

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده علوم انسانی

گروه الهیات

پایان نامه جهت اخذ درجه کارشناسی ارشد

رشته فقه و حقوق اسلامی

عنوان:

جایگاه آزمایش DNA و مقایسه آن با اماره فراش در تعیین نسب

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر محسن عابدی

دانشجو:

زهرا غنی زاده بافقی

بهمن ۹۶

شماره: تاریخ:	اظهارنامه دانشجو	 دانشگاه شاهد
------------------	------------------	---

اینجانب زهرا غنی زاده بافقی دانشجوی کارشناسی ارشد رشته فقه و حقوق اسلامی دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد، گواهی می‌دهم که پایان‌نامه تدوین شده حاضر با عنوان؛ " جایگاه آزمایش DNA و مقایسه آن با اماره فراش در تعیین نسب" به راهنمایی استاد محترم جناب آقای دکتر محسن عابدی توسط شخص اینجانب انجام و صحت و اصالت مطالب تدوین شده در آن، مورد تأیید است و چنان چه هر زمان، دانشگاه کسب اطلاع کند که گزارش پایان‌نامه حاضر صحت و اصالت لازم را نداشته، دانشگاه حق دارد، مدرک تحصیلی اینجانب را مسترد و ابطال نماید؛ همچنین اعلام می‌دارد در صورت بهره‌گیری از منابع مختلف شامل: گزارش‌های تحقیقاتی، رساله، پایان‌نامه، کتاب، مقالات تخصصی و غیره، به منبع مورد استفاده و پدید آورنده آن به طور دقیق ارجاع داده شده و نیز مطالب مندرج در پایان‌نامه حاضر تاکنون برای دریافت هیچ نوع مدرک یا امتیازی توسط اینجانب و یا سایر افراد به هیچ کجا ارائه نشده است. در تدوین متن پایان‌نامه حاضر، چارچوب (فرمت) مصوب تدوین گزارش‌های پژوهشی تحصیلات تکمیلی دانشگاه شاهد به طور کامل مراعات شده و نهایتاً این که، کلیه حقوق مادی ناشی از گزارش پایان‌نامه حاضر، متعلق به دانشگاه شاهد می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو (دست‌نویس):

امضاء دانشجو:

تاریخ:

بسمه تعالی



معاونت آموزشی و تحصیلات تکمیلی
دفتر تحصیلات تکمیلی

تاریخ:

صور جلسه دفاع پایان نامه کارشناسی ارشد

جلسه دفاع پایان نامه کارشناسی ارشد خانم زهرا غنی زاده بافقی دانشجوی کارشناسی ارشد رشته الهیات و معارف اسلامی گرایش فقه و حقوق اسلامی به شماره دانشجویی ۹۴۷۵۶۶۰۰۳ به ارزش ۴ واحد، رأس ساعت ۱۴/۳۰ بعد از ظهر روز دوشنبه مورخ ۹۶/۱۱/۱۶ در محل تالار شورای دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد،

تحت عنوان:

جایگاه آزمایش DNA و مقایسه آن با اماره فراش در تعیین نسب

تشکیل گردید.

کمیته داوری پایان نامه کارشناسی ارشد پس از استماع دفاعیات و طرح پرسش های لازم در زمینه علمی و تحقیقاتی مرتبط با پایان نامه نامبرده، ارزشیابی نهایی خود را به شرح ذیل، اعلام نمودند:

رساله نامبرده در جلسه دفاع با نمره ۱۸۱۵ (به عدد) و ۱۸۱۵ (به حروف) و با درجه بسیار خوب (به حروف) مورد تایید قرار گرفت / نگرفت.

بنابر نامه ی شماره ۹۴۷۵۶۶۰۰۳ مورخ ۹۶/۱۱/۱۶ معاون پژوهشی دانشکده، نمره پژوهشی اختصاص یافته به نامبرده ۱۵۰۰ (به عدد) و ۱۵۰۰ (به حروف) می باشد و نمره نهایی رساله دانشجو ۱۹۶۰ (به عدد) و ۱۹۶۰ (به حروف) و با درجه عالی (به حروف) مورد تایید می باشد.

امضاء نماینده تحصیلات تکمیلی
تاریخ:

امتیازات، طبق ماده ۲۰ بین نامه آموزشی دوره کارشناسی ارشد، مصوب جلسه ۷۱۴ مورخ ۸۸/۱/۱۵ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، عالی: ۱۹۰ تا ۲۰۰، بسیار خوب: ۱۸۰ تا ۱۸۹، خوب: ۱۷۰ تا ۱۷۹، قابل قبول: ۱۵۰ تا ۱۶۹، غیر قابل قبول: نمره کمتر از ۱۴

عنوان	نام و نام خانوادگی	مراتبه علمی	نام دانشگاه	امضاء
استاد راهنمای اول	دکتر محسن عابدی	استادیار	شاهد	
استاد راهنمای دوم (در صورت وجود)				
داور داخلی	دکتر محمدرضا عزیزاللهی	استادیار	شاهد	
داور داخلی دوم (در صورت وجود)				
داور خارجی	دکتر داورزنی			
داور خارجی دوم (در صورت وجود)				
نماینده تحصیلات تکمیلی (بدون نمره)	دکتر فشار برجاسز	استادیار	شاهد	

توضیحات ناظر تحصیلات تکمیلی:

نماینده امریه داور

نام و نام خانوادگی ناظر تحصیلات تکمیلی:

تاریخ: ۹۶/۱۱/۱۶

امضاء

هوالمحبوب

رسم است که هر کس نتیجه تلاش و کوشش خود را به عزیز یا بزرگی تقدیم می کند؛ عزیزی که

دوستش می دارد و یا بزرگی که امید نزدیکی به او را دارد.

حاصل تلاشی ناچیز، تقدیم به مادر همه عالمیان

حضرت فاطمه زهرا (س)

باشد که از ما بپذیرند و در روزی که چشمها و دلها در آن نگران اند، شفیعمان باشند...

سپاس...

حمد و سپاس بی‌کران پروردگار یکتا را که بندگان خود را به زیور عقل و خرد آراست تا به وسیله آن عبودیتش را پیشه کنند و به تعالی و کمال دست یابند.

بدین وسیله بر خود لازم می‌دانم از استادان و عزیزانی که در به ثمر رسیدن این پایان نامه، یاری‌رسان اینجانب بودند، صمیمانه تشکر و قدردانی نمایم. ارشاد و هدایت‌های استاد فرزانه‌ام جناب آقای دکتر محسن عابدی در مراحل تحقیق و تدوین، پایان نامه حاضر را جهت‌دهی نمود.

همچنین از استادان داور آقایان دکتر عزیزاللهی و دکتر داورزنی که فروتنانه و با بزرگمنشی داوری پایان نامه بنده را پذیرفتند، کمال تشکر را دارم.

و در پایان، از پدر و مادر عزیزم که همه وجودم از آن‌هاست؛

و برادر و خواهران بزرگوaram که همواره در مسیر تحصیل، مشوق و یاری‌گر من بودند سپاسگزاری و قدردانی می‌نمایم.

چکیده

از گذشته تا به امروز نهاد خانواده به عنوان مهمترین مجری استمرار نسل و پیدایش نسب مورد توجه بوده است. شرع مقدس اسلام نیز بر وجود نسب به عنوان زنجیره ارتباطی و پیوند میان افراد تأکید داشته و سلامت نسل و جای‌گیری ارتباطات در چارچوب‌های معینه را از اهداف خود می‌داند. از همین رو در فقه امامیه برای اثبات نسب حتی ضعیف‌ترین دلیل مانند قرعه در کنار امارهٔ پرکاربرد فراش و در نفی نسب دلیلی به قوت لعان قابل استناد است. در دهه‌های اخیر با پیشرفت‌های چشم‌گیر در علم پزشکی و استفاده از روشی مانند آزمایش DNA در تعیین نسب و تشخیص هویت افراد، مهمترین مسئله از یک سو، جایگاه، ضرورت و کیفیت استفاده از چنین روشی در تعیین نسب از منظر فقه امامیه است. از سوی دیگر نیز امکان جایگزینی امارهٔ فراش و لعان با آزمایش مذکور نیازمند تحلیل می‌باشد. پژوهش حاضر در گام نخست و در بررسی کلیات پژوهش در فصل اول ابتدا به مبانی نظری، پیشینه و مفهوم شناسی می‌پردازد و در فصل دوم ماهیت اماره فراش و آزمایش DNA و ضریب خطاپذیری آن را مورد بررسی قرار می‌دهد. فصل سوم پژوهش، کاربرد آزمایش DNA در رویه قضائی است که در اثبات نسب بیشتر مورد استفاده قرار می‌گیرد. فصل پایانی نیز در کنار تبیین ضرورت استفاده از آزمایش DNA آن را به عنوان اماره قضائی و نه جایگزین اماره فراش در تصمیم‌گیری‌های قضات معرفی می‌کند و چرائی این امر را نیز با مصالح کلی جامعه و حفظ و بقای خانواده و روابط خانوادگی توجیه می‌کند.

کلید واژه: نسب، امارهٔ فراش، آزمایش DNA، لعان

فهرست مطالب

فهرست مطالب	أ.....
فصل اول	۱.....
کلیات پژوهش	۱.....
۱-۱. مقدمه	۲.....
۲-۱. بیان مسئله	۳.....
۳-۱. اهداف پژوهش	۴.....
۱-۳-۱. هدف اصلی	۴.....
۲-۳-۱. هدف فرعی	۴.....
۴-۱. پرسشهای پژوهش	۴.....
۱-۴-۱. سؤال اصلی	۴.....
۲-۴-۱. سؤال فرعی	۵.....
۵-۱. اهمیت و ضرورت پژوهش	۵.....
۱-۵-۱. فایده نظری	۵.....
۲-۵-۱. فایده عملی	۵.....
۶-۱. تعاریف	۵.....
۷-۱. نوآوری پژوهش	۱۹.....
۸-۱. روش پژوهش	۱۹.....

۹-۱. مبانی نظری تحقیق	۲۲
۱-۹-۱. مقدمه	۲۲
۲-۹-۱. تحقق شرایط نسب	۲۳
۱-۲-۹-۱. ضرورت احراز نسب	۲۵
۲-۲-۹-۱. رویکرد کنوانسیون حقوق کودک نسبت به حق بر نسب و هویت	۲۷
۳-۹-۱. دلیل	۳۴
۴-۹-۱. ادله اثبات و نفی نسب	۳۶
۱-۴-۹-۱. شهادت (گواهی)	۳۷
۲-۴-۹-۱. اقرار	۳۹
۳-۴-۹-۱. اماره	۴۱
۵-۹-۱. علم قاضی	۴۵
۶-۹-۱. اماره فراش و آزمایش DNA	۴۷
۱۰-۱. پیشینه تحقیق	۴۸
فصل دوم	۵۳
بررسی ماهیت اماره فراش و آزمایش DNA	۵۳
۱-۲. مقدمه	۵۴
۲-۲. اماره بودن فراش	۵۴
۳-۲. حصری نبودن اماره فراش	۵۵
۴-۲. فراش حکمی شرعی یا عرفی	۵۶

ب

۵۷	۵-۲. اماره یا دلیل بودن آزمایش DNA
۵۹	۶-۲. رویکرد فقهی در اثبات و نفی نسب از طریق آزمایش DNA به عنوان اماره انتساب
۵۹	۱-۶-۲. رویکرد فقهی دلیل بودن آزمایش DNA
۶۰	۲-۶-۲. اعتبار آزمایش DNA از نظر پزشکی
۶۱	۳-۶-۲. رویکرد فقهی در اثبات نسب از طریق آزمایش DNA
۶۴	۴-۶-۲. رویکرد فقهی در نفی نسب از طریق آزمایش DNA
۶۷	۵-۶-۲. دلیل طرفداران پذیرش آزمایش DNA در نفی نسب
۶۷	۷-۲. مقایسه اماره فراش و آزمایش DNA
۷۶	فصل سوم
۷۶	اعمال آزمایش DNA در تعیین نسب
۷۷	۱-۳. مقدمه
۷۸	۲-۳. آزمایش DNA به عنوان دلیل کارشناسی (علم قاضی مبتنی بر حجیت اماره)
۸۵	۳-۳. کاربرد آزمایش DNA در رویه قضایی
۹۴	فصل چهارم
۹۴	نتیجه گیری و پیشنهادها
۹۵	۱-۴. مقدمه
۹۵	۲-۴. پاسخ به پرسش های پژوهش
۹۵	۱-۲-۴. پرسش نخست
۹۶	۲-۲-۴. پرسش دوم

۳-۴. نتیجه گیری.....	۹۶
۴-۴. پیشنهادهای حاصل از پژوهش	۹۸
۵-۴. پیشنهاد برای پژوهش های آتی	۹۹
منابع	۱۰۰
پیوست ها	۱۱۰

فصل اول

کلیات پژوهش

۱-۱. مقدمه

خانواده، نوعاً به عنوان هسته اصلی یک جامعه تلقی می‌شود، به همین منظور بقای یک جامعه به بقای خانواده و نسب مشروع گره خورده است. از اهداف مهم تشکیل خانواده، توالد و ادامه نسل در عین حال مشروع بودن الحاق فرزند که از رابطه جنسی زن و شوهر به وجود می‌آید، می‌باشد؛ در همین راستا شاطبی در اثر معروف خود «الموافقات»، حفظ نسل و پاکی آن را به عنوان یکی از مقاصد شریعت^۱ عنوان کرده است (اسلامی، ۱۳۷۴: ۳۲۰). قانون مدنی نیز به مبحث قرابت نسبی در کتاب ششم و نسب و اولاد در کتاب هشتم اشاره کرده است.

نسب را وابستگی خونی و حقوقی بین افراد گویند، که به اعتبار نزدیکی و دوری به نسب خاص و عام تقسیم می‌شود. نسب خاص عبارت است از رابطه پدر-فرزندی یا مادر-فرزندی که رابطه ای خونی و طبیعی میان دو نفر است و به موجب آن یکی به طور مستقیم و بدون واسطه از صلب یا بطن دیگری به دنیا می‌آید. نسب عام نیز عبارت است از رابطه طبیعی و خونی میان کلیه خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف (صفائی و امامی، ۱۳۹۳: ۴۹). از آنجا که نسب، قابلیت خدشه‌دار شدن به دلیل شرایط مختلف را داراست، قانون‌گذار ایران، مبتنی بر فقه امامیه برای تعیین آن در دعاوی مربوطه راهکارهایی را مطرح کرده است. یکی از مهم‌ترین راهکارها «اماره فراش» است که در قالب اماره قانونی شناخته شده و در بسیاری از رویه‌های قضایی راهگشا است. در کنار این راهکار، امروزه با پیشرفت علم پزشکی شاهد روی کار آمدن روش‌های جدید در تعیین هویت و نسب هستیم؛ آزمایش DNA از جمله روش‌هایی است که در این زمینه بسیار تأثیرگذار بوده است. با این حال این آزمایش به عنوان یک اماره ظنی یا حتی دلیل قطعی در رویه‌های قضایی شناخته نشده است. در این پژوهش سعی ما بر آن است که با عنایت به گستردگی علم پزشکی و میزان دقت و تأثیرگذاری آزمایش DNA، امکان ملاحظه آن به عنوان اماره ظنی یا حتی دلیل قطعی در تشخیص هویت و نسب در رویه‌های قضایی را بررسی نماییم.

^۱ مقاصد یا مصالح شریعت در قالب پنج مورد شناسائی شده است؛ حفظ دین، حفظ نفس، حفظ نسل، حفظ مال و حفظ عقل.

۲-۱. بیان مسئله

به طور سنتی، تعیین نسب در دادگاه‌ها براساس قاعدهٔ فراش صورت می‌گیرد. امارهٔ فراش قاعده‌ای فقهی است که به موجب آن چنانچه انتساب طفل به پدر مورد تردید واقع شود، با لحاظ شرایطی از جمله آنکه اولاً از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد، کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد و ثانیاً مادر هنوز شوهر نکرده باشد، به پدر ملحق خواهد شد. این اماره که در مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ نیز بدان اشاره شده، به عنوان نخستین و اصلی‌ترین راهکار در پرونده‌های مربوطه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

در کنار این مسئله، امروزه استفاده از آزمایش‌های ژنتیکی در قالب DNA به عنوان یک شیوهٔ مهم تشخیص هویت انسانی در جهان مطرح است (طباطبائی، ۱۳۹۱: ۵۹). با پیشرفت علوم ژنتیکی و استفاده از آزمایش DNA در تشخیص نسب، این تردید وجود دارد که آیا آزمایش مذکور می‌تواند جایگزین و یا هم‌عرض امارهٔ فراش، در زمان بروز چنین اختلافاتی، مبنای تصمیم‌گیری قضات قرار گیرد؟

شایان ذکر است که در زمینهٔ استفاده از آزمایش DNA، میان مراجع تقلید اختلاف نظر وجود دارد؛ در حالی که برخی از ایشان نظر بر عدم حجیت این دسته از آزمایش‌ها دارند و قابلیت تقدم آن بر امارهٔ فراش را انکار می‌کنند،^۲ برخی دیگر نیز امکان عمل قاضی به علم خود، نسبت به حجیت این دسته از آزمایش‌ها، در صورت حصول یقین، را مطرح کرده‌اند.^۳ برخی از حقوق‌دانان نیز آزمایش‌های DNA را در شمار «دلیل کارشناسی» دانسته و بر این عقیده‌اند که از آن صرفاً در انتقای انتساب طفل به شوهر و نه در اثبات نسب، می‌توان بهره برد و در موضوع اثبات نسب، این آزمایش می‌تواند به عنوان جزئی از امارات قضایی، مورد توجه دادرس قرار گیرد (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۳۰۰). این در حالی است که بسیاری از پژوهشگران حوزهٔ پزشکی معتقدند که درصد خطای آزمایش‌هایی از این دست بسیار ناچیز است (فاضل، ۱۳۸۱: ۱۰) از این رو استثنای آن در خصوص اثبات نسب توجیهی ندارد.

^۲ www.makarem.ir.

^۳ www.Sistani.org.

نکته دیگر آن که در حالی که در نظر حقوق دانان کسی قائل به عدم اعتبار مطلق آزمایش DNA نشده است و صرفاً در نوع استناد به آن اختلاف نظر وجود دارد، در نظر برخی از مراجع تقلید، عدم قابلیت مطلق استفاده از این گونه آزمایش‌ها قابل استنباط است (طبائی، ۱۳۹۱: ۶۰). به علاوه، نظر به کلام حقوق دانان و فقها، آزمایش‌های ژنتیک در صورتی که مبنایی برای حصول علم قاضی باشد، می‌تواند مستند حل منازعه قرار گیرد.

نتیجه سکوت قانون‌گذار و همچنین وجود اختلافات در این زمینه، فقدان رویه‌ای واحد در دادگاه‌ها در ما نحن فیه است.

با توجه به مطالب پیش‌گفته این سؤال مطرح می‌شود که آیا براساس مبانی فقهی می‌توان به طور مطلق از آزمایش DNA به عنوان اماره انتساب طفل به پدر(نفیاً یا اثباتاً) بهره گرفت؟

۱-۳. اهداف پژوهش

۱-۳-۱. هدف اصلی

روشن شدن دلایل فقهی در نفی و اثبات آزمایش DNA به عنوان اماره انتساب

۱-۳-۲. هدف فرعی

پیگیری چرایی استفاده حقوق دانان از این آزمایش به طور خاص در موضوع اثبات نسب

۱-۴. پرسش‌های پژوهش

۱-۴-۱. سؤال اصلی

آیا براساس مبانی فقهی می‌توان نفیاً یا اثباتاً از آزمایش DNA به عنوان اماره انتساب بهره گرفت؟

۱-۴-۲. سؤال فرعی

چرا رویه قضایی، آزمایش DNA را صرفاً در موضوع اثبات نسب به کار می‌گیرد و در نفی نسب، استفاده از آن را ضروری نمی‌داند؟

۱-۵. اهمیت و ضرورت پژوهش

در این قسمت سعی شده ضرورت‌های نظری و عملی در زمینه آزمایش DNA بیان شود که گامی در جهت تعیین نسب و ادله اثبات دعوی است که در ذیل به آن اشاره می‌شود:

۱-۵-۱. فایده نظری

۱- بسط دانش فقهی در زمینه نقش آزمایش DNA

۲- بهره‌گیری از فقه پزشکی به منظور گسترش دایره ادله اثبات نسب

۱-۵-۲. فایده عملی

۱- استفاده از تجربیات علم پزشکی در تعیین دقیق نسب در پرونده‌های قضایی

۲- ایجاد رویه عملی واحد و هماهنگ در پرونده‌های تعیین نسب

۱-۶. تعاریف

نسب

«نسب» در لغت به معنای نژاد و اصل و رگ و ریشه و گوهر است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۹۴۳۸؛ معین، ۱۳۶۰: ۴۷۱۴) و در زبان عربی از مصدر ماده نَسَبَ به معنای قرابت و خویشاوندی گرفته شده است (انیس و منتصر، ۱۳۹۳: ذیل ماده ن). خداوند متعال در قرآن به موضوع نسب اشاره کرده است^۴ (فرقان، آیه ۵۴).

نسب از دیدگاه فقهی: نسب در اصطلاح فقهی توسط افراد مختلف تعریف شده است. صاحب جواهر در تعریف آن بیان داشته است که «نسب عبارت است از وابستگی و اتصال یکی به دیگری به موجب ولادت و یا منتسب شدن هردوی آنان به شخص سوم». (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۰، ۴۲۸).

برخی نسب را به «علاقه‌ای که بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می‌شود» تعریف کرده‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۳۹: ۲۸۰) یا اینکه نسب «علاقه‌ای است بین دو نفر که به سبب تولد یکی از آنها از دیگری یا تولدشان از شخص ثالث حادث می‌شود». (بروجردی عبده، ۱۳۳۹: ۲۸۰). برخی دیگر آن را این گونه تعریف کرده‌اند که: «شخصی با دیگری به واسطه ولادت مرتبط شود، به این نحو که یکی از آن دو به دیگری منتهی شود، مانند پدر و پسر، یا اینکه هر دو به یک فرد سومی منتهی شوند، مانند عمو و برادرزاده و بر وجه شرعی باشد. البته به شرط آنکه اسم نسب عرفاً صدق کند.» (شهید ثانی، ۱۳۹۶: ۲۱ و ۲۲؛ طوسی، ۱۴۲۶: ۱۷). بدین توضیح که اگر دو نفر مثلاً در جد هفتم با هم مشترک باشند، با اینکه منتهی به یک نفر می‌شوند، اما از هم ارث نمی‌برند، زیرا عرفاً این دو با یکدیگر خویشاوند نیستند. طفل متولد از زنا از زانی ارث نمی‌برد اگرچه که این طفل فرزند مرد باشد؛ زیرا این نسب مورد قبول شرع نیست.

نسب از دیدگاه حقوقی: از دیدگاه حقوقی دکتر حسن امامی نسب را اینطور تعریف کرده است که: «نسب به معنی قرابت و خویشاوندی است و امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد، موجود می‌گردد»

^۴ هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا: او کسی است که از آب، انسانی را آفرید سپس او را نسب و سبب قرار داد و پروردگار تو همواره تواناست؛ فرقان، آیه ۵۴.

(امامی، ۱۳۷۴: ۱۵۱). نظر دکتر سید حسین صفائی در مورد نسب این است که «نسب رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند که به این معنی مترادف با «قربت نسبی» است که یک رابطه طبیعی و خونی بین خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف است» (صفائی و امامی، ۱۳۷۴: ۳۹). دکتر ناصر کاتوزیان نیز در تعریف نسب چنین می‌گوید: «در کتاب هشتم نسب یکی از عنوان‌های فرعی اولاد است و به همین قرینه در تعریف آن می‌توان گفت که رابطه خونی و حقوقی است که پدر و مادر را به فرزندان آنان مربوط می‌کند. به این اعتبار، نسب به معنی رابطه پدر و فرزندی یا مادر و فرزندی است و شامل خویشان در خط اطراف نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱).

از نگاه فقه و حقوق اسلامی، این خویشاوندی و نسب زمانی معتبر است و اتفاق می‌افتد که در فضای مشروع شکل گرفته باشد.

در لغت نامه حقوقی فرانسوی، نسب اصطلاحاً مفهومی است که در زبان حقوقی از کلمه «فیلیاسیون» رابطه یک فرد با کسانی که مستقیماً عامل ایجاد او بوده‌اند (پدر و مادر) به ذهن متبادر می‌گردد؛ این رابطه وقتی که از جانب طفل مورد نظر قرار گرفته باشد، نام نسب به خود می‌گیرد و وقتی که از طرف پدر رابطه مزبور مورد نظر واقع می‌شود Paternité (ابوت) و وقتی از جانب مادری مورد توجه و بحث قرار می‌گیرد، maternité (رابطه مادری) نامیده می‌شود (علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ۱۳).

اماره فراش

فراش در لغت به معنای «گسترده» (حسینی دشتی، ۱۳۷۹: ۵) و در معنای بستر، لانه و آنچه گسترانند و بر آن بخوابند نیز به کار می‌رود (رحیمی نیا، ۱۳۸۳: ۵۲۶). گاهی در معنای مفروش به کار می‌رود؛ یعنی آنچه برای نشستن یا خوابیدن بر روی آن روی زمین پهن می‌کنند و از آن به «نزدیکی مشروع» یاد می‌شود و همچنین به زن نیز فراش گفته می‌شود، از آن جهت که شوهر حق دارد با او بخوابد و به شوهر که زوج شرعی و صاحب فراش است نیز اطلاق می‌شود. اگر فراش را به معنی بستر و نزدیکی مشروع بکار

ببریم، برای الحاق طفل به پدر احرار وجود بستر یا نزدیکی مشروع که تلقیح مصنوعی را هم شامل می- شود، لازم می-آید (شهیدی، ۱۳۷۵: ۱۵۳) و اگر فراش را به معنی رابطه بین زن و مرد در نظر بگیریم، می- توان طفل ناشی از رحم جایگزین را به والدین حکمی نیز ملحق کرد (ناصری مقدم، ۱۳۸۷: ۲۳).

با مقایسه این دو معنا به نظر می‌رسد که معنی اول با وضع کلام مساعدتر است؛ یعنی منظور از فراش همان بستر که رابطه تناسلی مشروع یا تلقیح مصنوعی است و در ملحق شدن طفل به زوجین باید این رابطه احرار شود (شهیدی، همان: ۱۵۵).

اماره فراش از دیدگاه فقهی: براساس روایت «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» معنای کنایه مدنظر است. منظور از «عاهر» زناکار است و برای عاهر حَجَر است؛ یعنی چیزی از فرزند به او نمی‌دهند و برایش چیزی ثابت نیست. اعراب زمانی که بخواهند کسی را تحقیر کنند می‌گویند: فلانٌ لَهُ التُّرابُ أم الحَجَرُ؛ برای فلانی خاک یا سنگ است، کنایه از این دارد که فلانی چیزی عائدش نمی‌شود و به او چیزی نمی‌رسد (ایروانی، ۱۳۹۳: ۳۰۶).

این روایت چندین بار در روایات شیعه و اهل سنت بکار برده شده است. در روایات شیعه، سعید أعرج از امام صادق نقل کرده است: «از امام علیه السلام سؤال کردم اگر دو شخص با کنیزی در یک طهر نزدیکی کنند و فرزندی متولد شود، طفل متولد شده برای چه کسی است؟ امام فرمودند: برای شخصی است که آن کنیز نزد او بوده است. این به دلیل قول پیامبر صلی اله علیه و آله و سلم است که فرمودند: فرزند برای صاحب فراش است و زناکار سنگسار می‌شود.» در کتاب صحیح مسلم از عایشه نقل شده است: «سعد بن ابی وقاص و عبد بن زمعه با هم بر مالکیت طفلی نزاع می‌کردند. سعد گفت: یا رسول خدا پسر برادرم است. عتبه به من گفته است که این طفل پسر اوست، به شباهت او نگاه کن. عبد بن زمعه گفت: ای پیامبر خدا، این برادر من است و در دامن پدرم متولد شده است. زمانی که پیامبر صلی اله علیه و آله و سلم به صورت آنها نگاه کرد دیدند که این فرزند شبیه به عتبه است، پس فرمودند: این فرزند

برای توسل یا عبد، و فرزند برای صاحب فراش است و زناکار سنگسار می‌شود.» (ایروانی، ۱۳۹۳: ۳۰۲ و ۳۰۳).

فقه‌های امامیه در محقق شدن فراش اختلاف نظرهایی با یکدیگر دارند. عموم فقها بر این نظرند که برای اثبات و محقق شدن فراش علاوه بر عقد نکاح، نزدیکی بین زوجین نیز شرط است (شهید ثانی، ۱۳۹۶: ۴۳۲). یا اینکه نزدیکی جنسی به اعتبار آن که سبب انعقاد نطفه گردد، مبنای اماره فراش قرار می‌گیرد در غیر آن صورت به خودی خود نمی‌تواند دلیل بر نسب اماره قانونی باشد. دخول زمانی می‌تواند مبنای انتساب قرار بگیرد که امکان تکون طفل از فرد باشد. پس در این صورت نزدیکی با مردی که خصی یا اخته یا اینکه در منی خود ماده اسپرماتوزوئید ندارد، نمی‌توان نسب او را اثبات کرد (طباطبائی، ۱۴۱۴: ۴۸۲).

برخی از فقها مانند صاحب جواهر بر این عقیده اند که صرف دخول برای محقق شدن فراش معتبر است، اگرچه انزالی صورت نگیرد و دلیل آن را اینطور مطرح کرده اند که امکان دارد نطفه زن به دلیل دخول یا به نحوی آمادگی زاد و ولد پیدا کند و نطفه منعقد شود که ما از آن اطلاع نداشته باشیم (نجفی، ۱۳۶۶: ۲۲۳).

احتمال دیگر که به عنوان قولی شاذ و نادر مطرح شده و منسوب به ابوحنیفه است بیان می‌دارد: « در صورتی که شخصی زنی را عقد کرد و سپس بعد از اجرای عقد فرزندی به دنیا آمد، ملحق به زوج-که او را بدون نزدیکی طلاق داده- است و این قول ابوحنیفه برخلاف احکامی است که خداوند به آنها حکم کرده که فرزند باید از منی زن و مرد باشد.» در واقع ابوحنیفه بر این عقیده است که عقد فی نفسه برای محقق شدن فراش کافی است و نیازی به نزدیکی نیست و فرزند به شوهر ملحق می‌شود (ایروانی، ۱۳۹۳: ۳۰۷).

برخی دیگر اثبات نزدیکی در زمان زوجیت برای تحقق قاعده فراش را لازم نمی‌دانند، بلکه همین که طفل در زمان زوجیت ۶ ماه بعد از انعقاد نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است، این نظر بدین دلیل است

که اولاً عفت خانوادگی حفظ شود و ثانیاً اثبات دخول به مراتب کاری دشوار است و باید با استفاده از قرائن و اوضاع و احوال ظاهری متوجه آن شد (امامی، ۱۳۷۸: ۱۵۷).

اماره فراش از دیدگاه حقوقی: در حقوق نیز به تعاریفی از این اماره پرداخته‌اند و ملاک‌هایی را مطرح کرده‌اند.

ماده ۱۱۵۸-۱۱۵۹ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ و اماره فراش نیز مدلول قاعده «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ» یا مدلول ماده ۱۱۵۸-۱۱۵۹ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ است.

ماده ۱۱۵۸: «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.»

ماده ۱۱۵۹: «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 بیش از ده ماه گذشته است.»

اعتبار این قبیل امارات در فرض عدم وجود یقین به خلاف یا وفاق مدلول اماره است؛ زیرا در صورت یقین به خلاف مضمون اماره، موضوعی برای تعبد به این قبیل امارات باقی نمی‌ماند و در فرض یقین به مضمون اماره نیز اعتبار اماره فراش تحصیل حاصل خواهد بود. به همین خاطر است که امارات و ظنون غیر معتبر نمی‌تواند با اماره فراش معارضه نماید (علوی قزوینی، ۱۳۸۲: ۲۳). این اماره یکی از دلایل اثبات نسب و راه رسیدن به واقع است به همین دلیل مفاد قاعده‌ای که به این صورت بیان شده قاطع نیست و تا زمانی اعتبار دارد که دلایل دیگر خلاف آن را ثابت نکنند. به همین خاطر اماره فراش از جمله امارات قانونی است که خلاف پذیر است، یعنی خلاف آن به وسیله سایر دلایل اثبات می‌شود (امامی، ۱۳۷۸: ۵، ۱۶۵).

دکتر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق در مورد فراش گفته‌اند: «شرط صدق فراش، وقوع عقد ازدواج و احتمال انزال است و علم به دخول لازم نیست. حتی علم به عدم دخول هم مضر به صدق فراش نیست» (جعفری لنگرودی، بی تا: ۴۹۶).

به عقیده یکی از پژوهشگران، بهترین ملاک در محقق شدن اماره فراش، صرف عقد یا دخول بعد از عقد نیست، بلکه تحقق اماره فراش عقد بین زن و شوهر و امکان حامله شدن زن از شوهر است که این حالت اکثراً با انزال منی از طریق نزدیکی صورت می‌گیرد و گاهی هم از طریق تلقیح مصنوعی و قرار دادن منی شوهر در رحم زن حاصل می‌شود، بدون اینکه نزدیکی بین آن دو باشد (لطفی، ۱۳۸۱: ۲۶۰).

همه موارد ذکر شده در مورد این است که طفل در زمان زوجیت به دنیا آمده باشد و حال اگر طفل بعد از انحلال نکاح متولد گردد، در صورت وجود حداکثر مدت حمل و امکان الحاق او به شوهر سابق زن، اماره فراش در مورد نسب طفل اجرا می‌گردد. با اینکه در صورت انحلال نکاح، دیگر فراش و زندگی زناشویی وجود ندارد، قانونگذار حکم فراش را در مورد طفل جاری می‌کند؛ یعنی این طفل را در حکم طفلی می‌داند که از زن شوهردار متولد شده باشد. (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۲۹۸)

اماره فراش و زنا: مسئله‌ای که در اینجا مطرح است بدین صورت است که: اگر مرد اجنبی با زن شوهرداری زنا کند و از طرفی همه شرایط تحقق نسب به شوهر زن نیز وجود داشته باشد و زن طفلی را به دنیا بیاورد که هم امکان الحاق کودک به شوهر را دارد و هم امکان الحاق کودک به مرد اجنبی را داشته باشد، مانند اینکه هر دو با زن نزدیکی کرده باشند و طفلی در فاصله بین شش تا ده ماه از زمان نزدیکی متولد شده باشد. در این صورت بر مبنای حدیث «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» طفل ملحق به صاحب فراش است؛ زیرا در این صورت شک در انتساب طفل به وجود می‌آید و اماره فراش نیز ناظر به این موارد است و همچنین به دلیل مشخص نبودن نمی‌توان عفت زناشویی و خانوادگی را متزلزل کرد (لطفی، ۱۳۸۱: ۲۷۱) و در واقع تا زمانی که بشود از این اماره استفاده کرد طفل را به شوهر ملحق می‌کنیم، هرچند که از لحاظ قیافه و شکل شبیه زانی باشد (نجفی، ۱۳۶۶: ۲۳۲). البته در صورتی که اماره فراش

حاکم نباشد و ثابت شود که فرزند از نطفه زانی به وجود بیاید، مانند اینکه ثابت شود شوهر در مدتی که بتوان طفل را به او منتسب کرد غایب بوده، در این صورت فرزند از آن شوهر نیست (لطفی، ۱۳۸۱: همان). هرچند که به زانی هم ملحق نشود؛ زیرا برای زنا نسبی اثبات نمی‌شود (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۳۶).

لعان

یکی از مهم‌ترین دلایل در نفی نسب «لعان» است. لعان در لغت به معنای یکدیگر را لعن کردن (عمید، ۱۳۶۹: ۱۰۵۸) و در اصطلاح نوعی سوگند است که در حقوق اسلام، در موردی که شوهر نسبت زنا به زوجه دائمه دهد یا طفل متولد از او را از خود نفی کند، می‌توان به آن متوسل شد (صفائی، امامی، ۱۳۹۳: ۷۵).

شهید ثانی در شرح لمعه اصطلاح لعان را اینطور معنا کرده است که: «لعان اصطلاحاً عبارت است از مباحثه میان زن و شوهر در برطرف کردن حدّ و یا نفی فرزند از خود که با الفاظ مخصوصی نزد حاکم شرع واقع می‌شود» (جبعی عاملی، ۱۳۹۶: ۱۱۸).

دکتر جعفری لنگرودی در ترمینولوژی حقوق در مورد لعان اینطور توضیح داده است: «لعان نوعی از رسیدگی کیفری است در مورد اسناد زنا از طرف زوج به زوجه - در شرایط خاص - و نفی انتساب فرزندی که ملحق به فراش او است - به شرط اینکه قبلاً اقرار به فرزند او نکرده باشد» (جعفری لنگرودی، بی تا: ۵۸۸).

