

بررسی فقهی - حقوقی تعارض قاعده فراش با نتایج آزمایش DNA

محمدجواد صفایی^۱

چکیده:

در شریعت اسلام قاعده فراش اماره ای است که شارع برای تعیین نسب قرار داده است و فرزند را ملحق به زوج شرعی دانسته است و سائر امارات را ملغی کرده است چنانکه برای نفی نسب نیز لعان را قرار داده است. با پیشرفت علم ژنتیک در عصر حاضر و منحصر به فرد بودن ژنوم هر فرد می توان هویت وی را تشخیص داد و به همین جهت آزمایش تعیین هویت با دقت بالایی که نتیجه ای در حد علم دارد در صورتی که با اماراتی از قبیل قاعده فراش تعارض کند می تواند مقدم بر امارات شود. بلکه حتی در صورت علم آور نبودن باز هم نتایج آزمایش می تواند با عناوینی همچون بینه شرعیه و قول کارشناس اعتبار یابد و حجت شود.

کلیدواژه‌ها:

قاعده فراش؛ ژنتیک؛ آزمایش DNA؛ نسب؛ کارشناس

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



شماره دوم
پاییز و زمستان
۱۴۰۲

^۱. دانش پژوه مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام) / قم

مقدمه

دین اسلام دینی جامع است که برای همه‌ی شئون زندگی انسان برنامه ارائه کرده است و یکی از مهمترین مسائلی که مورد توجه قرار داده، خانواده و مسائل مربوط به آن است. در دوران حاضر با پیشرفت علوم تجربی میان علم و دین در برخی مسائل، تعارضات ظاهری پدیدار گشته است و همین مطلب سبب شده که دانشمندان متعددی در زمینه‌ی تعارض علم و دین به تحقیق و پژوهش بپردازند. عمده این پژوهش‌ها از جهت فلسفی و کلامی بوده است و این مباحث از جهت فقهی کمتر مورد توجه بوده است لکن در سالیان اخیر مطالبی منتشر شده که به صورت موردی و مصداقی به تعارض مزبور پرداخته اند که یکی از این موارد که به نسبت جدیدتر است مساله تعارض آزمایشات ژنتیک در باب نسب با قواعد باب نکاح است. علم ژنتیک توسط مندل پایه گذاری شد و در زمان حاضر شاخه‌های گسترده و کاربردهای متعددی دارد. این علم در خصوص جرم شناسی و تعیین هویت و اثبات نسب و به صورت کلی در روند رسیدگی به پرونده های قضائی مورد توجه قرار می گیرد و هم اکنون آزمایشگاه های ژنتیک متعددی در سراسر کشور در این زمینه فعالیت می کنند.

تعارض میان نتایج آزمایش ژنتیک با قواعد شرعیه باب نکاح در برخی موارد، یکی از مسائل چالشی زمان حاضر است. بنابر قواعد شرعی کودکی که متولد می شود ملحق به والدین شرعی خود یعنی مادر و پدر است و فرزند آن پدر محسوب می گردد و این قاعده در فقه به نام قاعده فراش شناخته می شود و غالباً با اتکای به قاعده فراش و سایر قواعد شرعیه و موادی از قانون مدنی و.. نتایج آزمایشات ژنتیکی رد شده است. این مساله هرچند در سالیان اخیر و به صورت موردی محل ابتلا واقع شده لکن در همین موارد نیز اتحاد نظر به چشم نمی خورد و در دادگاه ها و نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه وحدت رویه ای دیده نمی شود زیرا از یک طرف در تعیین هویت و جرم شناسی و موارد مشابه به این آزمایشات استناد و بر اساس آن رای صادر می شود و از طرف دیگر در موارد تعارض با قاعده فراش، غالباً نتایج این آزمایشات رد می شود. پژوهشگران فقه و حقوق نیز در امکان استناد به این آزمایشات در مساله مزبور حتی در صورت حصول علم نیز اختلاف دارند، از یک طرف برخی با ادعای لزوم تمسک به ظواهر قواعد شرعیه و سختگیری شارع در نفی نسب با تشریح لعان و..

مدعی شده اند نمی توان با تمسک به نتایج این آزمایشات، نسب را نفی کرد و باید به قاعده فراش تمسک نمود و در مقابل برخی مدعی شده اند با حصول علم جائی برای تمسک به اماراتی که ظن آور هستند نمی ماند. (صراط النجاه ج ۱ ص ۳۵۱/ استفتائات منتظری ج ۳ ص ۳۸۴ و...)

اهمیت این مساله نیز به این سبب است که شارع اهتمام خاصی به مساله خانواده دارد و احتیاط هایی در بحث فروج و دماء هست که در دیگر موارد فقه وجود ندارد. به عنوان نمونه در این باب بر خلاف دیگر ابواب فقهی که اصل در آن ها برائت است، در مورد دماء و فروج برای جلوگیری از ازدواج با محارم و مشخص بودن نسب اشخاص، احتیاط مقدم است. (حداق ج ۲۳ ص ۳۱۳/ نکاح شیخ ص ۷۸)

اما در مورد پیشینه این بحث باید گفت تاکنون هرچند مقالات و پژوهشهایی در این رابطه صورت گرفته است لکن یا نتیجه ان کاملا متفاوت با این نوشتار است و قاعده فراش را با استدلالاتی مقدم داشته که در این مقاله نقد شده اند و یا با وجود یکسان بودن نتیجه بحث را از طریق علم بودن نتیجه آزمایش پیش برده اند و متعرض فتوای اقایانی که به صراحت گفته اند نتایج آزمایش حجت نیست نشده و انرا تحلیل و بررسی نکرده اند و در فرض علم نبودن نتیجه آزمایش فقط به همین مقدار اکتفا کرده اند که علم عرفی است و حجت عقلائی در حالی که در برخی موارد نتیجه آزمایش نهایتا توسط دو نفر پزشک امضا شده و معلوم نیست بیش از ظن افاده کند!

البته قالب بحث در برخی مقالات اینست که خواسته اند حجیت آزمایش DNA را اثبات کند چون علم و علی الاقل علم عرفی است در نتیجه می توان با ان نسب را اثبات کرد و فرض تعارض ان با فراش را به کلی متعرض نشده لذا اساس بحث را روی این برده که آزمایش مزبور علم اور یا علم عرفی است. لکن در این مقاله درصددیم ثابت کنیم حتی در فرض علم عرفی نبودن نتایج آزمایش مزبور می توان از راه بینه شرعیه و نظر کارشناس ثقه انرا بر اماره فراش مقدم کرد.

پرسش اصلی در این مقاله این است که در صورت نتایج آزمایشات ژنتیک- که با مباحثی که خواهد آمد علمی و یقین آور دانسته شده و حداقل در حد بینه معتبر شرعی قابل پذیرش است- با قاعده فراش، چه باید کرد و کدامیک از این دو مقدم است؟ در این مقاله ابتدا مفهوم شناسی واژگان صورت گرفته و سپس درباره حجیت امارات نزد شارع سخن گفته ایم و با نگاهی به قانون مدنی و توضیحی درباره علم



ژنتیک و چگونگی تعیین هویت با آزمایشات در نهایت به تحقیق مساله پرداخته و صورتهای تعارض را بررسی کرده ایم.

۱. قاعده فراش و حجیت امارات در نزد شارع

این قاعده از قواعد فقهیه معروفی است که مستند آن روایت معروف نبوی "الولد للفراش و للعاهر الحجر" (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱ ص ۱۶۹) است.

