

Review Paper:

A Comparative Study on Presumption of Marriage Rule and Genetic Testing for Proving Parentage Under Iranian Law



Mahnaz Asgari Ghonche¹, *Seyed Mahdi Mirdadashi¹, Mohammad Sadeghi²

1. Department of Law, Faculty of Human Science, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
2. Department of Law, Faculty of Human Science, University of Hazrat-e Masoumeh, Qom, Iran.



Citation Asgari Ghonche M, Mirdadashi SM, Sadeghi M. [A Comparative Study on Presumption of Marriage Rule and Genetic Testing for Proving Parentage Under Iranian Law (Persian)]. Journal of Inflammatory Diseases. 2020; 24(3):270-283. <https://doi.org/10.32598/JQUMS.24.3.7>

doi <https://doi.org/10.32598/JQUMS.24.3.7>



Received: 12 Sep 2019

Accepted: 01 Jan 2020

Available Online: 01 Aug 2020

Keywords:

Proving parentage, Marriage presumption rule, Genetic testing

ABSTRACT

Family is the most important social group, and the survival of society depends on the survival of the family and its survival depends on legitimate parentage and legal ties. Therefore, the issue of proving the parentage is one of the most sensitive issues in the Islamic law and the legislator has tried to preserve it by enacting laws. From the beginning of Islam until now, in Imami jurisprudence and consequently in the civil law, the rule of marriage presumption has been used as a legal evidence to prove the parentage. However, with the widespread development of genetic science and laboratory sciences, genetic tests are used to determine the parentage. Since the Iranian Civil Code does not explicitly mention the ways of proving parentage, and there are disagreements between jurists and jurisprudents on the authority of such tests to prove parentage, these new medical methods have posed various challenges to jurisprudential rules. This study, using jurisprudential and legal sources, aimed to investigate the value and position of genetic tests in proving legal parentage to determine whether the legitimate parentage can be proved based on them in Iranian law or not. The results indicated that genetic testing cannot be considered independently for proving legitimate parentage. These tests, despite their high scientific certainty and validity, can only establish a blood relationship between people. A legitimate parentage is a legal relationship, in addition to being a blood relationship, and without the three conditions of marriage presumption law, genetic testing cannot be relied on to prove it. However, these tests can be helpful in proving some claims, such as identifying unidentified corpses, studying the organ damages caused by air accidents or explosions, and creating a genetic database of criminals.

Extended Abstract

1. Introduction

There is a blood and legal relationship among family members, which is called “parentage” and creates rights and obligations for the members [1]. There are some cases where this relationship has not been proven

for any reason and requires a lawsuit from the plaintiff. In this lawsuit, the reasons that the plaintiff can invoke play an important role. Maternity can be easily proved by pregnancy and childbirth, but it is difficult to prove paternity because the plaintiff must prove that s/he is the result of the marital relationship between his/her mother and her husband, but there is no valid evidence.

*** Corresponding Author:**

Seyed Mahdi Mirdadashi

Address: Department of Law, Faculty of Human Science, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

Tel: +98 (912) 7580749

E-Mail: mirdadashim@qom_iau.ac.ir

Therefore, the legislator should intervene in the lawsuit to prove paternity and think of a way to solve this problem for families with the help of presumption of marriage law. In terms of proving parentage, confession and presumption of marriage have been mentioned as two solutions in Articles 1158, 1159 and 1273 of the Iranian Civil Code. Considering that a marriage may have not been registered to apply the presumption of marriage law according to the marriage certificate, and no confession may be made by the plaintiff to invoke the arguments specified in the Civil Code, new evidence is needed for proving parentage. Due to the ease of referencing to genetic tests, especially in cases where the child was born out of wedlock, the use of medical methods are important to prove parentage by recognizing these arguments and using them correctly.

Since the Iranian Civil Code has not specified the ways of proving parentage, and jurists and lawyers also disagree on the authority of genetic tests to determine parentage, modern medical methods have posed various challenges to the rules of jurisprudence. This study, using jurisprudential and legal sources, aimed to investigate the value and position of genetic tests in proving legal parentage to determine whether the legal parentage can be proved based on them in Iranian law or not.

2. Results

According to the presumption of marriage law, the children born to a married woman are presumed to be the children of her husband, unless the contrary is proved based on the absence of a marital relationship and the impossibility of birth, in which case this law is invalid. Following the presumption of marriage law, the Iranian Civil Code has drafted Articles 1158 and 1159 to determine the parentage. [9]. According to Article 1158, parentage is legitimate when the child's parents have a valid marital relationship during fertilization, whether permanent or terminated. In addition, the interval between intercourse and the birth of the child should not be less than 6 months and not more than 10 months. Regarding the validity and authority of genetic tests among jurists, no one believes in the absolute invalidity of DNA tests; there is only controversy over how to invoke [1].

A question regarding the use of genetic tests has been asked from imitation authorities. The majority believe that if the related knowledge is obtained for a judge, one can act on that knowledge; however, the accused cannot be limited or punished (receive hadd or ta'zir) based on these tests. These tests do not prove legal parentage; they merely prove the blood relationship between the child and the accused [60]. Other imitation authorities argue the absolute invalidity of such tests for proving parentage. However, it

is certain from the words of jurists and jurisprudents that genetic tests can be invoked to resolve disputes, if they are the basis for obtaining knowledge for a judge.

It should be noted that Islamic law is never separate from ethical issues. The Islam is based on social interests and corruptions. The legislature, by enacting the supranational rule of marriage presumption, seeks to preserve family chastity and prevent the collapse of the family structure. Advanced methods of proving parentage, while not free from error and influence, ignore the philosophy under which the presumption of marriage rule is forged, which can cause many ethically negative effects in society. [14]

3. Conclusion

In order to prove the legitimate parentage, the related conditions must be provided (marital intercourse and the interval of 6-10 months between intercourse and the birth of the child) so that the judge rules on the right parentage, otherwise it is not possible to ascertain the existence of a legitimate parentage through genetic testing without fulfilling the conditions of presumption of marriage. These tests can only prove a normal blood relationship, as Articles 1161 and 1162 of the Iranian Civil Code stated that if the husband explicitly or implicitly admitted that he was the father, the plea would in any case not be heard after the expiry of two months from the date that the husband was informed of the birth of the child.

Ethical Considerations

Compliance with ethical guidelines

All ethical principles are considered in this article.

Funding

The paper was extracted from the PhD. thesis of the first author, Department of Law, Faculty of Human Science, Qom Branch, Islamic Azad University.

Authors' contributions

Resources, methodology, and analysis: Seyed Mahdi Mirdadashi; Supervision: Mohammad Sadeghi; Draft preparation: Mahnaz Asgari Ghanche.

Conflicts of interest

The authors declare no conflict of interest.

Acknowledgements

The authors would like to thank the Faculty of Humanities at Islamic Azad University of Qom branch for their cooperation.

بررسی تطبیقی رابطه قاعده فرایش با آزمایش‌های ژنتیک در اثبات نسب

مهناز عسگری غنچه^۱، سید مهدی میرداداشی^{۱*}، محمد صادقی^۲

۱. گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۲. گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه حضرت معصومه (س)، قم، ایران.

چکیده

خانواده مهم‌ترین واحد اجتماعی است و بقای جامعه در گرو بقای خانواده و بقای آن در گرو نسب مشروع و پیوندهای قانونی است؛ بنابراین مسئله اثبات نسب از حساس‌ترین مسائل در حقوق اسلامی است که با توجه به اهمیت آن، قانون‌گذار برای حفظ آن در سایه وضع قوانین تلاش کرده است. از صدر اسلام تاکنون، در فقه امامیه و به تبع آن در قانون مدنی در مورد اثبات نسب از قاعده فرایش به عنوان اماره قانونی استفاده می‌شود. لیکن امروزه با پیشرفت گسترده دانش ژنتیک و علوم آزمایشگاهی، برای تعیین نسب اطفالی که مورد انکار واقع می‌شوند، از دستاوردهای مهندسی ژنتیک استفاده می‌شود. از آنجا که در قانون مدنی ایران راه‌های اثبات نسب به طور مشخص ذکر نشده است و از طرف دیگر فقیهان و حقوق‌دانان در حجیت آزمایش‌های ژنتیک برای اثبات نسب اختلاف دارند، این شیوه‌های نوین پزشکی چالش‌های مختلفی را فراروی قواعد فقهی قرار داده است. در این مقاله با استفاده از تعدادی منابع فقهی و حقوقی و ژنتیکی به بررسی ارزش و جایگاه دستاوردهای مهندسی ژنتیک در اثبات نسب پرداخته شده است تا مشخص شود در حقوق ایران نیز نسب شرعی را می‌توان بر مبنای آن به اثبات رسانید یا خیر. یافته پژوهش حاضر این است که آزمایش ژنتیک نمی‌تواند به طور مستقل در اثبات نسب مشروع مورد توجه قرار گیرد. این آزمایش با توجه به قطعیت و اعتبار علمی بالایی که دارد تنها می‌تواند رابطه خونی بین افراد را احراز کند؛ در حالی که نسب مشروع علاوه بر رابطه خونی یک رابطه حقوقی است و بدون وجود شرایط سه‌گانه اماره فرایش نمی‌توان به آزمایش ژنتیک برای اثبات نسب مشروع استناد کرد. اما با این حال این آزمایش برای اثبات برخی دعاوی مانند تعیین هویت اجساد مجهول‌الهویه و مطالعه تعلق اندام‌های جداشده از افراد در سوانح هوایی و انفجارها و ایجاد بانک اطلاعات ژنتیکی مجرمان می‌تواند راه‌گشا باشد.