در کتاب‌های فقهی (الجبعی العاملی، ۱۳۹۶: ۲۱۸-۱۱۸؛ نجفی، ۱۳۶۶: ۲۲-۱۳) نفی نسب یا ولد در «کتاب اللعان» و در قانون مدنی ذیل مواد ۸۸۲، ۸۸۳ مصوب سال ۱۳۰۷ و ماده ۱۰۵۲ مصوب سال ۱۳۱۳ مورد بررسی قرار گرفته است.

برای لعان دو سبب وجود دارد: سبب اول: نسبت زنا دادن به زوجه محصنه‌ای است که با او نزدیکی کرده است به صورتی که موجب پرداخت تمام مهریه شود، با ادعای مشاهده این عمل و اگر این شرط

نباشد، حدّ قذف بر مرد ثابت می‌شود و نمی‌تواند لعان کند، الاّ اینکه زن، محصنه نباشد که در این صورت مرد حد نمی‌خورد بلکه تعزیر می‌شود. سبب دوم: شوهر فرزندی را که در فراش او به دنیا آمده، انکار کند، اگرچه که در زمان ولادت فرزند، ساکت بوده باشد (جبعی عاملی، ۱۳۹۶: ۱۲۰ و ۱۲۶).

فقه‌های امامیه دعوای نفی نسب را در دو فرض مطرح کرده‌اند: فرض اول دعوی ناظر به تحقق کامل شرایط اماره فراش و فرض دوم دعوی ناظر به عدم امکان اجرای اماره فراش است. در صورتی که یکی از شرایط اماره فراش موجود نباشد مانند اینکه فرد قابلیت تکوین طفل را نداشته باشد، نفی ولد بدون لعان قابل پذیرش است (حلی، ۱۴۲۵: ۷۰) و اگر شرایط اماره فراش جاری باشد، انکار ولد جز با لعان پذیرفته نمی‌شود، البته در این امر یعنی نفی ولد با وجود اماره فراش فرد باید به یقین برسد (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۳؛ موسوی الخمینی، ۱۴۲۵: ۳۰۸).

نفی نسب به وسیله پدر را اصطلاحاً نفی ولد می‌گویند. نفی ولد در صورت تحقق شرایط اماره فراش، به وسیله لعان برگزار می‌شود و زن و شوهر نزد حاکم حاضر می‌شوند و تشریفات را برای تحقق لعان برگزار می‌کنند: بدین صورت که شوهر چهاربار به صیغه مخصوص به زبان عربی سوگند یاد می‌کند که راست می‌گوید و بار پنجم می‌گوید لعنت خدا بر من اگر دروغگو باشم، آنگاه زن چهار بار سوگند می‌خورد که مرد دروغ می‌گوید سپس می‌گوید: خشم خدا بر من اگر او راست گفته باشد و زوج طفل منتسب به خود را نفی می‌کند و اینگونه لعان محقق می‌شود. در واقع نفی نسب انکار رابطه و قرابت نسبی است که ظاهراً بین دو فرد وجود دارد.

لعان نیز دارای اثراتی است از جمله: «لعان باعث بهم خوردن عقد ازدواج و جدایی و حرمت ابدی را به دنبال دارد؛ پس این زن بر این مرد ابداً حلال نمی‌شود ولو اینکه به عقد جدید باشد و این دو حکم در مطلق لعان ثابت می‌باشند چه برای قذف به زنا باشد یا برای نفی ولد.... انتفای فرزند از مرد- نه از زن- اگر برای نفی او با هم لعان نمایند. به این معنی که اگر شوهر او را نفی کند و زن ادعا کند که فرزند او است، پس با هم لعان نمایند، بین مرد و این فرزند و همچنین بین این فرزند و هرکسی که از ناحیه پدری به او انتساب دارد، مانند جد و جده و برادر و خواهر پدری و همچنین عموها و عمه‌ها توارثی نمی‌باشد، برخلاف مادر و کسی که به وسیله او

انتساب به او دارد حتی برادرهای پدر و مادری در حکم برادرهای مادری می‌باشند. فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند» (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۶۴۹).

آیات شریفه اشاره ای به احکام لعان نکرده است و بیشتر در روایات بیان شده است. از امام صادق علیه السلام روایت شده: «لعان در صورتی واقع می‌شود که حتماً دخول صورت گرفته باشد». ایشان در روایت دیگری بیان می‌کنند که: «لعان باید به زبان گفته شود و افرادی که لال هستند، لعان ندارند» (کلینی، بی تا: ۱۶۲).

شرایط لعان کننده: مردی که لعان می‌کند باید واجد شرایطی باشد، از جمله شرایط آن:

عقل و بالغ بودن است. مردی خواستار لعان است باید حتماً عاقل مرد و بالغ باشد تا قدرت تشخیص و فهم داشته باشد و بتوانند تشریفات لعان را اجرا کنند. اما عادل بودن و آزاد بودن و مسلمان بودن در آن شرط نیست؛ زیرا آیه قرآن عام است.^۵

لعان کسی که لال است با اشاره معقول درست است.

در صورت علم به فراهم نبودن شرایط الحاق فرزند، بر شوهر واجب است که آن فرزند را از خود نفی کند و در صورتی که بدان علم ندارد، بر مرد حرام است که نفی کند (جبعی عاملی، ۱۳۹۶: ۲۱۵).

شرایط لعان شونده: همچنانکه برای لعان کننده شرایطی مطرح است، برای زنی که لعان می‌شود نیز شرایطی وجود دارد، از جمله اینکه باید بالغه و عاقله باشد در این صورت اگر زنی که صغیر است را قذف کند، لعان اجرا نمی‌شود و مرد حد می‌خورد و از کرای و لالی سالم باشد (جبعی عاملی، ۱۳۹۶: همان).

^۵ نور، ۶.

لازم به ذکر است که در ازدواج موقت، طفل با ایجاد شرایطی که ذکر شد به زوج ملحق می‌شود اما به نظر مشهور نفی ولد علیرغم حرمت تکلیفی نیازمند لعان نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۲۹۰).

نفی ولد چه در نکاح دائم و چه در نکاح موقت در صورت صدق شرایط الحاق ولد، از لحاظ تکلیفی، جایز نیست؛ اما در هر حال زمانی که نفی ولد حاصل شود در نکاح دائم با لعان و در نکاح موقت بدون لعان محقق می‌شود (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۶۵۸).

آزمایش DNA

بررسی مولکول DNA (دزاکسی ریبونوکلیک) که از آن به عنوان انگشت نگاری DNA نیز یاد می‌شود، نخستین بار توسط دانشمندی انگلیسی بنام دکتر الک جفریز^۶ در موضوع تشخیص هویت مورد استفاده قرار گرفت و پس از آن به طور وسیع در تحقیقات قانونی به کار رفت (گودرزی؛ کیانی، ۱۳۸۹: ۱۲۸).

ماجرا بدین صورت بود که در ۲۳ نوامبر ۱۹۸۳ میلادی دختری ۱۵ ساله به اسم لیندامن در روستایی در انگلیس مورد تجاوز قرار گرفت و به قتل رسید. تنها سرنخ نمونه، منی قاتل بود که نشان می‌داد گروه خونی او A است. در فاصله کمتر از سه سال، قتل دیگری رخ داد که نشان می‌داد گروه خونی قاتل دوم نیز A است. این امر ظن ارتکاب دو قتل را به یک قاتل تشدید می‌کرد. پلیس پس از انجام تحقیقات، فردی به نام ریچارد باکلند را به اتهام هر دو قتل دستگیر می‌کند. اما قاتل فقط به قتل دوم اعتراف می‌کند، به همین خاطر پلیس از دکتر جفریز که از اساتید زیست شناسی و مولکولی دانشگاه لستر و از اعضای مؤسسه علوم جنایی بود، کمک خواست. دکتر جفریز بعد از استخراج DNA از نمونه خون ریچارد و مقایسه آن با DNA که از منی قاتل بود، متوجه شد که این دو با یکدیگر مطابقت ندارند و متهم بی‌گناه است. بعدها ریچارد اعتراف کرده بود که به دلیل فشارهای روحی قتل دوم را به عهده گرفته بود. ریچارد اولین فردی بود که در تاریخ جرم شناسی براساس دلیل DNA تبرئه شد.^۷

^۶ Alec John Jeffreys.

^۷ [www.forensic.gov.uk/forensic-t/inside/news/case files. Php](http://www.forensic.gov.uk/forensic-t/inside/news/case%20files.php).

مولکول DNA هر فرد مختص همان فرد است و این ترتیب و توالی ژن‌ها در هر فردی متفاوت و مخصوص به خود او است. مولکول DNA دارای دو رشته است. این دو رشته مانند میله‌های نردبان کنار یکدیگر قرار می‌گیرند. مولکول DNA دارای طول زیادی است. در مجموعه این مولکول نواحی خاصی وجود دارد که توالی‌های ویژه‌ای از اجزاء تشکیل دهنده مولکول DNA در آنها وجود دارد. این توالی و نظم اجزاء تشکیل دهنده مولکول DNA است که ژن‌ها و به تبع آن خصوصیات ارثی و ژنتیکی هر فرد را تشکیل می‌دهد. دو رشته‌ای که در هر فرد DNA را تشکیل می‌دهد یک رشته از پدر و دیگری از مادر نشأت می‌گیرد. هنگام لقاح این دو رشته با یکدیگر پیوند خورده و مولکول DNA دو رشته‌ای را تشکیل می‌دهند (گودرزی، کیانی، ۱۳۸۹: ۱۲۹).

در مصاحبه با یکی از دکترین ژنتیک روند این آزمایش این طور بیان شده است: «در واقع ما یک استاندارد جهانی برای این قضیه داریم. یک اصطلاحی به نام DNA PRINTING انگشت نگاری ژنی^۱ وجود دارد. کودکانی که دوقلوی همسان هستند سر انگشتشان شبیه یکدیگر است اما اگر بخواهیم از نظر دینی در نظر بگیریم در قرآن هم بیان شده که هیچ فردی مشابه هم نیست. به نظر می‌آید که منظور قرآن همین DNA PRINTING باشد؛ یعنی ما یک پروفایل ژنتیکی برای هر فردی داریم و یکسری توالی‌هایی وجود دارد که اینها تکرار پذیر هستند که به STR مشهور است. این توالی‌های کوچک تکراری را ما در گروه‌های مختلف بررسی می‌کنیم. ابتدائاً DNA آنها را با استفاده از نمونه‌هایی از جمله خون- بزاق- ناخن و غیره استخراج می‌کنند. این یک پروفایل ژنتیکی است و هر نمونه‌ای را با یک مدل کیت‌هایی که مشابهش هم در ایران است بررسی می‌کنیم. هر فرد پروفایل مخصوص به خود را دارد. ۵۰ درصد اطلاعات ژنتیکی هر فرد از مادر و ۵۰ درصد از پدرش می‌گیرد و آنها نیز از پدر و مادرشان گرفتند که به فرزندان خود منتقل کرده‌اند. ما با استفاده از کیت‌هایی که داریم و خوانش آنها توسط دستگاه‌های خاص به نام SECOENCER انجام می‌گیرد. آن‌ها یکسری پیسی‌هایی را

^۱ ویال‌های خون اخذ شده از مراجعین سه بار فریز و دفریز و سپس از آنها به روش Boling مولکول DNA استخراج می‌شود. دوازده منطقه کوتاه تکرار شونده مولکولی (STR) از مارکرهای تعیین هویت به روش PCR مورد تکثیر قرار گرفت. محصولات حاصل از PCR بر روی ژل اکریل آمید به مدت یک شب تا صبح الکتروفورز گردیده. نتایج هر منطقه ژنی در مقابل شاخص نردبانی مربوط به آن منطقه مولکولی مقایسه و شماره گذاری می‌شود. برای مطالعه بیشتر ر.ک: صبوری؛ یادگاری، ۱۳۸۶.

اندازه گرفت و بررسی می‌کنند. سپس پروفایل ژنتیکی مربوطه باید با مادر یا پدر تطبیق داده شود. مانند اینکه در مورد شهدا بدین صورت است که نمونه استخوان آورده می‌شود و ما پروفایل ژنتیکی برایش درست می‌کنیم و نمونه خانواده‌ها را هم می‌دهند و ما می‌سنجیم که با کدام مطابقت دارد.

در نتیجه بررسی ۱۶ معیاری^۹ که برای هر پروفایل در نظر گرفته می‌شود، اعدادی به دست می‌آید که باید یکی از اعداد شبیه مادر و یکی شبیه پدر باشد. ۱۶ معیار استاندارد جهانی است و مورد قبول همگان است با این وجود در برخی کشورهای اروپایی به جای ۱۶ معیار ۲۲ معیار^{۱۰} مورد بررسی قرار می‌گیرد.

پدر و مادر نیز دو کد دارند که یکی را از پدر و یکی را از مادر گرفته‌اند و به فرزند خود انتقال داده‌اند. اگر این اعداد با یکدیگر هم‌خوانی نداشته باشند، معمولاً این افراد نیز با یکدیگر هماهنگ نیستند.^{۱۱}

کاربرد مهم DNA در پزشکی قانونی برخلاف سایر آزمایش‌های گروه خونی و سایر پروتئین‌های خونی و آنزیمی، بررسی رابطه خویشاوندی و ابوت است. دقت در این آزمایش برای تشخیص هویت به قدری بالاست که در صورت انجام دادن دقیق و علمی آن، می‌توان نتایج بدست آمده را به صورت کاملاً قابل اعتماد مورد استناد قرار داد. نمونه‌هایی که می‌توان از آنها DNA را استخراج کرد، از جمله مایعات زیستی بدن، ناخن، دندان و مو است. البته نمی‌توان موفقیت این آزمایش را ۱۰۰ درصد دانست. زیرا برای رسیدن به آن باید کل مردان جهان مورد آزمایش قرار بگیرند. به لحاظ ژنتیکی این میزان تقریباً ۹۹ درصد عملاً به مفهوم متقن بودن است و خطای آن خللی به قابل اطمینان بودن آزمایش وارد نمی‌کند و از نظر ژنتیکی خطا محسوب نمی‌شود (فاضل، ۱۳۸۱: ۷). پژوهشگران علم ژنتیک بر این باورند که این آزمایش بسیار خطای کمی دارد و این خطای بسیار کم ممکن است در هر آزمایشی به وجود بیاید. مانند خطای انسانی، یا منقضی شدن کیت‌ها، اما این باعث نمی‌شود که از قطعی بودن آن چیزی کم شود.

^۹ پیوست الف.

^{۱۰} پیوست ب.

^{۱۱} برگرفته از مصاحبه با متخصص ژنتیک توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۰۴.

در سؤالی که از یکی از متخصصین علم ژنتیک پرسیده شد در مورد اینکه از لحاظ پزشکی و علمی چه میزان می‌توان به این دستگاه و آزمایش اعتماد کرد؟ ایشان در جواب این طور توضیح دادند که: «هیچ روش آزمایشگاهی وجود ندارد که بگوید صد درصد این آزمایش درست است ولی این آزمایش در تعیین هویت به قطعیت ۹۹/۹۹۹۹۹ رسیده است؛ در تمام دنیا نیز این آزمایش را انجام می‌دهند. مواردی بوده که در ایران کار شده و با کشورهای دیگر تبادل شده و مشکلی نداشته. جامع ترین روش، آزمایش DNA در تعیین هویت و نسب است و همه جا از جمله پزشکی قانونی قبول دارند و در آنجا می‌توانند در اثبات یا نفی نظر بدهند. ایشان درباره اینکه این دستگاه ممکن است در آینده پیشرفته تر شود بیان کردند که قطعاً این دستگاه و این روش درحال پیشرفت است اما درحال حاضر قوی ترین روش همین آزمایش است.»^{۱۲}

اخذ نمونه بافت از اشخاص مورد نظر، در جهت کشف جرم و یا تعیین هویت و نسب فرد از ملزومات تعیین هویت ژنتیکی افراد می‌باشد که گاه اشخاص حاضر به ارائه این موارد به صورت داوطلبانه نیستند و اخذ نمونه بافت از آنها به صورت اجباری صورت می‌گیرد، که این امر خلاف اصل «غیر قابل تعارض بودن جسم انسان» است. چنانچه در کشور فرانسه بنا به قانون ۱۸ مارس ۲۰۰۳ طبق ماده ۷۶ هرگونه امتناع متهم از دراختیار قرار دادن خود جهت نمونه بیولوژیک و تحلیل اثر آن را قابل مجازات می‌داند. در نگاه دیگری توان رأی حقوق بشر در سال ۱۹۹۶ علیه انگلستان را اشاره کرد که در جریان تشخیص هویت ژنتیک باید حق و حقوق ژنتیک را به عنوان اصل عدم تقبیل مجرمیت حفظ گردد و غیر مستقیم عنوان شده که متهم از دراختیار نهادن و امتناع ورزیدن از جسم خود جهت برداشت بافت مختار است (نجفی، ۱۳۹۵: ۷۱)

در ایران با توجه به اینکه روش بیولوژیکی در تعیین نسب و کشف جرم مرسوم است، لازم است که به این نکات توجه بیشتری شود.

^{۱۲} برگرفته از مصاحبه با متخصص ژنتیک توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۰۴.

تعیین نسب از طریق آزمایش DNA: در چند سال اخیر و با پیشرفت علم در زمینه های پزشکی می توان گفت یکی از راه های موثر در تعیین نسب، آزمایش DNA باشد. به همین خاطر فقها برای کشف بعضی از موضوعات فقهی نیازمند کسب اطلاعات و استفاده از آن اطلاعات پزشکی هستند؛ زیرا تحلیل ها و تجزیه های پزشکی مانند دلیل و اماره ای است که قاضی را به قطع و یقین می رساند و ثابت شده است که علاوه بر بینه و قسم برای اثبات دعوی، می توان برای رسیدن به حقیقت در قضایای سخت و پیچیده به این آزمایش هم استناد کنیم.

۷-۱. نوآوری پژوهش

این پایان نامه درصدد بررسی این مسئله است که آیا می توان از لحاظ فقهی آزمایش DNA را به عنوان یک اماره یا یک دلیل قطعی برای اثبات نسب در نظر گرفت؟ و مطلبی که این تحقیق را از دیگر تحقیقات متمایز می کند وجه اماره بودن یا دلیل قطعی بودن این آزمایش است.

۸-۱. روش پژوهش

در هر پژوهشی روش هایی برای به دست آوردن تحلیل ها و نظریات وجود دارد که دو نوع است: روش کیفی و کمی.

روش کیفی، هرنوع تحقیقی است که یافته های آن غیر از روش کمی باشد، البته ممکن است بعضی داده ها به شیوه آماری کمی باشند اما تجزیه و تحلیل به شکل کیفی است. این روش پژوهش اغلب از تبیین استقرایی بهره می جوید که به منظور به دست آوردن داده های ذهنی به کار می رود.

در واقع تحقیق کیفی عبارت است از مجموعه فعالیت هایی مانند مشاهده، مصاحبه، شرکت گسترده در فعالیت های پژوهشی که هرکدام به نحوی محقق را در کسب اطلاعات جمع آوری شده توصیف های تحلیلی، ادراکی و طبقه بندی شده حاصل می شود.

از تفاوت های روش کیفی و کمی می توان به این مسئله اشاره کرد که در روش کیفی به کشف معانی و الگوها می پردازد، در حالی که در روش کمی به دنبال یافتن علل و روابط آماری، دیدگاه نظری، اثبات گرایی و سرو کار داشتن با واقعیت ها، پیش بینی و علیت است (آل کجیاف، ۱۳۹۳: ۴۹).

در حال حاضر روش پژوهش کیفی در پژوهش های علوم انسانی، در مقایسه با روش های دیگر از اهمیت و کارآمدی بیشتری برخوردار است (خداوردی، ۱۳۸۷: ۴۱).

به همین منظور، روش به کار رفته در تحقیق حاضر از نوع «کیفی» است که ابتدا با استفاده از منابع دست اول در زمینه اماره فراش و آزمایش DNA و ارائه نتایج بر پایه تحلیل داده های مذکور و بعد با بهره گیری از منابع موجود در کتابخانه (منابع چاپی و الکترونیک) اعم از: کتب مرجع فقهی و بررسی نظرات فقها، کتب حقوقی و بررسی نظرات حقوق دانان در این زمینه، مقالات موجود در نشریات و مجلات فقهی و حقوقی، پایان نامه و رساله های مرتبط با موضوع به تحلیل از نظرات فقها و حقوق دانان پردازیم و بعد با پیگیری رویه قضائی و بررسی آراء موجود و مصاحبه با قضات و صاحب نظران در زمینه موضوع پایان نامه، از نظرات آنان در جهت رسیدن به نظر مختار استفاده شود و در آخر هم به جمع بندی، و نتیجه گیری از بحث می پردازیم.

تحقیقات برحسب روش، به تحقیق تاریخی، توصیفی، پیمایشی، تحلیل محتوا، مطالعات میدانی و همبستگی تقسیم می شود (خاکی، ۱۳۹۴: ۲۰۹).

تحقیق توصیفی

هدف محقق در تحقیق توصیفی، توصیف عینی و واقعی یک موضوع است، مانند اینکه توضیح یک بیماری یا وضعیت سلامت را در یک جمعیت بررسی می کند و به مشاهده مشخصات اصلی بیماری از لحاظ زمان، مکان و فرد می پردازد. این نوع مطالعات وضعیت یک یا چند متغیر را بدون در نظر گرفتن ارتباط آنها با هم بررسی می کند. این نوع مطالعات معمولاً برای ایجاد یک فرضیه استفاده می شود. در تحقیقات توصیفی محقق دنبال چگونه بودن موضوع است و می خواهد بداند

پدیده، متغیر، شیء یا مطلب چگونه است. به عبارت دیگر این تحقیق وضع موجود را بررسی می-کند و به توصیف منظم و نظامدار وضعیت فعلی آن می‌پردازد (حافظ نیا، ۱۳۷۷: ۱۰۰).

تحقیق تحلیلی

مطالعات تحلیلی مطالعاتی هستند که ارتباط دو یا چند متغیر را با پیامد مورد نظر بررسی می‌کند و به کشف یک association یا ارتباط علمی می‌پردازد. این نوع مطالعات معمولاً برای امتحان فرضیه‌های از پیش تعیین شده به کار می‌رود (آل کجاف، ۱۳۹۳: ۵۷).

تحقیق توصیفی تحلیلی و محتوا

این تحقیق به منظور توصیف عینی و کیفی محتوای مفاهیم به صورت نظام دار انجام می‌شود. در واقع قلمرو این تحقیق را متن های مکتوب، شفاهی و تصویری درباره موضوعی خاص تشکیل می‌دهد. نظیر کتاب ها، مقاله ها، روزنامه ها، مجلات و فیلم. محقق در چنین تحقیقی به دنبال تجزیه و تحلیل و توصیف مطالب است (حافظ نیا، ۱۳۷۷: ۱۰۲).

تحقیق حاضر به شیوه کیفی از نوع توصیفی- تحلیلی و محتوایی است. بدین معنا که در گام نخست داده های موجود جمع آوری شده، بررسی می‌شوند و سپس با توجه به موضوع، مورد تحلیل قرار می‌گیرند. در تحقیق حاضر درصدد تجزیه و تحلیل این مسئله هستیم که با توجه به پیشرفت های علمی آیا می‌توان برای تعیین نسب و هویت افراد از آزمایش DNA استفاده کرد و اینکه این ابزار در چه قالبی باید مورد استفاده قرار گیرند.

۹-۱. مبانی نظری تحقیق

۹-۱-۱. مقدمه

در جامعه ما نسب از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و به معنای قرابت و خویشاوندی می‌باشد. نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید. از این امر، رابطه طبیعی خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد موجود می‌گردد. (امامی، ۱۳۷۸: ۵، ۱۶۱)

در دعاوی تعیین نسب مهم ترین دلیل، اماره فراش و لعان است، که به کمک آن می‌توان نسبی را اثبات یا نفی کرد. با این وجود با پیشرفت علم در زمینه پزشکی راهکاری برای تشخیص هویت معرفی شد و آن آزمایش DNA است. قانونگذار ایران در خصوص شناسائی آزمایش مذکور در قالب اماره قانونی ساکت است و صرفاً امکان استفاده از آن را به عنوان نظر کارشناسی می‌پذیرد.

دکتر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق، عناصر نسب را این طور بیان کرده‌اند: ۱- ولادت مانند نسب فرزند و پدر نسبت به یکدیگر در رابطه خواهر و برادر نسبت به همدیگر. ۲- مشروع بودن نکاح اساس نسب است پس در تلقیح مصنوعی نطفه ولد به تراضی مرد و زن بدون در بین بودن نکاح مشروع، نسب مشروع را پدید نمی‌آورد. و با شک در تحقق نسب براساس گفتار بالا حکم به حصول نسب نمی‌توان کرد.

زمانی که نسب در فردی لحاظ شود، اثراتی را به همراه دارد از جمله اثرات نسب شامل: توارث (البته طبق ماده ۸۸۴ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ طفل متولد شده از زنا از ارث محروم است)، حرمت نکاح با اقربای نسبی و سببی و رضاعی طبق ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۳ که شامل قرابت حاصل از شبهه و یا زنا نیز می‌شود، حق ولایت پدر و جد پدری نسبت به اولاد ماده ۱۱۸۱ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴، حق حضانت اطفال ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴، الزام به انفاق به لحاظ قرابت ماده ۱۱۹۶ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ است.

داشتن نسب از مسائل ذاتی است و در تمامی قوانین براین اساس حکم می‌شود. فقه امامیه نیز برای کسانی که نسبشان مشخص نیست دلایلی از جمله اقرار، سوگند، اماره، گواهی و غیره را در نظر گرفته است.^{۱۳} البته بنا به گفته دکتر شمس در کتاب ادله اثبات دعوی در حقوق، دلیل در صورتی مطرح می‌شود که نسبت به امری اختلاف وجود داشته باشد تا با اقامه آن علی‌القاعده در دادرسی نسبت به واقعیت امر ادعایی مورد اختلاف، باور درونی ایجاد شود و امری ثابت شود. پس دلیل در صورتی لازم است که امر ادعا شده مورد انکار طرف مقابل قرار گرفته باشد.

۱-۹-۲. تحقق شرایط نسب

بیان شد که در صورت وجود نسبی معتبر باید شرایطی ایجاد شود، که ممکن است گاهی این شرایط در خانواده باشد، گاهی در خارج از خانواده که در این صورت در دو حالت بررسی می‌شود:

- ۱- محقق شدن نسب در خانواده: برای ایجاد و تشکیل یک خانواده، باید یک نکاح صحیح اتفاق بیفتد و همچنین برای به وجود آمدن یک نسب معتبر باید نطفه‌ای از زوجین به وجود بیاید. در نتیجه نسبی که در درون نکاح و در واقع در خانواده کل می‌گیرد دارای سه ویژگی مهم است: نکاح صحیح، وقوع نزدیکی بین زوجین، منعقد شدن نطفه بعد از نزدیکی.
- ۲- محقق شدن نسب خارج از خانواده: ممکن است طفلی در خارج از خانواده متولد شود که در این صورت فقه اسلامی آن طفل را به پدر و مادر طبیعی الحاق می‌کند و آن نسب را شرعی می‌داند. این مورد در سه حالت به وجود می‌آید:

- ۱- نزدیکی با شبهه از طرف کسانی که در اثر جهل به موضوع یا حکم زن و شوهرند یا به دلیل بطلان نکاح یا اشتباه در هویت همسر، رابطه آنها مشروع نیست.

^{۱۳} رجوع شود به شرح لمعه شهید ثانی کتاب الاقرار، ج ۶؛ الفصل الثالث- فی الاقرار بالنسب/ کتاب اللعان، ج ۶، انکار من ولد علی فراشه/ جواهر الکلام کتاب اللعان

۲- نزدیکی با کسی که قوه تمیز درست و نادرست را ندارند، مانند فردی که خواب است یا بیهوش است که در این حال قدرت تشخیص ندارند (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۲۶۴ و ۲۶۵؛ ناصری مقدم، ۱۳۸۷: ۲۲).

۳- نزدیکی با کسی که حرمت رابطه با دیگری را می‌داند اما به اکراه مرتکب آن رابطه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۶).

در ماده ۱۱۵۸ ق.م.مصوب سال ۱۳۱۴ ایران واژه «نزدیکی» به عنوان سبب انعقاد نطفه و تکون طفل به کار رفته است. در تلقیح مصنوعی نیز ترکیب اسپرم و تخمک حاصل می‌گردد. در نتیجه «نزدیکی» مذکور در ماده ۱۱۵۸ مصوب سال ۱۳۱۴ شامل تلقیح مصنوعی نیز می‌شود و تلقیح مصنوعی در حکم «نزدیکی» مذکور در این ماده است. نسب ناشی از تلقیح مصنوعی زن چه با اسپرم شوهر A.I.H و چه با اسپرم بیگانه A.I.D و همین طور مادر جانشین مشمول ماده ۱۱۵۸ ق.م. است و می‌توان اماره فراش را در آن اجرا کرد. البته باید گفت که بین اجرای اماره فراش در «نسب ناشی از نکاح صحیح» با اجرای این اماره در «نسب ناشی از A.I.D یا حالت مادر جانشین» تفاوت اساسی است بدین صورت که در روابط زن و شوهر وقوع نزدیکی موافق با ظاهر است و نیازی به اثبات ندارد در حالی که در نسب ناشی از مادر جانشین وقوع عمل تلقیح مصنوعی باید احراز شود و اصل خلاف آن است. (نایب زاده، ۱۳۸۰: ۳۰۶)

یکی از مسائل بحث برانگیز در خصوص نسب، تعیین نسب کودکان متولد شده از طریق روش‌های نوین کمک باروری (ART) است. در این زمینه قانون‌گذار ایرانی در مورد یکی از این روش‌ها که همانا روش اهدای جنین است، اگرچه صراحتاً کودک را منسوب به والدین اهداء گیرنده نمی‌داند، لکن در ماده ۳ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوب سال ۱۳۸۲ تکالیف والدین اهدا گیرنده و کودک را از جهت نگهداری، نفقه و احترام، مشابه تکالیف اولاد و پدر و مادر می‌داند. این ماده، در کنار رویکرد قانون‌گذار نسبت به ضرورت اصل محرمانگی و عدم دسترسی کودک به اطلاعات مربوط به والدین بیولوژیکی، می‌تواند نشانگر پذیرش تعریف جدیدی در مورد نسب، در قالب «نسب حکمی یا اعتباری»

باشد (غنی زاده بافقی، ۱۳۹۶: ۲۲۴). در این صورت این مورد از نسب هم به عنوان جزء چهارم در محقق شدن نسب در خارج از خانواده می‌باشد.

۱-۲-۹-۱. ضرورت احراز نسب

همان طور که بیان شد امروزه کودکانی به شیوه روش‌های نوین کمک باروری متولد می‌شوند که احراز نسب در مورد آنها نیاز به بررسی بیشتر دارد. زیرا در جامعه ایرانی وجود قرابت نسبی از مهمترین زمینه‌ها برای شکل‌گیری «هویت خانوادگی» است. داشتن هویت مسئله مهمی در زندگی هر انسانی است؛ بدون شک هرگونه تلاش در رابطه با تعریف هویت و حق بر هویت، می‌باید براساس برداشت‌های متنوع از این مفهوم باشد. اگرچه محققان حقوق، علوم اجتماعی و فلسفه بر اهمیت واقعیات اجتماعی و فردی در شکل‌دهی هویت پویا و در عین حال با ثبات تأکید می‌کنند، (Ronen، ۲۰۰۴: ۱۴۸) با این وجود هیچ‌گونه تعریف قانونی مرجحی در مورد هویت وجود ندارد (Besson، ۲۰۰۷: ۱۴۱). برخی «بستر اجتماعی» هویت را به عنوان اصطلاحی که به موجب آن فرد در مقابل دیگران تشخیص می‌یابد، تعریف کرده‌اند (Beckman؛ Von؛ Verkuyten، ۱۹۹۶: ۱۷). براین اساس، هویت فردی از زمان لقاح و انعقاد نطفه شکل می‌گیرد ولی محدود به اطلاعات تولد مانند تاریخ تولد و امثال این‌ها نیست و در حالی که هویت صفات شخصی نسبتاً ثابتی مانند اطلاعات بیوگرافی و صفات جسمی را دربرمی‌گیرد، اما به نمودهای ظاهری دیگر مانند ایجاد شبکه گسترده‌ای از روابط اجتماعی مشخص شامل روابط اعضای خانواده، روابط فرهنگی و دینی نیز قابل تسری است (Stone، ۱۹۹۲: ۱۲۱-۱۲۲). هویت فردی به همان نسبت که فرد با جامعه‌اش روابط معنادار اجتماعی برقرار می‌کند، گسترده شده و تکامل پیدا می‌کند (Pierik، ۲۰۰۳: ۶۴۵) و در عین حال چارچوب ثابت و مستمری برای این تکامل را فراهم می‌نماید. هویت در واقع همان چیزی است که فرد نسبت به آن آگاهی دارد. به عبارت دیگر، هویت شخص چیزی نیست که در نتیجه تداوم کنش‌های اجتماعی فرد به او تفویض شده باشد، بلکه چیزی است که فرد باید آن را به‌طور مداوم و روزمره ایجاد کند و در فعالیت‌های خویش مورد حفاظت و پشتیبانی قرار

دهد(گیدنز، ۱۳۸۲: ۸۱). از این رو می‌توان گفت هویت، فرآیندی مستمر است که در طی زمان تولید و بازتولید می‌شود(گیدنز، همان: ۸۲).

آنتونی گیدنز در توضیح هویت شخصی^{۱۴} بیان می‌دارد که محتوای این نوع از هویت مانند دیگر عرصه‌های وجودی، از نظر اجتماعی و فرهنگی متغیر است (Forde-Mazrui ، ۱۹۹۴: ۹۲۶). برای مثال نام شخص، نخستین عنصر زندگی‌نامه اوست. آداب و رسوم، نام‌گذاری اجتماعی، اینکه نام افراد تا چه حد معرف روابط خونی و خویشاوندی آنهاست، همه برحسب فرهنگ‌های مختلف تغییر می‌کنند(گیدنز، ۱۳۸۲: ۸۵).

اریکسون نیز در تعریف هویت می‌گوید: «هویت مانند یک احساس ذهنی بودنِ مستمر یک فرد مشابه است و به نظر می‌رسد در اینکه هویت مفهومی است که با توسعهٔ کودک توسعه می‌یابد، اتفاق نظر وجود دارد. این توسعه در بستر مراحل سنی مختلف صورت می‌گیرد...»^{۱۵}

جورج هربرت مید^{۱۶} پرچمدار نظریهٔ هویت اجتماعی، فرآیند دست‌یابی فرد به احساس و برداشت کامل از خویشتن را بررسی می‌کند. از دیدگاه مید، هر فرد هویت یا «خویشتن» خود را از طریق سازماندهی نگرش‌های فردی دیگران در قالب نگرش‌های سازمان یافته اجتماعی و یا گروهی شکل می‌دهد. به بیان دیگر، تصویری که فرد از خود می‌سازد و احساسی که نسبت به خود پیدا می‌کند، بازتاب نگرشی است که دیگران از او دارند.^{۱۷} (G. Dunn، ۱۹۹۷: ۶۸۹) نتیجه آنکه به طور کلی می‌توان هویت را تعریف و برداشت هر فرد از خود در نسبت با دیگران معرفی کرد. بنابراین هویت در رابطه با سایر مفاهیم به تدریج گسترش می‌یابد و انواع مختلفی را در برمی‌گیرد. به عبارت دیگر متعلق رابطه، انواع هویت را ایجاد می‌کند و بسته به اینکه هویت را در رابطه با چه مفهومی در نظر بگیریم، می‌توان انواع مختلف آن را برشمرد.

14 Self-identity.

15 See: Erik Erikson, *Identity, youth and crisis* (New York: Norton, 1968).

16 Jorje Herbert Mead.

هویت جنسی، بیولوژیکی،^{۱۸} ملی، دینی، قومی و قبیله‌ای، فرهنگی، سیاسی^{۱۹} و ... همگی نمونه‌های مختلفی از هویت هستند که موجب شناسائی فرد در عرصه‌های مختلف می‌شوند.

برخی دیگر از نویسندگان نیز هویت را وجه اختصاصی هر فرد می‌دانند که مرز او با دیگران و نه موارد اشتراک او با آنها است. ایشان هویت انسانی را وابسته به نوع زندگی انسان دانسته و تنها افرادی را که دارای زندگی اصیل^{۲۰} هستند، دارای هویت می‌دانند (علیخانی، ۱۳۸۶: ۵۰).

مسئله احراز نسب و هویت از جمله مواردی است که در فقه و حقوق اسلامی نیز مورد اهتمام و توجه اندیشمندان این حوزه بوده است و همواره در مصالح شریعت سلامت نسل را خواستار بوده است.

کنوانسیون حقوق کودک مصوب سال ۱۹۸۹ و تفسیرهای مربوطه بدان که توسط کمیته کنوانسیون اعلام شده، بر حق هویت به عنوان یکی از مصالح عالیه وی تأکید می‌کند.

