتبار آن از نه منظر علمی، بلکه از منظر فقهی و حقوقی است.

میزان ارزش و اعتبار اماره در مقایسه با سایر ادله به مراتب کمتر است. به عبارتی دقیق‌تر اماره توان مقابله با سایر ادله را ندارد؛ و هنگامی می توان به اماره برای اثبات مدعا تمسک نمود و یا به استناد آن رأی صادر کرد که دلیل و بینه دیگر موجود نباشد. در همین خصوص انتهای ماده ۱۳۲۳ ق.م. بیان می دارد «...مگر آنکه دلیلی برخلاف آن موجود باشد...».

بنابراین مجرای اماره هنگامی است که دلیلی دیگر موجود نباشد؛ در این صورت قاضی به استناد اماره که برحسب ظاهر و غلبه است اقدام به حل و فصل موضوع می کند. به نظر می رسد در صورت فقدان سایر ادله اماره قانون بر قاضی تحمیل گردد و قاضی برحسب آن رسیدگی کند لیکن از آنجایی تشخیص میزان ارزش اماره قضایی، به قاضی واگذار شده است؛ وی در خصوص بها دادن یا ندان به آن مختار است. در ذیل به تفکیک میزان اعتبار اماره قانونی و قضایی بررسی خواهد شد

### الف) اعتبار اماره قانونی

اماره قانونی، استنباطی است؛ که قانون گذار به نحو نوعی از اوضاع و احوال دارد و در قانون به آن تصریح کرده است. از ماده ۱۳۲۳ ق.م. که بیان می دارد: «امارات قانونی در کلیه دعاوی، اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت قابل اثبات نیست معتبر است؛ مگر آن که دلیلی برخلاف آن موجود باشد» استنباط می گردد که دامنه اثباتی اماره قانونی دعاوی خاصی را شامل نمی شود؛ لیکن قسمت آخر ماده مزبور حاکی از آن است که متکی بودن اماره قانونی به حکم قانون، موجب ترجیح و برتری آن بر ادله مستقیم نیست. البته صرف وجود اوضاع و احوال مخالف با اماره قانونی نمی تواند موجب بی اعتباری آن شود. اماره قانونی زمانی از درجه اعتبار ساقط می شود که دلیلی خلاف و عکس آن ثابت گردد (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۴۰).

### ب) اعتبار اماره قضایی

دو نگرانی عمده در خصوص اعتبار بخشیدن به اماره قضایی در دستگاه های حقوقی دنیا مطرح است: ۱- لالت اماره قضایی بر واقع، ظنی و احتمالی است و اصابت آن به واقع هیچ. وقت به مرحله یقین نمی رسد. ۲-



این اماره موجب گسترش اختیار قاضی در استنباط از اوضاع و احوال شده است؛ و در نتیجه افزایش اختیار دادرسان در قضاوت است.

ماده ۱۳۲۴ ق.م. در خصوص تعریف و دامنه اعتبار اماره قضایی بیان می‌دارد: «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده؛ عبارت است از اوضاع و احوالی در خصوص مورد و در صورتی قابل استناد است که دعوا به شهادت شهود قابل اثبات باشد؛ یا ادله دیگر را تکمیل کند». با توجه به این که نظام حقوقی کنونی کلیه وقایع و اعمال حقوقی به وسیله شهادت قابل اثبات است فلذا دایره اثباتی اماره قضایی تمام دعاوی را دربر می‌گیرد؛ و می‌تواند مبنا و مستند رأی دادگاه واقع شود (توکلی، ۱۳۸۴: ۱۶).

### ۱-۱-۵. تعارض اماره قانونی با قضایی

فلسفه توان اثباتی و اعتبار بخشیدن به اماره‌های قانونی، اجازه و عدم ردع شارع مقدس و تصریح قانون‌گذار به توان اثباتی اماره‌های قانونی به عنوان یکی از ادله های اثبات دعوی است. اماره، ظنی است که کاشفیت از واقع دارد؛ فلذا دلالت اماره بر واقع، دلالتی ظنی است. لیکن به سبب اهمیت این اماره‌ها در حفظ نظم و تأمین مصالح اجتماعی و جلوگیری از اختلال در نظام اثباتی، مورد پذیرش مقنن واقع شده است؛ علی‌رغم این که دلالت آن‌ها بر واقع یقینی نیست و صرفاً دلالتی ظنی و برحسب غلبه و ظاهر است.

بعضاً ممکن است با توجه به شمار زیاد اماره‌ها، بین آنها تعارض پیش آید و در هر مورد نیز راه‌حل‌های خاصی برای رفع تعارض آن‌ها از سوی فقها و حقوقدانان مطرح شده است. در صورتی که اماره قانونی (از جمله اماره فراش) با اماره قضایی (مانند آزمایش دی.ان.ای) در یک جهت و راستا باشند؛ باعث تقویت آن جهت از لحاظ اثباتی می‌شوند؛ اما در فرضی که در مقابل یکدیگر بوده و تعارض داشته باشند؛ علی‌رغم آن که هر دو اماره هستند و تا حدودی کاشفیت از واقع دارند؛ اماره قضایی معتبر و مقدم است؛ چراکه از یک سو اماره قضایی نزدیک به ادله و کاشفیت بیشتری دارد در حالی که اماره قانونی نزدیک به اصول عملی است و از طرف دیگر نص صریح ماده ۳۰۱ و ۳۰۲ آ.د.م سابق نیز مؤید برتری اماره قضایی بر اماره قانونی است.

---

<sup>۱</sup> «هرگاه سند معینی که مدرک ادعا یا اظهار یکی از طرفین است در نزد دیگر باشد به درخواست طرف باید آن سند ابراز شود، هرگاه طرف مقابل به وجود سند در نزد خود اعتراف کند، ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله دلایل مثبت بداند.»

<sup>۲</sup> «هرگاه بازگانی که به دفاتر او استناد شده است از ابراز دفاتر خود امتناع نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می‌تواند آن را از ادله مثبت اظهار طرف قرار دهد.»

بنابراین اماره قضایی اوضاع و احوال مخصوص دعوا است و وجدان دادرس را قانع می‌سازد؛ فلذا دلالت آن بر واقع بیش از اماره قانونی است؛ که برحسب ظن نوعی، مورد اعتنا و اعتماد قانون‌گذار قرار دارد. به بیان دیگر اماره قانونی دلیل واقعی نیست؛ درحالی‌که اماره قضایی دلیل است. بنابراین در فرض تعارض اماره قانونی با اماره قضایی اماره قضایی مقدم است (امامی، 223۱۳۷۸: a).

## ۱-۲. ماهیت اماره فراش

اماره فراش از قواعد مشهور در نزد فقها است. مستند آن حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» است. اماره فراش در زمره ادله شرعی اثبات نسب محسوب می‌شود و از قواعد اختصاصی در حیطة حقوق خانواده به شمار می‌رود؛ که به موجب آن، اگر الحاق نسب ولدی، به پدر ظاهری او مورد شبهه و تردید واقع شود؛ با تحقق شرایط الحاق نسب وی به پدر مزبور ثابت می‌گردد (لطفی، ۱۳۸۱: ۲۴۷).

مهم‌ترین مدرک اماره فراش حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» است که ذیل بررسی می‌شود

### الف) حدیث نبوی

مهم‌ترین مدرک اماره فراش، حدیث نبوی مشهور «الولد للفراش و العاهر الحجر» است. در منسوب بودن این حدیث به پیامبر اسلام (ص) شک و تردیدی نیست. این حدیث نبوی، متواتر و در بسیاری از کتب فقهی امامیه و اهل سنت به عنوان مهم‌ترین مدرک اماره فراش، نقل شده است. این حدیث مشهور و معروف بین تمام فرقه و طوایف اسلامی است؛ که هیچ‌یک از مسلمانان منکر آن نشده‌اند و در خصوص مضمون این حدیث اتفاق وجود دارد و در قطعی صدور بودن آن از جانب پیامبر تردیدی وجود ندارد (ایروانی، ۱۴۲۶ هـ ق: ۱۸۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ هـ ق: ۲۳).

### ب) سیره عقلا و خردمندان

بنای عقلا و خردمندان بر این امر استوار است که اگر نسب طفلی مورد شک و تردید واقع گردد نسب وی به صاحب فراش یا شوهر، مادر وی ملحق شده و به شک هیچ اعتنایی نمی‌شود؛ چراکه منسوب کردن نسب به صاحب فراش امری مطلوب است و موجب رعایت مصالح طفل و خانواده می‌گردد.

## ۱-۲-۱. مفهوم اماره فراش

برای درک بهتر مفهوم اماره فراش ابتدا معانی الفاظ حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» و سپس مفهوم عرفی آن بررسی خواهد شد.

### الف) معانی لغوی الفاظ حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر»

در ذیل به ترتیب معانی لغوی الولد، للفراش، العاهر و الحجر بررسی خواهد شد.

۱) **الولد:** اولاد جمع ولد است. در فرهنگ لغت عرب، به معنای هر حیوانی است که در اثر وضع حمل متولد می‌شود اعم از این‌که از جنس اناث یا ذکور باشد. در فرهنگ لغت فارسی، ولد به معنای زاد است به همین سبب در عرف زاد و ولد مترادف با یکدیگر به‌کاررفته است. اولاد دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام شامل کسانی است که، از نسل شخصی به‌صورت مستقیم یا با واسطه پدید می‌آیند؛ بنابراین ولد در معنای عام، شامل اولاد، اولاد اولاد و هر چه پایین‌تر رود است. لیکن اولاد در معنای خاص صرفاً شامل کسانی است؛ که بی‌واسطه از شخصی به وجود آمده باشند. اولاد در کتاب هشتم قانون مدنی نیز در معنای خاص آن به‌کاررفته است؛ چراکه هدف اصلی قانون‌گذار در وضع و تنظیم مواد قانونی این کتاب، اثبات نسب و تنظیم روابط پدر و مادر و فرزندان در خانواده است. فلذا معنی ولد در حدیث «الولد للفراش و العاهر الحجر» نیز همین معنای خاص یعنی اولاد مستقیم و بدون واسطه است (طاهری، ۱۴۱۸ هـ ق: ۲۹۹).

۲) **للفراش:** در دو معنا به‌کاررفته است. در برخی موارد به معنای گسترده است؛ در این معنا خداوند در قرآن می‌فرماید: «الذی جعل لکم الارض فراشا» کسی که زمین را برای شما گسترانید. در برخی موارد نیز در معنای مفروش بودن است؛ یعنی هر آنچه بر روی زمین برای نشستن یا خوابیدن پهن شود؛ در این معنا به زوجه نیز فراش اطلاق می‌شود چراکه زوج یا صاحب فراش حق دارد با او هم‌بستر شود. بنابراین مراد از للفراش در حدیث نبوی شوهر زن یا زوج است (نقیبی، ۱۳۹۰: ۵۳).

۳) **العاهر:** از عهر به معنای زنا و فسق اقتباس شده است و به معنای زانی یا مرد زناکار است؛ بنابراین العاهر در حدیث نبوی به مردی اطلاق می‌شود که با زنی جماع نماید؛ درحالی‌که زوجه شرعی زن نبوده و در وطی به شبهه نیز نباشد (ایروانی، ۱۴۲۶ هـ ق: ۱۹۰؛ کلینی، ۱۴۲۹ هـ ق: ۴۴).

۴) **الحجر:** در لغت به معنای سنگ است. در خصوص معنای حجر در حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» دو احتمال داده شده است: ۱- زانی هیچ حقی در خصوص ولد ندارد و حق وی هم چون سنگ بی‌ارزش و بی‌اعتبار است. ۲- کنایه از رجم و سنگسار کردن زانی است؛ لیکن به نظر می‌رسد که احتمال قوی همان معنای نخست است؛ چراکه همیشه برای زانی مجازات سنگسار نیست بنابراین حجر در این حدیث کنایه از عدم ثبوت حقی برای زانی نسبت به ولد است (ایروانی، ۱۴۲۶ هـ ق: ۱۹۰؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ هـ ق: ۳۱).

۱ آیه ۲۲ سوره مبارکه بقره

بنابراین مطابق آنچه در فوق بیان شد مقصود از عبارت «الولد للفراش» الحاق ولد به شوهر زن یا صاحب فراش در صورت فراهم بودن شرایط اماره فراش است. ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. نیز مبین همین موضوع است. مراد از عبارت «العاهر الحجر» عدم استحقاق زانی نسبت به طفل است. ماده ۱۱۶۷ ق.م. نیز مبین همین امر است.

### ب) معانی عرفی حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر»

حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» شامل دو بخش «الولد للفراش» و «العاهر الحجر» است. مضمون جمله الولد للفراش آن است که نسب ولد ملحق به زوج شرعی است؛ و دیگران حقی نسبت به وی ندارند. این مضمون در نتیجه محصور بودن مبتدا (الولد) در خبر (للفراش) است؛ چراکه در دستور زبان عرب اگر مبتدا معرف به الف و لام باشد افاده بر حصر دارد (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه ق: ۲۷)

درواقع پیامبر اسلام در حدیث «الولد للفراش و العاهر الحجر» در مقام بیان یک حکم شرعی است؛ هرچند که این حکم شرعی به صورت جمله‌ای خبری بیان شده است. شارع مقدس باهدف دوام و حفظ مصالح خانوادگی، حکم شرعی «الولد للفراش و العاهر الحجر» را جعل نموده است. البته به عنوان یک ابهام در خصوص اماره فراش گفته شده که اماره فراش ممکن است یک قاعده شرعی و تأسیسی نبوده بلکه قاعده‌ای عرفی و امضایی باشد (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۵).

عبارت «الولد للفراش» در مقام اثبات نسب قانونی و شرعی طفل و الحاق وی به زوج شرعی است؛ که در مواقع شبهه و تردید، در این که نسب طفل ملحق به چه کسی است در صورت فراهم بودن شرایط اجرای اماره فراش به آن تمسک شده و به استناد اماره فراش حکم به الحاق طفل به شوهر شرعی داده می‌شود.

بخش دوم حدیث نبوی «الولد للفراش العاهر الحجر» العاهر الحجر است. مضمون آن، الحاق نسب طفل به شوهر شرعی و عدم استحقاق زانی نسبت به طفل است. ماده ۱۱۶۷ ق.م. «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.» نیز مبین همین امر است.

بنابراین مفهوم عرفی حدیث نبوی «الولد للفراش العاهر الحجر» آن است؛ که اگر ولدی متولد شود و

---

<sup>۱</sup> «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط به این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه و بیش‌تر از ده ماه نگذشته باشد.»

<sup>۲</sup> «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد مگر آن که ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کم‌تر از شش ماه و یا بیشتر از ده ماه گذشته باشد.»

<sup>۳</sup> «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود.»

نسب وی مورد شبهه و تردید قرار گیرد؛ در صورت فراهم بودن شرایط اجرای اماره فراش، به زوج ملحق است و زوج به صرف عدم تشابه ظاهری ولد مزبور با خودش یا تشابه ظاهری ولد با دیگری، حقی بر نفی ولد ندارد؛ و زوج تنها در صورت قطع و یقین می‌تواند الحاق نسب به خودش را نفی نماید. لیکن این قاعده برای موارد شک و شبهه در الحاق نسب ولد به زوج وضع شده است. بنابراین قاعده فراش حکم به الحاق نسب ولد به زوج در موارد شبهه و تردید در انتساب است و از این قاعده حکم به الحاق طفل در موارد عدم امکان الحاق فهمیده نمی‌شود کما این که صرف تحقق عقد نکاح و غیبت زوج از زوجه و یا ولادت ولد، در فاصله زمانی کم‌تر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه از زمان نزدیکی این قاعده جاری نمی‌گردد؛ بلکه مقصود از این قاعده حکم به الحاق نسب ولد به زوج در موارد شک و شبهه در صورت فراهم بودن شرایط اجرای اماره فراش است (ایروانی، ۱۴۲۶ ه. ق: ۱۸۷).

فقها تعاریف گوناگونی از اماره فراش ارائه نموده‌اند که مفهوم یکسانی از تعاریف آنان قابل استنباط است. مطابق دیدگاه فقها اگر در الحاق نسب طفل به شوهر شرعی و قانونی شبهه و تردیدی باشد در صورت فراهم بودن شرایط اجرای اماره فراش اصل بر الحاق و انتساب و عدم امکان نفی ولد است (ایروانی، ۱۴۲۶ ه. ق: ۱۸۶؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ ه. ق: ۲۶؛ بغدادی، ۱۴۱۳ ه. ق: ۵۳۷؛ حلی، ۱۴۱۰ ه. ق: ۶۵۸؛ حلی، ۱۴۱۳ ه. ق: ۹۹؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه. ق: ۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ه. ق: ۱۵؛ مصطفوی، ۱۴۲۱ ه. ق: ۱۸۴).

اماره فراش یکی از اماره‌های قانونی مصرح در ماده ۱۳۲۲ ق.م. است؛ که در زمره قواعد اختصاصی حقوق خانواده به شمار می‌رود. قانون‌گذار در ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. به تبعیت از فقه امامیه به منظور تأمین مصالح و عفت خانوادگی و حفظ آرامش زندگی زناشویی، اماره فراش را در زمره ادله شرعی اثبات نسب قرار داده است.

ماده ۱۱۵۸ ق.م. بیان می‌دارد «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط به این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه و بیش‌تر از ده ماه نگذشته باشد».

ماده ۱۱۵۹ ق.م. بیان می‌دارد «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد مگر آن که ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کم‌تر از شش ماه و یا بیشتر از ده ماه گذشته باشد».

### ۳-۱. شرایط جاری شدن اماره فراش

از مشخصه‌های اصلی اماره فراش آن است که نباید قطع و یقینی برخلاف یا بر موافقت آن موجود باشد؛ زیرا اگر قطع و یقینی وجود داشته باشد دیگر مجرای برای استناد به اماره فراش که امری ظنی و گمانی است باقی نمی‌ماند. بنابراین اماره فراش درجایی قابل استناد است که قطع و یقینی خواه موافق یا مخالف با آن در بین نباشد. به عبارت دیگر اماره فراش هنگامی جاری است؛ که نسب طفل به شوهر یا غیر شوهر مجهول بوده و الحاق وی به شوهر و غیر شوهر ممکن باشد؛ که در این صورت شارع مقدس به منظور رعایت برخی مصالح نسب طفل را به شوهر الحاق کرده و استناد به اماره فراش را معتبر شناخته است (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه ق: ۲۷؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۲۶؛ لطفی، ۱۳۸۱: ۲۵۵).

مطابق ماده ۱۱۶۴ ق.م. شرایط و احکام اماره فراش در نسب قانونی شامل نسب ناشی از شبهه نیز خواهد شد از همین رو شرایطی که در ذیل برای اجرای اماره فراش در نسب قانونی بیان خواهد شد شامل نسب ناشی از شبهه نیز می‌شود.

این شرایط عبارت است از ۱- انعقاد نطفه در ایام زوجیت باشد ۲- ولادت طفل پس از سپری شدن حداقل مدت حمل باشد ۳- ولادت طفل قبل از انقضای حداکثر مدت حمل باشد. در ذیل در دو گفتار جداگانه اماره فراش را در خصوص نسب قانونی و نسب ناشی از شبهه با فرض یکی بودن شرایط اجرای اماره فراش در نسب قانونی و نسب ناشی از شبهه (۱۱۶۴ ق.م) بررسی و در انتها در خصوص اماره فراش در زنا بحث خواهد شد.

### ۱-۳-۱. اماره فراش در اثبات نسب قانونی

در اثبات نسب قانونی از طریق اماره فراش باید بین دو مورد قائل به تفکیک شد: ۱- اثبات نسب طفلی که در زمان زوجیت متولد شده است ۲- اثبات نسب طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شده است. ماده ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ ق.م. در بیان این دو حالت است که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۳-۱-۱. جاری نمودن اماره فراش در خصوص طفل متولد شده در مدت زوجیت

ماده ۱۱۵۸ ق.م. در خصوص طفل متولد شده در مدت زوجیت مقرر می‌دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». از این ماده می‌توان شرایطی را که برای اجرای اماره فراش در خصوص طفل متولد شده در ایام زوجیت لازم است را استنباط نمود. این شرایط عبارت است از وجود رابطه زوجیت، سپری شدن

حداقل مدت حمل و سپری نشدن حداکثر مدت حمل است.

### ۱-۳-۱-۱-۱. وجود رابطه زوجیت

یکی از شرایط لازم برای اجرای اماره فراش در خصوص طفل متولدشده در ایام زوجیت، وجود عقد نکاح صحیح بین زن و مرد یا به عبارتی وجود رابطه زوجیت است. این شرط از عبارت «در ایام زوجیت» از قسمت اول ماده ۱۱۵۸ ق.م. «طفل متولدشده در ایام زوجیت، ملحق به شوهر است» قابل استنباط است. اثبات وجود رابطه زوجیت بین زن و مردی که انتساب طفل به وی مورد ادعاست؛ با استفاده از هر یک از ادله اثبات دعوی از قبیل (اقرار، سند، گواهی، امارات قضایی و سوگند) امکان پذیر است. همچنین اوضاع و احوال و وضعیت ظاهری و خارجی زن و مرد از قبیل سکونت مشترک و آمیزش با یکدیگر می تواند به عنوان قرینه ای بر وجود رابطه زوجیت مورد استناد و توجه قرار گیرد.

بنابراین قانون گذار ایران در خصوص ادله اثبات رابطه زوجیت قائل به محدودیت نیست؛ و اصل آزادی دلیل را پذیرفته است. در حقوق ایران به تبع از فقه امامیه وجود رابطه زوجیت در زمان انعقاد نطفه از شروط ضروری در نسب مشروع و قانونی تلقی شده است. از این رو اگر بدون وجود رابطه زوجیت بین زن و مرد و در قالب یک رابطه جنسی آزاد حتی در ایام نامزدی، نطفه ای منعقد شود و پس از آن با یکدیگر ازدواج نمایند و در زمان زوجیت طفل متولد گردد؛ در این صورت نمی توان نسب آن طفل را مشروع و قانونی دانست. اما پذیرش این امر در حقوق ایران امری مشکل است؛ ماده ۱۱۵۸ ق.م. مقرر داشته است «طفل متولدشده در زمان زوجیت ملحق به شوهر است»؛ از این ماده استنباط می شود طفلی که در ایام زوجیت متولدشده به شوهر ملحق می شود و نسب وی قانونی و مشروع است هر چند که انعقاد نطفه قبل از رابطه زوجیت باشد؛ اما از ماده ۱۱۶۷ ق.م. «طفل متولد از زنا به زانی ملحق نمی شود» استنباط می شود که رابطه جنسی قبل از دواج زنا محسوب شده و فرزندی که در نتیجه آن متولد می شود فرزند طبیعی است و نسب وی قانونی و شرعی نبوده و به زانی ملحق نمی شود. بنابراین از جمع مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۶۷ ق.م. می توان نتیجه گرفت که از شرایط نسب مشروع، انعقاد نطفه در زمان زوجیت است (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۲۹۰).

سبزواری در خصوص این شرط بیان می دارد؛ که یکی از اصحاب از ابی جعفر (ع) سؤال کرد اگر مردی با زنی آمیزش نماید و زن حامل گردد و سپس وی را تزویج نماید و پس از آن ولدی متولد گردد تکلیف چیست؟ امام پاسخ دادند ولد به وی ملحق نشده و ارث نیز نمی برد. در جامع المدارک نیز با استناد به قسمت اخیر حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» بر لزوم انعقاد نطفه در ایام زوجیت تأکید شده است. بنابراین وجود فراش بعد از پدید آمدن حمل موجب الحاق ولد به شوهر شرعی

نمی‌گردد (خوانساری، ۱۴۰۵ ه ق: ۴۵۰؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۴۵).

در خصوص شرط انعقاد نطفه در ایام زوجیت طرح بحث فرعی در قالب لزوم یا عدم لزوم دخول و انزال در ایام زوجیت خالی از لطف نیست و در ذیل به این موضوع پرداخته خواهد شد.

در خصوص لزوم وجود رابطه زوجیت در هنگام انعقاد نطفه به‌عنوان یکی از شروط لازم برای اجرای اماره فراش اختلافی وجود ندارد؛ لیکن در خصوص لزوم دخول و یا انزال برای تحقق اماره فراش در بین فقها اختلاف دیدگاه‌هایی مشاهده می‌گردد در ذیل این موضوع از منظر فقها سپس قانون‌گذار ایران مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### الف) لزوم تحقق نزدیکی از نظر فقها

تحقق نزدیکی در مدت زوجیت یکی از شرایط اساسی اعمال قاعده فراش است. لکن ماهیت دخول در نزد فقها دارای مفهوم یکسانی نیست؛ بلکه هرکدام مقصود از دخول را نوعی خاص از نزدیکی در نظر گرفته‌اند. فقها در خصوص ضرورت تحقق انزال در نزدیکی اختلاف دیدگاه دارد. مقصود از نزدیکی در این مورد پنهان شدن آلت مرد به میزان حشفه (هرچند که مقداری از آلت مقطوع باشد) در قبل یا دبر زن است و تفاوتی ندارد که مرد به انزال رسیده یا نرسیده باشد، نزدیکی به این جهت که مقدمه‌ای برای انعقاد نطفه است؛ ملاک و مبنای قاعده فراش قرار گرفته است و الا به‌خودی‌خود، دلیلی بر نسب قانونی نیست؛ چراکه در برخی موارد از قبیل تفخیز، نزدیکی در دبر یا نزدیکی در قبل بدون انزال، از اموری نیست که عادتاً و طبعاً موجب بارداری زن شود؛ به همین جهت عده‌ای از فقها، اماره فراش را در صورتی جاری و ساری می‌دانند که نزدیکی از طریق قبل صورت گرفته باشد و انزال نیز محقق گردد. بنابراین با توجه به نظر فقهای مزبور و اصول حقوقی، در صورتی نزدیکی می‌تواند مبنای انتساب طفل به شوهر باشد که امکان تکوین طفل از آن نزدیکی باشد. بنابراین نزدیکی مرد خصی یا مردی که منی او توانایی بارورسازی را ندارد نمی‌تواند دلیلی بر نسب قانونی باشد. برخی دیگر از فقها در اثبات نسب قانونی، اثبات وقوع نزدیکی در مدت زوجیت را لازم ندانسته‌اند؛ بلکه طفلی را که در مدت زوجیت متولد شده باشد را ملحق به شوهر می‌دانند. فلسفه دیدگاه مزبور ممکن است علاوه بر حفظ عفت خانوادگی، فرض نزدیکی و عدم احتیاج به اثبات نزدیکی است؛ چراکه نزدیکی در زمره اموری است که به‌صورت پنهانی انجام می‌شود و معمولاً نمی‌توان آن را به‌وسیله دلایلی اثبات نمود و باید از قرائن و اوضاع و احوال یاری گرفت (امامی، ۱۳۷۸: ۱۵۶).



به‌طورکلی دیدگاه فقها در این خصوص به سه دسته تقسیم می‌گردد که در ذیل بررسی می‌گردد

### ۱. در الحاق نسب ولد به زوج نزدیکی با زوج شرط است

عده‌ای از فقها معتقدند که در عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع دخول به‌عنوان یکی از شرایط اساسی برای اجرای اماره فراش و در نتیجه الحاق نسب ولد به زوج است اعم از این‌که همراه با انزال در فرج یا حوالی آن یا علم به انزال یا احتمال انزال باشد. به‌عبارتی‌دیگر این گروه از فقها دخول را از شرایط اعمال اماره فراش دانسته‌اند صرف‌نظر از این‌که همراه با انزال یا بدون آن باشد (بغدادی، ۱۴۱۳ ه ق: ۵۳۷؛ شیرازی، ۱۴۲۵ ه ق: ۵۷۹؛ طوسی، ۱۴۰۰ ه ق: ۵۰۵؛ عاملی، ۱۴۰۹ ه ق: ۳۷۸؛ عاملی، ۱۴۱۳ ه ق: ۳۷۷؛ علامه، ۱۴۱۰ ه ق: ۳۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ه ق: ۱۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ ه ق: ۵۰۳؛ ۱۴۲۲ ه ق: ۳۹۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ ه ق: ۲۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه ق: ۲۲۲).

### ۲. در الحاق نسب ولد به زوج امکان نزدیکی کافی است

عده‌ای از فقها نیز بر این عقیده‌اند که در الحاق نسب ولد، به زوج امکان وطی و نزدیکی کافی است. از دیدگاه این گروه از فقها با تحقق عقد نکاح و امکان نزدیکی، ظاهر در نزدیکی است و نیاز به اثبات نزدیکی نیست بلکه باید عدم امکان نزدیکی ثابت گردد (طوسی، ۱۳۸۷ ه ق: ۲۳۲).

### ۳. در الحاق نسب ولد به زوج انزال شرط است

عده‌ای دیگر از فقها برخلاف دیدگاه گروه اول، ملاک الحاق نسب ولد، به زوج را انزال دانسته‌اند اعم از این‌که انزال با دخول یا بدون دخول و به‌وسیله تلقیح مصنوعی باشد. از دیدگاه این گروه دخول صرفاً مقدمه‌ای برای انزال است و برای انتساب کافی نیست (بحرانی، ۱۴۰۵ ه ق: ۴؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۳۸؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۳۸؛ کابلی، ۱۴۱۲ ه ق: ۶۴).

### ب) لزوم تحقق نزدیکی از منظر قانون‌گذار

قانون‌گذار در ماده ۱۱۵۸ ق.م. مطلق کلمه زوجیت را به‌کاربرده است. در این ماده قیدی در خصوص لزوم دخول و یا انزال تصریح نشده است؛ بنابراین با توجه به اصل عدم تقدیر، قانون‌گذار قیدی را در تقدیر نگرفته است و تمام کلام همان مطلق زوجیت است. از این‌رو به نظر می‌رسد قانون‌گذار به‌صرف وجود رابطه زوجیت برای اجرای اماره فراش کافی دانسته است و فرض بر نزدیکی در ایام زوجیت و تکوینی بودن نزدیکی به هر نحو که صورت پذیرد برای تشکیل نطفه و در نتیجه ولادت طفل قرار داده است. از این نظر قانون‌گذار مشابه دیدگاه فقهای است؛ که صرف امکان نزدیکی را برای اعمال اماره فراش کافی دانسته‌اند است.