روایت مزبور از روایاتی است که از طریق شیعه و سنی نقل شده و در کتب روائی اهل سنت به این صورت نقل شده که عتبه بن ابی وقاص برادر سعد بن ابی وقاص برای او نوشت که فرزند کنیز زمعه از من است و او را از آنها تحویل بگیر. سعد در سالی که مکه فتح شد بچه را به بهانه اینکه فرزند برادر من است و او گفته که از خانواده زمعه تحویل بگیرم از آنها گرفت لکن عبد بن زمعه منکر شد و گفت این بچه برادر من است و فرزند کنیزی است که متعلق به پدرم بوده و در فراش پدرم متولد شده است.

وقتی دعوی به نزد رسول الله (ص) منتقل شد ایشان فرزند را به خانواده زمعه برگرداندند و فرمودند: "الولد للفراش و للعاهر الحجر" (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴ ص ۲۳) صحیح مسلم ص ۷۳۶ / صحیح بخاری ص ۱۲۶۳

در منابع شیعه نیز در موارد متعددی مضمون مزبور مورد استناد ائمه اطهار(ع) واقع شده است. (حرعاملی، ج ۲۱ ص ۱۶۹ و ۱۷۳ و ۱۷۴ و...) یکی از این موارد الحاق نسب زیاد بن ابیه به ابوسفیان از سوی معاویه است که علاوه بر امام مجتبی(ع) بسیاری از صحابه رسول الله(ص) نیز این عمل را انکار کردند و به همین روایت نبوی استناد نمودند که همین مساله موجب اشتهار این حدیث بین مورخین و محدثین گردید (همان، ص ۲۴ و ۲۵) با توجه به انتساب مضمون مزبور به رسول الله(ص) در روایات متعددی که بیان شد باید گفت اصل انتساب حدیث فراش به رسول خدا(ص) مسلم است بنابر این نیازی به بحث سندی نداریم (دانشنامه ج ۱ ص ۱۰۷)

فراش از (فرش) به معنی گسترده شدن اخذ شده است (العین ج ۶ ص ۲۵۵ / لسان العرب ج ۶ ص ۳۲۶) و در آیه شریفه (الذی جعل لکم الارض فراشا) (بقره، ۲۲) نیز به همین معنی آمده است لکن گاهی در معنای مفروش نیز به کار می رود که به معنای چیزی است که برای نشستن یا خوابیدن بر روی زمین پهن می گردد و میتوان از آن به بستر تعبیر کرد اما در این روایت کنایه از زن است (دروس تمهیدیه فی القواعد

الفقیهیه ج ۲ ص ۱۹۰/المبسوط قائنی ج ۱ ص ۳۳۴) برخی نیز انرا اعم از هر یک از زوجین گرفته اند (دانشنامه ج ۱ ص ۱۰۸)

به هر حال مراد روایت آنست که فرزند برای مالک فراش یعنی زوج شرعی یا مالک است زیرا کسی که زوج شرعی یا مالک زن است حق همخوابگی در یک بستر را با آن زن دارد.

فقره دوم روایت (للعاهر الحجر) نیز کنایه از آنست که به زناکار چیزی داده نمی شود. در مجمع البحرین آمده است: **الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ** "یعنی فرزند تنها از آن صاحب فراش است که زوج باشد و برای زناکار ناامیدی است و برای او نسب ثابت نیست. زیرا بعضی از عرب با زنا نسب را اثبات می کردند که شرع انرا باطل کرد. (مجمع البحرین؛ ج ۳، ص: ۴۱۷)

در معنای روایت دو احتمال وجود دارد، یک احتمال این است که در صورت شک در انتساب و احتمال اینکه فرزند از راه دیگری غیر از فراش و زوج به وجود آمده، به فراش ملحق می شود. این معنا قدر متیقن از روایت است. قرینه این معنا مواردی است که در روایات بر آنها تطبیق شده است. احتمال دوم این است که منظور روایت این باشد که انتساب فرزند منحصر به فراش است در نتیجه حتی اگر به یقین فرزند از غیر فراش متولد شده باشد به هیچ کس حتی به زانی منتسب نمی شود زیرا شارع نسب را از زانی منتفی دانسته چنانکه از طرف دیگر به زوج هم منتسب نمی شود زیرا سالبه به انتفای موضوع است. به نظر می رسد فقها روایت مزبور را اینگونه فهمیده اند و به همین جهت در استدلال بر نفی نسب از زنازاده به این روایت استناد کرده اند. (المبسوط قائنی ج ۱ ص ۳۲۲)

لکن به نظر می رسد این معنا خلاف ظاهر روایت است و حداقل ظهور در آن ندارد زیرا لازمه این معنا اینست که روایت شامل دو حکم ظاهری و واقعی باشد علاوه بر اینکه با ادله ای که دلالت بر لحوق زنازاده به پدرش دارد بدون توارث، مردود می باشد. (المبسوط ج ۱ ص ۳۳۵)

آنچه که در اینجا باید دقت داشت اینست که آیا در شریعت اسلام نسب معنای خاص و به عبارت بهتر اصطلاح خاص شرعی است یا خیر؟ به صورت کلی دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد که دسته ای معتقدند نسب معنای خاص شرعی ندارد و همان معنای عرفی (صاحب نطفه و تخمک) ملاک است و دسته دیگر با استناد به ادله ای



از جمله همین قاعده نسب را دارای معنای خاص شرعی می دانند. لکن به نظر می رسد ملاک شارع در نسب همان معنای لغوی و عرفی انست (مکاسب مجرمه شیخ جواد ج ۱ ص ۲۹۵) و دلیلی بر انتفای نسب حتی در موارد زنا نداریم زیرا علاوه بر اینکه در ادله نسب و احکام شرعی اصطلاح خاصی برای ان بیان نشده روایاتی هم وجود دارد که در آنها حکم به الحاق ولد الزنا به پدرش شده است. (حرعاملی؛ همان؛ ج ۲۶ ص ۲۷۶/ همان ص ۲۷۷/ همان ص ۲۸۰/ همان ج ۲۸ ص ۱۶۸ و...)

از این روایات استفاده می شود ملاک در نسب همان معنای لغوی و عرفی انست و دلیلی بر نفی نسب در موارد زنا نداریم. به نظر می رسد علت انقطاع نسب در زنازاده انقطاع تبعدی نیست بلکه انقطاع ناشی از جهل به نسب است و شاهد بر این مطلب اینست که در داستان الحاق زیاد به ابوسفیان از سوی معاویه که در سابق به ان اشاره کردیم آنچه که موجب انکار اصحاب بر عمل معاویه شد این بود که بدون ملاحظه قاعده فراش ادعای نسبی را کرد که حجتی بر ان نبود زیرا مادر زیاد، فراش شخص دیگری بود و اگر از نظر شرعی نسب متقوم به فراش می بود اولی این بود که به همین مطلب ادعای معاویه رد شود. (قائنی ج ۱ ص ۳۴۴)

چنانکه در جای خود بحث شده است امارات شرعیه طرق و راه هائی هستند که از سوی شارع به جهت آنکه غالباً به واقع رهنمون می شوند حجیت یافته اند و از جمله ظنون معتبره شمرده می شوند لکن حجیت تمامی امارات و ظنون معتبره نزد شارع در صورتی است که قطع به مورد آن نداشته باشیم.

