

تحلیل جایگاه اماره فراش و آزمایش DNA در تعیین نسب

مریم غنی زاده بافقی

زهرا غنی زاده بافقی

مقدمه

نویسندگان حقوق، خانواده را گروهی از افراد می‌دانند که به موجب «قربت» با یکدیگر پیوستگی و ارتباط دارند؛ به عبارت دیگر، ارتباطات خانوادگی که از آن به «قربت نسبی و سببی» یاد می‌شود، مهم‌ترین معیار در تعیین حقوق و تکالیف و زیربنای نظام حقوقی خانواده به‌شمار می‌آید. در این میان رویکرد اسلامی بر نوع خاصی از روابط انسانی در چارچوب خانواده صحه گذاشته و حمایت‌های خود را مشمول آن می‌داند و در این باره برخی از اندیشه‌ورزان، یکی از مقاصد و اهداف شریعت را «سلامت نسل» بیان کرده‌اند.^۱

از مهم‌ترین ابزارها در راستای تعیین نسب مورد تأیید شارع (اعم از اثبات و نفی)، مکانیزم فراش است که در کتب مختلف فقهی موسوم به «اماره فراش» می‌باشد. قانون مدنی کشور نیز بر پایه افق مشابه با فقه امامیه، در مادتين ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ باب اول از کتاب هشتم خود به این موضوع پرداخته است.^۲ سالیان متمادی اماره فراش به‌عنوان تنها عامل تعیین‌کننده نسب در پرونده‌های قضایی بود و تصمیم‌گیرندگان در تنازعات، با استناد به شرایط محققه، رأی خود را در باب نسب و مسائل پیرامونی آن صادر می‌کردند لکن با پیشرفت علوم تجربی خصوصاً در حوزه ژنتیک و توانایی انسان در بازخوانی و مقایسه کروموزوم‌ها و ژن‌های انسانی،

mghanizadebafghi@yahoo.com

Z_ghanizade@yahoo.com

استادیار دانشکده حقوق، دانشگاه خوارزمی

کارشناس ارشد فقه و حقوق، دانشگاه شاهد

۱. احمد ریسونی، اهداف دین از دیدگاه شاطبی، مترجمان: حسن اسلامی و محمدعلی ابهری (قم):

مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۳۷.

۲. امروزه اماره فراش یک اماره قانونی مورد توجه در تصمیم‌گیری‌هاست.

رقیب جدیدی برای این مکانیزم پرسابقه ایجاد شد. متخصصین علوم تجربی با این ادعا که درصد خطای چنین آزمایش‌هایی بسیار پایین است لذا می‌توان به نتایج آن اعتماد کرد، استفاده از این‌گونه امکانات در تعیین نسب را مفید فایده، بلکه ضروری می‌دانند.^۱ این در حالی است که فقها و در پی آن، حقوق‌دانان در این مورد اختلاف نظر داشته و هریک به طریقی سعی در تقویت موضع خود دارند. اختلاف عقیده و نبود رویه‌ای واحد در این خصوص، سبب تشتت آراء در این زمینه گشته است. آنچه در مقاله حاضر بدان خواهیم پرداخت بررسی دلایل دادگاه در تمسک و عدم تمسک به آزمایش DNA در کنار اماره فراش می‌باشد.