تاریخ دریافت: ۲۱ شهریور ۱۳۹۸

تاریخ پذیرش: ۱۱ دی ۱۳۹۸

تاریخ انتشار: ۱۱ مرداد ۱۳۹۹

کلیدواژه‌ها:

اثبات نسب، قاعده فرایش، آزمایش ژنتیک

مقدمه

اوست که در این مورد هیچ‌گونه دلیل و مدرکی کارساز نیست. بر این اساس قانون‌گذار در دعوی اثبات نسب پدری باید دخالت کند و به یاری اماره قانونی فرایش راه‌حلی برای این مشکل خانواده‌ها بیابد. در زمینه اثبات نسب در قانون مدنی در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۲۷۳ به دو دلیل، اقرار و اماره فرایش اشاره شده است. با توجه به اینکه ممکن است ازدواجی ثبت نشده باشد تا بتوان بر اساس سند ثبت ازدواج، رابطه زوجیت و در نتیجه قاعده فرایش را اعمال کرد و همچنین اقراری هم از سوی مدعی علیه صورت نگیرد تا بتوان به ادله تصریح‌شده در قانون مدنی استناد کرد، ادله دیگر اثبات دعوا و همچنین ادله جدید در اثبات نسب نقش بسزایی خواهند داشت.

با توجه به سهولت استناد به آزمایش‌های ژنتیک، به‌ویژه در مواردی که طفل از روابط نامشروع و وطی به شبهه متولد شده ادله پزشکی اثبات نسب جهت تعیین نسب این طفل از اهمیت

بین اعضای یک خانواده رابطه خونی و حقوقی وجود دارد که در اصطلاح به آن نسب^۱ گفته می‌شود و این رابطه برای طرفین حقوق و تکالیفی ایجاد می‌کند [۱]. مواردی وجود دارد که به هر دلیلی این رابطه ثابت‌شده نیست و در واقع نیاز به طرح دعوا از سوی مدعی نسب دارد. در این دعوا دلایلی که مدعی می‌تواند به آن استناد کند نقش مهم و بسزایی دارد. در قانون مدنی، مقرراتی که برای اثبات نسب مادری باشد، وجود ندارد؛ زیرا نسب مادری با دو واقعه خارجی یعنی بارداری و زایمان که به طور معمول مشهود دیگران است به راحتی قابل اثبات است، اما نسب پدری را برخلاف نسب مادری به دشواری می‌توان احراز کرد؛ زیرا مدعی نسب باید ثابت کند که حاصل رابطه زناشویی مادرش و شوهر

1. Parentage-

* نویسنده مسئول:

سید مهدی میرداداشی

نشانی: قم، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، دانشکده علوم انسانی، گروه حقوق.

تلفن: ۷۵۸۰۷۴۹ (۹۱۲) ۹۸+

رایانامه: mirdadashim@qom_iau.ac.ir

عرف مراجعه کرد و برای اثبات این مطلب همین بس که عرف می‌گوید صاحب نطفه، عنوان پدر و صاحب تخمک عنوان مادر را دارد و صاحبان دیدگاه دوم بر اساس برخی مستندات و دلایل، معتقدند نسب در اسلام حقیقت شرعی دارد و برای تعیین نسب باید نظر شرع را جویا شد. کسانی که برای نسب مفهومی شرعی قائل‌اند، به نفی نسب از ولدالزنا و محرومیت او از ارث استدلال کرده‌اند که معنای آن این است که اگر شارع حکم به پدری یا مادری کرد، می‌توان نسب را اثبات کرد، در غیر این صورت نمی‌توان بر اساس نظر عرف، کسی را پدر یا مادر نامید. در نقد این نظر گفته شده است آیا از نفی الارث می‌توان استفاده کرد که از نظر شرع، اصلاً نسبی وجود ندارد؟ یا اینکه شارع، اصل وجود نسب را بین زانی و ولدالزنا قبول دارد، ولی در مورد ارث حکماً آن را خارج کرده است؛ بنابراین نمی‌توان نتیجه گرفت که بین فرزند نامشروع و این زن و مرد، به طور کلی، رابطه نسبی قطع شده است و آن‌ها هیچ ارتباطی با هم ندارند؛ زیرا به عرف که مراجعه می‌کنیم، ولدالزنا را فرزند زانی می‌دانند [۷].

به نظر می‌رسد ماهیت نسب امری عرفی است، ولی نسب مشروع احتیاج به شرایطی دارد؛ از جمله نزدیکی زن و شوهر در زمان زوجیت و از زمان نزدیکی آنان تا تولد طفل کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه نگذشته باشد (مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی).

فراش

فراش در لغت به معنای بستر، جامه خواب، رختخواب و هر چیز گسترده‌ای آمده است [۸] و در حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» که یکی از قواعد مشهور فقهی است، کنایه از کسی است که با مادر آن فرزند هم‌بستر است و شوهر یا مالک اوست.

حجیت قاعده فراش

به موجب قاعده فراش، فرزند متولدشده از زن - با فرض تحقق شروط فراش - ملحق به مردی می‌شود که با او زندگی رسمی دارد و زناکار بهره‌ای از او نخواهد داشت. قانون مدنی ایران نیز به تبعیت از قاعده فراش، مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ را برای تعیین نسب تدوین کرده است [۹].

تنها دلیل محکم و قابل استناد برای قاعده فراش، همین حدیثی است که از پیامبر اکرم (ص) در کتب حدیثی امامیه و اهل سنت نقل شده است [۱۰] و تعدد روایات موجود، صدور آن را از ایشان قطعی کرده و هیچ شک و شبهه‌ای را باقی نمی‌گذارد؛ هرچند سند هم تام و صحیح بوده و مورد اتفاق نظر قرار گرفته است [۱۱]؛ بنابراین، این حدیث از اخبار صحیح و مسلم‌الصدور در میان مسلمانان به شمار می‌رود [۱۲].

پیامبر اکرم (ص) هنگام بیان این حدیث، در مقام بیان یک حکم شرعی بوده‌اند؛ بنابراین این جمله، هرچند به ظاهر یک جمله خبری است، اما در واقع یک جمله انشایی و بازگوکننده

برخوردار است که با شناخت این ادله و به کار بردن صحیح و بجای آن، حقوق و تکالیف طرفین قابل اثبات خواهد بود. علی‌رغم عدم تصریح قانونی و فقهی نسبت به این ادله جدید، در حال حاضر طرفین دعوا و دادگاه تمایل زیادی نسبت به استناد به این ادله دارند. در این مقاله این موارد که آیا می‌توان به ادله دیگری غیر از اماره مصوب در قانون جهت اثبات نسب استناد کرد و قدرت اثباتی آن‌ها، پرداخته شده است.

نسب

نسب در لغت به معنای «اصل، نژاد، گوهر، علاقه، رابطه بین دو شیء و خویشاوندی و قرابت» است [۲]. در قانون مدنی ایران تعریفی برای نسب بیان نشده، ولی در اصطلاح حقوقی با توجه به باب اول کتاب هشتم قانون مدنی، «نسب» عنوان فرعی از عنوان اصلی در «اولاد» است و مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۸ به این موضوع اختصاص یافته است. از بررسی مواد مذکور می‌توان چنین استفاده کرد که نسب را باید رابطه خویشاوندی بین دو نفر دانست که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند [۲]. بر اساس تعریفی دیگر، نسب عبارت است از: «علاقه و رابطه خونی و حقوقی موجود میان دو نفر که در اثر تولد یکی از صلب یا بطن دیگری به وجود آمده است. نسب به معنای اخص یعنی رابطه پدر فرزندی و مادر فرزندی» [۴].

