

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

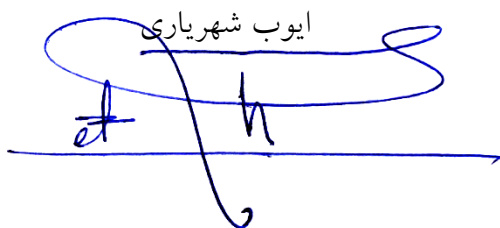
تأییدیه‌ی صحت و اصالت نتایج

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.....
- ۳-۱. شرایط جاری شدن اماره فراش.....
- ۳-۱-۱. اماره فراش در اثبات نسب قانونی.....
- ۳-۱-۱-۱. جاری نمودن اماره فراش در خصوص طفل متولدشده در مدت زوجیت.....
- ۳-۱-۱-۲. وجود رابطه زوجیت.....
- ۳-۱-۱-۳. حداقل مدت بارداری زن برای اعمال اماره فراش.....
- ۳-۱-۱-۴. 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.....
- ۳-۱-۲-۴. منشأ وطی به شبهه.....
- ۳-۱-۲-۵. 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		
چکیده:		
<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 «...»

^۱ «...قانون آن را دلیل بر امری قرار داده است...».

^۲ «اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده...».

^۳ «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.».

^۴ «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 دقیق تر 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 ۳۰۰^۱ و ۳۰۲^۲ آ.د.م سابق نیز مؤید برتری اماره قضایی بر اماره قانونی است.

^۱ «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.»

^۲ «هرگاه بازرگانی 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 این که 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 به کاررفته است. اولاد دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام شامل کسانی است که، از نسل شخصی به صورت 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 به کاررفته 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 به کاررفته 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؛ در حالی که 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).

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 این‌که 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

^۱ «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط به این‌که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کم‌تر از شش ماه و بیش‌تر از ده ماه نگذشته باشد».

^۲ «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 بیشتر از ده ماه گذشته باشد».

^۳ «طفل متولد از زنا ملحق به زانی نمی‌شود».