مشخصات رأی

شماره دادنامه بدوی: ۱۰۸۵

تاریخ صدور رأی بدوی: ۱۳۹۳/۷/۳۰

مرجع رسیدگی رأی بدوی: شعبه ۲۷۰ دادگاه عمومی خانواده

شماره دادنامه تجدیدنظر: ۱۸۴۶/۲۲۲۴۰/۹۳۰۹۹۷۰

تاریخ صدور رأی تجدیدنظر: ۱۳۹۳/۱۰/۲۷

رسیدگی تجدیدنظر: شعبه ۲۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

وقایع پرونده

خواهان‌ها به‌عنوان برادرزادگان متوفی در سال ۱۳۹۲ علیه همسر عمو و دو فرزند وی طرح دعوی نموده و تقاضای نفی نسب از فرزندان را داشتند. ماوقع مستند به این واقعت است که عمویشان از سال ۱۳۵۷ (زمان آغازین رابطه زوجیت با همسر خویش) به مدت ۱۶ سال صاحب فرزندی نشده است. پس از این مدت، طی سفری به شهر مشهد و با گذشت چند ماه، در سال ۱۳۷۳ اعلام نمود که صاحب دو فرزند (دوقلو) شده و با مراجعت به تهران برای آنها شناسنامه گرفته است، از این‌رو فرزندان فعلی، منتسب به متوفی نبوده و به‌دلیل فقدان پدر، مادر،

۱. مهشید طباطبائی، «نقش آزمایش دی ان ای در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران»، فصلنامه

فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، ش ۵۶ (۱۳۹۱): ص ۵۹.

جد و جده، خواهر و برادر برای متوفی، آنان (برادرزادگان) ورثه قانونی می‌باشند. در پاسخ، وکلای خواندگان دعوی حاضر را نتیجه اختلافات ناشی از مسائل تجاری و کاری دانستند با این اذعان که در زمان حیات متوفی هیچ‌گاه مسئله‌ای پیرامون نفی نسب وجود نداشته است. به‌علاوه، خواندگان دارای شناسنامه رسمی به همراه نام والدین هستند. خوانده ردیف اول نیز با رد ادعای اقامت چندساله در شهر مشهد، تقاضای رد دعوی نمود.

دادگاه با رد دعوی درخصوص خوانده ردیف اول به‌دلیل عدم توجه موضوع نفی نسب به وی، درباره خواندگان ردیف دوم با استناد به:

اولاً، سند رسمی قلمداد شدن اسناد سجلی مستند به مواد ۹۹۹، ۱۲۸۷ و ۱۲۹۲ قانون مدنی و عدم امکان انکار و تردید نسبت به آن، سند سجلی را اماره‌ای قانونی در تحقق نسب محسوب می‌کند.

ثانیاً، با استناد به شهادت شهود پیرامون نحوه تولد خواندگان، آن را دلیل دیگری برای محقق بودن رابطه نسبی می‌داند.

استدلال پایانی دادگاه نیز تمام بودن ارکان قاعده فراش است و دراین‌باره بیان می‌دارد حتی اگر درخواست نفی نسب، در زمان حیات متوفی مطرح می‌گشت و انجام آزمایش DNA را تقاضا می‌نمود این تقاضا پذیرفته نمی‌شد.

در رأی مشابه در موضوع نفی ولد، علی‌رغم انجام آزمایش DNA و اعلام نتیجه آن مبنی بر عدم وجود رابطه نسبی به سبب وجود ارکان قاعده فراش و استناد به دلیل شرعی و قانونی نبودن آزمایش مذکور در نفی نسب، رأی به وجود رابطه نسبی داده شد. این رأی توسط دیوان عالی کشور به شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۰۶۱۰۰۶۳۴، مورخ ۱۳۹۲/۰۷/۲۰ نیز تأیید شده است. در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۹۰۰۰۷۰ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۲۴ نیز دیوان عالی کشور با دلیل کارشناسی دانستن آزمایش مذکور و تقدم اماره فراش بر آن، رابطه نسبی را برقرار می‌داند.