به عبارت دیگر شارع امارات مزبور را برای شخصی قرار داده است که در مودای آن اماره شک دارد لکن در صورتی که مکلف علم به مودای اماره دارد (این علم و یقین ممکن است موافق با مودای اماره باشد یا مخالف آن) دیگر معنا ندارد که شارع اماره ای در ان مورد جعل کند زیرا در صورتی که علم وی موافق با مودای اماره باشد حجیت اماره از قبیل تحصیل تبعدی امریست که بالوجدان حاصل است و اگر هم برخلاف مودای اماره علم دارد معقول نیست جعل حجت تبعدی در برابر حجیت ذاتی علم. در نتیجه جعل امارات، در ظرف شک یا ظن غیرمعتبر شرعی معنی خواهد داشت. (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۱ ص ۴۱)

باید دانست شرط تعبد اینست که برخلاف واقع و حقیقت نباشد و ضابطه حجیت احتمال صدق است و حجیت در چیزی که احتمال صدق ندارد معنا ندارد. مخالفت

احکام واقعی با واقع غیر معقول است چون احکام واقعی به علم الهی منتهی می شوند و عدم مطابقت علم الهی با واقع و حقیقت غیر معقول است. اما حکم ظاهری یعنی آنچه در عین احتمال مطابقت با واقع احتمال عدم مطابقت با واقع هم دارد اما اعتبار آن منوط به احتمال مطابقت با واقع است و هر جا علم به عدم مطابقت با واقع داشته باشیم حکم ظاهری وجود ندارد. در یک کلام حکم ظاهری یعنی احتمال صدق و واضح است که احتمال صدق با علم به کذب و مخالفت با واقع قابل جمع نیست لذا حکم فقهاء نمی تواند خلاف واقع بین باشد (درس قائنی - ۱۴۰۰/۱/۲۹)

در داستانی که در بالا هم اشاره شد گویا شباهتی بین آن بچه و عتبه بن ابی وقاص وجود داشته که به همین جهت و طبعاً رابطه نامشروعی که با آن کنیز داشته مدعی شد که فرزند از اوست لکن چنین شباهتی ولو موجب ظن به نسب است لکن از نظر شارع معتبر نیست و اماره فراش را مرجع قرار داده است .

باید به این نکته اشاره کنیم که قبل از ظهور اسلام و در سرزمین حجاز به جهت رواج فحشاء چنین ادعاهائی درباره نسب مطرح بوده است که در بسیاری از موارد با رجوع به قول قیافه شناس و به وسیله شباهت هائی که بین فرزند متولد شده با شخص وجود داشت نسب مولود را مشخص می کردند لکن شارع اسلام این شباهات و سائر امارات ظنی را رد کرده و در مقابل آن اماره فراش را قرار داده است.

قیافه شناسی یکی از علومی بوده که در زمان ظهور اسلام بین عرب رواج داشته که از طریق آثار و شباهت، پدر و برادر و به طور کلی نسب شخص را شناسائی می کردند. هر چند چه بسا از قیافه شناس به جهت تخصصی که داشته در سائر موارد هم استفاده می شده مثل ردیابی شخص از جای پا چنانکه در داستان هجرت رسول الله (ص) مشرکان قریش متوسل به قیافه شناس شدند و رد پای ایشان را دنبال کردند تا به غار ثور رسیدند و.. لکن آنچه که معروف است استفاده از قیافه شناس برای مطلب اول بوده است. در برخی از روایات از وی به "عراف" نیز تعبیر شده است. (حرعاملی؛ همان؛ ج ۲۷ ص ۳۷۸)

در بین شیعه معروف است که این کار حرام است و در بسیاری از کتب فقهی به آن اشاره شده است و تکسب به آن را هم جائز ندانسته اند که هر چند عبارتشان اختلافاتی با هم دارد و برخی مطلقاً آنرا حرام دانسته اند و برخی دیگر در صورتی که اثر حرامی بر آن مترتب شود لکن به نظر می رسد که مراد دسته اول نیز همان



مطلب دوم است زیرا قطعا اگر از روی شباهات و.. حکم به فرزندى شخصى نسبت به والد شرعى او کند مرتکب حرام نشده است. چنانکه داستان منازعه خویشاوندان حضرت رضاع(ع) با آن حضرت درباره فرزندشان حضرت جواد(ع) نیز موید همین قول است. (انصاری؛ ج ۲ ص ۷)

با این توضیح روشن می شود که شارع امارات ظنی دال بر نسب را به کلی بی اعتبار دانسته و در مقابل آنها قاعده فراش را اعتبار کرده است. چنانکه با توضیح بالا معلوم شد که قاعده مزبور درصدد بیان حکم ظاهری است نه حکم واقعی که در هر صورت فرزند ملحق به زوج شرعى است! و به عبارت دیگر قاعده مزبور مربوط به صورت شک است نه علم. (بجنوردی؛ همان، ج ۵، ص ۱۷۵)

لذا در لابلای کلمات فقهای شیعه در مواردی تصریح شده که اگر شرایط حقوق فرزند به زوج شرعى وجود ندارد فرزند به زوج ملحق نمی شود و قاعده فراش در آن موارد حجت نیست. (مجمع المسائل گلپایگانی ج ۴ ص ۳۸۴)

به عنوان نمونه کلام شیخ طوسی در مبسوط را می آوریم:

"بین اهل علم خلافتی نیست در اینکه کسی که ازدواج صحیحی انجام دهد آن زن با عقد مزبور فراش آن مرد می شود...لذا باید مدتی از عقد بگذرد که اقل آن شش ماه است تا فرزند به آن مرد ملحق شود ..."

نزد ما (شیعه) و برخی دیگر در بحث حقوق فرزند، امکان نزدیکی نیز معتبر است لذا اگر با زنی ازدواج کند و ممکن باشد که ظاهرا یا باطنا نزدیکی کرده باشد بعد آن زن فرزندى در مدت زمانى به دنیا آورد که امکان آن بعد از عقد وجود دارد آن فرزند به مرد ملحق می شود اما اگر امکان نزدیکی نداشته باشد فرزند به او ملحق نیست زیرا نزد ما باید حتما امکان نزدیکی باشد تا نسب به او ملحق شود.

لکن برخی گفته اند...همین که متمکن از نزدیکی باشد کافیسست ولو ندانیم امکان آنرا داشته یا نه لذا فقط قدرت بر نزدیکی و امکان آن را معتبر دانسته اند و به همین جهت مسائلی از آنها حکایت شده است:

از جمله اینکه اگر مردی نزد قاضی با زنی ازدواج کند و در همانجا او را سه طلاقه کند سپس آن زن فرزندى به دنیا آورد که از تاریخ عقد شش ماه گذشته باشد آن فرزند به او ملحق می شود و نمی تواند او را نفی کند مگر اینکه لعان کند!

یا اینکه اگر شخصی که در مشرق ساکن است با زنی که در مغرب است ازدواج کند و بعد از شش ماه فرزندی به دنیا بیاید به آن مرد ملحق می شود ولو یقین داشته باشیم که امکان نزدیکی بعد از عقد وجود نداشته است!....

لکن همه این فروعات نزد ما باطل است و در هیچ یک از این صور الحاق صورت نمی گیرد بدون اینکه نیازی به لعان باشد.. " (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۵ ص ۲۳۲)

در کلمات اهل سنت نیز این مطلب دیده می شود. در "الموسوعه الفقیهیه الکویتیة" آمده است:

"مالکیه و شافعیه و حنابله امکان وطی بعد از ثبوت فراش را معتبر می دانند در غیر این صورت اگر مثلاً مردی از مغرب با زنی از مشرق نکاح کند و هیچکدام وطنش را ترک نکند و بعد از شش ماه یا بیشتر آن زن صاحب فرزندی شود به آن مرد ملحق نمی شود برخلاف حنفیه که امکان دخول را شرط نمی دانند و همینکه از لحاظ عقلی وطی متصور باشد قاعده فراش جاریست و در مثالی که ذکر شد فرزند را به زوج ملحق می کنند! و به همین روایت نبوی استناد می کنند و میگویند که در آن اشتراط دخول بیان نشده است!" (جمعی از مولفان، ۱۴۲۱ق، ج ۳۲ ص ۸۱)

با این بیان روشن میشود مراد مرحوم شیخ طوسی از کلام بالا که برخی از عامه امکان دخول را شرط نمی دانند و نتایجی بر آن مترتب کرده است حنفی ها هستند.

