

فصلنامه علمی - تخصصی معارف علوم اسلامی و علوم انسانی

سال ۴ - تابستان ۱۴۰۳ - شماره هفدهم - ص ۴۰-۵۴

قلمرو استفاده از آزمایش های پزشکی در اثبات دعاوی خانوادگی

محمد رضا جدائی^۱

چکیده

آزمایش های پزشکی جزء ادله اثبات دعوا محسوب می شوند که با توجه به پیشرفت علم و تکنوژی رفته رفته جای ادله ای مانند اقرار و شهادت و می گیرند این ادله در اثبات اکثر جرایم کاربرد دارد اما آنچه در حقوق خانواده کاربرد دارد اثبات تجاوز به عنف می باشد علاوه بر آن اثبات نسب نیز امری هست که در حوزه خانواده با استفاده از آزمایش های پزشکی تعیین تکلیف می شود؛ در حال حاضر آزمایش DNA معروفترین و پرکاربردترین این آزمایشات در امر نسب است. این آزمایش با قطعیت و اعتبار علمی بالا و قلمرو کاربردی وسیع آن در پزشکی قانونی شایان توجه است و میزان قطعیت آن را با توجه به متدهای جدید بررسی مولکولی DNA و دستگاه ABI، ۹۹ درصد و نیز در صورت اجرای کامل آزمایش و استفاده از مارکرهای ژنتیکی بیشتر، ۱۰۰ درصد دانسته اند.

ارزش نظریه پزشکی قانونی در خصوص نسب با توجه به آزمایشات ژنتیکی مساوی با ارزش امارات قضایی است و به تنهایی موجب اثبات و مهمتر از آن نفی نسب نمی شود، زیرا اماره ظن است و اعتبار آن بستگی به ایجاد علم برای قاضی دارد.

کلمات کلیدی: آزمایش های پزشکی، ادله اثبات دعوا، امارات قضایی، علم قاضی

^۱ - دانشجوی رشته فقه و حقوق دانشگاه بین المللی چرخ نیلوفری آذربایجان

مقدمه

باتوجه به اینکه ادله علمی نوین اثبات ادعا و از جمله ادله ناشی از آزمایشات پزشکی قانونی، اگر منجر به علم عادی و نوعی و یقین عرفی برای قاضی پرونده گردد، اعتبار دارد لذا در پرونده های مربوط به خانواده اثبات نسب هست که بیشترین استفاده از روش های آزمایشگاهی در اثبات آن می شود لذا در این فصل به بررسی آن خواهیم پرداخت.

در قانون مدنی ایران راههای اثبات نسب بطور مشخص ذکر نشده، ولی با استفاده از مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی درباب نسب و مبحث ادله ی اثبات دعوی و برخی مواد آیین دادرسی مدنی می توان آنها را استنباط نمود؛ که عبارتند از: اماره ی فراش، اقرار، شهادت، امارات قضایی و تحقیق محلی. از طرفی کتب امامیه نیز باب جداگانه ای به این موضوع اختصاص نداده است و غیر از اماره ی فراش که از اهم طرق اثبات نسب در فقه است و در باب نکاح با عنوان شرایط الحاق اولاد، مستقلاً به آن پرداخته شده، دیگر طرق اثبات نسب از جمله شهادت، اقرار و... را باید در سایر باب های فقهی جستجو نمود. با این اوصاف بدیهی است وجهه ی قانونی و شرعی بخشیدن به طرق جدیدی چون آزمایش DNA در مقوله ی اثبات نسب، نیازمند تفحص از مبانی اصولی و ادله ی استنادی در این دو منبع (قانون مدنی و فقه امامیه) است. چرا که با عنایت به پویایی فقه امامیه می توان مسائل مستحدثت را پاسخگو بود. لذا مساله مورد نظر در این مقاله، بررسی جایگاه و حجیت این متدهای جدید در اثبات نسب به لحاظ فقهی و حقوقی است تا مشخص گردد آیا با عنایت به درجه ی قطعیت بالای این روشها در تعیین رابطه ی ابوت و اثبات نسب از منظر ژنتیک، نسب شرعی را نیز بر مبنای آن می توان به اثبات رسانید یا خیر؟ تا ضمن بررسی محدوده ی کاربرد آن به لحاظ اصول قانونی و شرعی، در صورت سازگاری با مبانی، نظر قانونگذار و دادگاه ها را به این مساله جلب نماییم و زمینه ی تدوین قانون مناسب را فراهم آورده و گامی در جهت کارآمد کردن قانون برداریم.

مفهوم و ماهیت حقوقی نسب

نسب در لغت به معنای اصل، نژاد و خویشاوندی است و در اصطلاح حقوقی با توجه به کتاب هشتم قانون مدنی وابستگی خونی و حقوقی بین افراد را گویند (صفایی و امامی، ۱۳۹۰، ص ۲۲۶).