عدم توجه به آزمایش مزبور در حالی است که در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۶۰۰۲۰۵ مورخ ۱۳۹۳/۱۰/۱۶ صادره از دیوان عالی کشور علی‌رغم وجود شرایط فراش، دیوان، وجود دلیل قطعی علمی و پزشکی نفی نسب را سبب خروج موضوع از مصب قاعده یادشده دانسته و استناد بدان و سایر مواد مربوطه در

قانون مدنی را رد می‌نماید.^۱ همچنین در دادنامه شماره ۲۱۴۹۹۰۲۲۱۱۰۲۳۰۹۹۷۰۳ مورخ ۱۳۹۳/۱۲/۰۳ شعبه ۱۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، رأی صادره در دادگاه بدوی مبنی بر استناد به آزمایش DNA مورد تأیید قرار گرفته است. در پرونده ذکرشده در مرحله بدوی، خواسته، نفی نسب است و علی‌رغم وجود ارکان قاعده فراش، دادگاه با استناد به اماره بودن فراش و امکان اثبات خلاف آن به موجب ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی و همچنین محدود و محصور نبودن طرق نفی ولد در قانون مذکور، نتیجه آزمایش DNA مبنی بر عدم وجود رابطه نسبی را سبب ایجاد علم دادگاه دانسته و بر اساس آن، رأی بر عدم وجود رابطه نسبی صادر کرده است.^۲

۱. نقد و بررسی آراء

یکی از مهم‌ترین دلایلی که دادگاه، مستظهر بدان، از استناد به آزمایش DNA امتناع کرده «تجربی بودن این آزمایش و عدم قطعیت نظریه‌های تجربی»

۱. «... همان‌طور که امام خمینی (ره) در کتاب *اللعان تحریرالوسیله* در ذیل مسئله ۵ فرموده است «نعم یجب علیه ان ینفیه ولو باللعان مع علمه بعدم تکونه منه من جهة علمه باختلال شروط اللاحق به اذا کان بحسب ظاهر الشرع ملحقاً به لولا نفيه لئلا یلحق بنسبه من لیس منه فیترتب علیه حکم الولد» و در مسئله ۵ می‌فرماید و «ان جاز له بل وجب علیه نفيه عن نفسه» که از مجموع آن استفاده می‌شود در صورتی که زوج یقین به عدم تعلق فرزند به خودش داشته باشد می‌تواند بلکه لازم است آن را نفی کند. در نتیجه، این‌گونه موارد که با دلیل قطعی علمی و پزشکی نفی نسب اثبات شده باشد از مصب قاعده فراش و شمول مواد مربوطه از قانون مدنی خارج می‌باشد. به‌خصوص با توجه به اینکه در هر دو ماده مورد استناد دادگاه محترم بدوی و تجدیدنظر یعنی ماده ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ در صدر ماده حکم مذکور در ماده را به عبارت «در مورد مواد قبل» تقیید نموده‌اند؛ بنابراین هیچ‌کدام از دو ماده مزبور شامل موضوع این پرونده که خواهان دارای دلیل قطعی پزشکی بر نفی نسب است نمی‌گردد...»

۲. «دادگاه با مذاقه در قانون مدنی ملاحظه می‌نماید اماره فراش و الحاق نسب فرزند قبل از ۱۰ ماه از تاریخ انحلال نکاح برابر مواد ۱۳۲۲ و ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی زمانی معتبر است که خلاف آن ثابت نشده باشد. چنانچه ماده ۱۳۲۳ می‌گوید امارات قانونی در کلیه دعاوی اگرچه از دعوایی باشد که به شهادت شهود قابل اثبات باشد، نسب معتبر است مگر اینکه دلیل برخلاف آن موجود باشد با عنایت با اینکه قانون مدنی طرق نفی ولد و اثبات خلاف اماره فراش را محدود نکرده است نفی ولد با ادله دیگر نیز ممکن است و نظر به اینکه حسب نظریه کارشناسی پزشکی قانونی انتساب طفل به خواهان را رد نموده است لذا دادگاه به لحاظ نظریه کارشناسی دادگاه علم به انتفاء نسب حاصل نموده و دادگاه دعوی خواهان‌ها را محمول بر صحت و ثابت تشخیص داده و مستنداً به مواد ۱۳۲۳ و ۱۲۵۷ قانون مدنی و مواد ۲۵۷ و ۲۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی حکم بر نفی ولد فرزند صغیر به نام الف. از مرحومه خانم ج.م. و آقای الف.ج. صادر و اعلام می‌نماید.»