۲. بررسی مسأله از نگاه قانون مدنی

در قانون مدنی نیز اماریت قاعده فراش پذیرفته شده و در ضمن مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۳ آنرا مدون کرده است. لکن مواد مزبور در برخی صور با مطالبی که در بالا بیان شد تنافی دارد.

در ذیل ماده ۱۱۶۰ بعد از بیان مضمون قاعده فراش آنرا مقید به عدم امارات قطعیه برخلاف نموده است لکن در ماده ۱۱۶۱ تصریح کرده است که "در مورد مواد قبل هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار به ابوت خود نموده باشد دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود."

همچنین در ماده ۱۱۶۲ آمده "در مورد مواد قبل دعوی نفی ولد باید در مدتی که عادات پس از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل برای امکان اقامه دعوی کافی می



باشد اقامه گردد و در هر حال دعوی مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود"

چنانکه مشاهده می شود دو ماده اخیر در برخی صور ممکن است با نتایج آزمایشات ژنتیک تعارض کنند و با توجه به عموم این دو ماده قانونی طبعا نتایج آزمایش مردود خواهد بود.

ابتدا باید دقت داشت که بنا بر ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی اماره فراش از امارات قانونی شمرده شده که در کلیه دعاوی معتبر است لکن در ماده ۱۳۲۳ تصریح شده که اگر دلیل بر خلاف موجود باشد اعتبار ندارد.

«امارات قانونی در کلیه دعاوی اگر چه از دعاوی باشد که بشهادت شهود قابل اثبات نیست معتبر است، مگر آنکه دلیل بر خلاف آن موجود باشد».

به همین جهت برخی حقوقدانان تصریح کرده اند که در مواردی که قاعده فراش برخلاف نتایج آزمایش های پزشکی باشد معتبر نخواهد بود و انرا هم ردیف لعان شمرده اند (حقوق مدنی امامی ج ۵ ص ۱۶۶)

علاوه بر اینکه به نظر می رسد با توجه به اینکه قوانین مزبور مصوب سال ۱۳۱۴ هستند که در آن زمان فرض آزمایشات ژنتیکی که محل بحث ماست مطرح نبوده لذا با ذهنیت همان زمان نوشته شده و در واقع موضوع ان همان نفی ولد ساده خواهد بود در نتیجه نیاز به بازبینی مجدد دارد زیرا با توجه به مطالبی که در بالا گذشت معلوم شد ظاهری بودن قاعده فراش جای تردید ندارد.

اما با وجود مطالب بالا باز هم باید توجه داشت ماده ۱۱۶۱ که مربوط به بحث ما می شود هرچند با توجه به قاعده معروف "عدم قبول انکار بعد از اقرار" نوشته شده که در جای خود اثبات شده و در ضمن ماده ۱۲۷۷ هم به آن تصریح شده است ولی در همانجا و همچنین در ماده ۱۲۷۶ تصریح شده که اگر کذب اقرار نزد حاکم اثبات شود آن اقرار اثری نخواهد داشت و در ذیل ماده ۱۲۷۷ هم آمده که اگر مقرر ادعا کند اقرار او فاسد یا مبتنی بر اشتباه یا غلط بوده شنیده می شود و همچنین است در صورتی که عذری ذکر کند که قابل قبول باشد.

لذا هرچند ماده ۱۱۶۱ به نحو عام تصریح کرده "هرگاه شوهر صریحا یا ضمنا اقرار به ابوت خود نموده باشد دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود" اما این عموم با توجه به دو ماده ۱۲۷۶ و ۱۲۷۷ علی القاعده باید تخصیص بخورد.

از همینجا معلوم می شود استناد اداره حقوقی قوه قضائیه در پاسخ به سوال زیر به عموم ماده مزبور ناتمام است.

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

جواب اداره حقوقی: در فرض مطروحه، با توجه به مواد ۱۱۸۵، ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ قانون مدنی، نظر به اینکه طفل مورد بحث در زمان زوجیت متولد شده و قبلاً هم زوج به ابوت خود و فرزندى طفل اقرار کرده است، دعوای نفی ولد از او مسموع نخواهد بود و کلیه تکالیف شرعی و قانونی را در مورد طفل بر عهده دارد" (نظریه شماره ۹۴/۷/۱ مورخ ۱۳۹۴/۱/۸)

همچنان که نظر مشورتی این اداره در پذیرش اطلاق قوانین مربوط به اولاد نیز به همین مشکل مبتلا است. این اداره در نظر مشورتی دیگری ابراز داشته:

"برابر ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی و قاعده الولد للفراش طفل متعلق به زوج شرعی و قانونی است و آزمایش DNA شرعا و قانونا حجت ندارد" (نظریه ۷/۱۱۵۶ به تاریخ ۱۳۸۸/۲/۲۶)

با مطالب بالا معلوم شد که استناد به قاعده فراش در مقابل آزمایشی که قطع و یقین اور باشد ناتمام است زیرا قاعده مزبور بیانگر حکم ظاهری است و تا زمانی که دلیل قطعی برخلاف نداشته باشیم حجت است چنانکه ذیل ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی نیز نشان میدهد قانونگذار این مطلب را مدنظر داشته که امارات قطعی بر قاعده فراش مقدم هستند لذا ولو این تقييد ذیل فرض تعارض دو اماره فراش مطرح شده است اما فرقی در اصل تقدیم امارات مزبور بر فراش نمی کند زیرا اگر قرار بر تقدیم باشد این تقدیم به نحو مطلق خواهد بود نه در فرضی خاص.

علاوه بر اینکه در سوالی که اخیرا از نهاد مزبور پرسیده شده که:



"زوجه به اتهام رابطه نامشروع غیر از زنا تعزیر می شود. زوج مدعی است زوجه که باردار شده است از وی نبوده و پس از تولد طفل دعوای نفی نسب به طرفیت زوجه مطرح می کند و در نهایت پس از انجام آزمایش DNA عدم ابوت زوج نسبت به نوزاد اعلام می شود. با توجه به انعقاد نطفه در زمان زوجیت و نتیجه آزمایش و محکومیت کیفری زوجه، آیا می توان حکم به نفی نسب صادر کرد؟"

دو نظر ابراز شده است:

"نظر اکثریت: با وجود قاعده فراش و این که طفل در مدت زوجیت، متولد شده و این تولد نیز کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ده ماه نبوده و با توجه به ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی که طفل متولد در زمان زوجیت را ملحق به زوج دانسته و نظر فقهای عظام از جمله آیت الله فاضل لنکرانی و با وجود اماره شرعی و قانونی، نفی ولد از طریق آزمایشات DNA قابل اثبات نیست مگر این که دلیل قانونی و شرعی دیگری حاصل شود که قاعده فراش را زایل کند. به طور مثال زوج قادر به نزدیکی با زوجه نباشد و یا زوج در این مدت در مسافرت بوده و ارتباطی با زوجه نداشته باشد. در نهایت اگر قاضی از هر طریق شرعی و قانونی علم به عدم انتساب طفل به زوج پیدا کرد می تواند به علم خود عمل کند.