در کتاب ترمینولوژی حقوق عناصر نسب، چنین بیان شده است: «اول: ولادت، مانند نسب فرزند و پدر نسبت به یکدیگر و رابطه خواهر و برادر نسبت به همدیگر. دوم: 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 حکم به حصول نسب نمی‌توان کرد» [۵]. نسب حقی از حقوق شرعی است که زوجین نمی‌توانند هنگام عقد، توافق بر نفی آن کنند؛ یعنی حقی مشترک بین حق خداوند و پدر و مادر و فرزند است. حق‌الله بودن نسب روشن است؛ چون رعایت مصلحت جامعه است و اساس جامعه از خانواده تشکیل شده است. ثبوت نسب مادری هم حق مادر است؛ زیرا حق دارد فرزند را از تلف شدن بازدارد و تهمت زنا را از خود دفع کند. ثبوت نسب پدری، حق پدر است؛ چون بدین وسیله حق ولایت بر فرزند تا زمان بلوغ و همچنین حق ارث در صورت فوت فرزند قبل از پدر را دارد. حق فرزند نیز هست؛ زیرا نیاز دارد که ننگ و عار نامشروع بودن را از خود دور کرده و با ثبوت نسب از حقوقی مانند نفقه، رضاع، حضانت، ارث و غیره برخوردار شود [۶].

در این مقاله به این مسئله که حقیقت نسب در شرع مقدس اسلام چیست و آیا نسب، دارای یک معنای اصطلاحی شرعی است یا عرفی، پرداخته شده است. در این رابطه دو دیدگاه وجود دارد: دیدگاه نخست معتقد است که در اسلام، نسب دارای مفهومی خاص و اصطلاحی نیست، بلکه در تعیین نسب باید به

دعوی محدودیتی در استناد به ادله برای اثبات دعوی ندارند.

قاعده فراش

بر مبنای قاعده فراش، اگر فرزندی که زن به دنیا می‌آورد، شرایط معتبر در ثبوت نسب در فراش صحیح را داشته باشد، ملحق به شوهر بوده و نسبش ثابت می‌شود. اینکه طبق حدیث معروف نبوی «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ» ولد از آن صاحب فراش است و زانی بهره‌ای از آن ندارد، به حفظ شخصیت افراد در اسلام برمی‌گردد؛ اگر بنا باشد ولد به زانی ملحق شود موجب سرافکنندگی صاحب فراش و نیز ولدالزنا در اجتماع خواهد شد. بر اساس ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی، نسب هنگامی مشروع است که پدر و مادر طفل در حین انعقاد نطفه، دارای رابطه زوجیت صحیح اعم از نکاح دائمی یا منقطع باشند؛ بنابراین چنانچه نطفه قبل از ازدواج منعقد شود و سپس آن‌ها با یکدیگر ازدواج کنند، طفل حاصل از این رابطه مشروع نیست هرچند در زمان زوجیت متولد شده و او را طفل خود بدانند. علاوه بر وجود زوجیت، سپری شدن شش ماه از زمان نزدیکی (اقل حمل) و عدم سپری شدن بیشتر از ده ماه از زمان نزدیکی تا تولد (اکثر مدت حمل)، از جمله شرایط فراش صحیح است؛ بنابراین بر اساس این قاعده فرزندان زن شوهردار منسوب به شوهر او هستند، مگر آنکه خلاف آن با اثبات عدم نزدیکی و عدم امکان تولد اثبات شود که در این صورت این قاعده از اعتبار ساقط است.

علم قاضی

از آنجا که معتقدیم روش‌ها و ادله اثبات نسب انحصاری نیستند و سایر ادله به شرطی که برای قاضی علم حاصل کنند می‌توانند نسب را اثبات کنند و از طرفی طبق ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی اماره عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود، این تعریف، دخالت عقل و استنباط را در اماره می‌رساند و نشان می‌دهد که قانون‌گذار یا قاضی به آنچه برمی‌خورد و در اختیار دارد «اوضاع و احوال» است؛ امری که به خودی خود مطلوب نیست، ولی زمینه‌ساز رسیدن به حقیقت است.

در فقه و حقوق رسیدن قاضی به علمی که هیچ مجهولی در آن نماند، منظور نیست؛ بلکه علم عادی و متعارف موردنظر است؛ همان علمی که اغلب اعضای جامعه وقتی به آن برسند، به احتمال خلاف آن توجه نمی‌کنند، هرچند احتمال خلاف آن عقلاً امکان‌پذیر باشد؛ زیرا علم عادی موجب اطمینان می‌شود و مردم علم عرفی را کاشف از واقع می‌دانند [۲۱]؛ بنابراین فقها ملاک حجیت علم عرفی را بنا و سیره عقلاً دانسته‌اند که شارع آن را رد نکرده است. فقهای مشهور امامیه، علم قاضی جامع‌الشرایط را به طور مطلق دارای حجیت دانسته‌اند؛ زیرا همان علم عادی که سبب اطمینان نفس می‌شود و بر اساس عادت، احتمال خلاف آن وجود ندارد، در حجیت علم قاضی نیز کافی است [۲۲]. بنابراین

حکمی شرعی است؛ بنابراین، جمله اول حدیث گویای آن است که فرزند مخصوص به زوج است. این نکته وقتی قابل قبول است که در نسبت فرزند به شخص، شک داشته باشیم در غیر این صورت، در صورت یقین به وجود نسبت یا عدم وجود نسبت، نیازی به اماره شرعی نیست و باید به همان یقین عمل کرد [۱۳].

اماره فراش در حقوق

اگرچه عنوان «اماره فراش» در قانون مدنی نیامده، اما از مفاد مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ آن اماره فراش قابل استنباط است.

در خصوص اجرای اماره فراش الزاماً باید شک در انتساب داشته باشیم تا بتوانیم از این قاعده استفاده کنیم و دیگر اینکه باید امکان انتساب فرزند به پدر نیز وجود داشته باشد. هرگاه فرزندی متولد شود و مشخص نباشد این فرزند متعلق به چه کسی است اگر امکان انتساب به زوج را داشته باشد، لازم است او را به زوج ملحق کنیم؛ مگر آنکه یقین حاصل شود که طفل متعلق به زوج نیست که دیگر نوبت به تمسک به قاعده فراش نمی‌رسد [۱۴].

روش‌های فقهی اثبات نسب

در خصوص انحصار یا عدم انحصار ادله اثبات نسب در فقه، دو نظریه کلی وجود دارد. بر اساس روایت صحیح هاشم بن حکم، به نقل از امام صادق (ع) که ایشان نیز از پیامبر اکرم (ص) نقل کردند که فرمودند: «انما افضی بینکم بالبینات و الایمان فبعضکم الحن بحجته من بعض، فایما رجل قطع له من مال اخیه شیئاً فانما قطع له به قطعه من النار» [۱۵] برخی معتقدند استفاده از کلمه «انما» به عنوان ادات حصر، بیانگر انحصار ادله اثبات دعوی در «بینه» برای مدعی و یمین (سوگند) برای منکر بوده است و دلیلی به غیر از آن قابل پذیرش نیست [۱۶]. در واقع بر مبنای این روایت، پیامبر اکرم (ص) مستندات قضاوت را منحصر به «بینه» و «سوگند» دانسته‌اند. عده‌ای نیز بر این اعتقادند که ادله اثبات دعوی غیرحصری است؛ زیرا در روایت مذکور، اولاً ادات حصر به کار نرفته و از آنجا که در این روایت «اقرار» در زمره ادله اثبات دعوی نیامده است، بنابراین نمی‌توان به حصری بودن آن حکم کرد [۱۷].

ثانیاً بینه هرچند که در زبان فقها به معنای شهادت دو شاهد عادل به کار رفته است، ولی در لغت به معنی دلیل روشن و چیزی که چیز دیگر با آن اثبات می‌شود، آمده است [۱۸]. برخی از فقهای بینه را چیزی دانسته‌اند که حق را آشکار می‌کند و شهادت را از آن رو بینه نامیده‌اند که سبب روشن شدن حق و رفع اختلاف می‌شود [۱۹].

در خصوص ادله اثبات نسب نیز همین استدلال جریان دارد. اولاً ادله اثبات نسب در منابع فقهی به صورت پراکنده و در مباحث مختلفی مورد اشاره قرار گرفته است؛ ثانیاً در بیان ادله اثبات نسب، از ادات حصر استفاده نشده است [۲۰]؛ ثالثاً دلیل خاص بر انحصار ادله اثبات نسب نداریم؛ رابعاً در قوانین در خصوص ادله اثبات نسب، صراحت قانونی وجود ندارد و اصحاب

چنانچه قاضی از طریق وسایل مطمئن در پزشکی قانونی مثل آزمایش DNA در موردی علم و یقین پیدا کند، این علم برای او از جمله راه‌های معتبر در اثبات نسب است.

بینه

بینه در لغت به معنای حضور، معاینه و اطلاع آمده و در اصطلاح عبارت است از انتقال حقیقت امری از ناحیه فردی واجد شرایط که آن را دیده و شنیده، به قاضی محکمه، علیه یکی از طرفین دعوی و به نفع دیگری با ادای سوگند و التزام به راست‌گویی. شهادت و بینه گاه در یک مفهوم به کار می‌روند [۲۱، ۱۶].

