

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دفتر برنامه‌ریزی و سیاست‌گذاری امور پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری پس از بررسی مستندات کنگره، با توجه به جایگاه علمی برگزارکنندگان و کارگروه مربوط به آن، سطح علمی و پژوهشی چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی را تایید کرد. این موضوع طی نامه‌ای به شماره ۱۳۹۵۶۸ مورخ ۱۳۹۵/۰۷/۰۳ به اطلاع شورای سیاست‌گذاری کنگره رسیده است.



**مجموعه مقالات
چهارمین کنگره بین المللی
علوم انسانی اسلامی**

کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی

اسامی هیئت داوران

کمیسیون «فقه و حقوق اسلامی» رئیس کمیسیون: دکتر محمود حکمت نیا

اسامی داوران به ترتیب حروف الفبا:

- احمد احسانی فر: دکترای حقوق از پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- سجاد ایزدهی: دانشیار گروه سیاست پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- مصطفی بختیاروند: دانشیار گروه حقوق مالکیت فکری دانشگاه قم
- غلامرضا پیوندی: استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- محمد جواد جاوید: استاد گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران
- محمود حکمت نیا: استاد گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- عبدالله رجبی: استادیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس فارابی
- اکبر رهنما: دانشیار دانشکده علوم انسانی دانشگاه شاهد
- محمد شجاعیان: استادیار گروه علوم سیاسی پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- اکبر طلاهی طرقي: استادیار مرکز مطالعات عالی انقلاب اسلامی دانشگاه تهران
- سید محمد مهدی غمامی: عضو هیئت علمی گروه حقوق عمومی دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه السلام)
- مصطفی کاظمی نجف‌آبادی: استادیار پژوهشگاه حوزه و دانشگاه
- سید محمد حسین کاظمینی: دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
- علی محمدی: استادیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- محمد مهدی مقدادی: عضو هیئت علمی دانشکده حقوق دانشگاه مفید
- مصطفی نصرآبادی: پژوهشگر فقه و حقوق
- فرج‌الله هدایت‌نیا: دانشیار گروه فقه و حقوق پژوهشکده نظام‌های اسلامی پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- محمد یزدیان محمدی: کارشناسی ارشد دانشگاه علامه طباطبائی (ره)

سرشناسه	: کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی (چهارمین: ۱۳۹۶: تهران)
عنوان و نام پدیدآور	: International Conference on Islamic Humanities (4th : 2017 : Tehran)
مجموعه مقالات چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی نویسندگان جمعی از نویسندگان مقاله در چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی: حامیان برگزاری کنگره مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا... (و دیگران):	: ویراستار مرتضی طباطبایی
مشخصات نشر	: تهران: آفتاب توسعه، ۱۳۹۸ -
مشخصات ظاهری	: ج ۱۰:
شابک	: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۶۸۹: دوره: ۲۱. ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۰: ج. ۲: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۱۹: ج. ۲:
	: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۲۳: ج. ۳: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۳۳: ج. ۴: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۴۰: ج. ۵: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۵۷: ج. ۶: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۶۴: ج. ۷: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۷۱: ج. ۸: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۸۸: ج. ۹: ۹۷۸۹۶۴۷۸۶۷۷۹۵: ج. ۱۰:
وضعیت فهرست نویسی	: فیبا
یادداشت	: کتابنامه.
مندرجات	: ۱. کمیسیون تخصصی تعلیم و تربیت اسلامی. - ج. ۲. کمیسیون تخصصی فلسفه و روش‌شناسی علوم انسانی اسلامی. - ج. ۳. کمیسیون تخصصی مدیریت اسلامی. - ج. ۴. کمیسیون تخصصی علوم سیاسی اسلامی. - ج. ۵. کمیسیون تخصصی اقتصاد اسلامی. - ج. ۶. مقالات کمیسیون تخصصی تمدن نوین اسلامی. - ج. ۷. مقالات کمیسیون تخصصی روان‌شناسی اسلامی. - ج. ۸. مقالات کمیسیون تخصصی هنر و معماری اسلامی. - ج. ۹. مقالات کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی. - ج. ۱۰. مقالات کمیسیون تخصصی ارتباطات و جامعه‌شناسی اسلامی. -
موضوع	: علوم انسانی (اسلام) -- کنگره‌ها
موضوع	: Humanities (Islam) -- Congresses
موضوع	: علوم انسانی -- کنگره‌ها
موضوع	: Humanities -- Congresses
شناسه افزوده	: مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا
رده بندی کنگره	: BP۲۳۲
رده بندی دیویی	: ۲۹۷/۴۸۵
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۹۴۰۳۹۸

مجموعه مقالات چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی

جلد نهم | کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی

ناشر: انتشارات آفتاب توسعه (ناشر آثار مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا)

نویسندگان: جمعی از نویسندگان مقاله در چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی

ویراستار: مرتضی طباطبایی

طراحی جلد: سید ایمان نوری نجفی

صفحه آرای: یوسف بهرخ

نوبت و سال انتشار: نخست، بهار ۱۳۹۸

شمارگان: ۵۰۰ دوره

شابک دوره: ۹-۶۸-۷۸۶۷-۷۸۶۴-۹۷۸

شابک: ۸-۷۸-۷۸۶۷-۷۸۶۴-۹۷۸

حق چاپ برای ناشر محفوظ است

نشانی ناشر: تهران، خیابان جمهوری اسلامی، خیابان کشوردوست، کوچه نوشیروان،

پلاک ۲۶، طبقه چهارم، مرکز پژوهش‌های علوم انسانی اسلامی صدرا

تلفکس: ۰۹۰۵۶۰۶۶۴، کد پستی: ۱۳۱۶۷۳۴۴۵۸

پایگاه اینترنتی: www.sccsr.ac.ir

رایانامه: info@sccsr.ac.ir

فهرست مطالب

کمیسیون تخصصی فقه و حقوق اسلامی

- | | |
|-----|--|
| ۹ | ممنوعیت فقهی استفاده از سلاح هسته‌ای در شرایط اضطرار جنگی
احمد احسانی فر |
| ۳۵ | نقض حیثیت معنوی در قلمرو شهادت شهود و جرح شاهد
حسین جاور، حسین هوشمند فیروزآبادی |
| ۵۵ | گفتار در روش‌شناسی مطالعات حقوقی در حقوق ایران
عبدالله رجبی |
| ۸۱ | بررسی مقایسه‌ای مبانی حقوق بشر اسلامی با اعلامیه جهانی حقوق بشر
محمد طادی، دکتر رضا جلالی |
| ۱۰۳ | طراحی نظام جامع حمایت خانواده
فرج‌الله هدایت‌نیا |
| ۱۲۷ | بررسی نتایج کم‌رنگ شدن نقش مادری در قوانین داخلی و بین‌المللی با عنایت به حقوق مادران در آیات قرآن
محمود شفیعی |
| ۱۴۹ | محدودیت زمینه استفاده در قراردادهای مجوز بهره‌برداری حق اختراع در حقوق اتحادیه اروپایی، امریکایی، ایران و فقه امامی
سیدمحمد هادی قبولی درافشان، مصطفی بختیاروند، حجت کرمی |

- ۱۶۵ الگوی احیای حقوق عامه با تحول در نظام هنجارها و ساختارهای قضایی جمهوری اسلامی ایران
سیدمحمد مهدی غمامی
- ۱۸۵ کاربرد روش معناشناسی در علوم انسانی قرآن‌بنیان؛ مطالعه موردی: مفهوم «قسط» در قرآن کریم
محمدحسین اخوان طبسی، روح‌الله داوری
- ۲۱۳ جایگاه حقوق طبیعی در اندیشه حقوق شیعی
ایمان سهرابی
- ۲۳۷ الزامات و راهکارهای ایجاد نهاد ملی حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران (در پرتو قانون اساسی، حقوق بشر اسلامی، اعلامیه پاریس و رویه کشورها)
اکبر طلاپکی طرفی، محمدصالح عطار
- ۲۶۵ تطبیق آرای جان فینیس و مرتضی مطهری در زمینه حقوق طبیعی
ایمان سهرابی
- ۲۸۹ ماهیت سیاست‌های شرعی و اصول استنباط آنها از ادله شرعی
ابوالحسن حسینی
- ۳۰۷ مسئولیت حقوقی دولت و رویکرد دین در پزشکی بازساختی
محمدجواد جاوید
- ۳۲۳ اصول حقوق بشردوستانه در اسلام با نگاهی به حقوق بین‌الملل
عبدالحکیم سلیمی
- ۳۴۷ استقلال ضمانت‌نامه‌های بانکی در حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق ایران و فقه امامیه (عبور از تبعیت به سوی استقلال)
سیدمحمد هادی قبولی درافشان، مصطفی بختیاروند
- ۳۶۳ حق بافروش کالا در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و امکان‌سنجی آن در فقه امامیه
علی‌اکبر جعفری ندوشن
- ۳۸۷ ادله اثبات نسب و اثبات آن به وسیله آزمایش ژنتیک
حوا عرب‌انصاری