است. مع الوصف، طبق گفته کلیه متخصصین حوزه ژنتیک، نتیجه آزمایش مذکور با درصد خطای بسیار ناچیز و از طریق بررسی ژن‌های موجود در کروموزوم‌های افراد مورد آزمایش، به دست می‌آید. پایین بودن ضریب خطا در این آزمایش به حدی است که نمی‌تواند در نتیجه تأثیرگذار باشد؛ بنابراین، رد کردن قاطع این آزمایش صرفاً به علت تجربی بودن آن و احتمال خطاپذیری در آن، محمل مناسبی به نظر نمی‌رسد. کما اینکه در اماره فراش نیز به سبب امکان خطاپذیری و اثبات خلاف اماره نباید کارایی آن را زیر سؤال برد. استدلال بعدی دادگاه، لازم آمدن تعطیلی اماره فراش به عنوان اماره‌ای شرعی در صورت تمسک به آزمایش DNA است؛ حال آنکه با اماره قضایی محسوب کردن این آزمایش در کنار اماره قانونی فراش، می‌توان دست قاضی را برای اتخاذ تصمیم دقیق و مطابق با شرایط پرونده باز گذاشت.

استدلال دیگر دادگاه، وجود شناسنامه به عنوان سند رسمی در تأیید رابطه نسبی و به عبارتی، اقرار ضمنی نسبت به وجود رابطه است (مادتین ۱۱۶۱ و ۱۲۷۷ ق.م.)^۱ و اینکه آزمایش مذکور یارای مقابله با سند رسمی را ندارد؛ زیرا به موجب ماده ۱۲۹۲، انکار و تردید نسبت به این دسته از اسناد جایز نبوده و صرفاً با اثبات جعلیت می‌توان اعتبار آن را خدشه‌دار نمود. این در حالی است که به موجب ذیل ماده ۱۲۷۷ ق.م. شرایط پذیرش خلاف مفاد اقرار بیان شده است؛ لذا در صورتی که نتیجه آزمایش DNA مؤید امری خلاف سند سجلی باشد، این امر مشمول ذیل ماده فوق (۱۲۷۷) گشته و می‌توان از طریق آن قاعده عدم پذیرش انکار پس از اقرار را تخصیص زد. استناد به شهادت شهود از دیگر استدلالات دادگاه است که به نظر می‌رسد در شرایط فعلی با عنایت به کم‌رنگ شدن جایگاه شهادت و امکان وقوع شهادت خلاف واقع، نتوان برای امر مهمی چون اثبات نسب که تبعات حقوقی فراوانی را در پی دارد، با توجه بدان اتخاذ تصمیم نمود.

۱. «... انکار پس از اقرار مسموع نیست...».

۲. تحلیل موضوع

به طور کلی موضع فقها در خصوص آزمایش DNA در قالب یک طیف، قابل تحلیل است و از نفی مطلق تا تأیید مطلق در دو سر طیف را شامل می‌شود. در کنار این دو نگاه نفی و اثبات مطلق، رویکرد «اثبات نسب»، «نفی نسب» و بحث «دلیلیت و اماریت» از جمله رویکردهای مشهور فقها در قبال این موضوع است. درباره تأیید مطلق، برخی از فقهای امامیه نیز بر این عقیده‌اند که هم در نفی و هم در اثبات نسب، در صورت فقدان اماره فراش می‌توان از سایر طرق از جمله آزمایش DNA استفاده کرد،^۱ اما بعضی از فقها و حقوق‌دانان اساساً استفاده از این آزمایش را در تعیین نسب (اعم از نفی و اثبات آن) جایز نمی‌شمارند؛ چراکه چنین آزمایشی را صرفاً عاملی برای اثبات رابطه خونی پدر و طفل و نه اثبات نسب می‌دانند. لذا در دعاوی‌ای که سؤال از وجود رابطه خونی و طبیعی باشد آزمایش ژنتیک می‌تواند این رابطه را اثبات کند، به طوری که برای خود فرد یا قاضی ایجاد علم نماید؛ اما در مواردی که موضوع نسب مورد سؤال باشد نتیجه آزمایش ژنتیک مستقلاً چیزی را اثبات نمی‌کند.^۲ برخی از فقها نیز علت عدم توجه به آزمایش DNA را قطعی نبودن نتیجه، به دلیل خطای انسانی و غفلت مجریان امر عنوان کرده‌اند.^۳