بینه برای اثبات نسب عبارت است از: شهادت دو مرد یا یک مرد و دوزن؛ وقتی شخصی ادعا کند که فلانی فرزند یا پدر اوست و مدعی علیه این ادعا را انکار کند و مدعی برای دعوی خود بینه بیاورد، دعوی پذیرفته شده و در صورت وجود شرایط معتبر برای صحت نسب، نسب ثابت می‌شود. حجیت بینه مورد قبول همه علما قرار دارد. عده‌ای معتقدند بینه قوی‌ترین حجت و روش و دلیل برای اثبات نسب است [۲۳]. فقهای امامیه معتقدند علم قاضی بر بینه مقدم است و قاضی در صورت آگاهی از واقعیت، نه به بینه نیازمند است و نه می‌تواند به استناد بینه، حکمی برخلاف علم خود صادر کند و گروهی هم معتقدند که علم قاضی به طور مطلق بر بینه مقدم است [۲۴]. بنابراین به نظر می‌رسد حجیت بینه یا شهادت، مطلق نیست، بلکه اعتبار آن در صورتی است که علمی برخلاف آن نداشته باشیم و یا تصریحی مبنی بر موضوعیت داشتن آن از طرف شارع وجود داشته باشد [۲۵].

اقرار

اقرار در لغت به معنی با گفتار خود امری را ثابت کردن، اعتراف کردن و سخن را واضح و آشکار بیان کردن آمده است [۸]. در اصطلاح حقوقی بر اساس ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی «اقرار عبارت از اخبار بحقی است برای غیر به ضرر خود» [۱۶].

در حجیت اقرار، به عنوان یکی از دلایل اثبات دعوی تردیدی نیست. مهم‌ترین دلیل آن، سیره عقلاست [۲۶]. بر مبنای ماده ۱۱۶۱ قانون مدنی «...هرگاه شوهر صریحاً یا ضمناً اقرار به ابوت خود کرده باشد، دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود». روشن است که اقرار شوهر پایان‌دهنده به دعوی است و دلیل مخالف آن مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد. با این حال به نظر می‌رسد این حکم اختصاص به اقرار دارد که به دور از هرگونه خطا یا اشتباه باشد در غیر این صورت، در صورت اشتباه از آنجا که خلاف عدالت و انصاف است، نمی‌توان بر اعتبار اقرار و صحت آن حکم کرد [۲۷].

نسب بدون تردید به وسیله اقرار ثابت می‌شود، اما تفاوت آن با بینه در این است که در صورت اثبات نسب با بینه، حکمش به دیگران هم سرایت کرده و در حق او و دیگران ثابت می‌شود، اما اقرار شخص فقط علیه اقرار کننده معتبر بوده و به دیگران سرایت

نمی‌کند. اقرار نمی‌تواند نسبی که شرع آن را رد می‌کند اثبات کند؛ مثلاً از طریق اقرار نمی‌توان نسب فرزندی را که از طریق زنا یا به وسیله لعان (انکار فرزند) رابطه نسبی او شرعاً ثابت نشده را اثبات کرد. همچنین اقرار به فرزند صغیر بودن، در صورتی معتبر شناخته می‌شود که کس دیگری مدعی فرزندی او نباشد و گرنه اقرار اثری ندارد؛ زیرا دو نفر نسبت به یک موضوع مدعی هستند و ادعای آن دو با یکدیگر معارض است؛ در نتیجه دو اقرار متعارض ساقط می‌شود و برای اثبات نسب باید ادله دیگری به کار برد [۲۸].

قرعه

قرعه یکی از قواعد فقهی است که در اثبات نسب نیز به کار می‌رود. قرعه در لغت به معنی سهم و در اصطلاح حقوقی «روشی است برای رفع تردید و سرگردانی و امکان تصمیم‌گیری، هرگاه ترجیحی در بین نباشد» [۲۹، ۸]. همچنین در تعریف قرعه گفته‌اند: «قرعه عبارت است از چاره‌اندیشی در تعیین خواسته، هنگام شبهه و ابهام به وسیله نوشتن یا وسایل دیگر» [۳۰] یا درخواست هدایت و راهنمایی از خداوند به طریق مخصوص در زمان تحیر و یأس از یافتن راه صحیح از طریق عقل یا شرع آن‌گونه که در استخاره انجام می‌شود [۳۱]. در حجیت قرعه، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از علما با استناد به روایات وارده بر این عقیده‌اند که قرعه به خطا نمی‌رود و به واقع برخورد می‌کند [۳۲].

در رد این نظریه استدلال شده که قرعه تنها برای فصل خصومت تشریح شده است؛ زیرا عمل به قرعه برخلاف رویه معمول بین عقلاست و مشخص است که قرعه چیزی نیست که در آن خطا نباشد، مگر آنکه آن را «وحی» بدانیم و این غیر معقول به نظر می‌رسد؛ زیرا لازمه‌اش آن است که قرعه از امارات هم قوی‌تر باشد [۳۳]. به هر حال، در مورد حجیت قرعه که در فقه سابقه استفاده دارد و حقوق ایران نیز در برخی موارد از جمله ماده‌های ۱۵۷ و ۵۹۸ قانون مدنی و ماده ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی استفاده از قرعه را تجویز کرده است، به آیات ۴۴ سوره آل عمران و ۱۳۹ و ۱۴۸ سوره صافات استناد شده است و حتی ملا احمد نراقی در کتاب «عوائد الایام» در صفحه ۶۵۱ کتاب خود بر آن ادعای اجماع کرده است. ملاحظه می‌شود به دلیل اینکه شارع نسبت به حفظ نسب افراد، اهتمام ویژه‌ای دارد و به دلیل حفظ حرمت خانواده‌ها و حمایت از حقوق کودکانی که در کانون خانواده متولد می‌شوند، حتی از ضعیف‌ترین ادله مانند قرعه برای پیوند فرزند به خانواده و حفظ نسب استفاده می‌کند، اما در مسئله نفی ولد با احتیاط بیشتری عمل می‌کند و پدر جز به قطع و یقین نمی‌تواند اقدام به نفی ولد کند.

روش‌های نوین اثبات نسب

انفجارات و سوانح هوایی و مفقودین، تعیین جنسیت، تشخیص اختلالات ژنتیکی پیش از تولد در پزشکی، مطالعه نمونه‌های به‌جامانده در صحنه‌های جرم و مقایسه آن با متهمین پرونده، ایجاد بانک اطلاعات ژنتیکی مجرمان و به‌ویژه بررسی رابطه نسبی بین افراد در پزشکی قانونی و تحقیقات حقوقی کاربرد دارد [۳۶].

بررسی مولکول DNA که انگشت‌نگاری ژنتیک^۳ نیز نامیده می‌شود، برای نخستین بار در سال ۱۹۸۵ توسط دانشمند انگلیسی الکس جفریس^۴ جهت استفاده در تشخیص هویت مطرح شد و پس از آن به شکل گسترده‌ای در تحقیقات قانونی مورد استفاده قرار گرفت. می‌دانیم که کروموزوم‌ها که حاوی اطلاعات وراثتی اند در هسته سلول‌ها قرار دارند. DNA یا دزآکسی ریبونوکلئیک اسید که نوعی اسید نوکلئیک است، مولکولی مارپیچی است که بیش از هزاران ژن را در خود حمل می‌کند و در داخل کروموزوم‌ها قرار گرفته و دارای دستورالعمل‌های ژنتیکی است که برای شناسایی افراد به کار برده می‌شود. قطعاتی از «DNA» که اطلاعات ژنتیکی را با خود حمل می‌کند «نسل‌شناسی یا ژن^۵» نامیده می‌شود [۳۷].

هر صفت توسط یک جفت عامل نسل‌شناسی (ژن)^۶ کنترل می‌شود یکی از این ژن‌ها از پدر و دیگری از مادر گرفته شده‌اند [۳۸]. «DNA» دارای توالی‌های دیگری نیز هست که برای ساخت خود یا تنظیم استفاده از اطلاعات ژنتیکی موجود در ژن استفاده می‌شود [۳۹]. این قسمت‌های خاص از ۲۰۰ تا ۱۴ هزار باز تشکیل شده که در طول «DNA» چندبار تکرار شده‌اند؛ بنابراین به آن‌ها مناطق تکرارشونده گفته می‌شود [۴۰]. درحقیقت جفریس^۷ مشخص کرد که در زنجیره DNA هزاران توالی یکسان وجود دارد که طول، نوع باز و تعداد تکرار این توالی‌ها در هر فرد متفاوت و منحصر به فرد است. یعنی ژن‌ها در مولکول DNA هر فرد با نظم خاصی قرار گرفته‌اند که مختص همان فرد است [۳۷].