در خصوص ماهیت حقوقی نسب دو نظریه وجود دارد: برخی از حقوقدانان معتقدند، با توجه به این که ماهیت نسب از سوی قانونگذار و شارع تعریف نشده، به نظر میرسد قانونگذار در این مورد از عرف تبعیت کرده‌است؛ به عبارت دیگر معتقدند در مورد نسب به اصطلاح اصولی، حقیقت شرعیه‌ای وجود ندارد و اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی در نظر داشت منطق قانونگذار اقتضاء می‌کرد که معنی مورد نظر را بیان کند تا تاخیر بیان از زمان احتیاج لازم نیاید (علوی قزوینی، ۱۳۸۲، ص ۱۲) بر اساس این نظریه، نسب منشاء واقعی دارد در مقابل برخی از حقوقدانان برای نسب حقیقت شرعیه قائل هستند؛ به عبارت دیگر معتقدند، نسب امری جعلی و قانونی است؛ به گونه ای که هر جا مقنن نسب را بپذیرد، تحقق مییابد، طرفداران این نظر، حکم به نفی نسب در مورد زنا داده اند و با ذکر مصادیقی از جعل نسب در شرع تلاش کرده‌اند نسب را ماهیتی جعلی و قانونی نشان دهند اما با دقت در مصادیق ذکر شده میتوان خلاف آن را نتیجه گرفت، به عقیده ی بسیاری از فقهای امامیه رابطه ی نسبی میان زانی و طفل برقرار است و تنها توارث بنا به دلیل خاص بین آنها منتفی است و به عقیده ی نگارنده نسب امری انتزاعی با منشاء واقعی است به عبارتی شارع در مورد زنا نسب را جعل نکرده بلکه نسب را همچنان برقرار میداند چرا که بین نسب طفل حاصل از مشروع و طفلی که زن و مردی به طور نا مشروع او را ایجاد کرده اند، تفاوت گذارده و مفهوم این عمل ان است که شارع نسب را در حالت نامشروع هم برقرار می داند(قاسمی، ۱۳۸۵، ص ۲۴).

حجیت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قطعی بر مبنای حجیت قطع

بررسی مولکول DNA که انگشت نگاری ژنتیک نیز نامیده می شود، برای نخستین بار در سال ۱۹۸۵م توسط دکتر الک جفرسون جهت استفاده در تشخیص هویت مطرح شد و پس از آن به شکل گسترده ای در تحقیقات قانونی مورد استفاده قرار گرفت (گودرزی، ۱۳۸۵، ص ۸۲). در حقیقت جفرسون مشخص کرد که در زنجیره ی DNA، هزاران توالی یکسان وجود دارد که طول، نوع باز و تعداد تکرار این توالی ها در هر فرد متفاوت و منحصر به فرد است، بنابراین شناسایی و نشان دادن توالی نوکلئوتیدها در سلول اساس شناسایی DNA است.

در واقع روش تعیین توالی اجزاء تشخیص دهنده مناطق تکرار شونده مبنای آزمایش DNA است که به آن DNATYPING هم گفته می شود. به عبارتی آزمایش DNA بر مبنای تعیین و مقایسه توالی های اجزاء تشکیل دهنده مناطق تکرار شونده از طریق روش های بررسی مولکولی از جمله، STR، RFLP و VNTR به تعیین رابطهی ابوت بین افراد می پردازد. در واقع ملاک این بررسی، تشخیص تجانس بین پدر احتمالی و فرزند از طریق مقایسه تکرار توالی های بازها در DNA دو فرد است. لذا با تشخیص تجانس بین دو فرد (فرزند و پدر احتمالی و نیز در مقایسه DNA با مادر) می توان نسبت به وجود ابوت فرد ادعایی نظر داد. در حال حاضر برای شناسایی توالی های DNA افراد از دستگاه توالی یاب ABI استفاده می شود، در این دستگاه نمونه های DNA پس از انجام آزمایش PCR اولیه در لوله های الکتروفورز موینه حرکت کرده و با توجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف های کامپیوتری نمایش داده می شوند. به این ترتیب مارکر های ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته شده و مقایسه می شوند. درصد خطای این آزمایش بسیار کم است و نسبت موفقیت آن را در تعیین ابوت ۹۹/۹۵٪ ذکر کرده اند (عبدالرشید، ۱۴۲۵ق، ص ۹۶). لازم به توضیح است در هر یک از راههای بررسی مولکول DNA همواره مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارد که نتیجه ۱۰۰٪ را به دنبال دارد، با این حال نتایج این آزمایش در بسیاری موارد به ۱۰۰٪ نمی رسد؛ علت این است که برای رسیدن به یک نتیجه ۱۰۰٪ لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش قرار گیرند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجهی یقینی دست یافت؛ با این حال، وجود