ادله اثبات نسب و اثبات آن به وسیله آزمایش ژنتیک

حوا عرب انصاری

طلبه کارشناسی ارشد فقه و اصول مرکز آموزش عالی امام جعفر صادق (ع)، ایران، شاهرود

maryamansari313@gmail.com

چکیده

اثبات نسب در حقوق خانواده آثاری مانند نکاح، میراث، وصایت و محرمیت دارد. امروزه امکان استفاده از آزمایش های ژنتیک در دعاوی اثبات نسب فراهم است. فقها و حقوق دانان آزمایش را در صورتی می پذیرند که علم آور باشد. برخی نیز به طور کلی حجیت آزمایش های ژنتیک را مورد تردید قرار داده اند. این پژوهش در پی بررسی و اثبات دو مسئله است: ۱. بررسی ادله اثبات نسب و گستره آن، ۲. نقش و کارکرد آزمایش ژنتیک در اثبات نسب و تطبیق آن با ادله. به نظر می رسد می توان از آزمایش های ژنتیک در دعاوی اثبات نسب استفاده کرد. **کلیدواژگان:** اماره، اثبات نسب، اقرار، اماره فراش، آزمایش ژنتیک.

مقدمه

در باره نسب با دورویکرد روبه‌رویم: یکی ایجابی و دیگری سلبی؛ یعنی ادعای اثبات نسب و یا نفی نسب. قسمت ایجابی موارد متعددی را در بر می‌گیرد؛ مانند اثبات اینکه مدعی فرزند شخص دیگری است یا پدر یا مادر طفل می‌باشد. این مسئله غالباً در شرایطی است که منشأ ولادت از نکاحی صحیح مانند ازدواج موقت ثبت نشده باشد. در این حال مادر طفل ممکن است ادعای نسب نسبت به همسر موقت خود کند و او را پدر طفل بداند.

در بسیاری از موارد ممکن است پدر و مادری، طفل خود را در زمان نوزادی به خانواده دیگری سپرده باشند و سپس از کار خود پشیمان شوند و اقدام به طرح دعوا علیه پدر خوانده و مادر خوانده کنند. منشأ ولادت و به تبع نسب به دلیل ارتباط وثیق و به هم تنیده ثمرات و نتایجی مانند نکاح و رضاع و محرمیت و وصایت و میراث و در مراحل بعد، دیات، قصاص، وقف، هبه، سکنا و تحبیس، پیش از همه مسئله‌ای شرعی است و رویکردی فقهی-حقوقی دارد؛ لذا با استخدام هر روشی برای احراز نسب، بدون تردید نیازمند اذن شارع خواهیم بود.

در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی ایران، برای اثبات نسب دلایلی از جمله اماره فراش، اقرار، شهادت و قسم و قرعه پیش‌بینی شده و برای نفی نسب، لعان مستظهر است. با این حال گاهی مدعی اثبات یا نفی نسب غیر از خود شخص است و احیاناً برای اقرار و شهادت و لعان، نمی‌توان شأن اماریت در نظر گرفت و به‌ناچار باید راه‌های دیگری را مطرح نظر قرار داد. پس علاوه بر روش‌هایی که در فقه پیش‌بینی شده است، می‌توان از روش‌های نوین (آزمایش‌های ژنتیک) - با در نظر گرفتن تجویز شارع - برای اثبات یا نفی نسب استفاده کرد.

۱. معنانشناسی نسب

نسب (به فتح نون و سین) مصدر بوده، به معنای قرابت میان دوشی است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ص ۴۲۴). در فارسی نسب یعنی نژاد، اصل و خویشاوندی (معین، ۱۳۸۲، ص ۳۳۵۹). نسب مصدر انتساب است و اسم آن نسبه می‌باشد (فراهیدی، ۱۴۱۰، ص ۲۷۱).

احمد بن فارس در تعریف نسب می‌گوید: «النون والسین والباء کلمة واحدة قیاسها اتّصال شیء بشیء. منه التّسبب، سمّی لا تُصّالُه وللا تُصّالِ به». نون و سین و باء کلمه‌ای واحد است و علاقه و رابطه بین دوشیء می‌باشد. نسب نامیده می‌شود، به خاطر اتّصالش و به خاطر اتّصال به او (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ص ۴۲۳).

ابن منظور در لسان العرب در تعریف نسب می‌گوید: «نَسَبُ الْقَرَابَاتِ، وَ هُوَ وَاحِدُ الْأَنْسَابِ»؛ نسب به معنای قرابت و خویشاوندی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ص ۷۵۵) و ابن سکیت آن را از طرف پدر و مادر می‌داند و می‌گوید: «يَكُونُ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ وَالْأَبِّ» (واسطی، ۱۴۱۴ق، ص ۴۲۸). در زبان فارسی نسب یعنی نژاد، اصل و خویشاوندی (معین، ۱۳۸۲، ص ۳۳۵۹؛ دهخدا، ۱۳۷۳، ص ۴۷۰).

اسلام در خصوص حقیقت نسب از عرف پیروی می‌کند و به اصطلاح اصولی برای نسب حقیقت شرعیه و متشرعیه وجود دارد؛^۱ یعنی هم شرع احکامی برای نسب پرداخته است و هم متشرع به بیان مسائل نسب دست یازیده‌اند.

نسب با توجه به تعریف عرف به وجود آمدن انسان از اسپرم مرد و تخمک زن است که منشأ رابطه نسبی می‌باشد. با تعبیری افزون، عرف پس از پیدایش طفل، رابطه اعتباری و قراردادی میان والدین و طفل برقرار می‌کند که نسب نامیده می‌شود؛ البته ارتباطی که نشئت گرفته از علقه زوجیت میان زن و شوهر است.

نسب همان قرابت خویشاوندی است بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل ثالثی باشند و به طور کلی منتهی شدن دو نفر به نشئه واحد است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۶۳). نسب به معنای عام مترادف با قرابت نسبی است و رابطه طبیعی و خونی‌ای است که کلیه خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف را دربر می‌گیرد؛^۲ اما نسب به معنای خاص عبارت است از رابطه پدر-فرزندی یا مادر-فرزندی و رابطه طبیعی و خونی میان دو نفر است که یکی به طور مستقیم و بدون واسطه از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۷۳۶). همه آنچه گفته آمد، در مقابل قرابت سببی است که به واسطه مصاهره و دامادی حاصل می‌شود.

در اصطلاح حقوق دانان، نسب امری است که به واسطه انعقاد نطفه از نزدیکی زن و مرد به وجود می‌آید؛ مانند رابطه طبیعی و خونی بین طفل و آن دو نفر که یکی پدر و دیگری مادر باشد (امامی، ۱۳۶۴، ص ۱۵۱). مفهوم قرابت و آثار آن با مفهوم نسب و آثارش یکی نیستند؛ چنان‌که هیچ‌یک از این دو مفهوم به عمل نزدیکی و سپس ولادت وابسته نیست؛ بلکه نسب نتیجه رابطه

۱. در قرآن درباره نفی رابطه نسبی از فرزندخوانده آمده است: «أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ» (احزاب: ۵). پس صرف اعتبار نسبی برای تحقق آن کفایت نمی‌کند؛ بلکه باید این رابطه اعتباری دارای پشتوانه حقیقی باشد که آن ایجاد فرزند از نطفه پدر و تخمک مادر است.

۲. قرابت نسبی که به وسیله ولادت یکی از دیگری حاصل می‌شود، مانند قرابت جد نسبت به نوه و بالعکس را خط مستقیم گویند (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی ۱۳۸۵، ص ۷۱۱).