ماده ۱۱۵۸ ق.م. مقرر شده است «طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». در حالی که ماده ۱۱۵۹ ق.م. مقرر می‌دارد «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است، مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد، مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد» بنابراین ملاک احتساب حداقل و حداکثر مدت حمل در این ماده تاریخ انحلال نکاح است. بنابراین در این ماده ملاک احتساب حداقل و حداکثر حمل تاریخ وقوع نزدیکی مقرر شده است؛ بنابراین در این خصوص بین این دو ماده تعارض وجود دارد؛ در مقام حل این تعارض به نظر می‌رسد قانون‌گذار در ماده ۱۱۵۹ ق.م. فرض را بر این امر قرار داده است که وجود نکاح، خود کاشف از وقوع نزدیکی بین زوجین است. به عبارتی دیگر قانون‌گذار فرض کرده است که نزدیکی قبل از انحلال نکاح واقع شده است. از این رو مدعی در مقام اثبات وجود شرایط اجرای فراش پس از انحلال نکاح کافی است ثابت نمایند که از تاریخ انحلال نکاح تا تولد طفل بیش از ده ماه سپری نشده است؛ و لزومی به اثبات نزدیکی در ایام زوجیت نیست. فرض تحقق نزدیکی در ایام زوجیت در زمره اماره‌های قضایی بوده و تا زمانی که دلیلی خلاف آن نباشد اعتبار آن پابرجاست و اگر منکر ثابت نماید که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه یا بیشتر از سپری شده است دیگر جایگاهی برای اجرای اماره فراش باقی نمی‌ماند (امامی، ۱۳۷۸: ۱۶۲b).

بنابراین نخستین شرط از شروط لازم برای اعمال اماره فراش وجود نکاح و رابطه‌ی زوجیت است. قانون‌گذار نیز در ماده ۱۱۵۸ ق.م. به کلمه زوجیت تصریح نموده است. از این رو در صورت فقدان رابطه زوجیت، اعمال اماره فراش منتفی است. حال ممکن است این سؤال پیش آید که آیا اماره فراش مختص نکاح دائم است یا شامل نکاح موقت نیز می‌گردد؟ در متون فقهی و در نص قانون قیدی وجود ندارد که افاده بر حصری بودن اماره فراش برای نکاح دائم نمایند؛ فلذا اماره فراش هم در نکاح دائم و هم در نکاح منقطع جاری می‌گردد؛ و فقها و تبع آن قانون‌گذار به مطلق نکاح اشاره نموده‌اند.

### ۱-۳-۱-۱-۲. حداقل مدت بارداری زن برای اعمال اماره فراش

از دیگر شرایط لازم برای اجرای اماره فراش، در نتیجه الحاق نسب ولد به زوج سپری شدن حداقل مدت حمل است. در ذیل میزان این مدت از دیدگاه فقها و قانون‌گذار بررسی می‌گردد.

ظاهراً بین فقها در خصوص حداقل زمان حمل اختلافی نیست. بلکه فقها اجماع دارند که حداقل مدت حمل از زمان نزدیکی شش ماه است (بغدادی، ۱۴۱۳ ه. ق: ۵۳۹؛ حلبی، ۱۴۰۳ ه. ق: ۳۱۴؛ خراسانی، ۱۴۲۸ ه. ق: ۳۲۰؛ طرابلسی، ۱۴۰۶ ق م: ۳۶۱؛ علامه، ۱۴۱۰ ه. ق: ۳۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ه. ق: ۱۵؛ لنکرانی،

۱۴۲۱ ه ق: ۵۰۳؛ ۱۴۲۲ ه ق: ۳۹۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ ه ق: ۲۹۲).

مطابق مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. حداقل مدت حمل شش ماه است. ابتدای این مدت در خصوص طفل متولدشده در ایام زوجیت (۱۱۵۸ ق.م.) از زمان نزدیکی است و در خصوص طفل متولدشده پس از انحلال نکاح از زمان انحلال نکاح (۱۱۶۰ ق.م.) است. بنابراین اگر طفلی در فاصله شش ماه یا بیشتر از زمان نزدیکی متولد گردد یکی دیگر از شرایط لازم برای اجرای اماره فراش فراهم است.

### ۱-۳-۱-۳. بیشترین مدت زمان بارداری برای اعمال اماره فراش

سپری شدن اکثر حمل از دیگر شرایط لازم برای اعمال اماره فراش است؛ به عبارتی برای این که نسب ولد به شوهر زن، قابل الحاق باشد لازم است که زمان ولادت طفل از حداکثر مدت حمل بیشتر نباشد یا به عبارتی ولادت وی قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل باشد. برخلاف حداقل مدت حمل که در خصوص میزان مدت آن میان فقها اتفاق نظر وجود دارد در خصوص حداکثر مدت حمل در بین فقها اختلاف دیدگاه مشاهده می شود.

فقهای امامیه در خصوص شرط بودن؛ تولد طفل قبل از سپری شدن حداکثر مدت زمان حمل برای اعمال اماره فراش اتفاق نظر دارند. باین وجود در خصوص حداکثر مدت حمل اختلاف نظر دارند اما بررسی دیدگاه فقها حاکی از این امر است؛ که فقها در خصوص بیش تر از یک سال نبودن این مدت نیز اتفاق نظر دارند. به طور کلی در بین فقها در خصوص حداکثر مدت حمل سه دیدگاه وجود دارند:

الف) مشهور فقها حداکثر مدت حمل را نه ماه دانسته اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ ه ق: ۳۶؛ بغدادی، ۱۴۱۳ ه ق: ۵۳۹؛ خراسانی، ۱۴۲۸ ه ق: ۳۲۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ ه ق: ۸۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه ق: ۲۱۴).

ب) عده ای دیگر از فقها حداکثر مدت حمل را ده ماه دانسته اند. (حائری، ۱۴۱۸ ه ق: ۱۰۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵ ه ق: ۴۴۳؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ه ق: ۱۵؛ کابلی، ۱۴۱۲ ه ق: ۶۴).

ج) برخی فقها نیز عقیده دارند که حداکثر مدت حمل یک سال است (اصفهانی، ۱۴۰۶ ه ق: ۱۰۰؛ حلبی، ۱۴۱۷ ه ق: ۳۸۷؛ خمینی، ۱۴۰۹ ه ق: ۲۸۷؛ شریف مرتضی، ۱۴۱۵ ه ق: ۳۴۵؛ لنگرانی، ۱۴۲۱ ه ق: ۲۰۳؛ مغنیه، ۱۴۲۱ ه ق: ۲۹۳).

علیرغم اختلاف دیدگاه فقها در خصوص اکثر حمل، قانون گذار برخلاف نظر مشهور فقها (نه ماه)، اکثر مدت حمل را در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. ۱۰ ماه دانسته است. ابتدای این مدت در خصوص طفل متولدشده در ایام زوجیت، (۱۱۵۸ ق.م.) از تاریخ نزدیکی است و در خصوص طفل متولدشده پس از انحلال نکاح (۱۱۶۰ ق.م.). از تاریخ انحلال نکاح است.

اگر جمیع سه شرط فوق یعنی ۱- انعقاد نطفه در ایام زوجیت ۲- ولادت طفل در شش ماه یا بیشتر از

زمان نزدیکی ۳ - ولادت طفل در فاصله زمانی ده ماه یا کم‌تر از هنگام نزدیکی تحقق پیدا کند فرزند مزبور به شوهر زن ملحق است و نفی ولد جایز نیست؛ و اگر اقدام به نفی ولد شود نفی ولد مسموع نیست حال اگر بخواهد نفی ولد نماید، در صورتی که نکاح دائم باشد تنها راه ممکن برای نفی ولد تمسک به لعان است و در نکاح منقطع اگرچه با تحقق شرایط سه‌گانه اماره فراش نفی ولد جایز نیست؛ لیکن اگر اقدام به نفی ولد شود ظاهراً برخلاف نکاح دائم بدون این که احتیاج به لعان باشد الحاق نسب منتفی می‌شود لیکن اگر زن یا فرزند ادعای نسب نماید مرد باید قسم بخورد (خمینی، ۱۴۲۵ ه ق: ۵۴۹).

### ۱-۳-۱-۲. جاری نمودن اماره فراش در خصوص طفل متولد شده پس از انحلال نکاح

در برخی موارد ممکن است عقد نکاح به علتی از قبیل طلاق، فسخ و... منحل گردد؛ و پس از آن طفلی متولد شود. ماده ۱۱۵۹ ق.م. تکلیف نسب ولد را در دو فرض خالی از موانع نکاح بودن زن و یا اختیار کردن شوهری دیگر، توسط زن تعیین کرده است.

مطابق ماده ۱۱۵۹ ق.م. در صورتی که عقد نکاح منحل گردد و پس از آن طفلی متولد شود؛ نسب آن طفل با ملاحظه مدت زمان مقرر در ماده ۱۱۵۸ ق.م. از زمان انحلال نکاح و به شرط آن که زن شوهری اختیار نکرده باشد ملحق به شوهر سابق زن می‌گردد.

اگر زن شوهر دیگری اختیار کرده باشد مطابق ماده ۱۱۶۰ ق.م. در خصوص نسب وی تعیین تکلیف می‌گردد. ماده ۱۱۶۰ ق.م. فرضی را بیان می‌کند که زن پس از انحلال نکاح با دیگری ازدواج کرده و طفلی از او متولد شود؛ در مورد نسب طفل مزبور قانون‌گذار فروض را بیان داشته است. در ذیل نسب طفل در دو فرض خالی از موانع نکاح بودن زن و شوهر کردن زن پس از انحلال نکاح بررسی خواهد شد.

### ۱-۳-۱-۲-۱. زن خالی از موانع نکاح باشد

اگر پس از انحلال نکاح طفلی ولادت یابد و زن نیز، شوهری اختیار نکرده باشد؛ در خصوص الحاق نسب ولد مزبور به شوهر سابق زن، دو فرض کلی قابل تصور است. با توجه به این که در خصوص اکثر مدت حمل بین نظر مشهور فقها (نه ماه) با نص قانون (ده ماه) تعارض وجود دارد این دو فرض از منظر فقها و قانون‌گذار بررسی می‌گردد.

از نظر فقها می‌توان دو فرض متصور شد، فرضی که الحاق فرزند به شوهر سابق را ممکن می‌داند و فرضی که الحاق را غیر ممکن می‌داند.

**الف)** اگر پس از انحلال نکاح طفلی در فاصله زمانی شش ماه یا بیشتر و در عین حال نه ماه یا کم‌تر از تاریخ آخرین نزدیکی ولادت یابد شرایط لازم برای جریان اماره فراش وجود دارد؛ و نسب وی قابل الحاق به

شوهر سابق زن است.

ب) اگر پس از انحلال نکاح طفلی در فاصله زمانی کم‌تر از شش ماه یا بیشتر از نه از تاریخ آخرین نزدیکی ولادت یابد؛ شرایط لازم برای اعمال اماره فراش فراهم نیست؛ در نتیجه نمی‌توان به استناد اماره فراش نسب وی را به شوهر سابق زن ملحق نمود (تبریزی، ۱۴۱۱ ه. ق: ۳۲۱).

بررسی ماده ۱۱۵۹ ق.م. حاکی از آن است که قانون‌گذار، دو فرض را در این خصوص پیش‌بینی کرده است.

الف) قانون‌گذار در صدر ماده ۱۱۵۹ ق.م با حصول دو شرط نسب طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شده را ملحق به شوهر سابق زن دانسته است. این شروط عبارت است از ۱- زن شوهر نکرده باشد ۲- از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل، بیش از ده ماه نگذشته باشد. بنابراین از دیدگاه قانون‌گذار با جمع این شرط نسب طفل به شوهر سابق زن ملحق است

ب) اگر طفلی در فاصله زمانی ده ماه یا کم‌تر از تاریخ انحلال نکاح متولد شده و زن نیز شوهری اختیار نکرده باشد؛ نسب وی ملحق به شوهر است. لیکن مستفاد از انتهای ماده ۱۱۵۹ ق.م. اگر ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا ولادت طفل کم‌تر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه گذشته است؛ نسب وی قابل الحاق به شوهر زن نیست.

#### ۱-۳-۲-۱-۲. زن شوهر دیگری اختیار کرده باشد

اگر عقد نکاح منحل گردد و زن دوباره شوهر اختیار نماید و سپس طفلی متولد گردد؛ در خصوص این که نسب ولد مزبور به کدام یک از شوهرها قابل الحاق است؛ دو فرض کلی می‌توان قابل تصور کرد: ۱- زن در مدت عده ازدواج نماید ۲- زن پس از انقضای عده ازدواج نماید. هر یک از این دو فرض نیز دارای فروض‌هایی است که در ذیل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

#### الف) زن در مدت عده ازدواج کند

در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی کم‌تر از حداقل مدت حمل (شش ماه) از نزدیکی در نکاح دوم و در عین حال قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل (نه ماه بنا بر نظر مشهور فقها و ده ماه بنا بر تصریح قانون‌گذار) از انحلال نکاح نخست باشد؛ نسب وی قابل الحاق به شوهر اول است؛ و به سبب سپری نشدن حداقل مدت حمل (شش ماه)، نسب ولد مزبور به شوهر دوم قابل الحاق نیست.

در این حالت بطلان نکاح دوم، به علت وقوع آن در مدت عده واضح و روشن است و اگر نزدیکی هم واقع شده باشد موجب حرمت ابدی است. چراکه اماره فراش در فرضی قابل اجر است که دخول در نتیجه نکاح صحیح یا وطی به شبهه صورت گرفته باشد (ایروانی، ۱۴۲۶ ه. ق: ۱۹۴؛ بغدادی، ۱۴۱۳ ه. ق:

۵۳۸؛ حائری، ۱۴۱۸ ه ق: ۱۱۲؛ حلی، ۱۴۰۵ ه ق: ۴۶۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۴۲؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۱۶۷؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه ق: ۲۳۶).

مثال اگر عقد نکاحی در تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۰۱ به عللی منحل شود و زن در تاریخ ۱۳۹۷/۰۲/۰۱ (قبل از انقضای مدت عده) شوهری اختیار کند و در ۱۳۹۷/۰۷/۰۱ طفلی متولد شود در این فرض نسب ولد مزبور به شوهر اول ملحق است؛ به این علت که ولادت طفل در فاصله زمانی پیش از انقضای حداکثر مدت حمل از تاریخ انحلال نکاح نخست و در عین حال قبل از سپری شدن حداقل مدت حمل از تاریخ نزدیکی در نکاح دوم صورت پذیرفته است. در ضمن به سبب آن که عده توسط زن رعایت نشده و در نتیجه نکاح در زمان عده صورت گرفته است؛ نکاح مزبور باطل و در صورت وقوع نزدیکی موجب حرمت ابدی است؛ چرا که مطابق ماده ۱۱۵۳ ق.م.انقضای عده در خصوص زن حامله تا زمان وضع حمل است؛ بنابراین حکم به بطلان نکاح دوم نیز داده می شود (امیر ناصر کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۳).

از جمع شرایط مقرر در مواد ۱۱۵۸ و صدر ۱۱۶۰ ق.م. استنباط می گردد که برای الحاق نسب آنچه از اهمیت برخوردار است امکان الحاق است و خود فراش خصوصیتی ندارد. به عبارت دیگر برای الحاق نسب کافی است که شرایط الحاق موجود باشد و فعلیت داشتن فراش موضوعیت ندارد. بنابراین اگر عقد نکاحی منحل گردد و زن شوهری اختیار نماید و طفلی در فاصله زمانی کم تر از شش ماه از نزدیکی در نکاح دوم و در عین حال قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل، از تاریخ انحلال نکاح دوم ولادت یابد نسب وی به شوهر اول ملحق است اگرچه زن در فراش دیگری است؛ و شوهر نخست دیگر فراشی بر وی ندارد.

**ب) زن پس از انقضای عده ازدواج نماید.**

اگر زن پس از انقضای مدت عده شوهری اختیار کند و سپس طفلی متولد شود؛ در خصوص امکان الحاق نسب ولد مزبور، به هر یک از شوهرهای سابق و جدید زن؛ فروض مختلفی قابل تصور است که در ذیل بررسی خواهد شد.

#### ۱. امکان الحاق به شوهر سابق و عدم امکان الحاق به شوهر لاحق

در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی، قبل از حداقل مدت حمل (شش ماه) از تاریخ نزدیکی در نکاح دوم و در عین حال پیش از سپری شدن حداکثر مدت حمل (نه ماه بنا بر نظر مشهور فقها و ده ماه بنا بر تصریح قانون گذار) از تاریخ انحلال نکاح اول صورت گرفته باشد؛ نسب وی قابل الحاق به شوهر اول است؛ و به سبب سپری شدن حداقل مدت حمل (شش ماه) نسب ولد مزبور به شوهر دوم قابل الحاق نیست (خمینی، ۱۴۲۵ ه ق: ۵۵۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۴۳؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ ه ق: ۱۶۷؛ لنگرانی، ۱۴۲۱ ه ق: ۵۱۹).

## ۲. امکان الحاق به شوهر لاحق و عدم امکان الحاق به شوهر سابق

در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی حداقل مدت حمل (شش ماه) یا بیشتر، از تاریخ نزدیکی در نکاح دوم و در عین حال پس از سپری شدن حداکثر مدت حمل (نه ماه بنا بر نظر مشهور فقها و ده ماه بنا بر تصریح قانون‌گذار) از تاریخ انحلال نکاح اول صورت گرفته باشد؛ نسب وی قابل الحاق به شوهر دوم است؛ و به سبب سپری شدن حداکثر مدت حمل (شش ماه) نسب ولد مزبور، به شوهر اول قابل الحاق نیست (خمینی، ۱۴۲۵ ه ق: ۵۵۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۴۳؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۷۱؛ طوسی، ۱۴۰۷ ه ق: ۱۶۷؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ ه ق: ۵۱۹).

مثال اگر عقد نکاحی در تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۰۱ به عللی منحل شود و زن در تاریخ ۱۳۹۷/۰۵/۰۱ شوهری اختیار کند و در ۱۳۹۷/۱۱/۰۱ طفلی متولد شود. در این فرض نسب ولد مزبور به شوهر دوم ملحق است. به این علت که ولادت طفل در فاصله زمانی پس از سپری شدن حداکثر مدت حمل از تاریخ انحلال نکاح نخست و در عین حال بعد از سپری شدن حداقل مدت حمل از تاریخ نزدیکی در نکاح دوم صورت پذیرفته است.

## ۳. امکان الحاق به هر دو شوهر باشد

در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی حداقل مدت حمل (شش ماه) یا بیشتر از تاریخ نزدیکی در نکاح دوم و در عین حال قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل (نه ماه بنا بر نظر مشهور فقها و ده ماه بنا بر تصریح قانون‌گذار) از تاریخ انحلال نکاح نخست صورت گرفته باشد؛ نسب ولد مزبور به هر دو شوهر قابل الحاق است (خمینی، ۱۴۲۵ ه ق: ۵۵۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۴۳؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۷۲؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ ه ق: ۵۲۰).

مثال اگر عقد نکاحی در تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۰۱ به عللی منحل شود و زن در تاریخ ۱۳۹۷/۰۴/۰۱ شوهری اختیار کند و در ۱۳۹۷/۱۰/۰۱ طفلی متولد شود؛ نسب ولد مزبور به هر دو شوهر قابل الحاق است چراکه شرایط اعمال اماره فراش در خصوص هر دو شوهر فراهم است. همان‌طور که مشاهده می‌شود در این فرض بین دو فراش، تعارض ایجاد شده است و در ذیل دیدگاه فقها و قانون‌گذار در مقام حل این تعارض بررسی می‌گردد.

### الف) دیدگاه فقها در حل تعارض دو اماره فراش

در بین فقها در مقام حل این تعارض دو دیدگاه وجد دارد

۱) **توسل به قرعه:** عده‌ای استدلال نموده‌اند که در این فرض اماره فراش نسبت به هر دو طرف صدق می‌کند و با این تعارض هر دو از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. حال برای الحاق ولد مزبور به یکی از طرفین، چاره‌ای جز توسل به قرعه نیست (حلی، ۱۴۱۳ ه ق: ۴۸۲؛ گیلانی، ۱۴۲۶ ه ق: ۹۳).

۲) الحاق به آخرین فراش: عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند که اگر امکان الحاق نسب ولد مزبور به شوهر و واطی به شبهه فراهم باشد؛ الحاق نسب ولد مزبور به فراش آخر رجحان دارد. اگرچه رعایت مصالح طفل اقتضا می‌کند که نسب وی را به شوهر زن الحاق شود تا این‌که به مرد مشتبه الحاق گردد (امامی، ۱۳۷۸: ۱۶۱).

#### ب) دیدگاه قانونگذار در حل تعارض دو اماره فراش

قانون‌گذار در مقام حل تعارض دو اماره فراش، بدین‌صورت که امکان اجرای اماره فراش در خصوص دو نفر فراهم باشد و در نتیجه بتوان نسب ولد را به هر دو شخص ملحق نمود به‌صراحت در ماده ۱۱۶۰ ق.م. تعیین تکلیف نموده است. مستفاد از این ماده در صورت حصول تعارض نسب ولد به شوهر دوم ملحق است مگر آن‌که امارات قطعی خلاف آن باشد.

از قسمت دوم ماده ۱۱۶۰ ق.م. به‌روشنی قابل استنباط است که قانون‌گذار به‌منظور حفظ نظام خانواده و رعایت مصلحت طفل، صریحاً نسب وی را ملحق به شوهر دوم کرده است؛ البته خلاف این امر با امارات قطعی قابل اثبات است. مقصود از امارات قطعی در این ماده امارات قضایی و اوضاع و احوالی است؛ که به‌روشنی و به‌طور قطع دلالت بر عدم الحاق نسب طفل، به شوهر دوم نماید. از مصادیق مهم این امارت قطعی در عصر کنونی آزمایش دی.ان.ای است که می‌تواند خلاف این فرض قانون‌گذار را ثابت نماید. (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۳۰۰).

#### ۴) امکان الحاق به هیچ یک از دو شوهر نباشد

در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی کم‌تر از حداقل مدت حمل (شش ماه) از تاریخ نزدیکی در نکاح دوم و در عین حال پس از سپری شدن حداکثر مدت حمل صورت گرفته باشد؛ نسب ولد مزبور قابل الحاق به هیچ‌یک از دو شوهر نیست (خیمینی، ۱۴۲۵ ه. ق: ۵۵۱؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه. ق: ۷۵؛ طوسی، ۱۳۸۷ ه. ق: ۲۰۵؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ ه. ق: ۵۱۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه. ق: ۲۳۶).

مثال اگر عقد نکاحی در تاریخ ۱۳۹۷/۰۱/۰۱ به عللی منحل شود و زن در تاریخ ۱۳۹۷/۰۴/۰۱ شوهری اختیار کند لکن به‌واسطه مسافرت شوهر اولین نزدیکی در ۱۳۹۷/۰۶/۰۱ صورت پذیرد و در ۱۳۹۷/۱۰/۰۱ طفلی متولد شود نسب ولد مزبور به هیچ‌یک از دو شوهر قابل الحاق است. به‌طور کلی اگر طفلی در فروض زیر متولد گردد نسب وی به هیچ‌یک از شوهرهای زن اعم از شوهر سابق و فعلی ملحق نمی‌گردد:

۱ - ولادت طفل در فاصله زمانی بیشتر از ده ماه از تاریخ انحلال نکاح نخست و در عین حال کم‌تر از شش ماه از تاریخ نکاح مجدد زن باشد.

۲ - ولادت طفل در فاصله زمانی کم‌تر از شش ماه از زمان نزدیکی هر کدام از دو زوج باشد.



۳- ولادت طفل در فاصله زمانی بیش تر از ده ماه از زمان نزدیکی هرکدام از دو زوج باشد.

در صورت فوق شرایط لازم برای اعمال اماره فراش وجود ندارد در نتیجه به استناد فقدان شرایط لازم برای جریان اماره فراش نسب ولد مزبور، به هیچ کددام از شوهرها قابل الحاق نیست؛ مگر آن که الحاق نسب ولد به هر یک از آنها با استفاده از سایر ادله از قبیل آزمایش های ژنتیکی اثبات گردد.

### ۱-۳-۲. اماره فراش در وطی به شبهه

شبهه به مفهوم اشتباه و تصور خلاف واقع از امری است؛ و مقصود از وطی به شبهه آن است که مرد با زنی که با وی علقه زوجیت ندارد با تصور و اعتقاد به حلیت رابطه، با وی نزدیکی نماید اعم از این که شبهه در موضوع باشد مانند این که مرد می داند ازدواج با زنی که در عده است دارای حرمت و منع قانونی است لیکن با زنی که در عده است به تصور این که عده وی سپری شده است؛ و بعداً خلاف آن ثابت گردد؛ یا این که شبهه در حکم باشد؛ مانند آنکه کسی در اثر جهل به قانون، با زنی که در عده است ازدواج نماید با این وجود تصور که ازدواج با چنین زنی فاقد منع قانونی است. بنابراین اگر مرد و زنی با اعتقاد و تصور به وجود علقه زوجیت اقدام به نزدیکی کنند؛ در حالی که در واقع بین آنها رابطه زوجیت نباشد به این رابطه شبهه یا وطی به شبهه گویند و اگر طفلی در نتیجه نزدیکی به شبهه متولد گردد؛ وی را ولد شبهه و نسب وی را نسب ناشی از شبهه گویند در تعریفی کوتاه از وطی به شبهه بیان شده است: نزدیکی با زن بیگانه به گمان حلال بودن است (شاهرودی، ۱۴۲۶ ه ق: ۱۵۰). قانون گذار مواد ۱۱۶۵، ۱۱۶۴ و ۱۱۶۶ ق.م. را به نسب کودک متولد از وطی به شبهه اختصاص داده است.

### ۱-۳-۲-۱. منشأ وطی به شبهه

وطی به شبهه به دو شکل نمود می یابد؛ که با اختصار در ذیل بررسی می گردد

#### الف) شبهه در حکم

در برخی موارد علت شبهه، جهل به قانون یا به عبارتی جهل به حکم است مانند آن که مردی جاهل به این امر باشد که برای نکاح با زنی که شوهر او بیش از چهار سال مفقود بوده لازم است؛ نخست زن برای طلاق به حاکم مراجعت نموده و سپس عده نگه دارد و برحسب همین جهل و شبهه با وی ازدواج نماید حال اگر نزدیکی صورت پذیرد از مصادیق وطی به شبهه محسوب می گردد (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۳۲۰)

#### ب) شبهه در موضوع یا مصداق

در برخی موارد نیز جهل به قانون وجود ندارد؛ بلکه جهل در مورد و مصداق است مانند آن که مردی بداند نکاح با زن شوهردار، حرام و دارای مانع است لیکن به واسطه جهل به این که زن شوهردار است؛ با او

نکاحی منعقد سازد حال اگر به واسطه این جهل نزدیکی واقع شود از مصادیق وطی به شبهه است. در خصوص این که اماره فراش در وطی به شبهه جاری می شود یا خیر؟ قانون گذار به صراحت در ماده ۱۱۶۴ ق.م. تعیین تکلیف نموده است. ماده ۱۱۶۴ ق.م. بیان می دارد «احکام مواد قبل در مورد طفل متولد شده از نزدیکی به شبهه نیز جاری است اگرچه مادر طفل مشتبه نباشد». از این ماده به روشنی استنباط می شود که اماره فراش در مورد وطی به شبهه نیز جاری است. جهل به رابطه زوجیت سبب شده است که قانون گذار وطی به شبهه را در ردیف وطی قانونی قرار دهد و احکام اماره فراش را علاوه بر وطی شرعی، در خصوص وطی به شبهه نیز سرایت دهد.

### ۱-۳-۲. وطی به شبهه به لحاظ مشتبه بودن طرفین

نزدیکی به شبهه به جهت شخص مشتبه، دارای دو حالت است: ۱ - شبهه از جانب هر دو طرف باشد ۲ - شبهه از جانب یکی از طرفین باشد. ماده ۱۱۶۵ ق.م. مبین همین موضوع بوده و مقرر می دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه، فقط ملحق به طرفی است؛ که در اشتباه بوده است و در صورتی که هر دو طرف در اشتباه باشند؛ ملحق به هر دو خواهد بود».

#### الف) هر دو طرف در جهل و شبهه باشند

اگر زن مرد هر دو جاهل به حکم و یا مصداق باشند نسب طفل به هر دو ملحق می گردد و آثاری همانند نسب مشروع و قانونی بر آن مترتب می گردد. در همین خصوص قانون گذار در انتهای ماده ۱۱۶۵ ق.م. مقرر داشته است. «اگر هر دو در اشتباه بوده اند ملحق به هر دو خواهد بود».

#### ب) یکی از طرفین در جهل و شبهه باشد

بعضا ممکن است یکی از طرفین اعم از مرد یا زن در شبهه باشد؛ که در این صورت نسبت ولد ناشی از شبهه، به مشتبه، ملحق است و برای طرفی که شبهه نبوده زنا محسوب می شود؛ از همین رو قانون گذار در صدر ماده ۱۱۶۵ ق.م. مقرر داشته است «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می شود که در اشتباه بوده...». و ماده ۱۱۶۷ ق.م. نیز مقرر داشته است «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی شود». بنابراین در فرض جاهل بودن یکی از طرفین نسب ولد ناشی از شبهه، فقط به وی ملحق شده و به عبارتی نسب ولد مزبور نسب به طرفی که جاهل بوده مشروع و نسبت به طرف دیگر نامشروع است.