۱.۲. جایگاه آزمایش DNA در اثبات نسب

در باب اثبات نسب، جمعی از فقها آزمایش DNA را تنها در صورت حصول علم برای قاضی و عمل بر مبنای آن علم مورد توجه قرار می‌دهند؛ بدان معنا که برای آزمایش مذکور، به‌تنهایی شأنی قائل نبوده و صرفاً آن را از این حیث که

۱. «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». نک: محمدحسن بجنوردی، *القواعد الفقهیه* (قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ.ق.)، ص ۳۰؛ «اگر از نظر طب قطعاً یا به‌گونه‌ای که موجب اطمینان حاصل شود دلالت DNA بر ابوت و بنوت ثابت شود، آن را مطلقاً چه در اثبات چه در نفی نسب می‌پذیریم». نک: محمدآصف المحسنی‌قندهاری، *الفقه و المسائل الطبیه*، (قم: بوستان کتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ.ق، جلد دوم)، ص ۲۳۴.

۲. حسین صفیری، *قاعده فراش و شناسایی با آزمایش DNA: (اثبات و نفی نسب)* (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۵)، ص ۳۱.

۳. ناصر مکارم‌شیرازی؛ طی استفتاء صورت‌گرفته توسط نویسنده، مورخ ۹۶/۸/۱۴. کد رهگیری:

می‌تواند موجد علم قاضی شود قابل استناد می‌دانند.^۱ گروهی هم بر این باورند که حسب روایات وارده در خصوص اثبات نسب، گاهی از قاعده قرعه نیز استفاده شده و این امر دلالت بر انحصاری نبودن قاعده فراش در تعیین نسب دارد. از این رو، ارجاع به آزمایش مزبور در اثبات نسب با منعی مواجه نیست.^۲ طی استعلام صورت گرفته از اداره حقوقی قوه قضاییه در تاریخ ۱۳۷۸/۰۱/۲۴ به شماره ۲/۱۱۸ مبنی بر اینکه «در صورت عدم وجود بینه یا اقرار و انجام آزمایش DNA، آیا نظر پزشکی قانونی مبنی بر حقوق یا عدم حقوق نوزاد به متهم (به ارتکاب زنا) حجیت دارد؟» اداره کل حقوقی قوه قضاییه عمل به این آزمایش را جهت اثبات نسب، مشروط بیان کرده و به عبارتی ائناح قاضی از جهت علم را، شرط پذیرش آن معرفی نموده است.

۲.۲. جایگاه DNA در نفی نسب

اکثر فقهای امامیه در باب نفی نسب بر این تصورند که در صورت حصول شرایط فراش، نفی نسب، تنها از طریق لعان صورت می‌پذیرد. طرفداران این رویکرد حصرگرایانه^۳ بیان می‌دارند 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. از طرفی با توجه به آنکه چنین آزمایشی نمی‌تواند منجر به یقین شود اساساً نمی‌توان از آن در نفی نسب استفاده کرد. استدلال دیگر بر عدم قبول نفی نسب با آزمایش DNA در مورد آثار شرعی لعان است. بسیاری از فقها به دلیل اینکه حکم لعان طریقی شرعی و دربردارنده آثار مخصوص به خود مانند حرمت ابدی بین زوجین^۴ و یا عدم انتساب فرزند مورد لعان به پدر و خویشان پدری^۵ است، به‌کارگیری راهی جدید با پیامدهای شرعی نامشخص آن را تجویز نمی‌کنند.