زناشویی زوجین است. علاوه بر این نسب دارای انواع متفاوتی از قبیل نسب ناشی از نکاح صحیح (دائم و موقت) و نسب ناشی از نزدیکی به شبهه یا ناشی از لقاح مصنوعی و فرزندخواندگی است. هر یک از اینها در وصف نسب مشترک‌اند و تنها در وصف اعتبار شرعی و قانونی با یکدیگر تمایز و تفاوت می‌یابند.

۲. نقش دی.ان.ای در اثبات نسب

تشخیص هویت به وسیله آزمایش ژنتیک روشی اطمینان‌بخش است. نتایجی که به وسیله این آزمایش‌ها به دست می‌آید، مانند دلایل پیش‌گفته راه‌گشا و مرجح است. حتی در تعارض با اقرار و امارات ابتدایی با اندک تردیدی در ادعای مدعی، به دلیل ماهیت تجربی و حس‌گرایانه‌اش در شهادت می‌تواند مقدم باشد. در ابتدا به تعریفی اجمالی از ماهیت دی.ان.ای و میزان اعتبار آزمایش‌های ژنتیک می‌پردازیم.

۱-۲. ماهیت دی.ان.ای

بدن انسان و دیگر موجودات زنده از واحدهایی به نام سلول ساخته شده است. هر سلول خود از چندین بخش متفاوت تشکیل شده که هسته یکی از این بخش‌هاست و درون آن محتوای ژنتیک وجود دارد. وقتی سلول در حال تقسیم نیست، محتوای ژنتیک به صورت رشته باریک و درهم‌تنیده‌ای دیده می‌شود و توده‌ای را تشکیل می‌دهند که کروماتین نام دارد. وقتی سلول برای تقسیم آماده می‌شود، هر کدام از رشته‌های کروماتین همانندسازی می‌کنند و کروموزوم مضاعف‌شده را تشکیل می‌دهد (غریب و نیکنام، بی‌تا، ص ۱۰۱).

کروموزوم از رشته‌های باریک و بسیار بلندی به نام دی.ان.ای از جنس نوکلئیک اسید و پروتئین به نام هیستون ساخته شده است. زیست‌شناسان عاملی را که موجب انتقال و ویژگی‌های یک نوع جاندار از نسلی به نسل دیگر می‌شود، ماده ژنتیک یا ژنوم می‌نامند. در ماده ژنتیک اطلاعات و دستورالعمل‌هایی نهفته است که بسیاری از ویژگی‌های جاندار به آن بستگی دارد و کشف ماهیت مولکول دی.ان.ای و ساختار شکلی آنها نتیجه تلاش دانشمندانی چون مشیر، گریفیت، ایوری^۱ و

1. frederick griffit

2. oswald avery

کریک^۱. نوکلئیک اسیدها پلیمر هستند و واحدهای مونومری آنها نوکلئید نام دارد. هر نوکلئید از سه بخش تشکیل شده است: ۱. قنددنوکسی ریبوز، ۲. فسفات ۳. یک باز آلی نیتروژن دار. از اتصال نوکلئیدها با یکدیگر پلیمری خطی به وجود می آید که دی.ان.ای هم از زمره این پلیمرهاست. یک مولکول دی.ان.ای هزاران ژن دارد که همانند واگن های قطار به دنبال یکدیگر قرار گرفته اند. از دو رشته تشکیل دهنده دی.ان.ای در هر فرد یک رشته از پدر و دیگری از مادر منشأ می گیرد. هنگام انجام لقاح و تشکیل سلول تخم این دو رشته به هم پیوسته و مولکول دی.ان.ای دو رشته ایجاد می شود. نوع و ترتیب قرار گرفتن نوکلئیدها در طول کل سبب نوکلئوتید موجود در دی.ان.ای انسان، سبب رمزدار کردن آنها می شود که تولیدکننده کلیه صفات و خصوصیات ارثی شناخته می شوند و نیز برای بشر ناشناخته اند (گودرزی و کیانی، ۱۳۸۵، ص ۱۲۷).

۳. میزان اعتبار تشخیص هویت ژنتیک از منظر علم ژنتیک

برخی متخصصان علم ژنتیک مدعی اند که شناسایی افراد خاص به صورت انحصاری، توسط الگوهای RFLP، مشکل به نظر می رسد؛ زیرا همیشه احتمالی بسیار جزئی وجود دارد و آن اینکه ممکن است دو شخص الگوی ژنی مشابهی داشته باشند (والترانساین، ۱۳۸۶، ص ۲۶۴)؛ هر چند برخی احتمال انطباق اثر انگشت دو فرد را غیر از دو قلوهای یک سان یک تخمی که الگوی اثر انگشت ژنی یکسانی دارند، به نسبت یک در پنج میلیارد (دبیری، ۱۳۷۶، ص ۷۸) و برخی دیگر آن را فوق العاده ضعیف دانسته اند (دی اش میت، ۱۳۸۵، ص ۲۵۴). با این حال هر چه مناطقی از دی.ان.ای که تجزیه و تحلیل می شوند بیشتر باشد، جورشدگی میان دو الگو با اطمینان بیشتری انجام می شود. به همین دلیل یک آزمایشگاه اظهار داشت که استفاده از چهار نشانگر می تواند بیش از ۹۹/۹۹ درصد احتمال تطبیق را نشان دهد و در این صورت، احتمال اینکه ساترن بلات حاصل از دو فرد به طور اتفاقی شبیه هم باشد، یک در میلیارد تخمین زده شده است. نتیجه اینکه در صورتی که آزمایش های ژنتیک منطبق نبودن دو نمونه را تأیید کنند، این احتمال صد درصد می شود و پذیرش نتیجه قطعی است.

برای ایجاد یک کودک باید سلول نر و ماده در بدن مادر با هم ترکیب شوند که به آن، فرایند لقاح می گویند. سلول نر و ماده هر کدام ۲۳ کروموزوم دارند. سلول تخمی که از این ترکیب سلول نر و ماده به وجود می آید، ۴۶ کروموزوم دارد و یک موجود زنده جدید است. تعیین توالی اجزای

1. harri Compton crick

تشکیل دهنده مناطق تکرار شونده با آزمایش دی.ان.ای که انگشت‌نگاری ژنتیک نامیده می‌شود، کاری سخت و پیچیده است؛ زیرا تعداد این اجزا زیاد است و به علاوه ایجاد کروموزوم و دی.ان.ای بسیار ریز است؛ لذا آزمایش دی.ان.ای در چندین مرحله انجام می‌گیرد.

برای انجام این آزمایش‌ها دو شیوه مورد استفاده قرار می‌گیرد:

۱. روش تجزیه قطعات چندشکلی طولی با مطالعه نشانگرهای تکرار تاندوم متغیر: استفاده از این روش به سال ۱۹۸۰ بازمی‌گردد. دقت این آزمایش در تشخیص هویت و اثبات نسب ۹۹/۹۹ درصد بوده است؛ اما چرخه زمانی آن طولانی است؛
۲. روش واکنش زنجیره‌ای پلیمرز با مطالعه نشانگرهای توالی‌های کوتاه‌شونده: استفاده از این روش به سال ۱۹۹۰ بازمی‌گردد و قدرت اثباتی آن بالاتر از ۹۹/۹۹ درصد می‌باشد و در مقایسه با روش قبلی از سرعت بیشتری برخوردار است. در این روش، امکان اشتباه شدن فردی با فرد دیگر به صفر می‌رسد. هنگام مقایسه بین نشانگرها اگر فرزند حتی در یک ناحیه با پدر یا مادر تفاوت داشته باشد، رابطه خویشاوندی تأیید نمی‌شود (طباطبائی، ۱۳۹۱، ص ۴۹-۷۶).