همان‌طور که اثر انگشت هر فرد، کاملاً منحصر به فرد است، نقشه ژنتیکی هر فرد که از این مولکول به دست می‌آید، فقط مخصوص همان فرد است. درواقع ملاک این بررسی، تشخیص تجانس بین پدر احتمالی و فرزند از طریق مقایسه تکرار توالی‌های بازها در DNA دو فرد است؛ بنابراین با تشخیص تجانس بین دو فرد، می‌توان نسبت به وجود رابطه ابوت بین آن دو حکم کرد و در صورت تشخیص عدم تجانس، درباره عدم وجود رابطه ابوت فرد ادعایی نظر داد [۴۱].

تعیین توالی اجزای تشکیل‌دهنده مناطق تکرارشونده با آزمایش DNA کاری سخت و پیچیده است؛ زیرا تعداد این اجزا زیاد است و به علاوه ابعاد کروموزوم و DNA بسیار ریز است؛ بنابراین این آزمایش در چندین مرحله انجام می‌شود [۴۲].

3. Genetic finger printing
4. Alex Jeffrys
5. Gene
6. Gene
7. Jeffrys

با دستیابی بشر به روش‌های جدید، امکان استفاده از ابزار علمی در حوزه علوم انسانی به عنوان یکی از ادله اثبات در دعاوی نسب مورد توجه قرار گرفته است؛ بدین جهت تبیین اعتبار علمی و حقوقی آن، ضرورت خاصی دارد. شناخته‌شده‌ترین آزمایش‌ها در موضوع اثبات نسب، آزمایش تعیین گروه‌های خونی و آزمایش DNA^۲ است که مورد اخیر قطعیت و اعتبار علمی بیشتری دارد.

روش بررسی گروه‌های خونی

تنها یک قطره خون که با چشم غیر مسلح نمی‌توان دید، می‌تواند تمام کدهای وراثتی انسان را با استفاده از روش‌های ژنتیکی تعیین کند. آزمایش‌های ژنتیکی مثل تعیین ژنوم‌های اختصاصی بر روی توالی DNA بدون هیچ‌گونه نقصی بوده و می‌تواند بسیار اختصاصی باشد. علاوه بر این سلول‌های خون و سایر بافت‌های بدن سال‌های سال حافظه وراثتی و تمام برنامه‌ریزی‌های خاص را با خود همراه دارد و به صورت کدهایی که هنوز دانشمندان در تلاش برای یافتن آن‌ها هستند از اجدادمان به ما منتقل شده‌اند. یکی از این کدها در گروه خون جای دارد [۳۴].

انسان‌ها از حیث گروه خونی به چهار دسته یا فنوتیپ A، B، O و AB تقسیم می‌شوند. ثابت شده است که خصوصیت هر یک از این دسته‌ها به وراثت برمی‌گردد [۳۵]. این گروه‌های خونی مانند اثر انگشت عامل‌های ژنتیکی قوی هستند که مانند DNA برای تشخیص فرد به کار برده می‌شوند [۳۴]. دانستن گروه‌های خونی افراد استفاده‌های زیادی دارد؛ مثلاً گروه خونی هر فرد اسرار سلامتی، بیماری، طول عمر، قوای جسمانی و نیروی عاطفی او را کشف می‌کند و حتی گروه خون، آمادگی هر فرد برای بیماری، غذای مورد نیاز او و نوع ورزش فردی و خصوصیات فردی او را تعیین می‌کند. در بیمارستان‌های بزرگ گاهی ممکن است تعویض نوزادان باعث ایجاد اختلاف بین دو خانواده شود. در این قبیل موارد آزمایش خون هر فرزند با پدر و مادر تا حد زیادی جواب صحیح را به دست می‌دهد. در هر صورت باید در نظر داشت که گروه خون در این سیستم تا حدود زیادی می‌تواند در پیدا کردن مجهول مؤثر باشد، ولی به طور دقیق نمی‌توان ثابت کرد که کودک، فرزند پدر فرضی باشد؛ زیرا گاهی پدر حقیقی و فرد مظنون هر دو دارای گروه خونی مشابه هستند.

آزمایش DNA

علم ژنتیک یکی از شاخه‌های علوم زیستی است که به وسیله قوانین و مفاهیم موجود در آن می‌توانیم به تشابه یا عدم تشابه دو موجود نسبت به یکدیگر پی ببریم؛ زیرا این علم، علم انتقال اطلاعات بیولوژیکی از یک سلول به سلول دیگر، از والد به نوزاد و از یک نسل به نسل بعد است. علاوه بر کاربری در کشف جرم در تشخیص هویت اجساد مجهول‌الهویه و اجساد متلاشی‌شده از

2. Deoxyribonucleic acid

پرونده‌ها از علم قاضی صحبت می‌شود.

برخی نیز تمایل به این نظریه دارند که آزمایش ژنتیک در عرض ادله دیگر نظیر اماره فراش قرار می‌گیرد و می‌تواند مثبت نسب مشروع باشد. به نظر می‌رسد از لحاظ اصول شرعی و قانونی نتیجه آزمایش ژنتیک نمی‌تواند به‌تنهایی در اثبات نسب شرعی استفاده شود؛ زیرا این آزمایش در دقیق‌ترین حالت می‌تواند رابطه خونی را اثبات کند. حال آنکه نسب شرعی مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی علاوه بر رابطه خونی، یک رابطه حقوقی نیز هست. به همین دلیل حتی در مواقعی که رابطه خونی و ژنتیک مسلم است و تردیدی در آن نیست، نمی‌توان لزوماً حکم به وقوع نسب شرعی و قانونی داد؛ مانند مواردی که زن و مردی قبل از عقد نکاح، با هم ارتباط داشته و صاحب فرزندی شوند. این طفل بدون شک از منظر آزمایش ژنتیک منتسب به این زن و مرد است، اما مطابق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی دارای نسب شرعی و قانونی نیست و آثار حقوقی نسب بر او بار نمی‌شود؛ زیرا در حقوق ایران نسب هنگامی مشروع است که پدر و مادر طفل در حین انعقاد نطفه، دارای رابطه زوجیت صحیح اعم از نکاح دائمی یا منقطع باشند و از تاریخ نزدیکی آنان کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه نگذشته باشد؛ بنابراین بدون تحقق شرایط اماره فراش نمی‌توان به نتیجه آزمایش ژنتیک برای وجود نسب مشروع اعتنا کرد.

بررسی حجیت فقهی آزمایش DNA

واضح است در صورت اثبات کامل نبودن شرایط اماره فراش، تنها انکار ولد از سوی پدر کفایت می‌کند، چنان‌که طفل در فاصله کمتر از شش ماه بعد از نزدیکی یا بیشتر از ده ماه به دنیا آمده باشد، نفی ولد آسان خواهد بود. فقهای مشهور امامیه معتقدند که بر شوهر واجب است که طفل را از خود نفی کند؛ زیرا می‌داند در واقع فرزند او نیست پس اعتراف او به نسب و الحاق احکام نسب در مورد طفل حرام است، برخی مانند شیخ طوسی و شیخ مفید در مورد مذکور شوهر را مخیر بین نفی ولد و اعتراف به نسب می‌دانند [۴۸]. فقهای متقدم به اتفاق، در صورت کامل بودن شرایط اماره فراش، نفی نسب را تنها از طریق لعان جایز می‌دانند و اعتقاد ایشان مبین انحصاری بودن راه نفی نسب در صورت محقق شدن اماره فراش به شیوه لعان است و حتی معتقدند در صورت تحقق زنا، فرزند جز از راه لعان نفی نمی‌شود؛ بنابراین با توجه به تعابیر فقها در باب نفی ولد می‌توان مخالفت آن‌ها را با پذیرش روش‌های جدید جهت نفی نسب مشروع، دریافت [۴۹].

لعان یعنی شوهر دلیلی بر ادعای خود مبنی بر نفی ولد ندارد و برای سقوط حد قذف از خود (زمانی که به همسر عقیفه خود که با وی نزدیکی کرده نسبت زنا می‌دهد) با توسل به لعان، بدون نیاز به هیچ‌گونه دلیل و بینه‌ای فرزند را از خود نفی می‌کند [۴۸]. آزمایش DNA فقط وجود نسب یا انتفای رابطه ابوت را ثابت می‌کند، ولی لعان آثار دیگری غیر از انتفای ولد از جمله رفع حد

در هریک از راه‌های بررسی مولکول DNA همواره مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارد که به طور قطع می‌توان درباره آن‌ها اظهار نظر کرد [۴۳]. با این حال، نتایج این آزمایش‌ها در سایر موارد هیچ‌گاه به صددرصد تعیین‌کننده نیست؛ علت این است که برای رسیدن به یک نتیجه صددرصدی لازم است کل مردان دنیا آزمایش شوند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجه یقینی دست یافت. با این حال، وجود احتمال بالاتر از ۹۹/۹۹ درصد عملاً به مفهوم اثبات رابطه ابوت است.