از آنجایی که نزدیکی به شبهه در حکم نزدیکی با نکاح صحیح است (۱۱۶۴ ق.م.)؛ فلذا ادله اثبات نسب مشروع در خصوص اثبات نسب ناشی از شبهه نیز دارای توان اثباتی است؛ بنابراین در خصوص ولد شبهه نیز از طریق اماره فراش می توان نسب پدری وی را اثبات نمود. از همین رو واطی به شبهه نیز به

استناد ماده ۱۱۶۲ ق.م.ا در مدت مقرر قانونی می‌تواند از ولد شبهه انکار نسب نماید. لیکن در نزدیکی به شبهه، فراش واقعی وجود ندارد؛ بلکه قانون‌گذار بنا بر مصالحی، حکم فراش را در این موارد نیز جاری دانسته است.

قانون‌گذار صریحاً در ماده ۱۱۶۴ ق.م.ا اجرای قواعد مربوط به نسب مشروع در خصوص نسب ناشی از شبهه را تجویز نموده‌اند؛ فلذا احکام مربوط به نسب مشروع در خصوص ولد شبهه نیز جاری بوده هرچند که مادر ولد شبهه در شبهه و اشتباه نبوده باشد؛ بنابراین در صورت وجود شرایط لازم برای اجرای اماره فراش می‌توان به استناد اماره فراش نسب پدری ولد شبهه را اثبات نمود اگرچه مادر ولد شبهه آگاه و عالم به فقدان رابطه زوجیت باشد.

### ۱-۳-۲-۳. ارزیابی امکان الحاق نسب به شوهر یا واطی به شبهه

برای الحاق نسب ولد به مردی که به شبهه مرتکب وطی شده، لازم است که زن آزاد بوده و در فراش مرد دیگری نباشد؛ و الا اگر زن در فراش دیگر باشد باید شرایط الحاق ولد نسبت، به شوهر زن و مردی که در شبهه بوده است مورد ارزیابی قرار گیرد. در خصوص امکان الحاق ولد به شوهر زن یا واطی به شبهه فروض ذیل قابل تصور است.

#### الف) ولد قابل الحاق به شوهر است

اگر طفل از لحاظ زمانی (اقل و اکثر حمل) در تاریخی ولادت یافته باشد که نسب وی قابل الحاق به شوهر زن باشد لیکن در خصوص مردی که در شبهه بوده است شرایط الحاق صدق نکند که در این فرض نسب طفل مزبور به شوهر زن ملحق می‌گردد. به عبارت دیگر در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی کم‌تر از حداقل مدت حمل (شش ماه) یا بیشتر از حداکثر مدت حمل از وطی به شبهه و درعین حال قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل و درعین حال بعد از سپری شدن حداقل مدت حمل از نزدیکی با شوهر باشد؛ نسب وی قابل الحاق به شوهر است (زنجانی، ۱۴۱۹ ه ق: ۱۹۴۵).

#### ب) ولد قابل الحاق به واطی به شبهه است

اگر طفل از لحاظ زمانی (اقل و اکثر حمل) در تاریخی ولادت یافته باشد که نسب وی قابل الحاق به واطی به شبهه باشد لیکن در خصوص شوهر به دلایلی از قبیل مسافرت و بیماری شرایط الحاق وجود

---

<sup>۱</sup> ماده ۱۱۶۲ - در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادتاً پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامه دعوی کافی می‌باشد اقامه گردد و در هر حال دعوی مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود.

نداشته باشد در این حالت نسب ولد مزبور به طرف شبهه ملحق می‌گردد. به عبارت دیگر در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی حداقل مدت حمل (شش ماه) یا بیشتر و قبل از انقضای حداکثر مدت حمل (ده ماه) از تاریخ وطی به شبهه و در عین حال پس از سپری شدن حداکثر مدت حمل یا قبل از سپری شدن حداقل مدت حمل از تاریخ وطی شوهر صورت گرفته باشد؛ نسب وی قابل الحاق به واطی به شبهه است (ایروانی، ۱۴۲۶ ه ق: ۱۹۵؛ زنجانی، ۱۴۱۹ ه ق: ۱۹۴۵).

### ج) ولد قابل الحاق به شوهر و واطی به شبهه است

اگر طفل از لحاظ زمانی (اقل و اکثر حمل) در تاریخی ولادت یافته باشد که امکان الحاق نسب وی به شوهر و واطی به شبهه فراهم باشد نسب ولد مزبور به هر دو قابل الحاق است و در نتیجه بحث تعارض دو اماره فراش مطرح می‌گردد. به عبارت دیگر در صورتی که ولادت طفل در فاصله زمانی حداقل مدت حمل (شش ماه) یا بیشتر و در عین حال قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل از تاریخ وطی شوهر و واطی صورت گرفته باشد. نسب ولد مزبور به هر دو شوهر و واطی به شبهه قابل الحاق است. همان‌طور که مشاهده می‌شود در این فرض بین دو فراش تعارض ایجاد شده است. در ذیل دیدگاه فقها و قانون‌گذار در مقام حل این تعارض بررسی می‌گردد

در بین فقها در مقام حل این تعارض دو دیدگاه وجود دارد؛ عده‌ای استدلال نموده‌اند که در این فرض اماره فراش، نسبت به هر دو طرف صدق می‌کند و با این تعارض هر دو از درجه اعتبار ساقط می‌گردد. حال برای الحاق ولد مزبور به یکی از طرفین چاره‌ای جز توسل به قرعه نیست (سبزواری، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۴۸؛ شیرازی، ۱۴۲۹ ه ق: ۹۱؛ گیلانی، ۱۴۲۶ ه ق: ۹۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه ق: ۲۴۸) البته قرعه مربوط زمانی است که هیچ چاره‌ای دیگر برای خروج از تحیر و سرگردانی نباشد و الا اگر به طریق دیگر مانند آزمایش دی.ان.ای بتوان علم حاصل کرد که صاحب نطفه چه کسی است به نظر می‌رسد دیگر جایگاهی برای تمسک به قرعه باقی نخواهد ماند. عده‌ای دیگر از فقها نیز بر این عقیده‌اند که اگر امکان الحاق نسب ولد مزبور به شوهر و واطی به شبهه فراهم باشد؛ الحاق نسب ولد مزبور به فراش آخر رجحان دارد. اگرچه رعایت مصالح طفل اقتضا می‌کند که نسب وی را به شوهر زن الحاق شود تا این‌که به مرد مشتبه الحاق گردد (ایروانی، ۱۴۲۶ ه ق: ۱۹۵؛ تبریزی، ۱۴۱۱ ه ق: ۳۲۰؛ زنجانی، ۱۴۱۹ ه ق: ۱۹۴۶)

قانون‌گذار در مقام حل تعارض دو اماره فراش؛ بدین‌سان که امکان اجرای اماره فراش در خصوص دو نفر فراهم باشد و در نتیجه بتوان نسب ولد را به هر دو شخص ملحق نمود به صراحت در ماده ۱۱۶۰ ق.م. تعیین تکلیف نموده است. مستفاد از این ماده در صورت حصول تعارض نسب ولد به شوهر دوم ملحق است مگر آن‌که امارات قطعی خلاف آن باشد. بنابراین در این صورت فرض قانون‌گذار بر الحاق نسب ولد به شوهر است البته این فرض خدشه‌پذیر است و با اماره‌های قطعی از قبیل آزمایش دی.ان.ای امکان اثبات خلاف آن

وجود دارد.

دکتر کاتوزیان در مقام حل این تعارض بین دو مورد قائل به تفکیک شده است:

۱- نزدیکی به شبهه در ایام زوجیت واقع شده باشد

در این فرض رعایت مصالح خانوادگی و حمایت از طفل اقتضا دارد که نسب وی را ملحق به شوهر بدانیم و وی را منسوب به خانواده متشکل از مادر و شوهر او دانست؛ در ترجیح الحاق نسب طفل به شوهر نباید تردید نمود بلا اخص که ماده ۱۱۵۸ ق.م. نیز به منظور رعایت مصالح طفل و خانواده تصریح به الحاق نسب طفل متولد شده در ایام زوجیت به شوهر نموده است.

۲- نزدیکی به شبهه پس از انحلال نکاح واقع شده باشد

در این فرض حل تعارض این دو اماره دشوارتر است چراکه از یکسو در نتیجه انحلال نکاح دیگر خانواده‌ای وجود ندارد که بخواهیم به منظور رعایت مصلحت طفل و خانواده نسب وی را ملحق به شوهر بدانیم و از طرف دیگر مطابق ماده ۱۱۶۰ ق.م. اگر زن پس از منحل شدن نکاح ازدواج نماید طفل را منسوب به شوهر دوم می‌داند و به فراش دوم ترجیح می‌دهد؛ فلذا ممکن این‌گونه استدلال گردد که از آنجایی احکام و قواعد مربوط به نکاح صحیح، در خصوص نزدیکی به شبهه نیز جاری است و نزدیکی به شبهه در حکم نزدیکی به نکاح صحیح است؛ فلذا باید نسب طفل را منسوب به واطی دانست. البته در این فرض نیز الحاق نسب طفل به شوهر زن با مصالح کودک سازگارتر است چراکه در جامعه دیدگاه چندان مثبتی در خصوص ولد شبهه وجود ندارد. البته در خصوص تعارض این دو اماره فراش قانون مدنی ساکت بوده و اماره‌های قضایی من الجملة نظر پزشک و سایر اوضاع و احوال نقش مؤثری دارند (امیر ناصر کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۶).

به عقیده دکتر سید حسن امامی نیز در این خصوص مصالح طفل و خانواده اقتضا دارد که اماره فراش شوهر را مقدم بر اماره فراش واطی بدانیم؛ چراکه مطلوب و خوشایند نیست که نظم و آرامش خانوادگی و عفت زناشویی به سبب احتمال انساب طفل به واطی جریحه‌دار شود (امامی، ۱۳۷۸: ۱۶۱b).

د. ولد قابل الحاق به شوهر و واطی به شبهه نیست

اگر طفل از لحاظ زمانی (اقل و اکثر) در تاریخی ولادت یافته باشد که امکان الحاق نسب وی به هیچ‌کدام از شوهر و واطی به شبهه نباشد در این صورت نسب وی به هیچ‌کدام ملحق نمی‌گردد. به‌طور کلی اگر طفلی در فروض زیر متولد گردد نسب وی به هیچ‌کدام از شوهرهای زن اعم از شوهر سابق و فعلی ملحق نمی‌گردد:

۱- ولادت طفل در فاصله زمانی بیشتر از ده ماه از تاریخ وطی شوهر و در عین حال کم‌تر از شش ماه از تاریخ وطی به شبهه باشد.

۲- ولادت طفل در فاصله زمانی کم‌تر از شش ماه از زمان نزدیکی هر کدام از شوهر و واطی به شبهه باشد.

۳- ولادت طفل در فاصله زمانی بیش‌تر از ده ماه از زمان نزدیکی از شوهر و واطی به شبهه باشد. در صورت فوق شرایط لازم برای اعمال اماره فراش وجود ندارد در نتیجه به استناد فقدان شرایط لازم برای جریان اماره فراش؛ نسب ولد مزبور به هیچ‌کدام از شوهر و واطی به شبهه قابل الحاق نیست مگر آن‌که الحاق نسب ولد به هر یک از آن‌ها با استفاده از سایر ادله از قبیل آزمایش‌های ژنتیکی اثبات گردد.

### ۱-۳-۳. اماره فراش در واطی به زنا

قانون‌گذار در ماده ۱۱۵۸ ق.م. اماره فراش را برای اثبات نسب ناشی از نزدیکی با نکاح صحیح قرار داده است. در ماده ۱۱۶۴ تصریح شده است که اماره فراش در خصوص نزدیکی به شبهه نیز جاری است. بنابراین در این دو مورد در صورت فراهم بودن شروط لازم برای اجرای اماره فراش می‌توان نسب طفل را به هر یک از شوهر یا واطی منصوب کرد.

مستفاد از ماده ۱۱۶۷ ق.م. نسب طفل متولد از زنا به زانی قابل الحاق نیست. در نتیجه بحث اجرای اماره فراش در نزدیکی به زنا برای اثبات نسب و الحاق نسب طفل به زانی منتفی و موضوعیت ندارد؛ فلذا اگر مردی با زن شوهرداری به زنا نزدیکی نماید و جمیع شرایط لازم برای الحاق به هر یک از شوهر و زانی امکان‌پذیر باشد مانند این‌که شوهر و زانی با زن نزدیکی کرده باشند و طفلی در فاصله بین شش ماه تا ده ماه از تاریخ نزدیکی متولد گردد؛ در این خصوص فقها و حقوقدانان اتفاق نظر دارند که طفل به شوهر (صاحب فراش) ملحق شده و زانی هیچ‌گونه حقی نسبت به وی ندارد. حدیث نبوی الولد للفراش و العاهر الحجر نیز مؤید این مدعاست؛ چراکه حفظ آرامش و نظم خانوادگی و عفت زناشویی نباید بر مبنای احتمال انعقاد نطفه طفل از مردی بیگانه متزلزل و جریحه‌دار شود؛ بنابراین در صورتی که مطابق اماره فراش بتوان نسب طفل را ملحق به شوهر دانست؛ باید منسوب به آن شوهر دانست اگرچه از لحاظ وضعیت ظاهری و قیافه شبیه به زانی باشد. در صورتی که شرایط اجرای اماره فراش برای انتساب نسب طفل به شوهر فراهم نباشد و مشخص گردد که نطفه طفل از زانی است؛ در این فرض طفل ملحق به شوهر (صاحب فراش) نمی‌شود. اگرچه مطابق ماده ۱۱۶۷ ق.م. نسب وی به زانی نیز ملحق نمی‌شود (طاهری، ۱۴۱۸ ه ق: ۳۱۳).

همان‌طور که بیان شد اگر جمیع شرایط اماره فراش مهیا باشد نسب ولد به شوهر ملحق است از جمله این شرایط وجود رابطه زوجیت است یا به عبارتی دقیق‌تر انعقاد نطفه در ایام زوجیت است؛ حال اگر نطفه در غیر قالب زوجیت و در غیر از موارد واطی به شبهه منعقد شده باشد از منظر فقه امامیه و ق.م. ایران نسب ولد مزبور نامشروع و قابل الحاق به زانی نیست.

### ۱-۳-۳-۱. ارزیابی امکان الحاق ولد به شوهر یا واطی به شبهه و زانی

اگر زنی شوهر داشته باشد یا آن‌که به شبهه با وی واطی شده باشد و سپس مردی به زنا با او واطی نماید نسب طفل ولادت یافته ملحق به چه کسی است؟

از آنجایی که مطابق فقه امامیه و به تبع آن قانون موضوعه امکان الحاق ولد به زانی وجود ندارد؛ فروض الحاق نسب ولد به زانی و هم‌چنین امکان تعارض میان فرارش شوهر یا واطی به شبهه با فرارش زانی منتفی است (تبریزی، ۱۴۱۱ ه ق: ۳۲۲؛ خراسانی، ۱۴۲۸ ه ق: ۳۲۱؛ عاملی، ۱۴۱۳ ه ق؛ مغنیه، ۱۴۲۱ ه ق: ۲۹۶). تنها فروضی که در اینجا قابل بررسی است امکان یا عدم امکان الحاق نسب ولد به شوهر یا واطی به شبهه است که در ذیل بررسی خواهد شد

#### الف) امکان اجرای اماره فرارش فراهم باشد

اگر شرایط لازم برای اجرای اماره فرارش فراهم باشد و امکان الحاق ولد هم به شوهر یا واطی به شبهه و هم به زانی فراهم باشد در این صورت مطابق حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» نسب ولد مزبور به شوهر یا واطی به شبهه ملحق است؛ بنابراین مادامی‌که بتوان با اجرای اماره فرارش نسب ولد را به شوهر یا واطی به شبهه ملحق نمود باید نسب ولد مزبور را به شوهر یا واطی به شبهه ملحق دانست اگرچه از لحاظ شکل و قیافه شبیه به زانی باشد (نجفی، ۱۴۰۴ ه ق: ۲۳۲).

#### ب) شرایط اجرای اماره فرارش فراهم نباشد

اگر هر یک از شرایط لازم برای اجرای اماره فرارش فراهم نباشد و معلوم شود که ولد از نطفه شخص زانی است در این صورت نسب ولد مزبور به علت فقدان شرایط اماره فرارش قابل الحاق به شوهر و واطی به شبهه نیست؛ اما این امر به معنای امکان الحاق ولد به زانی نیست چراکه برای زانی نسبی اثبات نمی‌گردد (نجفی، ۱۴۰۴ ه ق: ۲۳۶).

در انتهای بحث اماره فرارش عنوان ادله ای شرعی در اثبات نسب، که قانونگذار نیز آن را در قانون مدنی بعنوان اماره ای قانونی برای اثبات نسب پیش بینی کرده است؛ لازم است که به برخی از ابهامات مطرح شده در خصوص اماره فرارش پرداخته شود.

اولین ابهام مطرح شده در خصوص اماره فرارش آن است که آیا اماره فرارش مبتنی بر یک حکم شرعی است یا آن‌که حکمی عقلی و عرفی است؟

پاسخ به این ابهام از آن جهت اهمیت می‌یابد که اگر اماره فرارش را قاعده‌ای عرفی بدانیم حتی اگر در قالب نصی شرعی بیان شده باشد باز باید آن را در همان تلقی‌های عقلانی تفسیر نماییم. به نظر می‌رسد اگر در خصوص ریشه‌های استناد به این اماره کاوش شود؛ رگه‌های آن به جامعه عرب قبل از اسلام بازگردد که

این امر حاکی از آن خواهد بود که اماره فراش در زمره قواعد امضایی است که قبل از پیامبر نیز رایج بوده است و پیامبر با توجه به وجود مصلحت‌های خانوادگی و اجتماعی در تمسک به این اماره، آن را به‌عنوان یک عرف رایج اجتماعی پذیرفته است. نوع پاسخی که در قبال این ابهام داده می‌شود بر تفسیرها و برداشت‌هایی است که ممکن از این قاعده شود مؤثر است. در خصوص صبغه تاریخی اماره فراش گفته شده است که قدمت آن به قبل از اسلام بازمی‌گردد در دفاع از این عقیده چنین استدلال نموده‌اند که، ماده ۱۱۵۸ ق.م. ایران مشابه مواد ۳۱۱ به بعد ق.م. فرانسه است؛ البته با این تفاوت که ق.م. ایران به ۶ و ۱۰ ماه تصریح کرده است درحالی‌که ق.م. فرانسه به ۱۸۰ و ۳۰۰ روز اشاره نموده است. از این رو اماره فراش از قواعد شرعی و تأسیسی نیست بلکه در زمره قواعد عقلی، عرفی و امضایی قرار داده‌اند (نوبهارو همکاران، ۱۳۹۶: ۱۵).

دومین ابهام مطرح شده در خصوص اماره فراش فلسفه پیدایش آن است؛ با این توضیح که مشخص نیست هدف از وضع اماره فراش جلوگیری از بی‌نظمی در نظام نسب بوده است یا آن‌که هدف، حمایت از زن است؟ یعنی اگر در اثر یک علقه زوجیت یا شبه زوجیت طفلی متولد گردد نسب وی به شوهر زن ملحق گردد تا از این رو نه تنها زن در مظان اتهام خیانت قرار نگیرد بلکه مجرای برای حضانت و نفقه ولد مزبور ایجاد گردد.

این احتمال نیز داده می‌شود که سبب وجودی اماره فراش حمایت از ولد است؛ یعنی هدف اماره فراش ایجاد یک سازوکار قانونی و شرعی برای الحاق نسب ولد و در نتیجه دارای نسب بودن وی است. در همین راستا شهید ثانی بیان می‌دارد که اگر شرایط لازم برای اجرای اماره فراش و در نتیجه الحاق نسب فراهم باشد، لیکن زن و مرد تبانی نمایند که این فرزند متعلق به آن‌ها نباشد چنین دعوایی مسموع نیست چراکه مسأله الحاق نسب از جمله حقوق ولد (حق بر نسب) است (عاملی، ۱۴۱۳ ه ق: ۲۲۶). بنظر می‌رسد که جعل قاعده فراش حسب روایات و نصوص معتبر (مانند آنچه در خصال باب چهارم ابن عباس از امیرالمؤمنین علی علیه‌السلام و روایت حسن بن صیقل در کافی و تهذیب و کتاب‌های دیگر نقل شده است) وارد شده موضوع جعل این قاعده در موارد تهمت بوده است به این ترتیب که در گذشته هم عده‌ای ادعای نفی نسب را نسبت به افرادی از این باب مطرح می‌کردند که وی شباهت به پدرش یا بستگان دیگرش ندارد و لذا خداوند متعال برای دفع تهمت این قاعده را جعل کرده است.

ابهام بعدی در خصوص اماره فراش آن است که آیا اماره فراش در زمره اماراتی است که امکان اثبات خلاف آن ممکن نیست یا در زمره اماره‌هایی قانونی است که می‌توان خلاف آن را اثبات نمود؟ به نظر می‌رسد که شارع مقدس اماره فراش را بنا بر رعایت برخی مصلحت‌ها مقرر کرده است؛ لیکن به این منظور اثبات خلاف آن را پذیرا نیست. اما این امر به منزله‌ی آن نیست که شارع مقدس با ادله‌ی نوین علمی ناسازگار



باشد. از این رو سؤال مهمی در این زمینه قابل طرح است که آیا امکان تعارض اماره فراش با ادله علمی مانند آزمایش دی.ان.ای ممکن است یا این که فراش تعبدی است و باید مطابق آن حکم نمود و به هر آنچه خلاف آن است بها نداد؟ (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۷)

## فصل دوم: آزمایش دی.ان.ای<sup>۱</sup>

بدون تردید شناسایی دی.ان.ای از جمله دستاوردهای مهم علمی در قرن حاضر است؛ که انقلابی بزرگ در حوزه علم ژنتیک محسوب می‌شود. بدن تمام موجودات از جمله انسان از میلیاردها میلیارد سلول تشکیل شده است. تمامی سلول‌های بدن به‌استثنای گلبول قرمز، حاوی دی.ان.ای است. هر فرد نیمی از دی.ان.ای خود را از پدر و نیم دیگر را از مادر به ارث می‌برد. الگوی ژنتیکی که از آنالیز دی.ان.ای حاصل می‌گردد منحصر به فرد بوده و این امر موجب شده است تا دی.ان.ای در زمره یکی از پرکاربردترین مواد زیستی مبدل شود.

در ذیل به ترتیب تاریخچه‌ای مختصر از شناسایی بیو مولکول دی.ان.ای، مفهوم دی.ان.ای، کاربردهای دی.ان.ای مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱-۲. تاریخچه دی.ان.ای

در میان یافته‌های علمی زیست‌شناسی، به کم‌تر یافته‌ای برمی‌خوریم که به اندازه‌ی یافته‌ی جیمز واتسون و فرانسیس کریک، یعنی کشف ساختمان سه‌بعدی دی.ان.ای معروف باشد. این کشف نتیجه‌ی کار پژوهشی آنان به‌تنهایی نبود، بلکه حاصل هم‌اندیشی و کنار هم چیدن یافته‌های پژوهشگران دیگری بود که به باور برخی از دانشمندان، نقش آنان در روشن شدن ساختمان سه‌بعدی دی.ان.ای، از واتسون و کریک پررنگ‌تر بود.

در این تاریخچه مختصر، فعالیت‌های پنج شخصیتی معرفی می‌شود که هر یک به شیوه‌ای در کشف مارپیچ دوتایی دی.ان.ای سهیم بوده‌اند.

فردریک مایشر، پزشک سوئسی که اسید نوکلئیک را کشف کرد و نشان داد که این ماده در هسته‌ی همه‌ی سلول‌ها وجود دارد. فوبوس لون پزشک و شیمیدان روسی که ساختمان شیمیایی اسیدهای نوکلئیک را معرفی کرد. اروین چارگاف، شیمیدان، توالی‌هایی که مقدار بازهای آلی را در دی.ان.ای جانداران

---

<sup>۱</sup> DNA (Deoxy Ribonucleic Acid)

گوناگون سنجید. لینوس پاولینگ، شیمیدان بزرگ آمریکایی که روی ساختمان پروتئین‌ها کار می‌کرد. روزالین فرانکلین، شیمی فیزیکدان انگلیسی که از بلور دی.ان.ای عکس پراش پرتوی ایکس تهیه کرد.

### الف) فردریک مایشر

فردریک مایشر (۱۸۹۵-۱۸۴۴) به سفارش پدرش وارد دانشکده‌ی پزشکی شد، اما به علت دشواری در شنیدن، نمی‌توانست با بیماران به‌خوبی ارتباط برقرار کند. از این رو تصمیم گرفت، وارد عرصه‌ی پژوهش‌های پزشکی شود. وی در سال ۱۸۶۸ پژوهش‌های خود را زیر نظر فلیکس هوپ سیلر در دانشکده‌ی علوم طبیعی دانشگاه توینگن آلمان آغاز کرد. در آن آزمایشگاه، هنگامی که هنوز بسیاری از دانشمندان در مفهوم «سلول» شک داشتند، برخی از مولکول‌های سازنده‌ی سلول‌ها استخراج شده بودند و پژوهش در زمینه‌ی شیمی بافت‌ها ادامه داشت.

بررسی شیمیایی سلول‌های سفید خون، به‌عنوان موضوع پژوهش‌های مایشر برگزیده شد. استخراج این سلول‌ها از گره‌های لنفاوی بسیار دشوار بود، اما در زخم‌های چرک مقدار زیادی از آن‌ها یافت می‌شود. از این رو، مایشر باندهای آلوده را از بیمارستان محلی جمع‌آوری و با کمک محلولی از نمک، گلبول‌های سفید را از آن‌ها جدا می‌کرد. مایشر در جریان یکی از آزمایش‌هایش، گلبول‌های سفید را تحت تأثیر عصاره‌ی معده‌ی خوک قرار داد. در آن زمان، دانشمندان می‌دانستند این عصاره، آنزیمی دارد که باعث هضم پروتئین‌ها می‌شود. امروزه آن آنزیم را بانام پپسین می‌شناسیم. وی چگونگی اثر عصاره را بر این سلول‌ها، به‌دقت زیر میکروسکوپ پی‌گیری کرد. وقتی عصاره‌ی معده، پروتئین‌های سفید خون را تخریب کرد، او مشاهده کرد که ساختار این سلول‌ها از هم پاشید، اما هسته‌ی آن‌ها تا حدود زیادی سالم باقی ماند. به‌این ترتیب، او هسته‌ی سلول‌ها را از سیتوپلاسم جدا کرد.

در گام بعدی، هسته‌ها را تحت تأثیر هیدروکسید سدیم قرار داد. افزودن این محلول قلیایی به ظرف حاوی هسته‌ها، باعث تشکیل رسوب سفیدرنگی شد که تجزیه‌ی شیمیایی آن نشان داد، کربن، هیدروژن، اکسیژن، نیتروژن و درصد زیادی فسفر، عنصرهای سازنده‌ی آن هستند. پایداری در برابر عمل پپسین، چگونگی واکنش آن به حلال‌های متفاوت و درصد فسفر بالا باعث شد که مایشر پیشنهاد کند، ماده غیر پروتئینی جدیدی را کشف کرده است. وی این ماده را نوکلئین به معنای «در هسته» نامید.

مایشر آزمایش‌های مشابهی را روی اسپرم ماهی آزاد انجام داد. به‌طور کلی، هسته در همه‌ی اسپرم‌ها حجم زیادی از سلول را به خود اختصاص می‌دهد. در اسپرم ماهی آزاد نیز بیش از ۹۰ درصد حجم سلول، از هسته است. تلاش شبانه‌روزی این پژوهشگر پرکار به استخراج نوکلئین از اسپرم ماهی آزاد و اسپرم گونه‌های دیگر منجر شد. بررسی شیمیایی نوکلئین استخراج‌شده از آن منابع، نتیجه‌ی پیشین را تأیید کرد. مایشر به‌راستی ماده‌ی جدیدی کشف کرده بود که به نظر می‌رسید، در هسته‌ی همه‌ی سلول‌ها وجود دارد.

آیا این ماده نمی‌توانست ماده‌ی ژنتیک باشد؟

اگر نوکلئین ماده‌ی ژنتیک باشد، باید مقدار آن در همه‌ی سلول‌های پیکری یکسان و در سلول‌های جنسی نصف سلول‌های پیکری باشد. مایشر برای بررسی این فرضیه چند سال تلاش کرد و توانست مقدار نوکلئین را در هسته‌ی سلول‌های پیکری و جنسی تعیین کرد؛ اما یک رویداد ناشی از بدشانسی باعث شد، او به‌اشتباه نوعی پروتئین را به‌عنوان ماده‌ی ژنتیک معرفی کند.

مایشر درصد فسفر بالا را معیار شناسایی نوکلئین قرار داده بود. در سیتوپلاسم سلول تخمک، پروتئینی به نام فسوتین ۷ وجود دارد که برخلاف دیگر پروتئین‌ها، مقدار زیادی فسفر دارد. این پروتئین که در آن زمان کشف نشده بود، باعث شد مایشر مقدار نوکلئین موجود در تخمک را به‌درستی محاسبه نکند. از این رو، نتیجه گرفته که مقدار نوکلئین سلول تخمک و سلول اسپرم باهم برابر نیستند و بنابراین چنین مولکولی نمی‌تواند نقش ماده‌ی ژنتیک را بازی کند.

مایشر پس از سال‌ها تلاش، در اثر سل جان باخت. دو عامل را دلیل ابتلای او به این بیماری می‌دانند: تماس با چرک باندهای بیماران و فعالیت شبانه‌روزی در اتاق سردی که برای استخراج نوکلئین لازم بود. در هر صورت، وی جان خویش را بر سر شناخت نوکلئین گذاشت.