احتمال بالاتر از ۹۹٪ بیانگر آن است که امکان وجود رابطه‌ی بین کودک مورد نظر و شخص دیگری غیر از پدر احتمالی با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است، به عبارتی معمولاً جامعه آماری مورد بررسی بر مبنای افراد مورد نظر احتمالی محدود است و در واقع نسبت شباهت DNA کودک با فرد احتمالی مورد بررسی نسبت به سایر افراد مدعی که محدود می‌باشند ۱۰۰٪ است، هر چند در مقایسه با کل افراد جهان (احتمال اینکه DNA فردی در کل جهان به کودک مورد نظر شباهت داشته باشد و بین آنها رابطه وجود داشته باشد) درصدی از آن بعنوان یک احتمال کاسته می‌گردد؛ بنابراین بلحاظ ژنتیکی این میزان تقریب ۹۹٪ عملاً به مفهوم اثبات نسب است و خطای آن خللی به قابل اطمینان بودن آزمایش وارد نمی‌کند و اساساً به لحاظ ژنتیکی خطا محسوب نمی‌شود (توفیقی، ۱۳۷۹، ص ۳۱). لذا میتوان گفت آزمایش DNA بعنوان یک دلیل قاطع می‌تواند نسب پدری را به اثبات رساند.

درفرض قطعیت ۱۰۰٪ این آزمایش جهت اثبات حجیت آن به لحاظ شرعی می‌توان به حجیت ذاتی قطع تمسک نمود؛ در مباحث اصولی، ذیل مبحث قطع، اصولیون ضمن تعریف قطع، حجیت آن را ذاتی شمرده و به موجب عقل لزوم متابعت از آن را نتیجه گرفته‌اند. قطع حالتی نفسانی است که در آن حالت چیزی برای شخص معلوم است و در مقابل ظن و شک به کار می‌رود و احتمال اینکه در آن مورد به خصوص خطا کرده باشد نزد او منتفی است (امامی، ۱۳۸۱، ج ۶، ص ۱۳۲). در جای دیگر نیز اشاره شده؛ معنای قطع به چیزی از راه عقلی، آن است که احتمال خلاف آن صفر باشد (محمدی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۲۲۰). البته نکته حائز اهمیت آن است که قطع حاصل از آزمایش DNA صرف اعتقاد جازم شخصی نیست و مطابقت آن با واقع نه تنها برای قاضی، بلکه برای همه قابل اثبات است و به عبارتی با اطمینان بیشتری می‌توان آن را شامل قطع اصولی دانست. در علم اصول به تفصیل پیرامون حجیت ذاتی علم یا قطع بحث شده‌است؛ مبنی بر اینکه برخی امور طریقتشان به سوی واقع از طرف شارع جعل شده است و به عبارتی شارع آنها را طریق به واقع و به منزله علم قرار داده است، از جمله ظنون معتبر ولی قطع، طریقتش به سوی واقع ذاتیاست (همان، ص ۲۲۱). بنابراین جعل و اثبات حجیت و طریقت برای قطع، از محالات است وبالطبع سلب حجیت از قطع و

ردع و منع شارع از موافقت قطع نیز محال است، چوندراین صورت مستلزم تناقض خواهد بود. (همان، ص ۲۳۴) (انصاری، ۱۴۲۷ق، ص ۸۰؛ عباسی، ۱۳۸۶ش، ج ۱، ص ۲۵ و صابری، ۱۳۸۱، ص ۸۷). البته برخی فقها حجیت شرعی به سبب وجود کاشفیت علم را رد کرده اند و اذعان داشته اند؛ اساساً کاشفیت اگر درعلم مساوی باشد، امری تکوینی است و با حجیت که امری اعتباری و موکول به جعل شارع است سازگار نیست (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۸). در پاسخ به این اشکال می توان گفت وجوب متابعت از قطع یک وجوب عقلی است و به عبارتی از احکام عقلائییه می باشد که آراء عقلا بر آن است و در واقع حجیت آن از عقل سرچشمه می گیرد که یکی از منابع تشریح حکم است و چنانچه برخی فقها بیان کرده اند؛ احکام شریعت و متون آن با احکام عقلی بلحاظ ثبوتی مخالفت نمی کند و اگر اثباتاً فرض شود، تاویل نصوص برای پرهیز از بطلان واجب است (المحسنی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۸۹). حتی با فرض قبول این نظر که حجیت ذاتی قطع در ثبوت حکم کفایت نمی کند و نیازمند جعل شارع است، می توان گفت آیا عدم ردع شارع نیز کفایت نمی کند؟ به عبارتی هر جا که شارع قطع را برای ثبوت حکم نپذیرد یا باید تصریح کند و یا اصل را بر موضوعیت ادله بگذارد، چنان چه در اثبات جرائم حدی از جمله زنا، علم برای مجازات کافی نیست و جرم جزء به طریقی که شارع تعیین نموده، اثبات نمی گردد.

