

# نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی نفی نسب<sup>۱</sup>

پرویز عامری<sup>۲</sup>

هاجر یاسینی‌نیا<sup>۳</sup>

## چکیده

نسب‌مبثی بیولوژیک و زیستی است که به دلیل آثار حقوقی فراوان مترتب بر آن، در فقه و حقوق مورد توجه قرار می‌گیرد. پیشرفت علم ژنتیک و راهیابی آن در سه دهه اخیر به عرصه حقوق و دادگاه‌ها، و استفاده از آزمایش تجزیه خون و DNA، بررسی اعتبار فقهی و حقوقی مسأله را ضروری می‌سازد. مقاله حاضر درصدد پاسخ به این سؤال است که آیا میزان اعتبار حقوقی و فقهی آزمایش‌های خون و ژنتیک به اندازه‌ای است که بر اماره فراش مقدم شود و دعاوی نفی نسب از طریق آن حل و فصل گردد؟ برخی بر این عقیده‌اند که این نوع آزمایش‌ها بر اماره فراش مقدم هستند و اثبات خلاف اماره از طریق آزمایش‌های مذکور امکان‌پذیر است؛ اما پاسخ مقاله به سؤال تحقیق این است که هر چند آزمایش‌های ژنتیک موفقیت‌هایی در زمینه رابطه نسبی بین افراد داشته‌اند، در مواردی که تمامی شرایط اماره فراش محقق باشد، این آزمایش‌ها توان مقابله با اماره را ندارند و اثبات خلاف اماره فراش از این طریق امکان‌پذیر نیست؛ مگر آن‌که یکی از شرایط اماره مفقود باشد. در آن صورت، استفاده از نتایج آزمایش‌های مذکور - به عنوان اماره قضایی - می‌تواند راهگشا باشد.

## واژگان کلیدی

نسب، نفی ولد، اماره فراش، اثبات نسب، نفی نسب

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۳/۴/۱۸؛ تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۴/۲/۹

ameri@shirazu.ac.ir

۲- استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشگاه شیراز

h.yasinyeniya@gmail.com

۳- دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی از دانشگاه شیراز

## مقدمه

آزمایش ژنتیک برای اثبات نسب، اگرچه در پاره‌ای دعاوی می‌تواند مؤثر واقع شود، در برخی دیگر از دعاوی، نقشی در پیشبرد روند دادرسی ندارد. اعتبار علمی بالا و قلمرو وسیع این گونه آزمایش‌ها به‌ویژه آزمایش DNA - چه در حوزه پزشکی قانونی و چه در سایر امور مانند درمان و تشخیص بیماری‌ها- شایان توجه است؛ با این حال احتمال بروز خطای انسانی و عوامل بیرونی در تجزیه و آنالیز آن از یکسو و نیاز به مهارت و دقت ویژه در تفسیر آن، غیرقطعی بودن نتیجه این آزمایش‌ها را باعث می‌شود. باید به این پرسش پاسخ داده شود که این‌گونه آزمایش‌ها در دعاوی مختلف از چه میزان توان اثباتی برخوردار هستند؟ آیا قاضی ملزم به تبعیت از نتایج آن‌هاست یا خیر؟ مقاله پیش رو ضمن بررسی این آزمایش‌ها از منظر علم ژنتیک و توجه به رویه قضایی موجود، نیاز یا عدم نیاز به انجام آزمایش در انواع دعاوی اثبات نسب و اعتبار فقهی و حقوقی آن را مورد بررسی قرار می‌دهد.

به دلیل کاربرد زیاد آزمایش DNA در دعاوی اثبات و نفی رابطه پدر-فرزندی، از آن به عنوان تست ابوت یاد می‌شود؛ اما این آزمایش در نفی رابطه مادر-فرزندی و برخی دیگر از قرابت‌ها نیز حائز اهمیت است.

## آزمایش تجزیه گروه‌های خونی

افراد مختلف انسان از حیث گروه خونی به چهار دسته A، B، O و AB تقسیم می‌شوند. ثابت شده است که خصوصیت هر یک از این دسته‌ها به ارث می‌رسند؛ بنابراین پیش‌بینی گروه‌های خونی فرزندان که گروه خونی والدین آن‌ها معلوم باشد امکان‌پذیر است. برای مثال، ازدواج دو فرد از گروه خونی O سبب پیدایش فرزندان دارای گروه خونی O خواهد شد.

## آزمایش DNA

ژن‌ها عامل انتقال صفات از پدر و مادر به فرزندان هستند، الگوهایی که اطلاعات توارثی

را در کروموزم‌های سلول حمل می‌کنند مولکول‌های DNA هستند. ژن‌ها از چهار نوکلئوتید متفاوت ساخته شده‌اند که پیوسته به یکدیگر در طول رشته DNA قرار دارند. این چهار ماده شیمیایی عبارتند از: آدنین<sup>۱</sup>، تیمین<sup>۲</sup>، سیتوزین<sup>۳</sup>، گوانین<sup>۴</sup>. تعیین توالی این نوکلئوتیدها بیانگر هویت هر فرد است. ترتیب نوکلئوتیدها را می‌توان به دنبال هم از اتورادیوگراف قرائت کرد. این عکس شامل یکسری نوارهای موازی با یکدیگر است که پهنا و شدت رنگ مختلفی دارند (استانسفیلد، ۱۳۷۴، ص ۶۷۲-۶۷۴). از روی طرح ژنتیکی تهیه شده از کروموزم فرد (کودک) و مقایسه این طرح بارکدی با نمونه مادری و پدري و یا مقایسه آن در نمونه ارسالی با نمونه از فرد مشکوک، تشخیص هویت فرد توسط متخصصان ژنتیک امکان‌پذیر می‌گردد (کاهانی و خدابنده، ۱۳۸۹، ص ۲۵۵).