۱. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه (مرکز تحقیقات فقهی)، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در

امور حقوقی (تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸)، ص ۸۵.

۲. «البته به شرطی که تحقق عرفی و شرعی نسب فرد در اثبات نسب بر حمل و ازدواج شرعی و قانونی قابل حمل باشد».

۳. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام (قم: مکتبه الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۶)، ص ۱۴.

۴. ماده ۱۰۵۲ ق.م.

۵. ماده ۸۸۲ ق.م.

درمقابل، گروه اندکی از فقها بیان داشته‌اند: «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 به‌عنوان امری علمی و قطعی تلقی نماییم، کاربرد لعان به‌عنوان ابزاری تبعیدی، سالبه به انتفا موضوع خواهد بود»^۱.

پزشکی قانونی در مورد جایگاه این آزمایش در نفی نسب معتقدند «بررسی احتمال خطاپذیری آزمایش DNA به نوع آزمایش DNA و پاسخی که ما از این آزمایش انتظار داریم، وابسته است. در مواردی که با در دسترس نبودن پدر و مادر، اثبات ابوت و نسب مورد بحث است می‌توان از DNA خواهر یا برادر استفاده کرد. در این حالت درصد خطا در نتیجه قابل توجه است، اما در موارد نفی نسب، مسئله ساده‌تر است و حتی با بررسی گروه خونی نیز 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، یک دستگاه پراید و یک دستگاه پژو را قطعه‌قطعه می‌کنیم و به فردی می‌دهیم تا از ترکیب این قطعات، ماشین دیگری بسازد. حال اگر بخواهیم ببینیم که آیا ماشین سوم حاصل پژو و پراید است یا خیر در صورتی که در آن تنها یک قطعه بیابیم که نه متعلق به پراید است و 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، از این‌رو آزمایش DNA در مورد بحث نفی نسب، خطاپذیر نیست»^۲.

۲.۳. اماره یا دلیل بودن DNA

در تعریف «دلیل» باید چنین اذعان نمود: «ادله و دلایل، جمع دلیل است و دلیل در لغت به معنای راهنما آورده شده است و همچنین به هر معلوم که راهنمای اندیشه به مجهولی را داشته باشد نیز دلیل گفته می‌شود»^۳ و در اصطلاح

۱. محمدآصف المحسنی قندهاری، پیشین.

۲. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش DNA (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶)، ص ۲۵.

۳. سیدحسین امامی، حقوق مدنی (تهران: نشر اسلامیه، چاپ سیزدهم، ۱۳۷۸)، ص ۱۶۹.

فقهی یعنی آنچه برای اثبات حکم شرعی به آن استناد می‌شود؛ بنابراین، به اعتبار میزان دلالت آن (دلیل) منقسم به دو نوع است: الف) دلیل قطعی؛ ب) دلیل ظنی.

و اما تفاوت این دو قسم دلیل، در نوع دلالت آنهاست چنانکه دلالت دلیل قطعی، ذاتی است و قطع به ذاته حجت می‌باشد مانند نص کتاب و خبر متواتر؛ درحالی‌که دلالت دلیل ظنی، عرضی است و شارع آن را دلیل قرار داده؛ مثل امارات که دلیل ظنی کاشف از واقع هستند و حجیت آن با امضای شارع است، از این رو دلیل ظنی مانند مصالح مرسله، به سبب عدم تأیید و تجویز شارع، جزء امارات قرار نمی‌گیرد.