#### ب) فوبوس لون

فوبوس لون (۱۹۴۰-۱۸۶۹) فراگیری پزشکی را در روسیه آغاز کرد، اما به سبب کار در آزمایشگاه شیمی آلی، به زیست‌شیمی (بیوشیمی) علاقه‌مند شد. در سال ۱۸۲۹ آموزش پزشکی را در نیویورک به پایان رساند و با بزرگان شیمی از جمله آلبرت کوسل و امیل فیشر آشنا شد که در زمینه‌ی اسید نوکلئیک و پروتئین کار می‌کردند. او در نتیجه‌ی پژوهش‌های فراوان، بیش از ۷۰۰ مقاله درباره‌ی ساختمان شیمیایی مولکول‌های زنده منتشر کرد، اما شهرت او بیش‌تر به سبب طرح تترانوکلئوتیدی است.

لون بر اساس پژوهش‌های خود و پژوهش‌گران پیشین به این نتیجه رسید که نوکلئوتیدها واحد ساختمانی اسیدهای نوکلئیک هستند و اسید نوکلئیکی که مایشر کشف کرده بود، از نوع داکسی ریبونوکلئیک اسید دی.ان.ای است. هر نوکلئوتید از یک نوع باز آلی، یک قند پنج کربن و یک گروه فسفات تشکیل شده که در شرایط طبیعی به‌صورت یونیزه و دارای بار منفی است. به‌علاوه او دریافت، نوکلئوتیدها از راه اتصال فسفودی استری به هم پیوند می‌شوند.

لون بر اساس آزمایش‌های خود به این نتیجه‌ی نادرست دست‌یافت که اندازه‌ی چهار باز A، T، C و G، در دی.ان.ای برابر است. از این رو، طرح تترانوکلئوتیدی را به‌عنوان ساختمان شیمیایی دی.ان.ای پیشنهاد کرد. بر اساس این طرح، دی.ان.ای مولکول درازی است که از تکرار یک واحد تترانوکلئوتیدی (چهار نوکلئوتیدی) تشکیل شده است؛ یعنی، به‌صورت (... AGTC-AGTC-AGTC-AGTC) است.

روشن است که چنین مولکول یکنواختی نمی تواند اطلاعات وراثتی گوناگون جانداران را در خود اندوخته کند. به این ترتیب، طرح تترانوکلئوتیدی لون از این باور پشتیبانی کرد که با وجود حضور دی.ان.ای در کروموزومها، این مولکول نمی تواند مادهی وراثتی باشد. البته، این اشتباه نباید نقشی را که لون در شناخت ساختمان شیمیایی دی.ان.ای داشته است، از یاد ببرد.

### پ) اروین چارگاف

اروین چارگاف (۱۹۲۹-۱۹۹۲) در زمینهی شیمی، پژوهشهای گستردهای انجام داده، اما بیش تر به خاطر به دست آوردن نسبت بازهای آلی در دی.ان.ای مشهور است. وی و همکارانش به مدت هفت سال با روش کروماتوگرافی کاغذی، نسبت بازهای آلی دی.ان.ای را در جانداران گوناگون و سلولهای پیکری یک جاندار تعیین کردند و نتیجه گرفتند، مقدار بازها در دی.ان.ای گونههای مختلف جانداران متفاوت است و با تغییر رژیم غذایی، تغییر شرایط محیطی یا افزایش سن جاندار، تغییر نمی کند؛ اما در تمام نمونهها، مقدار A با مقدار T و مقدار C با مقدار G برابر است

آزمایشهای چارگاف نشان داد، نظریهی تترانوکلئوتیدی لون درست نیست. نتیجهی این آزمایشها، در روش ساختن ساختمان مولکولی دی.ان.ای و چگونگی اندوخته شدن اطلاعات در آن، نقش مهمی داشتند. بهر حال، خود او نتوانست از آنها در این زمینه بهره گیرد.

### ت) لینوس پاولینگ

روش پراش پرتوی ایکس نخستین بار برای مطالعهی بلور نمک طعام استفاده شد. شیمی دان بزرگ لینوس پاولینگ، یکی از نخستین کسانی بود که با بهره گیری از این روش تلاش کرد، ساختمان سه بعدی پروتئینها را روشن کند. وی در مجموعه مقالههایی که در سالهای ۱۹۵۰ و ۱۹۵۱ انتشار داد، ماریچ آلفا را مهم ترین رکن ساختمان سه بعدی پروتئینها معرفی کرد.

پاولینگ برای دی.ان.ای نیز طرحی پیشنهاد کرد. در طرح او، دی.ان.ای از سه رشتهی ماریچ تشکیل شده بود که بازهای آلی آن در بیرون و ستونهای قند فسفات در درون مولکول قرار داشتند. به علاوه، در طرح او گروههای فسفات به حالت یونیزه و دارای بار منفی نبودند و رشتهها از راه پیوندهای هیدروژنی باهم ارتباط داشتند که بین گروههای فسفات برقرار شده بودند.

بر اساس آنچه از شیمی دی.ان.ای می دانیم، گروههای فسفات همیشه به حالت یونیزه و دارای بار منفی هستند و این معما همچنان باقی است که پاولینگ (برندهی نوبل شیمی) چگونه چنین اشتباهی مرتکب شده است؟ با وجود این، همان طور که در ادامه می آید، شیوهی پژوهشی او تأثیر مهمی بر فعالیت های واتسون و کریک داشت.

### ج) روزالین فرانکلین

روزالین فرانکلین (۱۹۵۸-۱۹۲۰) در سال ۱۹۵۱ به همراه یکی از دانشجویان به نام ریموند گوسلینگ، مجموعه‌ای از تصویرهای پراش پرتوی ایکس باکیفیت بالا، از بلور دی.ان.ای تهیه کرد. او با استفاده از این تصویرها توانست، ابعاد دی.ان.ای را محاسبه کند و به‌درستی نتیجه گرفت که گروه‌های فسفات در بیرون مولکول دی.ان.ای قرار دارند. به‌علاوه تشخیص داد، دی.ان.ای به دو شکل A و B وجود دارد و شکل راستین دی.ان.ای، همان شکل B است. تصویری که او از بلور شکل B تهیه کرد، در روشن شدن ساختمان سه‌بعدی دی.ان.ای نقش به‌سزایی داشت. آن تصویر را موریس ویکلینز (با اجازه یا بدون اجازه‌ی فرانکلین) در اختیار واتسون و کریک قرار داده بود. (واتسون در کتاب خود که بانام ماریپچ مضاعف در ایران منتشر شده است، به این حقیقت اشاره کرده است). فرانکلین در سال ۱۹۵۸ در اثر سرطان درگذشت. به نظر می‌رسد، کار بیش‌ازاندازه با پرتوایکس در ابتلای او به سرطان مؤثر بوده است.

### چ) واتسون و کریک

در روزهای پایانی سال ۱۹۵۱، جیمز واتسون (زیست‌شناس) و فرانسیس کریک (فیزیکدان) باهدف تعیین ساختمان مولکولی دی.ان.ای، همکاری خویش را آغاز کردند. آنان می‌دانستند، مولکول دی.ان.ای از تعداد زیادی نوکلئوتید تشکیل شده است که به‌صورت خطی و با کمک اتصال‌های فسفودی استری کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند. از سوی دیگر، در همین سال، پاولینگ مارپیچ آلفا را به‌عنوان مهم‌ترین رکن ساختمان سه‌بعدی پروتئین‌ها معرفی کرده بود. ازاین‌رو، نخستین طرح فرضی برای دی.ان.ای، در ذهن این زوج علمی شکل گرفت.

دی.ان.ای ۱- رشته‌ای دراز و مارپیچی شکل از واحدهایی به نام نوکلئوتید است. در این رشته، ستون قند فسفات بسیار منظم و ترتیب بازها بسیار نامنظم است.

وقتی آنان طرح فرضی خود را با ویلکینز در میان گذاشتند، با این پاسخ روبه‌رو شدند که برای اساس تصویرهای پراش پرتوی ایکس، قطر مولکول دی.ان.ای بیش از آن است که وجود تنها یک رشته پلی نوکلئوتیدی آن را توجیه کند. ازاین‌رو، کریک پیشنهاد تازه‌ای را مطرح کرد.

۲- مولکول دی.ان.ای از چند رشته‌ی پلی نوکلئوتیدی تشکیل شده است که به دور یکدیگر پیچ‌خورده‌اند آیا دی.ان.ای مولکولی دو رشته‌ای، سه رشته‌ای یا چهار رشته‌ای است؟ ارتباط این رشته‌ها با یکدیگر چگونه است؟ آیا به‌راستی مولکول دی.ان.ای ساختمان مارپیچی دارد؟ پاسخ این پرسش‌ها با اطلاعات کمی که در اختیار واتسون و کریک بود، به دست نمی‌آمد. ازاین‌رو، از ویلکینز خواستند با آنان همکاری کند و تصویر پراش پرتوی ایکس بلور دی.ان.ای را در اختیارشان قرار دهد. آنان با در دست داشتن تصویر پراش پرتوی ایکس دی.ان.ای، تصمیم گرفتند همانند دیگر دانشمندانی که به مطالعه‌ی بلور مولکول‌ها می‌پرداختند، با

استفاده از سیم و تکه‌های حلب، طرح فرضی دی.ان.ای را بسازند.

تفسیر تصویرهای پراش بلورها، به محاسبه‌ی پیچیده‌ای نیاز دارد. در آن زمان، هنوز رایانه وارد آزمایشگاه‌های بلورشناسی نشده بود. از این رو، بلورشناسان با توجه به اطلاعات اندکی که از تصویرهای پراش پرتو ایکس به دست می‌آوردند، طرح‌های فرضی مولکول‌ها را می‌ساختند. سپس با انجام محاسبه‌هایی، الگوی پراش فرضی این طرح‌های ساختگی را تعیین می‌کردند. سرانجام، پراش فرضی با پراش بلور مقایسه و ساختمان سه‌بعدی مولکول مورد نظر پیش‌بینی می‌شد. برای مثال، وجود تقارن و نظم در تصویر پراش بلور، نشان‌دهنده‌ی نظم و تکرار واحدهای سازنده‌ی مولکول‌های بلور است؛ بنابراین، طرح ساخته‌شده باید دارای نظم و واحدهای تکرارشونده باشد.

واتسون و کریک با فرض این که ستون قند فسفات در مرکز و بازهای حلقوی در بیرون مولکول دی.ان.ای قرار دارند، به ساختن نخستین طرح برای دی.ان.ای مشغول شوند. بر اساس این طرح: دی.ان.ای از دو رشته‌ی پلی نوکلئوتیدی تشکیل شده است. این رشته‌ها با پل‌های نمکی به هم مربوط می‌شوند که در آن‌ها کاتیون‌های دو ظرفیتی مانند  $Mg^{2+}$  و گروه‌های فسفات دارای بار منفی، شرکت دارند. پس از پایان کار، آنان از ویلکینز و فرانکلین دعوت کردند، طرحشان را بررسی کنند. وقتی آنان مسئله‌ی یون‌های  $Mg^{2+}$  را مطرح کردند که دو رشته را کنار یکدیگر نگه می‌دارند، با اعتراض شدید فرانکلین روبه‌رو شدند. فرانکلین پافشاری کرد که یون‌های  $Mg^{2+}$  را پوسته‌هایی از مولکول‌های آب دربر می‌گیرد و بسیار دور است میخ محکمی برای نگه‌داشتن ساختمان دی.ان.ای باشند. نظر او این بود که ستون قند و فسفات در بیرون قرار دارد. به این ترتیب، مولکول‌های آب، طرح دو رشته‌ای واتسون و کریک را فروریختند. مدت‌ها از این ماجرا گذشت، بدون آن که واتسون و کریک به موفقیت چشمگیری دست پیدا کنند. تا این که با خبر شدند، پاولینگ برای ساختمان سه‌بعدی دی.ان.ای، طرحی پیشنهاد کرده است؛ اما همان‌طور که گفته شد، طرح مارپیچ سه رشته‌ای پاولینگ از نظر شیمیایی نادرست بود.

مدتی بعد، در دیداری که این زوج علمی با ویلکینز داشتند، با تصویر تازه‌ای از بلور دی.ان.ای روبه‌رو شدند که از تصویرهای پیشین ساده‌تر بود. آن تصویر را که مربوط به شکل **B** بود، فرانکلین تهیه کرده بود. ویلکینز به آنان گفت، آن تصویر از بلوری تهیه‌شده که مقدار زیادی آب داشته است و تصویر پیشین که آن دوروی آن کار می‌کرده‌اند، از مولکولی بوده که آب خود را از دست داده بوده است.

کریک به کمک ویلکینز آن تصویر را با معادله‌های ریاضی بررسی کرد تا اطلاعات زیر به دست آمد:

۱- تصویر پراش بسیار منظم است؛ بنابراین، ساختمان مولکولی دی.ان.ای باید بسیار منظم و قطر آن در همه‌ی مولکول ثابت باشد.

۲- نقش ضربدری که در تصویر مشاهده می‌شود، از مارپیچ بودن مولکول دی.ان.ای حکایت می‌کند و

زاویه‌ی بین بازوی ضربدر و خط افق، با زاویه‌ی پیچش دی.ان.ای برابر است.

۳- در تصویر پراش، نقطه‌هایی که فاصله‌ی زیادی از هم دارند، در واقع فاصله‌ی اندکی از یکدیگر دارند و برعکس. با در نظر گرفتن این قاعده که معادله‌های پیچیده‌ی ریاضی آن را تأیید می‌کنند، فاصله‌ی بین مرکز و محیط تصویر پراش، حدود ۳۴ آنگستروم و فاصله‌ی بین هر ردیف از نقطه‌های سیاه با ردیف بعدی، حدود ۳۴ آنگستروم محاسبه می‌شود؛ بنابراین، فاصله‌ی هر جفت باز با جفت باز دیگر، حدود  $\frac{3}{4}$  آنگستروم و فاصله‌ی عمودی یک دور کامل ماریچ دی.ان.ای، حدود ۳۴ آنگستروم خواهد بود. در این صورت، در هر دور ماریچ دی.ان.ای، حدود ۱۰ جفت باز آلی جای می‌گیرد.

سرانجام، واتسون و کریک با در نظر گرفتن این اطلاعات و نتیجه‌ی آزمایش‌های چارگاف، توانستند به بزرگ‌ترین کشف زیست‌شناسی مولکولی دست یابند و به همراه ویلکینز، جایزه‌ی نوبل ۱۹۶۲ را از آن خود کنند<sup>۱</sup>

مطالعه و بررسی بر روی مولکول دی.ان.ای که به آن انگشت‌نگاری ژنتیکی نیز اطلاق می‌گردد برای اولین بار توسط یک دانشمند انگلیسی به نام دکتر الک جفریس در سال ۱۹۸۵ برای تشخیص هویت انجام پذیرفت. پس از آن استفاده از این روش در تحقیقات قانونی و پزشکی رواج زیادی یافت. مهم‌ترین یافته‌ی دکتر جفریس، اثبات این امر بود که در زنجیره دی.ان.ای هزاران توالی یکسان وجود دارد که از لحاظ طول، نوع باز و تعداد تکرار این توالی در هر فرد منحصر و متفاوت از دیگران است؛ از این رو شناسایی توالی نوکلئوتیدها در سلول‌ها اساس شناخت دی.ان.ای است.

استفاده از آزمایش دی.ان.ای برای تعیین هویت برای نخستین بار در اداره مهاجرت بریتانیا مورد استفاده قرار گرفت در این پرونده که تابعیت یک کودک مورد تردید قرار گرفته بود و مقامات قصد اخراج او را از انگلستان داشتند؛ اما با انجام این آزمایش ژنتیکی مشخص گردید که این کودک عضو یک خانواده انگلیسی است و بدین ترتیب اخراج وی از خاک بریتانیا متفی شد. سپس در پرونده‌ای دیگر در خصوص تجاوز به عنف پلیس انگلستان برای شناسایی مجرم از این روش بهره جست.

به‌مرور زمان در کشورهای دیگر نیز برای شناسایی مجرم یا تبرئه بی‌گناهان از این روش بهره گرفتند. به‌عنوان مثال ایالت متحده در سال ۱۹۸۸ در فلوریدا برای اثبات حنایت تجاوز جنسی توأم با قتل از این روش بهره گرفته شد. در روسیه نیز از این روش در پرونده‌هایی متعددی استفاده شد از جمله با استفاده از این روش توانستند از تجاوز یک پدر بزرگ به نوه‌اش پرده بردارند.

وزارت دفاع امریکا طی پروژه‌ای اقدام به فراهم آوردن بانک اطلاعات ژنی از نیروهای نظامی شاغل

---

<sup>۱</sup> www.aseemooni.com



در ارتش امریکا نمود و پس از آن FBI یا همان اداره آگاهی فدرال امریکا با تأسیس یک آزمایشگاه مجهز اقدام به تهیه یک بانک اطلاعاتی از اثرانگشت ژنتیکی افراد نمود و امیدوارند که بتوانند تا چند سال آینده یک بانک اطلاعاتی کامل از اطلاعات ژنتیکی افراد در اختیار داشته باشند و این پروژه موفق گردید تا سال ۲۰۰۲ میلادی اطلاعات ژنتیکی بیش از سه میلیون نفر را جمع‌آوری نماید.

در سایر کشورهای اروپایی از قبیل نروژ، دانمارک، هلند، ایتالیا، بلژیک، فنلاند و سوئد اقدامات لازم برای ایجاد یک بانک اطلاعاتی صورت پذیرفته است. در ایران نیز طرح ایجاد این بانک اطلاعاتی در دستور کار بود و در این خصوص نیز خبرهایی در مورد افتتاح آن در سال ۱۳۹۰ از جانب سازمان پزشکی قانونی و جهاد دانشگاهی منتشر گردید (میرهاشمی، ۱۳۹۱: ۲۴۴).

## ۲-۲. مفهوم دی.ان.ای

بدن انسان از میلیاردها سلول تشکیل شده است. در تمامی سلول‌های بدن به استثنای گلبول قرمز دی.ان.ای یافت می‌شود؛ بنابراین در تمامی بافت‌های بدن از قبیل خون، پوست، مو، بزاق، استخوان، عرق، مخاط بینی، ترشحات واژنی، منی و... دی.ان.ای یافت می‌شود. دی.ان.ای موجود در تمامی سلول‌های بدن یک فرد مشابه یکدیگر است و باگذشت زمان تغییری در آن پدیدار نمی‌شود. نکته قابل توجه آن است که ژن‌های موجود در دی.ان.ای هر فرد دارای الگوی خاصی است از همین رو امکان شناسایی و تعیین هویت افراد از طریق آزمایش بر روی دی.ان.ای وجود دارد؛ به عبارتی ساده‌تر همان‌طور که اثرانگشت هر شخصی منحصر به وی است، دی.ان.ای هر شخصی نیز منحصر به خود اوست از همین رو دی.ان.ای هر شخصی در واقع شناسنامه ژنتیکی وی محسوب می‌گردد (کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۲۲؛ کیانی، ۱۳۹۲: ۱۳۰).

هر سلول شامل صدها میتوکندری دی.ان.ای و یک دی.ان.ای هسته‌ای است. دی.ان.ای هسته‌ای نیمی از جانب پدر و نیم دیگر از جانب مادر به فرزندان به ارث می‌رسد؛ از این همین رو در اثبات یا رد رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی، نقش به سرایی دارد. لیکن دی.ان.ای میتوکندری صرفاً از جانب مادر به فرزندان به ارث می‌رسد از همین رو در اثبات یا رد نسب مادری - فرزندی کاربرد دارد. (صمدی‌مله، ۱۳۸۴: ۱۱).

در کتب و مقالات ژنتیکی تعاریف نسبتاً مشابهی از لحاظ مفهومی با الفاظ گوناگون از دی.ان.ای ارائه شده است به‌طور خلاصه در تعریف دی.ان.ای می‌توان بیان داشت: دی.ان.ای به دو رشته مارپیچی که مانند نردبانی درهم پیچیده است اطلاق می‌گردد که پایه‌های آن در همه افراد یکسان لیکن پله‌های این نردبان در افراد مختلف متفاوت است (سالارزایی و همکاران، ۱۳۹۵: ۱۱۶؛ سجادیان، ۱۳۸۹: ۱۴۹؛ کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۲۳).

هرکدام از این رشته‌ها خود از ساختارهای کوچک‌تری تشکیل شده که به آن نوکلئوتید گفته می‌شود. نوکلئوتیدها دارای سه ترکیب شیمیایی است که شامل یک فسفات، یک قند پنج کربنی و یک باز آلی است و نوکلئوتیدها که تشکیل دهنده رشته‌های دی.ان.ای هستند به چهار قسم تقسیم می‌گردند که وجه افتراق آن‌ها در بازهای آلی موجود در آن‌ها است. بدین معنا که در ساختار دی.ان.ای چهار نوع باز آلی وجود دارد؛ آدنین (A)، تیمین (T)، گوانین (G) و سیتوزین (C) است. آدنین و گوانین در زمره بازهای پورینی هستند و ساختار دو حلقه‌ای دارند لیکن تیمین و سیتوزین در زمره بازهای پیریمیدینی هستند و دارای ساختار تک حلقه‌ای هستند بدین ترتیب بازها دارای نقش اساسی در ساختار نوکلئوتیدها دارد.

با متصل شدن نوکلئوتیدها به یکدیگر یک رشته چند نوکلئوتیدی به نام پلی نوکلئوتید ایجاد می‌گردد و هر یک از رشته‌های ماریچی دی.ان.ای از پلی نوکلئوتیدی‌ها پدیدار می‌شوند. رشته‌های دی.ان.ای در محل بازها با پیوند هیدروژنی به یکدیگر متصل می‌شوند؛ به عبارتی ساده‌تر بازهای موجود در نوکلئوتید هر یک از رشته‌ها با بازهای موجود در نوکلئوتید رشته مجاور متصل می‌گردد. در این رشته ماریچی شکل باز آدنین در یک رشته به باز تیمین رشته دیگر و باز گوانین با باز سیتوزین رشته دیگر متصل می‌گردد (سالارزاییو همکاران، ۱۳۹۵: ۱۱۶؛ سجادیان، ۱۳۸۹: ۱۴۸؛ کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۲۲).

دی.ان.ای تایپینگ به روش تعیین توالی اجزا تشخیص دهنده‌ی مناطق تکرار شونده که اساس آزمایش دی.ان.ای است اطلاق می‌گردد. یا به عبارتی دیگر آزمایش دی.ان.ای بر اساس تعیین و مقایسه توالی‌های اجزا تشکیل دهنده مناطق تکرار شونده به وسیله روش‌های بررسی مولکولی از قبیل STR؛ RFLP و WNTR به تشخیص رابطه ابوت می‌پردازد. در حقیقت مبنای این آزمایش تشخیص هم گونی یا تجانس بین پدر احتمالی و فرزند از طریق مقایسه تکرار توالی‌های بازها در دی.ان.ای دو فرد است؛ بنابراین در صورت وجود تجانس بین دو فرد می‌توان نسب به وجود رابطه ابوت اظهار عقیده نمود.

برای شناسایی توالی دی.ان.ای در آزمایشگاه‌های ژنتیکی از دستگاه ABI استفاده می‌گردد؛ در این دستگاه نمونه‌های دی.ان.ای پس از انجام آزمایش PCR اولیه در لوله‌های الکتروفورز حرکت کرده و با توجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف‌های کامپیوتری نمایش داده می‌شوند. به این ترتیب مارکرهای ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته شده و مقایسه می‌شوند. ضریب اطمینان و دقت این آزمایش بسیار بالا و در حدود ۹۹/۹۵٪ و خطای آن بسیار پایین است (کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۵۸).

برای رسیدن به یقین ۱۰۰٪ نیاز به وجود یک بانک اطلاعاتی از دی.ان.ای تمامی مردم دنیا است؛ باین وجود احتمال ۹۹ درصد به بالا، مبین آن است که امکان وجود رابطه ابوت بین کودک و شخص دیگری غیر از پدر احتمالی امری نسبتاً محال و احتمال آن نزدیک به صفر است.

بنابراین احتمال شباهت دی.ان.ای ولد با پدر احتمالی مورد بررسی در مقایسه با سایر اشخاص مدعی

ابوت که محدود هستند ۱۰۰٪ است؛ لیکن در مقایسه با کل افراد دنیا این احتمال داده می‌شود که شاید دی.ان.ای فرد دیگری با طفل شباهت داشته باشد؛ به همین سبب درصدی را به‌عنوان احتمال خطا از آن کاسته می‌شود. از لحاظ علم ژنتیک این احتمال ۹۹٪ و بالاتر معنایی جز اثبات نسب نیست؛ بنابراین با اطمینان نزدیک به یقین می‌توان بیان داشت؛ آزمایش دی.ان.ای به‌عنوان یک دلیل قطعی علمی برای اثبات نسب پدری، مادری و خویشاوندی در عصر کنونی محسوب می‌گردد (یزدانی‌پور و همکاران، ۱۳۹۴: ۸۸).

## ۲-۳. کاربردهای آزمایش دی.ان.ای

بدن انسان از تریلیون ها سلول تشکیل شده است و تمامی سلول‌ها به‌استثنای گلبول‌های قرمز حاوی دی.ان.ای است؛ و اگر تنها یکی از این سلول‌ها در اختیار باشد می‌توان با آنالیز آن اطلاعات مربوط به هویت افراد را به دست آورد. علم ژنتیک در باستان‌شناسی، مهندسی ژنتیک و اصلاح نژادی، تعیین جنسیت و مسائل حقوق از قبیل اثبات و نفی نسب و مسائل کیفری هم چون شناسایی مجرمان و یا تبرئه بیگانهان کاربرد دارد. از شگفتی‌های خلقت آن است که، الگوی ژنتیک دو فرد مشابه به هم نیست؛ البته این امر دو استثنا دارد ۱- دوقلوهای همسان که دارای منشاء تک تخمی هستند ۲- شبیه‌سازی انسان، هرچند که این امر هنوز کاملاً به اثبات نرسیده است.

از این رو تأسیس بانک اطلاعاتی که حاوی اطلاعات ژنی افراد باشد بسیار سودمند است. در برخی از کشورهای دنیا استفاده از آزمایش‌های ژنتیک برای اثبات نسب به‌عنوان روشی مدرن و دقیق مورد توجه قرار گرفته است. در آیین دادرسی کیفری ادله ژنتیکی در شمار شهود و دلایل عینی است که نقش بسزایی در فرآیند تحقیقات مقدماتی و رسیدگی دارد. در حال حاضر اطلاعات حاصل از آزمایش‌های ژنتیکی در زمره دقیق‌ترین ابزارهای تشخیص هویت است (سجادیان، ۱۳۸۹: ۱۴۶).

## ۲-۴. آزمایش‌های ژنتیکی

در دو دهه اخیر آزمایش ژنتیکی به‌عنوان ادله‌ای علمی برای اثبات و نفی نسب مورد توجه قرار رفته است از همین رو بررسی اعتبار علمی و حجیت حقوقی آن دارای ضرورت است. مهم‌ترین این آزمایش‌های ژنتیک در این زمینه؛ آزمایش خون ABO، آزمایش HLA و آزمایش دی.ان.ای تایپینگ است که در این بین آزمایش دی.ان.ای از اعتبار، قطعیت و کاربرد بیشتری برخوردار است. ادله بیولوژی مدرن‌ترین شیوه شناسایی و تعیین هویت است در قوانین مدون ایران کماکان تصریحی به آزمایش دی.ان.ای نشده است؛ اما با توجه به جایگاه ویژه‌ای که قانون‌گذار برای علم قاضی قائل شده است؛ آزمایش دی.ان.ای می‌تواند از مهم‌ترین روش‌های حصول این علم باشد.

## ۲-۴-۱. آزمایش خون (ABO)

انسان از لحاظ گروه خونی در یکی از ۴ فنوتیپ A, B, AB و O قرار می‌گیرد و خصوصیات هر کدام از این گروه‌ها از والدین به فرزندان منتقل می‌گردد. با توجه به گروه خونی والدین از منظر علمی می‌توان فرزندی که از آن‌ها ولادت می‌یابد را پیش‌بینی نمود مثلاً اگر والدین هر دو دارای گروه خونی O باشند فرزند آن‌ها نیز همین گروه خونی را خواهد داشت. در خصوص گروه‌های خونی نکته حائز اهمیت آن است که با استفاده از این روش در پاره از موارد مانند نفی ولد راه گشای متتها با استفاده از این روش نمی‌توان به‌طور قطع اثبات نسب کرد چراکه در دنیا میلیون‌ها نفر هستند که دارای گروه خونی یکسانی می‌باشند (خاوری، ۱۳۹۴: ۸۴؛ شیرزاد، ۱۳۸۵: ۶۶؛ صادقی و صبوری، ۱۳۹۳).

در پزشکی قانونی و آزمایشگاه‌های ژنتیکی برای اثبات رابطه ابوت در وهله اول اقدام به انجام آزمایش خون می‌شود و گروه خونی مادر و فرزند و پدر فرضی را مورد آزمایش قرار می‌دهند؛ برای نتایج حاصل از آزمایش خون دو حالت قابل تصور است:

### ۱. تجانس میان گروه خونی فرزند و پدر فرضی

البته این امر به‌طور قطعی ثابت نمی‌کند که آن شخص پدر واقعی طفل مزبور است. چراکه در سراسر جهان میلیون‌ها نفر دارای همان گروه خونی هستند اما شخص مزبور را در زمره اشخاصی قرار نمی‌دهد که ممکن است پدر واقعی وی باشد.

در این حالت برای حصول به قطعیت از آزمایش دی.ان.ای استفاده می‌شود. نتیجه آزمایش دی.ان.ای از آن چنان دقت و قطعیتی برخوردار است که احتمال این‌که فرد دیگری تیز دارای الگوی ژنتیکی مشابه باشد؛ از جمعیت کل دنیا بیشتر و یک در میلیاردها میلیارد نفر است. از همین رو می‌توان به‌طور قابل اعتمادی به نتیجه آزمایش دی.ان.ای اتکا نمود.