نظر اقلیت: با توجه به پیشرفت علم در دنیای کنونی و این که اخیراً پزشکی قانونی مرکز در گزارشی اعلام نموده بود که تا ۹۰ درصد از طریق آزمایش های مربوطه، می توان اثبات نسب کرد و از آنجا که نظر کارشناسی در این زمینه یک اماره قانونی است و اگر قاضی را به یقین برساند می توان به استناد آن به نفی نسب حکم داد، اگر نظر کارشناسی با اوضاع و احوال قضیه مبانیست نداشته باشد، در مانحن فیه، قابل استناد است

نظر کمیسیون نشست قضایی جزایی: در تشخیص نسب، اصل بر رعایت قاعده فراش است، اما حکومت این قاعده، مطلق و بلامنازع نیست؛ کما این که فقهای عظام نیز در صورت وجود دلایل شرعی و قانونی، اثبات خلاف آن را پذیرفته اند. اما آزمایش DNA که از مطمئن ترین راههای علمی تشخیص نسب است می تواند به عنوان وسیله حصول علم برای قاضی به کار گرفته شود (ملاک، مواد ۲۱۱ و ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲) به علاوه به عنوان نظر اهل خبره مورد استفاده قاضی گیرد و با استناد به آن حکم به نفی نسب صادر شود."

لذا به نظر می‌رسد که اداره مزبور در نظرات سابق خود تا حدودی تجدید نظر کرده و برخی از اعضای آن که از قضات مستشار باسابقه هستند ادله مزبور را پذیرفته‌اند چنانکه کمیسیون نیز نظر به حجیت آزمایش DNA داده است. در نهایت باید گفت علاوه بر اینکه نظر اداره مزبور ماده قانونی نیست و در حد توصیه است و با توجه به اینکه قاضی می‌تواند با اتکای به علم خود حکم کند و در موارد متعددی تصریح شده که آنچه که موجب علم برای قاضی است می‌تواند مستند حکم قرار گیرد (قانون مجازات ماده ۲۱۱ و ۷۲۱ و ۱۶۰) خصوصاً که در ادامه هم بیان خواهد شد که آزمایشات مزبور نوعاً افاده علم و یقین می‌کنند مشکلی از این جهت به نظر نمی‌رسد.

فقط یک نکته در اینجا مطرح است و آن اینکه در پرونده‌های قضائی محدودیتی به نام مرور زمان قرار داده‌اند که عبارتست از مدتی که به موجب قانون پس از انقضای آن تعقیب جرم یا اجرای حکم قطعی جزائی متوقف می‌شود. قانون مزبور برای انتظام دادن به پرونده‌های قضائی و سائر مصالحی بوده که مدنظر قانونگذار بوده است.

چنین محدودیتی در پرونده‌های کیفری وجود دارد لکن در پرونده‌های حقوقی چنین محدودیتی نیست و علی‌القاعده حق الی‌الابد باقی می‌ماند و ساقط نمی‌شود مگر با ادای آن یا ابراء ذمه یا انتفای موضوع. لکن در برخی موارد نادر در احکام حقوقی محدودیتی قرار داده‌اند از جمله در بحث لعان که بنا بر ذیل ماده ۱۱۶۲ "در هر حال دعوی مزبور پس از انقضای دو ماه از تاریخ اطلاع یافتن شوهر از تولد طفل مسموع نخواهد بود" چنین شرطی برای لعان از ادله شرعی استفاده نمی‌شود اما به جهت مصالحی قانونگذار چنین شرطی در اینجا قرار داده که می‌توانست مستند اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۹۴/۷/۱ در رد دعوی نفی ولد بوده باشد هرچند که به قاعده انکار بعد از اقرار تمسک کرده‌اند که قبلاً در آن اشکال کردیم.

۱.۲ استدلال مخالفین

یکی از حقوق دانان در مخالفت با نظریه بالا نوشته است:



"انکار نسب بدترین و سخت ترین اتفاق حقوقی است و اثبات بسیار دشواری دارد. یکی از موجبات "لعان" در حقوق مدنی انکار نسب است. گوئی شارع با طراحی شرائط روانی سنگین که بر نهاد "لعان" بار کرده است و آثار مدنی که بر آن مترتب نموده - که گوئی به امری کیفری شبیه است (حرمت ابدی بین زوجین و محرومیت از ارث) - خواسته است تعرض بر این حریم را سخت کند.

از سوئی نظام حقوقی اجازه الحاق بی پایه نسب را نیز نمی دهد تا ساحت خانواده همچنان پاک و منزّه بماند.

"اماره فراش" در نظام حقوقی اسلام یکی از حساس ترین نهاد حقوقی در امر خانواده است که پاسدار امنیت روانی نسب و حرمت و حریم خانواده است. هر کودکی که در یک خانواده متولد می شود ملحق به آن خانواده است. معارضه با این اماره که حریم خانواده را می شکند با روش حقوقی خاص و دشوار توأم با نهایت احتیاط و تلاش برای حفظ اصالت خانواده امکان پذیر است. به طوری که از اماره فراش به راحتی نمی توان گریخت و آنرا آسان متزلزل کرد..."

نویسنده در ادامه پس از استناد به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه که در بالا به آن اشاره شد معتقد است نظام حقوقی شرعی و عرفی کشور نیز به دنبال حفاظت از بنیان نسب و هویت خانوادگی است و از این طریق امنیتی روانی برای افراد ایجاد کرده و حریم خانواده را از هتک و شک و تردید و.. صیانت حقوقی نموده است. (غلامحسین الهام در کانال تلگرامی دولت بهار به تاریخ ۶/۵/۹۹ کدخبر: ۸۱۳)

هرچند نویسنده مزبور مطلب بالا را در نقد یکی از سریال های تلویزیونی که محور اصلی داستان در تردید فرزند یک خانواده در نسبش است نوشته اند لکن مطالب ایشان به نوعی اشکال در کلمات بالاست و می توان آنرا اینگونه خلاصه کرد که شارع اهتمام خاصی به حفظ امنیت روانی خانواده دارد و به همین جهت اماره فراش را قرار داده و تنها از راه لعان می توان آنرا کنار گذاشت و راه های دیگر حتی آزمایش ژنتیک شرعا و قانونا اعتباری ندارند و نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه نیز همین امر را تأیید می کند.

برخی مطالب ایشان را قبلا بررسی کردیم اما مطلب جدیدی که دارند اینست که شارع به امنیت روانی خانواده اهتمام خاصی دارد و به همین جهت اماره فراش را قرار

داده است و... که بررسی این مطلب منوط به اینست که ببینیم از ادله شرعیه چه چیزی استفاده می شود؟ آیا شارع خواسته است که در همه حال حتی در صورت علم به خلاف باز هم اماره فراش مقدم شود تا امنیت روانی خانواده به هم نخورد؟ قطعاً اینگونه نیست و قبلاً نیز شروطی برای اجرای قاعده فراش بیان کردیم. البته اینکه شارع اهتمام به حفظ امنیت روانی خانواده داشته و به همین جهت اماره فراش را قرار داده و سائر امارات در قبال آن مانند شباهت ظاهری و قول قیافه شناس و... را در برابر آن ملغی کرده است قابل انکار نیست لکن اینکه اماره مزبور عمومیتی داشته باشد که شامل محل بحث ما هم بشود قابل قبول به نظر نمی رسد و گفتیم که حتی در احکام ظاهری در صورت علم به عدم مطابقت با واقع حکمی نداریم.

به نظر می رسد نکته ای که در بحث امارات گفتیم مورد غفلت قرار گرفته و به عبارت دیگر از قاعده "الولد للفراش" حکم واقعی برداشت کرده اند نه ظاهری!