در حالی که ادله ی اثبات نسب طریقت دارند نه موضوعیت، به عبارتی شارع به دنبال حفظ نسب است و در این مسیر از ضعیف ترین ادله از جمله قرعه کمک گرفته است و ادله ی دیگر نیز همچون امارهی فراش، اقرار، شهادت و... ظنی هستند و حتی در کلام فقهاء نیز اذعان شده که در برخورد با دلیل قطعی و یقین تاب مقاومت ندارند، بنابراین اگر شارع سایر ادله را توقیفی می دانست و موضوعیت میداد، صریحاً راه را بر ادله ی قطعی خلاف آن می بست هم چون بحث نفی نسب که به صراحت در صورت کامل بودن قاعدهی فراش راه را بر اثبات خلاف آن ولو با علم بسته است، لذا عدم ردع شارع در این مساله برای پذیرش حجیت شرعی قطع در تعیین نسب کفایت می کند.

استناد به علم عرفی

میزان قطعیت آزمایش DNA در تعیین نسب همواره ۱۰۰٪ نیست؛ چنانچه نظرات متخصصین ژنتیک و علوم آزمایشگاهی را در این باره بررسی کردیم، برخی میزان قطعی بودن این آزمایش را ۹۵٪/۹۹ دانسته اند هرچند این میزان خطا در علم ژنتیک تقریباً نادیده گرفته می شود و خدشه ای به قابلیت اثباتی این آزمایش وارد نمی سازد، در این فرض برایتأیید حجیت آن در فقه می توان به علم عرفی استناد نمود. علم عادی (عرفی)، علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند به احتمال خلاف آن توجه نمی کنند.

هر چند احتمال خلاف آن عقلاً امکان پذیر باشد و اگرچه اقلیتی از مردم به آن احتمال خلاف عمل می کنند، چرا که علم عادی موجب سکون و اطمینان می شود (محمدی، ۱۳۸۸ ش، ج ۱، ص ۲۳۸). در حقیقت مردم علم عرفی را کشف از واقع می دانند (نجفی، ۱۳۶۶، ج ۴۰، ص ۵۳؛ دهقانی، ۱۳۸۴، ص ۶۱). اساساً علمی که در حقوق و شرعیات وسیله ی حل مشکلات و مسائل است، علم عادی و متعارف است (دهقانی، ۱۳۸۴، ص ۴۵؛ خمینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۵۹). بدیهی است کشف واقع به لحاظ قطعی بودن در مرتبهی بالاتر قرار دارد و حکم مطابق با آن منظور شارع است و دستیابی به آن بسیار مشکل است، اما علم عادی بدین جهت، حجیت دارد که موجب سکون و اطمینان نفس می شود. (دهقانی، ۱۳۸۴، ص ۷۳) همچنان که شیخ طوسی در تعریف علم بیان داشته اند: «حد العلم ما اقتضی سکون النفس» علم چیزی است که موجب آرامش نفس می شود. از تعریف ایشان برمی آید که شیخ علم را علم عرفی معنا کرده اند، نه علم به معنای دقیق فلسفی، چرا که اساساً فقیه با علم عرفی به معنای اطمینان سروکار دارد نه علم به معنای اثبات یک طرف با منع نقیض آن به گونه ای که هیچ احتمالی خلافی را نتوان داد (خمینی، ۱۳۸۴، ج ۲، ص ۱۴).

فقهاء ملاک حجیت علم عرفی یا اطمینانی را بنای عقلاء دانسته اند (آملی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۹۳؛ لنکرانی، ۱۴۲۱ م، ج ۱، ص ۱۰۸). و آن را حجتی عقلایی دانسته اند که شارع آن را ردع نکرده است. (المحسنی، ۱۴۱۴ ق، ج ۲، ص ۱۱۱). البته برخی (موسویان، ۱۳۸۴، ص ۷۵؛ انصاری، ۱۴۲۷ ق، ص ۱۲۴) در حجیت علم عرفی مناقشه کرده اند و اذعان داشته اند اگر دلیل حجیت علم، شامل