### ۲. عدم تجانس بین گروه خونی فرزند با پدر فرضی

می‌توان به‌طور قطع رابطه ابوت را رد کرد در این حالت برای اطمینان بیشتر و حساسیت موضوع اقدام به انجام آزمایش دی.ان.ای می‌شود (شیرزاد، ۱۳۸۵: ۷۳).

## ۲-۴-۲. آزمایش HLA<sup>۱</sup>

مجموعه سازگاری بافتی اصلی مولکول‌های پروتئینی روی غشای سلول‌های مختلف بدن در مهره‌داران است. در انسان این پادگن‌ها را پادگن گلوبول سفید انسانی (HLA) می‌نامند. البته این پادگن‌ها روی سایر سلول‌های بافت‌های مختلف بدن (مثل پوست، کلیه، قلب، ریه و سایر اعضا) نیز موجود است و کارکردهای متعددی دارند. در انسان ژن (MHC) روی کروموزوم شش قرار دارد. تعیین این پادگن‌ها به‌ویژه در انجام پیوند اعضا نقش دارد. این پروتئین‌ها و بررسی آن‌ها موارد کاربرد متعددی دارد: ۱. هرچقدر مطابقت این مواد بیشتر باشد هنگام پیوند اعضا از فردی به فرد دیگر احتمال ایجاد پاسخ ایمنی و رد پیوند کمتر است. ۲. از طریق مطالعه این مواد و تطبیق آن با والدین می‌توان نسب نوزاد و نسبت وی با والدین را بررسی کرد. ۳. با تعیین این مواد در نمونه‌های بافتی مانند خون و بزاق و مطابقت آن با ماده موردنظر در متهم می‌توان به تطبیق یا عدم تطبیق آن‌ها پی برد.<sup>۲</sup>

## ۲-۴-۳. آزمایش دی.ان.ای

بیش از دو دهه پیش دانشمندان توانستند با استفاده از روش‌های نوین ژنتیکی، به الگوهای خاص ژنتیکی جهت تعیین هویت دست یابند. خیلی زود این روش فراگیر شد و کاربرد وسیعی در پزشکی قانونی، پلیس جنایی، مهاجرت، تعیین هویت، تعیین رابطه خویشاوندی و ... پیدا کرد. امروزه استفاده از این روش‌ها در دادگاه‌های کشورهای مختلف از جمله کشورمان کاربرد روزافزونی پیدا کرده است و کمتر قاضی را می‌توان یافت که به نتایج این روش اعتقاد نداشته باشد و از آن استفاده نکند.

اساس روش تعیین هویت مبتنی بر مشخص کردن وضعیت ژنتیکی یک فرد و مقایسه آن با فرد دیگر و یا نمونه به‌جامانده از صحنه جرم و ... است. ماده ژنتیکی هسته در انسان، به‌صورت مساوی، نیمی از پدر و نیمی از مادر به ارث می‌رسد. در اکثر موارد از چندشکلی‌های خاصی موسوم به STR<sup>۳</sup> موجود در ماده ژنتیکی استفاده می‌شود.

الگوهای به‌دست‌آمده برای هر فرد کاملاً اختصاصی بوده و به‌اصطلاح طرح‌واره یا انگشت‌نگاری ژنتیکی نامیده می‌شود و احتمال شباهت دو نفر به‌طور تصادفی کمتر از ۱ در یک میلیون میلیارد نفر است. شایان‌ذکر است که این اختلاف در مورد دوقلوهای همسان صدق نمی‌کند و طرح‌واره به‌دست‌آمده از آن‌ها

<sup>۱</sup> Major histocompatibility complex

<sup>۲</sup> www.alodoctor.com

<sup>۳</sup> Short Repeat Tandem

کاملاً شبیه است، بنابراین برای تشخیص آن‌ها باید از روش‌های دیگر ژنتیکی استفاده شود.

تجزیه و تحلیل بیو مولکول دی.ان.ای که به آن انگشت‌نگاری ژنتیکی نیز اطلاق می‌گردد در زمینه شناسایی هویت برای اولین بار در سال ۱۹۸۵ توسط دکتر الک جفرسون مورد استفاده قرار گرفت. پایه و اساس آزمایش‌های دی.ان.ای تایپینگ تعیین توالی مناطق تکرار شونده است. به بیان دیگر در این آزمایش با تعیین و مقایسه توالی‌های تشکیل‌دهنده مناطق تکرار شونده با استفاده از روش‌هایی از قبیل RFLP.VNTR.STR به شناسایی رابطه پدر فرزندی می‌پردازد معیار این آنالیز نتایج آزمایش دی.ان.ای تشخیص تجانس بین پدر احتمالی و فرزند از طریق مقایسه تکرار توالی‌های بازها در دی.ان.ای دو فرد است. از این رو در فرض وجود تجانس و مقایسه آن با الگوی دی.ان.ای مادر این امکان را فراهم می‌سازد تا بتوان در خصوص وجود رابطه ابوت اظهار نظر کرد (یزدانی پورو همکاران، ۱۳۹۴: ۸۸).

برای انجام این آزمایش از دستگاهی به نام ABI استفاده می‌گردد. در وهله اول با استفاده از فن PCR اقدام به تکثیر نمونه دی.ان.ای می‌کند که نتیجه آن ایجاد هزاران نسخه مطابق نمونه موجود است و سپس آن را در لوله‌های الکتروفورز قرار می‌دهند که نتیجه آن تفکیک قطعات برحسب اندازه و نمایش آن در قالب گراف‌های کامپیوتری است و در انتها با مارکرهای ژنتیکی والدین مقایسه می‌گردد؛ اگر این آزمایش در شرایط استاندارد صورت گیرد درصد خطای آن بسیار کم و ضریب قطعیت در حدود ۹۹/۹۵ عنوان شده است؛ البته توجه به این نکته ضروری است که در هر کدام از روش‌های آنالیز دی.ان.ای در مواردی که دامنه افراد محدود و معین باشد نتایج این آزمایش‌ها در رد یا اثبات رابطه ابوت ۱۰۰ درصد است و اگر دامنه افراد معین نباشد با توجه به این که برای حصول به نتیجه ۱۰۰ درصدی لازم است از تمامی انسان‌های روی کره زمین آزمایش گرفته شود که امری غیرمقدور است درصدی را به عنوان ضریب خطا از آن کسر می‌کنند با این وجود بازهم این ضریب قطعیت چیزی بیش از ۹۹ درصد است. در علم ژنتیک از این احتمال خطا چشم‌پوشی می‌شود و این دقت قطعیت بالا به منزله قطعی بودن آزمایش دی.ان.ای در اثبات یا رد رابطه نسبی است و درصدی که از آن به عنوان احتمال خطا کسر می‌شود خللی به قطعیت و قابل اتکا بودن این آزمایش وارد نمی‌سازد (توفیقی و همکاران، ۱۳۷۸: ۱۱).

انواع گوناگونی ژنتیکی که در آزمایش دی.ان.ای کاربرد دارند به شرح ذیل است.

## ۲-۳-۱. کروموزوم Y (توارث پدری)

کروموزوم Y در مردان وجود دارد و فقط از پدر به پسر منتقل می‌شود. لذا از این روش می‌توان قرابت افراد ذکور یا مردان خانواده را مشخص کرد. مثلاً رابطه عموزادگی و امثال آن است.

کروموزوم‌های جنسی در افراد مذکر و مؤنث متفاوت است. افراد ذکور حاوی یک کروموزوم X و

یک کروموزوم Y هستند لیکن افراد اناث دارای دو کروموزوم X و فاقد کروموزوم Y هستند. کروموزوم‌های X و Y از منظر ساختار فیزیکی و ژن‌های موجود بر روی آن‌ها با یکدیگر متفاوت هستند. برای شناسایی و تعیین هویت افراد، آنالیز ۱۳ جایگاه STR بر روی کروموزوم‌های غیرجنسی روشی بسیار دقیق که نتیجه آن قطعی و مطبق بر واقع است. در برخی از موارد این روش کارساز نیست و نمی‌تواند اطلاعات خاصی را ارائه دهد مانند هنگامی که نمونه یافت شده دچار تجزیه شدید شده باشد یا مقادیر آن بسیار اندک است و یا آن که نمونه علی‌رغم آن که قابل آنالیز است لیکن نتواند اطلاعاتی را در خصوص مذکر یا مؤنث بودن صاحب نمونه ارائه دهد. در چنین مواردی بررسی Y-STR یا جایگاه STR کروموزوم Y می‌تواند بسیار سودمند باشد اما این روش صرفاً می‌تواند اطلاعاتی در خصوص افراد مذکر ارائه می‌دهد. (کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۹۶).

از کاربردهای مهم کروموزوم Y اثبات یا نفی رابطه ابوت و یا رابطه خویشان ذکور پدری، مهاجرت، تابعیت، مطالعات مردم‌شناسی و الگوی پراکندگی نژادهای مختلف در ادوار مختلف تاریخ و ... است. مهم‌ترین معایب استفاده از روش Y-STR برای تعیین هویت در مقایسه با بررسی STR های غیرجنسی آن است که قدرت تمیز و تعیین هویت افراد از یکدیگر در Y-STR کم‌تر از قدرت بررسی STR کروموزوم‌های غیرجنسی است.

## ۲-۴-۳-۲. دی.ان.ای میتوکندری<sup>۱</sup>

میتوکندری اندامک داخل سلول است که دارای ماده ژنتیکی است؛ ولی ماده ژنتیکی آن توارث مادری دارد و از مادر به فرزندان (چه دختر و چه پسر) به ارث می‌رسد. پس اگر افراد دارای مادر مشترک یا جد مادری مشترک باشند دارای علائم یکسانی بر روی میتوکندریال خود خواهند بود. در واقع ژنوم میتوکندریایی موجود

در سلول هر فرد مشابه ژنوم میتوکندری مادر او است؛ چراکه میتوکندری تنها از مادر به فرزندان منتقل می‌گردد و به واسطه فرزند اناث به نسل بعدی منتقل می‌شود.

ژنوم میتوکندریایی حاوی یک حلقه است که در اصطلاح ژنتیک به آن حلقه D اطلاق می‌گردد. با تعیین توالی حلقه D و مقایسه آن می‌توان به نتیجه قطعی دست یافت. بنابراین فرزندان یک خانواده حاوی حلقه D مشابه یکدیگر، مادرشان، مادر مادرشان، خاله، دایی و فرزندان خاله است. احتمال مشابهت آن با حلقه D افراد دیگر به هیچ وجه داده نمی‌شود و بدین ترتیب می‌توان به‌طور قطع دست به اثبات یا نفی نسب

<sup>۱</sup> MtDNA (Mitochondrial DNA)

مادری و یا خویشاوندان مادری زد(توسلی و کرمانی، ۱۳۹۴: ۶۹).

ژنوم موجود در دی.ان.ای میتوکندریایی شامل ۱۶۵۶۹ جفت نوکلئوتید است که در ژنتیک قانونی برای آنالیز دی.ان.ای میتوکندریایی مناطق HV1 و HV2 مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ HV1 به‌ردیف‌هایی از نوکلئوتید اطلاق می‌گردد که شامل ۳۴۲ (از ژنوم ۱۶۰۲۴ الی ۱۶۳۶۵) جفت نوکلئوتید است؛ و HV2 شامل ۷۳ تا ۳۴۰ جفت نوکلئوتید است. از این‌رو در آزمایش‌های ژنتیکی از مجموع نوکلئوتید های دی.ان.ای میتوکندری، تنها این ۶۱۰ جفت نوکلئوتید برای تعیین توالی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

میتوکندری که نقش مهمی در تولید انرژی سلولی ایفا می‌کند حاوی ژن‌های مخصوصی هستند که روش انتقال آن از نسلی به نسل دیگر متفاوت از روش توارث ژن‌های هسته‌ای است. چراکه میتوکندری موجود در تخم لقاح یافته صرفاً شامل میتوکندری مادر است؛ از این‌رو کلیه فرزندان اعم از ذکور و اناث دارای میتوکندری کاملاً مشابه با مادر و خویشان مادری است. از این‌رو دی.ان.ای میتوکندری، تنها از طریق اولاد اناث از نسلی به نسل دیگر منتقل می‌شود(کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۹۱).

در خصوص تمام نمونه‌های بیولوژیکی نمی‌توان با استفاده از روش STR تعیین هویت نمود. لیکن از آنالیز دی.ان.ای میتوکندری در مواردی از قبیل نمونه‌های فاقد هسته یا ناکافی بودن نمونه برای تجزیه و تحلیل STR می‌توان استفاده کرد. در نمونه‌های قدیمی از قبیل دندان، مو، استخوان که فاقد سلول‌های هسته‌ای‌اند یا سلول‌های هسته‌ای آن‌ها به قدر کافی نیست نمی‌توان از آن‌ها در بررسی‌های STR مورد استفاده قرارداد؛ بلکه می‌توان از منظر دی.ان.ای میتوکندریایی مورد آنالیز قرار بگیرند. اگرچه دی.ان.ای هسته‌ای حاوی اطلاعات بیشتری در مقایسه با دی.ان.ای میتوکندریایی است لیکن صرفاً دو نسخه از دی.ان.ای هسته‌ای در هر سلول وجود دارد این در حالی است که هر سلول حاوی صدها تا هزاران نسخه از دی.ان.ای میتوکندری است.

## ۲-۵. دلایل حجیت آزمایش دی.ان.ای

برای حجیت آزمایش‌های دی.ان.ای دو دلیل بیان شده است: ۱- حجیت قطع ۲- علم عرفی در ذیل این دو دلیل بررسی می‌گردد.

### الف) حجیت قطع

اگرچه فقها فی‌نفسه برای آزمایش دی.ان.ای حجیت و اعتباری متصور نیستند و فقط در صورت حصول علم برای قاضی برای آن علم اعتبار قائل شده‌اند متنها از منظر علم ژنتیک قطعیت به دست آمده در نتیجه این آزمایش ۱۰۰ درصد یا بیش از ۹۹ درصد است؛ بنابراین اگر اطلاع و علم از چیزی در مرتبه‌ای فراتر از ظن و در وادی قطع و یقین جای گیرد به لحاظ فقهی می‌توان برای حجیت آن به حجیت ذاتی قطع تمسک



نمود.

اصولیون در کتب خود پس از ارائه تعاریفی از قطع علل حجیت آن را ذاتی دانسته‌اند. قطع در علم اصول به حالتی اطلاق می‌گردد که حالت نفسانی انسان در مرتبه یقین کامل است و در نقطه مقابل شک و ظن جای دارد؛ از این رو امکان هرگونه خطا و اشتباهی در آن وجود ندارد؛ به عبارت دیگر قطع به حالت عقلانی اطلاق می‌گردد که امکان خلاف آن صفر است. قطعیت ناشی از آزمایش دی.ان.ای جعل شده از جانب شارع مقدس نیست؛ یعنی خداوند آن را مانند ظنون معتبر و اماره‌ها به منزله واقع قرار نداده است بلکه قطعیت آن ذاتی است (محمدی، ۱۳۸۸: ۲۲۰).

بنابراین از یک سو برای چیزی که دارای قطعیت ذاتی است اثبات حجیت و اعتبار آن امری بیهوده و غیر عقلایی است و از سوی دیگر سلب اعتبار از قطع و ردع آن از جانب شارع نیز امری محال است (صابری، ۱۳۸۱: ۸۷؛ عباسی، ۱۳۸۸: ۲۵).

علاوه بر قطع ذاتی آزمایش دی.ان.ای برای اثبات حجیت آن به عدم ردع آن از جانب شارع مقدس نیز به عنوان ادله‌ی حجیت آزمایش دی.ان.ای اشاره شده است؛ چراکه اگر خداوند قطع را برای ثبوت حکم نپذیرد یا باید به آن تصریح کند یا این که اصل را بر موضوعیت ادله گذارد. از آنجایی که در اثبات نسب، ادله حاکم طریقت داشته و موضوعیت ندارند و حتی از ضعیف‌ترین ادله از قبیل قرعه نیز برای اثبات نسب بهره گرفته شده است و سایر ادله از قبیل اقرار شهادت اماره فراش نیز ظنی هستند و مطابق نصوص فقهی اماره توان ایستادگی در مقابل قطع را ندارد. از این رو اگر شارع مقدس در زمینه اثبات نسب به موضوعیت ادله توجه می‌داشت می‌بایست صریحاً راه را بر ادله‌ی قطعی مخالف آن می‌بست؛ بنابراین عدم ردع شارع برای استنباط حجیت و اعتبار این گونه آزمایش‌ها کفایت می‌نماید (یزدانی پورو همکاران، ۱۳۹۴: ۹۱).

## ب) علم عرفی

در خصوص میزان قطعیت آزمایش دی.ان.ای در نفی نسب متخصصان علم ژنتیک اذعان داشته‌اند که میزان این قطعیت ۱۰۰ درصد است اما در زمینه اثبات نسب درصدی را به عنوان احتمال خطا کسر کرده‌اند و ضریب قطعیت آن را ۹۹/۹۵ دانسته‌اند که از منظر علم ژنتیک این خطا نادیده گرفته می‌شود و خللی به اعتبار و قطعیت آن وارد نمی‌سازد. با توجه به این ضریب دقت و قطعیت نزدیک به ۱۰۰ درصد، برای اثبات حجیت آزمایش دی.ان.ای از نظر فقهی می‌توان به علم عرفی استناد نمود.

در فقه علم عرفی آن است که متعارف افراد اجتماع می‌توانند به آن دست یابند و دیگر به احتمال خطای آن توجهی نشده و برای آن حجیت و اعتبار قائل هستند؛ به عبارتی دیگر بشر علم عرفی را به منزله کاشف از واقع می‌داند. علمی هم که در حقوق و شرع برای حل مسائل و اختلافات از آن استفاده می‌شود علم عرفی است. به طریق اولی علم قطعی که در مرتبه‌ای بالاتر از علم عرفی قرار دارد باید حجیتی به مراتب

بیشتر از علم عرفی داشته باشد به فرضی هم که نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ای را ۱۰۰ درصد ندانیم و آن را ۹۹ درصد تلقی کنیم بار هم بر مبانی حجیت علم عرفی و سیره عقلا باید حجیت آن را در اثبات نسب پذیرفت (یزدانی پورو همکاران، ۱۳۹۴: ۹۲).

در خصوص میزان احتمال خطاپذیری آزمایش دی.ان.ای باید بین دو حالت قائل به تفکیک شد اگر هدف از انجام آزمایش دی.ان.ای اثبات ابوت باشد. اگر دامنه افرادی که باید آزمایش در مورد آن ها صورت پذیرد محدود باشد نتیجه آزمایش دی.ان.ای ۱۰۰ درصد منطبق با واقعیت است و اگر دامنه افراد نامحدود و شامل تمام افراد کره زمین بدانیم درصدی را به عنوان ضریب خطا از قطعیت صد درصد آن کم کرده و در این صورت نتیجه آزمایش ۹۹/۹۵ در صد منطبق با واقعیت است و از منظر علم ژنتیک این احتمال خطای ضعیف را نادیده می گیرند. اگر هدف از انجام آزمایش دی.ان.ای نفی نسب باشد نتیجه به دست آمده قطعی و خود واقعیت است. (کویلینسکی، ۱۳۸۹: ۱۷).

## فصل سوم: تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای

فراش از قواعد مشهور فقهی است مستند آن حدیث نبوی «الولد للفراش و العاهر الحجر» است. اماره فراش به عنوان یک ادله شرعی اثبات نسب، در شمار ادله سنتی به حساب می آید چراکه صبغه تاریخی آن به ۱۴۰۰ سال قبل و حدیث پیامبر عظیم الشان اسلام بازمی گردد؛ حتی برخی معتقدند که اماره فراش در زمره قواعد امضایی است و قبل از اسلام نیز میان اعراب رواج داشته است و پیامبر نیز بنا بر مصلحت‌هایی که در اجرای این قاعده بوده است آن را پذیرفته است (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۶). به موجب اماره فراش اگر الحاق نسب ولد به پدر ظاهری او مورد شبهه و تردید قرار گیرد با تحقق شرایطی نسب وی به پدر مزبور ملحق می گردد.

اماره فراش بنا بر تصریح قانون‌گذار در ماده ۱۳۲۲ ق.م. در زمره امارات قانونی است؛ به این معنا که قانون اماره فراش را دلیل بر وجود رابطه ابوت قرار داده است. در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ ق.م. شرایط لازم برای اجرای اماره فراش در خصوص طفلی که در ایام زوجیت یا پس از انحلال نکاح ولادت یافته مقرر شده است. به طور کلی برای اجرای اماره فراش حصول سه شرط الزامی است: ۱ - انعقاد نطفه در ایام زوجیت باشد ۲ - ولادت پس از سپری شدن حداقل مدت حمل باشد ۳ - ولادت قبل از انقضای حداکثر مدت حمل باشد؛ بنابراین قانون‌گذار جمیع این شرایط را اماره‌ای بر وجود رابطه ابوت در خصوص ولد که نسب او مورد شبهه و تردید واقع شده قرار داده است.

با پیشرفت‌های روزافزون دانش بشری در سده‌های اخیر برای تعیین هویت و شناسایی افراد استفاده از اثرانگشت به عنوان مدرکی مستدل رایج بود تا این که در سال ۱۹۸۵ دکتر آلک جفریس، دانشمند انگلیسی روش انگشت‌نگاری ژنتیکی را ابداع کرد؛ که این امر انقلابی مهم در تشخیص و شناسایی هویت افراد به شمار می رود.

همان‌طور که دانستیم هر دی.ان.ای شامل دو رشته مارپیچی است که یکی از پدر و دیگری از مادر به فرزندان منتقل می گردد؛ و پس از لقاح و تشکیل تخم یک سلول به وجود می آید که حاوی یک دی.ان.ای دو رشته‌ای است. دی.ان.ای خود شامل اجزای ریزتری هستند که به آن‌ها نوکلئوتید اطلاق می گردد. این نوکلئوتیدها پیوسته در طول یکدیگر تکرار می شود و یک ساختار به نام پلی نوکلئوتید را پدید می آورند. هر

رشته دی.ان.ای از یک پلی نوکلئوتید تشکیل شده است. ترتیب پشت سر هم قرار گرفتن این اجزا یا به عبارتی طول توالی تکرارهای کوتاه؛ منحصر به فرد است و از فردی به فرد دیگر متفاوت است مگر در خصوص دوقلوهای همسان که یک استثنا محسوب می‌گردد از همین رو می‌توان در آزمایش دی.ان.ای با تعیین توالی بازها در توالی‌های تکرار شده به شناسایی و تعیین هویت و رابطه وراثتی دست‌یافت (صناعی زاده، ۱۳۹۲: ۶۰).

آزمایش دی.ان.ای پیشرفته‌ترین روشی است که در تعیین تنوع ژنتیکی، کشف و مورد استفاده بشر قرار گرفته است. اساس و پایه انگشت‌نگاری ژنتیکی مبتنی بر این نظریه است که هر فردی از قطعات منحصر به فردی از دی.ان.ای برخوردار است؛ یعنی هر فردی یک اثر منحصر به فرد از دی.ان.ای را دارا است؛ که این امر موجب تمایز وی از سایر افراد است.

طول توالی تکرارهای کوتاه در افراد انحصاری و مختص به همان فرد است از همین رو احتمال وجود توالی مشابه در افراد غیر وابسته بسیار اندک (یک در هر میلیون بلیون نفر) است و در رابطه برادر و خواهری (یک در ده هزار میلیون نفر) است که از لحاظ علم ژنتیک و دانش ریاضیات تقریباً صفر محسوب می‌شود (نجاری، ۱۳۹۱: ۹۳).

این فناوری به حدی قدرتمند و پیشرفته است که این قابلیت را دارد که نقص ژنتیکی را در خصوص افرادی که حتی هزاران سال پیش فوت کرده‌اند را مورد آنالیز قرار دهد. در عین حال انگشت‌نگاری ژنتیکی تنها روش خدشه‌ناپذیر در زمینه تشخیص هویت افراد است. مزیت عمده انگشت‌نگاری ژنتیکی نسبت به انگشت‌نگاری سنتی که از شیارهای نوک انگشتان استفاده می‌شد آن است که دی.ان.ای از هر سلول بدن به استثنای گلبول‌های قرمز قابل استخراج است و برخلاف انگشت‌نگاری سنتی با عمل جراحی نیز قابل تغییر نیست چرا که امکان تغییر الگوی دی.ان.ای موجود در میلیاردها سلول عملاً وجود ندارد و در عین حال برخلاف آزمایش خون که تنها می‌توانست در زمینه انکار نسب کاربرد داشته باشد دی.ان.ای تایپینگ علاوه بر رد نسب، امکان اثبات نسب را نیز فراهم کرده است؛ به همین جهت انگشت‌نگاری دی.ان.ای روشی بسیار مناسب و دقیق در شناسایی و تعیین هویت افراد است. (صفی‌سری، ۱۳۹۶: ۲۶۳).

روز به روز بر اهمیت شواهد عینی از قبیل دی.ان.ای در تحقیقات جنایی و حل پرونده‌های حقوقی افزوده می‌گردد. این شواهد عینی برخلاف شهود انسانی بدون اغراض و گویای واقعیت است و می‌تواند موجب اثبات یا نفی نسب، شناسایی مجرمان و برائت متهمان و ... گردد؛ لیکن تا گفته نماند که این مهم زمانی ممکن است که کلیه مراحل از جمع‌آوری، ثبت و آزمایش در شرایط استاندارد صورت گرفته باشد؛ در غیر این صورت فاقد ارزش‌های لازم است از این رو علی‌رغم این که دی.ان.ای نقش بسزایی در تعیین هویت دارد اگر استانداردهای لازم مربوط به هر مرحله رعایت نشده باشد محققان پزشکی قانونی و

آزمایشگاه‌های ژنتیک نمی‌توانند با استفاده از آن هویت افراد را تعیین نمایند (توانگر، ۱۳۷۷: ۹۵).

آزمایش دی.ان.ای در زمره دستاورد و پیشرفت‌های نوین علمی است از این رو در کتب فقهای در خصوص آن بحثی به میان نیامده است. لیکن با مراجعه به متون فقهی، استنباط می‌شود که از کلیه ادله و راه‌ها برای اثبات نسب بهره گرفته شده است. برای اثبات نسب تمسک به اماره فراش به عنوان ساده‌ترین و متداول‌ترین شیوه اثبات نسب بسیار رایج بوده است؛ و در صورت فقدان هرگونه طریقی برای اثبات نسب، به قرعه تمسک شده است (پیله و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۵۱).

قانون‌گذار از مواد ۱۱۵۸ الی ۱۱۶۷ ق.م. به بحث نسب اختصاص داده است؛ لکن به وضوح تصریحی به ادله اثبات نسب نکرده است. از مواد قانون مدنی در خصوص نسب و برخی از مواد ق.آ.د.م. در مورد ادله اثبات دعوی می‌توان، اماره فراش، اقرار، امارات قضایی، شهادت و تحقیق محلی را به عنوان مهم‌ترین ادله اثبات نسب برشمرد.

در کتب فقهی نیز باب خاصی به ادله اثبات نسب اختصاص نیافته است؛ و صرفاً به اماره فراش به عنوان مهم‌ترین ادله اثبات نسب در باب نکاح تحت عنوان شروط الحاق اولاد به آن پرداخته شده است و دیگر راه‌های اثبات نسب من الجمله اقرار، شهادت و ... را باید در سایر ابواب فقهی جستجو نمود.

در حال حاضر با پیشرفت‌های علمی و متعاقب آن کشف و پی بردن به قابلیت آزمایش دی.ان.ای در تعیین هویت افراد، بحث اثبات یا رد نسب به استناد نتایج آزمایش دی.ان.ای به عنوان چالشی مهم مورد توجه پژوهشگران، دکترین و مراجع قرار گرفته است. از دیدگاه علمی نتایج حاصل از آزمایش‌های دی.ان.ای اگر در شرایط استاندارد صورت گرفته باشد دارای قطعیت ۱۰۰ درصدی یا نزدیک به آن است. با این وجود در بین حقوقدانان و فقها در خصوص حجیت و اعتبار این گونه آزمایش‌ها در اثبات و نفی نسب نزاع و اختلاف است.

### ۳-۱. حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای

از آنجایی که آزمایش دی.ان.ای یکی از دست آورده‌های نو پیدای علمی است که به عرصه فقه و حقوق نیز وارد شده است. و در حدود دو دهه پیش‌تر از عمر این فناوری ژنتیکی نمی‌گذرد؛ سابقه‌ای از آن در کتب فقهی یافت نمی‌شود. از همین رو، استفتائی از مراجع بزرگ تقلید در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش DMA به عمل آمده است. از طرف دیگر قانون نیز در این خصوص صراحتی نداشته و قانون‌گذار کماکان در همان موضع سکوت است. در ذیل ابتدا دیدگاه مراجع و سپس دیدگاه حقوقدانان در خصوص موضوع حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## دیدگاه فقهای معاصر درباره آزمایش دی.ان.ای

دیدگاه مراجع در خصوص استفاده از روش‌های های نوین علمی از قبیل آزمایش‌های دی.ان.ای به دودسته کلی قابل تقسیم است:

الف). اکثریت مراجع<sup>۱</sup> در استفتائات خود علی‌الاصول برای این آزمایش‌ها به‌عنوان ادله و مستندی مستقل قائل به حجیت نیستند؛ مگر آنکه موجب حصول علم برای قاضی شود. (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۴).

ب). در مقابل گروهی دیگر<sup>۲</sup> از فقها مطلقاً برای این آزمایش‌ها اعتبار و حجیت شرعی قائل نیستند (سادات طبائی، ۱۳۹۱: ۴۸).

علاوه بر مراجع فوق‌عده‌ای از فقهای معاصر در این خصوص بیان داشته‌اند؛ اگر این آزمایش‌های از منظر علمی به نحوی باشد که موجب حصول قطعیت و یقین گردد مطلقاً در اثبات و نفی نسب واجد حجیت است (قندهاری، ۱۴۲۴ ه. ق: ۱۲۱).