۴. آزمایش‌های ژنتیک در فقه و قانون

استفاده از آزمایش‌های ژنتیک برای اثبات نسب، روشی جدید است و به همین دلیل نمی‌توان در کلام فقهای متقدم و کتب فقهی استدلالی مطلبی در این باره یافت. متقدمین برای اثبات نسب از روش‌هایی همچون اماره فراش، شهادت و اقرار استفاده می‌کردند و اگر از این راه‌ها اثبات نمی‌شد به عنوان واپسین راه به قرعه روی می‌آوردند. استفتائاتی هم که از مراجع تقلید درباره آزمایش‌های ژنتیک در اثبات نسب صورت گرفته، به دو دسته تقسیم می‌شود: گروهی از فقها آزمایش‌ها را در صورت علم آور بودن می‌پذیرند^۱ و دیگران به طور کلی علمی را که از طریق این آزمایش‌ها به دست می‌آید حجت نمی‌دانند.^۲ در قانون مدنی نیز سخنی از آزمایش‌های ژنتیک به عنوان یکی از ادله اثبات دعوا نیامده است. ماده ۱۲۵۸ قانون مدنی ادله اثبات دعوا را بیان کرده است: «اقرار، اسناد کتبی، شهادت، امارات، قسم». در مورد ادله اثبات نسب در مواد ۱۱۶۰، ۱۱۵۹، ۱۱۵۸ قانون مدنی به اماره فراش و در ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی به اقرار اشاره شده و سخنی از کاربرد این آزمایش‌ها در

۱. آیات عظام صافی گلپایگانی، محمد فاضل لنکرانی، سیدعبدالکریم موسوی اردبیلی، نوری همدانی و... .

۲. آیات عظام مکارم شیرازی، جواد تبریزی و... .

اثبات نسب نیامده است.

اگرچه استفاده از این آزمایش‌ها به عنوان دلیل در قانون مدنی و آیین دادرسی مدنی نیامده، این مطلب دلیل بر عدم قابلیت روش مزبور نیست. آنچه از فتاوی مراجع تقلید معاصر به دست می‌آید، تحصیل علم به سبب اماره است؛ به نحوی که اگر آزمایش موجب علم به نسب شود، پذیرفته خواهد بود.

پیش از ورود به بحث، به بررسی نسب در لغت و اصطلاح از منظر فقه و قانون و حقوق می‌پردازیم.

۱-۴. دیدگاه اول: اثبات نسب از نظر فقها

فقه‌های امامیه در اثبات نسب، به اماره فراش، اقرار و دلایل دیگری تمسک کرده‌اند.

۱-۴-۱. دلیل اول: اماره فراش

یکی از ادله اثبات نسب، اماره فراش می‌باشد. هر گاه در نسب دادن طفلی به پدر شک داشته باشیم، یا اینکه کسی در پی اثبات نسب خود باشد و قصد داشته باشد آن را ثابت کند که فرزند دیگری می‌باشد، از قاعده فراش استفاده می‌شود.

این اماره از قواعد معروف فقهی است که از حدیث پیامبر ﷺ استفاده شده که فرمودند: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ»؛ ولد برای فراش (شوهر) است و برای زناکار سنگ است (سنگسار می‌شود). همچنین فقها برای اثبات دیدگاه خود به کلام اهل بیت ﷺ استناد کرده‌اند. از جمله این روایات، روایتی از امیرالمؤمنین ﷺ است که در پاسخ معاویه نوشتند: «در اعتراض نسبت به نفی ابن‌زیاد (اینکه برای او پدری ذکر نموده‌ام) پس بدان تنها من او را نفی نموده‌ام، بلکه پیامبر اکرم ﷺ او را نفی کرده: زیرا فرموده است: الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ» (شیخ صدوق، ۱۳۶۲، ص ۲۱۳). فقها این حدیث را مدرک قاعده فقهی قرار داده‌اند و با استناد به آن، نسب مورد تردید را اثبات می‌نمایند. طریقه استدلال به آن بدین شرح است که مقصود پیامبر اسلام ﷺ از ذکر این روایت، بیان حکم شرعی است نه اخبار از امر خارجی؛ یعنی هرچند روایت به صورت جمله خبری صادر شده، لیکن در حقیقت انشاست.

همچنین از امام صادق ﷺ درباره دو مردی که با کنیزی در طهر واحد نزدیکی کردند و کودکی متولد شد، پرسیده شد این طفل به کدام مرد تعلق دارد؟ امام فرمودند: به مردی که کنیز نزد اوست؛

زیرا رسول خدا ۶۱ فرمودند: طفل به شوهر (فراش) ملحق می‌شود و برای مرد زناکار سنگ است (عاملی، ۱۴۰۹، ص ۱۷۴).

بدین‌سان شارع فراش را اماره معتبر شرعی در مقام تعیین نسب قرار داده است و به وسیله آن اثبات می‌شود که فرزند از صاحب فراش است و دیگران حق و نصیبی در آن ندارند. از سوی دیگر ملاک و معیار اماره شرعی مانند اماره عرفی منطبق با واقع است؛ هرچند احیاناً در بعضی موارد چنین نیست. به بیانی دیگر ملاک اماره شرعی آن است که به انطباق آن با واقع قطع و یقین وجود داشته باشد؛ زیرا در غیر این صورت راهی برای تعبد باقی نمی‌ماند (محقق بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۷-۳۱). در بین فقها دو اجماع وجود دارد: یکی اینکه در الحاق فرزند به زوج لازم است تولد طفل شش ماه پس از نزدیکی مرد با زن باشد و دیگر اینکه کمترین مدت حمل در طفل کامل الحلقه که زنده متولد شود، شش ماه است (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ص ۵۳۹)؛ چراکه کمترین مدت حمل شش ماه است. فقهای امامیه بر این مسئله اتفاق نظر دارند. در بین فقهای اهل سنت نیز مخالفی نیست (سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ص ۱۹۱).

افزون بر آن باید از زمان نزدیکی و انعقاد نطفه تا تولد کودک بیش از حداکثر مدت حمل گذشته باشد. بنا بر دیدگاه مشهور فقیهان، از متقدمین گرفته تا معاصرین، حداکثر مدت حمل نه ماه است.

بررسی دلیل اول

اماره فراش برای اثبات دعوی دارای شرایطی است. در صورتی می‌توان طفل را به فراش ملحق کرد که این شرایط محرز گردد: ۱. نسبت مادری، ۲. نکاح صحیح، ۳. انعقاد نطفه در زمان زوجیت، ۴. تولد کودک پس از شش ماه از تاریخ نزدیکی، ۵. اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت، بیش از نه ماه نگذشته باشد.

شکل ظاهری و حالات زن نمی‌تواند ثابت کند که نطفه از آن شوهر است؛ چراکه آمیزش امری پنهانی است و اماره مؤید برای نکاح صحیح هم معدوم است؛ به‌ویژه زمانی که مرد غایب باشد و شواهد نشان می‌دهد که کودک در فاصله‌ای کمتر از شش ماه از آخرین نزدیکی به دنیا آمده یا در فاصله‌ای بیشتر از ده ماه از آخرین نزدیکی متولد شده است. در این‌گونه حالات، طهارت مولد مشکوک است و انتساب به پدر مشتبه می‌باشد و امارات کارایی لازم برای احراز واقع را ندارند.

۲-۱-۴. دلیل دوم: اقرار

اقرار نه تنها در اثبات نسب به کار می‌رود، بلکه در هر دعوی نیز کاربرد دارد. اقرار در لغت به معنای اثبات، قرار دادن، اعتراف کردن و اذعان داشتن آمده است (زاغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۹۷). «با گفتار خود ثابت کردن کاری با امری. اعتراف کردن و سخن را واضح و آشکار بیان کردن» (معین، ۱۳۸۲: ذیل واژه اقرار).

اقرار در امور کیفری عبارت است از اذعان شخص به انجام یا ترک فعلی که برابر قوانین جزایی به ضرر اقرارکننده است (آیین دادرسی مدنی). اقرار در اصطلاح قضایی به معنای اعلام به وجود حقی علیه خود و به نفع شخص دیگر است. اقرار به اخبار است؛ یعنی مقصر از وجود امری خبر می‌دهد که سابقاً وجود داشته است. بنابراین شاید بتوان گفت که اقرار عکس ادعاست؛ چون در ادعا اظهار حقی می‌شود به نفع یکی و بر ضرر دیگری. بنابراین اقرار نه عقد است نه ابقا، بلکه اخباری است مانند اخبارهای دیگر که احتمال صدق و کذب دارد (موسوی خمینی، بی تا، ص ۴۹). عقلا بر نافذ بودن اقرار علیه خود اتفاق دارند و آن را طریقی مثبت برای مقرّبه می‌دانند.