البته ممکن است حصر موجود در روایت را حقیقی دیده باشد. زیرا چنانکه در جای خود بیان شده یکی از اسبابی که افاده حصر در زبان عربی می کند تعریف مبتدا به "ال" است. (قواعد فقهیه، ج ۴ ص ۲۷) اما این تصور نیز نادرست است زیرا حصر در این قاعده حصر اضافی است یعنی در مقابل شخص زناکار فرزند به صاحب فراش مستند می شود و حصر آن حقیقی نیست که همیشه و در همه جا فرزند باید به صاحب فراش ملحق شود! (وسائل الانجاب الصناعیه، ص ۴۱۴)

اشکال دیگری که در برخی کلمات دیده شده اینست که گفته شده "اگر بخواهیم حجیت آزمایش مزبور در نفی نسب را بپذیریم دیگر جائی برای استناد به حکم لعان که حکمی الهی است باقی نمی ماند و حکم مزبور تعطیل شده و عبث می شود!" (پبله، مجله حقوق خصوصی، دوره دهم شماره اول، ص ۱۳۹)

چه بسا این اشکال را بتوان درباره قاعده فراش هم به همین بیان مطرح شود که با رواج آزمایش مزبور اگر زن شوهرداری زنا کند و بعد فرزندی به دنیا آورد دیگر سراغ قاعده فراش نمی رویم و آزمایش ژنتیک می گیریم و... در نتیجه به کلی قاعده فراش موضوعیت خود را از دست داده و بی فائده می شود!

لکن این اشکالات که آزمایش های مزبور موجب کنار رفتن قاعده فراش و لعان می شود هم ناتمام است زیرا:



اولاچنانکه بیان کردیم قاعده فرأش اماره ای است که شارع به جهت کاشفیت ظنی آن قرار داده است. به بیان دیگر برای اثبات یک امر باید علم به آن پیدا کنیم لکن در بسیاری از موضوعات و احکام شرعیه طریق علم منسد است در نتیجه شارع برخی از ظنون را معتبر شمرده و آنها را حجت قرار داده است. اینکه چگونه شارع اماره ظن اور را حجت می کند فعلا محل بحث ما نیست لکن این نکته هست که امارات مزبور غالبا با واقع تطبیق می کند و ما را به آن می رساند و همین نکته موجب حجیت آنها شده است.

به بیان دیگر بنا بر مبنای مشهور شارع در جعل حجیت برای امارات بیشتر از این مقدار را مد نظر نداشته که شخص به واقع برسد نه اینکه حتما از این اماره باید استفاده کند لذا امر شارع به استفاده از این امارات به جهت آنست که غالبا یا دائما شخص را به واقع می رساند.

در مقام نیز امکان اینکه فرزند برای شوهر باشد مضمون است زیرا رابطه جنسی زن و شوهر دائمی است اما رابطه زناکار با او اتفاقی و موردی بوده است لذا اماره فرأش شوهر قوی تر است و به همین جهت احتمال اینکه فرزند از برای زوج باشد بیشتر است.

لکن اگر در مساله ای به وسیله آزمایش به علم و قطع رسیدیم دیگر معنی ندارد که به سراغ ظنی که برخلاف آن داریم برویم و به آن اعتماد کنیم!

در مورد لعان نیز مطلب از همین قبیل است زیرا حجیت آزمایش به معنای نفی حجیت لعان نیست بلکه تاکنون یک راه برای نفی نسب داشتیم که لعان بود و حالا راه دومی هم قرار داده ایم به نام آزمایش که هرکدام مستقلا می تواند نفی نسب کند زیرا از شرائط لعان این نیست که زوجه یا قاضی علم به خلاف نداشته باشند بلکه همین مقدار که زوج ادعای علم یا مشاهده برای لعان کند کافیهست.

ثانیا اینکه آزمایش حجیت یابد موجب تعطیلی حکم الهی می شود هم حرف عجیبی است زیرا امارات حتی در فرض امکان علم به واقع نیز حجیت دارند. به عبارت دیگر شارع امارات را فی نفسه و بدون ملاحظه اینکه شخص امکان علم به واقع را دارد یا خیر و به نحو مطلق جعل کرده است.

در نتیجه این گونه نیست که به جهت امکان تحصیل علم با آزمایشات مزبور حجیت اماراتی از قبیل لعان از بین برود و یا اینکه لعان مشروع نباشد. (مظفر محمدرضا، اصول فقه، ص ۳۸۶)

۳. بررسی علم و یقین آوری نتایج آزمایشات ژنتیک

ژنتیک علمی جدید است که شاخه‌ها و انواع گسترده‌ای یافته است. می‌توانیم علم ژنتیک را اینگونه تعریف کنیم که علم انتقال صفات از والدین به فرزندان و به کلی از نسلی به نسل دیگر است. (اوبرباخ شارلوت، ۱۳۴۷، ص ۷)

در واقع ژنتیک شاخه‌ای از زیست‌شناسی است که برای درک شباهت‌ها و اختلافات دو موجود به یکدیگر مطالبی را مطرح می‌کند مثلاً اگر از دو گوسفندی که سیاه‌رنگ هستند فرزندی سفید‌رنگ به دنیا بیاید در ژنتیک درباره علت آن بحث می‌شود و به کلی سوال اصلی اینست که علت تفاوتها و شباهت‌ها چیست؟

می‌دانیم که کروموزوم‌ها که حامل اطلاعات وراثتی اند در هسته سلولها قرار دارند و DNA داخل کروموزومها قرار دارد و ژن هم بخشی از مولکول DNA است. (پزشکی قانونی ص ۱۲۸)

در مولکول DNA هر فرد ژنها با نظم خاصی قرار گرفته‌اند که مختص همان فرد است و ترتیب توالی اجزای تشکیل دهنده ژنها از فردی به فرد دیگر متفاوت است. لذا با شناسائی و مطالعه قسمت‌های خاصی از مولکول DNA و ژنهای موجود در آن امکان شناخت هویت یک فرد وجود خواهد داشت. همانگونه که اثر انگشت دست خاص هر فرد است DNA هم خاص خود او خواهد بود. (همان ص ۱۲۹)

۴. بیان تحقیق

چنانکه قبلاً بیان شد شارع با جعل اماره‌ای به نام فرارش فرزند را به زوج یا مالک شرعی ملحق کرده است و سائر ظنون از جمله شباهت و .. را رد کرده است. همچنین بیان کردیم که جعل اماره در فرضی است که علم به مودای آن نداشته باشیم و در هر صورت علم و یقین مقدم بر ظن است و به تصریح کارشناسان؛ آزمایش DNA در تشخیص هویت و تعیین رابطه ابوت رابطه اثباتی دارد (پزشکی

قانونی ص ۱۳۰) و در صورت انجام دقیق و علمی آن می توان نتایج به دست آمده را به صورت کاملا قابل اعتماد مورد استناد قرار داد. (همان)

اما در کلمات فقهای شیعه و استفتائاتی که از آنان منتشر شده بیان شده که آزمایش حجت شرعی نیست و نسب شرعی از طریق آزمایش نفی نمی شود (مجمع المسائل ج ۲ ص ۱۷۶/ رساله استفتائات منتظری ج ۳ ص ۳۸۴/ دانشنامه ج ۱ ص ۲۵۰) با توجه به مطالبی که در بحث حجیت امارات گذشت باید گفت مراد از عدم حجیت نتایج آزمایش و.. (با توجه به اینکه فرض کردیم علم اور هستند) اینست که آزمایش به خودی خود اعتبار ندارد و ما حجتی به این عنوان در فقه نداریم بلکه باید آنرا تحت یکی از عناوینی که شارع حجت می داند مثل بینة قرار داد. (جامع المسائل ج ۱ ص ۴۸۵)