از دیدگاه فقها استنباط می‌شود که علی‌الاصول این‌گونه آزمایش‌ها نمی‌تواند به‌عنوان دلیل شرعی و مستقل در اثبات نسب تلقی نمود؛ مگر آن‌که موجب علم یا اطمینان یا ظن قوی برای قاضی در خصوص نسب شود؛ که در این صورت نیز قاضی نه بر مبنای این آزمایش‌ها بلکه بر اساس علم خود که از نتایج این‌گونه آزمایش‌ها به‌دست‌آمده است اقدام به صدور حکم و تعیین تکلیف در خصوص نسب می‌نماید. بنابراین سبب پذیرش این‌گونه آزمایش‌ها در نزد فقها، میزان دقت و قطعیت علمی بالای این‌گونه آزمایش‌ها نیست بلکه نقش آن‌ها در حصول علم برای قاضی در خصوص نسب است (یزدانی‌پورو همکاران، ۱۳۹۴: ۹۰).

---

<sup>۱</sup> آیت‌الله‌العظمی محمد فاضل لنکرانی: «اگر علم به انتساب پیدا شود طبق علم عمل می‌شود والا خیر». آیت‌الله‌العظمی لطف‌الله صافی گلپایگانی: «نسب به استناد آزمایش‌های مذکور شرعاً ثابت نمی‌شود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است و الله العالم». آیت‌الله‌العظمی حسین نوری همدانی: «اگر علم حاصل شود می‌تواند حکم به وجود نسبت کند».

آیت‌الله‌العظمی سید عبدالکریم موسوی اردبیلی: «اگر آزمایش‌های به‌قدری 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، اثبات حد زنا برای مرد نمی‌شود و تعزیر نیز نمی‌توان کرد؛ البته در مفروض سؤال مراجعه کردن به این‌گونه آزمایش‌های پزشکی جهت اثبات ادعا جایز نیست».

<sup>۲</sup> آیت‌الله‌العظمی محمدتقی بهجت: «با این آزمایش نمی‌توان نسب را اثبات کرد. ظاهراً نمی‌تواند موجب حصول علم شود، چون علم بنایی و مبنایی است نه آنکه خودش حاصل شود». آیت‌الله‌العظمی ناصر مکارم شیرازی: «این‌گونه آزمایش‌ها زنا را اثبات نمی‌کند و علم قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست و بر اساس آن نمی‌توان متهم را حد و حتی تعزیر کرد و نسب نیز با این آزمایش‌ها ثابت نمی‌شود».

## دیدگاه حقوقدانان در خصوص ارزش آزمایش دی.ان.ای

اکثر حقوقدانان در بحث ذیل اثبات نسب عنوان داشته‌اند که ادله اثبات نسب مستند به مواد ۱۲۲۲ و ۱۲۲۳ ق.م.محدود و حصری نیست و سایر ادله از جمله آزمایش ژنتیکی را مورد اشاره قرار داده‌اند. و معترض به حجیت و اعتبار آن نشده‌اند (امامی، ۲۲۱۳۷۸: a).

عده‌ای دیگر از حقوقدانان نیز علیرغم این که به آزمایش دی.ان.ای به عنوان ادله‌ای برای اثبات نسب اشاره نکرده‌اند لیکن به آزمایش خون که از لحاظ علمی به مراتب ارزش و اعتبار کم‌تر از دی.ان.ای را دارا است به عنوان اماره قضایی مورد توجه قرار داده‌اند (صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۲۴).

در برخی موارد نیز این آزمایش‌ها را در شمول کارشناسی قرار داده‌اند که میزان اعتبار و ارزش آن مستنبط از مواد ۲۴۱ و ۲۴۸ ق.آ.د.م. با قاضی دادگاه است. طی استعلامی که از اداره حقوقی قوه قضاییه در تاریخ ۱۳۷۸/۰۱/۲۴ ش به شماره ۲/۱۱۸ صورت گرفته این سؤال مطرح شده که در صورت عدم وجود بینة یا اقرار و انجام آزمایش دی.ان.ای آیا نظر پزشکی قانونی لحوق یا عدم لحوق نوزاد به متهم (به ارتکاب زنا) حجیت دارد؟ اداره کل حقوقی قوه قضاییه عمل به این آزمایش‌ها را جهت اثبات نسب مشروط بیان کرده است و به عبارتی شرط پذیرش این آزمایش‌ها را حصول علم، سکون نفس و اقناع وجدان قاضی، قرار داده است.

بنابراین مطابق آنچه در بالا بیان شد حقوقدانان با توجه به این که، معتقد به حصری بودن ادله اثبات نسب نشده‌اند؛ معترض حجیت و اعتبار این گونه آزمایش‌ها نیستند و آن را در زمره ادله علمی اثبات نسب پذیرفته‌اند. لیکن فقها و مراجع این آزمایش‌ها را به عنوان ادله مستقل نپذیرفته‌اند متنها آن را در زمره اموری قرار داده‌اند که ممکن است موجب حصول علم برای قاضی گردد و مبنای حجیت آن را علم قاضی که خود ادله‌ای مستقل محسوب شده دانسته‌اند.

بنابراین در میان حقوقدانان و دکترین در خصوص آزمایش‌های دی.ان.ای کسی به طور مطلق قائل به بی‌اعتباری آزمایش دی.ان.ای نشده است. لیکن اختلاف دیدگاه مربوط به نوع استناد به نتایج آزمایش‌های دی.ان.ای است. در حالی که گروهی از فقها همان‌طور که در بالا بررسی شد؛ به طور مطلق هیچ گونه اعتباری برای نتایج حاصل از آزمایش‌های دی.ان.ای قائل نیستند. از جمع بندی دیدگاه فقها و حقوقدانان قابل استنباط است که آزمایش دی.ان.ای در صورتی که موجب حصول علم برای قاضی باشد استناد به آن برای صدور حکم و در نتیجه رفع تنازع و تعیین تکلیف در خصوص نسب اشکالی ندارد؛ یعنی به نظر نگارنده اگر در انجام آزمایش‌های دی.ان.ای تمام استانداردها و نکات لازم رعایت و آزمایش با دقت بالا صورت پذیرد؛ نتایج حاصل از این گونه آزمایش‌ها بر سایر ادله اثباتی دارای رجحان و برتری است؛ به عبارت دیگر بر سایر ادله وارد است چراکه با قطعیت آزمایش دی.ان.ای دیگر مجرای برای سایر ادله باقی نخواهد بود.

### ۳-۲. طریقت یا موضوعیت داشتن اماره فراش و دی.ان.ای در اثبات نسب

مطابق آنچه تاکنون بیان شد اماره فراش در زمره ادله شرعی اثبات نسب است. از طرفی نیز در عصر کنونی آزمایش دی.ان.ای این امکان را فراهم ساخته است تا بتوان به‌طور قطع در خصوص نسب اظهار نظر کرد. اکنون سؤال مهم قابل طرح آن است که آیا اماره فراش در اثبات نسب طریقت داشته یا آن که موضوعیت دارد؟ به عبارتی دیگر آیا اماره فراش تنها راه ممکن برای اثبات نسب است یا آن که یکی از راهی که می‌توان با آن اثبات نسب نمود؟

اثبات نسب در زمره مسائل مهم در حوزه حقوق خانواده محسوب است که در قانون آثار مالی و غیرمالی متعددی برای آن مترتب شده است. اماره فراش ساده‌ترین و متداول‌ترین شیوه اثبات نسب از دیرباز تاکنون بوده است. مطابق این قاعده اگر در الحاق نسب ولد به شوهر زن، شبهه و تردیدی باشد با وجود شرایط اماره فراش نسب ولد مزبور به شوهر زن ملحق می‌گردد؛ از همین رو اماره فراش در زمره ادله شرعی اثبات نسب است.

در عصر کنونی با پدیده‌ای به‌عنوان آزمایش دی.ان.ای مواجه ایم؛ که از لحاظ علمی، با قطعیت بسیار بالایی می‌توان در موضوع اثبات نسب مورد استفاده قرار گیرد؛ اما با توجه به نوظهور بودن آن در کتب فقهای پیشین در خصوص حجیت و اعتبار آن در اثبات نسب نصی یافت نمی‌شود. بررسی منابع فقهی در زمینه اثبات نسب نشان‌دهنده آن است که در خصوص اثبات نسب امکان بکارگیری کلیه ادله اثباتی وجود دارد؛ حتی در مواردی هم که ادله‌ای وجود نداشته از قرعه برای اثبات نسب استفاده شده است. در کتب فقهی باب خاصی در مورد ادله اثبات نسب مشاهده نمی‌شود بلکه به‌صورت پراکنده در ابواب مختلف به این موضوع پرداخته شده است (بحرانی، ۱۴۰۵ ه ق: ۳۳۰).

از آنجایی که نصی خاصی در کتب فقهای متقدم در خصوص آزمایش دی.ان.ای وجود ندارد برای یافتن پاسخ به این پرسش که آیا آزمایش دی.ان.ای در اثبات نسب واجد حجیت و اعتبار لازم است یا خبر استفتائی از مراجع در خصوص حجیت و اعتبار این گونه آزمایش به‌عمل آمده است؛ و مراجع در پاسخ به دو گروه تقسیم می‌شوند؛ اکثریت مراجع از قبیل آیت‌الله لطف‌الله صافی گلپایگانی، آیت‌الله محمد فاضل لنکرانی، آیت‌الله سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، آیت‌الله حسین نوری همدانی، بر این عقیده‌اند که اگر این آزمایش‌ها موجب ایجاد علم برای قاضی گردد قاضی می‌تواند مطابق علم خویش اقدام کند. عده‌ای دیگر از مراجع از قبیل آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی، مطلقاً برای این گونه آزمایش‌ها حجیت و اعتباری قائل نیستند (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۶: ۴). از جمع دو دیدگاه فوق استنباط می‌گردد که مراجع مستقلاً برای آزمایش دی.ان.ای حجیتی قائل نشده‌اند بلکه تحت شرایطی آن‌هم برای علم قاضی که ناشی از این ادله است حجیت قائل شده‌اند



✓ بنابراین نظر فقها آن است که در خصوص اثبات نسب آزمایش دی.ان.ای به عنوان ادله مستقل فاقد حجیت است

قانون‌گذار در ماده ۱۲۵۸ ق.م. بدون آنکه تعریفی از ادله اثبات دعوا ارائه دهد مقرر داشته است: «دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: ۱- اقرار، ۲- اسناد کتبی، ۳- شهادت، ۴- امارات، ۵- قسم»؛ اما قانون‌گذار در ماده ۱۹۴ ق.آ.د.م. در تعریف دلیل بیان می‌دارد: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوا برای اثبات یا دفاع از دعوا به آن استناد می‌کنند.» علاوه بر مواردی که به عنوان ادله اثبات دعوی در ماده ۱۲۵۸ ق.م. مقرر شده است مطابق مواد ۲۵۷ الی ۲۶۹ ق.آ.د.م. تحقیق محلی، معاینه محل و کارشناسی نیز از منظر قانون‌گذار در شمول ادله دعوی است. از این رو استنباط می‌شود به‌طور کلی قانونی محدودیتی به لحاظ ادله قائل نشده و اصل آزادی ادله را پذیرفته است. در زمینه ادله اثبات دعوی نسب نیز قانون‌گذار به صراحت به اماره فراش در مواد ۱۱۵۸ الی ۱۱۶۰ و اقرار در ماده ۱۱۶۲ ق.م. اشاره کرده است. لیکن با توجه به آن که نص خاصی در خصوص حصری بودن ادله اثبات نسب، در قانون موضوعه پیش‌بینی نشده؛ استنباط می‌شود که از منظر قانون‌گذار اصل آزادی ادله در موضوع نسب نیز جاری و ساری است (سادات طبائی، ۱۳۹۱: ۷).

✓ بنابراین با توجه به اصل کلی آزادی ادله در نظام حقوقی ایران و فقدان نصی در خصوص حصری بودن ادله اثبات نسب، به نظر می‌رسد که قانون برای آزمایش دی.ان.ای به عنوان ادله اثبات نسب حجیت و قدرت اثباتی قائل است.

دکتر سید حسن امامی در بحث اثبات نسب، ادله اثبات نسب را به دو قسم: ۱- اماره فراش ۲- ادله دیگر تقسیم کرده است. به عقیده ایشان از یک طرف به استناد ماده ۱۳۲۳ ق.م. خلاف اماره فراش را می‌توان به وسیله هر دلیل دیگر حتی آزمایش‌ها دی.ان.ای ثابت کرد و از سوی دیگر ادله اثبات نسب منحصر به اماره فراش نیست از این رو می‌توان از سایر ادله از قبیل آزمایش‌های ژنتیکی و امارات قضایی و قرائن دیگر در اثبات نسب بهره جست. چراکه اماره‌ها به عنوان دلیلی منحصر بر امری نیستند مگر آنکه قانون تصریح نموده باشد و سایر ادله را صرفاً به عنوان قرائن مثبت تلقی کرده باشد. از آنجایی در بحث اثبات نسب قانون‌گذار صرفاً اماره فراش را به عنوان ادله اثباتی قلمداد نکرده است؛ استنباط می‌شود که اثبات نسب به وسیله ادله دیگر از قبیل آزمایش‌های دی.ان.ای نیز امکان‌پذیر است برخی دیگر از حقوقدانان نیز، آزمایش‌های ژنتیکی را در به عنوان یکی از مصادیق کارشناسی در زمره ادله اثبات دعوی نسب آورده‌اند (امامی، ۱۳۷۸: 155b؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۹: ۵۷).

بنابراین با توجه به آن که در فقه برای اثبات نسب علاوه بر فراش از سایر ادله و در مواردی نیز از قرعه استفاده شده است و هم‌چنین از جمع‌بندی دیدگاه فقها، حقوقدانان و قانون‌گذار که در بالا بررسی گردید به نظر می‌رسد که ادله اثبات نسب حصری نیست بلکه با سایر ادله از قبیل آزمایش دی.ان.ای نیز می‌توان به

اثبات نسب پرداخت از این رو اماره فراش در اثبات نسب ادله حصری نبوده و موضوعیت ندارد بلکه اماره فراش یکی از ادله و روش‌هایی است که برای اثبات نسب می‌توان به آن تمسک نمود.

بنا بر عقیده نگارنده در عصر کنونی مهم‌ترین ادله اثبات نسب بلا تردید آزمایش دی.ان.ای است و توجیه عقلانی ندارد؛ وقتی قرعه را که امری است مبتنی بر احتمالات و شانس، اماره فراش را که صرفاً بر حسب غلبه و ظاهر دلیل بر انتساب است و امکان دارد واقعیت، کاملاً چیز دیگری باشد را بدون هیچ‌گونه اختلاف به عنوان ادله اثبات نسب پذیرفته شود آن وقت آزمایش دی.ان.ای با آن همه قطعیت و دقت ۱۰۰ درصدی در حجیت و اعتبار آن اختلاف باشد. از این رو اجتهاد فقها و تلاش حقوقدانان در گذشته که این گونه امور علمی و تخصص در دسترس نبوده است درخور تقدیر و ستایش است آن‌ها در آن شرایط چاره‌ای جز تمسک به اماره فراش در موارد شک در الحاق نسب نداشته‌اند اما آیا بشر امروزی نیز مجبور است که قطع ناشی از نتایج آزمایش دی.ان.ای را رها سازد و به ظن و گمان ناشی از قواعد سنتی تمسک کند؟ خیر امروزه نظر کارشناسی و تخصص چیزی است که قاضی باید به آن استناد نماید. از این رو به عقیده نگارنده در بین ادله اثبات نسب نه تنها باید در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای تردید نداشت بلکه این آزمایش از بیشترین حجیت و اعتبار لازم برخوردار است.

توجه به این نکته ضروری است که اماره فراش تنها ادله اثبات نسب نیست و به منظور ثبات زندگی خانوادگی و حفظ عفت رابطه زناشویی در فقه و تبع آن ق.م. اصل آزادی ادله را در این زمینه پذیرفته است و قائل به حصری بودن ادله خاصی برای اثبات نسب نشده است و از این رو اثبات نسب محدود به اماره فراش نیست. به عبارتی دقیق‌تر در الحاق نسب طفل به زوج شرعی اماره فراش موضوعیت نداشته و طریقت دارد به این معنا که اماره فراش از جمله راه‌های اثبات و الحاق نسب ولد به شوهر زن است لکن تنها راه ممکن نیست. در وسائل الشیعه آمده است: مردی نزد پیامبر آمد و بیان داشت همسرم را که در هنگام آمیزش با وی عزل منی کردم فرزندی را به دنیا آورده است و پیامبر در پاسخ فرمودند: گاهی بند مشک رها می‌شود و آن فرزند را به وی ملحق نمود و این حدیث کنایه از آن است که گاهی منی وارد رحم زن می‌شود منتهی مرد از آن بی‌اطلاع است. از این حدیث پیامبر استنباط می‌شود اماره فراش موضوعیت ندارد بلکه طریقتی برای اثبات نسب است، چراکه اگر اماره فراش موضوعیت داشت یقین و عدم یقین به آمیزش در آن دخالتی نداشت (عاملی، ۱۴۰۹ ه ق: ۳۷۸).

### ۳-۳. تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای

در برخی مواقع ممکن است که مقتضیات لازم برای اجرای اماره فراش فراهم باشد و به استناد اماره فراش نسب ولد به پدر ظاهری وی منسوب گردد اما نتایج آزمایش دی.ان.ای حاکی از فقدان رابطه ابوت باشد

همان‌طور که دانستیم اگر نسب ولدی مورد شبهه و تردید قرار گیرد در صورت حصول سه شرط ۱ - انعقاد نطفه در ایام علقه زوجیت ۲ - ولادت طفل پس از انقضای حداقل مدت حمل ۳ - ولادت طفل قبل از سپری شدن حداکثر مدت حمل، مقتضیات لازم برای اجرای اماره فراش فراهم است و به استناد این قاعده فقهی نسب ولد مزبور به شوهر زن ملحق می‌گردد. از طرف دیگر آزمایش دی.ان.ای در عصر کنونی دقیق‌ترین روش برای اثبات و نفی نسب افراد محسوب می‌شود به نحوی که از منظر علم ژنتیک قطعیت آن در نفی نسب ۱۰۰ درصد و در خصوص اثبات نسب اگر دامنه افرادی که باید از آن‌ها آزمایش گرفته شود محدود باشد قطعیت آن ۱۰۰ درصد است و اگر دامنه این افراد نامحدود باشد و بخواهیم یک احتمال جهانی را در نظر بگیریم درصدی را به عنوان احتمال خطا کسر می‌شود با این وجود قطعیت آن بیش از ۹۹ درصد است.

اگر مقتضیات لازم برای اعمال اماره فراش مهیا باشد نسب ولدی که مورد شبهه و تردید قرار گرفته است به استناد اماره فراش به شوهر ملحق می‌شود و در نتیجه رابطه ابوت ثابت می‌شود حال اگر نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ای وجود این رابطه ابوت را رد نماید در این صورت بین اماره فراش و آزمایش دی.ان.ای تعارض به وجود می‌آید.

سؤال اصلی این پژوهش نیز بررسی امکان تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای است تا مشخص گردد آیا امکان تعارض میان آن‌ها وجود دارد؟ و در فرض امکان تعارض تقدم با کدام یک از اماره فراش یا آزمایش دی.ان.ای است؟

در بررسی تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای ابتدا نکات ذیل باید مورد توجه قرار گردد

۱- با توجه وضع قوانین کنونی قضات محاکم در پذیرش نظریه‌های کارشناسان ملزم‌اند یا مخیرند؟ کارشناسی راهی برای کشف واقع در امور واحد جنبه فنی و تخصصی است. قانون‌گذار از مواد ۲۵۷ الی ۲۶۹ ق.آ.د.م یا در سایر قوانین عنوانی را به موضوع کارشناسی اختصاص داده است. برای پاسخ به این سؤال از دیدگاه قانون‌گذار می‌توان به مفهوم مخالف ماده ۲۶۵ ق.آ.د.م استناد کرد، مستفاد از این ماده صرفاً در موردی که نتیجه کارشناسی با اوضاع و احوال مسلم مطابقت نداشته باشد؛ محاکم می‌توانند به آن ترتیب اثر ندهند از مفهوم مخالف انتهای ماده استنباط می‌شود که در سایر حالات محاکم نمی‌توانند نظریه کارشناسان را نادیده بگیرند. از این رو محاکم نمی‌توانند پس از ارجاع امور واجد جنبه فنی و تخصصی به کارشناسی و وصول نظریه کارشناسی در قبال آن بی‌اعتنا باشد بویژه در مورد نظریه کارشناسی در موضوعاتی که در نزد اهل خبره و متخصص قطعی و همراه با حصول علم است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۳۰). اگرچه داده‌های علمی خطاپذیر هستند اما مادام که این خطا به اثبات نرسیده است معتبر هستند از این رو اگر بخواهیم نظریه کارشناس (آزمایش دی.ان.ای) را نادیده بگیریم همان بهتر است که از ابتدا از کارشناس در این خصوص اظهار نظر طلب نماییم.

۲- همان‌طور که بررسی گردید امکان مشابهت الگوی ژنتیکی افراد بسیار کم و تقریباً صفر است اما زمانی می‌توان بر این مدعا صحه گذاشت که آزمایش مربوط در شرایط استاندارد آن صورت گرفته باشد؛ بنابراین نتایج حاصل از این آزمایش‌ها بدون ملاحظه و محاسبه خطای کارشناسی یا ابزارهای آزمایشی نمی‌تواند موجب حصول علم و یقین گردد و نمی‌تواند مستند آرای محاکم در پرونده‌های مربوط به آن باشد. از این‌رو بحث تعارض مربوط به زمانی است که آزمایش دی.ان.ای در شرایطی کاملاً استاندارد صورت گرفته باشد.

۳- مجرای اماره فراش مربوط به زمان شبهه و تردید است؛ از این‌رو در صورت علم و قطع برخلاف اماره فراش دیگر موضوع اماره فراش که همان شک در نسب است با علم و یقین منتفی می‌گردد و مجرای برای تمسک به این قاعده باقی نخواهد ماند.

در موضوع تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای در وهله نخست به نظر می‌رسد که با وجود قطعیت آزمایش دی.ان.ای اماره فراش جایگاه پیشین خود را از دست داده است و باید آن را در زمره قواعد متروک و بلااستفاده قرار داد؛ اما واقعیت امر آن است که مراجع و فقها معاصر برای این‌گونه آزمایش‌ها حجیت و اعتباری مستقل قائل نیستند و آن را به‌عنوان ادله‌ای مستقل برای اثبات یا نفی نسب قلمداد نمی‌کنند؛ بلکه آن را در زمره مواردی قرار داده‌اند که ممکن است موجب حصول علم و سکون نفس برای قاضی گردد. بدین ترتیب، در خصوص امکان تعارض میان اماره فراش با نتایج حاصل از آزمایش‌های دی.ان.ای اختلاف دیدگاه وجود دارد. عده‌ای بر این عقیده‌اند که امکان تعارض میان اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای به‌واسطه فقدان حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای منتفی است و در نتیجه تقدم با اماره فراش است. عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند که آزمایش دی.ان.ای اگر موجب علم و اقناع وجدان شود قاضی می‌تواند حسب علم خود اقدام کند. عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند که مجرای اماره فراش شک در الحاق یا عدم الحاق نسب ولد به زوج است؛ از این‌رو با انجام آزمایش دی.ان.ای و حصول علم و یقین، شک منتفی می‌شود و دیگر مجرای برای اماره فراش باقی نخواهد ماند؛ که در ادامه سه دیدگاه بررسی می‌گردد

#### ۱. عدم امکان تعارض و تقدم اماره فراش

عده‌ای بر این عقیده‌اند که آزمایش‌های دی.ان.ای به علت فقدان اعتبار و حجیت نمی‌تواند با اماره فراش تعارضی داشته باشد و از این‌رو اماره فراش را مقدم می‌دانند. آیت‌الله میرزا جواد تبریزی<sup>۱</sup> و آیت‌الله صافی گلپایگانی<sup>۲</sup> در این دسته جای می‌گیرند (نوبهارو همکاران، ۱۳۹۶: ۴).

به باور این دسته شرایط لازم برای تحقق تعارض وجود ندارد؛ زیرا برای تحقق تعارض لازم است دو طرف

<sup>۱</sup> آزمایش و تجزیه خون و امثال آن‌ها فاقد اعتبار است.

<sup>۲</sup> در فرض تعارض ترجیح فقط با امارات شرعی است..

تعارض یکسان و برابر باشد مانند آن که دو دلیل با یکدیگر تعارض نمایند؛ این درحالی که آزمایش دی.ان.ای نه در زمره اماره قانونی است و نه در زمره اماره قضایی بلکه یک نظریه کارشناسی است. از این رو بحث تعارض میان اماره فراش به عنوان یک دلیل با کارشناسی منتفی است؛ از این روست که آیت الله صافی گلپایگانی به صراحت معتقد است: در فرض تعارض ترجیح فقط با امارات شرعیه است؛ در حقوق نیز می توان با استناد به ماده ۲۶۵ ق.آ.د.م. این دیدگاه را تقویت کرد؛ زیرا مفاد ماده ۲۶۵ مزبور ناظر به عدم توان مقابله نظریه کارشناس (آزمایش دی.ان.ای) با اماره فراش است. مطابق این ماده قاضی مخیر است از نظر کارشناسی که مخالف اوضاع و احوال است مسلم و معلوم مورد قضیه است چشم پوشی نماید.

در انتقاد از دیدگاه فوق بیان شده است که اگر دیدگاه فوق را بپذیریم نتیجه آن کنار گذاشتن آزمایش دی.ان.ای به واسطه فقدان توان مقابله آن با اماره فراش است که این امر عقلاً صحیح و قابل توجیه نیست و در نتیجه نمی توان به آزمایش دی.ان.ای ترتیب اثر داد بلکه بنا بر مورد و شرایط می توان به این آزمایش تمسک کرد؛ حتی اگر شرایط لازم برای اجرای اماره فراش فراهم باشد. (نوبهارو همکاران، ۱۳۹۶: ۳۱).

**(در رای شماره ۳ آرا محاکم)** که در گفتار بعدی به آن پرداخته خواهد شد استدلال شده است که اگر الحاق طفل به فراش و شوهر، شرعاً و قانوناً ثابت باشد نیاز به دلیل ندارد و نفی ولد نیز جز به لعان ممکن نیست و نظریه پزشکی قانونی و آزمایش های ژنتیکی در این مورد حجیت ندارد به علاوه در ما نحن فیه اساساً به لحاظ انقضاء مدت دوماهه اطلاع شوهر از تولد طفل حسب مفاد ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی قابل استماع نبوده و باید دادگاه قرار عدم استماع صادر نماید.

**(در رای شماره ۷ آرا محاکم)** که در گفتار بعدی به آن پرداخته خواهد شد استدلال شده است که با صرف نظر از عدم قطعیت نظریه های علوم تجربی و ابطال پذیری آنها نتیجه این آزمایش خود از موارد تهمت محسوب می شود که محکوم به قاعده فراش است چراکه در غیر این صورت تعطیلی این قاعده فقهی لازم می آید که از امارات مهم و معتبر شرعی است و لذا در این خواسته نیز ارجاع امر به آزمایش دی.ان.ای هم از باب اولویت و هم از باب محکومیت به قاعده معتبر به سببی حاکم در موضوع و منتفی بودن مورد آن مردود است

## ۲. امکان تعارض در صورت حصول علم و اقناع وجدان برای قاضی

برخی نیز از قبیل آیت الله سید علی حسینی سیستانی<sup>۱</sup>، آیت الله گلپایگانی<sup>۲</sup> معتقدند اگر آزمایش دی.ان.ای

<sup>۱</sup> تنها با طریق قطعی ترجیح داده می شود و لکن حد زنا با آن ثابت نمی شود و برای قضاوت باید به گونه ای باشد که اجتهاد شخص در آن اعمال گردد.

<sup>۲</sup> اگر در نتیجه آزمایش دی.ان.ای علمی حاصل گردد بر اساس آن علم عمل می شود.

موجب حصول علم برای قاضی شود با توجه به آنکه علم قاضی معتبر و حجیت دارد می‌تواند حسب علم خود عمل نماید.

به عقیده نگاره در این فرض تیز بحث تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای منتفی است؛ چراکه فقها به اتفاق برای نتایج این‌گونه آزمایش‌ها مستقلاً حجیت و اعتباری قائل نشده‌اند بلکه علم قاضی که از نتایج این آزمایش‌ها ناشی شده است را واجد حجیت می‌دانند. از این رو اگر تعارضی هم باشد این تعارض میان علم قاضی با اماره فراش است و موضوع تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای در این فرض منتفی است.

### ۳- امکان تعارض و تقدم آزمایش دی.ان.ای

عده‌ای هم چون آیت‌الله بهجت<sup>۱</sup>، آیت‌الله خویی<sup>۲</sup> و آیت‌الله خمینی<sup>۳</sup> بر این عقیده‌اند که مجرای اماره فراش شک در الحاق یا عدم الحاق نسب ولد به زوج است از این رو با انجام آزمایش دی.ان.ای و حصول علم و یقین، شک منتفی می‌شود و دیگر مجرای برای اماره فراش باقی نخواهد ماند. قانون مدنی نیز فراش در زمره اماره قانونی آورده است و مستفاد از ماده ۱۳۲۲ ق.م. قانون‌گذار برای اماره فراش تا آنجایی قائل به حجیت است که دلیلی معتبر خلاف آن موجود نباشد. از همین رو در صورتی که به واسطه آزمایش‌های ژنتیکی خلاف اماره فراش اثبات گردد اعتبار اماره فراش که صرفاً دلیلی ظنی و کاشف از واقع است به واسطه آزمایش دی.ان.ای که دلیلی یقینی‌تر و خود واقع است از میان خواهد رفت. در واقع آزمایش دی.ان.ای وارد بر اماره فراش است و موضوع اماره فراش را که عدم علم است با آزمایش از بین می‌رود. در نتیجه موضوعی باقی نمی‌ماند. از این رو مادامی که مطابق نظریه کارشناسی (آزمایش دی.ان.ای) شکی در انتساب نیست و یقین به نسب واقعی ولد داریم دیگر مجرای برای جریان اماره فراش باقی نمی‌ماند (نوبهارو همکاران، ۱۳۹۶: ۴۲).