۱-۹-۲. رویکرد کنوانسیون حقوق کودک نسبت به حق بر نسب و هویت

در خلال سی و چهارمین جلسه کمیسیون سازمان ملل با موضوع حقوق بشر در سال ۱۹۷۸، کشور لهستان پیش‌نویسی به منظور پیشنهاد به کنسول اجتماعی-اقتصادی سازمان ملل متحد ارائه کرد که در آن

^{۱۸} شامل اطلاعات ژنتیکی و پزشکی فرد، یکی از اجداد یا خویشاوندان خونی و همچنین اطلاعات تاریخی مانند زمان و مکان تولد، سوابق و اتفاقات مهم شخص است.

^{۱۹} شامل تابعیت فرد است. حق کودک نسبت به هویت ملی ممکن است در خصوص والدینی که به کشور دیگر مهاجرت می‌کنند و تابعیتی جدید کسب می‌نمایند و به دنبال تحمیل تابعیت جدید بر کودکشان هستند یا در مورد والدینی که در کشوری خارجی زندگی می‌کنند و به دنبال تحمیل تابعیت خارجی خود بر کودک خود که در این کشور به دنیا آمده هستند، مطرح شود. در چنین مواردی حق کودک با مکانیزم تابعیت دوگانه حفظ شده و او هر دو تابعیت را تا زمان بلوغ حفظ می‌کند، تا پس از بلوغ هر یک را که بر دیگری ترجیح می‌دهد برگزیند.

^{۲۰} در زندگی اصیل، فرد چرایی کارها، باورها، رفتارها و احساساتش را می‌داند و اصطلاحاً بدان علم دارد. در حالی که در زندگی عاریتی فرد تنها به خاطر زندگی در مکان خاص و با افراد خاص جهت‌گیری‌های خاصی دارد که فاقد پشتوانه فکری و عقلی است.

آورده بود مجمع عمومی سازمان ملل کنوانسیون بین‌المللی را در زمینه حقوق کودک، مبتنی بر اصول و مقررات گنجانده شده در اعلامیه ۱۹۵۹ بپذیرد. لهستان متن پیشنهادی خود را نیز ضمیمه کرده بود. در زمان تقدیم این پیش‌نویس به کمیسیون، نماینده لهستان اعلام داشت که اعلامیه ۱۹۵۹ ملل متحد موجب ارتقاء حقوق کودک در سطح جهانی شده است و اشکال مختلفی از همکاری‌های بین‌المللی را در این زمینه شکل داده است. با این حال بعد از گذشت ۲۰ سال از اعلامیه کودک ۱۹۵۹ زمان آن رسیده تا گام‌های محتوایی بیشتری در این خصوص برداشته شود و تدوین یک متن بین‌المللی لازم‌الاجرا در قالب یک کنوانسیون در این زمینه می‌تواند مؤثر باشد.

واکنش سایرکشورها نسبت به این موضوع مثبت بود. آن‌ها نیز معتقد بودند که باید متنی الزام‌آور با موضوع کودک تدوین شود زیرا کودکان در دوران دو جنگ جهانی بسیار آسیب دیده و متحمل تجاوز، استعمار، نژادپرستی و آپارتاید شده بودند. تمایل اولیه، با توجه به اینکه سازمان ملل سال ۱۹۷۹ را سال کودک اعلام کرده بود، بر این بود که این اتفاق در همان سال‌ها صورت بگیرد. این امر در ظاهر ممکن به نظر می‌رسید؛ زیرا پیش‌نویسی که لهستان ارائه کرده بود تقریباً متنی کامل و مبتنی بر متن اعلامیه ۱۹۵۹ بود. این امر با حق تحفظ یکی از نمایندگان مواجه شد. نهایتاً کمیسیون حقوق بشر در ۸ مارس ۱۹۷۸ طی قطعنامه شماره ۲۰ (XXXIV) پیش‌نویس لهستان در زمینه کنوانسیون حقوق کودک را با برخی اصلاحات که بدان ضمیمه شده بود پذیرفت. در این قطعنامه از دول عضو سازمان ملل و سازمان‌های تخصصی خاص، نهادهای غیردولتی منطقه‌ای و نهادهای غیر دولتی دعوت شده بود تا نظرات و پیشنهادات خود را در زمینه پیش‌نویس لهستان اعلام بدارند. البته نکاتی در این زمینه وجود داشت و در نهایت به این نتیجه رسیدند که متن پیشنهادی لهستان کافی نیست. زیرا به عقیده بسیاری این متن صرفاً رونوشت محتوای اعلامیه حقوق کودک ۱۹۵۹ بود و به همین سبب توسعه و تغییرات اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی که در این مدت رخ داده بود را منعکس نمی‌کرد. به علاوه این مقررات در قالب یک کنوانسیون الزام‌آور بین‌المللی بسیار مبهم بودند و بسیاری از تعهداتش در احکام مربوط به سازمان‌های خاص مانند

سازمان جهانی کار، سازمان بهداشت جهانی و یونسکو، با ادبیات حقوقی مناسب‌تری در معاهدات بین-المللی مثل ICCPR و ICESCR گنجانده شده بود (غنی زاده بافقی، ۱۳۹۶: ۱۵۴ و ۱۵۵).

کشور آرژانتین در سال ۱۹۸۵ و سپس در سال ۱۹۸۶ پیش‌نویس ماده‌ای جدید را به کارگروه کنوانسیون حقوق کودک تقدیم نمود. در این پیشنهاد آمده بود:

«۱. دولتهای عضو تعهد می‌کنند که به حق کودک برای حفظ هویت خانوادگی‌اش بدون مداخله غیرقانونی، احترام گذارند.

۲. جائی که کودک به طور غیرقانونی از سرپرست قانونی‌اش جدا می‌شود یا به صورت متقلبانه و یا غیرقانونی از تمام یا برخی از معیارهای این هویت محروم می‌شود، دول عضو باید کمک و حمایت مناسبی را با لحاظ بازسازی هویت خانوادگی - قانونی‌اش فراهم کنند.»^{۲۱}

این پیشنهاد بحث‌های زیادی را برانگیخت. زیرا برخی از نمایندگان دولت‌ها بر این عقیده بودند که محتوای این پیشنهاد قبلاً در مواد ۷-۹-۱۸-۲۱ کنوانسیون کودک مطرح شده است. برخی از کشورها نیز در مورد اصطلاح «هویت خانوادگی» اظهار نظر کردند و اعلام داشتند که این امر در قوانین ایشان ناشناخته است. نتیجه آن که پس از بررسی‌های مربوطه، این ماده به صورت زیر ارائه شد:

«۱. دولتهای عضو تعهد می‌کنند تا به حق کودک برای حفظ هویتش شامل تابعیت، نام و روابط خانوادگی، همان-طور که توسط قانون بدون مداخله غیرقانونی شناسائی شده است، احترام گذارند.

۲. در جائی که کودک به طور غیرقانونی از تمام یا بخشی از معیارهای مربوط به هویتش محروم شده است، دولتهای عضو باید کمک و حمایت‌های مناسب را نظر به بازسازی هر چه سریع‌تر هویتش فراهم کنند.»

²¹ “1. The States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her family identity without unlawful interference. 2. Where a child is illegally separated or removed from his or her lawful custodians or otherwise fraudulently or illegally deprived of some or all elements of this identity, the States shall provide special assistance and protection with a view to re-establishing his or her rightful family identity.”

با توجه به بحث‌های صورت گرفته در کارگروه کنوانسیون و جلوگیری از سوء تفسیر در مورد این ماده، باید اذعان نمود که ماده ۸ کنوانسیون کودک اولاً در مورد کودک ربایی بین‌المللی نیست که معمولاً باید با آن در قالب موافقتنامه‌های دو یا چند جانبه برخورد شود. ثانیاً در مورد محرومیت از نام، تابعیت و روابط خانوادگی به سبب فرزندخواندگی ملی و بین‌المللی نیست. زیرا این موضوع براساس استانداردهای موجود در ماده ۲۱ کنوانسیون کودک اتفاق می‌افتد. در صورت فقدان این استانداردها فرزندخواندگی غیرقانونی است و نتایج حاصل از آن باید بی‌اعتبار و باطل شناخته شوند. دولت‌ها موظف به حمایت و کمک به والدین یا سایر اعضای خانواده در این موارد هستند تا کودکان به خانواده بازگردند. ثالثاً در مورد جدائی از خانواده (مواد ۹ و ۱۰ کنوانسیون کودک) و یا محرومیت از محیط خانوادگی (ماده ۲۰ کنوانسیون کودک) نیست. برای جلوگیری از این امور دولت‌ها باید آن‌طور که در مواد مذکور اشاره شده، عمل کنند و به دنبال دوباره به هم پیوستن کودک و خانواده باشند. جدائی و محرومیت مذکور در این مواد به معنای محرومیت از هویت کودک نیست اگرچه این امر می‌تواند به‌طور خاص روابط خانوادگی کودک را تحت تأثیر قرار دهد. لذا گرچه ممکن است بین این مواد و ماده ۸ کنوانسیون کودک هم‌پوشانی وجود داشته باشد، اما در صورت توجه به معنای اصلی ماده ۸ کنوانسیون کودک می‌توان تمایز لازم را قائل شد. رابعاً در مورد حق بر نام و تابعیت که در ماده ۷ کنوانسیون کودک بدان اشاره شده نیز نمی‌باشد (Alen et al, 2008: 95) بلکه در ماده ۸ کنوانسیون حقوق کودک به «حق بر هویت»^{۲۲} «احترام به حق بر حفظ هویت» و «بازسازی هویت» توجه شده است (Doek, ۲۰۰۶: ۳).

ماده ۸ کنوانسیون کودک از یک نظر ماده‌ای منحصر به فرد است؛ زیرا در هیچ‌یک از اسناد بین‌المللی، معاهدات بین‌المللی و منطقه‌ای مربوطه، مقرره‌ای شبیه به این ماده که صراحتاً در مورد حق بر هویت صحبت و به جایگاه آن اشاره کرده باشد، وجود ندارد.^{۲۳} دادگاه اروپائی حقوق بشر نیز در تفسیر خود

22 Identity right.

^{۲۲} البته حق ثبت‌نام فوری و بدون وقفه پس از تولد که در مواد ۲۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی و ماده ۷ کنوانسیون حقوق کودک و ماده ۱۶ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی-سیاسی که مربوط به حق فرد در شناسائی به عنوان شخص در مقابل قانون است را تا حدی می‌توان نزدیک به حق هویت در نظر گرفت.

نسبت به ماده ۸ کنوانسیون اروپائی حقوق بشر به ویژه حق احترام به زندگی خانوادگی، اینگونه حکم داده است که این حق، یک هویت فردی، جسمی و اجتماعی مانند شناسائی جنسیتی، نام، جهت گیری جنسی، زندگی جنسی، حق توسعه فردی و استقلال فردی را پوشش می دهد.^{۲۴}

بنابراین و با توجه به خاستگاه این ماده، به نظر می رسد هدف از تدوین ماده مذکور، ایجاد مبنایی قانونی در تعهد دولت ها برای جلوگیری از ناپدید شدن کودکان، به ویژه در شرایط نابه سامان و خشن سیاسی و همچنین فراهم کردن کمک و حمایت در این موارد با نگاه به بازگرداندن کودک نزد والدین یا خانواده اش است. بازگشت به خانواده باید تا جای ممکن همراه با بازسازی تابعیت اصلی کودک، نام و روابط خانوادگی اش باشد. همان طور که در متن ماده نیز اشاره شد، این بازگشت باید تا جای ممکن با سرعت^{۲۵} صورت گیرد، زیرا عنصر «زمان» در این موضوع اهمیت اساسی داشته و هر چه زمان بیشتری از این امر بگذرد، بازسازی روابط خانوادگی دشوارتر خواهد بود (Doek, 2003: 78).

نکته دیگر آنکه در پایان بند یک ماده ۸ کنوانسیون کودک، تعهد دول عضو به احترام به حق کودک برای حفظ هویتی که توسط قانون به رسمیت شناخته شده، مورد توجه قرار گرفته است. اما کاملاً مشخص نیست متعلق این شناسائی توسط قانون هویت است یا روابط خانوادگی؟^{۲۶} این شرط ابتدا در رابطه با اصطلاح «هویت خانوادگی» معرفی شد که با مشکل عدم شناسائی هویت خانوادگی در بسیاری از قانونگذاری های ملی مواجه شد (Detrick؛ Doek, ۱۹۹۲: ۲۹۳).

با این حال و با توجه به تاریخچه تدوین کنوانسیون به نظر می رسد بتوان اینگونه بیان کرد که آنچه توسط قانون باید به رسمیت شناخته شود، «روابط خانوادگی» است. این امر در خصوص روش های نوین کمک باروری اهمیت ویژه دارد. بنابراین روابط جدیدی که در قوانین و مقررات کشورهای عضو در قالب روابط خانوادگی مورد شناسایی قرار می گیرند. روابط همجنس گرایان زن و مرد و یا زنان مجرد را

²⁴ See: ECtHR, *Pretty v. United Kingdom*, 29 April 2002, App. No. 2346/02, Reports 2002–III, para. 61.

²⁵ Speedily.

²⁶ Ibid, 165.

می‌توان نمونه‌هایی از عرصه‌هایی دانست که هویت کودک باید در آن مورد توجه و احترام قرار بگیرد. شناخت والدین نیز ذیل روابط خانوادگی می‌گنجد. شناختن والدین حقیقی در شناخت هویت کودک مؤثر است و از این رو در راستای مصالح وی می‌باشد. این امر از بسیاری از مشکلات روانی در آینده جلوگیری می‌کند.

تابعیت، نام و روابط خانوادگی موجود در متن کنوانسیون و به‌ویژه ماده ۸ کنوانسیون حقوق کودک را نیز اگرچه به عنوان برخی از معیارهای هویت می‌توان در نظر گرفت، اما باید توجه داشت که این معیارها تمثیلی و غیرحصری بوده و تمام معنای آن را دربر نمی‌گیرند. به عبارت دیگر مفهوم هویت امری فراتر از صرف نام و تابعیت است. به علاوه محدود نمودن هویت به نمونه‌های پیش‌گفته به معنای پذیرش تکرار بدون منطق در متن کنوانسیون است، زیرا در ماده ۷ کنوانسیون به این موارد پرداخته شده است.

عبارت دیگری که قابل توجه است عبارت «بدون مداخله غیرقانونی»^{۲۷} در بند ۱ ماده ۸ کنوانسیون کودک می‌باشد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که منظور از قانون، قانون داخلی و ملی و یا قوانین بین‌المللی است؟ در صورتی که بپذیریم مقصود قوانین ملی بوده، باید گفت که این ماده چیزی بیشتر از الزام به اجرای قوانین داخلی را مطرح نکرده است، از این رو این تفسیر تا حد زیادی حوزه این حق را محدود می‌کند. تفسیر دیگر آن است که «غیرقانونی» را به معنای «خلاف قانون ملی و بین‌المللی» شناسائی کنیم. زیرا کنوانسیون در جایی که بحث قانون ملی و داخلی را مطرح می‌کند، صراحتاً بدان اشاره کرده است.^{۲۸} به علاوه کنوانسیون وین در ماده ۳۱ خود بیان می‌دارد که یک کنوانسیون باید در پرتو اهداف و موضوع آن تفسیر شود از این رو می‌توان از این قاعده برای حل مشکل در کنوانسیون حقوق کودک استفاده کرد. به عبارت دیگر هدف ماده مذکور، حمایت از حق هویت کودک است و درصدد حمایت از سایر مصالح و منافع نیست. لذا اگر «غیرقانونی» به معنای «خلاف حقوق بشر شناخته شده ملی و بین‌المللی» تفسیر شود، نسبت به سایر تفاسیر مرجح است. برخی نیز اشکال وارد کرده‌اند که لحاظ کردن معنای این عبارت در

^{۲۷} Without unlawful interference.

^{۲۸} ماده ۷ بند ۲، ماده ۱۲ بند ۲، ماده ۲۰ بند ۲.

قالب حقوق بشر ملی و بین‌المللی مانع از آن می‌شود که یک دولت بخواهد اعمالی فراتر از حقوق بین‌المللی را در مورد حق کودک اعمال نماید. در حالی که ماده ۴۱ کنوانسیون کودک^{۲۹} مانع چنین برداشتی می‌شود (غنی زاده بافقی، ۱۳۹۶: ۱۴۵).

با توجه به متن ماده می‌توان اینگونه بیان داشت که دولت‌های عضو در زمینه حق بر هویت سه وظیفه دارند:

الف) *تعهد به احترام به هویت کودکان*؛ این تعهد به معنای آن است که دولت باید از مداخله بی‌دلیل در هویت افراد خودداری نماید. برای مثال در پرونده *Mónaco de Gallicchio v. Argentina*، دولت، کودکی را که والدینش ناپدید شده بودند، ربود، تاریخ تولد و نام او را تغییر داد و او را تحت نامی جعلی به فرزندخواندگی داد (Human Rights Committee, 1990: no 400). در این پرونده آرژانتین در حق بر هویت کودک دخالت کرده و آن را تغییر داد، لذا به وظیفه خود که احترام به هویت کودک باشد عمل نکرد. همچنین رفتارهای سلیقه‌ای و بدون پایه و اساس و ثبت نکردن تبعیض‌آمیز اسناد هویتی کودک نیز به این تعهد دولت خدشه وارد خواهد آورد. زیرا این امر دخالت در نام، روابط خانوادگی، مکان و ملیت کودک است.

ب) *تعهد به حمایت از هویت کودک*؛ این تعهد به معنای آن است که دولت‌ها باید اقدامات مشخصی را انجام دهند تا از ورود و دخالت سایرین در هویت کودک جلوگیری نمایند. برای مثال در پرونده *Awas Tingni v. Nicaragua*، افراد بومی از دولت خواستند تا به تحدید مرزهای سرزمین‌های جمعی ایشان پرداخته و از آن در مقابل توسعه خارجی حمایت به عمل آورد. اما دولت نتوانست این کار را انجام دهد و مرزهای ایشان را حفظ کند و از عهده وظیفه خود در حفظ روابط مشخص اجتماعی نسبت به سرزمین

29 Nothing in the present Convention shall affect any provisions which are more conducive to the realization of the rights of the child and which may be contained in:
(a) The law of a State party; or (b) International law in force for that State.

اجدادی‌شان برآید. به علاوه دولت‌ها باید از افراد خود در مقابل محرومیت از هویت حمایت کنند. سرشماری نفوس در راستای این امر می‌باشد که در جلوگیری از قاچاق افراد نیز مؤثر است.

ج) *تعهد به اجرای کامل هویت کودک*؛ این تعهد بدین معنا است که دولت‌ها باید تضمین کنند هر فردی فرصت توسعه هویتش را دارد. اهمیت دادن به ثبت هویت‌ها می‌تواند در این زمینه کارگشا باشد. برای مثال در پرونده *Yean Bósico v. Dominican Republic* دادگاه امریکایی از خوانده می‌خواهد تا کلیه اقدامات لازم را برای تضمین دسترسی کودکان -خواهان‌ها- به پروسه ثبت‌نام انجام دهند. توجه به ثبت-نام افراد تحت تابعیت مشخص می‌تواند در توسعه پویای هویت خود دولت نیز مؤثر باشد. (Combs, González: 17-18)

۱-۹-۳ دلیل

در لغت نامه دهخدا «دلیل» به معنای راهنما و راهبر آمده است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۳۳۷). دکتر سید حسن امامی دلیل را اینطور تعریف کرده اند که: «ادله و دلایل، جمع دلیل است و دلیل در لغت به معنای راهنما آورده شده است و همچنین هر معلوم که راهنمای اندیشه به مجهولی را داشته باشد نیز دلیل گفته می‌شود (امامی، ۱۳۷۸: ۱۶۹).

دلیل به معنای فقهی عبارت است از آنچه برای اثبات حکم شرعی به آن استدلال می‌شود و به معنای اصولی (حجت) به دو معنا آمده است: یکی اماره که دلیل ظنی اما معتبر است مانند خبر واحد که در برابر اصل عملی قرار دارد و دیگری قیاس (قضیه) مرکب از صغری و کبری است. در واقع دلیل رسیدن به آن علم را ممکن می‌سازد. به دیگر سخن دلیل چیزی است که قابلیت استنباط حکم شرعی از آن وجود دارد و وسیله‌ای است که مجتهد را وجداناً یا تعبداً به حکم واقعی می‌رساند. در واقع هر چیزی که با امضاء یا تأسیس شرع معتبر باشد و حکم یا موضوع حکم را ثابت کند، حجت است. مهم‌ترین ویژگی دلیل در مفهوم مدنی طبق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی^{۳۰} مصوب سال ۱۳۱۴ انحصاری بودن آن است.

^{۳۰} «دلایل اثبات دعوی از قرار ذیل است: ۱. اقرار. ۲. اسناد کتبی. ۳. شهادت. ۴. امارات. ۵. قسم.»

اقسام دلیل و حجت عبارت است از: حجت ذاتی که نیاز به جعل کسی ندارد و به قطع اختصاص دارد زیرا ذاتی آن است و حجت جعلی که ذاتاً و فی نفسه صلاحیت حجیت ندارد بلکه حجیت آن مستند به جعل شارع یا حکم عقل است که این قسم حجت در امارات و اصول جریان دارد (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۲۴۲). دلیل بودن آن هم این فایده را دارد که اماره کاشف از وجود واقعی حق در عالم خارج است در نتیجه بر تمامی اصول عملیه که به هیچ صورتی کاشف از واقع نیستند و فقط برای قطع کردن دعوا و فصل آن وضع شده اند، حاکم اند (کریمی، ۱۳۹۴: ۱۳۹).

دلیل به اعتبار میزان دلالتش به دلیل قطعی و ظنی تقسیم می شود. تفاوت دلیل قطعی و ظنی در نوع دلالتشان است، دلالت دلیل قطعی، ذاتی است به عبارتی قطع به ذاته حجت است اما دلالت دلیل ظنی، عرضی است و شارع آن را دلیل قرار داده مانند امارات که دلیل ظنی هستند و شارع آنها را حجت قرار داده است. دلیل ظن آوری مانند مصالح مرسله، به دلیل عدم تأیید شارع، جزء امارات قرار نمی گیرد. در حالی که اماره فقط دلیل ظنی است و قطعی نیست، در واقع هر دلیلی که ظن آور باشد دلیل ظنی محسوب می شود، اما اماره به طور خاص دلیل ظنی است که کاشفیت از واقع دارد و رابطه بین دلیل ظنی و اماره عموم و خصوص مطلق است؛ به طوری که هر اماره ای دلیل ظنی است، ممکن است این دلیل ظنی اماره باشد، ممکن است اماره نباشد. دلیل ظنی که کاشف است و شارع برای آن پشتوانه قرار داده که بتوانیم از آن به عنوان دلیل برای رسیدن به احکام شرعی استفاده کنیم اماره نامیده می شود. دلیل مثبت و متعلق احکام تکلیفی است و اماره مثبت و متعلق موضوعات خارجی و احکام وضعی است. تنها می توان گفت که اماره توسط یک دلیل قطعی به حجیت رسیده است، در واقع اماره به اوضاع و احوالی گفته می شود که هنوز به مرحله دلیل نرسیده است و فقط ظاهر قضیه را تبیین می کند. اماره قانونی، اماره ای است که قانونگذار به آن اماره اعتبار دلیل می دهد، ولی خودش ماهیتاً دلیل نیست (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۲۷).

به هنگام استفاده از دلیل در دعاوی، صرف اینکه شخص برای اثبات ادعای خود دلیل بیاورد، کافی بر اثبات حقانیت فرد نیست و دلیل را باید با همان خصوصیات و ترتیباتی که قانون معین کرده است،

ارائه کرد؛ یعنی هم از لحاظ زمان ابراز دلیل، هم از جهت محل ابراز و هم از نظر ترتیبی که قانون برای رسیدگی تعیین کرده است. مانند اینکه قانون بیان می‌دارد که خواهان باید دلایل خود را در دادخواست قید کند، یک حکم قانونی است و باید رعایت شود و نتیجه عدم رعایت آن، عدم قبول و عدم توجه به دلایل در جریان دادرسی است (مدنی، ۱۳۷۶: ۳۱).

۹-۴. ادله اثبات و نفی نسب

برای اثبات نسب مشروع لازم است که پدر و مادر طبیعی کودک زن و شوهر باشند، نزدیکی بین آنان واقع شود و کودک، ناشی از همبستری آنان پس از ازدواج باشد و در این صورت نسب پدری و مادری تجزیه ناپذیر است. در این حال در صورتی که حسن ادعا کند فرزند مشروع علی و فاطمه است، برای اثبات این ادعا باید

اولاً احراز شود که علی و فاطمه زن و شوهرند؛

دوماً اینکه حسن را فاطمه به دنیا آورده است؛

سوماً مدعی، همان فردی (حسن) است که از فاطمه به دنیا آمده است؛

چهارماً آبستنی فاطمه نتیجه نزدیکی او و علی بعد از ازدواج است.

در این صورت برای اثبات نسب، اقرار یا شهادت یا امارات لازم است (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۱۳۳). مورد دوم و سوم، نسب طفل را به مادر و مورد چهارم انتساب او را به پدر می‌رساند؛ به عبارت دیگر برای اینکه متوجه شویم که نسب مادری حسن چیست می‌توان از عامل دوم و سوم بهره گرفت و برای اثبات نسب پدری باید از عامل چهارم یاری گرفت. اینکه این طفل را مادرش به دنیا آورده است از طریق نسب مادری اثبات می‌کنیم و اینکه بارداری زن نتیجه نزدیکی با شوهرش بعد از ازدواج بوده را با نسب پدری می‌توان اثبات کرد. برخلاف نسب پدری که با دشواری به اثبات می‌رسد، در قانون ایران مقررات ویژه ای برای اثبات نسب مادری وجود ندارد و قوانین و مقررات آن را باید از طریق احکام عمومی ناظر بر دلایل

اثبات دعوی بدست آورد. در نسب پدری مدعی نسب باید اثبات کند که او حاصل نزدیکی پدر و مادرش است و برایش سندی نداشته باشد که در این صورت قانونگذار ناچاراً با کمک از اماره قانونی این مسئله را حل کند. (کاتوزیان، همان: ۱۳۹)

۱-۹-۴-۱. شهادت (گواهی)

یکی از دلیل‌های اثبات نسب به موجب ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ «شهادت» است. برای شهادت در ادله اثبات، حقیقت شرعیه یا متشرعه ثابت نشده است، و در اصطلاح فقهی «خبری است که شخصی به نفع یکی از طرفین دعوا و بر ضرر دیگری می‌دهد و خبر دهنده باید غیر از حاکم باشد» (نجفی، ۱۳۶۶: ۴۱).

در اصطلاح حقوقی نیز عبارت است از «شخصی که به نفع یکی از اصحاب دعوا و بر ضرر دیگری اعلام اطلاع و خبر از وقوع امری نماید. به عبارت دیگر به طور کلی انتقال حقیقت امری از ناحیه فردی که آن را دیده و شنیده باشد به فرد دیگری که آن را نشنیده است، می‌باشد» (مدنی، ۱۳۷۶: ۱۷۵).

شهادت به معنای اعم شامل اخبار فرد نزد مرجع قضاوتی از دیده‌ها یا شنیده‌ها یا سایر آگاهی‌هایی است که به صورت اتفاقی یا به درخواست یکی از اصحاب دعوا از موضوعی پیدا کرده است. در نتیجه فرق شهادت یا گواهی با اقرار در این است که اقرار به زیان خود و به سود دیگری است و همچنین فرقی با ادعا در این است که ادعا اخبار به سود خود و به زیان دیگری است. گواهی با کارشناس این تفاوت را دارد که کارشناس محسوسات خود را با دخالت دادن تخصص خود و نتیجه‌گیری از آنها ارائه می‌دهد، در حالی که گواه از دیده‌ها، شنیده‌ها یا سایر آگاهی‌های خود بدون دخالت دادن تخصص احتمالی خود، اخبار می‌کند، بدون آنکه خود از آن نتیجه‌گیری نماید. شهادت به معنای اخص همانی است که با عنوان بینه از آن یاد می‌شود. مانند البینه علی المدعی و الیمین علی المُنکر (شمس، ۱۳۸۷: ۱۳۶).

شهادت به عنوان اماره

شهادت با نظر قانونگذار به عنوان دلیل شرعی به دادگاه تحمیل می‌شود، و دادگاه مکلف است برپایه گواهی اقدام به صدور رأی کند. اما در صورتی که گواه یا گواهان برخی شرایط مقرر قانونی را نداشته باشد یا تعداد و یا جنسیت آنها به ترتیب مقرر قانونی نباشد، گواهی ارزش دلیل ندارد و اماره ای است که تشخیص ارزش و تأثیر آن با دادگاه است (شمس، همان: ۱۴۰).

ارزش شهادت

در فقه شیعه علاوه بر شرایط شاهد، مؤدای شهادت، تعداد شاهد هم مهم است و مطرح شده است و به اعتبار موضوع دعوی تعداد گواهان فرق می‌کند. قانون مدنی برای اثبات دعوی تعداد گواهان را مشخص نکرده است و در نتیجه مدعی می‌تواند هرچند گواهانی را که دارد به دادگاه معرفی کند. در قوانین جاری کشور ارزش بیان شاهد به نظر دادگاه است، می‌تواند شهادت یک نفر را درست و قانع کننده بداند ولی شهادت ده نفر طرف مقابل را رد کند و تلقینی بشناسد.

در ادله اثبات نسب نیز فردی شهادت به نسب زید می‌دهد؛ یعنی در دادگاه شهادت می‌دهد که زید طفل این شوهر و زن بوده است. براساس قواعد عمومی، شهادت می‌تواند تمام ارکان نسب را اثبات کند و تشخیص صحت چنین شهادتی برعهده دادگاه است و دادرس اجباری به تأیید مفاد گواهی ندارد (مدنی، ۱۳۷۶: ۱۸۸). در واقع نسب پدری مانند اقسام دیگر نسب از طریق شهادت قابل اثبات است (صفایی و امامی، ۱۳۹۳: ۶۵).

۱-۹-۴-۲. اقرار

از دیگر دلیل‌های اثبات نسب «اقرار» است که ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ اقرار را اینطور تعریف کرده است: «اقرار عبارت از اخبار به حقی است برای غیر بر ضرر خود»، در واقع این تعریف از تعاریف فقها اخذ شده است که: «هُوَ إِخْبَارٌ عَنْ حَقٍّ لَزِمٍ لِلْغَيْرِ»^{۳۱} (مقداد، ۱۴۲۲: ۱۷۷).

اگر اقرار دارای دو جهت باشد: جهتی به زیان مقر و جهتی به نفع او، نمی‌توان آن اقرار را از هر دو جهت معتبر دانست؛ زیرا آن جهت که به نفع مقر است ادعایی بیش نیست. مانند اینکه هرگاه کسی اقرار به فرزندی دیگری نسبت به خود را کند و این اقرار از هر جهت معتبر شناخته شود، نسب بنوت بین آن دو مسلم می‌گردد و هر یک از مقر و مقرله حقوق و تکالیفی نسبت به یکدیگر پیدا می‌کنند، مانند ولایت، حق انفاق، توارث، حرمت نکاح و امثال آن که در مواردی به زیان مقر و در مواردی دیگر به نفع او می‌باشد. در نتیجه با توجه به تعاریف از اقرار، آن جهتی که به زیان مقر است پذیرفته می‌شود و آنچه به نفع او است معتبر شناخته نمی‌شود تا بتوان به وسیله دیگر ادله آن را اثبات کرد. اما بنا بر جهاتی در مورد اقرار به فرزند صغیر در قانون مدنی رعایت این قاعده نشده است و آثار و احکام اقرار مزبور از هر دو جهت بر آن مترتب است (امامی، ۱۳۷۸: ۳۸).

برای اقرار به نسب قانونگذار شرایطی را مطرح کرده است؛ اولاً آنکه امکان تحقق نسب به طور عادت باشد یعنی مثلاً اگر کسی نسبت به فرزندی اقرار کند که فاصله سنی آنها حدود پنج سال باشد چنین اقراری خلاف عادت است. ثانیاً امکان تحقق نسب برحسب قانون وجود داشته باشد بدین جهت نسبی را

^{۳۱} شهید ثانی «لأنّ اقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق علی وقت الصیغه» / تحریر الوسیله (موسوی الخمینی، ج ۲، ص ۴۹) «اقرار خبردادن جازم به حقی است که برای خبردهنده الزام‌آور است یا خبردادن به چیزی است که حقی یا حکمی علیه خبردهنده به دنبال می‌آورد و یا خبردادن از نفی حقی است از او یا نظیر آن» / محقق اول می‌گوید: «هی اللفظ المتضمن لاخبار عن حق واجب»

که قانون نپذیرد نمی‌توان با اقرار ثابت کرد و ثالثاً تصدیق مقررله که اگر موارد قبلی مشکلی نداشت با این تصدیق این اقرار معتبر شناخته می‌شود (مدنی، ۱۳۷۶: ۶۵ - ۶۶).

در ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ نسبت به لزوم تصدیق مقررله اینطور مطرح شده: «اقرار به نسب در صورتی صحیح است که کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند مگر در مورد صغیری که اقرار بر فرزندی او شده در این صورت تصدیق مقررله شرط نیست و این مسئله استثنایی بر قاعده لزوم تصدیق مقررله است»، (نجفی، ۱۳۶۶: ۳۶، ۱۵۶) این کار قانونگذار نشان دهنده حمایت از فرزندان صغیر است.

قانونگذار همچنین در ماده ۱۱۶۱ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ اذعان داشته است که اگر شوهر به طور صریح یا ضمنی به ابوت خود اقرار کند، دیگر نمی‌تواند آن را انکار کند. شهید اول در این باره می‌فرماید: «شوهر فرزندی را که در فراش او به دنیا آمده با وجود شرایطی انکار کند اگرچه بنابر اقوی در زمان ولادت فرزند ساکت بوده البته به شرطی که قبل از انکار فرزند به طور صریح یا ضمنی اعتراف (به وجود او) نکرده باشد مانند آن جایی که او بگوید: خداوند این فرزند را برای تو مبارک گرداند» (الجبعی العاملی، ۱۳۹۶: ۶، ۱۸۷).

آنچه قانون مدنی متعرض آن نشده و در ابهامی آن را باقی گذاشته حدود اعتبار اقرار به نسب است. به نظر می‌رسد با دستور ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ که مقرر داشته: «قضات دادگاه-ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد». با توجه به ماده طبق عرف مسلم مذهبی:

اولاً در مورد اقرار به فرزند صغیر در صورتی که شرایط قانونی وجود باشد، تمام آثار و احکام نسب قانونی را بین مقرر و مقرله و هریک از آنان با خویشاوندان یکدیگر و همچنین خویشاوندان هر یک با خویشاوندان دیگری ثابت می‌شود؛ زیرا بر آن اجماع وارد است. طبق ماده ۸۸۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ « هرگاه پدر بعد از لعان رجوع کند پسر از او ارث می‌برد لیکن از ارحام پدر و همچنین پدر و ارحام پدری از پسر ارث نمی‌برند» اعتبار اقرار پدر در کار نیست بلکه به استناد اجماع این مسئله به وجود می‌آید و إلاً باید با رجوع از لعان و اقرار به فرزند صغیر، تمامی احکام نسب قانونی بین پدر و فرزند و خویشاوندان آنها جاری شود (امامی، ۱۳۷۸: ۴۶).

دوماً در مورد اقرار به فرزند کبیر، اقرار ایجاد نسب بین مقرر و مقرله می‌کند و به خویشاوندان آنها نیز سرایت نمی‌کند؛ زیرا این سرایت موجب تجاوز از حدود قاعده اقرار و تحمیل زیان بر غیر از مقرر می‌شود.

سوماً در مورد اقرار به خویشاوندان تأثیر اقرار نسبت به مقرر و مقرله وجود دارد و سرایت به خویشاوندان آنان نمی‌کند؛ زیرا قاعده اقرار موجب زیان غیر از مقرر نمی‌شود (امامی، ۱۳۷۸: ۴۷).

۱-۹-۳. اماره

یکی از راه‌ها در ادله اثبات دعوی نسب یاری جستن از «اماره» است. اصولیون کلمه «اماره» را بر معنایی که واژه «ظن» افاده می‌کند، اطلاق می‌کنند و منظورشان از ظن، «ظن معتبر» است؛ یعنی ظنی که شارع آن را معتبر کرده و حجت قرار داده است (مظفر، ۱۳۸۹: ۲، ۲۹).

اماره چیزی است که کاشفیت داشته باشد، راهی را به واقع نشان می‌دهد. البته کشف ناقصی که بواسطه جعل شارع نقصانش تکمیل می‌شود؛ اگر کشف تام باشد که برای انسان قطع می‌آورد؛ ولی چون کشف ناقص دارد، احتیاج به جعل حجّیت دارد. بعد از اینکه شارع اماره خاصی، یا همه امارات را برای ما حجّت کرد، بواسطه حجّیت شارع، آن نقصی که در ارائه واقع در این اماره وجود دارد، جبران می‌شود و

شارع او را بمنزله اماره تمام‌نما و کاشف تامّ قرار می‌دهد و آن برای انسان حجّت است. لذا امارات، از نظر حجّیت در درجه اول قرار دارند و باید بدانها عمل نمود (حسینی تهرانی، ۱۴۲۱: ۲۲۸).