اطمینان عرفی نیز باشد باید در حصول اطمینان به شهادت با دو نفر شاهد عادل در مورد زنا اکتفا می شد، در حالی که با وجود حصول علم و اطمینان عرفی، به آن عمل نمی شود و باید لزوماً چهار شاهد بر آن شهادت دهند. در پاسخ به استدلال فوق بر بحث موضوعیت داشتن ادله اثبات دعوا در برخی موارد مانند شهادت بر زنا بنا به تصریح شارح، با عنایت به ملاک حجیت علم عرفی یعنی سیره ی عقلا و با توجه به اینکه ملاک حجیت قطع و علم وجدانی مدرکات عقلی است و مبنای حجیت علم عادی سیره ی عقلا، می توان گفت، رهیافت های عقلی هیچ گاه تخصیص پذیر نیستند زیرا تا زمانیکه موضوع حکم عقل با همه ویژگی های آن حاصل باشد، حکم نیز ثابت است و چون موضوعاز میان برود حکم نیز زوال می یابد. اما برعکس سیره های عقلایی گرچه اطمینان آورند، بازدر معرض تخصیص قرار دارند. برای مثال اگر قاعده ی ید را یکی از امارات عقلایی به شمارآوریم و ملاک حجیت آن را سیره ی عقلاین سیره در معرض تخصیص است. از جمله آن جا که دلایل شرعی در موارد شهادت جرائم جنسی چون زنا و لواط تخصیص یافته است، اما شهادت دو نفر در این موارد کفایت نمی کند. (فخعلی، ۱۳۸۹، ص ۳۶) و چنانچه برخی فقهاء بیان داشته اند، نهادهای عقلایی به مثابه تأسیسات شرعی تخصیص پذیرند. (بجنوردی، ۱۴۲۶ق، ج ۴، ص ۱۴۵) بنابراین براساس حجیت علم عرفی با توجه به مبنای عقلاء بر پذیرش و اطمینان به آن، در فرض عدم قطعیت ۱۰۰٪ آزمایش DNA یعنی با قطعیت ۹۷ یا ۹۸٪ نیز می توان حجیت آن را در اثبات نسب پذیرفت. لذا به گفته برخی فقهای معاصر. (المحسینی ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۵۶) که به صراحت در این مورد نظر داده اند؛ حجیت این آزمایش از جهت قطعی بودن (۱۰۰٪) یا موجب اطمینان نفس شدن (مثلاً ۹۸٪) تفاوتی نمی کند، چرا که حجیت اولی حجیت عقلی و دومی حجیتش عقلایی است که از جانب شرع منع و ردع نشده است، بدین معنا که در هر دو صورت می توان ارزش اثباتی آن را به لحاظ کشف واقع و اثبات رابطه ی نسبی (ابوت و بنوت) پذیرفت.

البته مسأله دیگری باقی می ماند مبنی بر این که وقتی به طور قطعی رابطهی ابوت و نبوت فرد با استفاده از آزمایش DNA تعیین شد آیا این نسب طبیعی اثبات شده بامعنای شرعی آن سازگاری دارد خصوصاً اینکه بسیاری مبنا را در نسب مشروع، علقه حاصل از ازدواج شرعی دانسته

اند و تصریح کرده اند که فرزند به زانی و زانیه ملحق نمی گردد. در پاسخ با توجه به ماهیت حقوقی نسب می توان گفت اساساً نسب حقیقت شرعیه نیست که مستلزم جعل شارع باشد، بلکه حقیقتی عرفی است که آثار شرعی بر آن مترتب است و اگر هم فقهای امامیه و به تبع آن قانون مدنی، حرف از عدم الحاق طفل ایجاد شده از طریق زنازاده است، به معنی لغو و انتفاء نسب نیست، بلکه از تأسیس جدیدی به نام الحاق کمک گرفته و با توجه به مصالح و جلوگیری از شیوع این گونه روابط نامشروع، ولد زنا را از برخی آثار مترتب بر نسب محروم نموده است. با این توضیحات حتی اگر آزمایش DNA نسب طبیعی فرد را که حاصل از نکاح مشروع نبوده اثبات نماید، در حقیقت نسب به معنای حقیقت عرفی آن را که مبنای شارع می باشد، اثبات نموده است و در موارد شک در وجود مانع (زنا) برای اختصاص احکام ارث، بنا به گفته برخی حقوقدانان می توان عدم زنا را از استصحاب نمود و آثار را بر آن مترتب کرد. به عبارت دیگر اگر ثابت شود که این نسب تعیین شده از طریق آزمایش DNA، ناشی از روابط نامشروع بوده است، نمی توان با استناد به بحث عدمالحاق ولد به زانی و استحکام قاعدهی فراش در مقابل نسب نامشروع، آن را کنار زد و هم-چنان نسب ناشی از فراش را جاری دانست، چون اساساً اماره‌ی فراش برای بیان حکم واقعیت‌بین نشده، بلکه جعل آن از باب غلبه‌ی فراش بر زنا و در فرض شک است (همان، ص ۱۱۹).