در مورد اثبات نسب به وسیله اقرار، اختلافی بین فقها وجود ندارد؛ بلکه به دلیل اجماع، اگر شخصی با وجود شرایط نفوذ، به فرزندی کسی اقرار نماید، نسب ثابت می‌شود و آثار آن فی الجمله مترتب می‌گردد؛ مثل اینکه پدر اقرارکننده (مقر) جد کسی است که در مورد او اقرار شده (مقرّبه) و فرزند اقرارکننده برادر او (مقر به) محسوب می‌شود و احکام توارث بین آنها اجرا می‌شود. شیخ طوسی در این باره می‌نویسد:

هر گاه انسانی در حال صحت یا مرض به فرزندی کسی اقرار نماید به او ملحق می‌گردد و از یکدیگر ارث می‌برند؛ خواه فرزندی که به نسب او اقرار شده آن را تکذیب کند یا تکذیب ننماید. البته در صورتی که انتسابش به دیگری مشهور باشد، ملحق نمی‌گردد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۶۴۸).

از مصادیق اقرارهایی که نافذ قرار می‌گیرد، اقرار به نسب است؛ مثل اقرار به فرزندی یا برادری و مانند این دو. مقصود از اقرار، الزام و اجبار اقرارکننده نسبت به آنچه علیه اوست، می‌باشد؛ مانند وجوب نفقه، حرمت نکاح، مشارکت در ارث و یا وقف و از این قبیل امور (موسوی خمینی ۱۳۷۸، ص ۱۵۳).

دلیل جواز و نفوذ اقرار به نسب، علاوه بر اجماعی که بعضی از فقها ادعا نموده‌اند (طباطبائی، بی تا، ص ۱۵۰، نجفی، ۱۴۱۴، ص ۱۵۳، سبزواری، ۱۴۱۳، ص ۲۴۷) عموم قاعده «اقرار العقل

علی انفسهم جایز) می‌باشد؛ زیرا این قاعده به اقرار در مورد اموال مقید نشده است. فقها برای اثبات نسب به وسیله اقرار، علاوه بر قاعده اقرار العقلای علی انفسهم جایز، به روایات نیز تمسک کرده‌اند؛ مانند روایت صحیح عبدالرحمان بن حجاج که می‌گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیده شد زنی اسیر می‌شود و با او فرزند صغیری است و مدعی است فرزند من است و یا مردی اسیر می‌گردد و برادرش را می‌یابد و اقرار می‌کند و بر صدق گفتار خود دلیل و شاهدهی هم ندارد. آن حضرت پس از توضیحاتی فرمود: در صورتی که بر اقرار خود ثابت باشند، انتساب آنها به یکدیگر اثبات می‌شود و از هم ارث می‌برند (عاملی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۷۸). در این باب بعضی روایات دیگر نیز آمده و معنایشان این است که ثبوت بر اقرار اماره صحت آن است که منجر به علم و یقین انتساب خواهد شد.

بررسی دلیل دوم

پذیرش اقرار با عنایت به عدم اغراق و عدم قرینه برخلاف پذیرفته است؛ بنابراین اگر دلیلی بر خلاف اقرار بیاید و دلالت بر کذب اقرار کند در این صورت چنین اقراری پذیرفته نیست و ادعا را ثابت نمی‌کند... به‌علاوه طبق ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی، اقرار به نسب در صورتی صحیح است که دارای شرایط زیر باشد:

الف) امکان تحقق نسب

در صورتی اقرار کسی به فرزند صغیر پذیرفته می‌شود که عادتاً الحاق فرزند به مقرر ممکن باشد؛ وگرنه چنانچه عادتاً نتوان صغیر را فرزند مقرر دانست، اقرار معتبر نخواهد بود؛ مانند صغیری که نسب او مشهور و معروف باشد که عموماً او را فرزند شخص دیگری می‌دانند. در این صورت به اقرار مقرر نمی‌توان صغیر را ملحق به او دانست. بنابراین چنانچه عقلاً امکان انتساب برود، ولی عادتاً امکان نداشته باشد، آن اقرار معتبر نخواهد بود و باید به کمک ادله دیگر، نسب صغیر را نسبت به خود ثابت کند (امامی، ۱۳۶۴، ص ۴۰).

ب) نبودن منازع

از شرایط لازم برای نفوذ اقرار به نسب، در صورت تنازع دو نفر این است که اگر یکی از آن دو صاحب فراش باشد، فرزند به او ملحق می‌شود و اگر هیچ‌کدام صاحب فراش نباشند، هر کدام که

بینه بیاورد، فرزند به او ملحق می‌شود. در صورت نبود بینه، اگر فرزند بزرگ باشد و یکی از آن دو را تصدیق کند، اقرار تصدیق می‌شود و اگر گزینه‌های پیش‌گفته فراهم نباشد، راه‌حل نهایی قرعه است (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ص ۳۴۶).

ج) مجهول النسب بودن

اقرار در مورد کسی نافذ است که نسبش معلوم نباشد. بنابراین اگر به فرزند کسی اقرار شود که در فراش دیگری است و نسب او معروف و مشخص است، این اقرار پذیرفته نمی‌باشد؛ زیرا نسبی که شرعاً ثابت شده، قابل انتقال و تغییر نیست (همان).

۳-۱-۴. دلیل سوم: شهادت

شهادت در لغت به معنای اخبار قاطع و ادراک از واقعه است و در اصطلاح عبارت است از اخبار از وقوع امور محسوس به یکی از حواس نزد قاضی. در فقه امامیه مشهود به باید از دیدنی‌ها یا شنیدنی‌ها باشد؛ مانند عقد و ایقاع که شنیدنی است و قتل و دزدی که دیدنی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۳۴۶-۳۴۵). حقوق‌دانان برای شهادت تعاریف متعددی بیان کرده‌اند؛ مانند اخبار شخصی از امری به نفع یکی از طرفین و به زیان دیگری (امامی، ۱۳۶۴، ص ۱۸۹). در این حال اگر اخبار به حقی به ضرر خود و به نفع دیگری باشد، آن را اقرار می‌گویند. گواهی گاهی به معنای تصدیق است که در این صورت با مفهوم شهادت متفاوت است.

برخی گفته‌اند شهادت بیان اطلاعاتی است که شخص به طور مستقیم از واقعه‌ای دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۴۳). البته در امور خفی مانند رضاع و عیوب زنان به اقرار بسنده می‌شود و شهادت مسموع نخواهد بود.

بررسی دلیل سوم

نقش شهادت به عنوان یکی از ادله اثبات دعاوی بسیار برجسته است و سرنوشت جان و مال و ناموس افراد را تعیین می‌کند. لذا سزاوار نیست در اثبات دعاوی‌ای که احیاناً اثرات و تبعاتی در پی دارند، به امری دارای منشأ نامعلوم و غیر قابل اطمینان (شهادت مستند به حدس) تمسک کرد. بنابراین در آن دسته از دعواهایی که شهادت مثبت آنهاست، باید استناد به حسی بودن علم را شرط پذیرش شهادت بدانیم.

پس مستند شهادت به ناچار علم قطعی به مورد شهادت است و یا دیدن در اموری که مشاهده در آنها طبیعی است؛ مانند سرقت، قتل و رضاع. در چنین اموری، شهادت پذیرفته می‌شود. با توجه به آنچه گفته شد، شهادت باید مستند به حس باشد؛ بنابراین در اثبات نسب مادری می‌توان از شهادت استفاده کرد؛ زیرا حاملگی و وضع حمل امری ظاهری و قابل مشاهده است و شهادت ثابت می‌شود؛ اما درباره نسب پدری این امر ظاهر نیست؛ زیرا انعقاد نطفه در رابطه زناشویی امری آشکار نیست که بتوان برای آن شاهد آورد یا ادعای شهادت کرد.

۲-۴. اثبات نسب در قانون

نسب از نظر قانون، با اقرار نیز ثابت می‌شود و این تنها موردی است که قانون مدنی درباره آن حکم خاص دارد و این حکم خاص در ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی آمده است: «اقرار به نسب در صورتی صحیح است که اولاً تحقق نسب بر حسب قانون ممکن باشد. ثانیاً کسی که به نسب او اقرار شده تصدیق کند، مگر در مورد صغیری که اقرار به فرزند او شده به شرط آنکه منازعی در بین نباشد». اینکه قانون‌گذار برای اثبات نسب این دو دلیل را بیان کرده، به این معنا نیست که دیگر روش‌ها و ادله اثباتی منتفی شوند. شهادت شهود و امارات قضایی را که در اثبات همه موضوعات کارایی دارند نیز می‌توان در اثبات نسب به کار برد و این دلیل بر انحصار ادله نسب نیست. پس می‌توان از دلایل دیگر، حتی آزمایش ژنتیک نیز در اثبات نسب استفاده کرد.