بهتر است نکاتی در رابطه با انجام این آزمایش رعایت شود؛ زیرا کوچک‌ترین خطای آزمایشگاهی باعث کاهش اعتبار علمی آزمایش می‌شود.

- جهت اطمینان بیشتر، بهتر است خون‌گیری جهت انجام آزمایش ژنتیک، پس از سپری شدن ایام بارداری یا وضع حمل، باشد؛ زیرا مقداری از خون جنین وارد خون مادر می‌شود [۴۴].

- اگر یکی از خویشان همسر زوجه (مثلاً پدر شوهر یا برادر شوهر) با او رابطه نامشروع یا به شبهه برقرار کرده باشند، یا دو مرد که رابطه خویشاوندی دارند (مثلاً دو برادر) با زنی رابطه نامشروع داشته باشند و در تعیین پدر خونی طفل اختلاف باشد، کار پیچیده می‌شود؛ بنابراین باید در انجام آزمایش دقت زیادی شود. حال اگر این اتفاق در خانواده‌هایی رخ دهد که زن و شوهر قرابت نسبی نیز داشته باشند، موضوع پیچیده‌تر می‌شود. مثلاً زوجه با برادر شوهرش که در ضمن پسر عمویش نیز هست، رابطه نامشروع برقرار کند، در این مورد، چون دو برادر با هم ۵۰ درصد شباهت ژنی دارند، تشخیص اینکه فرزند به کدامیک تعلق دارد، مشکل‌تر خواهد شد. از طرف دیگر چون زوجه با برادر شوهرش، دخترعمو پسرعمو بوده‌اند و منشأ واحدی دارند باید به آنالیز DNA آن‌ها و طفل، توجه ویژه‌ای شود. از این فراتر در فرضی است که زوج با برادرش، دوقلوی همسان (یک‌تخمکی) باشند و چون از لحاظ ژنتیکی تقریباً یکسان‌اند و اختلاف ژنی آن‌ها بسیار کم است، از این آزمایش نیز نمی‌توان به نتیجه رسید [۴۵].

بررسی اعتبار آزمایش‌های نوین اثبات نسب

با توجه به اطمینانی که از نتایج آزمایش DNA حاصل می‌شود برخی نویسندگان بر این باورند که آزمایش مذکور نمی‌تواند اماره باشد؛ زیرا قطعیت صددرصد دارد [۴۶]. در مقابل، برخی معتقدند که قرائن و امارات قطعی همانند کارشناسی‌های دقیق و علمی مانند آزمایش ژنتیک در ردیف اماره‌ها و دلایل ظنی هستند؛ زیرا اعتماد قاضی بر نظر متخصص، به دلیل اینکه یقین کارشناس به دادرسی منتقل نمی‌شود، موجب ظن معتبر است و اماره محسوب می‌شود [۴۷]. همان‌طور که قبلاً بیان شد، متخصصان این رشته به احتمال خطا در آزمایش‌های ژنتیکی اذعان دارند و آن‌ها را قطعی نمی‌دانند؛ پس به طریق اولی این آزمایش‌ها نمی‌توانند برای قاضی قطع و یقین ایجاد کنند. به همین دلیل در این

هم به عنوان یک ادعا به هریک از ادله مذکور بتوان استناد کرد.

در استفاده از آزمایش‌های ژنتیک بر خلاف فقه امامیه که معتقد است در صورت کامل بودن اماره فراش تنها از طریق لعان می‌توان نفی ولد کرد، بیشتر حقوق‌دانان معتقدند در قانون مدنی با توجه به ماده ۱۳۲۳، محدودیتی به لحاظ دلیل در اثبات خلاف اماره فراش و نفی ولد وجود ندارد و از این رو با استفاده از هر دلیلی می‌توان خلاف اماره فراش را ثابت کرد و در ذیل این ادله به آزمایش‌های پزشکی اشاره کرده‌اند. برخی نیز با وجود اینکه استدلال خوبی در مورد استفاده از ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی مبنی بر محدوده و معنای اثبات خلاف اماره فراش بیان شده، معتقدند که حفظ ثبات خانواده با نظر فقها مبنی بر حصر نفی نسب از طریق لعان در صورت کامل بودن شرایط فراش صحیح سازگارتر است، ولی گرایش حقوق‌دانان به پذیرش دلایل مخالف اماره فراش را از جهات علمی قابل دفاع دانسته‌اند [۴۹].

عده‌ای نیز آزمایش‌های DNA را در شمار دلایل کارشناسی آورده و بر این عقیده‌اند که از این آزمایش‌ها در انتقایی انتساب طفل به شوهر می‌توان بهره برد، اما در اثبات نسب مشروع به تنهایی نمی‌تواند مثبت باشد، بلکه به عنوان جزئی از امارات قضایی می‌تواند مورد توجه دادرس قرار گیرد [۱۴].

گرچه اظهار نظر حقوق‌دانان تقریباً به موارد فوق محدود شده است، اما نکته حائز اهمیت این است که از میان همین عده، کسی معتقد به عدم اعتبار مطلق آزمایش‌های DNA نیست و صرفاً در نوع استناد به آن اختلاف نظر وجود دارد؛ در حالی که از نظریه برخی مراجع تقلید عدم قابلیت مطلق استفاده از این گونه آزمایش‌ها در جهت اثبات نسب مشروع قابل استنباط است.

برخی از نویسندگان نیز با توجه به حساس دانستن مسئله نفی ولد و حفظ حریم خانواده و اتفاق نظر علمای امامیه به حصری بودن راه نفی نسب به لعان، در صورت کامل بودن شرایط تحقق اماره فراش، قائل به عدم پذیرش حجیت آزمایش DNA در نفی نسب در صورت جاری بودن اماره فراش هستند؛ چراکه اساساً در بُعد قانون‌گذاری و بررسی حقوقی نمی‌توان در چنین موضوع حساسی با توجه به پیامدهای منفی آن (نفی ولد از راهی همچون آزمایش DNA) به نتیجه این آزمایش، وجهه قانونی داد و حکم الهی لعان را کنار گذاشت و در واقع راه جدیدی برای تسریع در نفی ولد ایجاد کرد، در حالی که فاقد آثار لعان و در تعارض با فلسفه تشریح این حکم الهی است. با توجه به مطالب بیان شده روشن شد این موضوع به رغم اینکه بسیار فراگیر است، اما رویه واحدی در خصوص آن وجود ندارد و نه تنها در بین فقها و حقوق‌دانان، بلکه در بین محاکم نیز در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد.

برخی محاکم با استناد به آزمایش DNA، اثبات نسب مشروع را قبول یا رد می‌کنند و آن را بر قاعده فراش ترجیح می‌دهند، اما برخی دیگر از محاکم، قاعده فراش را مقدم داشته و آن را به

قذف و زنا و انحلال نکاح را نیز به دنبال دارد؛ در حالی که این آثار بر نتایج حاصل از DNA مترتب نیست [۴۹].

در مورد نظر فقهای متأخر، مرکز تحقیقات فقهی در جواب این سؤال که آیا نتیجه آزمایش‌های ژنتیک از لحاظ شرعی می‌تواند دلیلی برای اثبات و یا نفی ولد باشد یا خیر آورده است: «با توجه به استفتائات انجام‌شده از مراجع عظام، توسط این مرکز، اکثر آنان اظهار داشته‌اند آزمایش‌های دقیق علمی به عنوان دلیل اثبات نسب حجیت ندارند، مگر این که موجب حصول علم شوند» [۵۰] و در ادامه مطرح کرده است: «در صورت وجود علقه زوجیت و وقوع نزدیکی و تولد طفل در فاصله بین اقل و اکثر مدت حمل (شش ماه تا ده ماه) قاعده فراش جاری است و حکم مسئله همان است که در مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۰ قانون مدنی آمده که مطابق موازین فقهی وضع شده است و به طور خلاصه، الحاق طفل به شوهر، شرعاً و قانوناً ثابت است و نیاز به دلیل ندارد و نفی ولد نیز جز به طریق لعان ممکن نیست و نظریه پزشک قانونی و آزمایش‌های ژنتیکی در این مورد حجیت ندارد؛ اما اگر شرایط فراش (وجود رابطه زوجیت و اینکه از زمان نزدیکی آنان تا تولد طفل کمتر از شش ماه یا بیشتر از ده ماه نگذشته باشد) محقق نباشد، ادعای نفی ولد زوج پذیرفته می‌شود و در این فرض چون شرعاً و قانوناً طفل ملحق به زوج نیست، صرف نفی ولد توسط زوج کافی است و نیاز به لعان یا انجام آزمایش‌های ژنتیکی جهت نفی ولد نیست».