به اعتبار مصدر ایجاد اماره، به اماره شرعی و عقلی قابل تقسیم است. اماره شرعی، در مقابل اماره عقلی به معنای اماره‌ای است که اعتبار کننده آن شارع مقدس است (آخوند خراسانی، ۱۳۷۹: ۲۷۵).

اماره مترادف کلمه حجّت در معنای اصولی است.^{۳۲} زمانی که به یک واقع یقین پیدا نکرده باشیم سراغ اماره می‌رویم. وقتی با استفاده از اماره مسئله‌ای ثابت می‌شود یعنی نه قطع برخلاف آن داریم نه قطع برموافقت آن، اگر فردی آنچه را که می‌خواهد با اماره ثابت کند قبلاً به وسیله قطع به آن دست یافته باشد، حجّیت اماره دیگر اعتبار ندارد؛ زیرا در صورت یقین روا نیست دیگر به اماره تکیه کنیم. اصل اولی حرمت عمل به ظن و دلیل آن هم آیات قرآن ذکر شده است^{۳۳} حال اگر بر همین ظن دلیل قطعی بر اعتبار آن اقامه شود مانند خبر واحد، ظواهر، می‌توان آن را معتبر دانست؛ زیرا اماره ظن معتبر و حجّیتش جعلی و اعتباری است. در نتیجه با توجه به نکات فوق می‌توان گفت که اماره نوعی دلیل است.

در فقه امامیه، «اماره» دلیلی است که به لحاظ حکایت یا کاشفیت ظنی آن از واقع، معتبر دانسته شده است. بدین معنا که ظن نوعی برآمده از اماره همچون علم، حجّیت دارد. البته با این تفاوت که حجّیت علم ذاتی است اما حجّیت ظن، جعلی و اعتباری است (مظفر، ۱۳۸۹: ۱۶، ۲).

در اصطلاحات حقوقی به موجب ماده ۱۳۲۱ مصوب سال ۱۳۱۴، «اماره عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته می‌شود.» از این ماده معلوم می‌گردد اماره، عبارت از امر معلومی است در خارج، که بوسیله آن امر مجهولی ثابت می‌شود. آن امر معلوم اوضاع و احوال خاصی است در خارج که دادرس را راهنمایی به امری می‌نماید که وجود آن مورد ادعا است و بدون

^{۳۲} «کل شیء یثبت متعلقه و لایبلغ درجه القطع»

^{۳۳} سوره نجم آیه ۲۸ «إن الظن لایغنی من الحق شیئاً»، «ظن و گمان هیچ اندازه ما را از حق بی نیاز نمی‌کند.» / سوره انعام آیه ۱۱۶ «إن یتبعون إلا الظن و إن هم إلا یخرون» «آنان جز از گمان خویش پیروی نمی‌کنند و فقط تخمین می‌زنند.»

راهنمایی اوضاع و احوال، آن امر مجهول می‌باشد. بدین جهت در هر موردی که آن اوضاع و احوال یافت گردید، حکم به وجود آن امر مجهول می‌شود.

اوضاع و احوالی که دادرس را به وجود امر مجهول راهنمایی می‌نماید، گاه موجبات و اسبابی هستند که مولد آن امر مجهول می‌باشند و گاه ملازمه با وجود آن دارند و گاه دیگر از آثار و بقایای آن امر مجهول- اند (امامی، ۱۳۷۸: ۲۰۷).

دکتر جلال الدین مدنی نیز اماره را با استفاده از ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ این‌طور تعریف کرده‌اند: «اماره امر معلومی است که به وسیله آن امر مجهولی که مورد ادعاست، ثابت می‌شود. اموری که به وسیله امارات ثابت می‌گردد، معتبر است و امارات کاشف از واقع هستند. در واقع اماره موجد علم ناقص برای قاضی است.» (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۰۱). اماره بر دو قسم قانونی و قضایی است.

امارات قانونی و قضایی

دکتر جعفری لنگرودی در کتاب ترمینولوژی حقوق در تعریف اماره، در بخش مدنی، اماره را اینگونه تعریف کرده‌اند: «اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی، دلیل بر امری شناخته شود (ماده ۱۳۲۱ ق.م مصوب سال ۱۳۱۴). اولی را اماره قانونی و دومی را اماره قضایی نامند» (جعفری- لنگرودی، بی تا: ۷۷).

در مورد اماره فراش این‌طور مطرح است که از امارات قانونی است که در ماده ۱۳۲۲ ق. م مصوب سال ۱۳۱۴ این‌طور بیان می‌دارد: «امارات قانونی اماراتی هستند که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مانند امارات مذکور در این قانون از قبیل مواد ۳۵ و ۱۰۹ و ۱۱۰ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ و غیر آنها و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».

اماره قانونی باید در قانون شناخته شود و دادگاه نمی‌تواند با قیاس بر اماره قانونی بیفزاید؛ در نتیجه موارد اماره قانونی محدود است (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۰۲). البته باید به این امر توجه کرد که امارات قانونی تنها

وسیله تخفیف بار دلیل اند نه معافیت از آن؛ زیرا هر اماره قانونی ایجاب می کند که بر مبنای امری که نسبت به آن آگاهی وجود دارد امری که نسبت به آن آگاهی وجود ندارد، استنتاج شود. پس در امارات قانونی مدعی باید امری را که نسبت به آن آگاهی دارد و اعمال اماره مشروط به آن است اثبات کند. بنابراین مدعی نسب باید وجود رابطه زوجیت بین زوج و مادر طفل را اثبات کند و باید معلوم کند که از تاریخ نزدیکی زوجین تا زمان تولد طفل کمتر از شش ماه و بیش از ده ماه نگذشته باشد (شمس، ۱۳۸۷: ۴۳).

اما اماره قضایی محدود به موارد خاصی نیست و در هر موردی که قرائن قاضی را به به حقیقت برساند اجرا می شود. در واقع اماره قضایی زمانی محقق می شود که اولاً در خارج آثاری داشته باشد که باعث اعتماد قاضی شود، ثانیاً اوضاع و احوال موجود به نظر قاضی امر مجهولی را معلوم کند، ثالثاً اعتبار اماره قضایی تا زمانی است که خلاف آن دلیلی نباشد، رابعاً اماره قضایی مرکب از چند قرینه است و یک قرینه نمی تواند به عنوان اماره قضایی باشد، یک قرینه را اگر قانون اعتبار دهد، عنوان اماره قانونی به خود می گیرد (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۰۳).

امارات نسبی و مطلق

اماره قانونی خود به دو قسم امارات نسبی و مطلق تقسیم می شوند. هرچند که در مورد اماره قانونی گفته شده که زمانی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن وجود نداشته باشد. با این حال اماره قانونی شامل موارد نسبی و مطلق می باشد.

امارات نسبی، به اماراتی اطلاق می شود که تا خلاف آن ثابت نشده معتبر می باشند. اگر بگوییم ماده ۱۳۲۳ مصوب سال ۱۳۱۴ اطلاق دارد، تمامی امارات قانونی نسبی شناخته می شود (امامی، ۱۳۷۸: ۲۱۲).

امارات مطلق یا امارات غیر قابل رد، امارات قانونی هستند که از نظر حفظ نظم عمومی و اجتماعی دلیل برخلاف آن پذیرفته نمی شود و نمی توان آن را از اعتبار انداخت. استقرار نظم در جامعه از اهداف اصلی

و اولیه قوانین است و این نظم ایجاب می‌کند که اختلاف بین افراد حل و فصل گردد و بعد از یک دوره رسیدگی و صدور حکم نهایی پایان بپذیرد. اعتبار قضیه محکوم بها مثال بارزی برای اماره مطلق است. قانون به خاطر این نظم فرض را بر این گذاشته است که حکمی که راجع به اختلاف بعد از یک دوره رسیدگی صادر میشود و عنوان حکم نهایی دارد مطابق با واقع است (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۰۶؛ امامی، ۱۳۷۸: ۲۱۳)

تعارض امارات قانونی و قضایی

با اینکه قانون همه امارات را اعم از قانونی و قضایی در ردیف ادله معرفی کرده است، اما امارات قضایی نزدیک به ادله و امارات قانونی نزدیک به اصول عملیه هستند که در بعض موارد ممکن است با هم تعارض داشته باشند که در این صورت مانند مورد تعارض دو دلیل هم قوه ساقط می‌شوند (امامی، ۱۳۷۸: ۲۲۳). هرگاه یکی اماره قانونی و دیگری اماره قضایی بود دادرس اماره قضایی را معتبر می‌داند در واقع ظنی که برای قاضی از اماره قضایی حاصل می‌شود نه تنها نسبت به اماره قانونی به یقین نزدیک‌تر است بلکه نسبت به سایر ادله هم این حالت را دارد. اماره قضایی مفید قطع و یقین است و اماره قانونی مفید ظن و در صورت تعارض، اماره قضایی رجحان دارد (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۰۸ و ۲۰۹؛ امامی، ۱۳۷۸: ۲۲۳).

۱-۹-۵. علم قاضی

در دعاوی اثبات نسب و تعیین هویت، علم قاضی و اعتبار حجیت آن در پرونده‌ها و رسیدن به حکم صحیح و قطعی همیشه مورد سؤال و بحث بوده است.

علم به معنای دانستن و آگاهی یافتن نسبت به ماهیت وقایع و اطراف است. در اصول فقه اثبات شده است که حجیت علم ذاتی است و مانند هر امر دیگر ذاتی نیازمند دلیلی برای اثبات نیست. از سویی در باب قضاوت، اصل نخستین که به آن استناد می‌شود، آن است که حکم از آن خداوند است و حکم هیچ کس بر دیگری نافذ نیست. حال سؤالی که وجود دارد این است که در این صورت باید به کدام اصل

رجوع کنیم؟ ممکن است تصور شود که براساس اصل حجیت ذاتی علم، حجیت علم قاضی نیاز به دلیل ندارد و باید دلایل عدم حجیت بررسی شود. به نظر می‌رسد در اینجا اصل مورد اتکا، اصل عدم حجیت علم قاضی باشد و مسئله اعتبار ذاتی علم ربطی به این موضوع ندارد؛ زیرا اصل اخیر حجیت علم را فقط برای شخص قاضی اثبات می‌کند، اما در باب قضا، صحه گذاشتن بر حکم و ترتیب اثر دادن بر آن مطرح است که توسط شخص ثالث صورت می‌گیرد. اینکه قلمرو اعتبار علم قاضی تا حدی باشد که موجب سقوط دعوا شود و دیگران ملزم به پایبندی آن باشند را قانونگذار مشخص می‌کند. به همین جهت اعتبار علم قاضی، همانند اعتبار بینه و سوگند، نیاز به دلیل دارد و تا زمانی که دلیلی بر اعتبار آن نیابیم، اصل عملی بر عدم آن استوار است (خوهرسندیان، ۱۳۸۲: ۱۵).

از سویی از گذشته تا به امروز، علم قاضی، اعتبار و حجیت آن در مورد اثبات دعوی مورد بحث بوده و این سؤال وجود دارد که حکم قاضی باید براساس ادله و شواهدی که در طی مراحل دادرسی توسط کارشناسان و اهل خبره در موضوعات تخصصی بدست می‌آورد و موجب اطمینان او می‌شود، صادر شود و یا او می‌بایست براساس علمی که قبل از دادرسی به آن موضوع دارد، حکم کند؟ (موسویان، ۱۳۸۴: ۹۴)

با توجه به دلایلی که در فقه مطرح می‌شود، منظور از علم و اطمینان قاضی آن علمی است که پس از بررسی‌ها و فحص در زمینه پرونده مورد نظر بدست می‌آید. امری که قابل دسترسی برای همگان بوده و علمی متعارف باشد. حصول علم با استعانت از ابزارهایی مانند مشاهده، معاینه پزشکی قانونی و ارجاع به کارشناس و اهل خبره صورت می‌گیرد. واگذاری امر به کارشناس نیز گویای این است که موضوع دارای جنبه فنی و تخصصی است و بنابراین دادگاه نمی‌تواند بدون نظر کارشناس آن را تشخیص دهد لکن در نهایت، احراز جنبه موضوعی دعوا با دادگاه است. همین رویارویی موجب می‌شود که بررسی تکلیف دادگاه در پیروی از نظر کارشناس از اهمیت شایانی برخوردار باشد. (شمس، ۱۳۸۷: ۲۱۰)

در حقوق موضوعه ایران، اعتبار علم قاضی هم در امور کیفری، هم حقوقی مورد قبول واقع شده است. ماده ۱۳۳۵ سابق قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴، از علم قاضی نام برده بود و این علم محدود به امارات

و اسناد بود، اما قانون آیین دادرسی مدنی مانند دیگر کشورها اجازه استفاده از علم را به دادرس نمی‌داد، به همین خاطر قاضی مجبور بود فقط بر مبنای ادله‌ای که اصحاب دعوا به دادگاه ارائه می‌کردند، تصمیم بگیرد، پس از حذف ماده مذکور، ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م مصوب سال ۱۳۷۹ مطرح شد که مقرر می‌داشت: «در کلیه امور حقوقی، دادگاه علاوه بر رسیدگی به دلایل مورد استناد طرفین دعوا، هرگونه تحقیق یا اقدامی که برای کشف حقیقت لازم باشد، انجام خواهد داد.» با وضع این ماده، دست قاضی برای استفاده از علم خود در دعاوی حقوقی باز گذاشته شد. (خوهرسندیان، ۱۳۸۲: ۳۵)

امروزه نیز علم قاضی از مهم‌ترین طرق اثبات احکام قضایی به شمار می‌رود و با پیشرفت علوم مخصوصاً در زمینه پزشکی، اگر قاضی از طریق وسایل مطمئن در پزشکی قانونی مانند آزمایش DNA در موردی علم و یقین پیدا کرد، این علم برای او حجت بوده و معتبر است.

۱-۹-۶. اماره فراش و آزمایش DNA

اماره فراش نیز در زمان پیامبر صلی اله علیه و آله و سلم مطرح شد و قاعده آن به دلیل حدیث متواتری که نقل شده به شهرت رسیده است، به همین دلیل به نظر می‌رسد که رسول خدا این مسئله را در عرف جامعه آن زمان بکار برده‌اند نه اینکه بخواهند یک حکم شرعی را بیان کنند، البته به طور کلی مشخص است که تمام احکام شرعی در راستای حفظ و حریم افراد بوده است و این اماره نیز مستثنی نیست.

در واقع اماره فراش بحث حریم خانواده و عفت زن را در نظر دارد. شاید بدین جهت است که در مراجع قضایی خانواده در تعیین نسب بیشتر از این اماره استفاده می‌شود؛ زیرا حریم زن و خانواده و جامعه را در نظر دارند. وقتی پیامبر صلی اله علیه و آله و سلم می‌فرمایند: «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ»؛ یعنی نوزاد متعلق به کانون خانواده است و تا زمانی که این خانواده هست زن و مرد نیز به یکدیگر تعهد اخلاقی دارند (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۳۹).

مسئله DNA به عنوان امری مستحده در تعیین هویت افراد، در بین جامعه فقهی و حقوقی مطرح است؛ فقهای متقدم متعرض روش های جدیدی از جمله DNA نشده اند. هم چنین از بین حقوقدانان مانند دکتر حسن امامی معتقدند که «چنانکه شوهر مدعی گردد که طفل متولد از زنی که به او نسبت داده شده از او نیست و زن به استناد اماره فراش طفل را ملحق به شوهر بداند، شوهر می تواند از دادگاه درخواست نماید که خون او و طفل تطبیق شود تا ثابت شود که طفل از آن او نمی باشد و هم چنین است بالعکس هرگاه کسی مدعی بنوت طفل شود و مادر منکر آن شود و اینکه اکثراً این نوع آزمایش را در صورت علم قاضی و در کنار کار کارشناسانه در نظر می گیرند و این را در نظر دارند که اگر قاضی به یقین برسد یا اینکه بگوید که با استفاده از این آزمایش می تواند قرینه ای باشد بر حل پرونده ها این کار را می تواند انجام دهد» (امامی، ۱۳۸۷: ۸۴).

۱-۱۰. پیشینه تحقیق

در کلیه تأملات و مقالاتی که در حوزه نسب، اماره فراش و آزمایش دی ان ای وجود دارد، تمرکز بیشتر بر روی دلایل اثبات و یا نفی نسب با استفاده از آزمایش DNA است و حتی برخی از نویسندگان به عدم حجیت این نوع آزمایش حکم داده اند.

در مقاله «بررسی حجیت آزمایش دی ان ای در نفی نسب» نوشته اعظم پيله و دیگران، نویسنده بیان می - دارد که از دیدگاه فقها نفی نسب یا نفی ولد، حصر در لعان است البته در صورت تحقق اماره فراش. اما در نظر حقوقدانان برخی عقیده دارند که با استناد به ماده ۱۳۲۳ ق.م.محدودیتی به لحاظ دلیل در قانون مدنی وجود ندارد و تنها راه نفی ولد لعان نیست و برخی گفته اند حفظ ثبات خانواده با نظر فقها سازگارتر است. نویسنده در گام بعدی به بررسی حجیت فقهی - حقوقی دی ان ای در نفی نسب پرداخته و ادله موافقان و مخالفان را بررسی کرده و در آخر نویسنده به این نتیجه رسیده که حکم شرعی لعان از طریق قرآن، سنت و اجماع ثابت شده و حکمی تبعی است و این آزمایش نمی تواند جای حکم شرعی قرار بگیرد و قائل به عدم پذیرش حجیت آزمایش دی ان ای در نفی نسب شده است.

تفاوت این پایان نامه با این مقاله در این است که نویسنده لعان را نه به خاطر حکم تبعی بلکه به دلیل شرایط اجتماعی جامعه و خانواده قبول دارد.

مقاله دیگر نوشته نایب یزدانی پور و دیگران با نام «بررسی و تحلیل فقهی-حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب» به نظریات فقها و حقوقدانان در حجیت این نوع آزمایش در اثبات نسب پرداخته و بیان داشته است که در بین فقها دیدگاهی وجود دارد مبنی بر اینکه کسانی مطلقاً مخالف و افرادی در صورت علم قاضی موافقاند و از بین حقوقدانان کسانی که قائل به عدم حصر ادله اثبات نسب به اماره فراش به آزمایش DNA اشاره کرده‌اند و سپس حجیت آزمایش DNA را به صورت یک دلیل قطعی مطرح کرده و بیان کرده که قطع حاصل از آزمایش DNA قطع اصولی است و همچنین بیان شده که برای تأیید حجیت این نوع آزمایش در فقه می‌توان به علم عرفی استناد کرد که ملاک آن بناء عقلاء است. در این مقاله نویسنده قائل به حجیت آزمایش دی ان ای در اثبات نسب شده‌است.

تفاوت این پایان نامه با مقاله حاضر در این است که این نوع آزمایش را در اثبات نسب به عنوان یک اماره قضایی در نظر گرفته که باید به قطع قاضی برسد.

در مقاله ای دیگر با عنوان «نقش DNA در اثبات نسب» نوشته اعظم پيله و دیگران، این طور آمده است که آزمایش DNA قطعیت بالایی دارد اما به لحاظ یک امر مستحدث باید جایگاهش مشخص شود. نویسنده در پاسخ به این سؤال که وقتی رابطه ابوت و بنوت به طور قطعی از طریق آزمایش DNA ثابت شد این نسب با معنای شرعی سازگار است یا خیر، بیان می‌دارد که نسب حقیقت شرعی نیست که مستلزم جعل شارع باشد بلکه حقیقت عرفی است که آثار شرعی را به دنبال دارد. در نتیجه اگر با آزمایش DNA نسب طبیعی فرد را که حاصل از نکاح مشروع نبوده اثبات نماید، در واقع نسب به معنای حقیقت عرفی را که مبنای شارع می‌باشد اثبات کرده و در صورت شک در وجود مانع (زنا) برای احکام ارث می‌توان بنا بر نظر حقوقدانان عدم زنا را استصحاب کرد و آثاری را بر آن بار کرد و در آخر نتیجه‌ای که نویسنده در این مورد اتخاذ می‌کند این است که این نوع آزمایش افزون بر نسب طبیعی، نسب شرعی را هم می‌تواند اثبات کند و در فرض تعارض با سایر ادله از جمله اماره فراش با توجه به علم‌آوری و کاشف از واقع بودن این آزمایش و ظنی بودن اماره فراش، این آزمایش را مقدم کرد. البته نویسنده باز هم این نوع

آزمایش را به عنوان نظر کارشناسی بیان کرده که می‌تواند در حل پرونده‌ها مؤثر باشد و جایگاه اماره قانونی بودن این آزمایش را گام مهمی در راستای بازکردن گره‌های تعیین نسب عنوان کرده است.

تفاوتی که این پایان نامه با این مقاله دارد در نوع بیان آزمایش DNA به عنوان اماره و دلیل است. فقها و حقوقدانان و متخصصان علم ژنتیک نظرات متفاوتی در مورد این آزمایش دارند.

در مقاله «نقش آزمایش‌های دی ان ای در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران» نوشته مهشید سادات طبائی، نویسنده سعی کرده به حجیت علم قاضی بپردازد زیرا اکثر فقها بر این باورند که در صورت حصول علم برای قاضی این نوع آزمایش حجیت دارد و هم چنین به حجیت ادله اثبات دعوی پرداخته و اینکه این ادله غیر حصری است پس می‌توان از ادله دیگر نیز مانند این آزمایش استفاده کرد و در آخر به این نتیجه رسیده است که ادله اثبات دعوی و اعتبار آنها نسبی است و تنها راه برای رسیدن به واقع، توسط شارع تعیین شده است این راه‌ها محصور از طرف شارع نیستند از این رو امکان تلقی این آزمایش به عنوان یک دلیل مستقل وجود دارد ضمن اینکه بسیاری از فقها و حقوقدانان حجیت آزمایش دی ان ای را در صورت حصول علم برای قاضی لازم می‌دانند.

همچنین تفاوت این پایان نامه با این مقاله در این است که نویسنده در جهت پایداری خانواده این موضوع را مورد بررسی قرار داده و باید دید در صورت ایجاد آزمایش DNA به عنوان دلیل مستقل می‌توان به یک جامعه ایده آل رسید؟

در مقاله «نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی نفی نسب» نوشته هاجر یاسینی نیا و دیگری، نویسنده به انواع دعاوی نفی ولد پرداخته که شامل نفی ولد به دلیل عدم تحقق اماره فراش، نفی ولد به دلیل اثبات خلاف اماره فراش و نفی ولد ناظر به تعیین هویت طفل می‌شود، نویسنده قائل است در مورد اولی و دومی آزمایش DNA به دلیل حفظ کیان خانواده و وجود لعان اجرا نمی‌شود و در مورد سومی نیز می‌تواند به عنوان اماره قضایی در برخی از پرونده‌ها اجرا شود و کمک به علم قاضی کند. از نظر نویسنده این مقاله این آزمایش دلیل قطعی و یقینی نیست و نمی‌تواند بر اماره فراش مقدم شود. نویسنده این نظر را دارد که

در اماره فراش امنیت و نظم اجتماعی، تعهدات اخلاقی، عفت خانوادگی و آرامش لحاظ می‌شود در حالی که این نوع آزمایش به دلیل خطای انسانی این موارد را دارا نیست. در مقاله نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی اثبات نسب، نویسنده در مورد انواع دعاوی اثبات نسب این طور گفته است که نسب در مفهوم خاص شامل رابطه خونی و حقوقی بین فرزند و پدر و مادر است و خویشاوندان را شامل نمی‌شود. ایشان اظهار دارند که در اثبات نسب پدری که از سوی فرزند است، غالباً با شهود ثابت می‌شود و از آزمایش DNA هم می‌توان در صورت نبود شهود استفاده کرد. البته میزان اعتبار آن بستگی به علم قاضی و قرائن دیگر دارد. نویسنده در قسمت یافته‌های پژوهش این چنین بیان می‌دارد «استفاده از آزمایش DNA در دعاوی اثبات نسبی که اماره فراش مطرح نیست و اثبات هویت افراد مطرح است مانند آزمایش خون، رابطه خونی را اثبات می‌کند و اعتبار آن در حد کارشناسی است. و اینکه این آزمایش نمی‌تواند نسبی را نفی یا اثبات کند و در نهایت فقط می‌تواند رابطه خونی را اثبات کند»

تفاوتی که این پایان نامه با مقاله فوق دارد در این است که نویسنده درصدد این است که بگوید این آزمایش قطعی است اما به دلیل شرایط اجتماعی نمی‌توان به آن استناد کرد.

در پایان نامه کارشناسی ارشد تألیف امین بابائی (۱۳۹۵)، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، دانشکده حقوق و معارف اسلامی) با عنوان «قاعده فراش و یقین قاضی براساس DNA» نسب و ادله اثبات دعوی توضیح داده شده و برای اثبات نسب، اماره فراش مورد بررسی قرار گرفته است. پایان نامه مزبور سعی بر آن داشته که آزمایش DNA را به عنوان اماره قضایی در کنار این اماره به عنوان یکی از ادله اثبات نسب مطرح کند؛ امری که می‌تواند به حل پرونده و پیشبرد آن به قاضی کمک نماید. به عقیده نویسنده در صورت تعارض این دو اماره، اماره قضایی ارجح است.

کاری که در این پایان نامه مورد بررسی قرار گرفته و این کار را با پایان نامه فوق متمایز کرده در این است که این کار سعی در این دارد که رویکرد فقهی و حقوقی را مورد تحلیل قرار دهد و آزمایش DNA را در اثبات و نفی نسب بررسی کند.

هم چنان که در مورد حجیت علم قاضی در مقاله بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران نوشته آقای خورسندیان آمده است که منظور از علم در حجیت علم قاضی، علم متعارف است یعنی همان اطمینان و علم عرفی که مردم آن را کاشف از واقع و موجب سکون نفس می‌دانند و تفکیک بین علم حسی و حدسی موجه نیست. در حقوق موضوعه ایران اعتبار علم قاضی به عنوان یکی از ادله اثباتی هم در حقوق مدنی هم در کیفری مورد پذیرش است.

به طور کلی تفاوتی که پایان نامه حاضر با تلاش‌های صورت گرفته در این حوزه دارد، عدم توجه به این نوع آزمایش در قالب «اماره» ای هم عرض و یا جایگزین اماره فراش است. به عبارت دیگر این موضوع مورد بررسی است که آیا آزمایش DNA به دلیل عدم حصری بودن ادله اثبات نسب و به دلیل درصد بالا در قطعیت می‌تواند اعتبار داشته باشد و یا به عنوان اماره و حتی دلیل مستقل قرار گیرد تا بتواند با لحاظ حفظ امنیت و آرامش خانواده بر اماره فراش مقدم شود یا خیر.

فصل دوم

بررسی ماهیت اماره فراش و آزمایش DNA

۲-۱. مقدمه

همانطور که بیان شد اماره فراش به عنوان یکی از مهم ترین دلیل های اثبات نسب استفاده می شود، این اماره از زمان حضرت رسول صلی اله علیه و آله و سلم وجود داشت و دلیل آن را حفظ عفت زن معرفی کرده اند.

در این فصل قصد داریم راجع به این اماره و یکی دیگر از دلیل های تعیین هویت و نسب یعنی آزمایش DNA صحبت کنیم و به مقایسه این دو پردازیم و همچنین رویکرد فقهی این آزمایش و نظرات فقه های معاصر و حقوقدانان راجع به آن را تحلیل کنیم.

۲-۲. اماره بودن فراش

در خصوص حدیث پیامبر «الْوَكْدُ لِلْفَرَّاشِ» که مشخص می کند اماره معتبر در اثبات نسب شرعی و قانونی کودک فراش است و زمانی که شک و تردید در نسب او باشد؛ یعنی شک کند که طفل به دنیا آمده از آن کیست، و در موردی هم الحاق طفل به غیر شوهر امکان داشته باشد و هم الحاق آن به شوهر ممکن باشد که در این حالت شارع الحاق طفل را به شوهر لازم دانسته و تعهد به ظن حاصل از فراش را معتبر شمرده است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۵). در دعاوی نسب نیز به همین شیوه رسیدگی می شود؛ یعنی قاضی از این اماره ظن به نسب پیدا می کند و چون اماره فراش توسط ادله قطعی حجیت به اثبات رسیده، پس معتبر است.

رابطه اماره و دلیل مانند دادرس جانشین و دادرس اصلی است: در غیاب دادرس اصلی، دادرس جانشین حاکم بر دعواست ولی با حضور حاکم اصلی اقتدار خود را از دست می دهد و نمی تواند در برابر حکم او مانعی ایجاد کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۸). به همین صورت زمانی که دلیلی به دادگاه ارائه می شود، اماره ارزش اثباتی خود را از دست می دهد.

۲-۳. حصری نبودن اماره فراش

قانونگذار ایران در ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ بیان می‌کند: «امارات قانونی در کلیه دعاوی اگرچه از دعاوی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات نیست، معتبر است مگر آنکه دلیل برخلاف آن موجود باشد.» از این ماده چنین برداشت می‌شود که در زمینه نسب هیچ محدودیتی از لحاظ دلیل قائل نشده است و هریک از ادله اثبات ونفی دعوی در این باره می‌تواند موثر باشد. بنابراین اماره فراش دلیل منحصر اثبات نسب قانونی نیست و می‌توان از ادله دیگر مانند گواهی گواهان، آزمایش پزشکی و قرائن و امارات قضایی انتساب پدری را اثبات کرد. مانند اینکه هرگاه طفلی کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه از تاریخ نزدیکی زوجین با هم متولد شود ذی نفع به وسیله اقرار شوهر یا آزمایش پزشکی، می‌تواند طفل را به شوهر نسبت دهد یا اینکه فرزند می‌تواند برای اثبات نسب پدری دلیلی به جز اماره فراش بیاورد و در مقابل پدر نیز می‌تواند جهت اثبات نسب فرزندى به هر یک از ادله استناد کند (امامی، ۱۳۷۸: ۱۸۰؛ صفائی، امامی، ۱۳۹۳: ۶۵). از نظرات دکتر امامی این طور استنباط می‌شود که هرگاه دلیلی برخلاف اماره ارائه شود تا بتوان به یک یقینی دست یافت، از اماره باید دست کشید و مطابق دلیل باید نظر داد. به عبارتی اماره قانونی زمانی می‌تواند در امر مجهولی معتبر باشد که دلیل قطعی آن را نقض نکند، بنابراین تا زمانی به امارات قانونی اعتماد می‌کنیم که دلیلی برخلاف آن یافت نشود. ایشان پذیرفتن دلیل برخلاف اماره قانونی را قاعده کلی و مبتنی بر عقل و منطق حقوقی بیان می‌کنند اما از نظر نظم اجتماعی در موارد مخصوص این قاعده با استثنائاتی مواجه می‌شود که در این صورت دلیل برخلاف آن پذیرفته نمی‌شود (امامی، ۱۳۴۶: ۲۱۲).

بیشتر حقوقدانان نیز به عدم انحصار ادله اثبات در حقوق ایران اشاره کرده‌اند. از جمله اینکه قانونگذار ایران در زمینه اثبات نسب هیچ گونه محدودیتی به لحاظ دلیل قائل نشده و هریک از ادله اثبات دعوی در این باره می‌تواند بکار آید. ایشان در این رابطه بیان می‌دارند که: «در اثبات نسب، علاوه بر قاعده فراش و اقرار در حقوق کشورهای اسلامی از جمله ایران می‌توان نسب را از طریق شهادت شهود، اثبات کرد» (صفائی و امامی، ۱۳۹۳: ۷۰) و برخی با بیان اینکه اماره فراش دلیل منحصر به فرد اثبات نسب قانونی نیست و از

ادله دیگر می‌توان استفاده کرد و اساساً هیچ کدام از امارات دلیل منحصر به فرد نیستند مگر اینکه قانون صراحتاً آنها را مثبت بدانند؛ به همین منظور دکتر امامی بیان می‌کند که: «از اطلاق ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی معلوم می‌گردد که هر دلیلی که بتواند خلاف اماره فراش را اثبات کند، پذیرفته است و آن را از اعتبار می‌اندازد» (امامی، ۱۳۷۸: ۲۱۸).

از نظر دکتر کاتوزیان «قاضی خانواده در دادگاه در پرونده‌های اثبات نسب قاعده ثابت حقوقی را وضع نمی‌کند، بلکه می‌خواهد در مقام اثبات قضیه‌ای بعضی امور را کاشف از واقع در نظر بگیرد و مدعی را از اثبات امری که موافق با آن قرائن است معاف کند در نتیجه اگر با دلیلی ثابت شود که موضوع مورد نزاع تابع موارد غالب نیست، قرینه قانونی اعتبار خود را از دست می‌دهد. در واقع اعتبار هر دلیل بدین صورت است که بتواند در راه وصول به حقایق خارجی مفید واقع شود و کاشفیت دلیل موجب می‌شود که خلاف آن را همیشه بتوان ثابت کرد. در این صورت این طور می‌توان نتیجه گرفت که اولاً خلاف اماره را هراندازه که محکم و قطعی باشد مانند دیگر دلیل‌ها می‌توان ثابت کرد و ثانیاً به خاطر اینکه اماره قانونی تنها متکی به ظاهر و غلبه است از نظر کشف واقع و قدرت اثبات بعد از سایر دلیل‌ها قرار دارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰).

۲-۴. فراش حکمی شرعی یا عرفی

بحثی که در اینجا مطرح است و به نظر مهم می‌آید این است که این روایت «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ» را باید حکم شرعی و تعبدی در نظر بگیریم یا یک امر عرفی و عقلایی؛ اگر «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ» یک امر عرفی باشد، باید آن را در همان حال و هوای آن زمان و موقعیت زمانی آن دوران در نظر گرفت و برداشت‌های عقلانی از آن بکنیم و اگر ثابت شود که مضمون این قاعده امری امضایی است یعنی پیامبر(ص) این مطلب را به عنوان یک عرف رایج اجتماعی تأیید کرده اند، تفسیرها و برداشت‌ها از این قاعده متفاوت خواهد شد (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۱۶).

مانند حدیثی که حضرت امیر در جواب معاویه فرمودند: «و اما اینکه گفتی: من زیاد را فرزند پدرش ندانستم. من فرزندی او را انکار نکردم بلکه رسول خدا صلی اله علیه و آله و سلم با این فرمایش خود» فرزند از آن فراش است و برای زناکار سنگ است» فرزندی او را انکار کرد» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۲۴).

عبارت «فإن لم أنفه بل نفاؤه رسول اله (ص) إذ قال:.....» نشان می‌دهد که ایشان نفی و انکار را به حضرت رسول صلی اله علیه و آله و سلم نسبت داده اند نه به خداوند متعال و از این مطلب معلوم می‌شود که حکم از احکام حکومتی است که خداوند در آیه ۵۹ سوره نساء اطاعت آن را واجب کرده است (یاسینی نیا؛ عامری، ۱۳۹۴: ۳۸).

در نتیجه اماره فراش بسته به شرایط هر جامعه مطرح می‌شود و دیگر محصور نیست. البته برخی نیز مخالف این نظریه هستند و بر این عقیده اند که جمله «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ» جمله‌ای خبری است که در واقع انشایی است. پیامبر صلی اله علیه و آله و سلم در مقام بیان حکم شرعی اند نه در مقام خبر دادن از واقعه ای طبیعی و خارجی. به طور کلی قضایای شرعی و فقهی که به شکل جملات خبری آمده- اند در حقیقت انشاء حکم هستند، اگرچه به صورت اخبار باشند. برای مثال در احادیثی که نقل شده از ائمه علیهم السلام فرموده‌اند «يُغْتَسَلُ» و «يُعِيدُ» در واقع بیان و انشاء حکم شرعی می‌کنند؛ یعنی مکلف باید غسل کند و نماز را اعاده کند، نه اینکه خبر از غسل و اعاده مکلف باشد و اگر این عبارات انشایی نباشد در بعضی مواقع ممکن است مستلزم دروغ و خلاف واقع شود (لطفی، ۱۳۸۱: ۲۵۴ و ۲۵۵).

۲-۵. اماره یا دلیل بودن آزمایش DNA

با توجه به مطالبی که گفته شد و تعاریفی که از اماره و دلیل بودن یک مسئله آوردیم و با توجه به نظرات حقوقدانان این طور می‌توان استنباط کرد که آزمایش DNA یکی از امارات قضایی، یعنی همان اوضاع و احوالی است که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود و قاضی از آن اوضاع و احوال نسبت به یک امر مجهولی، قطع و یقین پیدا می‌کند. امارات قضایی به رأی و نظر قاضی وابسته است و برخلاف اماره قانونی محدود نبوده و به مصادیق زیادی می‌توان استناد کرد. از نظر بعضی حقوقدانان آزمایش DNA را نمی‌توان اماره قانونی دانست زیرا در قانون صراحتاً ذکر نشده^{۳۴} و زمانی هم می‌توان این آزمایش را اماره

^{۳۴} برگرفته از مصاحبه با دکتر صفری، استاد دانشگاه تهران، دانشکده حقوق و علم سیاسی، توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۱.