تعارض آزمایش های پزشک با اماره فراش

فراش در اصطلاح حقوقی عبارت است از این که طفلی که از زن شوهردار به دنیا آمده است، فرزند شوهر فرض می شود و ملحق به اوست (صفایی و امام، ۱۳۷۴، ص ۲۷۱) قانون مدنی، 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. «این اصطلاح از حدیث نبوی (ص) «الولد للفراش و للعاهر الحجر» (لنگرودی، ۱۳۷۶، ۳۹۸) (یعنی فرزند متعلق به صاحب بستر (شوهر) است و برای زناکار، تنها سنگ (ناامیدی و حرمان) می باشد) گرفته شده است. دو احتمال در معنای فراش در این حدیث، داده شده است. فراش ممکن است به معنای بستر باشد و از آن، نزدیکی مشروع، مراد باشد و یا ممکن است به معنای رابطه زوجیت موجود میان زوجین باشد. با احتمال دوم که قطعاً

می توان کودک ناشی از رحم جایگزین را به والدین حکمی ملحق کرد زیرا میان آن دو رابطه زوجیت وجود داشته است. اما بنابر احتمال اول (که منظور از فراش، بستر و نزدیکی باشد) ، برای الحاق کودک به والدینش ، باید بستر را در معنای عام تری از نزدیکی متعارف و تناسلی بکار ببریم تا شامل لقاح اسپرم و تخمک در رحم مادر جانشین نیز بگردد. بنابراین می تواند مدعی شد که واژه نزدیکی در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی نیز بعنوان سبب انعقاد نطفه و تکوین طفل بکار رفته است و در تلقیح مصنوعی نیز ترکیب اسپرم و تخمک اتفاق می افتد (ناصری مقدم، ۱۳۸۷، ص ۷۶).

درست است که اماره فراش همیشه منطبق با واقع نیست ولی اغلب با واقع امر انطباق دارد به همین دلیل اماره خوانده می شود و درست است که خلاف اماره به طور معمول قابل اثبات است اما این اماره به خاطر اینکه براساس یک مصلحت اجتماعی وضع شده است و تزلزل آن باعث تلاشی خانواده می گردد، در فقه و حقوق اثبات خلاف آن از طریق توسل به ظاهر، قیافه، رنگ چهره و قرائن دیگر قابل اثبات نیست. با این همه آزمایش DNA هم تحول عمده ای در اثبات نسب ایجاد کرده و اگر مقدمات این آزمایش دقیق فراهم شود احتمال اصابت به واقع این آزمایش تقریباً قطعی است. به همین دلیل این سوال برای مراجع قضایی بارها اتفاق افتاده که آیا می توان با وجود قاعده فراش برای اثبات ادعای نفی ولد انکار فرزند توسط زوج موضوع را به کارشناسی برای انجام DNA ارجاع کرد و در صورتیکه این آزمایش خلاف اماره فراش بود این اماره را کنار زد و ادعای زوج را بر نفی ولد پذیرفت؟ اداره حقوقی قوه قضائیه هم اکنون چنین ارزشی را برای آزمایش DNA قائل نیست درحالیکه این آزمایش از منظر علمی واجد اعتبار است. از دیدگاه فقهی حقوقی هم معتبر است. در تعارض اماره فراش ک اماره قانونی است با امارات قضائی حکم کلی چیست؟ در ابتدا باید گفت: چون تمام وقایع خارجی که دلالت بر امری کند در علم ادله اثبات دعوا ادله احراز یا به عبارتی امارات نامیده می شود و چون موضوع دلالت DNA از قبل در قانون تعیین نشده نتیجه این آزمایش اماره قضائی محسوب می شود. اصابت آزمایش DNA به واقع آنقدر دقیق است که احتمال خلاف آن از ادل ای مثل شهادت و سوگند و حتی اقرار به مراتب کمتر است. اما حکم کلی در تعارض اماره

قانونی با اماره قضائی غلبه اماره قضائی بر اماره قانونی است، با این حال اماره فراش مبتنی بر یک مصلحت اجتماعی است که تزلزل آن موجب فروپاشی نظام خانوادگی است. به همین علت است که قانون گذار راضی نیست به سادگی اماره فراش مغلوب امارات قضائی شود و به همین دلیل دست از قاعده کلی شسته و غلبه نکردن امارات قضائی را بر اماره فراش مبنای تدوین مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۳ قرار داده است. فقیهان بزرگی همچون صاحب جواهر نیز بدان تصریح کرده اند. به نظر آنان رنگ چهره، شکل ظاهری و قرائن جسمی نمی تواند اماراتی برای رد اماره فراش محسوب شود. در صورتیکه مدعی نفی ولد به کارشناسی DNA در دادخواست خود استناد جسته باشد ارجاع امر به این کارشناسی موجه است و چنانچه نتیجه این آزمایش نفی رابطه بین فرزند و پدر باشد این نتیجه قابلیت استناد در مراجع قانونی دارد و به استناد این آزمایش می توان اماره فراش را کنار زد و برخلاف اماره فراش حکم کرد و اگر طفل در فراش زوج متولد شده باشد و زوج مطابق با قانون مدنی هیچ اقدامی جهت نفی نسب انجام نداده باشد طفل بدون توجه به آزمایش DNA منتسب به زوج می باشد (ir.dadrah.www؛ عباس کریمی، رئیس دانشگاه حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، روزنامه ایران).