استفتائی در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید به عمل آمده است. اکثریت بر این عقیده‌اند که در صورت حصول علم برای قاضی می‌توان بر مبنای آن علم عمل کرد. البته تمامی فقهای مذکور بر این امر اتفاق نظر دارند که بر اساس این آزمایش‌ها نمی‌توان متهم را حد یا تعزیر کرد. این آزمایش‌ها اثبات نسب مشروع نمی‌کند، بلکه صرفاً اثبات رابطه خونی بین طفل و متهم می‌کند. ضمن اینکه غالباً در چنین دعاوی‌ای، محتویات پرونده همراه با آزمایش‌های ژنتیک جمعاً قرینه‌ای برای وجود رابطه خونی است. بنابراین در دعاوی‌ای که سؤال از وجود رابطه خونی باشد، آزمایش ژنتیک این رابطه را می‌تواند اثبات کند، اما در مواردی که سؤال از وجود نسب مشروع باشد، نتیجه آزمایش ژنتیک مستقلاً و به تنهایی چیزی را اثبات نمی‌کند [۴۵].

اعتبار آزمایش ژنتیک از دیدگاه حقوق

ادله اثبات دعوی مطابق ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی شامل اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات و قسم است. قانون آیین دادرسی مدنی علاوه بر موارد مذکور معاینه محل، تحقیق محلی و کارشناسی را نیز در زمره این ادله آورده است؛ بنابراین قانون‌گذار در ارائه دلیل برای اثبات دعوی محدودیتی قائل نشده، با این حال در خصوص ادله اثبات نسب نیز تصریحی وجود ندارد و صرفاً در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ قانون مدنی به اماره فراش و در ماده ۱۲۷۳ به اقرار به نسب اشاره کرده است. گرچه به نظر می‌رسد برای اثبات نسب

عنوان یک اماره شرعی همواره مقدم می‌دانند.

این مصلحت اجتماعی را که اساس قاعده است در نظر نمی‌گیرد.

یافته‌ها

بحث و نتیجه‌گیری

رویکرد اخلاقی قاعده فرایش در مقایسه با شیوه‌های نوین اثبات نسب

یکی از طرق اثبات نسب در فقه، قاعده فرایش است که همیشه منطبق با واقع نیست، اما اغلب با واقعیت انطباق دارد (به همین جهت «اماره» خوانده می‌شود). این اماره بر اساس یک مصلحت اجتماعی و جهت جلوگیری از ادعاهای واهی و هرج و مرج در نظام خانواده وضع شده و تزلزل آن باعث متلاشی شدن کانون خانواده می‌شود و کمک می‌کند تا نسب مشروع و قانونی از نسب نامشروع باز شناخته شود که خدای ناکرده حقی از کودکی بی‌سرپناه ضایع نشود؛ هر چند اصول دستورات شرعی ما نیز اقتضا می‌کند تا جایی که امکان دارد، حکم بر زنازادگی و نامشروع بودن انسانی نشود؛ زیرا باید امور مسلمانان را مطابق اصل عدم تجسس، اصل صحت و اصل براءت و «... اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ اِنَّهُ...» (حجرات/۱۲) حمل بر صحت کرد. در فقه ما، اثبات خلاف قاعده فرایش از طریق توسل به ظاهر قیافه و رنگ چهره و آزمایش ژنتیک و قرائن دیگر قابل اثبات نیست. اما در بحث اثبات نسب با توجه به عدم وجود دلیلی مبنی بر انحصار ادله، استناد به راه‌های قطعی چون آزمایش DNA را می‌توان مورد پذیرش قرار داد، ولی در نفی نسب مسئله متفاوت است؛ چراکه شارع با توجه به حساسیت و ظرافت حفظ حریم خانواده و پیامدهای منفی نفی ولد و در مظان اتهام قرار گرفتن مادر و غیره با احتیاط بیشتر و به نوعی انحصاری عمل کرده است؛ به گونه‌ای که در مورد نفی ولد با وجود محقق بودن شرایط اماره فرایش، جز از طریق لعان بنا به اتفاق علمای امامیه و جز با یقین به انتفا نمی‌توان اقدام کرد.

آزمایش ژنتیک در دقیق‌ترین حالت می‌تواند رابطه خونی را اثبات کند؛ بنابراین این آزمایش بدون وجود شرایط اماره فرایش نمی‌تواند به‌خودی‌خود مستقلاً در اثبات نسب مشروع مورد استفاده قرار گیرد.

ملاحظات اخلاقی

پیروی از اصول اخلاق پژوهش

تمامی اصول اخلاقی در این پژوهش رعایت شده است.

حامی مالی

این مقاله مستخرج از پایان‌نامه نویسنده اول در گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، است.

مشارکت‌نویسندگان

معرفی منابع، روش‌شناسی و تجزیه و تحلیل مطالب: سید مهدی میرداداشی؛ نظارت: محمد صادقی؛ آماده‌سازی مطالب: مهناز عسگری غنچه

در اصل حقوق اسلامی هیچ‌گاه از مسائل اخلاقی جدا نیست. اساس شریعت ما بر مصالح و مفاسد اجتماعی استوار است. شرع مصلحت‌هایی را که برای حفظ کانون خانواده تشخیص داده شده است جذب و مفسده‌ها را دفع می‌کند. اما از نظر شرع هر مصلحت و مفسده‌ای نمی‌تواند منشأ اثر و علت حکم باشد؛ بلکه مهم‌ترین هدف شارع حفظ پنج رکن ضروری زندگی بشر است که عبارت‌اند از: مواظبت از دین، جان انسان، عقل، نسل و مال مردم؛ بنابراین هر چه در بر دارنده حفظ و برپایی این اصول باشد، مصلحت است و هر چه از آن‌ها بکاهد و موجب نقصی در آن‌ها شود، مفسده است. طبق قاعده فرایش نوزاد متعلق به کانون خانواده است و تا زمانی که کانون خانواده پابرجاست، زن و مرد به یکدیگر تعهد اخلاقی دارند و این تعهد در پذیرش نوزاد متولدشده، توسط مرد نیز تجلی پیدا می‌کند. اگر به قاعده فرایش نگرشی اخلاقی داشته باشیم، قطعاً در تحلیل‌های فقهی ما مؤثر خواهد بود. شارع با وضع قاعده فرامکانی و فرازمانی فرایش با کمترین هزینه و سریع‌ترین راه‌حل خواسته شخصیت ولد و صاحب فرایش را حفظ کند و از نگوهرش و تحقیقی که با این اتفاق متوجه کانون خانواده می‌شود و باعث تباهی بنیان خانواده و شخصیت افراد می‌شود، پیشگیری کند؛ در حالی که روش‌های پیشرفته اثبات نسب، ضمن اینکه عاری از خطا و اشتباه و اعمال نفوذ افراد نیستند، فلسفه‌ای را که بر مبنای آن قاعده فرایش جعل شده، نادیده گرفته‌اند که این امر موجب تأثیرات منفی بسیاری به لحاظ اخلاقی در جامعه می‌شود.

در مجموع، در خصوص اثبات نسب پدری باید شرایط اماره فرایش فراهم باشد تا قاضی حکم به نسب مشروع دهد و آزمایش‌های ژنتیک می‌توانند وجود رابطه طبیعی و خونی را محرز کنند؛ شاهد مدعا مفاد ماده‌های ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ قانون مدنی است که مقرر می‌دارند با وجود تحقق شرایط اماره فرایش و اقرار صریح یا ضمنی شوهر به ابوت خود، در هر حال پس از انقضای دو ماه از تاریخ مطلع شدن از تولد طفل، دعوی نفی ولد از او مسموع نخواهد بود. به همین دلیل، بدون تحقق اماره فرایش، از طریق آزمایش ژنتیک امکان حصول علم به وجود رابطه نسب مشروع فراهم نیست. به نظر می‌رسد مسئله‌ای که در آن دقت لازم به عمل نیامده، هدف شارع از بنیان‌گذاری قاعده کلی و عام فرامکانی و فرازمانی، فرایش است که در جهت جلوگیری از فروپاشی خانواده و حفظ عفت خانوادگی به وجود آمده و کمک می‌کند تا نسب مشروع از نسب نامشروع باز شناخته شود و حقی از طفلی بی‌سرپناه و مظلوم ضایع نشود و حقوق مالی و غیرمالی او حفظ شود. در حالی که دستاوردهای پیشرفته علم پزشکی

تعارض منافع

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

تشکر و قدردانی

بدین وسیله از مسئولین محترم دانشکده علوم انسانی دانشگاه آزاد اسلامی قم و استادان بزرگوار جناب آقای دکتر سید مهدی میرداداشی و جناب آقای دکتر محمد صادقی و تمام افرادی که به نحوی در بررسی و تنظیم مقاله زحمت کشیده‌اند کمال تشکر را داریم.