به‌طور کلی در فقه در خصوص دلیل بودن یا نبودن آزمایش DNA استدلالی صورت نگرفته است و در واقع ضوابط دلیل‌بودن نیز تعیین نگشته و تشخیص مصداق بر عهده اهل فن گذاشته شده است. باین وجود، برخی از فقهای معاصر درباره ظرفیت آزمایش مذکور برای تبدیل آن به «دلیل» و تقدم آن بر اماره فراش سخن رانده‌اند. به موجب این نظر، در صورت عدم دخالت عامل انسانی، آزمایش DNA یک دلیل قطعی و قابل استناد است و با وجود علم که ذاتی در قطع است، عمل به اماره روا نیست.^۱ آنان در تأیید موضع خود این‌گونه استدلال کرده‌اند که: «مراد از اماره، ظن معتبر است و از فراش، انسان ظن به نسب پیدا می‌کند و چون اماره فراش توسط ادله قطعی حجیت یافته پس معتبر است. حال اگر این اماره با آزمایش DNA تعارض 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، زیرا اماره فراش ظن معتبر و DNA ظن غیرمعتبر می‌باشد و ظن معتبر بر ظن غیرمعتبر مقدم است».^۲ در مقابل، برخی معتقدند آزمایش DNA صرفاً اماره است؛ زیرا نتیجه آن قطع نیست بلکه ظن معتبر است.

۱. آیه الله سیستانی: «اگر نتیجه‌گیری موجب علم باشد و منشأ آن، استنباط شخصی متخصص نباشد بر اماره فراش مقدم است». برگرفته از استفتاء نویسنده در مورخ ۱۳۹۶/۹/۳ به شماره رهگیری ۶۷۴۶۱۴.

۲. برگرفته از مصاحبه نویسنده با حجة الاسلام انصاری، مدرس حوزه، مورخ ۱۳۹۶/۰۲/۱۷.

نکته قابل تأمل تفاوت معنای قطع از منظر فقهی - اصولی و منظر تجربی است درحالی‌که در فقه و اصول قطع و یقین از طریق دلیل قطعی به دست می‌آید و آن عبارت است از عاملی برای اثبات و کشف حکم شرعی و یا امری است که مکلف با استناد بدان می‌تواند احتجاج نماید که در علوم تجربی، قطع بدین معنا وجود ندارد بلکه ملاک عمل، احتمالات و خطاهای موجود نسبت به یک امر است. هرچه درصد خطا پایین‌تر باشد، نتیجه مطلوب یقینی‌تر است، از این رو در علوم تجربی اساساً یقین تام، معدوم می‌باشد.^۱ در جمع نظر میان دو رویکرد، می‌توان این‌طور بیان نمود که آزمایش DNA، یک دلیل قطعی و اماره قانونی نیست، بلکه یک اماره و دلیلی ظنی است؛ زیرا در قانون تصریحی نسبت به آن وجود ندارد^۲ و دادگاه نمی‌تواند با قیاس بر امارات قانونی بیفزاید،^۳ لذا باید آن را اماره‌ای قضایی معرفی کرد^۴ که می‌تواند زمینه را برای علم و قطع قاضی که همانا علم عرفی است فراهم آورد و مقصود از آن (علم عرفی) علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی بدان رسیدند، احتمال خلاف آن را در نظر نمی‌گیرند، ولو احتمال خلاف آن عقلاً امکان‌پذیر باشد؛ چراکه این علم (عرفی) باعث اطمینان می‌شود.^۵ در تأیید این امر یکی از حقوق‌دانان بیان داشته است: «DNA و نتایج آن به‌عنوان دلیل جدید علمی در ردیف امارات قرار می‌گیرد. درحقیقت، دلیل دلالت بر امر یا اخبار افراد انسانی می‌کند. با توجه به اینکه موضوع دلالت DNA از پیش در قانون ما تعیین نشده است، نتیجه این آزمایش اماره قضایی محسوب می‌شود».^۶