قضایی نامید که به قطع قاضی برسد و قطع قاضی نیز براساس اسباب و مقدمات مختلف با هم متفاوت است یعنی ممکن است قاضی به قطع برسد، ممکن است نرسد و نمی‌توان افراد را ملزم در مسئله قطع نمود.^{۳۵} در واقع علم و قطعی که قاضی به آن می‌رسد، علم عرفی است؛ یعنی علمی که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی بدان رسیدند، احتمال خلاف آن را در نظر نمی‌گیرند، حتی اگر احتمال خلاف آن عقلاً امکان‌پذیر باشد؛ زیرا علم عرفی باعث اطمینان می‌شود (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۳۸) و به دلیل همین اطمینان می‌تواند حجت باشد.

البته این نظر هم وجود دارد که با توجه به قطع بودن این آزمایش، آیا می‌توان آزمایش DNA را دلیل مستقل به شمار آورد؟

از نظرات حقوقدانان و فقها این طور استنباط می‌شود که در حال حاضر به دلایل مختلف- از جمله مسائل اجتماعی و دینی- نمی‌توان این آزمایش را دلیل مستقل دانست و سعی حقوقدانان بر این است که این آزمایش در حد اماره قضایی باشد که می‌توان به آن اعتماد کرد و این آزمایش را هم در حد دلیل ظن معتبر بدانیم. امارات ما را به واقع می‌رسانند، مانند اینکه اماره ید نشان دهنده مالکیت است؛ یعنی در واقعیت اجتماعی، ید مالکیت می‌آورد. در این صورت نیز آزمایش DNA که ۹۹/۹ درصد واقعیت را به ما نشان می‌دهد باید اماره‌ای باشد برای رسیدن به واقعیت و نباید نادیده گرفته شود. برخی نیز در تعارض اماره قانونی و قضایی، اماره قضایی را مقدم می‌دانند؛ زیرا اماره قضایی مفید قطع و یقین است و اماره قانونی مفید ظن و با وجود قطع به امری موردی برای عمل به ظن باقی نمی‌ماند در نتیجه اماره قضایی بر اماره قانونی رجحان دارد (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۰۹).

به گفته دکتر کریمی «DNA و نتایج آن به عنوان دلیل جدید علمی در ردیف امارات قرار می‌گیرد. در حقیقت، دلیل دلالت بر امر یا اخبار افراد انسانی می‌کند. با توجه به اینکه موضوع دلالت DNA از پیش در قانون ما تعیین

^{۳۵} همان.

نشده است، نتیجه این آزمایش اماره قضایی محسوب می‌شود.^{۳۶} ایشان هم بر این باورند که این آزمایش می‌تواند به عنوان اماره مورد استناد قرار بگیرد.

۲-۶. رویکرد فقهی در اثبات و نفی نسب از طریق آزمایش DNA به عنوان اماره انتساب

گفته شد که فقهای متقدم امامیه مخالفتی در نقش روش‌های جدید در اثبات نسب ندارند در نتیجه این طور می‌توان استنباط کرد که در اثبات نسب از دلایل دیگر به جز اماره فراش من جمله آزمایش DNA نیز می‌توان استفاده کرد؛ زیرا به نظر مرحوم میرزا حسن بجنوردی «اماره فراش در صورت شک در تعیین نسب ایجاد می‌شود و وقتی از راه اماره فراش نتوان به حقیقت رسید می‌توان از راه‌های دیگر کمک گرفت» (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۰).

جناب محسنی قندهاری نیز بر این معتقدند که «اگر از نظر طب قطعاً یا به گونه ای که موجب اطمینان حاصل شود، دلالت DNA بر ابوت و بنوت ثابت شود، آن را مطلقاً چه در اثبات چه در نفی نسب می‌پذیریم» (المحسنی قندهاری، ۱۴۱۴: ۲۳۴).

۲-۶-۱. رویکرد فقهی دلیل بودن آزمایش DNA

برخی از فقهای معاصر از جمله آیت اله سیستانی بر این عقیده‌اند که این آزمایش می‌تواند به عنوان یک دلیل قطعی، مورد استناد قرار گیرد.

ایشان در خصوص استنادپذیری آزمایش مذکور بیان داشته اند که: «اگر نتیجه گیری موجب علم باشد و منشأ آن استنباط شخصی متخصص نباشد، بر اماره فراش مقدم است.^{۳۷} از این رو در صورت عدم دخالت نظر متخصص می‌توان از آزمایش مذکور به عنوان یک دلیل قطعی یاد و بدان استناد نمود. زیرا با وجود علم که ذاتی در قطع است روا نیست که به اماره عمل کرد.

^{۳۶} برگرفته از مصاحبه با دکتر عباس کریمی توسط روزنامه ایران مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۴.

^{۳۷} طی استفتاء مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۰۳ به شماره رهگیری ۶۷۴۶۱۴.

برخی مانند جناب آقای انصاری از استادان حوزه نیز این طور استدلال کرده‌اند که: « مراد از اماره، ظن معتبر است و از فراش، ظن به نسب ایجاد می‌شود. از آنجا که اماره فراش توسط ادله قطعی حجیت یافته معتبر است. حال اگر این اماره با آزمایش DNA تعارض پیدا کند، مانند اینکه اماره فراش بر نسب و آزمایش DNA بر عدم نسب دلالت کند، در این حالت اگر از طریق DNA علم و قطع حاصل شود بر اماره فراش مقدم است، از باب تقدیم قطع بر ظن و اماره. اگر از DNA تنها ظن حاصل شود و در عین حال بر اعتبار این ظن دلیل قطعی دلالت نمی‌کند، اماره فراش مقدم است، چرا که اماره فراش ظن معتبر و DNA ظن غیر معتبر می‌باشد و ظن معتبر بر ظن غیر معتبر مقدم است.»^{۳۸}

به طور کلی با توجه به نظرات فقها و حقوقدانان در این مسئله نیز باید قائل به تفصیل شد؛ بدین نحو که اگر این آزمایش برای ما قطع را به دنبال داشت باید به آن عمل کرد و استناد به اماره معنایی ندارد و اگر این آزمایش برای ما ظن را ایجاد کند، دیگر نمی‌توان به آن استناد کرد؛ زیرا ظن غیر معتبر است.

در فقه درباره دلیل بودن یا نبودن این آزمایش استدلالی صورت نگرفته است و در واقع ضوابط دلیل بودن نیز تعیین نشده و تشخیص مصداق به عهده اهل فن گذاشته شده است. در این صورت می‌توان درباره این آزمایش به متخصصین و اهل فن رجوع کرد. البته ملاحظات اجتماعی و اخلاقی یکی از دغدغه‌های مهمی است که نمی‌توان آن را نادیده گرفت و در اظهارنظرهای فقهی - حقوقی بی‌تأثیر شمرد.

۲-۶-۲. اعتبار آزمایش DNA از نظر پزشکی

در پرسشی که از دکتر علی آذین مدیر درمان مرکز فوق تخصصی درمان ناباروری ابن سینا شد، مبنی بر اینکه: «از لحاظ پزشکی آزمایش DNA چه میزان قطعیت دارد؟ ایشان در جواب فرمودند: در صورتی که این آزمایش به درستی انجام شود، نتیجه در تعیین نسب قطعی و قابل اطمینان است.» و این نتیجه و آزمایش می‌تواند درست باشد.

^{۳۸} برگرفته از مصاحبه با آقای انصاری مدرس حوزه مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۷.

از نظر متخصص ژنتیک «در کشورهای غربی، نوعاً با آزمایش DNA به مثابه یک دلیل برخورد می‌شود و نه صرفاً امری که ظن آور است. علت نیز آن است که در یک بیان علمی به هیچ عنوان نمی‌گوییم، «این امر قطعاً ممکن نیست»، بلکه می‌گوییم «احتمال اینکه یک نفر در کره زمین معادل یک نفر دیگر با مشخصات معین وجود داشته باشد، خیلی بعید است.» بنابراین می‌توان صحت این آزمایش را تایید کرد. متدها به صورت کیت‌های آماده‌ای موجود است و این کیت‌ها مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. روش‌هایی وجود دارد که به آن، صحنه‌گذاری یا اعتبار بخشی می‌گویند؛ یعنی بررسی می‌شود که یک مورد این توان را دارد که مشخصات این فرد را درست شناسایی کند؟ اثبات این مسئله باز خودش به صورت تجربی است که در کنار آن محاسبات ریاضی وجود دارد.»^{۳۹}

در واقع زمانی که به این آزمایش اعتبار ببخشیم، می‌توانیم آن را به صورت دلیل مستقل معرفی کنیم؛ زیرا دقت و صحت آن ضریب بالایی دارد. اما باز هم از لحاظ فقهی باید دید که این آزمایش ظنی است یا دلیل قطعی؟ به نظر نویسنده این پژوهش اگر بر مبنای علم عرفی در نظر بگیریم، این را می‌توان بیان کرد که این آزمایش با توجه به عرف موجود، دلیل باشد؛ زیرا از لحاظ علمی با محاسبات ریاضی به صحت و دقت آن پی می‌بریم و زمانی که آن را در کنار علم عرفی که قاضی به آن برسد، می‌گذاریم، می‌بینیم که با شرایط اجتماعی و علمی منطبق است.

۲-۶-۳ رویکرد فقهی در اثبات نسب از طریق آزمایش DNA

در این رابطه نظر آیت اله ناصر مکارم شیرازی به موجب این سؤال که «نظرتان راجع به آزمایش DNA چیست و چه استدلال فقهی در این زمینه دارید؟ آیا می‌توان این آزمایش را جایگزین اماره فراش کرد؟» قابل توجه است؛ «اولاً آزمایش مزبور به تنهایی کافی نیست و جایگزین قاعده فراش نمی‌شود. ثانیاً تجربه نشان داده که بعضی از آزمایش‌ها قابل اعتماد نیستند. بنابراین تا قطعی نشود نمی‌توان به آن استناد کرد.»^{۴۰}

^{۳۹} برگرفته از مصاحبه با متخصص ژنتیک توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۰۴.

^{۴۰} طی استفتاء مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۱۴ به کد رهگیری ۹۶۰۸۱۱۰۰۶۹.

برخی مانند آقای دکتر صفری معتقدند که «ضرورتاً بین نظر پزشکی و حکم فقهی و حقوقی ملازمه وجود ندارد؛ بدین معنا که قرار نیست همیشه و هروقت علم پزشکی نظری بدهد، ملازمه با حکم فقهی و حقوقی داشته باشد. البته گاهی اوقات ممکن است نظر پزشکی را قبول داشته باشیم، اما ملازمه ندارند.»^{۴۱}

در نتیجه نظر این گروه بر عدم استفاده انحصاری از آزمایش DNA است و این گونه استدلال می‌آورند که امکان خطای انسانی، کوتاهی و یا غفلت مجریان امر ممکن است به این آزمایش و نتایج حاصل از آن صدمه وارد کند. از این رو اگر تنها علت عدم حجیت انحصاری آزمایش DNA، امکان خطای انسانی باشد، به نظر می‌رسد در صورت انجام صحیح و دقیق آن می‌توان بر حجیت انحصاری آن صحه گذاشت. دیگر فقهای معاصر معتقدند که در صورت حصول علم برای قاضی می‌توان بر مبنای آن علم عمل کرد. در ادامه به بررسی نظر سایر مراجع می‌پردازیم:

آیت اله سید علی خامنه‌ای: «حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین»^{۴۲}.

آیت اله حسین نوری همدانی: «اگر علم حاصل شود می‌تواند حکم به وجود نسب دهد»^{۴۳}.

آیت اله جوادی تبریزی: «آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارند. اگر برای مجتهد جامع الشرایط علم حاصل شود، می‌تواند به علم خود عمل کند»^{۴۴}.

آیت اله صافی گلپایگانی: «نسب به استناد این آزمایش شرعاً ثابت نمی‌شود، ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش موظف به ترتیب آثار آن است»^{۴۵}.

^{۴۱} برگرفته از مصاحبه با دکتر صفری عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۱.

^{۴۲} [http:// vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx](http://vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx)

^{۴۳} همان

^{۴۴} همان

^{۴۵} همان

به نظر می‌رسد این دسته از فقها نیز براین عقیده‌اند که آزمایش DNA حجیت ندارد مگر اینکه خود قاضی با توجه به علمی که پیدا می‌کند به آن یقین برسد؛ بدین معنا که آزمایش DNA به طور مستقل نمی‌تواند حجیت داشته باشد مگر به واسطه یک علم و دلیل دیگر که توسط قاضی صورت می‌گیرد. در واقع این نوع آزمایش را یک راه کمکی به قاضی می‌دانند.

برخی دیگر به این شکل استدلال می‌کنند که آزمایش DNA، اثبات نسب نمی‌کند؛ بلکه صرفاً رابطه خونی بین طفل و پدر را اثبات می‌کند. در دعای که سؤال از وجود رابطه خونی و طبیعی باشد، آزمایش ژنتیک می‌تواند این رابطه را اثبات کند، اعم از اینکه برای خود شخص یا قاضی، ایجاد علم کند. اما در مواردی که موضوع نسب مورد سؤال باشد، نتیجه آزمایش ژنتیک مستقلاً چیزی را اثبات نمی‌کند (عامری؛ یاسینی نیا، ۱۳۹۵: ۷۷؛ صفیری، ۱۳۹۵: ۳۱).

جناب آقای دکتر دهقانی نیا، قاضی در امور خانواده، نیز بر این باور است که «حسب روایات وارده درباره اثبات نسب در مواردی دیده شده که حتی از قاعده قرعه هم استفاده شده در نتیجه ارجاع به آزمایش DNA در این مورد اشکالی ندارد و به نظر می‌رسد که اثبات نسب با DNA تعارضی با اماره فراش ندارد؛ زیرا می‌خواهد نسب را ثابت کند، البته به شرطی که تحقق عرفی و شرعی نسب فرد در اثبات نسب بر حمل و ازدواج شرعی و قانونی قابل حمل باشد».^{۴۶}

به نظر می‌رسد که فقهای معاصر در قطعیت آزمایش DNA دچار تردید شده‌اند؛ زیرا معنای یقینی و قطعی بودن از دید یک فرد تجربی با اصولی و فلسفی متفاوت است در نتیجه برخی نیز با احتیاط در این زمینه سخن می‌گویند زیرا هر تحلیل و بحثی راجع به این موضوع بار فقهی و حقوقی را به دنبال دارد و مسئولیت افراد در این زمینه بیشتر خواهد شد.

^{۴۶} برگرفته از مصاحبه با دکتر دهقانی نیا قاضی خانواده توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۹.

۲-۶-۴. رویکرد فقهی در نفی نسب از طریق آزمایش DNA

در خصوص کاربرد آزمایش DNA در نفی نسب، به طور کلی فقهای امامیه براین باورند که در شرایطی که اماره فراش امکان پذیر باشد، نفی نسب تنها از طریق لعان صورت می‌پذیرد (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۳؛ عاملی، ۱۴۲۵: ۳۸۱). به عبارت دیگر در نفی نسب فقهای امامیه مانند صاحب جواهر نگاهی حصرگرا و محتاط به مسئله دارند و بر این عقیده‌اند که برخلاف اثبات نسب که براساس ظنون معتبر است، در نفی نسب باید قطع و یقین وجود داشته باشد از این رو استفاده از لعان به صرف شبهه قابل تجویز نیست (نجفی، ۱۳۶۶: ۱۴؛ عاملی، ۱۴۲۵: ۳۸۱). از طرفی با توجه به آنکه چنین آزمایشی نمی‌تواند منجر به یقین شود، اساساً نمی‌توان از آن در نفی نسب استفاده کرد. نکته قابل تأمل اعتبار سنجی چنین روش‌هایی در زمینه نفی نسب است، چرا که شارع مقدس بر مبنای فلسفه حفظ و ثبات نظام خانواده نسبت به نفی نسب و راه‌های اعمال آن سخت‌گیری و دقت ویژه‌ای اعمال کرده است. لذا با توجه به حصری بودن راهکار نفی نسب، اطمینان حاصل از آزمایش DNA در نفی نسب به لحاظ شرعی و قانونی فاقد اعتبار و حجیت است (پيله؛ علوی قزوینی؛ رضی، ۱۳۹۲: ۱۴۰ و ۱۴۱).

در مقابل، برخی دیگر معتقدند که با امکان تحصیل علم به صحت نسب یا بطلان آن از طریق امارات علمی، مجالی برای لعان باقی نمی‌ماند. زیرا در صورتی که نتیجه آزمایش DNA را به عنوان امری علمی و قطعی تلقی نماییم، کاربرد لعان به عنوان ابزاری تعبدی، سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود (المحسینی، ۱۴۱۴: ۲۳۶).

استدلال دیگر بر عدم قبول نفی نسب با آزمایش DNA در مورد آثار شرعی لعان است، بسیاری از فقها به دلیل اینکه حکم لعان طریق شرعی است و همچنین آثاری را به دنبال دارد مخالف راهی غیر از لعان شده‌اند. زیرا بر این عقیده‌اند که لعان تنها نفی ولد نکرده و آثار دیگری را به دنبال دارد که تنها از این طریق حاصل می‌شود از جمله: حرمت ابدی بین زوجین که در ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی^{۴۷} مصوب سال

^{۴۷} «تفریقی که با لعان حاصل می‌شود موجب حرمت ابدی می‌شود.»

۱۳۱۳ به آن اشاره شده است و یا اینکه فرزندِ مورد لعان به پدر و خویشان او منتسب نمی‌شود که در ماده^{۴۸} ۸۸۲ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۰۷ اشاره شده است. در حالی که بار نمودن این آثار در نتیجه استفاده از آزمایش DNA هنوز در هاله ای از ابهام به سر می برد و ضرورتاً این همانی با آثار لعان نخواهد داشت؛ زیرا کاربرد این آزمایش در نفی نسب منجر به این امر خواهد شد که هر پدری بدون بیم و دغدغه‌ای در از دست دادن برخی حقوق و نتایجی که در صورت لعان مطرح می شد و به صرف شک نسبت به فرزند خود به کارشناس رجوع کرده و تقاضای تعیین نسب نماید. این امر در نگاه کلان سبب اخلال در نظم خانواده و آرامش جامعه شده و باب تهمت زنی را برای افراد باز می‌کند (عامری؛ یاسینی نیا، ۱۳۹۴: ۴۲ و ۴۶).

طی مصاحبه‌ای که با دکتر دهقانی‌نیا، قاضی مجتمع قضائی شماره ۲ خانواده صورت گرفت ایشان در خصوص به کار بردن این آزمایش در نفی نسب اینطور مطرح نمودند که: «به طور کلی در خصوص موضوع نفی نسب، لعان به عنوان راهکاری مشخص در اسلام مطرح شده و تشریفات خاص خود را داراست و در صورت آن باید: اولاً امکان شرعی الحاق وجود نداشته باشد. ثانیاً بعد از برگزاری لعان، نباید توسط افراد نفی شود.

اما نکته قابل توجه این است که در وضعیت تعارض میان اماره فراش و آزمایش DNA به نحوی که به موجب آزمایش مذکور رابطه ای میان دو نفر وجود ندارد، اما شرایط تحقق اماره فراش موجود باشد اگر:

الف) قاعده فراش را امری تعبدی، جعل شده برای رفع تهمت و قابل استفاده در موارد مظنونه بدانیم و همچنین بر ظنی بودن نتیجه آزمایش DNA معتقد باشیم، باید قاعده فراش را به دلیل تعبدی بودن مقدم دانست.

^{۴۸} «بعد از لعان زن و شوهر از یکدیگر ارث نمی‌برند و همچنین فرزندی که به سبب انکار او مورد لعان واقع شده از پدر و پدر از او ارث نمی‌برند لیکن فرزند مزبور از مادر و خویشان مادری خود و همچنین مادر و خویشان مادری از او ارث می‌برند.»

ب) اگر در مقابل قاعده ظنی فراش، نتیجه آزمایش DNA را قطعی و یقین آور بدانیم، یقین بر ظن مرجح خواهد بود.

به علاوه باید در نظر داشت که نسب مفهوم اخص از رابطه خونی صرف است (رابطه عموم و خصوص مطلق). از این رو یا آزمایش DNA تنها می‌توان رابطه خونی را نفی کرد. به عبارت دیگر امکان لحوق عقلی با این آزمایش سنجیده می‌شود و زمانی که امکان لحوق عقلی وجود نداشته باشد صحبت از لحوق شرعی بی‌معنا خواهد بود. از این رو آزمایش DNA بر اماره فراش مقدم خواهد بود زیرا قاعده فراش بعد از امکان عقلی لحوق از امکان شرعی^{۴۹} موضوع بحث می‌کند.

البته در آزمایش DNA باید یقین بیاوریم تا مقدم شود.»

ایشان در جمع بندی در اثبات و نفی نسب به این نتیجه رسیده اند که: «امروزه مشهور، در نزد آقایان این است که این آزمایش مظنون است، از یک سو مظنون است و از سوی دیگر در نفی نسب تشریفات لعان ضروری است. در نهایت نتیجه می‌گیرند که قاعده DNA یا آزمایش DNA قادر به معارضه با قاعده فراش نیست. در نتیجه به موجب این نظر باید میان نفی نسب و اثبات نسب قائل به تفکیک باشیم؛ و در اثبات، پذیرش آزمایش DNA و در نفی عدم پذیرش را خواهیم داشت.»^{۵۰}

^{۴۹} میرزا حسن بجنوردی از فقهای امامیه در مورد امکان لحوق عقلی و شرعی اینطور می‌گویند که: «الحاق طفل به صاحب فراش به صورت عقلی و شرعی است. اما امکان عقلی در صورتی است که به حسب عادت انتساب به طفل محال نباشد، مانند اینکه زوج به مدت طولانی مسافرت باشد که در این حال امکان عقلی انتساب عادتاً محال است یا اینکه زوج مرضی داشته باشد یا به دلیل دیگر. در این حالات فرقی ندارد که زوج عقد دائم باشد یا موقت یا اینکه مالک باشد. امکان شرعی از آنچه فقها ذکر کرده اند: ۳ شرط باید باشد، دخول- گذشتن ۶ ماه قمری از وطی- وضع حمل بیشتر از مدت حمل نباشد. در همه این شروط اختلافاتی وجود دارد اما به نظر می‌رسد که بهترین آن این موارد باشد» (ر.ک بجنوردی، ۱۴۱۹: ۳۲، ۳۴، ۳۵).

^{۵۰} برگرفته از مصاحبه با دکتر دهقانی نیا، قاضی امور خانواده توسط نویسنده، مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۹.

۲-۶-۵. دلیل طرفداران پذیرش آزمایش DNA در نفی نسب

برخی بر این باورند که آزمایش DNA قاطع در نفی است و دلیل آنها این است که میزان قطعیت این آزمایش در نفی نسب در مقایسه با اثبات بالاتر و بیشتر است و آزمایش DNA قاطع در نفی نسب است (حکمت، ۱۳۶۶: ۱۴۴). آنهایی که موافق پذیرش آزمایش DNA در نفی نسب هستند، دو دلیل را مطرح می‌کنند: اول اینکه بر مبنای آیه ۶ سورة نور، لعان (... و لم یکن لهم شهداء لأنفسهم ...) زمانی است که شهودی جز خود زوج وجود نداشته باشد، اما زمانی که امکان دسترسی زوج به بینه‌ای مانند آزمایش DNA وجود دارد که نوعی شاهد محسوب می‌گردد، موجبی برای لعان نیست. در مقام نقد این گروه بیان شده است که نمی‌توان اعتبار این آزمایش را به عنوان یک شاهد پذیرفت (پيله؛ علوی قزوینی؛ رضی، ۱۳۹۲: ۱۵۰).

دوم اینکه با وجود اماره علمی مجالی برای تمسک به لعان به عنوان یک دلیل تعبدی باقی نمی‌ماند و این مسئله با تشریح لعان که متضمن فرض جهل به واقع است، تعارض و منافاتی ندارد (المحسني، ۱۴۱۴: ۲۳۶). در مقام نقد این گروه نیز باید گفت که در صورتی از لعان استفاده می‌شود که علم قطعی به آن داشته باشیم و در حالت ظن و گمان نمی‌توان به آن استناد کرد.

۲-۷. مقایسه اماره فراش و آزمایش DNA

اماره فراش به خاطر دفاع از طفل با عنوان «حق بر نسب» مطرح شده است. این طفل باید از لحاظ حقوقی نسب داشته باشد و به فردی متصل باشد و بحث نسب و حق طفل در میان است.

شهید ثانی در مورد این اماره در کتاب مسالک الافهام خود این چنین بیان می‌کند که «اگر مقتضیات الحاق باشد و زن و مرد با هم توافق کنند که این فرزند متعلق به آنها نیست، نمی‌توانیم چنین دعوایی را قبول کنیم.» (جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۲۲۶).

در واقع قاعده فراش قاعده حقوقی است که از آثار قهری آن تأسیس ازدواج است و به موجب آن « زندگی مشترک زوجین، وقوع و تاریخ نزدیکی بین زن و شوهر و ارتباط آبستنی زن به آن» مفروض شناخته شده است.

براساس این اماره فرزندان زن شوهردار منسوب به شوهر است مگر اینکه خلاف آن با اثبات عدم زندگی مشترک و همزیستی زوجین و عدم امکان توالد و تناسل اثبات شود که در این صورت از اعتبار ساقط می‌گردد (نایب زاده، ۱۳۸۱: ۲۹۷ و ۲۹۸).

در کشورهای غربی مانند فرانسه نیز برای جریان اماره فراش از موضوع نزدیکی زوجین گفتگویی نشده بلکه در زمینه زندگی مشترک و هم مسکنی زوجین بحث به میان آمده است. به این نحو که با اثبات و احراز عدم امکان زندگی مشترک زن و شوهر و هم مسکن نبودن آنها در دوره قانونی حمل، فراش در مورد دعوی انکار از اعتبار ساقط می‌گردد. در حقوق آلمان و سوئیس نیز پذیرفته‌اند که انکار یعنی «اثبات عدم زندگی مشترک و همزیستی» و «عدم امکان توالد و تناسل» (نایب زاده، همان: ۳۰۱).

در حقوق ایران جریان یافتن اماره فراش از نظر دکتر نظری توکلی به این صورت است که: « اماره فراش در صورت شک در انتساب و امکان انتساب به وجود می‌آید. اگر یکی از این دو مؤلفه نباشد امکان اجرای اماره فراش موجود نیست. در فقه ما از این دو مؤلفه به امکان عقلی و امکان شرعی یاد می‌شود؛ یعنی اینکه اولاً از نظر عقلی امکان انتساب وجود داشته باشد و ثانیاً ساز و کارهای شرعی اجازه انتساب را بدهند. اماره فراش، اماره ناظر به واقع نیست و قرار نیست برای ما واقعیتی را تبیین کند. فقط قرار است تعبد بیاورد؛ یعنی جایی که نمی‌دانیم طفل برای چه کسی است، برای صاحب فراش است إلا اینکه یقین حاصل شود. پس وقتی شکی نباشد دیگر سراغ این اماره نمی‌رویم و آزمایش DNA دیگر لزومی ندارد دلیل باشد تا بحث تعارض پیش بیاید. در واقع این آزمایش مجرای اماره فراش را از بین می‌برد؛ یعنی در حالی که باید شکی در انتساب داشته باشیم تا

اماره فراش اجرا شود، آزمایش DNA این شک را از میان برمی دارد و به ما می گوید که طفل متعلق به چه کسی است و این طور به نظر می رسد که این آزمایش، اماره فراش را بلا موضوع می کند.^{۵۱}

به نظر برخی این آزمایش به دلیل اینکه یک راه تجربی است و نمی توان ادعا کرد که در تمام مورد با واقع مطابقت می کند، اما در عین حال یکی از آزمایشات پیچیده ژنتیکی است که ضریب خطای آن بسیار پایین است. این آزمایش فقط می تواند در دو صورت به قاضی کمک کند، یکی اینکه قاضی با نتیجه این آزمایش همراه با شواهد و مدارک دیگر علم قطعی پیدا می کند، مانند اینکه خود از روی حس موضوع را درک کرده باشد و دیگری اینکه نتیجه این آزمایش باعث اعتراف متهم می شود، به صورتی که هیچ راهی برای انکار وجود ندارد و إلاً آزمایش DNA هر اندازه که ضریب خطای بسیار پایینی داشته باشد، باز هم موضوعیت ندارد و نمی تواند مستند حکم حاکم باشد (انصاری، ۱۳۸۷: ۱۸).

درباره مقایسه این دو مسئله برخی از محققین در حوزه خانواده معتقدند که: « بحث های مفصلی راجع به اینکه چقدر این آزمایش حجیت دارد وجود دارد و برخی قائل اند به اینکه اماره قضایی می تواند باشد. عمدتاً مخالفت حقوقدانان برای اینکه بیایند و نتایج این آزمایش را بپذیرند این طور بیان شده است که علم در حال پیشرفت است و در نتیجه شما ممکن است بگویید بین دو نفر از لحاظ ژنتیکی هیچ رابطه ای با هم وجود ندارد و در آینده بتوان آزمایشات دقیق تری انجام داد و مشخص شود که این آزمایش اشتباه بوده و به همین دلیل آن را قبول ندارند».^{۵۲}

البته به نظر دکتر غدیری این بهانه است؛ «زیرا در تست های علمی پزشکی و ژنتیکی این نظر را دارند که در نفی ولد جواب صد درصدی و قطعی است یعنی مشخص می شود که دو نفر هیچ رابطه خونی با یکدیگر ندارند و در اثباتش یک صدم درصد احتمال خطا است آن هم به دلیل اینکه ممکن است در بررسی مثلاً ده نفر که ببینند این طفل برای چه کسی است شاید نفر یازدهمی باشد که ارتباط ژنتیکی قوی تری داشته باشد، که این احتیاط خیلی

^{۵۱} برگرفته از مصاحبه با دکتر نظری توکلی، عضو هیئت علمی دانشکده الهیات دانشگاه تهران توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۵/۱۲/۰۸.

^{۵۲} برگرفته از مصاحبه با خانم دکتر غدیری، عضو هیئت علمی پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۳۰.

افراطی بیان شده؛ زیرا زمانی که آن مقدار بیشتر را قبول می‌کنیم مقدار کم دیگر بررسی نمی‌شود، عالم، عالم، نسبیست است.

حال چرا این افراد می‌ترسند و ترجیح می‌دهند که حرف خود را بزنند؟ یکی از موارد به دلیل مسائل حقوق کودک است. در کشورهای خارجی می‌بینید که این طفل با این مرد رابطه خونی ندارد و شاید اگر این خانم پدر دیگری را معرفی کند تابو نباشد و قبح شکنی محسوب نشود، در حالی که در کشور ما نمی‌توان این را مطرح کرد، مخصوصاً برای یک زن به شدت در کشور ما تابو و قبح شکنی است؛ بنابراین وقتی زن نتواند پدر واقعی را معرفی کند در واقع این طفل برای این مرد نیست و پدر واقعی‌اش هم معلوم نیست و در این بین طفل می‌ماند که چه بکند.

بحث مشروعیت و عدم مشروعیت در کشور ما خیلی مهم است. آثاری دارد که شاید امروزه آن آثار فقهی‌اش اهمیت نداشته باشد.

در کشور ایران معلوم نبودن پدر و نسب برای افراد توهین محسوب شود، به طوری که بگویند این طفل پدر و مادرش معلوم نیستند. ثمره این امور در خصوص زنان و مردان مجرد و یا متأهل در نظام حقوقی و فقهی اسلام متفاوت است. به علاوه برای کودک از لحاظ مذهبی و فرهنگی در جامعه به مراتب سخت‌تر و آثار و تبعاتش به مراتب بدتر خواهد بود.

باز به لحاظ فقهی می‌گویند که اگر این چنین اتفاقی بیفتد چیزی در مورد مادر به لحاظ مثلاً زنا اثبات نمی‌شود زیرا راه‌های آن مشخص است.

همچنین برخی اظهار کرده اند که اگر این آزمایش صددرصد ثابت کند که بچه متعلق به شخص خاصی غیر از شوهر زن است، باز هم اثبات زنا نمی‌کند؛ زیرا باردار شدن غیر از زنا نیز ممکن است، ضمن اینکه قاعده فراش بنا به مصلحت خانواده حکم می‌کند، اما استفاده از این ادله مصلحتی را باقی نمی‌گذارد و به راحتی می‌تواند باعث فروپاشی خانواده و سرشکستگی عده‌ای در جامعه شوند (باقری؛ آیت اله شیرازی، ۱۳۹۴: ۹۰).

حتی بچه‌هایی که در بیمارستان جابه جا شده باشند زمانی که با پدر شناسنامه‌ای آنها صحبت می‌شود تا نتیجه آزمایش مشخص شود فکرهای منفی زیادی می‌کنند زیرا آثار و تبعات منفی را در پدر می‌گذارد. برخی انسان‌ها خوددار هستند و می‌توانند خودشان را کنترل کنند اما برخی نمی‌توانند تحمل کنند و مردها غالباً حس می‌کنند که همسرشان خیانت کرده و نمی‌توانند آنها را ببخشند (دقیقاً برعکس خانم‌ها) و همین نبخشیدن می‌تواند تبعات منفی داشته باشد. زمانی که با پدران مصاحبه می‌شود خیلی صریح می‌گویند از زمانی که فهمیدم، دیگر نمی‌توانم به عنوان فرزند قبولش کنم. معمولاً انسان‌ها نسبت به کودکان رحم دارند. چرا باید یک مردی این چنین حرفی بزند؟ زیرا ذهنش ناخودآگاه به سمتی می‌رود که این طفل حاصل یک رابطه نامشروع است. ولی بعد ممکن است ثابت شود که از لحاظ ژنتیکی هیچ رابطه‌ای هم با همسرش ندارد. باز این حالت ترحم برگردد و طفل را قبول کند. در بحث خیانت هم مردها معمولاً این را به عنوان مخدوش بودن مردانگی خود می‌دانند و برایشان قابل تحمل نیست.

بحث‌هایی که با حقوقدانان شده بر عدم پذیرش آزمایش DNA بوده و به خاطر ترسی که وجود دارد نمی‌خواهند این مسائل خیلی باز شود و پیامدهای این چینی داشته باشد.^{۵۳}

به هرحال نظرات دو گروه قابل بررسی و تحقیق است. نظری که می‌گوید اماره فراش، دلایل خود را از جهت فقهی و حقوقی و بیشتر دیدی کل گرایانه دارند و عموم جامعه را نگاه می‌کند. در این نگاه بر مبنای دیدگاه فقهی بر این باورند که اماره فراش تا بدین لحظه و زمان بهتر و بیشتر توانسته جامعه را از جهت نظم خانوادگی حفظ کند حتی اگر طفل برای شوهر نباشد و طبق این اماره به او ملحق شود برای داشتن امنیت روانی خانواده و اجتماع باید به آن عمل کرد. بعضی بر این نظر فقها نقد دارند و این طور مطرح می‌کنند که اگر خودتان را جای مردی بگذارید که بچه‌ای را با اجبار می‌خواهند به او تحمیل کنند. این مرد نمی‌تواند بپذیرد حق دارد بچه خودش را بزرگ کند و این خیلی بدیهی است اما متأسفانه آن را قبول نمی‌کنند.^{۵۴}

^{۵۳} همان.

^{۵۴} یکی از نظراتی که خانم دکتر غدیری در مصاحبه با ایشان مطرح کرده بودند، این مسئله بود.

حتی برخی از متخصصان علم ژنتیک نیز این را می‌گویند که باید مصلحت فرد در نظر گرفته شود و این آزمایش به طور کامل حقیقت را به فرد بگوید. برای نمونه می‌توان به پرونده‌هایی در غرب اشاره کرد؛ مانند اینکه در یکی از کشورهای اروپایی خانمی از همسرش جدا می‌شود، به خاطر علقه‌ای که بین طفل و پدر بوده دادگاه حضانت را به پدر می‌دهد و مادر اعتراض می‌کند و برای اینکه طفل را بگیرد مطرح می‌کند که این طفل برای این مرد نیست و پدر واقعی را معرفی می‌کند. دادگاه پس از بررسی‌های لازم با وجود مستندات مبنی بر اینکه این طفل برای این مرد نیست، باز حضانت را به پدر و این مرد می‌دهد و می‌گوید که مصلحت طفل این را اقتضا می‌کند؛ زیرا اگر این زن به هر قیمتی نمی‌خواست این طفل را از شوهر بگیرد هیچ وقت مطرح نمی‌کرد که این طفل برای پدر نیست و به دلیل اینکه از حقش سوءاستفاده کرده هیچ اثری برای آن مترتب نیست و دادگاه حکم داد که به دلیل وجود رابطه عاطفی بین ایشان حضانت با مرد خواد بود.^{۵۵}

زمانی این مسائل را می‌بینیم متوجه می‌شویم آنها مقدار زیادی براساس واقعیات عمل می‌کنند. البته ممکن است آن طفل شناسنامه‌اش تغییر کند و به اسم پدر واقعی باشد اما کماکان طفل نزد شوهر باقی می‌ماند؛ زیرا مصلحت کودک ایجاب می‌کند. اما آنچه در دادگاه‌های ما عمدتاً نظر داده می‌شود، بیشتر بحث خون است و مصلحت کودک را هم در این می‌بینند، مصلحتی که هم شرعی باشد هم عرفی؛ یعنی هم از طرف شارع مورد قبول باشد و هم عرف آن را تأیید کند.