بنا بر عقیده نگارنده در این فرض نیز بحث تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای منتفی است؛ چراکه از شرایط لازم برای تحقق تعارض برابری دو طرف متعارض است. به‌طور کلی تعارض میان دو امری یقینی محال است مانند آن که یقین داشته باشیم که الف فرزند ب است و درعین حال یقین داشته باشیم الف فرزند ج است. تعارض میان دو ظن ممکن است مانند آن که دو اماره فراش با یکدیگر تعارض نماید لیکن تعارض

<sup>۱</sup> اماره فراش تا آن هنگام واجد اعتبار و حجیت است که علمی خلاف آن موجود نباشد.

<sup>۲</sup> موارد شک است که اماره فراش جاری می‌گردد فلذا اگر علم حاصل گردد که نطفه ولد از شوهر نیست قطعاً آن طفل به زوج ملحق نمی‌گردد.

<sup>۳</sup> اگر نطفه شوهر به نحوی از انحا به زن منتقل نشده باشد یقیناً نه تنها آن ولد به زوج ملحق نمی‌گردد بلکه نفی ولد مزبور از جانب شوهر واجب شرعی است

میان یقین و ظن نیز ممکن نیست؛ چراکه باوجود یقین دیگر شکی باقی نمی‌ماند که بحث تعارض پدید آید. از این استدلال نتیجه گرفته می‌شود؛ که امکان تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای منتفی است چراکه نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ای قطعی است و تردیدی در خصوص آن وجود ندارد؛ درحالی‌که اماره فراش صرفاً یک ظن و گمان است که قانون‌گذار در موارد شبهه و تردید در خصوص نسب ولد برحسب غلبه دلیل بر وجود رابطه ابوت قرار داده است. ازاین‌رو یا یقین و قطعیتی که از آزمایش دی.ان.ای حاصل می‌گردد دیگر شبهه‌ای در خصوص نسب ولد باقی نمی‌ماند تا به اماره فراش برای الحاق نسب وی به شوهر زن تمسک شود؛ عبارت دیگر آزمایش دی.ان.ای موضوع اماره فراش را که شک در نسب است را از بین می‌برد و موضوعی برای استناد به اماره فراش باقی نمی‌ماند و به‌اصطلاح اصولی آزمایش دی.ان.ای بر اماره فراش وارد است.

**(در رای شماره ۸ آرا محاکم)** که در گفتار بعدی به آن پرداخته خواهد شد؛ دادگاه بدوی به استناد این که در تقدم اماره یا آزمایش، اعتبار اماره تا زمانی است که دلیلی بر خلاف آن نباشد و با توجه به این که خلاف اماره قابل اثبات است؛ بنابراین موضوع اماره را ظن و موضوع آزمایش را علم دانسته و آزمایش را وارد بر اماره دانسته است.

### ۳-۴. آرای محاکم

درحال حاضر با پیشرفت‌های علمی و متعاقب آن کشف و پی بردن به قابلیت آزمایش دی.ان.ای در تعیین هویت افراد، بحث اثبات یا رد نسب به استناد نتایج آزمایش دی.ان.ای به‌عنوان چالشی مهم موردتوجه پژوهشگران، دکترین و مراجع قرارگرفته است. از دیدگاه علمی نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ای اگر در شرایط استاندارد صورت گرفته باشد دارای قطعیت ۱۰۰ درصدی یا نزدیک به آن است. بااین‌وجود در بین حقوقدانان و فقها در خصوص حجیت و اعتبار این‌گونه آزمایش‌ها در اثبات و نفی نسب نزاع و اختلاف است.

این اختلافات به رویه قضایی نیز سرایت کرده و موجب تشتت آرا در محاکم ایران شده است؛ بدین‌صورت که در فرض تعارض مابین اماره فراش با نتایج حاصل از آزمایش‌های دی.ان.ای برخی از محاکم ترجیح را با اماره فراش دانسته و بر اساس آن رأی می‌دهند لیکن برخی دیگر از محاکم نیز ارجحیت را با آزمایش دی.ان.ای می‌دانند. در ذیل تعدادی از آرای محاکم که در آن تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای مشهود است موردبررسی قرار خواهد گرفت بدین‌صورت که در ابتدا خلاصه جریان پرونده مطرح و سپس در انتهای هر یک از آرا نقد مختصری از رأی صادره ارائه خواهد شد

۱. تعارض قاعده فراش و آزمایش دی.ان.ای شماره رأی نهایی: (۹۱۰۹۹۷۰۹۰۶۸۰۱۰۷۱)

## نقد رأی

خواسته دعوی صدور حکم بر انتساب ولد به خواننده است. در این دعوی خواهان مدعی وجود علقه زوجیت موقت با خواننده دعوی و ولادت طفل در ایام زوجیت است. و اظهار داشته است که خواننده علی‌رغم اطلاع از ولادت طفل مزبور در مهلت مقرر قانونی (۱۱۶۲ ق.م.) اقدام به نفی ولد نکرده است. در جریان رسیدگی دادگاه موضوع را به کارشناسی جهت انجام آزمایش دی.ان.ای ارجاع می‌دهد و متعاقباً گزارش پزشکی قانونی حاکی از فقدان رابطه ابوت است. وکیل خواهان نسبت به نتیجه آزمایش معترض است و مدعی است که تمامی شرایط لازم برای اجرای اماره فراش فراهم است و ادامه اظهار می‌دارد که در این پرونده با توجه به فراخ بودن مقتضیات لازم برای اجرای اماره فراش از یکسو و از سوی دیگر عدم نفی ولد در مهلت مقرر دلیلی برای تمسک به آزمایش دی.ان.ای وجود ندارد. در مقابل خواهان به نتایج آزمایش دی.ان.ای که حاکی از فقدان رابطه ابوت است استناد می‌نماید و اظهار می‌دارد که نمی‌توانم فرزندی را که منتسب به من نیست را پذیرا باشم.

دادگاه پس از اعلام ختم رسیدگی با توجه به محتویات پرونده و استعلام‌های واصل شده از مراکز پزشکی قانونی که حاکی از فقدان رابطه ابوت میان فرزند خواهان، با خواننده، انکار رابطه ابوت از جانب خواننده و نظر به این‌که تنها دلیل مدعی خواهان اماره فراش است و اماره فراش آن هنگام پذیرفته است که اوضاع و احوال برخلاف آن نباشد که در این پرونده با توجه به آزمایش دی.ان.ای که خلاف اماره است و شک در انساب را از میان برداشته است ادعای خواهان را مردود دانسته و حکم بر بطلان دعوی صادر می‌نماید.

خواهان مبادرت به تجدیدنظرخواهی می‌کند. دادگاه تجدیدنظر با توجه به محتویات پرونده از قبیل فراهم بودن شرایط اجرای اماره فراش، پذیرش ولد از جانب تجدیدنظر خواننده در وادی امر، پرداخت مخارج زایمان، ثبت مشخصات تجدیدنظر خواننده در گواهی در گواهی ولادت طفل، اقدام جهت تنظیم قبالة نامه عادی نکاح، عدم ارائه ادله‌ای دایر بر رابطه تجدیدنظرخواه با دیگری و عدم نفی ولد در مهلت مقرر قانونی دادگاه مورد را تابع اماره فراش دانسته و با صرف نظر از نتیجه آزمایش دی.ان.ای رأی به انتساب ولد مزبور به تجدیدنظر خواننده صادر می‌کند.

تجدیدنظر خواننده اقدام به فرجام‌خواهی از رأی صادره می‌کند. دیوان عالی کشور با توجه به محتویات پرونده نظر دادگاه تجدیدنظر را موجه دانسته و با لحاظ اماره فراش رأی دادگاه تجدید در خصوص الحاق ولد مزبور به فرجام‌خواه را ابرام می‌نماید.

بنابراین:



➤ دادگاه بدوی (شعبه ۱۸ دادگاه عمومی اصفهان) با توجه به محتویات پرونده و به استناد سه فقره آزمایش دی.ان.ای که حاکی از فقدان رابطه ابوت میان ولد و خواننده است حکم به بطلان دعوی خواهان صادر می‌کند.

➤ دادگاه تجدیدنظر (شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان) با توجه به محتویات پرونده با لحاظ قاعده فراش و صرف نظر از نتیجه آزمایش دی.ان.ای حکم به الحاق نسب به خواننده بدوی را صادر می‌کند.

➤ دیوان عالی کشور (شعبه ۱۸ دیوان) با توجه به محتویات پرونده با لحاظ اماره فراش اقدام به ابرام رأی دادگاه تجدیدنظر دایر بر الحاق نسب ولد به خواننده بدوی را صادر می‌نماید.

• نتیجه: از رای فهمیده می‌شود اگر آزمایش دی.ان.ای مسبوق به اقرار مغایر آزمایش دی.ان.ای باشد و نیز اوضاع و احوال مخالف آزمایش دی.ان.ای باشد؛ نتیجه آزمایش قابل رد است و از این جهت آزمایش را دادگاه در حد اماره تلقی کرده است که خلاف آن قابل اثبات است.

۲). تعارض میان قاعده فراش و آزمایش دی.ان.ای (شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۰۷۰)

## نقد رأی

خواسته دعوی صدور حکم به انتساب ولد به خواننده است. خواهان مدعی وجود علقه زوجیت موقت و مشترک بودن ولد است و وکیل خواننده در مقام دفاع از این ادعا اظهار می‌دارد که موکل اصل وجود رابطه زوجیت با خواهان را قبول دارد لیکن تاریخی که خواننده برای ازدواج بیان کرده است را قبول ندارد و از این رو ولد مزبور را متعلق به خود نمی‌داند؛ و برای روشن شدن موضوع تقاضای انجام آزمایش دی.ان.ای دارد.

بدون آن که آزمایشی صورت پذیرد دادگاه با توجه به محتویات پرونده با این استدلال که خواننده به وجود عقد نکاح اقرار کرده است و به استناد اماره فراش حکم به الحاق نسب ولد مزبور به خواننده را صادر می‌نماید

خواننده مبادرت به تجدیدنظرخواهی از صادره می‌نماید. در این مرحله تجدیدنظرخواه با ارائه مدرکی مدعی است که در آن برهه زمانی تجدیدنظر خواننده در عده طلاق شخص دیگری بوده فلذا نسب ولد مزبور باید به شوهر سابق زن ملحق گردد. دادگاه تجدیدنظر مبادرت به ارجاع امر به کارشناسی می‌نماید. نتیجه واصل شده از مرکز پزشکی قانونی حاکی از فقدان رابطه ابوت میان ولد مزبور و خواننده بدوی است. دادگاه تجدیدنظر با توجه به محتویات پرونده و به استناد نتیجه آزمایش دی.ان.ای رأی دادگاه بدوی را نقض و حکم به بطلان دعوی خواهان صادر می‌نماید

در مهلت مقرر تجدیدنظر خواننده مبادرت به فرجام‌خواهی از رأی دادگاه بدوی می‌نماید. فرجام‌خواه ضمن

ملحق دانستن نسب ولد مزبور به خواننده بدوی و اعتراض به نتیجه آزمایش دی.ان.ای اظهار می‌دارد که نتیجه آزمایش دی.ان.ای به وی ابلاغ نشده است تا بتواند نسب به آن اعتراض لازم را به عمل آورد. شعبه دیوان با توجه به محتویات پرونده با این استدلال که اماره فراش بر آزمایش دی.ان.ای مقدم است مبادرت به نقض رأی می‌نماید

بنابراین:

➤ دادگاه بدوی (شعبه ۴۳ دادگاه عمومی مشهد) با توجه به محتویات پرونده با استناد به اماره فراش ادعای خواهان را موجه تشخیص داده و مبادرت به صدور رأی دال بر الحاق نسب ولد به خواننده را صادر می‌نماید

➤ دادگاه تجدیدنظر (شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر استان خراسان رضوی) با توجه به محتویات پرونده به استناد نتیجه آزمایش دی.ان.ای که حاکی از فقدان رابطه ابوت میان ولد و خواننده بدوی است مبادرت به صدور بر بطلان دعوی می‌نماید

➤ دیوان عالی کشور (شعبه ۲۶ دیوان) با توجه به محتویات پرونده به واسطه نقصان تحقیقات و تقدم اماره فراش بر آزمایش دی.ان.ای رأی فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید

• نتیجه: مظر پزشکی قانونی در حد یک کارشناسی است و قاطع دعوا نیست؛ بنابراین اماره مقدم بر کارشناسی است.

۳. اعتبار قاعده فراش (شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۲۶۰)

### نقد رأی

خواسته دعوی صدور حکم مبنی بر نفی ولد است. در این دعوی خواهان مدعی است با توجه به پرونده کیفری خواننده که حاکی از داشتن رابطه نامشروع است نسبت به تعلق ولد به خودش مشکوک است. از این رو تقاضای انجام آزمایش دی.ان.ای را می‌نماید و متعاقب آن دادگاه اقدام به ارجاع به پزشکی قانونی جهت انجام آزمایش دی.ان.ای می‌نماید. نتایج واصل شده از مراکز پزشکی قانونی حاکی از فقدان رابطه ابوت میان خواهان با ولد مزبور است. از همین رو دادگاه با توجه به محتویات پرونده به استناد نتیجه آزمایش دی.ان.ای ادعای خواهان در خصوص نفی ولد را وارد تشخیص داده و حکم بر نفی ابوت صادر می‌نماید.

خواننده اقدام به تجدیدنظرخواهی در ظرف مهلت مقرر قانونی می‌نماید. دادگاه تجدیدنظر اعتراض تجدیدنظرخواه را وارد تشخیص نداده و با توجه به محتویات پرونده مبادرت به تأیید رأی دادگاه بدوی می‌کند

تجدیدنظرخواه ضمن فرجام‌خواهی مدعی است که دعوی نفی ولد در ظرف مهلت مقرر قانونی صورت

نپذیرفته است و نظریه پزشکی قانونی در خصوص آزمایش دی.ان.ای به وی ابلاغ نشده است تا بتواند اقدامات لازم را به عمل آورد.

دیوان اعتراض فرجام خواه را وارد تشخیص داده و با توجه به محتویات پرونده به استناد اماره فراش و عدم نفی ولد در ظرف مهلت مقرر قانونی نسب طفل را ملحق به خواهان بدوی دانسته و رأی فرجام خواهی را نقض می کند

بنابراین:

➤ دادگاه بدوی با توجه به محتویات پرونده به استناد آزمایش دی.ان.ای ادعای خواهان را وارد تشخیص داده و حکم بر نفی ابوت صادر می کند

➤ دادگاه تجدیدنظر با توجه به محتویات پرونده رأی دادگاه بدوی را که به استناد آزمایش دی.ان.ای صادر شده را موجه تشخیص داده و مبادرت به تأیید رأی دادگاه بدوی می نماید

➤ دیوان عالی کشور با توجه به محتویات پرونده به استناد اماره فراش و عدم نفی ولد در ظرف مهلت مقرر قانونی ولد مزبور را ملحق به خواهان بدوی دانسته و اقدام به نقض رأی فرجام خواهی می کند

۴. نفی نسب با دلایل قطعی پزشکی (شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۶۰۰۲۰۵)

#### نقد رأی

خواسته دعوی صدور حکم بر نفی ولد است. خواهان به استناد نتایج آزمایش دی.ان.ای که راسا انجام داده است مدعی فقدان رابطه ابوت است. وکیل خواننده در دفاعیه خود اظهار می دارد که آزمایش های مزبور با ارجاع و استعلام قبلی دادگاه صورت نپذیرفته است و از سوی دیگر نتایج این آزمایش ها قطعی نیست و در آن احتمال خطا و اشتباه وجود دارد و با استناد به اماره فراش و عدم نفی ولد در ظرف مهلت مقرر قانونی (۱۱۶۲ ق.م.) تقاضای رد دعوی را دارد و وکیل خواهان از دادگاه تقاضای انجام آزمایش دی.ان.ای برای روشن شدن موضوع می نماید که متعاقب آن دادگاه قرار ارجاع امر به کارشناسی جهت انجام آزمایش دی.ان.ای را صادر می نماید.

نتیجه آزمایش دی.ان.ای حاکی از فقدان رابطه ابوت است که این نظریه مورد اعتراض خواننده واقع می گردد و پیرو این اعتراض امر به کمیسیون پزشکی ارجاع می گردد. کمیسیون مزبور اظهار می دارد که در این پرونده قطعاً رابطه ابوت منتفی است و این آزمایش قطعی بوده و احتمال اشتباه و خطا در آن منتفی است. متعاقباً وکیل خواننده به استناد اماره فراش و عدم نفی ولد در بازده قانونی مقرر تقاضای رد دعوی را می نماید.

دادگاه با اعلام این رسیدگی با توجه به محتویات پرونده و با استناد به اماره فراش و عدم نفی ولد در مهلت مقرر قانونی با صرف نظر از نظریه پزشکی قانونی و کمیسیون پزشکی که با انجام آزمایش دی.ان.ای اظهار داشته اند امکان وجود رابطه ابوت منتفی است حکم بر بطلان دعوی خواهان را صادر می نماید.

وکیل خواهان اقدام به تجدیدنظرخواهی از رأی صادره می‌نماید. دادگاه تجدید پس از انجام اقدامات لازم با توجه به محتویات پرونده استدلال دادگاه بدوی را موجه تشخیص داده و رأی دادگاه بدوی را تأیید می‌نماید... وکیل خواهان بدوی مبادرت به فرجام‌خواهی در قبال رأی صادره می‌کند. دیوان عالی کشور فرجام‌خواهی مزبور را موجه تشخیص می‌دهد و با توجه به محتویات پرونده و به استناد قطعیت آزمایش دی.ان.ای رأی فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید

بنابراین:

➤ دادگاه بدوی (شعبه ۱۹ دادگاه عمومی اصفهان) با توجه به محتویات پرونده به استناد اماره فراش و عدم نفی ولد در ظرف مهلت قانونی مقرر و صرف‌نظر از نتیجه آزمایش دی.ان.ای واصل شده از مرکز پزشکی قانونی و متعاقب آن کمیسیون پزشکی ادعا خواهان را مردود تشخیص داده و مبادرت به صدور رأی بر رد دعوی می‌نماید.

➤ دادگاه تجدیدنظر (شعبه ۹ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان) با توجه به محتویات پرونده با پذیرش استدلال دادگاه بدوی مبادرت به تأیید رأی دادگاه بدوی می‌کند

➤ دیوان عالی کشور (شعبه ۴۱ دیوان) با توجه به محتویات پرونده به استناد قطعیت آزمایش دی.ان.ای که دیگر مجرای برای تمسک به اماره فراش در پرونده مزبور باقی نمی‌گذارد رأی فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید.

## ۵. دعوی اثبات نسب

### نقد رأی

خواسته دعوی صدور حکم به انتساب ولد به خواننده است. شاکی در این پرونده مدعی است که متهم به وی تجاوز کرده است و از وی باردار است. متهم این ادعا را رد می‌کند و متعاقباً از شاکی، متهم و طفل مزبور آزمایش دی.ان.ای گرفته می‌شود که نتیجه آن حاکی از فقدان رابطه ابوت میان متهم و ولد مزبور است. دادگاه با توجه به محتویات پرونده و نتیجه آزمایش دی.ان.ای که حاکی از فقدان رابطه ابوت است و عدم وجود ادله دیگر حکم بر برائت متهم صادر می‌نماید.

حکم مزبور مورد فرجام‌خواهی شاکی قرار گرفته و مدعی است که از جانب متهم مورد تجاوز قرار گرفته است و ممکن است که نتایج آزمایش مزبور اشتباه باشد. دیوان با توجه به محتویات پرونده تحقیقات را ناقص دانسته و اظهار می‌دارد ه اولاً رسیدگی به دعوی مزبور (انتساب نسب) باید در محاکم حقوق صورت پذیرد و ثانیاً به صرف آزمایش دی.ان.ای که نافی رابطه ابوت است موجب منتفی شدن ادعای تجاوز به عنف نیست؛ و مبادرت به نقض رأی فرجام‌خواسته می‌کند.

بنابراین:

➤ دادگاه بدوی (شعبه ۱۶ دادگاه کیفری یک) با توجه به محتویات پرونده به استناد آزمایش دی.ان.ای و فقدان ادله دیگر حکم بر براءت متهم صادر می‌کند

➤ شعبه دیوان عالی کشور با توجه به محتویات پرونده با این استدلال که منتفی بودن رابطه ابوت به استناد آزمایش دی.ان.ای نافی ادعای تجاوز به عنف نیست رأی فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید.

۶). ارزش اثباتی آزمایش دی.ان.ای در دعوای نفی نسب (شماره رأی نهایی: ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۶۳۴)

### نقد رأی

خواسته دعوی مطروحه نفی نسب و اثبات فرزندخواندگی خوانده است. خواهان مدعی هستند که خوانده فرزند حقیقی متوفی نیست بلکه فرزندخوانده اوست. در دفاع از این ادعا وکیل خوانده اظهار می‌دارد که موکله او حاصل ازدواج مرحوم با همسر اولش است از این رو با استناد به اماره فراش نسب وی به آن مرحوم ملحق است و مرحوم نیز در ایام حیات هیچ موقع مدعی نفی ولد نبوده است و همواره وی از فرزند خود معرفی کرده است از این موکله وی در شمار ورثه است و تقاضای رد دعوی مزبور را دارد.

دادگاه با ختم رسیدگی با توجه به محتویات پرونده به استناد آزمایش دی.ان.ای که حاکی از فقدان رابطه ابوت مابین خوانده و متوفی است ادعای خواهان‌ها را وارد تشخیص داده و رأی به عدم انتساب خوانده به متوفی را صادر می‌نماید.

وکیل خوانده از رأی صادره تجدیدنظرخواهی می‌کند. در این مرحله نیز آزمایش دی.ان.ای تکرار می‌سود و نتیجه آن کماکان فقدان رابطه ابوت میان خوانده بدوی و مرحوم است. دادگاه تجدیدنظر با توجه به محتویات پرونده و با چشم‌پوشی از نتایج آزمایش دی.ان.ای و با توجه به مدافعات تجدیدنظرخواه رأی دادگاه بدوی را نقض و حکم بر بطلان دعوی صادر می‌نماید

در ظرف مهلت قانونی از رأی صادره تقاضای فرجام‌خواهی می‌گردد دیوان با توجه به محتویات پرونده همانند دادگاه تجدیدنظر به استناد سند سجلی خوانده بدوی که در آن اسم مرحوم به‌عنوان پدر وی قید شده است و سایر ادله موجود و مدافعات و صرف‌نظر از نتیجه آزمایش دی.ان.ای رأی فرجام‌خواسته را ابرام می‌کند

۷). تعارض آزمایش دی.ان.ای با اماره فراش (شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۲۴۰۱۸۴۶)

### نقد رأی

خواسته دعوی نفی نسب از خوانده است و وکیل خواهان مدعی است که خواندگان فرزند عمومی متوفی آن‌ها نیست و از آنجایی که مرحوم ورثه‌ای ندارد؛ خواهان‌ها به‌عنوان برادرزاده متوفی ورثه محسوب شده و تقاضای نفی نسب از خواندگان را دارد. در مقام دفاع از مدعای فوق وکیل خوانده اظهار می‌دارد که خوانده‌ها در ایام زوجیت متوفی متولد شده‌اند و متوفی در ایام حیات هیچ موقع مدعی نفی ولد نبوده است. دادگاه با توجه به محتویات پرونده از یک طرف با توجه به اسناد سجلی خوانده‌ها که مطابق قانون در زمره

اسناد رسمی محسوب شده و کماکان نیز خدشه‌ای به اعتبار آن وارد نشده است را دلیلی بر اماره قانونی فراش دانسته است و از طرف دیگر عدم نفی ولد از جانب مرحوم در ایام حیات و بدون آن‌که موضوع جهت انجام آزمایش دی.ان.ای برای روشن موضوع به مراکز پزشکی قانونی ارجاع دهد؛ دعوی خواهان را وارد تشخیص نداده و حکم بطلان آن را صادر می‌نماید.

رأی صادره مورد تجدیدنظرخواهی خواهان واقع می‌گردد و دادگاه تجدیدنظر نیز بدون ارجاع امر به پزشکی قانونی جهت انجام آزمایش دی.ان.ای متعاقباً رأی دادگاه بدوی را تائید می‌نماید.

بنابراین:

➤ دادگاه بدوی (شعبه ۲۷ دادگاه عمومی تهران) با توجه به محتویات پرونده و بدون ارجاع امر به پزشکی قانونی جهت انجام آزمایش دی.ان.ای وجود اسناد سجلی را دلیلی بر جریان اماره فراش قلمداد نموده و با توجه به عدم نفی ولد در ایام حیات متوفی دعوی نفی نسب را مرود اعلام می‌کند

➤ دادگاه تجدیدنظر (شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر تهران) با توجه به محتویات پرونده و به‌مانند دادگاه بدوی بدون ارجاع امر به پزشکی قانونی جهت انجام آزمایش دی.ان.ای رأی دادگاه بدوی را تائید می‌نماید.

۸. اعتبار اماره فراش (شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۲۱۴۹)

## نقد رأی

خواسته دعوی مطروحه صدور حکم مبنی بر نفی نسب است. خواهان‌ها مدعی‌اند که ولد مزبور فرزند خواهر متوفی آن‌ها نیست و از این رو خواهان نفی نسب از ولد مزبور هستند دادگاه موضوع را جهت انجام آزمایش دی.ان.ای به پزشکی قانونی ارجاع می‌دهد. متعاقباً از خاله، دایی و ولد مزبور آزمایش دی.ان.ای گرفته می‌شود. نتیجه واصل شده حاکی از فقدان رابطه نسبی میان خواهان‌ها با ولد مزبور است.

دادگاه با توجه به محتویات پرونده حسب آن‌که آزمایش دی.ان.ای انتساب ولد به خواهان‌ها را رد کرده است علم به انتفای وجود رابطه نسبی حاصل کرده و ادعای خواهان‌ها را وارد تشخیص داده و حکم بر نفی نسب صادر می‌کند.

رأی صادره مورد تجدیدنظرخواهی قرار می‌گیرد. دادگاه تجدیدنظر با توجه به محتویات پرونده به استناد نتیجه آزمایش دی.ان.ای که حاکی از فقدان قرابت نسبی میان خواهان‌ها با ولد مزبور است؛ تجدیدنظرخواهی از وارد ندانسته و رأی دادگاه بدوی را تائید می‌نماید.

دادگاه بدوی به استناد این که در تقدم اماره یا آزمایش اعتبار اماره تا زمانی است که دلیلی بر خلاف آن نباشد و با توجه به این که خلاف اماره قابل اثبات است؛ بنابراین موضوع اماره را ظن و موضوع آزمایش را علم دانسته است

۹. تفسیر اماره فراش (شماره رأی نهایی: ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۱۰۱۴۰۲)

### نقد رأی

خواسته دعوی مطروحه صدور حکم مبنی بر نفی ولد است. خواهان مدعی نفی ولد است منتها دادگاه به علت محکمه‌پسند ندانستن ادله‌ی ابرازی خواهان و از طرفی نیز عدم نفی ولد در ظرف مهلت مقرر قانونی از جانب خواهان ادعای خواهان را مردود و حکم به بطلان آن صادر می‌کند.

از این رأی تجدیدنظرخواهی می‌شود

دادگاه تجدیدنظر تجدیدنظرخواهی را وارد تشخیص می‌دهد و برای روشن شدن قضیه امر به پزشکی قانونی جهت انجام آزمایش‌های لازم ارجاع می‌دهد. نتایج واصل‌شده از مرکز پزشکی قانونی حاکی از آن است که خواهان نمی‌تواند پدر ولد مزبور بوده باشد. از این رو دادگاه تجدیدنظر با توجه به محتویات پرونده ضمن نقض رأی دادگاه بدوی، حکم بر نفی ولد را صادر می‌کند

از رأی مزبور فرجام‌خواهی می‌شود و دیوان با توجه به محتویات پرونده صرف‌نظر از نتیجه پزشکی قانونی با توجه به عدم نفی ولد در ظرف مهلت مقرر، دعوی نفی ولد مزبور را مسموع ندانسته و رأی فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید

بنابراین:

➤ دادگاه بدوی (شعبه ۲۵۸ دادگاه عمومی تهران) با توجه به محتویات پرونده، از یک طرف ادله خواهان را موجه و محکمه‌پسند ندانسته است و از سوی دیگر به علت طرح دعوی نفی ولد در خارج از مهلت مقرر قانونی حکم بر بطلان دعوی صادر کرده است.

➤ دادگاه تجدیدنظر استان (شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) با توجه به محتویات پرونده به استناد نتایج واصل‌شده از مرکز پزشکی قانونی و صرف‌نظر از اماره فراش و طرح دعوی در مهلت مقرر قانونی رأی دادگاه بدوی را نقض و رأی بر نفی ولد صادر می‌نماید

➤ دیوان عالی کشور (شعبه ۱۸ دیوان) با توجه به محتویات پرونده به استناد آن‌که دعوی نفی ولد در خارج از مهلت مقرر قانونی صورت گرفته است و صرف‌نظر از نتایج واصل‌شده از مراکز پزشکی قانونی، رأی فرجام‌خواسته را نقض می‌نماید.