هرچند از برخی فتاوا به دست می آید که گویا نظرشان اینست که نتایج آزمایشات چون امری حدسی است لذا خبر و بینة هم در آن حجت نیست بلکه حتی قول اهل خبره هم حجیت ندارد که این مطلب ناشی از این مبناست که اطلاقی در حجیت قول اهل خبره نداریم مگر اینکه اطمینان اور باشد که در ادامه به آن اشاره می شود. (صراط النجاه (الحوئی) ج ۱ ص ۳۵۱/ فقه القضا اردبیلی ج ۲ ص ۷۱۴)

بنابر این حتی در صورتی که از نتایج آزمایشات مزبور، علمی حاصل نشد می توانیم از راه بینة شرعی (شهادت دو شخص عادل بلکه بنا بر برخی اقوال عدل واحد بل ثقه واحد) (عروه محشی ج ۱ ص ۱۵۰)) نیز آزمایش مزبور را معتبر بدانیم. و حتی در فرض بعید اگر نتوانستیم از باب بینة شرعی یا خبر عدل واحد یا حتی ثقه واحد آزمایشات مزبور را اعتبار بخشیم هم راه باز است و از باب نظر کارشناسی که مبتنی بر حس یا مقدمات قریب به حس است اعتبار خواهد داشت که در ادامه اشاره خواهد شد.

این نکته را در کنار این مطلب باید قرار دهیم که قاعده فراش ولو اماره معتبره است اما حسی ایجاد نمی کند یعنی چیزی ندیده و نشنیده و به طور کلی حس نکرده ایم و نهایت اینست که با قرائنی مانند تدین زوجین و رابطه زناشویی و.. اطمینانی یافته ایم که فرزند متعلق به آنهاست و حکم به لحوق می کنیم بنابر این قاعده فراش با اماره ای مانند خبر ثقه که مستند به حواس است تفاوت می کند. پس می توان در نهایت گفت قاعده فراش (با قرائنی که همیشگی هم نیست و در مواردی وجود دارد)

نوعی اطمینان حدسی درست می کند که در تعارض با یقین و اطمینان حسی کنار می رود.

۴.۱ حجیت قول کارشناس

بحث حجیت قول کارشناس و اهل خبره نوشتار مستقلاً می طلبد که صورتهای مختلف اظهار نظر کارشناس در مسائل حسی و حدسی و علم اور بودن و نبودن و شروط اعتبار آن و .. بررسی شود لکن به مقداری که مربوط به بحث ماست به صورت مختصر بیان می شود.

معروف بین اصحاب اعتبار قول اهل خبره به نحو فی الجملة است هر چند در برخی از شروط اعتبار آن مانند تعدد و حصول اطمینان و .. اختلافاتی دیده می شود ارشاد الطالب ج ۴ ص ۳۶۳ / دروس ج ۳ ص ۲۸۸ / مکاسب ج ۵ ص ۴۰۴

ابتدا باید دقت داشت که نظرات کارشناسی در برخی موارد از قبیل اخبار است و به ملاک حجیت خبر حسی حجت است. نمونه روشن برای حسی بودن آزمایش قند و چربی و فشار خون یا تطبیق اثر انگشت است به گونه ای که مشاهده می شود مفید جزم برای همگان حتی غیر متخصصین است و حتی برای این شخص هم علم اور است و همه پزشکان و متخصصان در این گونه موارد یک نظر می دهند. لذا نظیر چنین آزمایشاتی حتی برای غیر اهل تخصص هم محسوب می شود.

بلکه بحث ما در جایی است که قول اهل خبره طریق به واقع است که شامل مواردی است که در آن حدس کارشناسی صورت می گیرد و اینجاست که حجیت قول اهل خبره بماهو هو معنی پیدا می کند مثل نظر کارشناسی در قیمتگذاری مبیع. قبلاً اشاره کردیم که چه بسا این آزمایشات بینه شرعیه باشند و از این باب حجت شوند بلکه حتی اگر بینه نباشد چه بسا بگوئیم قول عدل واحد بلکه حتی ثقه واحد در موضوعات غیر از مسائل قضائی (که عدل واحد با یمین مدعی در مسائل مالی هم کافی است) کافی باشد.

لکن فعلاً بحث در اینست که اگر از آزمایشات علمی حاصل نشد آیا می توان به عنوان کارشناس و خبره نظر او را حجت دانست؟

به نظر میرسد اگر نظر کارشناسی در امور حسی باشد مثل قول منجم در اینکه امشب هلال ماه رویت می شود معتبر نیست لکن اگر مساله از امور حدسی است نظر



کارشناس قطعا معتبر است یعنی اگر مساله مبتنی بر حدس و اجتهاد است نظر کارشناس قطعا معتبر است.

ادله متعددی بر حجیت قول اهل خبره می توان اقامه کرد. به عنوان مثال ادعای اجماع در اینجا بعید نیست زیرا کمتر مساله ای است که با این کثرت در موارد و مصادیق و در ابواب مختلف فقه عنوان شده باشد مثل در اجتهاد و تقلید در اصل رجوع به اهل خبره و تعیین رجوع به علم و تشخیص اعلم یا در بحث قیمتگذاری مبیع معیوب یا ارش در جنایات و... و به طور کلی در ابواب مختلف فقه مفروغیت اعتبار قول اهل خبره مسلم است بلکه به طور کلی در کلمات قدما حجیت قول اهل خبره مفروغ عنه بوده و اصلا درباره ان بحث نکرده اند و در کلمات متاخرین درباره شرائط اعتبار ان بحث هائی صورت گرفته است و برخی منوط به اطمینان یا تعدد و.. کرده اند که همگی ناشی از شبهاتی است که برای برخی متاخرین حاصل شده است. در نتیجه تحقق اجماع در این مساله ادعای گزافی نیست. هر چند ممکن است این اجماع بر اساس سیره عقلا یا متشرعه بوده باشد که در این صورت ارزش مستقلى از سیره عقلا یا متشرعه نخواهد داشت

از سوی دیگر سیره عقلاء در این مساله در حدی است که بالاتر از ارتکاز متشرعی است به همین جهت جائی برای تمسک به اجماع و سیره متشرعه نمی گذارد زیرا با وجود چنین ارتکازی جائی برای کشف از سیره متشرعه و اجماع باقی نمی ماند. و با توجه به اصاله الثبات در ارتکازات میتوانیم بگوئیم این سیره در بین قدماء تا زمان معصومین(ع) هم وجود داشته است و ردعی هم از این سیره در روایات صورت نگرفته است.

علاوه بر اینکه می توان به آیات و روایاتی هم تمسک کرد که به جهت اختصار به همان مقدار اکتفا می کنیم.

۵. تعارض بین قاعده فراش و آزمایش DNA

برای تعارض بین این دو طبعاً فرض مساله اینگونه باید باشد که زوج با تمسک به قاعده فراش مدعی است که فرزند برای زوج است اما زوج تمسک به نتیجه آزمایش DNA کرده و منکر ابوت است.

فرض دیگر اینست که زوج با تمسک به فراش مدعی است این فرزند از اوست و شخص ثالثی مدعی خلاف ان با تمسک به آزمایش باشد که داستانی که در ابتدای

مقاله بیان شد شبیه همین بود با این تفاوت که عتبه بن ابی وقاص به استناد قیافه و.. مدعی بود.

با توجه به مطالبی که قبلا بیان کردیم که آزمایش مزبور علم آور است و با فرض عدم احتمال خطا و اشتباه در نتیجه آزمایش، طبعا اماره فراش کنار می رود و آزمایش DNA حجیت خواهد داشت. زیرا حجیت اماره منوط به عدم علم به خلاف است.