این را باید متذکر شد که آزمایش DNA ممکن است حالت بازدارندگی داشته باشد، در جامعه قبح شکنی ایجاد کند و توالی فاسد به دنبال داشته باشد؛ پس در این صورت باید مراقب باشیم و با احتیاط جلو برویم تا در جامعه نتیجه عکس نداشته باشد. به طور مثال می‌توان به موردی اشاره کنیم که عروس خانواده به آزمایشگاه مراجعه می‌کند و می‌خواهد که بررسی شود آیا شوهرش فرزند پدر و مادرش است یا خیر. بعد از انجام آزمایش DNA متوجه می‌شوند که نمونه مادر با شوهر مطابقت دارد اما پدر مطابقت

^{۵۵} برگرفته از مصاحبه با دکتر غدیری عضو هیئت علمی پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۳۰.

ندارد. خوب در این صورت باید با احتیاط باید جلو برویم؛ زیرا نظام دو خانواده به هم ریخته و عواقب ناگواری را در پی خواهد داشت.

محدوده حقوق خانواده در ایران و مربوط به نسب، بر پایه دو مبنا است: یکی حقایق بیولوژیک و دیگری حقایق اجتماعی. دیدگاهی که به طور مطلق ترجیح می‌دهد که فقط به حقایق بیولوژیکی اهمیت داده شود و به طور کلی حقایق اجتماعی را نادیده بگیرد، پیشاپیش قابل رد است با اینکه ممکن است حکایت از حقیقت داشته باشد که در عین حال با حقایق اجتماعی متعارض باشد. گاهی اوقات در حقوق باید رنگ سیاه را سفید اعتبار کرد عدم انتساب را انتساب تلقی کرد و قانونگذار نیز در مواردی این اجازه را به حقوقدان داده است. مانند اینکه در ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ که بیان می‌دارد: «در موارد 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 انقضاء دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود.» از این ماده این طور استنباط می‌شود که مردی بعد از تولد طفل و بدون هیچ اعتراضی پس از دو ماه دیگر نمی‌تواند آن طفل را نفی کند و وجود این ماده بیشتر به حقایق اجتماعی اهمیت داده است؛ زیرا ممکن است هر کودکی در هر زمانی مورد نفی ولد قرار بگیرد. در نتیجه بسته به مورد احکام قضایی می‌توانند مبتنی بر حقایق بیولوژیکی باشند یا حقایق اجتماعی. هردوی این حقایق مهم هستند و قاضی نمی‌تواند بر مبنای یکی عمل کند و در صدور رأی باید هر دو را مورد توجه قرار دهد (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۳۳ و ۳۴).

آقای پرویز رضایی (وکیل دادگستری) در نقد یک نظریه از اداره حقوقی قوه قضاییه درباره آزمایش DNA این طور بیان می‌کند که: «قاعده فراش از امارات قانونی است و نتیجه آزمایش DNA مثبت ادعای زوج و از امارات قضایی است و اماره قضایی بر قانونی اولویت دارد.»^{۵۶}

⁵⁶ www.iran-newspaper.com

مبنای هر اماره قانونی ظواهر امور و وقایعی است که به احتمال فراوان رخ می‌دهد. در واقع قانونگذار حکم غالب را با وضع قاعده‌ای گسترش می‌دهد به طوری که همه مصداق‌های مشابه را بپوشاند. رویداد غالب کاشف از حقیقت تلقی می‌شود. برای نمونه اینکه طفل متولد شده در زمان زوجیت غالباً از رابطه مشروع زن و شوهر به وجود می‌آید و مصلحت اجتماعی در این است که کودک زاده شده در خانواده مشروع فرض شود، قانونگذار به طور کلی این گونه اطفال را ملحق به شوهر می‌داند. در واقع اماره فراش بر هدف‌های اجتماعی بیشتر استوار است و این واقعیت که براساس آن و به طور عادی طفل متولد شده در زمان زوجیت نتیجه آمیزش زن و شوهر است و در این اماره این نکته وجود دارد که از چنین کودکانی حتی به بهای اینکه برخی اوقات حقیقتی آشکار نشده و پنهان باقی مانده، نیز باید حمایت شود تا بنیان خانواده از هم جدا نشود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۵۳).

اما مسئله اینجاست که برخی فارغ از هرگونه دلیل دینی و شرعی مستقل به این آزمایشگاه‌ها مراجعه می‌کنند و برای برطرف شدن شک خود این آزمایش‌ها را انجام می‌دهند. نکته مهم این است که هر آزمایشگاهی هم به دلیل خطرپذیری و آثار بد حاضر به انجام این آزمایش نیستند. برخی از آزمایشگاه‌ها اظهار می‌دارند که نتایج آزمایش‌ها به موجب قوانین و آئین نامه‌های حاکم بر آزمایشگاه نمی‌تواند مستند یک حق قانونی قرار گیرد و مجوز چنین آزمایش‌هایی نوعاً در مورد برخی از بیماری‌ها و تعیین نسبت دو نفر با یکدیگر صادر می‌شود؛ مانند اینکه نگران هستیم که خون جنین با خون مادر یکی شده باشد و انجام شدنش صرفاً برای اطلاع است و نمی‌تواند مبنای هیچ قضاوت یا پیگیری قانونی باشد. برای پیگیری قانونی باید به آزمایشگاه‌های پزشکی قانونی مراجعه شود. این در حالی است که برخی دیگر از آزمایشگاه‌ها این آزمایش را انجام می‌دهند. اما وجه مشترک همه آنها این است که به دلیل خطراتی که ممکن است برای آزمایشگاه یا پزشکان داشته باشد، خود را بری می‌کنند و هرگونه قضاوت و بررسی را به پزشکی قانونی و مراجع قضایی محول می‌کنند.

به هر حال هر دو شیوه در رویه‌ها بکار می‌رود و هرکدام برای خود دلایلی را مطرح می‌کنند. باید دید که کدام یک کاربردی‌تر به نظر می‌رسد.

در مورد نفی و انکار طفل نیز به همین صورت است. زمانی که لعان صورت می‌گیرد، طفل از پدر نفی می‌شود و قطعاً صدمات روحی و روانی زیادی بر طفل و خانواده بار می‌شود و از این لحاظ فرقی با دادن آزمایش ژنتیکی ندارد؛ زیرا به همان مقدار آسیب و صدمات روحی برای خانواده ایجاد می‌شود، اما از لحاظ حقوقی نیز آثار این دو شیوه همان طور که بیان شد با هم تفاوت دارد. باید این را از قانونگذار سؤال کرد که آیا می‌توان هم زمان در صورت دادن این آزمایش آثار حقوقی بر طفل و پدر و مادر او ایجاد کرد؟

فصل سوم

اعمال آزمایش DNA در تعیین نسب

۱-۳. مقدمه

به طور کلی راه‌های اثبات مطابق «إنما اقضی بینکم بالبینات و الایمان» یکی از دو راه بینة و اقرار است. اما این‌گونه طرق اثباتی، کمتر پیش می‌آید و همچنین بینة‌ای که شرعاً واجد شرایط لازمه باشد، اندک است. از این رو به حکم ضرورت قضایی باید از دلایل و شواهد دیگر بهره گرفت. در این راستا، برخی معتقدند که باید استفاده از حجیت علم قاضی را در کنار بینات و ایمان از ارکان و پایه‌های قضاوت به شمار آورد؛ زیرا بدون آن امکان پرداختن به قضاوت به معنای کامل، امکان پذیر نیست (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۱). برخی دیگر، بر این پذیرش، قیدی را اضافه می‌کنند و بیان می‌دارند که با توجه به دلایل مورد پذیرش، قلمرو اعتبار علم قاضی و ارزش اثباتی علم در دادگاه‌ها، تنها برای قضات جامع شرایط است نه قضات غیر مجتهد و مأذون (همان، ۱۳۹۶: ۲). گروهی دیگر این نظر را دارند که قضات مأذون هم می‌توانند به علم خود عمل کنند. استدلال این گروه این است که امروزه با پیشرفت علوم و فناوری، آزمایشات و معاینات علمی توسط کارشناسان فنی که قسمت اعظم آن در پزشکی قانونی است، صورت می‌پذیرد و همچنین به دلیل استفاده افراد از این نوع روش‌های علمی، دستگاه قضایی باید به استفاده از انواع شیوه‌های علمی در جهت اثبات دعوی مجهز شود. در نتیجه به نظر می‌رسد در صورتی که ادله ناشی از کارشناسی پزشکی قانونی تأمین کننده علم عادی و یقین عرفی برای قاضی باشد، با توجه به اعتبار علم قاضی، می‌توان قائل به اعتبار این ادله شد (حیدری، ۱۳۹۳: ۲۵).

اهمیت این موضوع در این رابطه است که امروزه احکام دادگاه‌ها با استناد به امارات علمی، در دادرسی‌های قضایی سهم وسیعی دارند. بنابراین شایسته است تا ادله علم قاضی به عنوان مبنایی برای حجیت امارات قضایی و اثبات علمی دعاوی بررسی و تحلیل شود.

۳-۲. آزمایش DNA به عنوان دلیل کارشناسی (علم قاضی مبتنی بر حجیت اماره)

برخی از حقوقدانان از جمله دکتر مرادی هرنیدی معتقدند که آزمایش DNA در اصطلاح حقوقی، نظریه کارشناسی است^{۵۷} و فی نفسه نمی‌تواند اماره قضایی باشد. در واقع آزمایش DNA نظر کارشناسی است که نسبت به دیگر نظریات به واقع نزدیک بوده است و می‌تواند به قاضی در حل پرونده کمک کند. البته ایشان این نظر را دارند در جایی که کارشناسی در مقابل دلیلی مانند اماره فراش قرار می‌گیرد، دیگر قابل استناد نیست و علت آن را هم ماده ۲۶۵ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ می‌دانند که «در صورتی که نظر کارشناس با اوضاع و احوال محقق و معلوم مورد کارشناسی مطابقت نداشته باشد، دادگاه به آن ترتیب اثر نخواهد داد.» این ماده بیان می‌دارد که قاضی می‌تواند برخلاف نظریه کارشناسی رأی صادر کند؛ زیرا اگر دادگاه مکلف به پیروی از نظر کارشناس باشد یعنی صلاحیت قضاوت با کارشناس باشد که این خلاف اصول است و از طرفی اگر هم از نظر کارشناس پیروی نکند نمی‌تواند در زمینه ای که تخصص ندارد نظری بدهد (شمس، ۱۳۸۷: ۲۱۰). این سخن در حالی است که به نظر نویسنده این آزمایش نیز می‌تواند قطعی باشد طوری که بتوان از آن استفاده کرد و اینکه از ماده ۲۶۵ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ این را هم می‌توان دریافت کرد که دادگاه نمی‌تواند بعد از دریافت گزارش کارشناسی به آن بی‌اعتنا باشد، و اقدام قاضی باید موجه باشد. در صورتی که نظر کارشناسی، آزمایش DNA با اوضاع و احوال مطابقت داشته باشد نمی‌توان وجود آن را انکار کرد و قاضی لاجرم باید از آن استفاده کند. به نظر نویسنده نظریه آزمایش DNA جزء نظریات مهم و اماره قضایی است که حتی می‌تواند با اماره قانونی مقابله کند. در اکثر مواقع این آزمایش با اوضاع و احوال فرد مطابقت دارد. در این زمینه

^{۵۷} کارشناسی یکی از ادله اثبات دعوی است، به دلیل مسائل فنی و تخصص در بیشتر پرونده های دادگستری رجوع به کارشناس و جلب نظر او ضروری است و همچنین به علت فنی بودن موضوعاتی که به کارشناس ارجاع می‌شود و به دلیل آگاهی نداشتن مقتضی نسبت به موضوعات، قاضی راهی جز اعتماد به کارشناس ندارد و حکم خود را طبق نظر کارشناس می‌دهد، حتی گاهی اینطور بیان می‌شود که نظر کارشناس در حکم قاضی سرنوشت ساز است. بنابراین کارشناس موضوع را شناسایی می‌کند و قاضی طبق آن موضوع حکم را پیدا می‌کند و نظر نهایی را می‌دهد به دلیل اهمیت و ضرورت بالای کارشناسی، در ارجاع و انتخاب آن باید تمام شرایط قانونی رعایت شود و کارشناس نیز مکلف است اصول کارشناسی را رعایت کند و إلا آن نظریه ای که بیان می‌کنند مخدوش است و قابلیت استناد را ندارد.

دکتر نظری توکلی بیان می‌کنند: « ما نمی‌توانیم با یافته های علمی سر ناسازگاری داشته باشیم و چشم بر روی حقایق علمی ببندیم، از طرفی قرار نیست یافته های تجربی برای ما گزاره های مطلق و الی‌الابد تولید کنند. ذات دانش تجربی خطاپذیر است اما در عین حال یافته های علمی تا زمانی که خلافشان ثابت نشود معتبر هستند. هر زمان که کشف خلاف شد از اعتبار می‌افتند نه اینکه چون ممکن است روزی خلافشان ثابت شود از همین امروز نا معتبر باشند.» از سخنان آقای دکتر توکلی اینطور استنباط می‌شود که ما نمی‌توانیم نقش این آزمایش را در تعیین نسب جدی بگیریم. اصولاً کارشناسی و رجوع به اهل خبره با شهادت متفاوت است؛ زیرا در کارشناسی همه اهل نظرند و براساس اموری که در اختیار دارند اظهار نظر می‌کنند. اهل خبره برخلاف شهود همگی از روی دلایل و آثار به وجود مدلول پی می‌برند. در این بین نیز قاضی باید به علم قطعی برسد؛ زیرا آن علم به عنوان علم حقیقی موضوعیت دارد و حجیت آن ذاتی است (انصاری، ۱۳۷۸: ۹ و ۱۰).

به نظر می‌رسد که در کارشناسی نیز قاضی باید به آن علم قطعی پیدا کند و کارِ کارشناسی به صورت صرف نمی‌تواند در نظر قاضی حجیت داشته باشد؛ زیرا قاضی خود باید این نظریات را در نظر بگیرد و به حکم قطعی برسد و حتی اگر قاضی در پرونده‌ای تشخیص دهد که ادله موجود برای دادن حکم کافی است یا اینکه ارجاع به کارشناس تأثیری در روند پرونده نخواهد داشت، پرونده به کارشناس ارجاع داده نمی‌شود.^{۸۸} برخی بر این معتقدند که در عمل، دادگاه‌ها نظر کارشناسان را مورد توجه قرار می‌دهند و وارد مسائل فنی نمی‌شوند و در آن دخالت نمی‌نمایند. همچنین براساس تبصره ماده ۳۳۱ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ «..... احکام مستند به رأی یک یا چند نفر کارشناس که طرفین کتباً رأی آنان را قاطع دعوا قرار داده‌اند قابل درخواست تجدید نظر نیست مگر در خصوص صلاحیت دادگاه یا قاضی

^{۸۸} رأی شماره ۳۸۹۰-۱۳۲۵/۰۲/۳۱ دادگاه عالی انتظامی قضات می‌گوید: « لزوم جلب نظر کارشناس مخصوص است به جایی که تشخیص او منوط به اعمال نظریات فنی بوده و به غیر از این طریق نتوان آن را تشخیص داد و تشخیص این مسئله هم که آیا موضوع از موضوعاتی است که تشخیص آن موقوف به تخصص و اعمال نظر فنی است یا نه بسته به نظر قاضی است بنابراین برحاکم دادگاه که در موضوع دعوی تصرف عدوانی و رفع مزاحمت با اینکه مدعی علیه تقاضای معاینه محل و رجوع به کارشناس نموده بدون معاینه محل و رجوع به کارشناس مبادرت به صدور حکم کرده ایرادی وارد نیست.» (مدنی، ۱۳۷۶: ۲۳، ۹۹)

صادر کننده رأی» و براساس بند ۲ ماده ۳۶۹ همین قانون « احکام مستند به نظریه یک یا چند نفر کارشناس که طرفین به طور کتبی رأی آنها را قاطع دعوا قرار داده باشد، قابل رسیدگی فرجامی نخواهد بود.» (کریمی، ۱۳۹۴ : ۱۵۵)

مسئله مهم دیگر این است که تشخیص دادگاه درباره وجود جنبه فنی و تخصصی در مراجع عالی می تواند ممیزی و بازبینی شود بدین نحو که اگر دادگاه موضوعی را دارای جنبه تخصصی دانسته و به کارشناس ارجاع دهد و سپس پرونده به مراجع بالاتر برود و مرجع عالی نظریه کارشناس را بی اثر بداند که اگر مرجع تجدیدنظر باشد با در نظر نگرفتن رأی کارشناس حکم داده می شود و اگر دیوان عالی کشور باشد می تواند رأی کارشناس را نقض کند و یا ابرام نماید؛ یعنی زمانی که دادگاه پایین نسبت به امری که جنبه فنی دارد و باید به کارشناس ارجاع دهد اما خود قاضی نظر داده است، مرجع عالی اگر تجدید نظر باشد با در نظر نگرفتن نظر دادگاه آن پرونده را به کارشناس ارجاع می دهد و در مرجع عالی دیگر یعنی دیوان عالی کشور رأی داده شده توسط دادگاه نقض می شود (شمس، ۱۳۸۷: ۲۰۰).

برای مثال در پرونده ای خانم ط.س مورخ ۱۳۹۰/۰۴/۱۴ دادخواستی به طرفیت آقای ع.ق به خواسته صدور حکم مبنی بر اثبات نسب تقدیم نموده که شعبه ۱۸ دادگاه عمومی اصفهان تحت پرونده شماره ۹۰/۵۸۴ عهده دار رسیدگی شد. خواهان در دادخواست تقدیمی توضیح داده که اینجانب طبق صیغه نامه عادی پیوست در تاریخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵ به مدت یکسال به عقد موقت خوانده درآمدم که اظهارات ایشان در پرونده شماره ۲۴۶۸/۸۶ شعبه ۱۶ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان و شعبه نهم دادرسی عمومی اصفهان موید این ادعاست. اینجانب در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۱۶ در زمان زوجیت براساس نتیجه آزمایش باردار و نهایتاً فارغ گردیدم. با توجه به تولد طفل مشترک در زمان عقد زوجیت و همچنین با در نظر گرفتن این نکته که خوانده براساس ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ و با وجود اطلاع از تولد فرزند پسر، ضمن پذیرش رابطه زوجیت و الحاق طفل، هیچ گونه اقدامی جهت نفی ولد مذکور انجام نداده که خود این امر قرینه ای است بر وجود رابطه نسبی فیما بین خوانده و طفل متولد شده، لذا از

دادگاه تقاضای صدور حکم بر اثبات نسب، نسبت به خوانده به عنوان پدر حقیقی طفل مذکور را دارم.^{۵۹} پزشکی قانونی نیز در نامه مورخ ۱۳۸۹/۰۲/۱۲ با توجه به مجموع آزمایشات انجام شده، ابوت آقای ع.ق. نسبت به طفل پسر معرفی شده را رد می‌نماید. اولین جلسه رسیدگی دادگاه به تاریخ ۱۳۹۰/۰۶/۲۸ با حضور خواهان و وکیل معاضدتی وی خانم ز.س و خوانده تشکیل می‌گردد، وکیل خواهان مطالب خود را به شرح دادخواست تقدیمی اعلام و اضافه می‌نماید که خواهان به موجب عقدنامه پیوستی مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵ به عقد موقت خوانده درآمده و در سطر آخر صیغه نامه قید شده که زوجین قبل از این صیغه نامه چند ماهی نیز با یکدیگر ازدواج نموده بودند. قابل ذکر است که خواهان در سال ۸۶ به اتهام زنای به عنف علیه خوانده شکایتی نمود و متهم در شعبه ۱۶ دادگاه کیفری در پرونده شماره ۸۶/۲۴۶۸ اقرار صریح براین امر داشته و ضمن قبول رابطه زناشویی با شاکی انتساب طفل متولد شده را به خود پذیرفته است و همچنین براساس محتویات پرونده و نظریه پزشکی قانونی، بررسی ژنتیکی به طور کامل صورت نگرفته بلکه به نحو انتخاب و گزینشی از چند محل مورد بررسی واقع شده و دلیلی که نفیاً یا اثباتاً نتیجه اعلامی را تثبیت نماید ارائه نگردیده و به عبارت دیگر در بررسی محل های دیگر احتمال حصول نتیجه ای به غیر از نتیجه اعلامی وجود دارد اصالت صیغه نامه استنادی در دادگاه کیفری به اثبات رسیده و با لحاظ چند ماه قبل از تنظیم عقدنامه که با هم رابطه زناشویی داشته‌اند نتیجه بارداری در تاریخ ۱۳۸۶/۰۶/۱۲ طبیعی به نظر می‌رسد و مشخص می‌گردد طفل حاضر در فراش خوانده متولد شده است و

^{۵۹} ضمیمه دادخواست تصویری از عقدنامه عادی موقت مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵ بین خواهان و خوانده برای مدت یکسال و گواهی تولد طفل به تاریخ ۱۳۸۷/۰۱/۱۱ ارائه می‌شود. تصویر دادنامه شماره ۲۶۲ مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۳۱ شعبه ۲۰ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان که طی آن دادنامه شماره ۱۴۴۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۳۰ شعبه ۱۲ دادگاه عمومی اصفهان مبنی بر صدور حکم به رد دعوی خانم ط.س به خواسته الزام ثبت احوال به صدور سند سجلی تأیید کرده و توضیح داده که صدور سند سجلی مستلزم صدور حکم به اثبات نسب است، ارائه می‌شود. تصویر دادنامه شماره ۱۱۰۶ مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۰۸ شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور که طی آن دادنامه شماره ۱۱۸۱ مورخ ۱۳۸۷/۰۷/۲۵ شعبه ۱۶ دادگاه کیفری استان اصفهان مبنی بر برائت آقای سید ع.ق. از اتهام زنای به عنف ابرام گردیده ارائه می‌شود. شعبه ۱۲ دادگاه عمومی اصفهان نیز طی دادنامه شماره ۱۴۴۰ مورخ ۱۳۸۹/۱۱/۳۰ واخواهی آقای ع.ق. نسبت به دادنامه غیابی شماره ۱۱۱۱ مورخ ۱۳۸۸/۰۸/۲۷ را وارد دانسته و ضمن نقض آن به لحاظ عدم احراز رابطه نسبی بین فرزند متولد شده از واخوانده با واخواه حکم به رد دعوی صادر می‌نماید.

اماره فراش حاکم است. در واقع ارجاع امر به کارشناس در این مقوله صرفاً اجتهاد در مقابل نص صریح قانون می‌باشد و با وجود قاعده فراش و قانون مدنی در ماده ۱۱۶۲ مصوب سال ۱۳۱۴ هیچ دلیلی برای ارجاع به کارشناس وجود نداشته است. در نتیجه به لحاظ وضعیت خاص طفل متولد شده در فراش خوانده و فقدان شناسنامه برای وی تقاضای رسیدگی و صدور حکم شد و شاهدان حاضر به شهادت شدند. خوانده بیان می‌دارد که: «من قبول ندارم اگر آزمایش DNA که در اصفهان و تهران انجام شده حداقل پاسخ یکی از آنها مثبت بود، می‌پذیرفتم اما هر دو مرجع پاسخ منفی داده اند و من نمی‌توانم فرزندی که منتسب به من نیست را قبول کنم.» دادگاه از پزشکی قانونی یک نسخه از جواب پزشکی قانونی به شماره ۴۲۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۰۲/۱۴ در خصوص آزمایش ژنتیک DNA را مطالبه می‌نماید و بنا به اصرار پدر خواهان با ارسال سوابق نزد دکتر ص. و از نامبرده می‌خواهد اعلام نظر نماید. خواهان طی لایحه ای به دادگاه اعلام می‌دارد که خوانده متواری شده و حاضر به انجام آزمایش نیست.^{۶۰} در این پرونده سه مورد پاسخ پزشکی قانونی صراحتاً رابطه ابوت را انکار کرده اند و طی دادنامه شماره ۱۷۳۷ مورخ ۱۳۹۰/۰۹/۳۰ مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ و ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر می‌نماید. بعد از ابلاغ این رأی به خانم ط.س، وی خواهان تجدید نظر شد و در لایحه خود اینطور توضیح داد که قبلاً تجدیدنظر خوانده در پرونده شماره ۸۶/۱۶/۲۴۶۸ شعبه ۱۶ دادگاه کیفری استان اقرار به رابطه زناشویی و انتساب طفل کرده بود و تقاضای مطالبه این پرونده را کرد. این در حالی است که زوج در حضور شهود نیز اقرار نموده بود. زوج نیز طی لایحه ای به موارد مطروحه در لایحه تجدید نظر پاسخ می‌دهد، دادگاه تجدیدنظر استان پرونده استنادی مطروحه در شعبه ۱۶ کیفری استان را مطالبه و شرح آن را در صورتجلسه مورخ ۱۳۹۱/۰۲/۰۳ ذکر می‌کند. تجدید

^{۶۰} مرکز ژنتیک پزشکی اصفهان در نظریه مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۱ نسبت پدر و مادر و فرزند را تأیید نمی‌نماید، دادگاه ختم دادرسی را اعلام و با توجه به محتویات پرونده و اظهارات طرفین و به دلیل اینکه جواب آزمایش دی ان ای در مرکز پزشکی قانونی اصفهان به شماره ۴۲۱۶ مورخ ۱۳۸۹/۰۲/۱۴ و تهران به شماره ۳۶۷۸ مورخ ۱۳۸۹/۰۶/۲۴ و مجدداً در مرکز ژنتیک پزشکی اصفهان به شماره ۱۲۸ مورخ ۱۳۹۰/۰۸/۲۱ نسبت ابوت خوانده با طفل را تأیید نکرده و خوانده صراحتاً منکر ابوت شده. دلیل خواهان فقط اماره فراش بوده و این اماره در صورتی قابل پذیرش است که قرائن و شواهد و اوضاع و احوال با آن مغایرت نداشته باشد.

نظر خواه طی لایحه‌ای به دادگاه تجدیدنظر اعلام می‌دارد که تجدیدنظر خوانده به حيله و فريب مرا اغفال کرده و قبل از اخذ اجازه پدر به من به زور و اکراه تجاوز کرده و موجب بارداری بنده شد و طفلی پسر به نام الف متولد شد که پنج ماه دارد. برای اینکه نتوانم او را محکوم کنم با حيله و با همدستی فردی به نام ع.الف صيغه نامه نوشتند. شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان تجدیدنظر خواهی خانم ط.س نسبت به دادنامه شماره ۱۷۳۷ مورخ ۱۳۹۰/۰۹/۳۰ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی اصفهان را قبول کرد و بیان داشت که با توجه به محتویات پرونده و دفاعیات طرفین و با عنایت به سند عادی عقد نکاح موقت مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵ و گواهی ولادت طفل که مشخصات خوانده به عنوان پدر طفل به صورت کامل آمده است و با عنایت به محتویات پرونده شماره ۸۶/۲۴۶۸ شعبه ۱۶ دادگاه کیفری استان و اینکه تجدیدنظر خوانده به شرح صورتجلسات مضبوط در آن پرونده رابطه زوجیت موقت خود را با تجدیدنظر خواه پذیرفته و بر این رابطه اقرار و اعتراف کرده و آقای ع.الف نیز ضمن شهادت بر اقرار و اعتراف طرفین به رابطه زوجیت نزد او، تنظیم قبالة عادی که به آن استناد شده بود را تأیید کرد. بنابراین تجدیدنظر خواه هفت ماه قبل از وضع حمل در قید زوجیت تجدیدنظر خوانده بوده و در تاریخ شروع بارداری که ۱۳۸۶/۰۶/۱۲ بوده در فراش وی قرار داشته است، و اینکه تجدیدنظر خوانده در ابتدای امر انتساب طفل را به خود پذیرفته و جهت تأمین خاطر تجدیدنظر خواه جهت تنظیم قبالة عادی به عاقد مراجعه کرده و حتی در زمان زایمان به بیمارستان مراجعه و مشخصات خود را به عنوان پدر طفل در گواهی ولادت به ثبت رسانده است و از ناحیه تجدیدنظر خوانده هیچ گونه دلیلی که مؤید رابطه جنسی تجدید نظر خواه با غیر در طول رابطه زوجیت فیمابین باشد وجود ندارد. از نظر دادگاه قضیه تابع قاعده فراش بوده و نفی ولد از ناحیه تجدیدنظر خوانده با عنایت به شرایط مقرر در مواد ۱۱۵۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ به بعد پذیرفته نیست، چه آنکه چنین ادعایی در طول مدت شروع بارداری تا ولادت طفل و بعد آن از ناحیه زوج مطرح نشده است، دادگاه ضمن نقض رأی تجدیدنظر خواسته مستنداً به قاعده فراش و ماده

۱۱۵۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ رأی بر اثبات نسب طفل مشترک به نام ابوالفضل متولد ۱۳۸۷/۰۱/۱۱ و انتساب نسب وی به تجدیدنظر خوانده صادر می‌نماید.^{۶۱}

این دادنامه در تاریخ ۱۳۹۱/۰۴/۲۴ به آقای ع.ق. ابلاغ و نامبرده ظرف مهلت مقرر قانونی، اعتراض و دادخواست فرجامی خود را نسبت به دادنامه اخیر تقدیم نموده که پس از ثبت و تبادل لوایح جهت رسیدگی به این شعبه ارجاع شده است. هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل شد و بعد از قرائت گزارش آقای م. ک عضو ممیزی و ملاحظه اوراق پرونده مشاوره نموده و چنین رأی داده اند که: فرجام خواهی آقای سید ع.ق. نسبت به دادنامه شماره ۳۹۰ مورخ ۱۳۹۰/۰۳/۲۴ شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که در مقام نقض دادنامه شماره ۱۷۳۷ مورخ ۱۳۹۰/۰۹/۳۰ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی اصفهان اصدار گردیده و متضمن حکم بر اثبات نسب طفل مشترک به نام الف و انتساب نسب وی به فرجام خواه است وارد و موجه به نظر نمی‌رسد، زیرا خانم ط.س و وکیل وی در دادخواست تقدیمی و مراحل دادرسی و لوایح ارائه شده با اشاره به اینکه به موجب عقدنامه عادی مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵ به عقد موقت فرجام خواه درآمده و قبل از آن نیز چند ماه با نامبرده رابطه زناشویی داشته و از وی باردار شده و در تاریخ ۱۳۸۷/۰۱/۱۱ صاحب فرزند پسری شده که منتسب به زوج می‌باشد، تقاضای صدور حکم مبنی بر اثبات نسب طفل مشترک به فرجام خواه شده است. دادگاه بدوی با توجه به محتویات پرونده و سه آزمایش ژنتیکی DNA که رابطه ابوت را تأیید نموده اند حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر نموده ولی دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان با توجه به محتویات پرونده شماره ۸۶/۲۴۶۸ شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر (کیفری استان) و نحوه اظهارات فرجام خواه در آن پرونده و لحاظ نمودن قاعده فراش، ضمن نقض رأی تجدیدنظر خواسته، حکم بر اثبات نسب صادر نموده است که بر این تشخیص و استنباط دادگاه تجدیدنظر خدشه و خللی وارد نگردیده است. کما اینکه فرجام خواه در پرونده استنادی به شرح صورتجلسات دادرسی وجود رابطه زوجیت فیما بین و عقدنامه عادی مورخ ۱۳۸۶/۰۶/۲۵ و داشتن رابطه زناشویی از دو ماه قبل از آن را اذعان نموده و در طول دوران بارداری زوج متعرض این امر نگردیده و

^{۶۱} دادنامه شماره ۳۹۰ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۴

حتی با مراجعه به بیمارستان متقبل پرداخت هزینه بیمارستان و تحویل بچه گردیده و اقدامی در جهت نفی نسب معمول نداشته و با لحاظ قاعده فراش و مفاد ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ طفل متولد شده در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است؛ بنابراین دادنامه فرجام خواسته در حدود اعتراضات مطروحه از ناحیه فرجام خواه فاقد ایراد و اشکال مستوجب نقض بوده و مستنداً به ماده ۳۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹، رأی فرجام خواسته ابرام می‌گردد.

ملاحظه شد که در این پرونده ابتدا رأی توسط دادگاه بدوی براساس نظر کارشناس صادر شد اما در مرحله تجدیدنظر با این استدلال که دلیل کارشناسی به طور صحیح صورت نگرفته، به آن ترتیب اثر ندادند. در آخر نیز رأی صادره دادگاه بدوی توسط دیوان عالی کشور نقض شد. بنابراین دادگاه تجدیدنظر و همچنین دیوان، با حاکم نمودن اماره فراش بر آزمایش DNA انتساب کودک به پدر را پذیرفتند.

۳-۳. کاربرد آزمایش DNA در رویه قضایی

در صلاحیت محاکم در رسیدگی به دعوای اثبات و نفی نسب خواهان باید بدانند که کدام مرجع قضایی صلاحیت رسیدگی به دعوای اثبات و نفی نسب را دارد تا دعوای خود را به آن مرجع تقدیم کند. در دعوای اثبات و نفی نسب، دادگاه صالح از نظر محلی، دادگاه محل اقامت خوانده است (گروه پژوهشی چراغ دانش، ۱۳۹۵: ۲۵).

در این دعوا، خواهان شخصی است که تقاضای اثبات و نفی نسب می‌نماید و در مورد اینکه چه کسی خوانده دعوای اثبات نسب قرار می‌گیرد، دو حالت مطرح است: حالت اول اینکه فرزند ناشی از رابطه زوجیت باشد و شوهر، خوانده قرار می‌گیرد و حالت دوم در مورد فرزند ناشی از زنا و شبهه، مردی که طفل ملحق به اوست خوانده دعوا قرار می‌گیرد. در دعوای نفی نسب نیز خواهان دعوا، اصولاً پدر یا وارث قانونی وی هستند که دعوا را به طرفیت از فرزند یا وارث قانونی آن مطرح می‌کنند (همان، ۱۳۹۵: ۲۶).

طبق ماده ۴۸ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ رسیدگی به دعوای اثبات و نفی نسب، مستلزم تقدیم دادخواست^{۶۲} است.

در رویه قضایی پرونده های اثبات نسب و ابوت، آزمایش DNA کاربرد فراوانی دارد، به صورتی که خون و ترشحاتی که متمایز و برای هر فرد به صورت جداگانه است، امکان شناسایی هر فرد مشخصی را فراهم می کند. در این گونه پرونده ها، برخی قضات عقیده دارند که در صورت تقابل اماره فراش و آزمایش DNA، می توان بیان کرد که اماره آزمایش DNA مقدم است؛ زیرا علم قطعی برای قاضی ایجاد می کند (علیشاهی قلعه جوقی؛ زکی خانی، ۱۳۹۴: ۱۲۴).

طی استعلامی که از اداره حقوقی قوه قضاییه در تاریخ ۱۳۷۸/۰۱/۲۴ به شماره ۲/۱۱۸ پیرامون این سؤال صورت گرفت که «در صورت عدم وجود بینه یا اقرار و انجام آزمایش DNA، آیا نظر پزشکی قانونی مبنی بر لحوق یا عدم لحوق نوزاد به متهم (به ارتکاب زنا) حجت دارد؟» اداره کل حقوقی قوه قضاییه عمل به این آزمایش را جهت اثبات نسب مشروط بیان کرده و به عبارتی اقتناع قاضی را از جهت علم، شرط پذیرش آن مطرح نموده است؛ یعنی این آزمایش باز به خودی خود هویت ندارد و در هر حال قاضی باید قانع شود و به این نتیجه برسد که این آزمایش می تواند قطعی باشد یا خیر.

همان طور که ملاحظه می شود در رویه های قضایی چه در دادگاه های حقوقی چه کیفری متأسفانه آزمایش DNA از لحاظ کاربردی بهره کمی را در تعیین نسب و حل پرونده ها دارد.

گرچه آنچه بیشتر در دادگاه های حقوقی و خانواده دیده می شود در مورد اثبات نسب است که آن هم با توجه به شرایطی از جمله علم قاضی پذیرفته شده است، اما در نفی نسب نیز هنوز نتوانسته اند خود را مجاب کنند تا این نوع آزمایش را حجت بدانند. زیرا هنوز نمی خواهند قبول کنند که لعان تنها راه نفی نیست و حتی امروزه این حکم متروکه به نظر می رسد، با اعمال آزمایش DNA می توان در پیشبرد خیلی از پرونده ها کمک کرد.

^{۶۲} پیوست ج.