فقها در این خصوص نظراتی را عنوان کرده اند که به ذکر آن می پردازیم:

نظر آیت اله زنجانی در مورد تعارض آزمایش ژنتیک و اماره فراش: آزمایش DNA علم بوده و قطع آور است، فوق اماره بوده و دلیل محسوب می شود و در صورت تعارض بین این دو مطمئناً دلیل بر اماره مقدم است. کما اینکه علم بر چیزهای دیگر مقدم است (نظر آیت اله زنجانی، info.bayat، پایگاه اطلاع رسانی دفتر مرجع عالیقدر حضرت آیه اله زنجانی). اما آیت اله مرقاتی معتقدند: طبق قاعده فراش فرزند ملحق به زوج می باشد اما ممکن است آزمایشات DNA خلاف آن را اثبات کند در این مورد نمی توان به آزمایش DNA رجوع کرد زیرا اگر شرایط اقل و اکثر حمل و امکان عادی، شرعی، عرفی و عقلی رابطه ی زوجیت لحاظ شده باشد بر طبق قاعده فراش فرزند از آن زوج است و انجام آزمایش هیچ جایگاهی ندارد و اساساً در این مساله تعارضی موجود نیست. تلاش شارع این است که فرزند بدون خانواده و سرپرست نماند و هرج و مرج در جامعه ایجاد نشود

و تجسس در این مساله محلی ندارد (خبرگزاری رسا، کرسی آزاد اندیشی با موضوع حل تعارض قاعده فراش با آزمایش DNA، مجتم علوم اسلامی کوثر، قابل دسترسی در سایت: <http://news/fa/ir.rasanews://http://www.marashilibrary.com>.) (۲۰۷۳۷۸/). آیت اله مرعشی در مورد آزمایش ژنتیک (DNA)، (قاضی را ملزم به پذیرفتن نظر کارشناس خون یا DNA ندانسته و دلیل آن را طریقت نظر کارشناس و نه موضوعیت آن دانسته و اگر نظر کارشناس موجب اطمینان قاضی نشود می تواند آن را رد کند.) www.marashilibrary.com با عنایت به نظرات مراجع عظام در مورد حجیت آزمایش DNA روشن می شود اینگونه آزمایش ها نمی توانند به عنوان حجت شرعی برای حکم به انتساب طفل تلقی گردند، مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان و یا ظن قوی به وجود نسب حاصل شده باشد که در اینصورت قاضی می تواند بر مبنای علم یا اطمینان خود حکم کند.

نتیجه

جایگاه حقوقی این اطلاعات در نظام ادله ی اثبات دعوا در فقه و حقوق ایران را با توجه به تمام تحقیقات انجام شده در این زمینه می توان بدین ترتیب دسته بندی و ارائه کرد:

۱- در صورتی که انگشت نگاری ژنتیکی اطمینان آور باشد، بدون تفاوت در اثبات یا نفی نسب معتبر خواهد بود. با این حال توجه و رعایت سه نکته برای استفاده از این آزمایشات ضروری بنظر می رسد؛ اول اینکه، اعتماد به نتیجه تشخیص هویت ژنتیکی برای صدور حکم باید پس از اثبات نبود یک دوقلوی همسان برای شخص مورد نظر باشد؛ دوم دقت شود که آزمایشات به گونه ای انجام شده باشند که کمترین اشتباه و خلاف در آن متصور باشد؛ سوم بهتر است این نتایج همراه با شواهد دیگر مستند حکم باشد.

۲- می توان انگشت نگاری ژنتیکی را در دعاوی حقوقی اثبات نسب بدون هیچ محذوری بعنوان اماره ی قضایی برای اثبات مدعا مورد استناد قرار داد .