یکی از محققین با اشاره به این مطلب نوشته است:

چنانچه در موردی با کمک علوم جدید برای ما یقینی حاصل شد که برخلاف بعضی احکامی است که از راه ادله و حجت‌های شرعی استنباط می شود... نقص و جهلی متوجه شارع مقدس نمی شود. زیرا در صورتی اماره حجت است که با وجدان یا برهان قطع به خلاف آن پیدا نکنیم زیرا که مصلحت جعل طریقت برای اماره منحصر در این نیست که همواره مطابق با واقع باشد بلکه همین که به صورت نوعی یا احتمالی و حتی وهمی موافق با واقع باشد کافیت" (قائینی ج ۱ ص ۳۹)

لکن برخی کارشناسان ژنتیک نتایج آزمایشات مزبور را در مورد اثبات نسب در حد اطمینان عرفی دانسته اند (کمتر از ۱۰۰ درصد) که البته این مقدار هم علم عرفی است و اشکالی ایجاد نمی کند. چون در رابطه با علم آور بودن نتایج آزمایش مزبور و اینکه حداقل در حد علم عرفی است که حجت است پژوهش‌های مستقلی صورت گرفته است به همین مقدار اکتفا کرده و تفصیل بحث را به آنها ارجاع می دهیم (مقاله بررسی و تحلیل فقهی-حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب)

نتیجه

با توضیحاتی که درباره علم ژنتیک و آزمایشات مربوط به آن بیان شد مشخص می شود که نتایج آن با رعایت شرائطی که مدنظر است در حد علم شمرده می شود و حداقل حتی اگر علم آور هم نباشد می تواند از قبیل بینه شرعیه ای باشد که شارع آنرا حجت قرار داده است بلکه بنا بر برخی مبانی خبر ثقه واحد در موضوعاتی از این قبیل حجت است. لذا اماره فراش که شارع برای تشخیص نسب قرار داده است و سایر امارات مقابل آنرا که همگی ظن آور بودند ملغی کرده است تا وقتی است که شک در نسب داشته باشیم به همین جهت در صورت تعارض قطعی با نتیجه آزمایش



ژنتیک کنار می رود. چنانکه اگر حجتی در مقابل آن قیام کند نیز اعتبار خود را از دست می دهد. هرچند این به معنای به کلی منتفی شدن چنین اماره ای نیست زیرا شارع مقدس امارات را اعم از فرض امکان یا عدم امکان تحصیل علم جعل کرده است. باید توجه داشت که تمام شروطی که از قدیم در کلمات فقها به عنوان شروط جریان قاعده فراش مطرح شده بیش از این نبوده که خواسته اند به تشخیص واقعی و حقیقت امر در نسب شخص برسند و امروزه با گسترش علم راه های جدیدتری برای اثبات و نفی نسب پیش روی ما قرار گرفته، لذا شایسته است به این طرق نیز اعتماد شود و در صورت دارا بودن شرائط به آنها استناد شود زیرا هدف چیزی جز رسیدن به واقع و حقیقت امر نیست به همین جهت پیشنهاد می شود دیوان عالی کشور یک بار و به صورت قطعی در این مساله رای وحدت رویه ای در اعتبار نتایج آزمایشات ژنتیک و تقدم آن بر قاعده فراش صادر کند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

فهرست منابع

قرآن کریم

اوبرباخ شارلوت، علم وراثت، ترجمه دکتر محمود بهزاد، ۱۳۴۷؛ تهران: بنگاه نشر و ترجمه کتاب

انصاری مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ۶ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۱۶ ق؛ قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری

بجنوردی میرزا حسن، القواعد الفقهیه، ۷ جلد، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق؛ قم: نشر الهدای پیله اعظم و دیگران؛ بررسی حجیت آزمایش DNA در نفی نسب؛ مجله حقوق خصوصی؛ دوره دهم شماره اول؛ بهار و تابستان ۹۲

جمعی از مولفان؛ الموسوعه الفقهیه الكويتیه؛ ۴۵ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۲۱ ق؛ الكويت: وزاره الاوقاف و الشؤون الاسلامیه

جوهری اسماعیل بن حداد؛ الصحاح؛ به تصحیح احمد عبدالغفور عطار؛ ۶ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۱۰؛ بیروت: دارالعلم للملایین

حرعاملی محمد بن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعه؛ ۳۰ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۰۹؛ قم: موسسه ال بیت علیهم السلام

حکیم محسن؛ مستمسک العروه الوثقی؛ ۱۴ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۱۶؛ قم: دارالتفسیر خمینی روح الله؛ تحریر الوسیله؛ ۲ جلد؛ چاپ اول؛ بی تا؛ قم: موسسه مطبوعات دارالعلم

خوئی ابوالقاسم؛ منهاج الصالحین؛ ۲ جلد؛ چاپ ۲۸؛ ۱۴۱۰؛ قم: نشر مدینه العلم

-----؛ مصباح الاصول؛ ۲ جلد؛ مقرر محمد سرور واعظ حسینی بهسودی؛ چاپ اول؛ ۱۴۲۲؛ قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی

-----؛ موسوعه الامام الخوئی؛ ۴۲ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۲۲ ق؛ قم: موسسه احیاء آثار الامام الخوئی

سبحانی جعفر؛ المواهب فی تحریر احکام المکاسب؛ چاپ اول؛ ۱۴۲۴ ق؛ قم: موسسه امام صادق علیه السلام

سیستانی محمد رضا؛ وسائل الانجاب الصناعیه؛ چاپ اول؛ ۲۰۰۴ م؛ بیروت: دارالمورخ العربی



شیخ طوسی محمد بن حسن؛ المبسوط فی الفقه الامامیه؛ ۸ جلد؛ چاپ سوم؛
۱۳۸۷ق؛ تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه
صدر محمد باقر؛ دروس فی علم الاصول؛ ۲ جلد؛ چاپ پنجم؛ ۱۴۱۸ ق؛ قم: موسسه
النشر الاسلامی

فاضل لنکرانی محمد؛ احکام پزشکان و بیماران؛ یک جلد؛ بی تا؛ بی جا
-----؛ جامع المسائل (فارسی)؛ دو جلد؛ چاپ یازدهم؛ بی تا؛ قم:
انتشارات امیر قلم

کلینی محمد بن یعقوب؛ الاصول من الکافی؛ ۸ جلد؛ مصحح علی اکبر غفاری؛ چاپ
چهارم؛ ۱۴۰۷ ق؛ تهران: دارالکتب الاسلامیه

گلپایگانی محمدرضا، مجمع المسائل؛ ۵ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۰۹، قم: دارالقران الکریم
محسنی قندهاری اصف؛ الفقه و مسائل طبیه؛ ۲ جلد؛ چاپ اول؛ ۱۴۲۴ ق؛ قم: انتشارات
دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم

مظفر محمدرضا؛ اصول الفقه؛ با تعلیقه زارعی سبزواری؛ چاپ پنجم؛ ۱۳۸۷ش؛ قم:
بوستان کتاب قم

مکارم شیرازی ناصر؛ الفتاوی الجدیده؛ ۳ جلد؛ چاپ دوم؛ ۱۴۲۷؛ قم: انتشارات
مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام

منتظری نجف آبادی حسینعلی؛ رساله استفتائات؛ ۳ جلد؛ چاپ اول؛ بی تا؛ قم
فصل نامه علمی پژوهشی پزشکی قانونی ایران.

دو فصل نامه علمی- پژوهشی حقوق خصوص.