بنابراین قانون‌گذار ما را برای اثبات نسب به ادله خاصی محدود نمی‌کند و بیان ادله اقرار و اماره فراش از باب حصر نمی‌باشد و می‌توان برای اثبات نسب از ادله‌ای چون شهادت و امارات قضایی استفاده کرد. پس نباید منعی برای استفاده از آزمایش ژنتیک باشد؛ زیرا با پیشرفت علم پزشکی نیاز به این دلیل برای اثبات نسب و حتی نفی نسب در قانون به چشم می‌خورد و باید در مواد قانونی، تجدید نظر اساسی شود و ادله دیگر مانند آزمایش دی.ان.ای نیز به ادله اثبات و حتی نفی نسب افزوده گردد.

پیش از بیان دلایل اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیک، امارات قانونی و قضایی را به طور اجمالی بیان می‌کنیم. اماره در لغت به معنای علامت، نشان و نشانه است و جمع آن امارات است (دهخدا، ۱۳۷۲، ص ۲۶-۲۸). فرق بین امارات و علامت هم در این است که علامت از شیء جدا نمی‌شود؛ مانند الف و لام در اسم، ولی امارات از شیء جدا می‌شود؛ مثل وجود ابر نسبت به باران (همان).

در اصطلاح حقوقی به موجب ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، اماره عبارت است از اوضاع و احوالی که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. با توجه به این تعریف از اماره، باید گفت که اماره امر معلومی است که در خارج به وسیله آن امر مجهولی که مورد ادعای ثالث است، ثابت می‌شود. لذا اموری که به وسیله امارات ثابت می‌گردند، معتبر شناخته می‌شوند؛ زیرا امارات کاشف از واقع هستند. در حقیقت با توجه به معنای لغوی، امارات ادله تکمیلی اند که در عالم خارج وجود دارند و علامت یا نشانه وجود حقی برای صاحب آن هستند (شمس، ۱۳۹۵، ص ۳۶۹). اماره در حقوق بر دو قسم است که در ادامه به طور مختصر به بررسی و تعریف این دو اماره می‌پردازیم.

۱-۲-۴. اماره قانونی

اماره قانونی اوضاع و احوالی است که قانون آن را در دلیل بر امری قرار داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۷۷). این ادله طبق مواد ۱۲۵۸ و ۱۳۳۵ قانون مدنی عبارت‌اند از: اقرار، اسناد کتبی، گواهی (شهادت) امارات و قسم. علاوه بر این قانون آیین دادرسی مدنی در مواد ۲۴۸ و ۲۶۹، تحقیق محلی و رجوع به کارشناس را نیز به مواد مذکور افزوده است. کسی که در جریان دعوا اماره قانونی به نفع اوست، از ابزار دلیل دیگر معاف است. اگر طرف مقابل منکر اماره باشد، مدعی داشتن اماره باید وجود آن را ثابت کند و دادگاه باید اماره اثبات شده را مبنای حکم خود قرار دهد؛ مگر اینکه دلیلی برخلاف اماره موجود باشد. در امارات قانونی اگرچه دلالت به حکم قانون است، اما دلالت حاصل استقرایی است که در موارد مشابه انجام شده و حتی مردم همه به آن پی برده‌اند و قانون‌گذار آن را تنفیذ کرده و به صورت حکم کلی اعلام کرده است (شمس، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶).

برای مثال قانون کسی را که مالی را تصرف کرده و آن مال در تصرف اوست، مالک می‌شناسد؛ زیرا تصرف یا با مالکیت متصرف ملازمه دارد و یا از آثار مالکیت او می‌باشد (امامی، ۱۳۶۴، ص ۲۰۷). مطابق ماده ۳۵ قانون مدنی، تصرف به عنوان مالکیت، دلیل مالکیت است؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین تصرف، اماره است. قانون کسی را که مالی را تصرف کرده است و خود را مالک می‌داند، از ابزار دلیل دیگر معاف داشته و طرف مقابل او باید ثابت کند که متصرف برای اثبات مالکیت خود به دلیل دیگر نیاز ندارد. در تمام دعاوی مربوط به اموال، چه مال منقول باشد و چه مال غیر منقول، مدعیان باید حقایق خود را در برابر ذوالید ثابت کنند (شمس، ۱۳۹۵،

ص ۳۶۷-۳۷۰). به عبارت دیگر در دعاوی مالکیت همیشه متصرف سمت منکر و مدعی علیه را دارد و بار اثبات بر دوش کسی است که می‌خواهد خلاف اماره قانونی، تصرف را اثبات کند. در بحث نسب نیز اماره فراش، نوعی اماره قانونی به شمار می‌آید.

۲-۲-۴. اماره قضایی

امارات قضایی همان اوضاع و احوالی‌اند که به نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شوند؛ یعنی قاضی با توجه به اوضاع و احوال، نسبت به امر مجهول قطع و یقین می‌یابد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۱۶۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۷۸). اگر اوضاع و احوال چنین وضعی برای قاضی به وجود نیاورد و قاضی نتواند به آن علم پیدا کند، در نتیجه عنوان اماره قضایی حاصل نشده است. بنابراین امارات قضایی را قانون تأسیس نمی‌کند و آن را به صلاح‌دید دادرس و قاضی موکول می‌کند و دادرس از طریق برخی نشانه‌ها می‌کوشد با نتیجه‌گیری، نسبت به واقعیت امر مورد ادعا تصمیم‌گیری کند؛ مثلاً اگر طلبکاری بدون حيله یا اجبار سند مدیون را به وی برگرداند، این عمل او در نظر قاضی دلیل بر برائت است.

در ماده ۱۳۲۴ قانون مدنی اماراتی که به نظر قاضی واگذار شده عبارت‌اند از اوضاع و احوالی در خصوص مورد؛ و در صورتی قابل استناد است که دعوا بر شهادت شهود قابل اثبات باشد یا ادله دیگر را تکمیل کند. امروزه محدودیت‌ها از شهادت برداشته شده و تقریباً در همه دعاوی شهادت ارزش اثباتی دارد. استفاده از امارات قضایی نیز متحول شده است؛ به گونه‌ای که قاضی با تکیه بر امارات قضایی می‌تواند در بسیاری از موارد حکم صادر کند و به دلیل دیگری نیاز نیست (مدنی، ۱۳۷۷، ص ۲۲۵). اعتبار اماره قضایی مبتنی بر قطع و یقین است که از اوضاع و احوال موجود در خارج برای دادرس در رسیدگی به دعوا حاصل می‌شود.

بنابراین در صورتی که اماره قضایی وجود داشته باشد که حق با مدعی است، دادرس طبق همان حکم می‌نماید؛ زیرا به موجب آن برای قاضی علم به وجود حق حاصل می‌شود و اگر اماره قضایی برای قاضی علم جازم ایجاد نکند و صرفاً ظن و یا گمان باشد، حجت شرعی نخواهد داشت (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۱۸۰؛ امامی، ۱۳۶۴، ص ۳۲۱). امارات قضایی به نظر قاضی واگذار شده است. اماره قضایی بر خلاف اماره قانونی، محدود به مواد خاصی نیست و لذا شمارش مصادیق آن امکان‌پذیر نیست و در هر مورد که قرائن، قاضی را به حقیقت هدایت کند، اماره قضایی مطرح می‌شود.

۳-۲-۴. تعارض بین اماره قانونی و قضایی

در مواردی که اماره قانونی و قضایی در یک جهت باشند، مدعا اثبات می‌شود؛ اما در موارد تعارض امارات، اگر امارات در هر دو طرف قانونی و قضایی باشند و ترجیحی هم نداشته باشند (مثل تعارض دو دلیل)، هر دو ساقط می‌شوند؛ ولی اگر یکی از امارات قانونی و دیگری اماره قضایی باشد، اماره قضایی ترجیح داده می‌شود؛ چراکه اماره قضایی مبتنی بر ظن نوعی و بعد از فحص و یأس است. به علاوه امارات قانونی غالباً با اصول عملیه و امارات قضایی به ادله اجتهادی ثابت می‌شوند؛ لذا اماره قضایی از کاشفیت بیشتری برخوردار است.