بررسی آرا محاکم گواه این مطلب است که برخی از قضات کماکان تمام‌قد وابسته به فقه ۱۴۰۰ سال پیش بوده و در مقابل این‌همه پیشرفت مقاومت و از آن چشم‌پوشی می‌کنند و برخی از قضات نیز با توجه به اینکه فقه در هر زمان باید پویا باشد به استناد این آزمایش‌ها اقدام به صدور رأی می‌نمایند. از جمع بندی آرا چند نکته زیر به دست می‌آید که مربوط به آیین رسیدگی است:

۱. دعوی نفی ولد باید از سوی ذینفع (زوج یا زوجه) اقامه شود بنابراین اگر سوی بقیه اقامه شود

قابلیت رسیدگی ندارد

۲). دعوی نفی ولد باید ظرف دو ماه اقامه شود.

۳). در دعوی نفی ولد تکلیف شناسامه هم باید معلوم شود که سند رسمی است.

امروزه پزشکی قانونی و مراکز آزمایشگاهی در حل و فصل بسیاری از مسائل حقوقی و کیفری نقشی بی به بدیل و انکارناپذیر دارند. آمارهای منتشرشده از جانب مراکز پزشکی قانونی حاکی از ارجاعات بسیار فراوان دستگاه قضایی به مراجع پزشکی قانونی برای اظهارنظر کارشناسانه است. با این وجود بررسی به عمل آمده نشان دهنده آن است که قضات الزامی در پذیرش اظهارات کارشناسان و متخصصان ندارند و این امر موجب برخورد سلیقه‌ی قضات و اختیار آن‌ها در پذیرش یا نادیده گرفتن ادله‌ی علمی از قبیل آزمایش دی.ان.ای شده است؛

این امر ناشی از خلأ و سکوت قانونی در این زمینه است که موجب شده تا سیستم قضایی ایران با شبهات و تردیدهای گوناگونی مواجه شود از جمله

- چرا با وجود آنکه در امور فنی و تخصصی تبعیت از نظر اهل خبره و کارشناس از لحاظ عرفی و سیره عقلا امری ضروری است جنین الزامی در بین قضات در قبال نتایج آزمایش دی.ان.ای که گویای واقعیت است وجود ندارد؟

- مگر نه آنکه مطابق ماده ۲۶۵ ق.آ.د.م. صرفاً در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد دادگاه به آن ترتیب اثر نمی‌دهد حال چرا علیرغم این همه قطعیت و دقت در نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ای در رویه قضایی با پدیده‌ای به عنوان برخورد سلیقه‌ی قضات مواجه ایم و گاهی به سادگی از نتایج آزمایش دی.ان.ای چشم‌پوشی کرده و به قواعدی تمسک می‌جویند که به نظر می‌رسد که دیگر دوران آن‌ها به سر آمده است؟

- با توجه به تخصصی شدن امور در عصر کنونی، کارشناسی و تبعیت از نظر کارشناسی از ملزومات حیاتی برای کشف واقع و رسیدن به عدالت در امور حقوقی و کیفری است و تنها نظر کارشناس باید از سوی کارشناسی با درجه علمی بالاتر رد شود نه از جانب قضاتی که در آن حیطه از اطلاع و دانش لازم برخوردار نیستند حال آیا در عدم الزام قضات در پذیرش نظر کارشناسی توجیه عقلانی قابل مشاهده است؟

مقصر ردیف اول در این مورد قانون‌گذار است که علی‌رغم این همه پیشرفت‌های روزافزون علمی اقدامی در جهت اصلاح مواد قانونی و به‌روز کردن آن‌ها نکرده و کماکان در موضع سکوت به سر می‌برد. در قطعیت و یقین آور بودن آزمایش‌های دی.ان.ای جای هیچ‌گونه شبهه و تردیدی از منظر علمی وجود ندارد لیکن آنچه



می‌تواند این سکوت قانون‌گذار و متعاقباً برخورد سلیقه‌ی قضات و اختیار آن‌ها در بها دادن یا ندادن به نتایج آزمایش‌دی.ان‌ای را توجیه نماید تأثیرپذیری شدید قانون و قانون‌گذار ایران از اصول و قواعد فقهی است چراکه از منظر شرعی اماره فراش مقدم بر آزمایش‌دی.ان‌ای است تا به اذعان خودشان ثبات نظام خانواده حفظ و تداوم یابد؛ اما به‌راستی علت این‌همه مقاومت در مقابل این دستاورد شگفت‌انگیز علمی که گویای حقایق است و تمسک به قواعدی سنتی که ممکن است در بهترین حالت صرفاً کاشفیتی از واقع داشته باشد علی‌رغم ادعا به داشتن فقهی پویا چیست؟

## نتیجه‌گیری

از آنجایی که نسب در زمره یکی از مسائل مهم در حیطه حقوق خانواده است از دیرباز بحث اثبات نسب مورد توجه جوامع مختلف از قدیم تاکنون بوده است و هرکدام نیز برای اثبات نسب به روش‌ها و فنونی تمسک جست‌ه‌اند به‌عنوان مثال در بادی امر برای شناسایی و تشخیص هویت ویژگی‌های شکلی و ظاهری افراد ملاک عمل بوده است. به‌مرور زمان با شکل‌گیری نظام‌های حقوقی اولیه جوامع بر آن شدند که قواعد و مقرراتی را به‌عنوان ادله اثبات نسب در قوانین خود پیش‌بینی نمایند. همچنان که اماره فراش در حدود ۱۴۰۰ سال پیش به‌عنوان ادله‌ای برای اثبات نسب جعل گردید که از دیرباز تاکنون در زمره یکی از متداول‌ترین شیوه‌های اثبات نسب قرار دارد.

با شروع پیشرفت‌های علمی، بشر به این موضوع واقف گردید که از عوامل زیستی می‌توان به‌عنوان ادله‌ای علمی در موضوع اثبات نسب بهره جست از همین رو با پی بردن به دانش انگشت‌نگاری سنتی (خطوط سرانگشتان) که در دوران خود انقلابی بزرگ تلقی می‌شد و به‌واسطه‌ی منحصربه‌فرد بودن اثرانگشت این قابلیت را به دست داد تا بتوان با بهره‌گیری از آن به شناسایی مجرمان و تبرئه بی‌گناهان پرداخت. این روش اگرچه گامی مؤثر در شناسایی افراد از طریق ادله علمی محسوب می‌شود اما با این ایراد مواجه است که در صورت از بین رفتن خطوط انگشتان بر اثر عوامل مختلف دیگر نمی‌توان از این روش بهره گرفت.

اندکی بعد بشر به دانش گروه‌های خونی پی برد این روش امکانی را فراهم ساخت تا بتوان به‌طور دقیق پیش‌بینی کرد که از یک پدر و مادر با گروه‌های خونی مشخص فرزندی با چه گروه خونی می‌تواند یا نمی‌تواند متولد شود. در حال حاضر به اذعان دانشمندان نتایج حاصل از بررسی گروه‌های خونی برای نفی نسب قطعی است لیکن با این روش نمی‌توان به‌طور قطع اثبات نسب نمود چراکه در سراسر جهان ممکن است که میلیون‌ها نفر گروه خونی مشابه داشته باشند.

پیشرفته‌ترین روش علمی شناخته‌شده که در حیطه شناسایی و تعیین هویت کارایی زیادی دارد انگشت‌نگاری ژنتیکی یا همان آزمایش‌دی.ان‌ای است. همان‌طور که اثرانگشت هر شخص مختص و

منحصر به خود اوست الگوی ژنتیکی دی.ان.ای هر شخصی نیز مختص به خود اوست و همین امر موجب شده است تا در کنار کاربردهای متعددی که این روش دارد بتوان از این روش هم در زمینه اثبات نسب و هم در خصوص نفی نسب بهره جست. بنا بر اذعان و اتفاق دانشمندان علم ژنتیک، نتایج حاصل از آزمایش دی.ان.ایاگر در شرایط استاندارد صورت گرفته باشد قطعی و منطبق با واقعیت موجود است.

با توجه به همبستگی شدیدی که میان فقه و نظام حقوقی ایران وجود دارد قانون‌گذار فراش را تحت عنوان اماره‌ای قانونی دلیل بر اثبات نسب قرار داده است به این صورت که اگر در الحاق نسب ولدی به پدر ظاهری وی شبهه و تردیدی باشد با فراهم بودن شرایط سه‌گانه فراش قانون‌گذار آن را اماره‌ای بر وجود رابطه ابوت قرار داده است.

در خصوص طریقت یا موضوعیت داشتن اماره فراش باید اذعان داشت که اماره فراش در اثبات نسب طریقت دارد چراکه از یک‌طرف بررسی منابع فقهی حاکی از آن است که در خصوص اثبات نسب امکان بکارگیری کلیه ادله‌ی اثباتی وجود دارد حتی در موارد فقدان ادله از قرعه برای اثبات نسب استفاده شده است. از سوی دیگر با توجه به آن‌که نص خاصی در مورد حصری بودن ادله اثبات نسب به اماره فراش در قانون موضوعه پیش‌بینی نشده است استنباط می‌شود که از منظر قانون‌گذار اصل آزادی ادله در موضوع نسب جاری و ساری است. به عبارت دیگر دلیل تلقی شدن اماره در برخی امور دلالت بر منحصر بودن دلیل آن امر به اماره نیست مگر آن‌که قانون تصریح نموده باشد و سایر ادله را صرفاً به‌عنوان قرائن مثبت تلقی کرده باشد؛ از آنجایی که در بحث اثبات نسب قانون‌گذار صرفاً اماره فراش را به‌عنوان ادله اثباتی قلمداد نکرده است؛ استنباط می‌شود که اثبات نسب به وسیله سایر ادله امکان پذیر است بنابراین با توجه به آن‌که اماره فراش در اثبات نسب موضوعیت نداشته بلکه صرفاً طریقی برای اثبات نسب است باید قائل به حجیت و اعتبار سایر ادله از قبیل آزمایش دی.ان.ایدر اثبات نسب بود.

در خصوص امکان تعارض اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای دیدگاه‌های ذیل مطرح شده است:

۱ - گروهی بر این عقیده‌اند که آزمایش دی.ان.ای مجرای اماره فراش که همان شک در انتساب است را از بین می‌برد و از این‌رو دیگر مجرای برای تمسک به اماره فراش باقی نخواهد ماند

۲ - نیز معتقدند به علت فقدان اعتبار و حجیت آزمایش دی.ان.ای به‌عنوان ادله‌ای مستقل در اثبات یا نفی نسب بحث تعارض آن با اماره فراش به‌عنوان ادله‌ای دیگر نمود پیدا کند

۳- برخی نیز رویه میانه‌ای را در پیش گرفته‌اند و برای هیچ‌کدام تقدمی قائل نشده‌اند و معتقدند که بسته به مورد ممکن یکی از آن‌ها مقدم شود دز واقع این گروه آزمایش دی.ان.ای را در زمره مواردی دانسته‌اند که ممکن است موجب حصول برای قاضی گردد که این صورت قاضی می‌تواند حسب علم خود اقدام کند

پس از هر منظر که به تقابل اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای بنگریم بحث تعارض این دو منتفی است؛ زیرا

اگر آزمایش دی.ان.ای را فاقد اعتبار تلقی نماییم تعارض آن با اماره فراش که در خصوص اعتبار و حجیت آن تردیدی نیست منتفی است چراکه برای تعارض لازم است هر دو لیل واجد حجیت و اعتبار باشد اگر اماره فراش را در زمره اموری تلقی نماییم که ممکن است باعث حصول برای قاضی گردد بازهم بحث تعارض میان آزمایش دی.ان.ای با اماره فراش منتفی است چراکه اگر تعارضی هم باشد میان علم قاضی و اماره فراش است.

اگر قائل به اعتبار و حجیت برای آزمایش دی.ان.ای باشیم در این صورت نیز موضوع تعارض میان اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای منتفی است؛ چراکه محل اجرای اماره فراش شک در انتساب ولد به پدر ظاهری وی است و با آزمایش دی.ان.ای که قطعی و یقینی است این شک برطرف و موضوع اماره فراش منتفی می‌گردد. فراش در قانون مدنی در زمره امارات است که اعتبار آن تا هنگامی است که دلیلی معتبر خلاف آن موجود نباشد از همین رو در صورتی که به واسطه آزمایش‌های ژنتیکی خلاف اماره فراش اثبات گردد اعتبار اماره فراش که صرفاً دلیلی ظنی و کاشف از واقع است به علت دلیل قوی‌تر و یقینی‌تر که همان نتایج آزمایش دی.ان.ای است از میان می‌رود. بنابراین در تمامی فروض فوق تعارض میان اماره فراش با آزمایش دی.ان.ای منتفی است.

حال اگر بخواهیم یکی از آن‌ها را گزینش نماییم بدون تردید باید انتخاب نخست آزمایش دی.ان.ای باشد بنا بر عقیده نگارنده در عصر کنونی مهم‌ترین ادله اثبات نسب بالاترید آزمایش دی.ان.ای است و توجیه عقلانی ندارد؛ وقتی قرعه را که امری است مبتنی بر احتمالات و شانس، اماره فراش را که صرفاً برحسب غلبه و ظاهر دلیل بر انتساب است و امکان دارد واقعیت، کاملاً چیز دیگری باشد را بدون هیچ‌گونه اختلاف به‌عنوان ادله اثبات نسب پذیرفته شود آن وقت آزمایش دی.ان.ای با آن‌همه قطعیت و دقت ۱۰۰ درصدی در حجیت و اعتبار آن اختلاف باشد.

از این رو اجتهاد فقها و تلاش حقوقدانان در گذشته که این‌گونه امور علمی و تخصص در دسترس نبوده است درخور تقدیر و ستایش است آن‌ها در آن شرایط چاره‌ای جز تمسک به اماره فراش در موارد شک در الحاق نسب نداشته‌اند اما آیا بشر امروزی نیز مجبور است که قطع ناشی از نتایج آزمایش دی.ان.ای را رها سازد و به ظن و گمان ناشی از قواعد سنتی تمسک کند؟ خیر امروزه نظر کارشناسی و تخصص چیزی است که قاضی باید به آن استناد نماید. از این رو به عقیده نگارنده در بین ادله اثبات نسب نه تنها باید در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای تردید نداشت بلکه این آزمایش از بیشترین حجیت و اعتبار لازم برخوردار است.

به راستی آیا وقت آن فرانسیده است که ساختار شکنی نماییم و به جای رجوع به فقه ۱۴۰۰ ساله تلاش شود تا فقه را به روزرسانی نماییم؟ مگر نه آن‌که ما مدعی داشتن فقهی پویا هستیم پس لازم است در عمل این ادعا

را ثابت نماییم نه آن‌که در سطح گفتار و شعار ادعای داشتن فقهی پویانماییم و با همان فقه در مقابل دستاوردهای نوین که دقیق و قطعی هستند قد علم نماییم. راستی اگر امام صادق (ع) در این عصر می‌زیست کدام یک از اماره فراش یا آزمایش دی.ان.ای را برمی‌گزید؟

در این پژوهش چندین رای از محاکم موردبررسی قرار گرفت؛ آنچه مشهود است تشتت آرا در بین محاکم است که به نظر می‌رسد ناشی از دو علت سکوت قانون و اختلاف دیدگاهی موجود در خصوص حجیت و اعتبار آزمایش دی.ان.ای است.

از همین رو پیشنهاد می‌گردد که قانون گذرا از موضع سکوت برون آید و موضع خود را در قبال پذیرش یا عدم پذیرش آزمایش دی.ان.ای در قالب اصلاح مواد قانونی مربوطه مشخص سازد یا با صدور رای وحدت رویه از جانب دیوان عالی کشور به این اختلافات و برخورد سلیقه‌ی قضات پایان بدهد

پیشنهاد می‌گردد با توجه به قطعیت بالای آزمایش دی.ان.ای قانون‌گذار با اصلاح مواد مربوط آن را در زمره ادله اثباتی دعاوی نسب قرار دهد.

## منابع

- اصفهانى مجلسى اول، محمد تقى (۱۴۰۶ ه ق). روضه المتقين فى شرح من لا يحضره الفقيه (شماره ۹). قم: موسسه فرهنگى اسلامى كوشانپور.
- امامى سيدحسن (۱۳۷۸ه ق). حقوق مدنى (شماره ۶). تهران: انتشارات اسلاميه.
- (۱۳۷۸). حقوق مدنى (شماره ۵). تهران: انتشارات اسلاميه.
- ايروانى باقر (۱۴۲۶ ه ق). دروس تمهيديه فى القواعد الفقيهيه (شماره ۲). قم: دار الفقه للطباعه و النشر.
- بجنوردى سيد حسن بن آقا بزرگ موسوى (۱۴۱۹ ه ق). القواعد الفقهيه (شماره ۴). قم: نشر الهادى.
- بحرانى آل عصفوره، يوسف بن احمد بن ابراهيم (۱۴۰۵ ه ق). الحدائق الناضره فى أحكام العتره الطاهره (شماره ۲۵). قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- بغدادى مفيد، محمد بن نعمان عكبرى (۱۴۱۳ ه ق). المقنعه. قم: كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد - رحمت الله عليه.
- پيله اعظم؛ علوى قزوینى سيدعلی و رضیئى علی (۱۳۹۲). بررسى حجیت آزمایش دی ان ای (DNA) در نفى نسب. حقوق خصوصى، ۲۲ (۱۰)، ۱۵۸-۱۳۹.
- تبریزی جعفر سبحانی (۱۴۱۱ ه ق). نظام النكاح فى الشریعة الإسلامیه الغراء (شماره ۲). قم: موسسه آل البيت عليهم السلام.
- توانگر حمیدرضا (۱۳۷۷). کاربردهای آزمایش DNA در پزشکی قانونی &#171؛ نمونه بردارى و نگهدارى نمونه ها &#187;. پزشکی قانونی ایران، ۱۵ (۴)، ۸۱-۹۷.
- توسلى زهرا و کرمانى نجمه (۱۳۹۴). بررسى تطبيقى انكار نسب در حقوق ايران و فقه اماميه. تحقيقات جديد در علوم انسانی، ۵ (۱)، ۵۱-۸۰.
- توفیقى حسن؛ حسینیان مقدم حسین؛ ناجى معصومه؛ لشکرى زهرا؛ نیکبخت دهکردى افروز و نمازى هادى (۱۳۷۸). کارآیى DNA Typing به عنوان روشى قطعى در تعیین رابطه نسبیت. پزشکی قانونی ایران، ۱۸ (۵)، ۹-۱۲.
- توکلى سعید (۱۳۸۴). جایگاه امارات در مسیر دادرسی. دادرسی، ۴۹ (۹)، ۲۱-۱۵.
- حائرى سيد علی بن محمد طباطبایى (۱۴۱۸ ه ق). رياض المسائل فى تحقیق الأحكام بالدلائل (ط - الحدیثه) (شماره ۱۲). قم: موسسه آل البيت عليهم السلام.
- حلبى ابن زهره، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ ه ق). غنیة النزوع إلى علمى الأصول و الفروع. قم: موسسه امام صادق عليهم السلام.
- حلبى ابوصلاح، تقى الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ ه ق). الكافى فى الفقه. اصفهان: کتابخانه عمومى امام امير

المومنین علیهم السلام.

حلی ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ ه ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی (شماره ۳). قم  
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ ه ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام (شماره  
۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

حلی یحیی بن سعید (۱۴۰۵ ه ق). الجامع الشرائع. قم: موسسه سید الشهداء العلمیه.  
خاوری هوشنگ (۱۳۹۴). توارث عمومی. تهران: انتشارات آسیا.

خراسانی حسین وحید (۱۴۲۸ ه ق). منهاج الصالحین (شماره ۳). قم: مدرسه امام باقر علیهم السلام.

خمینی سید روح الله موسوی (۱۴۰۹ ه ق). تحریر الوسیله (شماره ۲). قم: موسسه مطبوعات دار العلم.

خمینی سید روح الله موسوی، مترجم: اسلامی، اسلامی (۱۴۲۵ ه ق). تحریر الوسیله - ترجمه (شماره ۳). قم:  
دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

خوانساری سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ ه ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع (شماره ۴). قم:  
موسسه اسماعیلیان.

زاهدیان مجتبی و رضائیا طنز (۱۳۹۴). چالش های اثبات نسب از طریق اماره فراش در روش های کمک  
باروری. وکیل مدافع، ۱۴ (۴)، ۵۳-۷۳.

زنجانی سید موسی شیری (۱۴۱۹ ه ق). کتاب نکاح (شماره ۶). قم: مؤسسه پژوهشی رای پرداز.

سادات طبائی مهشید (۱۳۹۱). نقش آزمایش های DNA و ۱۷۱# دی. ان. ای & ۱۸۷#؛ در اثبات نسب از دیدگاه فقه  
امامیه و حقوق ایران. فقه و حقوق خانواده، ۵۶ (۱۷)، ۴۹-۷۴.

سالارزایی امیرحمزه؛ رعیتی حیدرآبادی راضیه و عابدی رضا (۱۳۹۵). ارزشیابی آرای قضایی مبتنی بر داده  
های آزمایشگاهی نسبت به سایر ادله. فقه پزشکی، ۲۶-۲۷ (۸)، ۱۰۹-۱۳۶.

سبزواری سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ ه ق). مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام (شماره ۲۵). قم: موسسه  
المنار.

سجادیان عبدالله (۱۳۸۹). کاربرد بیومولکول DNA در پرونده های قضایی. کارآگاه، ۱۳ (۴)، ۱۴۶-۱۶۴.  
شاهرودی سید محمود هاشمی (۱۴۲۶ ه ق). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام (شماره ۲۵).

قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

شریف مرتضی علی بن حسن موسوی (۱۴۱۵ ه ق). الانتصار فی انفرادات الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی  
وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

شیرازی سید صادق حسینی (۱۴۲۵ ه ق). التعلیقات علی شرائع الاسلام (شماره ۱). قم: انتشارات استقلال.

شیرازی قدرت الله و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیم السلام (۱۴۲۹ ه ق). موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها (شماره ۳). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.

شیرزاد جلال (۱۳۸۵). پلیس و پزشکی قانونی. تهران: انتشارات دانشگاه علوم انتظامی.

صابری حسین (۱۳۸۱). عقل و استنباط فقهی. مشهد: بنیاد پژوهشهای آستان قدس.

صادقی مرتضی و صبوری علی رضا (۱۳۹۳). بررسی میزان اعتبار مارکرهای خونی در تشخیص هویت انسان با انگشت نگاری DNA. دانش و تندرستی، ۲۹ (۹)، ۴۳-۴۷.

صفایی و امامی سیدحسن، اسدالله (۱۳۸۹). مختصر حقوق خانواده. تهران: میزان.

صفری حسین (۱۳۹۶). DNA قاعده فراش و شناسایی با آزمایش تهران: انتشارات قوه قضاییه.

صمدی مله سعید (۱۳۸۴). ظهور "دی ان ای"؛ تحولی شگرف در سیستم قضایی دنیا. دادرسی، ۴۹ (۹)، ۴۶-۵۳.

صناعی زاده حسین (۱۳۹۲). پزشکی قانونی. تهران: نشر دادگستر.

طاهری حبیب الله (۱۴۱۸ ه ق). حقوق مدنی (شماره ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طرابلسی ابن براج، قاضی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ ق م). المهذب (شماره ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی ابو جعفر محمد بن حسن (۱۳۸۷ ه ق). المبسوط فی فقه الإمامیه (شماره ۵). تهران: المکتبه المرتضویه.

(۱۴۰۰ ه ق). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت-لبنان: دار الکتب العربی.

(۱۴۰۷). تهذیب الأحکام (شماره ۸). تهران: دار الکتب الاسلامیه.

(۱۴۰۷ ه ق). الخلاف (شماره ۵). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

عاملی حر، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه ق). تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه (شماره ۲۱). قم: موسسه آل بیت علیهم السلام.

عاملی شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ ه ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام (شماره ۸). قم: موسسه المعادف الاسلامیه.

عباسی محمد مسعود (۱۳۸۸). ترجمه و شرح کفایه الاصول. قم: دارالفکر.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهری اسدی (۱۴۱۰ ه ق). إرشاد الأذهان الی أحكام الایمان (شماره ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلی حسن بن یوسف بن مطهری اسدی (۱۴۲۰ ه ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب

- الإمامية (ط - الحديثه) (شماره ۴). قم: موسسه امام صادق عليهم السلام.
- قندهاری محمد آصف محسنی (۱۴۲۴ ه ق). الفقه و مسائل طبيه (شماره ۲). قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامي حوزه علميه قم.
- کابلی محمد اسحاق فیاض (۱۴۱۲ ه ق). منهاج الصالحين (شماره ۳). قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کاتوزیان امیر ناصر (۱۳۸۴). اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان.
- (۱۳۹۳). حقوق مدنی خانواده. تهران: میزان.
- کاتوزیان امیرناصر (۱۳۸۳). ماهیت و اثر اماره حقوقی. دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ۶۴ (۰)، ۱۲۵-۱۵۴.
- کاتوزیان ناصر (۱۳۹۳). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران. تهران: سهامی انتشار.
- کلینی ابوجعفر محمدبن یعقوب (۱۴۲۹ ه ق). الکافی (ط - دار الحديث) (شماره ۱۱). قم: دار الحديث الطباعه و النشر.
- کویلینسکی لارنس اف (۱۳۸۹). ژنتیک قانونی. تهران: انتشارات دانشگاه علوم انتظامی.
- کیانی مهرزاد (۱۳۹۲). پزشکی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق. تهران: انتشارات سمت.
- گیلانی فومنی، محمد تقی بهجت (۱۴۲۶ ه ق). جامع المسائل (شماره ۴). قم: دفتر معظم له.
- لطفی اسدالله (۱۳۸۱). قاعده فراش. علوم انسانی دانشگاه الزهراء (س)، ۴۱ (۱۲)، ۲۴۷-۲۸۰.
- لنکرانی محمد فاضل موحدی (۱۴۲۱ ه ق). تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - النکاح. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
- (۱۴۲۲ ه ق). الأحكام الواضحه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام.
- محمدی علی (۱۳۸۸). شرح رسائل. قم: دار الفکر.
- مصطفوی سید محمد کاظم (۱۴۲۱ ه ق). القوائد - مائه قواعد فقهیه. قم: دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- مغنیه محمد جواد (۱۴۲۱ ه ق). فقه الإمام الصادق علیه السلام (شماره ۵). قم: موسسه انصاریان.
- میرهاشمی زهراسادات (۱۳۹۱). جایگاه انگشت نگاری ژنتیکی در ادله ی اثبات دعاوی حوزه ی زنان در فقه و حقوق ایران. مطالعات راهبردی زنان، ۵۷ (۱۵)، ۲۲۳-۲۶۸.
- نجاری فارس (۱۳۹۱). درسنامه پزشکی قانونی. تهران: کتاب آوا.
- نجفی صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ه ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام (شماره ۳۱). بیروت - لبنان: دار إحياء التراث العربی.



نقیبی سیدابوالقاسم (۱۳۹۰). قواعد اختصاصی فقه خانواده و کاربرد آن در قانون مدنی. فقه و حقوق

خانواده، ۵۵ (۱۶)، ۴۵-۶۹.

نوبهار رحیم؛ تقی زاده علی؛ توکلی نظری؛ قره داغی؛ مرادی هرنندی و صادق نژاد مجید (۱۳۹۶). DNA

تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش تهران: پژوهشگاه قوه قضاییه.

یزدانی پور نایب؛ درایتی حمید و دانشورثانی رضا (۱۳۹۴). بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش

DNA در اثبات نسب. مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۱۶ (۸)، ۸۵-۹۸.



دانشگاه حکیم سبزواری

## Hakim Sabzevari University

### An Outline of M.A. Thesis

<b>Surname:</b> Shahriyari	<b>Name:</b> Ayoub	<b>Student no:</b> 9513291118
<b>Supervisor:</b> Dr.Alireza Pouresmaeili	<b>Advisor:</b> Dr.Fatemeh Rajaei Dr.Seyed Abolfazl Hosseini	
<b>Faculty:</b> Theology and Islamic science	<b>Department:</b> Law	
<b>Program:</b> M.A	<b>Field of study:</b> Private Law	

**Title: Investigating the confliction of the FRASH Rule and DNA TYPING with emphasis on the judicial procedure of courts**

**Keywords:** FRASH Rule, DNA TYPING, the judicial procedure of courts, proof and negation of lineage.

#### **Abstract:**

From so long ago, the issue of proof and negation of lineage has been one of the important issues in the field of family law for which many financial and non-financial effects have been predicted by the legislator.

The FRASH Rule is considered as a religious evidence to prove the lineage in jurisprudence and law fields. In accordance with the FRASH Rule, if lineage is questionable and doubtful and the conditions of FRASH Rule are met, the mentioned child should be attributed to the husband. In the past two decades, with the considerable scientific developments and subsequently achievement to the DNA TYPING method, it is possible to take advantage of this new scientific method in family disputes related to lineage. From the perspective of genetics, the DNA TYPING results are conclusive, accurate, and have a high confidence coefficient, but there is still a disagreement among jurists about proof and negation of lineage in terms of the validity of the DNA TYPING results. In the judicial order of many countries, the use of DNA TYPING technology is a common, reliable, and decisive way for proving and negating of lineage.

Nevertheless, since the DNA TYPING is a newfound technology and hasn't been mentioned in any jurisprudential sources, there's no prediction for this technology determined by the law and the legislature has not yet taken a precise stance about it, resulting in disagreements between courts in case of the FRASH Rule and DNA TYPING results conflict together.



**Hakim Sabzevari University**

Faculty of Theology and Islamic science

Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the  
Requirements for the Degree of Master of M.A or  
in private Law

**Investigating the conflict of the FRASH Rule and DNA  
TYPING with emphasis on the judicial procedure of courts**

**Supervisor:**

Dr. Alireza Pouresmaeili

**Advisor:**

Dr. Fatemeh Rajaei

Dr. Seyed Abolfazl Hosseini

**By:**

Ayoub Shahriyari

February-2019