۳- همچنین در صورتی که نتیجه آزمایش های ژنتیکی مخالف با اماره ی فراش باشد، در صورت اطمینان آور بودن نتایج این آزمایش ها باید ملتزم شد، شبهه ای در نفی ولد از صاحب

فراش باقی نمی ماند. همان طور که در صورت تعارض میان دلایلی مانند اقرار، بینه و شهادت با آزمایش های ژنتیکی در امور مدنی اگر احتمال مخالفت با واقع در این آزمایش ها را پایین تر از احتمال خلاف واقع بودن سایر ادله دانست، ادله ی دیگر تاب مقاومت در برابر نتایج این آزمایش ها را نخواهد داشت و در امور کیفری چون این آزمایش ها را تحت عنوان علم قاضی قرار داده است، قاضی می تواند با ذکر مستند کارشناسی و رد ادله ی دیگر به این آزمایش ها تمسک کند.

برای حجیت علم قاضی، علم ایجاد شده برای قاضی بایستی در حد علم نوعی و عادی باشد که این نتیجه رسیدیم که اگر قاضی از طریق کارشناسیهای علمی و ادله اثبات علمی و از جمله اظهار نظر کارشناسی پزشکی قانونی به این حد از علم رسد، می تواند بر مبنای آن میزان از علم قضاوت نماید و به نظر می رسد از این جهت امکان استفاده از ادله اثبات علمی به طور عام و اظهار نظر کارشناسی پزشکی قانونی به طور خاص، به عنوان یکی از مبادی ایجاد علم برای قاضی در جهت اثبات جرایم از منظر فقه امامیه با مشکلی مواجه نیست. روش های نوین اثبات نسب ضمن اینکه عاری از خطا و اشتباه و یا مثبت نسب نیستند مصلحتی را که بر پایه ی آن قاعده فراش برای تعیین نسب در زمان پیامبر و ائمه پایه ریزی شد را در نظر نگرفته و نسب را به آسانی نفی و اثبات می کند که این امر موجب تاثیرات منفی بسیاری به لحاظ اخلاقی در جامعه می گردد. لازم به ذکر است که نسب با قاعده فراش به آسانی اثبات اما به سختی و با لعان که خود شرایط خاصی را می طلبد نفی می گردد.

فهرست منابع و ماخذ

امامی، حسن، حقوق مدنی، ادله اثبات دعوا، چ ۱۰، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۱.

انصاری، مرتضی، فوائد الاصول، بیجا، تهران، اسماعیلیان، ۱۴۲۷ق.

آملی، محمد تقی، قواعد الاصول، چ ۷، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۵.

بجنوردی، میرزا محمد حسن، قواعد الفقه، چ ۲، قم، دلیل ما، ۱۴۲۶ق.

- توفیقی، حسن و سایرین «کارایی DNA TYPING بعنوان روش قطعی در تعیین رابطه نسبی» مجله علمی پزشکی قانونی، سال ۵، ش ۱۸، ۱۳۷۹.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلامی، بیجا، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲.
- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، بیجا، قم، موسسه مطبوعات دار العلم، ۱۳۸۲.
- دهقانی، منشاوی، مجید، علم قاضی در رابطه آن با سایر ادله اثبات دعوا، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۸۴.
- صابری، حسین، عقل و استنباط فقهی، بیجا، مشهد، بنیاد پژوهشهای آستان قدس، ۱۳۸۱.
- صفایی، حسین، امامی، اسدالله، مختصر حقوق خانواده، چ ۹، تهران، میزان، ۱۳۹۰.
- عباسی، محمد مسعود، ترجمه و شرح کفایه الاصول، بیجا، قم، دارالفکر، ۱۳۸۶.
- عبدالرشید، محمد امین قاسم، «البصمه الوارثیه و حجیتها»، مجله العدل، ش ۲۳، ۱۴۲۵ق.
- علوی قزوینی، علی، آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان، مجموعه مقالات و روش های نوین تولید مثل از دیدگاه فقه و حقوق، بیجا، تهران، ابن سینا و سمت، ۱۳۸۲.
- فخعلی، محمدتقی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل» مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۲، ش ۸۴/۱، ۱۳۸۹.
- قاسمی، عباس، بررسی نسب طبیعی در حقوق ایران، قم، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۸۵.
- گودرزی، فرامرز و کیانی، مهزاد، پزشکی قانونی، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۶.
- لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، بیجا، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۱ق.

المحسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبییه، بیچا، قم، بوستان کتاب، ۱۴۱۴ق.

محمدی، علی، شرح رسائل، چ ۷، قم، دارالفکر، ۱۳۸۸.

موسویان، ابوالفضل، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، مجله مقالات و بررسی ها، ۱۳۸۴.

ناصری مقدم، حسین، نسب در کودک متولد از رحم واکاری احکام فقه جایگزین. فصلنامه باروری و ناباروری، شماره ۱۲، ۱۳۷۸.

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۴۳، چ ۷، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۳۶۶.

[Http://news/fa/ir.rasanews](http://news/fa/ir.rasanews)