همچنین زمانی که قانون قاضی را مکلف می‌کند که از اماره قانونی بهره گیرد و در دعوی به اماره قانونی استناد کند، بلافاصله اعتبار آن را تا زمانی می‌داند که خلافش ثابت نشود. پس اگر خلافی مانند اماره قضایی وجود داشته باشد، بر اماره قانونی مقدم می‌شود. مواد ۳۰۱ و ۳۰۲ قانون آیین دادرسی مدنی هم به روشنی برتری اماره قضایی را بر اماره قانونی نشان می‌دهد.^(۱) گاه نتایجی که از آزمایش ژنتیک (اماره قضایی) به دست می‌آید، برخلاف اماره فراش (اماره قانونی) است.

۳-۴. اثبات نسب با شیوه‌های نوین (دلایل اثبات آزمایش ژنتیک)

تا اینجا ادله اثبات نسب از نظر فقها و حقوق را با فرض علم‌آور بودن بررسی کردیم و سپس به اماره قانونی و قضایی اشاره نمودیم و اماره قضایی را با دلایلی بر اماره قانونی مقدم کردیم.

۱. بنای عقلا: بنای عقلا اماره را از باب طریقت، زمانی که به قطع بینجامد، می‌پذیرد (خویی، ۱۳۵۲ق، ج ۱، ۲۷۱). همان‌طور که در ابتدا بیان شد، در بحث آزمایش‌های ژنتیک احتمال خطا بسیار ضعیف است و عقلا نیز این احتمال ضعیف را نادیده می‌گیرند و به آن اعتنا نمی‌کنند و آن را در حکم عدم می‌دانند و ظن حاصل از آزمایش‌های ژنتیکی با تمسک به همین سیره بنای عقلا از جمله ظنون معتبر شمرده می‌شود و طریقت دارد؛ همان‌طور که در اثبات حجیت ظواهر الفاظ و یا استصحاب عقلی به چنین مدرکی استناد می‌شود (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۶۶). بر همین اساس برخی اصولیان برای اثبات اعتبار آزمایش چنین استدلال کرده‌اند: «حجیت اماره‌ای که اطمینان‌آور

۱. ماده سیصد آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ بیان می‌داشت که هرگاه سند معینی که مدرک ادعا و یا اظهار یکی از طرفین است نزدیک‌تر باشد به درخواست طرف باید آن سند ابراز شود. هرگاه طرف مقابل به وجود سند نزد خود اعتراف کند، ولی از ابراز آن امتناع نماید، دادگاه می‌تواند آن را از جمله دلایل مثبتانه بداند. ماده ۳۰۲ قانون مدنی، مصوب ۱۳۱۸ هم بیان می‌داشت که هرگاه بازگانی که به دفاتر او استناد شده است از ابراز دفاتر امتناع نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می‌تواند آن را از ادله مثبتانه اظهار طرف قرار دهد.

بوده و به گونه‌ای باشد که باعث سکون و آرامش شود، عقلایی است و از طرف شارع نیز منعی در مورد آن بیان نشده است» (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق، ص ۹).

بنابراین شارع و عقلا در سیره‌شان هم‌مسلك‌اند و از این بابت هیچ منعی وجود ندارد؛ زیرا شارع از جمله عقلا و بلکه رئیس آنهاست (مظفر، ۱۳۷۴، ص ۱۴۲). در چنین موردی نه تنها منعی وارد نشده، بلکه حکم شارع در عمل به شهادت شهود و بینه و... به همین صورت است؛ زیرا در تمام آنها احتمال ضعیفی بر خلاف وجود دارد و شارع مانند عقلا، احتمال ضعیف را نادیده می‌گیرد (انصاری، ۱۳۸۲، ص ۶۶؛ مظفر، ۱۳۷۴، ص ۱۴۲). به عبارت دیگر عقلا احتمال ضعیف را نادیده می‌گیرند و در حکم عدم می‌دانند و به هیچ وجه به این نوع احتمالات توجه نمی‌کنند. شارع نیز این را پذیرفته و منعی از آنها نکرده است. خطای آزمایش‌های ژنتیک بسیار ضعیف است و این خطا در مقابل علم‌آور بودن این آزمایش‌ها نادیده گرفته شده است؛

۲. عقل: آنچه عقل حکم می‌کند، شرع نیز بدان حکم می‌کند؛ بنابراین احکام شرعی از احکام عقل به دست می‌آید و در بحث آزمایش‌های ژنتیک عقل این را به عنوان یکی از ادله اثبات نسب می‌پذیرد و بر اماره فراش و اقرار و شهادت نیز مقدم می‌دارد.

۳. تنقیح مناط: روایات امام علیه السلام جایی که در نسب شک و شبهه‌ای ایجاد شود، آن را به فراش ملحق می‌کند؛ به دلیل اینکه ادله اثبات نسب در آن زمان تنها شامل اماره فراش و اقرار و شهادت می‌شد؛ اما بر اساس تنقیح مناط (اماره علم‌آور) و اصل اولی عدم حصر، می‌توان در مناط توسعه داد و با تنقیح مناط، کارکرد در اماره جدید را پذیرفت.

۱-۳-۴. اعتبار آزمایش ژنتیک همراه با اقرار، بینه و اماره فراش

کسی نمی‌تواند تضمین کند که اقرارکننده، حقیقت را پوشیده نمی‌دارد و تنها به شاهدی می‌توان اعتماد کرد که واقع را به درستی درک کرده و آن را به راستی بیان کند. بنابراین تمام این دلایل نیز تنها برای قاضی عادی یا ظن به علم یا یقین ذاتی ایجاد می‌کنند. حتی در صورت ارائه این دلایل به صورت هم‌عرض، قاضی باید قدرت اثباتی تمام این دلایل را در وجدان خود بسنجد و با توجه به آنها تصمیم نهایی را بگیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۱۴۷). این سخن را می‌توان با دو نکته توضیح داد:

الف) تعدیل شهود در فقه پیش‌بینی شده است و اشکالات بر شهادت کذب را برطرف می‌کند؛

ب) علم قاضی از هر طریق مشروعی که تحصیل شود، حجت خواهد بود.

در واقع آزمایش‌های ژنتیکی اماره قضایی است و در مقام تعارض با اماره قانونی، اماره قضایی مقدم می‌شود. زمانی که بین این دلایل با آزمایش‌های ژنتیک تعارض ایجاد شود، در این صورت اگر احتمال مخالفت با واقع در این آزمایش‌ها را پایین‌تر از احتمال مخالفت با واقع بقیه ادله بدانیم، ادله دیگر در برابر این آزمایش‌ها مقاومت نخواهند کرد (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق، ص ۴۰ و ۴۱). توضیح اینکه مهم‌ترین کاربرد تشخیص هویت به وسیله آزمایش ژنتیک در دعوی مدنی در حوزه اثبات نسب است؛ اما چرا قانون‌گذار این آزمایش‌ها را مانند اماره فراش به عنوان یک اماره قانونی به شمار نیاورده است؟

پاسخ: ماهیت آزمایش اطمینان‌آور است؛ مانند آنچه درباره ماهیت اماره قانونی گفته می‌شود که تنها به دلیل غلبه قانونی، دلیل بر امری قرار داده شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۶۵۹ و ۶۶۰). بنابراین بعید نیست اطمینان آزمایش‌های ژنتیک در مقایسه با بقیه ادله قانونی افزون باشد.