۱. محمدحسین طباطبایی، اصول فلسفه و روش رئالیسم (تهران: انتشارات صدرا، چاپ اول، بی‌تا)، صص ۱۰۹ - ۱۱۰.
۲. ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی: «امارات قانونی اماراتی هستند که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده ... و سایر امارات مصرحه در قوانین دیگر».
۳. جلال‌الدین مدنی، ادله اثبات دعوی (تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۰)، ص ۲۲۸.
۴. مقصود از اماره قضایی اوضاع و احوالی است که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود و قاضی از آن اوضاع و احوال نسبت به امری مجهول، قطع و یقین می‌یابد.
۵. جلال‌الدین مدنی، همان.
۶. برگرفته از سخنان دکتر عباس کریمی در مصاحبه با روزنامه ایران مورخ ۱۳۹۴/۰۶/۱۴.

نتیجه

آزمایش DNA در کنار مکانیزم فراش، امری پذیرفتنی و قابل استفاده در نظام حقوقی ایران است. در خصوص جایگاه آن نیز باید اذعان داشت که آزمایش مذکور دلیل نیست، زیرا منجر به یقین نمی‌گردد و از طرفی، اماره قانونی و شرعی نیز نمی‌تواند باشد؛ چراکه قانونگذار و شارع، آن را در ردیف امارات مطرح ننموده‌اند؛ بنابراین می‌توان آزمایش DNA را اماره‌ای قضایی دانست تاجایی که قاضی یارای آن را دارد که براساس شرایط و اوضاع و احوال پرونده دستور به اجرای آن دهد. به علاوه، استفاده از چنین آزمایشی در پرونده‌های مربوط به تعیین نسب قابل تفکیک است و در صورتی که موضوع، اثبات رابطه نسبی باشد استفاده از آن در کنار سایر قرائن و حتی اماره فراش تحت عنوان یادشده ممکن است؛ اما در صورت نفی نسب بودن موضوع، با توجه به وجود مکانیزم لعان و تبعات حقوقی آن و عدم تعیین تکلیف در مورد تأثیر به‌کارگیری آزمایش مذکور در نفی نسب و همچنین ملاحظات مربوط به نظم عمومی و مصلحت جمعی، در حال حاضر نمی‌توان از آن بهره جست.

فهرست منابع

۱. امامی، سیدحسن، **حقوق مدنی** (تهران: اسلامیه، چاپ سیزدهم، ۱۳۷۸).
۲. بجنوردی، محمدحسن، **القواعد الفقهیه** (قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۴۱۹هـ.ق.).
۳. پژوهشکده استخراج و مطالعات رویه قضایی، **تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش DNA** (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۶).
۴. ریسونی، احمد، **اهداف دین از دیدگاه شاطبی**، مترجمان: حسن اسلامی و محمدعلی ابهری (قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۶).
۵. صفیری، حسین، **قاعده فراش و شناسایی با آزمایش DNA؛ اثبات و نفی نسب** (تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، چاپ اول، ۱۳۹۵).
۶. طبائی، مهشید، «نقش آزمایش دی ان ای در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران»، **فصلنامه فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)**، ش ۵۶، (۱۳۹۱).
۷. طباطبایی، محمدحسین، **اصول فلسفه و روش رئالیسم** (تهران: انتشارات صدرا، چاپ اول، بی تا).
۸. المحسنی قندهاری، محمدآصف، **الفقه و المسائل الطبیه** (قم: بوستان کتاب، چاپ اول، ۱۴۱۴هـ.ق، جلد دوم).
۹. مدنی، جلال‌الدین، **ادله اثبات دعوی** (تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۷۰).
۱۰. معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه (مرکز تحقیقات فقهی)، **مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی** (تهران: جنگل، چاپ اول، ۱۳۸۸).
۱۱. نجفی، محمدحسن، **جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام** (قم: مکتبه‌الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۶).