در خصوص پرونده‌ای که در صفحات پیشین بدان اشاره شد دکتر صفیری نقدی را بیان می‌کنند مبنی بر اینکه: «رأی صادره از شعبه بدوی نکاتی را در پیش روی دارد و به این نتیجه رسیده بود که آزمایش‌های متعددی درباره رابطه ژنتیکی میان طفل و زوج صورت گرفته بود که نتایج همگی حاکی از عدم رابطه ژنتیکی و وراثتی میان زوج و طفل است و چون علم داریم که شوهر صاحب نطفه نیست، نمی‌توان به قاعده فراش تمسک جست و همچنین نمی‌توان اقرار کرد؛ زیرا برخلاف حقیقت است.

در مقابل نیز رأی صادره در شعبه تجدیدنظر و یا استدلال وابسته به دیوان عالی کشور، صرفاً بر مبنای تطبیق شکلی قاعده فراش یا اقرار ضمنی است. این در حالی است که اماره فراش در مقام اثبات است و تنها در صورت شک به انتساب صورت می‌گیرد و در صورت حصول علم به صاحب نطفه رجوع به این اماره منتفی است و اقرار ضمنی هم به دلیل محرز بودن فسادش مطابق ماده ۱۲۷۶ و ۱۲۷۷ قانونی مدنی فاقد ارزش اثباتی است. پس در نتیجه برخلاف رأی شعبه تجدید نظر و دیوان عالی کشور می‌توان رأی شعبه بدوی را کاملاً موجه دانست. هرچند گفتنی است که آنچه مقصود و غرض شعبه بدوی را فراهم می‌کند، در وجه استنادی رأی محقق نیست و در مقابل آنچه در وجه استنادی رأی محقق است، قابلیت اثبات مقصد را ندارد. ضروری بود که شعبه بدوی در رأی خود به قابلیت استنادی موضوع کارشناسی و کشف حقیقت (ماده ۱۹۹ قانون آئین دادرسی مدنی و مفهوم مخالف ماده ۲۶۵ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹) و مواد ۱۲۷۶ و ۱۲۷۷ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ تصریح کند و همچنین زمانی که صاحب نطفه مشخص شد دیگر نمی‌توان به ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴ تکیه کرد. در نتیجه استدلال و وجه استنادی شعبه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور نیز مخدوش است.» (صفیری، ۱۳۹۵: ۱۵ و ۱۶)

از آقای دکتر صفیری سؤالی شد مبنی بر اینکه: « زمانی که برای پزشکی قانونی، آزمایش DNA به قطع رسیده است، این قطعیت برای قانون کافی نیست؟» ایشان در پاسخ عرض کردند: «خیر، نظر کمیته پزشکی برای ما در این حد کافی نیست و فقط در حد نظر کارشناسی است و برای قاضی الزام آور نیست، حتی الزام اعتباری هم برای قانونگذار ندارد ، در نتیجه قاضی می‌تواند خلاف آن رأی دهد.»^{۶۳} به نظر ایشان این آزمایش نمی‌تواند

^{۶۳} برگرفته از مصاحبه با دکتر صفیری عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۱.

برای قاضی حجت باشد؛ زیرا در این شرایط این شخص ثالث است که حکم قطعی را می‌دهد، در حالی که کار قضاوت با قاضی شرع است و اوست که باید نظر نهایی را بدهد.

دکتر قره داغی از پزشکان پزشکی قانونی موضوع را این طور توضیح می‌دهد که: «اگر بخواهیم راجع به احتمال خطاپذیری آزمایش DNA بحث کنیم، برای پاسخ به نوع آزمایش DNA و پاسخی که ما از این آزمایش انتظار داریم بستگی دارد؛ در مواردی که بخواهیم ابوت و نسب را مطرح کنیم و پدر و مادر در قید حیات نباشند، می‌توانیم از DNA خواهر یا برادر استفاده کنیم که در این حالت خطا وجود دارد. اما مواردی که ابوت را رد کنیم، تکلیف مشخص است و حتی با گروه خونی هم می‌توان ابوت را رد کرد. در آزمایش DNA که دقیق‌تر از دیگر آزمایش‌ها است، زمانی که بخواهیم بدانیم آیا طفل مورد نظر ماحصل آقا و خانم خاصی است یا خیر، چنانچه DNA فرزند با آنها مطابقت نداشته باشد، وضع کاملاً مشخص است و احتمال خطایی هم نیست. برای نمونه وقتی یک دستگاه پراید و یک دستگاه پژو را قطعه قطعه می‌کنیم و به فردی می‌دهیم تا از ترکیب این قطعات، ماشین دیگری بسازد. حال اگر می‌خواهیم ببینیم که آیا ماشین سوم حاصل پژو و پراید است یا خیر و آن را بررسی می‌کنیم، در آن قطعه ای می‌یابیم که نه متعلق به پراید است نه پژو. در اینجا ممکن است گفته شود که احتمال خطا وجود دارد اما وقتی قطعات متعددی پیدا می‌کنیم که متعلق به پژو و پراید نیست دیگر مجالی برای استناد به بحث خطاپذیری باقی نمی‌ماند. در نتیجه اینکه آزمایش DNA در مورد بحث نفی نسب، خطاپذیر نیست.» (پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، ۱۳۹۶: ۲۵)

از صحبت‌های ایشان می‌توان این را بیان کرد که در نفی نسب، خطاپذیری نیست و می‌توان با توجه به این آزمایش نسبی را به راحتی نفی کرد و از لحاظ پزشکی قانونی بیشتر این آزمایش می‌تواند به حل پرونده‌ها در نفی ابوت کمک کند.

متأسفانه امروزه آنچه در عمل اتفاق می‌افتد آن است که افراد ابتدا با مراجعه به آزمایشگاه‌های ژنتیک هویت طفل را مشخص می‌کنند و بعد برای شکایت به مراجع قضایی رجوع می‌کنند. برخی از پزشکان ژنتیک بر این باورند که در کشور ما مدل‌های مختلفی برای تعیین هویت وجود دارد. مانند تعیین هویت برای سفارت، برای گرفتن شناسنامه و... در این مدل از تعیین نسب افراد تمایلی به طرح موضوع ندارند.

البته بسیاری از افراد جامعه اطلاعات محدودی در این خصوص دارند. در اکثر مواقع آنچه مورد شک است، رابطه پدر- فرزند است. مانند اینکه پدری مراجعه می‌کند و می‌گوید که گروه خونی فرزندم به من نمی‌خورد یا به من و همسر من نمی‌خورد. پدر و مادری گروه خونی A دارند و فرزند O باشد. البته گروه خونی‌هایی هم هستند که مخفی‌اند مانند گروه خونی AB که O بمبئی است یعنی آنتی ژن‌ها را نمی‌تواند ببیند و O نشان می‌دهد در صورتی که AB است یا اینکه گروه خونی را اشتباه معرفی می‌کنند. این مدل مراجعه کنندگان معمولاً از یک شک یا اطلاعات غلط شروع می‌شود.^{۶۴} از دیدگاه حقوقدانان این مورد که قبل از مراجعه به مراجع قضایی سراغ این آزمایش می‌روند، آثار حقوقی را از شوهر و پدر طفل بر نمی‌دارد و هنوز این آثار پابرجا است. اینکه حتی ممکن است بعد از آزمایش DNA طلاق بگیرند، اما پدر اسم طفل را از شناسنامه‌اش نمی‌تواند حذف کند؛ زیرا در آزمایشگاه‌ها فقط می‌گویند این نمونه A با B مطابقت دارد یا خیر و فرقی برایشان ندارد؛ زیرا می‌دانند اگر این آزمایش بخواهد در دادگاه سند و جزء مدارک باشد باید به طور رسمی نامه از دادگاه بیاورند. البته خود آزمایشگاه‌ها نیز با بهره‌گیری از ظرفیت تیم‌های مشاوره‌ای در مورد اینکه آیا فرد متقاضی باید به اطلاعات نتایج حاصله دسترسی داشته باشد یا خیر، تصمیم‌گیری می‌نمایند. در این تصمیم‌ها، وضعیت کودک، والدین، نوع ارتباط ایشان، خانواده‌های گسترده‌تر مانند خانواده مادری و پدری زوجین و... از معیارهای تعیین‌کننده است. زیرا گاه در نتیجه مکشوف شدن حقیقت زوجین از یکدیگر جدا می‌شوند، اما نام طفل در شناسنامه مرد باقی می‌ماند و در واقع طفل برای او است و از او ارث می‌برد و اگر همسرش شکایت نفقه هم بکند دیگر شوهر نمی‌تواند کاری کند و قانون دست او را بسته است.

در واقع نمونه‌هایی که معمولاً برای آزمایشگاه ژنتیک می‌آورند بدین نحو است که فردی مویی را می‌آورد و می‌خواهد چک کند که این موی مادرش است یا خیر. جوابی که برای فرد می‌زنند بدین شکل است که فرد نمونه مویی یا خونی یا ناخنی آورده است و این مطابقت دارد یا خیر؛ زیرا این نمونه را خود آزمایشگاه نگرفته است و نمی‌دانند فرد درست گفته باشد یا خیر و احراز هویت فرد سخت می‌شود.

^{۶۴} برگرفته از مصاحبه با دکتر ژنتیک توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۹/۰۴.

اما اگر خودشان آن نمونه را بگیرند اسم فرد را قید می‌کنند، مدارک شناسایی و یک قطعه عکس به همراه یک تعهد نامه از فرد می‌گیرند. همه این کارها به خاطر این است که اگر بعدها پزشکی قانونی ادعایی کرد که برچه اساسی اسم این شخص آورده شده؟ این مدارک را نشان دهند و بعد خود پزشکی قانونی پیگیری می‌کند.

این مسئله پر مخاطره است، مانند اینکه پزشکان در آزمایشگاه تصمیم می‌گیرند تا جواب را به فرد نگویند؛ زیرا ممکن است زندگی آنها به هم بریزد یا مشکل جانی برای کسی ایجاد کند. مواردی بوده که به افراد گفته شده که آزمایشتان جواب ندارد یا اینکه آزمایشگاه قادر نیست آن را انجام بدهد، حتی در برخی موارد خطرات جانی برای پزشکان ژنتیک داشته است.

بیشترین کار قضاوت در زمینه این آزمایش توسط پزشکی قانونی صورت می‌گیرد. به طور مثال در پرونده‌ای خانمی بعد از طلاق از همسرش قصد انتقام جویی داشته و مطرح می‌کند که این طفل برای این مرد نیست و من با کس دیگری در ارتباط بودم، بعد از انجام آزمایش توسط پزشکی قانونی، مشخص می‌شود که حرف‌های زن، ادعایی بیش نبوده و پزشکی قانونی نظر داد که این طفل برای همین مرد است و قاضی نیز ادعای زن را رد کرد. با اینکه این نظر در بحث نفی بود، اما از این آزمایش به عنوان یک مدرک درست استفاده شد. البته این را نباید فراموش کرد که در زمان ادعای زن و تا زمان آماده شدن این آزمایش ممکن است شوهر فکریایی کند و دید بدی نسبت به طفل داشته باشد.

در ادامه به بررسی رأیی در خصوص کیفیت استفاده از آزمایش DNA و اماره فراش می‌پردازیم:

«نقد رأی^{۶۵}»

پرونده فرجام خواهی به شماره دادنامه ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۵۳۲ در تاریخ ۱۳۹۴/۱۲/۰۲ به احراز رابطه ابوت طفل خواهان و خوانده با ارجاع امر به کارشناس ذی صلاح بوده. دادخواست اولیه به دادگستری

^{۶۵} پیوست د.

شهرستان گرمسار تقدیم که پس از ثبت جهت رسیدگی به شعبه اول محاکم حقوقی ارجاع شده است. شعبه مرجوع الیه پس از جری تشریفات قانونی برابر دادنامه شماره ۹۳۰۰۰۱۲۵۱۷ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۰۹ در خصوص دادخواست تقدیمی خواهان خانم ف.س با وکالت آقایان ع.ش و م.ح به طرفیت خوانده آقای الف.ن با وکالت آقایان م.ض و ع.ر به خواسته اثبات نسب و احراز رابطه ابوت میان خوانده و طفل متولد شده از خواهان و الزام خوانده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه با توجه به محتویات پرونده بدوی و اقدامات انجام شده و علیرغم خودداری نامبرده از آزمایش DNA در دادگاه بدوی و اعلام آمادگی در دادگاه تجدیدنظر، معذک در این مرحله نیز به دلایل نامعلوم حاضر به انجام آزمایش نشد. رأی دادگاه تجدید نظر در تاریخ ۱۳۹۴/۰۷/۲۲ ابلاغ گردید و نظر دادگاه بدوی را مبنی بر اثبات طفل قبول کرد. وکیل آقای الف.ن با تقدیم دادخواست که به شماره ۹۴۰۰۰۳۰ مورخ ۱۳۹۴/۰۸/۱۱ ثبت گردیده از رأی دادگاه تجدید نظر فرجام خواهی کرد. عمده دلایل فرجام خواهی عبارت بود از: آزمایش DNA از سوی حضرات آیات رد شده است و اعتباری ندارد و با فرض انجام آن، باز هم دلیلی بر انتساب و اثبات طفل ندارد و استناد دادگاه بدوی و تجدید نظر فاقد اعتبار است و باید اماره فراش اجرا شود و با توجه به این اماره اثبات نسب این طفل به موکل امکان ندارد. شهادت شهود و تحقیقات محلی هم نشان می‌دهد که طفل نمی‌تواند به آقای الف.ن ملحق شود. انجام آزمایش DNA دارای ضریب خطا است و این امر مخالف شرع مقدس ما است و عواقب اجتماعی بدی را در شهر کوچکی مانند گرمسار دارد، لذا جهت آبروی مؤمن و جلوگیری از تضييع حق استدعای ارجاع امر به پزشکی قانونی یا کارشناس رسمی براساس قاعده فراش همراه با نقض رأی را خواستارم. در رأی نهایی توسط دیوان عالی کشور این طور آمده است که: «فرجام خواهی آقای الف.ن با وکالت آقای ع.ر از دادنامه شماره ۹۴۰۰۰۷۲۱ مورخ ۱۳۹۴/۰۷/۰۵ صادره از شعبه پنجم دادگاه تجدید نظر استان سمنان مستظهر به دلایل و مدارک متقن که از جهات گسیختن و فسخ رأی باشد نیست، مطالبی که بیان شد مرتبط با ماهیت قضیه بوده که موجهاً مردود اعلام گردیده و از حیث رعایت اصول و قواعد دادرسی نیز ایراد و اشکال مؤثری مشهود نیست. در نتیجه با اختیار حاصله از ماده ۳۷۰ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۷۹ دادنامه، فرجام خواسته ابرام و پرونده اعاده می‌شود.»

در این پرونده مشخص است که قاضی با توجه به نظر پزشکی قانونی و کارشناس رأی به اثبات طفل داده است. زیرا در این امر تخصص نداشته و آن را به کارشناس ارجاع داده. وکیل خوانده سعی بر این داشته تا اعتبار این آزمایش و نظرات کارشناس را خدشه دار کند با اینکه موکل از دادن آزمایش سرباز زد اما امارات و مدارک دیگر ثابت کرد که این طفل متعلق به این مرد است. البته به نظر می‌رسد در صورت استناد به اماره فراش نیز اثبات نسب نیز احراز می‌شود.

در پرونده‌های زیادی شاهد این هستیم که به این آزمایش استناد می‌شود مانند تعیین هویت شهدا یا کسانی که زیر آوار مانده‌اند. اما سؤالی که مطرح می‌شود این است که چرا نباید در مابقی پرونده‌ها به آن استناد کنیم؟ برخی از حقوقدانان من جمله دکتر غدیری این نظر را داشتند که در آن پرونده‌ها مانند اینجا تالی فاسد را ندارد. در مسائل کیفری هم خیلی راحت‌تر می‌پذیرند که اگر آزمایش DNA را جواب بگیرند تمام شواهد و قرائن را در مسیر این آزمایش قرار می‌دهند البته اگر به آنها بگویید، در جواب می‌گویند که ما این شواهد و قرائن را جدا بررسی می‌کنیم ولی همه مستندات را در جهت این آزمایش سوق می‌دهند. اما در این مورد به خاطر ترسی که دارند و تالی فاسدی که دارد سخت می‌گیرند؛ زیرا نمی‌دانند که چه اتفاقی در آینده قرار است برای خانواده و جامعه بیفتد.

به نظر برخی از متخصصان علم ژنتیک در تعیین هویت شهدا و کسانی که در زیر آوار مانده‌اند چاره‌ای نداریم جز اینکه آزمایش DNA بگیریم؛ زیرا این امر، یک امر اضطراری است؛ به عبارتی، مدرک دیگری وجود ندارد که به آن استناد شود و تعیین هویت شوند. در حالی که در این پرونده‌ها راه‌های دیگری وجود دارد. بنابراین تا زمانی که جامعه در خطر باشد نمی‌توانیم به طور مطلق از آن استفاده کنیم و فقط در شرایط خاص بهره می‌گیریم و در عین حال به عنوان یک اماره قضایی می‌تواند به قاضی کمک کند.

به گفته یکی از پزشکان علم ژنتیک، «آزمایش DNA به خاطر قطعیتی که در علم پزشکی دارد به عنوان یک مدرک موثق کمک زیادی به حل پرونده‌های ابوت و تعیین نسب می‌تواند داشته باشد و می‌تواند به قاضی کمک کند تا پرونده را پیش ببرد. شاید خیلی‌ها به دلیل اینکه این آزمایش مدت تقریباً زیادی زمان می‌برد که بین یک تا

یک ماه و نیم است و به دلیل هزینه بالایی که دارد که این به خاطر لوازم و مواد پرهزینه است، باعث شود که دادگاه از استناد به این آزمایش صرف نظر کند همچنانکه دادن این آزمایش اجباری نیست.

در عین حال این را باید در نظر داشت با اینکه هیچ جایی قانونی در این زمینه وجود ندارد و در برخی از موقعیت‌ها مسائل شرعی وجود ندارد آزمایش DNA به طور جدی صورت می‌گیرد و در خیلی از مواقع راهگشای خیلی از موانع است. در واقع با همه سنگ اندازی‌ها آزمایش DNA راه خود را می‌رود و هیچ ایرادی هم به آن گرفته نمی‌شود. اما در برخی از مسائل، مخصوصاً در جاهایی که به مراجع قضایی مراجعه می‌کنند به دلیل نبود یک قانون واحد و درست استناد به این آزمایش با مشکلاتی مواجه می‌شود و دچار اخلال می‌شود. اگر قانون یکسان یا در مسائل شرعی و فقهی نظر یکسان باشد مشکلات این چنینی ایجاد نمی‌شود.^{۶۶} با اینکه نظرات ایشان درست است اما باید همه جوانب را در نظر گرفت؛ زیرا اگر قانونی وضع شود یا اجرا شود باید قبل آن بررسی شود که چه بازخوردی خواهد داشت.

این مسئله مهمی است که امروزه علی‌رغم پرونده‌های زیاد در مراجع قضایی، رویه واحدی وجود ندارد. نه تنها بین فقها و حقوقدانان اختلاف است بلکه در بین محاکم و قضات نیز اختلاف نظرهایی پیرامون این موضوع وجود دارد. برخی از محاکم با استناد به آزمایش DNA اثبات را قبول یا رد می‌کنند و برخی آن را بر اماره فراش ترجیح می‌دهند و برخی دیگر در محاکم به اماره فراش استناد می‌کنند و آن را مقدم می‌دانند. در این بین نیز پرونده‌هایی وجود دارد که سال‌های زیادی است بین این اختلاف مانده‌اند و رأی قطعی صادر نشده است. در نتیجه در این موضوع باید به یک رویه واحد و هماهنگی برسیم تا بتوانیم مشکلات را درست بفهمیم و آنها را بررسی کنیم تا هم برای طرفین پرونده حل مشکل کند هم این معضلی را که در جامعه به وجود آمده است را حل کند. رویه واحد به بهبود وضع پیش آمده کمک زیادی خواهد داشت.

^{۶۶} برگرفته از مصاحبه با متخصص ژنتیک توسط نویسنده مورخ ۱۳۹۶/۰۸/۲۹.

فصل چهارم

نتیجه گیری و پیشنهادها

۴-۱. مقدمه

از مجموعه مباحثی که در این پژوهش بررسی شد و به آن پرداخته شد، نویسنده به نتایجی دست پیدا کرد که البته با وجود به دست آوردن نتایج اما هنوز بین حقوقدانان و فقها اختلاف نظرهایی وجود دارد. نظرات و اختلافاتی که قابل حل است و می‌تواند در بهبود وضع ایجاد شده باشد. در هر حال این نتایج از بررسی گفتار و صحبت‌ها و نظرات دو گروه استخراج شده است.

۴-۲. پاسخ به پرسش‌های پژوهش

۴-۲-۱. پرسش نخست

سؤال اصلی که مطرح شد این بود که آیا براساس مبانی فقهی می‌توان به طور مطلق از آزمایش DNA به عنوان اماره انتساب طفل به پدر (نفیاً یا اثباتاً) بهره گرفت؟

برای پاسخ به این پرسش به طور اجمالی باید بیان کرد که براساس مبانی فقهی به طور مطلق نمی‌توان از این آزمایش استفاده کرد. بنا به دلایلی که فقهای امامیه مطرح می‌کنند و مراجع عظام نیز آن را تأیید می‌کنند. این آزمایش در حکومت دینی و بر مبنای قانون دینی نمی‌تواند به طور مطلق در این طور مسائل منیع مناسبی باشد؛ زیرا قانونگذار همیشه سعی بر این داشته که در جامعه اسلامی تابو شکنی و قبح شکنی نشود و نظم اجتماعی به هم نخورد؛ زیرا ممکن است بنیان خانواده زیر سؤال برود و آینده طفل به خطر بیفتد. درست است که در کشورهای دیگر از این آزمایش استفاده‌های بسیاری می‌کنند اما برای کشورهای دیگر مشروعیت و یا عدم مشروعیت مهم نباشد اما در کشور ما مهم است. پس به طور مطلق نمی‌تواند راهگشا باشد اما نمی‌توان نقش آن را در حل پرونده‌ها بی‌تأثیر دانست و هنوز این مسئله جای تأمل و پژوهش بیشتر دارد و هم چنین استدلال‌های قوی مجتهدین را می‌طلبد. به طور کلی فقها و مراجع عظام بیشتر بر نحوه اجرایی شدن این آزمایش در جامعه نقد دارند؛ زیرا تبعاتی که ممکن است در نسل‌ها داشته باشد قابل جبران نیست. خانواده و جامعه نقاط مشترک زیادی دارند، زمانی که خانواده

مستحکم و خوبی را داشته باشید می‌توانید جامعه و کشوری سالم و پیشرفته داشته باشید. البته این مسئله نباید به رد کردن کلی این آزمایش منجر شود و باید اصلاح قانون و بهتر شدن آن را خواستار باشیم.

۴-۲-۲. پرسش دوم

سؤال فرعی که مطرح شد این بود که چرا رویه قضایی، آزمایش DNA را صرفاً در موضوع اثبات نسب به کار می‌گیرد و در نفی نسب، استفاده از آن را ضروری نمی‌داند؟

پاسخ به این پرسش هم بر مبنای فقهی شکل می‌گیرد؛ زیرا در اثبات نسب از اماره فراش استفاده می‌شود و در نفی نسب لعان را داریم، در نفی به دلیل اینکه فقهای امامیه این نظر را دارند که به اجماع و روایات ثابت است که باید به لعان متوسل بشویم و بحث تعبدی بودن را مطرح می‌کنند، همچنین به دنبال آن آثاری که لعان دارد را مدنظر دارند، قبول نمی‌کنند که از راه دیگر مخصوصاً آزمایش DNA استفاده کنند. در اثبات نسب نیز آثار سنگینی ندارد اما در نفی برای هر دو طرف آثار سنگینی بار می‌شود و به نظر می‌آید که شارع سعی در ملحق شدن طفل به شوهر را دارد نه نفی طفل را. به همین خاطر فقهای امامیه و مجتهدین معاصر این نظر را دارند که برای همان نظم اجتماعی و امنیت روانی خانواده و نظر شارع در نفی نسب از راه های دیگر استفاده نکنیم؛ زیرا ممکن است دیگر خانواده ای قاضی نیز با توجه به قانون و فقهی که موجود است در رویه های قضایی در مسئله نفی استفاده از آزمایش DNA را ضروری نمی‌داند. اینکه با توجه به مقالات مطرح شده در پیشینه در اثبات می‌توان با حصول شرایطی از این آزمایش استفاده کرد و حتی امکان شرعی را هم برای آن توجیه کرد اما در نفی نمی‌توان این کار را انجام داد به همان دلایل فقهی و شرعی. البته به نظر می‌آید که این موضوع هم نیازمند بحث بیشتر بین مجتهدین و فقها است تا با ظرفیت‌های قانونی و شرایط اجتماعی امروزی این مسئله را به نوعی کاربردی‌تر کرد.

۴-۳. نتیجه گیری

به نظر می‌رسد به طور کلی آنچه در این پایان نامه به آن پرداخته و نظرات بررسی شد به این نتایج می‌رسیم که:

۱- به کار بردن و استفاده از آزمایش DNA مانند همه مسائل مستحدثه در جامعه ما مطرح است و نمی‌توان منکر آن شد، در حالی که امروزه از لحاظ مبانی فقهی به صورت مطلق نمی‌توان از این آزمایش استفاده کرد و حتماً باید در کنار قرائن و شواهد دیگر به اثبات برسد؛ زیرا جامعه فقهی ما هنوز به این نرسیده است که بتوان به طور متقن از این آزمایش استفاده کرد. البته در بین فقها مانند دیگر مسائل به دلیل مکاتب و تفکرات مختلف اختلافاتی وجود دارد و همچنین این را باید متذکر شد که شاید بتوان گفت که در اثبات تا حدودی موافق باشند اما هنوز در مورد به کار گیری آزمایش DNA در نفی نسب به اجماع نرسیده‌اند؛ زیرا با وجود لعان و آثار آن نمی‌توانند قبول کنند که به غیر آن استناد شود. با توجه به نظرات فقهای معاصر نمی‌توان آزمایش DNA را به صورت مطلق در تعیین نسب پذیرفت، و برخی براین عقیده‌اند که تنها به عنوان یک مدرک برای رأی بهتر به قاضی معرفی می‌شود.

۲- با وجود قطعی ندانستن آزمایش DNA، شاهد این هستیم که در برخی رویه های قضایی این نوع آزمایش از طرف قاضی پیشنهاد می‌شود اما عملاً از آن استفاده زیادی نمی‌کنند و به نظر می‌رسد این موضوع ریشه در نظم و امنیت روانی افراد و جامعه داشته باشد؛ زیرا با قبول این نوع آزمایش قطعاً زندگی افراد دچار مشکلات جدی خواهد شد که خسارت های جبران ناپذیری را در جامعه و نسل‌ها خواهد گذاشت. بیشتر فقها مصلحت جامعه و عموم مردم را در نظر می‌گیرند درحالی که برخی از حقوق‌دانان و دکترین علم ژنتیک مصلحت فرد را در نظر دارند. حال اگر به گفته فقها مصلحت جامعه را مبنا قرار دهیم ممکن است در به کارگیری از این آزمایش پیامدهای مثبت و منفی وجود داشته باشد. در نتیجه در رویه‌های قضایی، قاضی باید مصلحت فرد و اجتماع را در نظر بگیرد به طوری که پیامدهای منفی آن به حداقل برسد.

۳- بررسی‌ها حاکی از این است که به دلیل تبعیدی بودن در مسئله لعان در نفی نسب و آثار آن فقها اجازه نمی‌دهند که از آزمایش DNA استفاده شود. به طور کلی در اثبات حصری ندارند اما در نفی حصر دارند. برخی بر این عقیده‌اند که با لعان فرد احتیاط بیشتری در زمینه نفی و انکار نسب می‌کند، بدین نحو که اگر در این امر جدی نباشد، آثاری بر او بار خواهد شد. فقها بر این باورند که با به

کارگیری آزمایش DNA دیگر نمی‌توان آثار شرعی را به زوجین تحمیل کرد و نمی‌توان به سادگی از کنار این مسئله عبور کرد. مانند اینکه اگر با وجود محدودیت‌ها و آثار لعان زوج تصمیم به لعان بکند و بعد پشیمان شود، شارع راه بازگشت را برای وی باز گذاشته است تا رجوع کند و طفل ملاعنه شده را از حالت بی‌نسبی بیرون آورد. پدری که بعد از وقوع لعان و نفی نسب رجوع می‌کند در واقع به تکذیب عمل گذشته خود می‌پردازد و آن را خلاف واقع و تهمت می‌داند در واقع چنین وانمود می‌شود که فرزندی که لعان شده قانوناً منسوب به او است. درحالی که آزمایش DNA تنها می‌تواند رابطهٔ خونی را مشخص کند و حتی ممکن است راه بازگشتی برای فرد وجود نداشته باشد.

۴- با این حال آزمایش DNA کاربرد زیادی در علم پزشکی و ژنتیک و پزشکی قانونی دارد. در خیلی از موارد بکار برده می‌شود، اما به دلیل حساسیت بالا و بیشتر به لحاظ جامعه‌شناسی و روانشناسی فعلاً نمی‌توان از این آزمایش به صورت مطلق استفاده کرد و فقط به عنوان نظر کارشناسی مطرح می‌شود.

۴-۴. پیشنهادهای حاصل از پژوهش

پیشنهادهایی در این پایان‌نامه با توجه به پژوهش حاصله ارائه می‌شود از جمله:

- ۱- در رویه‌های قضایی آزمایش DNA را به عنوان امارهٔ قضایی بپذیریم و از آن استفاده کنیم.
- ۲- برگزاری جلسات بین فقها و حقوقدانان و پزشکان علم ژنتیک و جامعه‌شناسان و روان‌شناسان و مشورت گرفتن از آنها به صورت مستمر، می‌تواند تعامل و پیوند بیشتر و بهتری را بین علم پزشکی و فقه و حقوق ایجاد کند.
- ۳- برگزاری هم‌اندیشی بین قضات و پزشکان پزشکی قانونی برای تعامل و هماهنگی بیشتر و جواب دادن به پرسش‌های احتمال.

۴-۵. پیشنهاد برای پژوهش های آتی

پیشنهاد هایی برای پژوهش های آتی لازم است از جمله اینکه:

- ۱- تحقیق و پژوهش در رابطه با مصلحت کودک در این موضوع.
- ۲- پژوهش و تحقیق تطبیقی با قوانین دیگر کشورها و مقایسه آن با کشورایران در این موضوع.
- ۳- تحقیق در مورد تأثیر روانی آثار این آزمایش و اماره فراش در خانواده.
- ۴- تأثیر این آزمایش از لحاظ جامعه شناسی بر افراد با نگاهی به قانون خانواده.
- ۵- بررسی اماره فراش در مقایسه با حق بر هویت کودک در کنوانسیون حقوق کودک.

منابع

منابع فارسی

کتاب

- امامی، سید حسن. (۱۳۷۸). حقوق مدنی. تهران: اسلامیة.
- ایروانی، باقر. (۱۳۹۳). دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه. ترجمه حسن بیت جادر. قم: نصاب.
- آل کجباف، حسین. (۱۳۹۳). روش تحقیق در علم حقوق با تأکید بر پایان نامه نویسی. تهران: جنگل.
- بروجردی، محمد عبده. (۱۳۳۹). کلیات حقوق. تهران: دانشگاه تهران.
- پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، (۱۳۹۶). تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش DNA. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- _____ (۱۳۹۶). قرائن و امارات قضایی مستند علم قاضی. تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (بی تا). ترمینولوژی حقوق. تهران.
- حافظ نیا، محمد رضا. (۱۳۷۷). روش تحقیق در علوم انسانی. تهران: سمت.
- حسینی تهرانی، محمد حسین. (۱۴۲۱). ولایت فقیه در حکومت اسلام. قم: انتشارات علامه طباطبایی.
- حسینی دشتی، سید مصطفی. (۱۳۷۹). معارف و معاریف دایره المعارف جامع اسلامی. قم: موسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت (ع).
- حکمت، سعید. (۱۳۶۶). پزشکی قانونی و اخلاق پزشکی. تهران: دفتر انتشارات و تأمین منابع درسی.
- خاکی، غلامرضا. (۱۳۹۴). روش تحقیق در مدیریت. تهران: فوژان.

خمینی، سیدروح اله. (۱۴۲۵). تحریر الوسيله. ترجمه علی اسلامی. قم. دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت نامه. تهران. دانشگاه تهران.

رحیمی نیا، مصطفی. (۱۳۸۳). فرهنگ صبا. تهران.

شمس، عبدالله. (۱۳۸۷). ادله اثبات دعوی (حقوق ماهوی و شکلی). تهران. دراک.

شهیدی، مهدی. (۱۳۷۵). تلقیح مصنوعی انسان. مجموعه مقالات حقوقی. تهران. نشر حقوقدانان.

صفایی، سیدحسین؛ اسداله امامی. (۱۳۹۳). حقوق خانواده. تهران. مؤسسه دانشگاه تهران.

صفی‌سری، حسین. (۱۳۹۵). «قاعده فراش» و شناسایی با «آزمایش DNA»: (اثبات و نفی نسب). تهران. مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.

علیخانی، علی اکبر. (۱۳۸۶). مبانی نظری هویت و بحران هویت. تهران. انتشارات جهاد دانشگاهی.

عمید، حسن. (۱۳۶۹). فرهنگ فارسی معین. تهران. امیرکبیر.

قانون آئین دادرسی مدنی. مصوب سال ۱۳۷۹.

قانون مدنی. مصوب سال‌های ۱۳۰۷، ۱۳۱۳ و ۱۳۱۴.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی. تهران. دادگستر.

_____. (۱۳۷۸). حقوق مدنی خانواده. تهران. شرکت سهامی انتشار.

_____. (۱۳۹۰). اثبات و دلیل اثبات. تهران. میزان.

- کریمی، عباس. (۱۳۹۴). ادله اثبات دعوا. تهران. میزان.
- گروه پژوهشی چراغ دانش، (۱۳۹۵). دعوای اثبات و نفی نسب در رویه دادگاه‌ها. چراغ دانش.
- گودرزی، فرامرز؛ مهرزادکیانی. (۱۳۸۹). پزشکی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق. تهران. سمت.
- گیدنز، آنتونی. (۱۳۸۲). تجدد و تشخیص. ترجمه ناصر موفقیان. تهران. نشر نی.
- مدنی، سید جلال الدین. (۱۳۷۶). ادله اثبات دعوی. تهران. گنج دانش.
- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی. (۱۳۸۹). فرهنگ نامه اصول فقه. قم. انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- مظفر، محمدرضا. (۱۳۸۹). اصول فقه. ترجمه محسن غرویانی و علی شیروانی. قم. دارالفکر.
- معین، محمد. (۱۳۶۰). فرهنگ فارسی. تهران. امیرکبیر.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۷). استفتائات جدید (مکارم). قم. مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- نایب زاده، عباس. (۱۳۸۰). بررسی حقوقی روش‌های نوین باروری مصنوعی. تهران. مجد.

مقالات

- اسلامی، حسن. (۱۳۷۴). اهداف دین، درنگی در نظریه المقاصد عند الامام الشاطبی. مجله فلسفه و کلام. شماره ۵.
- انصاری، حسین. (۱۳۸۷). اثبات نسب از طریق DNA. مرکز فقهی ائمه اطهار.
- باقری، احمد؛ ریحانه آیت اله شیرازی. (۱۳۹۴). بازپژوهی قاعده فراش با رویکردی انتقادی به روش‌های نوین اثبات نسب. فصلنامه قضاوت. شماره ۸۲.

پيله، اعظم؛ سيد علی علوی قزوینی، و علی رضیئی. (۱۳۹۲). بررسی حجیت آزمایش دی ان ای (DNA) در نفی نسب. مجله حقوق خصوصی. شماره ۲۲.

_____. (۱۳۹۲). نقش DNA در اثبات نسب. فصلنامه خانواده پژوهی. شماره ۳۵.

حیدری، الهام. (۱۳۹۳). اعتبار علم قاضی در صدور احکام کیفری در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. پژوهشنامه حقوق کیفری. شماره ۲.

خوړسندیان، محمدعلی. (۱۳۸۲). بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران. مجله حقوقی دادگستری. شماره ۴۳.

صبوری، علیرضا؛ حمیده یادگاری. (۱۳۸۶). مقایسه کارایی گروه‌های اصلی و فرعی خونی با DNATyping در رد رابطه پدر- فرزند. مجله علمی پزشکی قانونی. شماره ۱.

صمدی مله، سعید. (۱۳۸۴). ظهور دی ان ای تحولی شگرف در سیستم قضایی. ماهنامه. شماره ۴۹.

طبائی، مهشید. (۱۳۹۱). نقش آزمایش «دی.ان.ای» در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران. فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق). شماره ۵۶.

عامری، پرویز؛ هاجر یاسینی نیا. (۱۳۹۵). نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی اثبات نسب. فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق). شماره ۶۵.

_____. (۱۳۹۴). نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی نفی نسب. فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق). شماره ۶۲.

علوی قزوینی، سیدعلی. (۱۳۸۲). آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان. فصلنامه مفید. شماره ۳.

علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل؛ نجمه زکی خانی. (۱۳۹۴). حجیت تجزیه و تحلیل پزشکی در اثبات احکام قضایی. فصلنامه فقه پزشکی. شماره ۲۲ و ۲۳.

فاضل، ایرج. (۱۳۸۱). ماهنامه زیست فناوری کانون تفکر - ستاد توسعه زیست فناوری کشور - شماره ۸.

کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳). ماهیت و اثر اماره حقوقی. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. شماره ۶۴.

لطفی، اسداله. (۱۳۸۱). قاعده فراش. فصلنامه علوم انسانی دانشگاه الزهرا (س). شماره ۴۱.

موسویان، سید ابوالفضل. (۱۳۸۴). قلمرو حجیت علم قاضی در فقه. مجله مقالات و بررسیها. شماره ۷۷.

ناصری مقدم، حسین. (۱۳۸۷). واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جایگزین. فصلنامه باروری و ناباروری.

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

پایان نامه‌ها

بابائی، امین. (۱۳۹۵). قاعده فرش و یقین قاضی براساس DNA. (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری.

غنی زاده بافقی، مریم. (۱۳۹۶). مصالح عالیۀ کودک در عهدنامه حقوق کودک، فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران. (رساله دکتری). دانشگاه شهید بهشتی.

کرمانی، نجمه. (۱۳۸۸). بررسی تطبیقی انکار نسب در حقوق ایران و فقه امامیه (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشکده حقوق. دانشگاه قم.

نجفی یالدوری، مریم. (۱۳۹۵). بررسی فقهی و حقوقی نفی ولد با استناد به فناوری های نوین. (پایان نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید بهشتی. پژوهشکده خانواده.

منابع عربی

قرآن کریم

انیس، ابراهیم؛ عبدالحلیم منتصر، وعطیه صوالحی، ومحمد خلف احمد. (۱۳۹۳). فرهنگ المعجم الوسیط. ترجمه محمد بندر ریگی. تهران. اسلامی.

بجنوردی، محمد حسن. (۱۴۱۹). القواعد الفقهیه. قم. مؤسسه اسماعیلیان.

جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی). (۱۳۹۶). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. قم. علمیه.

جبعی عاملی، زین الدین. (شهید ثانی). (۱۴۲۵). مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. قم. مؤسسه المعارف الاسلامیه.

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

خراسانی، محمد کاظم (آخوند خراسانی). (۱۳۷۹). کفایه الاصول. قم. مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.

طباطبائی، سید علی بن محمد. (۱۴۱۴). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل. بیروت. دارالهادی.

طوسی، نصیرالدین. (۱۴۲۶). جواهر الفرائض فی میراث. ترجمه محمد حسن شفیعی شاهرودی. قم. مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.

العاملی، محمد بن جمال الدین مکی (شهید اول). (۱۳۹۶). اللمعه الدمشقیة. قم. انتشارات و چاپخانه علمیه.

- کلینی، محمد بن یعقوب. (بی تا). اصول الکافی. قم. دارالکتب الاسلامیه.
- المحسنی، محمد آصف. (۱۴۱۴). الفقه و مسائل طبیه. قم. بوستان کتاب.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۲۵). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم. دارالتفسیر.
- مقداد، فاضل. (۱۴۲۲). کنز العرفان فی فقه القرآن. قم. مکتب نوید اسلام.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۶). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. قم. مکتبه الاسلامیه.

منابع لاتین

- Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans and M. Verheyde, eds., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008). See also: The Hague Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction (1980).
- Beckman, B. and Keebet Von and Maykel Verkuyten, eds. (1996). "Introduction: Cultural Identity and Development in Europe, In Nationalism, Ethnicity and Cultural Identity in Europe," Nationalism and Ethnic Politics 2, no.4.
- Detrick, Sh. and Jaap Doek, (1992). The united nation Convention on the rights of the child: A Guide to the 'Travaux Préparatoires (Boston: Nijhoff,).
- Doek, J. (2006). A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child; Article 8-9 (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers,).
- Dunn, R. (1997). Self, Identity, and Difference: Mead and the Poststructuralists, The Sociological Quarterly .
- Forde-Mazrui, Kim. (1994). "Black Identity and Child Placement: The Best Interests of Black and Biracial Children," Michigan Law Review.

- Human Rights Committee(1995)., Fifty-Third Session, Views, Communication McCombs, and Shull González,(2005) Right to Identity.
- Roland, P. (2003). “Yvonne Donders, Towards a Right to Cultural Identity? Antwerp, Intersentia,” Leiden Journal of International Law .
- Samantha, B. (2007). “Enforcing the Child’s Right to Know his Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights,” International Journal of Law, Policy and the Family.
- Stone,Frederick.(1972). M.D., M.R.C.P., D.P.M., Royal Hospital for Sick Children, “Adoption and Identity,” Child Psychiatry and Human Development 2, no. 3.atryand Human Develo.
- Ya’ir, R. (2004).“Redefining the Child’s Right to Identity,” Intenational Journal of Law Policy and the Family. Andrew J. Weigert and Viktor Gecas, “Symbolic Interactionist Reflections on Erikson, Identity, and Postmodernism, Identity,” An International Journal of Theory and Research (2005). Jonathan Rutherford, ed., Identity: Community, Culture, Difference (London: Lawrence & Wishart, 1998)

منابع الکترونیکی

www.iran-newspaper.com

www.makarem.ir.

www.Sistani.org.

www.vakilghasemian.blogfa.com/post-15.aspx

مصاحبه‌ها

مصاحبه با آقای حسین انصاری، مدرس حوزه.

مصاحبه با دکتر امیررضا دهقانی نیا، مدرس مرکز آموزش قوه قضاییه. مدرس دانشگاه و قاضی دادگاه خانواده ونک.

مصاحبه با دکتر سعید نظری توکلی، دکترای فلسفه. دانشیار دانشگاه تهران. دانشکده الهیات.

مصاحبه با دکتر ماهرو غدیری، دکترای حقوق بین الملل. استادیار پژوهشکده خانواده دانشگاه شهید بهشتی.

مصاحبه با دکتر محسن صفری، دانشیار دانشگاه تهران. دانشکده حقوق و علوم سیاسی.

مصاحبه با متخصصین ژنتیک.

پیوست‌ها

Report of DNA Paternity Test

Analysis method: All reagents and instruments in this investigation are IVD CE approved. DNA extraction by MN kit (Germany); Quantitative Fluorescent PCR of 16 STR markers on chromosomes 2, 3, 4, 5, 7, 8, 11, 12, 13, 16, 18, 19, 21, X and Y with AmpFLSTR® Identifiler® by life technologies (USA) reagents; Analysis by ABI PRISM® 310 Genetic Analyzer (USA).

Findings:

No.	STR marker	Alleles size	
		Sample A*	Sample B*
1	D8S1179	11, 16	12, 13
2	D21S11	32.2, 34.2	29, 32.2
3	D7S820	9, 9	10, 11
4	CSF1PO	11, 12	10, 11
5	D3S1358	16, 17	15, 17
6	TH01	6, 9.3	9.3, 9.3
7	D13S317	8, 12	12, 12
8	D16S539	10, 12	9, 11
9	D2S1338	17, 25	17, 17
10	D19S433	15.2, 17.2	14, 15.2
11	vWA	16, 16	15, 20
12	TPOX	8, 11	8, 8
13	D18S51	12, 13	12, 15
14	AMEL	X, Y	X, Y
15	D5S818	10, 11	11, 11
16	FGA	20, 22	20, 22

*A: Alleged father, Sample type: Peripheral blood.

*B: Alleged fetus, Sample type: Amniotic fluid.

Interpretation:

Based on the analysis of STR loci listed above, the alleged father (sample A) can/cannot be excluded as the biological father of the alleged fetus (sample B).

نتایج آزمایش نشان می دهد که فاکتورهای ژنتیکی مورد مطالعه در این دو نمونه مشابه نبوده و لذا نسبت پدر- فرزند نامبردگان تأیید نمیشود. این تست بنا به درخواست متقاضی/متقاضیان انجام شده و این جواب فقط جهت اطلاع صادر گردیده و ارزش ارائه به مراجع قانونی و قضایی ندارد. در صورت لزوم به ارائه گواهی به مراجع مذکور، آزمایش باید توسط پزشکی قانونی انجام گیرد. از مایشگاه در قبال اطلاعات نادرست ارائه شده توسط متقاضیان انجام این تست هیچ مسئولیتی ندارد.

Note: Since the samples were not collected under a strict chain of custody by a third neutral party and the laboratory cannot verify the origin of the samples, this test result may not be defensible in a court of law for the establishment of paternity and other legally related issues. Therefore, this test is for personal knowledge and informational use only. The tested samples appear on this report have been provided by the client/clients and cannot be verified. Laboratory assumes no responsibility for incorrect or misspelled patient information.

Disclaimer: Although the procedure has been carried out in a highly standard and fully controlled conditions, still a less than 0.5% error for this test is accounted.



Alliance
DNA LABORATORY

3655 Research Drive
Las Cruces, NM 88003
800-643-6102

DNA TEST REPORT

Case ID: 123123123 • Batch ID:160203130A1



Name	Race	Date Collected	Sample ID #
Father (Alleged) Tested Man	Caucasian-International	12/15/2016	H1122337-10
Child (Focus) Tested Child	- - -	12/15/2016	H1122337-20
Mother (Not Tested)	- - -		

INTERPRETATION: Alleged relationship is not excluded

Probability of Paternity: 99.99999% **Combined Paternity Index: 48,230,629**

Prior Probability: .50

Based on the DNA analysis the alleged Father Tested Man cannot be excluded as the biological Father of the Child Tested Child 1 because they share genetic markers. Of the genetic identity systems tested 22 of 22 match. (99.9999830133592% of the Caucasian-International male population is excluded from the possibility of being the biological Father). The probability of the stated relationship is indicated below as compared with an untested unrelated Caucasian-International male. Analyses with the exception of sample collection were conducted in accordance with the Standards for PCR DNA analysis set forth by the AABB.

STR Locus	PI	Alleles Called (Father)	Alleles Called (Child)	Alleles Called(Mother)
D3S1358	6.337	14 16	16 19	- - -
TH01	1.188	7 30	7 9.3	- - -
D21S11	2.110	18 21	28 30	- - -
D18S51	1.556	9 10	18 21	- - -
Penta E	3.788	11 12	7 9	- - -
D5S818	0.739	10 12	11 12	- - -
D13S317	0.000	8 10	8 10	- - -
D7S820	2.054	12 13	10 12	- - -
D16S539	0.765	12 13	12 13	- - -
CSF1PO	1.179	11 14	11 12	- - -
Penta D	4.256	11 14	11 13	- - -
Amelogenin	2.583	X	XY	- - -
vWA	1.254	18 19	18 14	- - -
D8S1179	7.258	13 14	8 11	- - -
TPOX	6.234	22 24	22 24	- - -
FGA	20.672	15 17.3	16.3 17.3	- - -
D1S1656	2.125	11 14	13 14	- - -
D2S441	0.187	13 14	13 15	- - -
D10S1248	1.982	17	17	- - -
D2S1338	3.726	19 20	18 19	- - -
D12S391	1.283	13 14	13 14	- - -
D19S433	6.241	16	16	- - -
D22S1045	0.295	11	11	- - -
DYS391	1.924			- - -

Confirmed by me on January 9, 2015

PAUL STEINEBACK

Paul Steineback
Laboratory Supervisor

I, the undersigned Laboratory Director, verify that the interpretation of the results is correct as reported on 1/9/2015.

Dr. Vincent Miller

Dr. Vincent Miller, PhD.
Laboratory Director

Test completed by Alliance DNA Laboratory, a division of Vanguard Genetics, Inc. Alliance DNA Laboratory is accredited/certified by A2LA and ISO/IEC 17025. 3655 Research Drive, Las Cruces, NM 88003 • 800-643-6102

<https://www.alliancedna.com/perch/resources/thumbs/paternity-informational-cover.jpg>

«پیوست ج»

مشخصات طرفین	نام	نام خانوادگی	نام پدر	سن	شغل	محل اقامت - خیابان - کوچه - پلاک - کد پستی
خواهان						
خوانده						
وکیل						
خواسته یا موضوع	خواسته: نفی نسب و ابطال شناسنامه					
دلایل و منضمات	شاهد شهود - آزمایش DNA					
ریاست محترم دادگاه عمومی حقوقی						
با سلام احتراماً، به حکایت اسناد و مدارک تقدیمی خوانده پرونده مسعود علامه مدعی است که صلب محمد علامه راد می باشد در حالی که برابر دلایل ذیل خصوصاً شهادت شاهدان عینی مرحوم محمد علامه راد دارای فرزند نبوده و کلاً به علت اینکه از نظر ژنتیکی مشکل داشته است قادر به فرزند دار شدن نبوده که خوانده فرزند شخص دیگری که با مرحوم محمد علامه راد باجناتی بوده نسبت پدر و فرزندى داشته است که در این خصوص در سال ۱۳۸۸ در رابطه با همین موضوع پرونده‌ای در شعبه دوم دادگاه‌های حقوقی تشکیل و شاهدان عینی که اطلاع کامل از وضعیت وی داشته‌اند در خصوص وضعیت وی شهادت داده‌اند؛ لذا چون خوانده فرزند واقعی و از صلب محمد علامه راد نیست حسب قانون مدنی اثبات عدم ذی نفع بودن وی و ابطال سند شماره ۵۲۷۹۱۸ الف ۲۴ خواهان را خواستارم.						
محل امضاء - مهر - اثر انگشت						
شماره و تاریخ ثبت دادخواست		ریاست محترم شعبه دادگاه رسیدگی فرماید. نام و نام خانوادگی ارجاع				

مشخصات طرفین	نام	نام خانوادگی	نام پدر	سن	شغل	محل اقامت - خیابان - کوچه - پلاک - کد پستی
خواهان						
خوانده						
وکیل						
خواسته یا موضوع	خواسته: نفی نسب و ابطال شناسنامه					
دلایل و متضمات	شاهد شهود - آزمایش DNA					
ریاست محترم دادگاه عمومی حقوقی						
با سلام احتراماً به استحضار می‌رساند اینجانب (موکل) فرزند واقعی خواندگان می‌باشم ولی به دلیل عدم فرزندان شدن خاله‌ام که از بابت مسائل ژنتیکی بوده، در بچگی اینجانب را به خواندگان سپرده و خواندگان نیز با هماهنگی بیمارستان به نام اینجانب شناسنامه دریافت نموده‌اند. در حالی که اولاً: هیچ‌وقت خواندگان قادر به بچه‌دار شدن نبودند و ثانیاً: بر اساس آزمایش‌های ردیف اول DNA انجام شده، اینجانب با خواندگان ردیف دوم و سوم رابطه نسبی (فرزندی) داشته که این موضوع مورد گواه و شهادت چهار نفر از اشخاص است که از این موضوع مطلع هستند و حاضرند در این دادگاه بر واقعیت شهادت دهند؛ لذا از محضر دادگاه محترم تقاضای اثبات نسب و ابطال شناسنامه و صدور شناسنامه جدید بر اساس نسب واقعی و درست خود را دارم						
محل امضاء - مهر - اثر انگشت						
شماره و تاریخ ثبت دادخواست		ریاست محترم شعبه دادگاه رسیدگی فرماید. نام و نام خانوادگی ارجاع				



دیوان عالی کشور

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۵۳۳
تاریخ تنظیم: ۱۳۹۴/۱۲/۰۲
شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۸۲۳۵۰۳۰۰۴۴۰
شماره بایگانی شعبه: ۹۴۰۴۱۴

«قَالَ تَتَّبِعُوا الْهَوَىَٰ اِنْ تَغْدُوا»

شعبه هجدهم دیوان عالی کشور

دادنامه

فرجام خواه: آقای ... با وکالت آقای ...
فرجام خوانده: خانم ...
فرجام خواسته: دادنامه شماره ۹۴۰۰۷۳۱ - ۹۴/۷/۵ صادره از شعبه پنجم دادگاه تجدید نظر استان سمنان
تاریخ ابلاغ دادنامه به فرجامخواه: ۹۴/۷/۲۲ تاریخ وصول دادخواست فرجامی: ۹۴/۸/۱۱
مرجع رسیدگی: شعبه ۱۸ دیوان عالی کشور
هیئت شعبه آقایان: (رئیس) ... (مستشار) ...

«بسمه تعالی»

خلاصه جریان پرونده:

در پرونده پیوست خانم ... با وکالت آقای ... دادخواستی به طرفیت آقای ... به خواسته بدو احرار و اثبات رابطه ابوت طفل خواهان و خوانده با ارجاع امر به کارشناس ذی صلاح و سپس الزام خوانده به اخذ مالکیت سجلی و هویتی و تعیین والزام خوانده به پرداخت نفقه طفل مقوم به ۵۱۰۰۰۰۰۰ ریال به انضمام کلیه خسارات دادرسی از جمله هزینه دادرسی و حق الوکاله وکیل و حق الزحمه کارشناس با این توضیح که «... متأسفانه حسب دادنامه های قطعی یافته پیوست موکله پس از برقراری رابطه نامشروع با خوانده دعوی از ایشان صاحب فرزندی شده است که از باب رابطه طبیعی به ایشان منتسب است و از آن جا که حسب مواد ۸۸۴ و ۱۱۶۷ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ مورخ ۷۶/۴/۳ عدم الحاق مولود طبیعی محدود به توارث بوده و نافی سایر وظایف وی از جمله الزام به اخذ شناسنامه و مدارک سجلی و الزام به اتفاق نمی باشد بناء علی هذا بدو جهت احرار این رابطه طبیعی ارجاع موضوع به کارشناس ذی صلاح و سپس الزام به اخذ مدارک هویتی و نهایتاً تعیین و الزام خوانده به پرداخت نفقه طفل بنا به ضرورت مصرح در ماده ۶ قانون حمایت خانواده مورد استدعاست ...» دادخواست به دادگستری شهرستان گرمسار تقدیم که پس از ثبت جهت رسیدگی به شعبه اول محاکم حقوقی ارجاع شده است شعبه مرجوع الیه پس از جری تشریفات قانونی برابر دادنامه شماره ۹۳۰۰۱۲۵۱۷ مورخ ۹۳/۱۲/۹ در خصوص دادخواست تقدیمی خواهان خانم ... با وکالت آقایان ... و ... به طرفیت خوانده آقای ... با وکالت آقایان ... و ... به خواسته اثبات نسب و احرار رابطه ابوت میان خوانده و طفل متولد از خواهان به نام زهرا و الزام خوانده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه با این توضیح که خواهان



«فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا»

شعبه هجدهم دیوان عالی کشور
دادنامه

دیوان عالی کشور

شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۹۰۷۸۰۰۵۳۲
تاریخ تنظیم: ۱۳۹۴/۱۲/۲
شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۸۲۵۰۳۰۰۴۰
شماره بایگانی شعبه: ۹۴۰۴۱۴

طفل وذكور به مشارالیه و الزام وی بپرداخت نفقه او با توجه به محتویات پرونده بدوی و اقدامات انجام شده در آن مرحله از رسیدگی و اقدامات صورت گرفته در این شعبه جهت احراز انتساب طفل به نامبرده که علیرغم خودداری نامبرده از آزمایش در دادگاه بدوی (DNA دادگاه تجدید نظر) (انجام آزمایش و اعلام آمادگی برای انجام آزمایش در مرحله تجدیدنظر معذک در این مرحله نیز بدلیل نامعلوم و بلا وجه حاضر به آزمایش نشده است علیهذا با رد اعتراض معترض دادنامه معترض عنه در دو مورد یاد شده تأیید می گردد و اما اعتراض به دادنامه نسبت به قسمت دیگر آن (الزام به اخذ شناسنامه) نظر باینکه در مورد دعوی صدور شناسنامه که الزاماً باید توسط سازمان ثبت احوال اصدار یافته باشد بدیهی است که سازمان مذکور دخیل و ذینفع در قضیه است که از این حیث می بایست سازمان ثبت احوال نیز طرف دعوی قرار می گرفت که باین نحو عمل نشده است علیهذا این قسمت از دادنامه بلحاظ اینکه مقررات قانونی بشرح مذکور رعایت نشده است دعوی قابلیت استماع را نداشته از این رو دادنامه معترض در این قسمت بجهت یاد شده نقض و باستناد ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی قرارعدم استماع دعوی صادر می گردد این رأی ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ نسبت به قسمت اول دادنامه قابل اعتراض و رسیدگی فرجامخواهی در دیوان محترم عالی کشور است. « رأی دادگاه تجدید نظر در تاریخ ۹۴/۷/۲۲ ابلاغ گردیده آقای به وکالت از

مورخ ۹۴/۸/۱۱ ثبت گردیده از رأی دادگاه تجدید نظر فرجام خواهی نموده است، عمده دلایل فرجام خواهی عبارت است از: ۱- همانگونه که مستحضرید بر خلاف نظر محاکم محترم بدوی و تجدیدنظر، نفی ولد یا اثبات نسب با انجام آزمایش دی ان ای از سوی حضرات آیات رد گردیده که نظر ایشان به شرح ذیل مکرراً بیان میگردد: الف: حضرت آیت الله سید علی خامنه ای: «نسب به استناد آزمایش مذکور حجیت ندارد مگر در صورت حصول علم» ب: حضرت آیت الله ناصر مکارم شیرازی: «این گونه آزمایشات و علم قاضی که ناشی از آن باشد حجت نیست و نسب نیز با این آزمایشات ثابت نمی شود، اینگونه آزمایشات با توجه به تخلف های فراوانی که دارد حجت نیست». ج: حضرت آیت الله لطف الله صافی گلپایگانی: «نسب به استناد آزمایش های مذکور شرعاً ثابت نمی شود ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد خودش (مرد) موظف به ترتیب آثار آن است و الله العالم». د: حضرت آیت الله جواد تبریزی: «آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع الشرایط علم حاصل شود می تواند به علم خود عمل کند. والله العالم». ه: حضرت آیت الله سید علی سیستانی: «تنها با طریق قطعی ترجیح داده می شود». و: دکتر امامی و دکتر صفایی ودکتر نائب زاده: «آزمایشات پزشکی و دی.ان.ای. در اثبات نسب به تنهایی نمی تواند مثبت باشد». لذا؛ با شرح مذکور بر فرض انجام آزمایش مذکور باز هم، دلیلی بر انتساب طفل و اثبات نسب نخواهد بود و استناد دادگاه محترم بدوی و تجدیدنظر کاملاً فاقد اعتبار است. ۲- بر اساس حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» هرگاه انتساب طفلی به کسی مورد شک و تردید قرار گیرد، قاعده فراش و محاسبه زمانی آن بوسیله این قاعده بعنوان ادله اثبات نسب، قاطع دعوی است. حال با وجود این قاعده در مانحن فیه این پرونده قابل احراز است که طفل متعلق و قابل انتساب به بنده نیست چرا که، خواهان پرونده در تاریخ ۹۱/۱۰/۱۰ با طرح شکایت کیفری علیه بنده مدعی گردیدند که در ۵ ماه پیش از این تاریخ (۹۱/۱۰/۱۰) نزدیکی با بنده



«فَلَا تَبْعُوا الْهَوَىَٰ أَنْ تُغَدِّلُوا»

شعبه هجدهم دیوان عالی کشور

دادنامه

دیوان عالی کشور

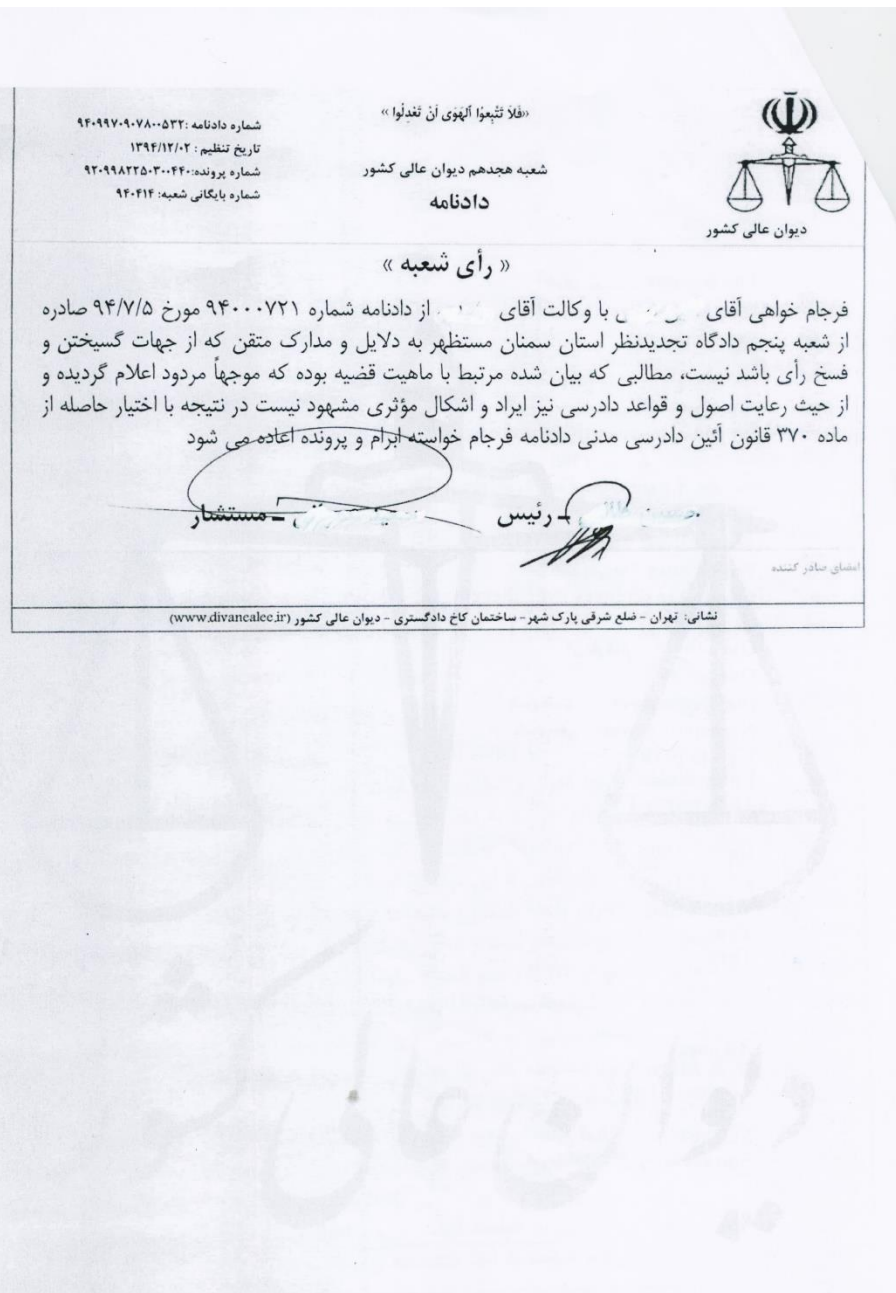
شماره دادنامه: ۹۴۰۹۹۷۰۰۷۸۰۰۵۳۲
تاریخ تنظیم: ۱۳۹۴/۱۲/۲
شماره پرونده: ۹۲۰۹۹۸۲۲۵۰۳۰۰۴۴
شماره بایگانی شعبه: ۹۴۰۴۱۴

اظہار داشته است در اثر رابطه و واقعه غیر مشروع میان ایشان و خوانده، خواهان باردار شده است و طفل به نام زهرا از وی متولد شده است و خواستار اثبات نسب طبیعی میان خوانده و فرزند و الزام خوانده به پرداخت نفقه و همچنین الزام خوانده به اخذ شناسنامه برای طفل شده است و به پرونده کیفری در این رابطه اشاره کرده است خوانده منکر انتساب شده است لیکن بارها و بارها جهت آزمایش دی ان ای دعوت شده است اما حاضر نشده است با توجه به موارد فوق الذکر و با توجه به احراز رابطه نامشروع میان طرفین «زنا» با اقرار طرفین در پرونده کلاسه ۹۲۰۹۹۸۲۲۵۰۳۰۰۴۴ و با توجه به نظریه پزشکی قانونی که اعلام نموده است خواهان باردار بوده است و در ادامه گواهی ولادت و گزارش بیمارستان گرمسار مبنی بر ولادت طفل از خواهان و با توجه به آنکه زمان عمل مجرمانه زنا با ولادت و بارداری طفل منطبق است و با توجه به آنکه رابطه جنسی میان خواهان و شخص دیگری اثبات نشده است و با توجه به آنکه چندین مرتبه خوانده جهت آزمایش دعوت شده است لیکن حاضر نشده است لذا دادگاه دعوی خواهان را وارد تشخیص و مستنداً به مواد ۱۹۸ و ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و مواد ۱۱۶۷ و ۱۱۹۶ و ۱۱۹۷ و ۱۱۹۹ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۱۷ تاریخ ۱۳۷۶/۴/۳ صادره از هیئت عمومی دیوان عالی کشور رابطه طبیعی انتساب میان خوانده و طفل به نام زهرا متولد از خواهان در تاریخ ۱۳۹۲/۳/۴ را احراز نموده و خوانده را ملزم به اخذ شناسنامه مطابق ماده ۱۶ قانون ثبت احوال و پرداخت نفقه طفل از تاریخ ۱۳۹۲/۴/۲۹ لغایت ۱۳۹۳/۱۲/۷ به میزان ۱۰۷۶۰۰۰۰ ریال و همچنین پرداخت ماهیانه ششصد هزار ریال بابت نفقه در حق طفل خانم زهرا بدون نام خانوادگی محکوم می نماید و همچنین دادگاه خوانده را به پرداخت دو میلیون ریال هزینه دادرسی در حق دولت و پرداخت یک میلیون ریال هزینه دادرسی در حق خواهان خانم و پرداخت حق الوکاله که محاسبه آن بر عهده اجرای احکام می باشد در حق خواهان محکوم می نماید در خصوص دادخواست تقدیمی خواهان به طرفیت خوانده فوق الاشاره به خواسته الزام خوانده به حضانت طفل با توجه به آنکه مطابق ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی حضانت طفل تا سن هفت سالگی با مادر است و این موضوع یک وظیفه است لذا دعوی خواهان را وارد تشخیص نداده و حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر و اعلام می نماید آراء صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز قابل تجدید نظرخواهی در محاکم محترم تجدید نظر استان سمنان می باشد. «دادنامه صادره در تاریخ ۹۳/۱۲/۱۶ ابلاغ شده آقای [] به وکالت از آقای [] با تقدیم دادخواست که به شماره ۹۴۰۰۰۴ مورخ ۹۴/۱/۹ ثبت گردیده از رأی دادگاه نخستین تجدید نظرخواهی کرده پرونده جهت رسیدگی به شعبه پنجم دادگاه تجدید نظر استان سمنان ارجاع شده و شعبه مرجوع الیه پس از رسیدگی های معموله مطابق دادنامه شماره ۹۴۰۰۰۷۲۱ مورخ ۹۴/۷/۵ چنین رأی داده است: «تجدید نظرخواهی آقای [] بوکالت از آقای [] فرزند عباسعلی بطرفیت خانم [] صادر شده از شعبه اول دادگاه عمومی شهرستان گرمسار که بموجب آن دعوی خواهان بدوی (تجدید نظرخوانده) ثابت تشخیص شده و بنا بدلائل و استدلال و استناد بعمل آمده منعکس در رأی صادره با احراز رابطه نسب و ابوت طبیعی فیما بین خوانده و طفل متولد شده غیر مشروع بنام زهرا و نیز الزام خوانده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه طفل ناد شده صادر و اعلام گردیده است که اعتراض به دادنامه مورد اشاره از حیث اثبات رابطه نسبی طبیعی



صورت گرفته و بر اثر این 'موقعه باردار شده است'، در استناد به این امر، نظریه پزشک متخصص و نتیجه سونوگرافی و نهایتاً نظریه پزشکی قانونی را به مرجع کیفری ارائه داده است که در آن زمان، جنین هجده هفته یا چهار ماهه بوده است. بنابر این بر اثر نزدیکی با بنده باردار نشده چرا که اگر اینگونه می بود جنین در تاریخ مذکور (۹۱/۱۰/۱۰) می بایست ۵ ماهه می بود و حال اینکه در این تاریخ جنین ۴ ماهه است و خواهان یک ماه پس از نزدیکی با موکل باردار یا حامله شده است و این فاصله یک ماهه دلیلیست بر اینکه نزدیکی بنده با خوانده سبب باردار شدن وی نیست. (شکوائیه و برگه بازجویی در مرجع انتظامی و نظریه اداره پزشکی قانونی گرمسار که موید اظهارات حقیر است به پیوست ایفاد حضور می گردد). ۳- علاوه بر دلایل مذکور باید دلیل شهادت شهود و تحقیقات محلی را نیز به این دلایل افزود چرا که با استماع شهادت شهود و انجام تحقیقات محلی مشخص خواهد شد که طفل نمی تواند به بنده ملحق گردد و این امر در عدم الحاق طفل به بنده و روشن شدن ذهن دادگاه موثر است. ۴- از آنجا که بنده در شعبه اول دادگاه عمومی گرمسار تحت خواسته نفی نسب طرح دعوی نموده ام خواسته بنده از دادگاههای محترم تجدید نظر و بدوی این بوده که با توجه به نقص قانون در این خصوص و لزوم مراجعه به فتاوی معتبر فقها نفی نسب با استماع شهادت شهود و قاعده فراش و انجام آزمایش و بررسی پزشکی قانونی محرز خواهد شد و توجه محاکم مذکور به دلایل مذکور معطوف گردیده که بدان توجه ای نشده و علی رغم تقدیم لایحه در این خصوص نسبت بدان اتخاذ تصمیم و اعلام تصمیم نگردیده است و چه بسا اگر تاکید دادگاه تجدیدنظر برخلاف فتاوی مراجع محترم به انجام آزمایش دی ان ای بوده می بایست اخطار مجددی در رد تقاضا و احضار بنده برای انجام آزمایش ارسال می نمود که اینگونه عمل نگردیده است و فی الحال چنانچه نظر حضرتعالی بر انجام این آزمایش می باشد حاضر به انجام آن می باشم. « ص ۱۱۴ » در نتیجه: با توجه به تاریخ اعلامی نزدیکی، آنهم از سوی خواهان بدوی و زمان ولادت طفل و زمان نظریه پزشکی قانونی، طفل مذکور نمی تواند ملحق به بنده باشد که در این خصوص به جای انجام آزمایش دی ان ای که دارای ضریب خطا می باشد و این امر مخالف شرع مقدس و نظر حضرت آقا (امام خامنه ای) و حضرات آیات می باشد و دارای آثار باطل و عواقب اجتماعی موثری در شهر کوچکی مثل گرمسار خواهد بود لذا جهت حفظ آبروی مومن و جلوگیری از تضییع حق و اجرای عدالت، استدعای ارجاع امر به پزشکی قانونی یا کارشناس رسمی درجهت بررسی موضوع بر اساس قاعده فراش با نقض رأی معترض عنه و رسیدگی مجدد آن را دارم. «دادگاه پس از جری تشریفات مربوط به هزینه دادرسی و تبادل لوایح پرونده را به [دیوان عالی کشور] ارسال کرده که پس از وصول و ثبت در دفتر کل در تاریخ ۹۴/۱۰/۱۶ جهت رسیدگی به این شعبه ارجاع شده است مشروح لوایح هنگام شور قرائت خواهد شد.

هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش آقای [عضو ممیز و ملاحظه اوراق پرونده مشاوره نموده چنین رأی می دهد:



Abstract

During the time, family union has been under consideration as the most important context of generation's continuing and consanguinity creation. Also holy Sharia' has emphasized on consanguinity as a chain between people and considers healthy generation and defined relations as its goals. Thus in Imamiya jurisprudence for consanguinity proving, even the weakest argument is acceptable, such as sortition besides marital presumption and in consanguinity refusal a powerful reason such as *Leaan* is invokable. In recent decades, according to the notable progresses in medical science and using methods such as DNA test in consanguinity determination and Identity recognition, on one hand, the most important issue is the position, necessity and the quality of this method in consanguinity diagnosing on Imamiye point of view. On the other hand, the possibility of marital presumption replacement and *Leaan* with DNA test needs accurate analyzing. This survey in the first step and in the chapter one will go on theoretical fundamentals, history and the concepts. In second chapter the essence of marital presumption and DNA test and the error factor will be analyzed. Third chapter is about the application of the test in precedent which is more applicable in consanguinity proving. Final chapter also defines DNA test as a judicial presumption and not as marital presumption alternative and will justify its grounds according to the general interest of the society and family relations' protection and survival.

Key words: *Consanguinity, Marital Presumption, DNA Test, Leaan.*



Shahed University

Faculty of Humanity Science

Department of Theology Dissertation for Master of Law & Islamic Jurisprudence Major

Title

The Position of DNA Test and the Comparison of Marital Presumption Consanguinity
Determination

By

Ghanizadeh Bafghi, Zahra

Supervisor

Abedi, Mohsen, Ph.D.

Month Year

Bahman 96