References

- [1] Katuzian N. Family rights. 3th edition. Tehran: Enteshar Company in Cooperation with Bahman Borna; 2004.
- [2] Moein M. Persian dictionary. 19th edition. Tehran: Amir Kabir Publications; 2002.
- [3] Safaei SH, Emami A. Family rights. 4th edition. Tehran: Dadgostar Publication; 2001.
- [4] Emami A. Parentage in rights of Iran & France. Tehran: Musavi Publications; 1970.
- [5] Langerudi Jafari MJ. Outstretched in terminology. 1th edition. Tehran: Ahmadi publication; 1999.
- [6] Badran AB. Jurisprudence in personal statues. Beirut: Dar Al-nahda; 1967. [In Arabic]
- [7] Lankarani Fazel MJ. Jurisprudence study artificial inoculators. 1th edition. Qom: Imams Jurisprudence Center; 2008.
- [8] Amid H. Amid Persian dictionary. 1th edition. Tehran: Behnud; 2010.
- [9] Baqeri A, Ayattollah Shirazi R. Research of as an argument with a critical approach to New Ways of Parentage's Proof. Judgment. 2015; 82:79-95. [In Persian] http://www.ghazavat.org/article_34001.html?lang=en
- [10] Naghibi SA. The peculiarities of family jurisprudential rules & its applicability in civil law. Family Law and Jurisprudence Journal. 2011; 16(55):45-69. [In Persian] http://flj.journals.iu.ac.ir/article_39433_en.html
- [11] Irvani Sheikh B. Preparation lessons in the law. Qom: House of Fiqh for printing and publishing; 2014. [In Arabic] <http://lib.eshia.ir/10384/1/0>
- [12] Musavi Bojnurdi MH. Jurisprudence rules. 1th edition. Najaf: Alright; 1969.
- [13] Irvani Sheikh B. Jurisprudence rules. 1th edition. Qom: Jurisprudence Printing and Publications Institute; 1996.
- [14] Naeini Sadeqnejad M. Review meetings and investigation of judicial votes, conflicting rule conflict and the result of dna test. 1th edition. Tehran: The Judiciary; 2016. [In Persian]
- [15] Ameli Hor M. Elaborating on the means of the Shi'a to collecting Sharia issues. Qom: Al Arabia Revival, 1993. [In Arabic]
- [16] Langerudi Jafari MJ. Terminology of law, Tehran. Treasure of Knowledge; 1993.
- [17] Khoeyni Q. Evidence the stability of lawsuit and its comparative investigation. 1th edition. Tehran: The Virtue of Science; 2002.
- [18] Esfehiani Raqeb H. Individuals in the holy Qoran. Egypt: The Book; 1983.
- [19] Langerudi Jafari MJ. Encyclopedia of islamic sciences (judicial). 3th edition. Tehran: Treasure of Knowledge; 2002.
- [20] Mozafar MR. Principles of Jurisprudence. 2th edition. Qom: Islamic School of Scientists; 1994.
- [21] Madani J. Civil litigation method. 4th edition. Tehran: Treasure of Knowledge; 1999.
- [22] Khorsandian MA. Study of argument the knowledge of the judge in jurisprudence and Iran rights. J Soc Sci Humanit, Shiraz Univ. 2004; 21(2);59-76. [In Persian] <https://www.magiran.com/paper/901301>
- [23] Kasani A. New rights of arts. 1th edition. Beirut: Arab Historical Institute; 1996.
- [24] Taheri Araghi A. Sexual relationship entry [Internet]. 2001. [Retrieved 2020 December 09]. [In Persian] Available from: <http://www.encyclopaediaislamica.com/madkhal2.php?sid=2553>
- [25] Musavian SA. The justice of jurisprudence in jurisprudence. J Articles Rev. 2005; 38(3):93-119. [In Persian] https://jmb.ut.ac.ir/article_12759.html
- [26] Abuei Mehrizi H. Judgment of the patient's confession from the point of view of the Khamseh religions. J Articles Rev. 2001; 69:117-34. [In Persian] https://jmb.ut.ac.ir/article_13045.html
- [27] Sheikh NiaAH. Evidence to prove a claim. 2th edition. Tehran: Joint Stock Publications; 1995.
- [28] Sadegi M. Personal status of ahle sonnat (marriage) in the Shafi'i and Hanafi religion. 2th edition. Tehran, Khorsandi Publications; 2015. [In Persian] <http://opac.nlai.ir/opac-prod/bibliographic/1973494>
- [29] Mohammadi A. Jurisprudence Rules. 2th edition. Tehran: Yalda; 1995. [In Persian] http://opac.nlai.ir/opac-prod/search/brief-ListSearch.do?command=FULL_VIEW&id=3175681&pageStatus=2&sortKeyValue1=sortkey_title&sortKeyValue2=sortkey_author
- [30] Ashari MJ. Study the lottery validity reason. 1th edition. Qom: Islamic Publicatio Office; 2003.
- [31] Hossein Alkarimi Qomi H. Rule of draw. 1th edition. Qom: Imams Jurisprudence Center; 1999.
- [32] Musavi Bojnurdi SM. Jurisprudence rules. 2th edition. Najaf: Literature Publications; 1993.
- [33] Mahmudi Dashti A. Evidence for proof of a case. 1th edition. Qom: Islamic Thought Academy; 1994.
- [34] Zab Z. Proper nutrition for the blood group O. 1th edition. Qom: Elina Publications; 2014.
- [35] Khavari H, Shariati M. Public Inheritance. Tehran: Asia Publications; 1970.
- [36] Fakhraz MR. The History of Genetic Science and its Application to the Scientific Discovery of Crime. Disciplinary Knowledge Research. 2001; (8):88-97. [In Persian] noormags.ir/view/fa/magazine/number/14391
- [37] Qodarzi F, Kiani M. Forensic medicine for law students. Tehran: Samt; 2005.
- [38] Watson J. Molecular Biology of the Gene [P. Pasalar, A. Samadi, Persian trans]. Tehran: University of Tehran; 1997.

- [39] Tabaei Sadat M. The role of DNA test as a proof of kinship in view of Islamic Jurisprudence and Iranian civil law. *Family Law and Jurisprudence Journal*. 2012; 56:1-26. [In Persian] http://flj.journals.isu.ac.ir/article_39426_ba35578c905a249010e3de029606101b.pdf?lang=en
- [40] Moazen Zadegan HA, Azimifar B. *Biological ethics from a legal perspective, philosophical & scientific*. 2nd edition. Tehran: Samt; 2005.
- [41] Ghavili Gilaneh A. *Way to proof parentage in shafei jurisprudence and civil rights in IRAN*. [MA Thesis]. Tehran: Tehran University; 2008. [In Persian]
- [42] Amani MS. The role of DNA in identification [Internet]. 1389 [Retrieved 2020 Nov 23] [In Persian] Accessible from: <http://kooldinali.parsiblog.com/Posts/360/>.
- [43] Saburi AR, Yadegari H. Estimation of efficiency of blood group in comparison with DNA typing tests in disputed paternity. *Sci J Forensic Med*. 2007; 13(1):25-29. [In Persian] http://sjfm.ir/browse.php?a_code=A-10-1-34&sid=1&slc_lang=fa
- [44] Mirdamadi H. *Immunology*. Tehran: Tehran University Publications; 1956. [In Persian] http://opac.nlai.ir/opac-prod/search/briefListSearch.do?command=FULL_VI&id=891828&pageStatus=2&sortKeyValue1=sortkey_title&sortKeyValue2=sortkey_author
- [45] Ameri P, Yasininia H. The role of genetic evidence in affiliation proceedings. *Fam Law Jurisprud J*. 2016; 21(65):55-81. [In Persian] http://flj.journals.isu.ac.ir/article_62032_en.html
- [46] Qarjelu AR. Judicial in Iranian and British law. *Leg Res Q*. 2009; 12(49):461-511. [In Persian] http://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56414.html
- [47] Karimi A. Rational explanation of the judicial reason. *J Privlaw stud*. 2007; 37(4):191-203. [In Persian] <https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?id=73116>
- [48] Tavasoli Z, Kermani N. Comparative study of religious denial in Iranian law and Imam Jurisprudence. *J Hum Sci Res*. 2015; 1(5):51-80. [In Persian] <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/69728/76/text>
- [49] Pileh A, Alavi Qazvini SA, Raziei A. Validity of DNA test in generation. *Priv low*. 2013; 10(1):139-57. [In Persian] <https://www.sid.ir/fa/Journal/ViewPaper.aspx?id=225411>
- [50] Educational Research Assistant of the Judiciary, Jurisprudence Research Center, *A series of Jurisprudence Advisory Theories in Legal Affairs*. 1th edition. Tehran: Jungle Publications; 2009.