۲-۳-۴. دو دیدگاه درباره اعتبار اماره فراش

۱. درباره نسب، قانون‌گذار اماره فراش را که پشتوانه و اعتبار آن مصلحت جامعه و خانواده است، اماره قانونی فرض کرده است (صفایی و امامی، ۱۳۸۴، ص ۲۳۹). حقوق دانان اماره فراش را مطلق دانسته، بر این عقیده‌اند که فقط با دلایل ویژه ثابت می‌شود. به همین دلیل معتقدند که اماره را نمی‌توان از هر شخصی پذیرفت و هر دلیلی در مقابل اماره فراش اعتبار ندارد و فقط لعان همراه با قطع و یقین است که در مقابل اماره فراش اعتبار دارد (کاتوزیان ۱۳۸۵، ص ۱۶۲)؛

۲. همان‌طور که می‌توان نسبت پدری را با اماره فراش ثابت کرد، با دلایل دیگر نیز می‌توان آن را ثابت کرد. در حقیقت، قانون‌گذار ایران در زمینه اثبات نسب هیچ‌گونه محدودیتی قائل نیست. بنابراین نسب را نیز می‌توان با امارات قضایی که با بنای عقلا بر آن تأکید می‌شود، ثابت کرد. چنان‌که در ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی آمده است: «در جایی که اختلاف درباره انتساب طفل به شوهر سابق و کنونی مادر است، مقرر می‌دارد: ... طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر اینکه امارات قطعی بر خلاف آن دلالت کند». مقصود از امارات قطعی، اوضاع و احوالی است که به‌وضوح بر عدم انتساب طفل به شوهر دوم دلالت کند. بنابراین در صورتی که نتیجه آزمایش ژنتیک مخالف با اماره فراش باشد، با توجه به اطمینان‌آور بودن نتایج این آزمایش‌ها باید به آن ملتزم شد (محسنی قندهاری، ۱۴۲۴ق، ص ۲۹-۳۱) و از آنجاکه آزمایش ژنتیک اماره‌ای قضایی است، در مقابل اماره فراش قرار می‌گیرد و آن را از حجیت ساقط می‌کند؛ زیرا امارات قانونی یا شرعی، در فرض جهل

به واقع تشریح شده‌اند و در صورتی که دلیلی یقینی یا اطمینان‌آور ارائه شود، دیگر تمسک به اماره قانونی سالبه به انتفای موضوع خواهد بود؛ همچنان‌که در صورت وجود اماره معتبر شرعی، جایی برای تمسک به اصول عملیه باقی نمی‌ماند (همان، ص ۴۰ و ۴۱).

نتیجه‌گیری

درباره راه‌های اثبات نسب، فقه پویای امامیه با گذر زمان و با پیشرفت تکنولوژی و اقتضانات و شرایط جدید، مسیر خود را با قدرت به پیش می‌برد و برای حل معضلات در دعاوی به امارات علمی اعتماد می‌کند. نکته اساسی ملاک و مناط پذیرش امارات است. چنان‌که گفته شد، مناط پذیرش اماره‌ای مانند آزمایش ژنتیک، علم‌آور بودن آن است. این ملاک که در بحث شهادت فقه امامیه به وفور بر آن تأکید شده، در فتاوای علمای معاصر مشهود است؛ به گونه‌ای که می‌توان در جایی که حکم به اثبات نسب باشد، با آزمایش آن را تبیین کرد و هر گاه نفی نسب باشد، به جای لعان از طریق اماره بالا نسب فرزند را نفی نمود و در نتیجه از زن رفع تهمت کرد. دلیل عقل و بنای عقلا نیز ردعی نسبت به این‌گونه امارات ندارد. بنابراین از آنجاکه امارات یقین‌آور همواره مورد تأیید فقها بوده‌اند، آزمایش‌های ژنتیک اگر محصل یقین باشند مشمول ادله علم‌آور بوده، می‌توانند مثبت نسب باشند.

منابع

۱. ابن فارس، ابوالحسین (۱۴۰۴ق). معجم المقایس اللغة. جلد ۵. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
۲. ابن منظور، ابوالفضل (۱۴۱۴ق). لسان العرب. بیروت: دارالفکر للطباعة والنشر والتوزیع دارصادر. چاپ سوم.
۳. اشمیت، رولف دی. (۱۳۸۶). راهنمای مهندسی. ترجمه جعفر وطن خواه. تهران: انتشارات طراح.
۴. امامی، سیدحسن (۱۳۶۴). حقوق مدنی. تهران: انتشارات ابوریحان. چاپ ششم.
۵. انصاری، مرتضی (۱۳۸۲). فوائد الاصول. قم: اسماعیلیان.
۶. انصاری، مرتضی (بی تا). اصول الفقه. قم: اسماعیلیان.
۷. بجنوردی، میرزاحسن (۱۴۱۹ق). قواعد الفقهیه. قم: الهادی.
۸. بغدادی (شیخ مفید)، محمدبن محمد (۱۴۱۳ق). المقنعه. کنگره جهانی شیخ مفید. ناشر: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۶). دانشنامه حقوقی. تهران: امیرکبیر.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. چاپ نوزدهم.
۱۱. خوبی، ابوالقاسم (۱۳۵۲). أجود التقريرات. قم: مطبعة العرفان.
۱۲. دبیری، حبیب الله (۱۳۷۶). انقلاب ژنتیک. تهران: موسسه فرهنگی انتشارات فن و هنر.
۱۳. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۲). لغتنامه دهخدا. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۴. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). مفردات راغب. بیروت: دارالعلم دارالشامیه.
۱۵. سبزواری، سیدعبدالاعلی (۱۴۱۳ق). مهذب الاحکام. قم: مؤسسه المنار. چاپ چهارم.
۱۶. سیدمرتضی، علی بن حسین (۱۴۰۵ق). رسائل. قم: دارالکریم القرآن.
۱۷. شبیری زنجانی، سیدحسن (۱۳۸۹). دیدگاهی جدید در مشروعیت نظام های حقوقی نوپدیده، فصلنامه حقوق. ۴۰ (۳): ۲۰۸-۱۸۹
۱۸. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق). العین. قم: هجرت. چاپ دوم.
۱۹. شمس، عبدالله (۱۳۹۵). آیین دادرسی مدنی. تهران: انتشارات دراک. چاپ پنجم.
۲۰. شیخ صدوق (۱۳۶۲). الخصال. قم: جامعه مدرسین.
۲۱. شیخ طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۰ق). النهایه. بیروت: دارالکتاب العربی. چاپ دوم.
۲۲. صدر، محمدباقر (۱۴۳۱ق). دروس فی علم الاصول. حلقة ثالثة. انتشارات دارالصدر. قم، چاپ ششم.

۲۳. صفایی، سیدحسین، و امامی، اسدالله (۱۳۸۴). مختصر حقوق خانواده. تهران: نشر میزان. چاپ یازدهم.
۲۴. طباطبائی، علی بن محمد (بی‌تا). ریاض المسائل. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۲۵. غریب‌زاده، شهریار، و نیک‌نام، وحید (بی‌تا). زیست‌شناسی ۲. تهران: چاپ و نشرکتب درسی ایران.
۲۶. عاملی، شیخ حر محمد بن حسن (۱۴۰۹ق). وسایل الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البتیة.
۲۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵). اثبات و دلیل اثبات. تهران: میزان. چاپ پنجم.
۲۸. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸). الکافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۹. گودرزی، فرامرز، و کیانی، مهرزاد (۱۳۸۵). پزشکی قانونی برای دانشجویان حقوق. تهران: انتشارات سمت.
۳۰. محسنی قندهاری، محمدآصف (۱۴۲۴ق). الفقه والمسائل الطبیه. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۳۱. محقق ثانی، علی بن حسن (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد. بیروت: مؤسسه آل‌البتیة. چاپ دوم.
۳۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۶). بررسی فقهی حقوقی خانواده. تهران: نشر علوم اسلامی. چاپ شانزدهم.
۳۳. مدنی، سیدجلال‌الدین (۱۳۷۷). ادله اثبات دعوا. تهران: انتشارات پایدار. چاپ چهارم.
۳۴. مظفر، محمدرضا (۱۳۷۴). اصول الفقه. قم: اسماعیلیان.
۳۵. معین، محمد (۱۳۸۲). فرهنگ معین. تهران: انتشارات بهزاد.
۳۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۸). تحریر الوسیله. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۳۷. نجفی، محمدحسن (۱۴۱۴ق). جواهر الکلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی. چاپ هفتم.
۳۸. نوری، حسین بن محمدتقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل. بیروت: مؤسسه آل‌البتیة.
۳۹. واسطی زبیدی، محب‌الدین، و جمعی از نویسندگان (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
۴۰. هیل، والترانساین (۱۳۸۶). مقدمه‌ای بر مهندسی ژنتیک. ترجمه صادق ولیان بروجنی و محمد رونقی. اصفهان: دانشگاه اصفهان.