در مجموع، از نظر علمی می‌توان آزمایش DNA را برای دعاوی نفی نسب مورد استفاده قرار داد؛ اما در این خصوص لازم است نکاتی مورد توجه قرار گیرد<sup>۵</sup>:

۱- توجه به امکان خطاپذیری آزمایش ناشی از عوامل انسانی و خارجی: این آزمایش، به عنوان پیشرفته‌ترین و جدیدترین تحول در علم ژنتیک، هر چند بسیار دقیق است، اما وقوع خطا در آن اجتناب‌ناپذیر می‌باشد. از این رو دقت فرد آزمایشگر در تجزیه و آنالیز DNA و تفسیر عکس‌های اتورادیوگرافی و رعایت نکات اصولی آزمایش اهمیت ویژه‌ای دارد.

۲- توجه به زمان انجام آزمایش: ممکن است تا ۸ الی ۱۰ ماه بعد از وضع حمل، سلول‌های جنینی در خون مادر باقی مانده باشد. بنابراین به منظور اطمینان بیشتر و حساسیت موضوع، بهتر است عمل خون‌گیری از مادر جهت انجام آزمایش‌های ژنتیکی، پس از سپری شدن این مدت، انجام شود.

۳- استفاده از آزمایش DNA، در صورت لزوم و با توجه به تشخیص قاضی پرونده،

1- Adenine

2- Thymine

3- Cytosine

4- Guanine

۵- مصاحبه با دکتر مصطفی سعادت، استاد تمام ژنتیک دانشگاه شیراز، در اردیبهشت ماه ۱۳۹۰

در مواردی که هر سه نفر (زن و شوهر و فرزند) حضور داشته باشند، نتیجه بهتری را در پی خواهد داشت.

۴- شباهت ژنتیکی هر یک از والدین با فرزندان خود، همچنین خواهر و برادرهای ابوی با یکدیگر ۵۰ درصد می‌باشد. میزان این شباهت در رابطه اجداد با اولاد اولاد ۲۵٪ و در رابطه عمو و عمه یا دایی و خاله با برادرزاده یا خواهرزاده ۱۲/۵٪ می‌باشد و این در حالی است که آن‌ها با پدر یا مادر وی، خواهر و برادر ابوی بوده باشند. در همین فرض، در صورتی که آن‌ها رابطه ناتنی (ابی یا امی) داشته باشند، صرفاً ۶٪ از لحاظ ساختار ژنتیکی با هم شباهت دارند (snustad, 2011). بنابراین در دو مورد اخیر، هرچند استفاده از آزمایش DNA برای تعیین رابطه خویشاوندی کاربرد دارد، به دلیل شباهت ژنتیکی بسیار کم، تشخیص صحیح مشکل خواهد بود.

از مباحث مربوط به معرفی آزمایش‌های تجزیه خون و DNA می‌توان نتیجه گرفت که این‌گونه بررسی‌ها به عنوان اماره قضایی اعتبار دارند و می‌توانند در نظر قاضی دلیل بر امری باشند. از آنجا که قانون‌گذار از آزمایش‌های مذکور در مقررات مدون برای اثبات یا نفی نسب ذکری به میان نیاورده است، نمی‌توان این آزمایش‌ها را اماره قانونی محسوب کرد و صرفاً اگر در نظر قاضی دلیل بر امری باشد، باید اعتبار اماره قضایی برای آن قائل شد.

این سؤال که در تعارض اماره قضایی و اماره قانونی کدام رجحان دارد، بحث مستقلی می‌طلبد، اما اجمالاً باید گفت اثبات خلاف اماره قانونی گاهی اوقات از طریق اماره قضایی صورت می‌گیرد. بر اساس این مبانی نقش آزمایش‌های ژنتیک را در اقسام دعاوی زیر بررسی می‌کنیم:

### انواع دعاوی نفی ولد

دعاوی نفی ولد به اعتبار موضوع آن به سه گروه عمده «نفی ولد به دلیل عدم تحقق اماره فراش»، «نفی ولد بدلیل اثبات خلاف اماره فراش (لعان)» و «نفی ولد ناظر به تعیین هویت طفل» تقسیم می‌گردد. در دعاوی نفی ولد از نوع «اثبات خلاف اماره فراش» زوج خدشه‌ای در شرایط اماره فراش وارد نمی‌کند، اما مدعی است که طفل منتسب به وی

نیست. در حالی که در دعوی نفی ولد از نوع « اثبات عدم تحقق اماره فراش » زوج با دلایلی مانند شهادت شهود، تحقیقات محلی، اسناد و مدارکی ثابت می‌کند که یکی از شرایط اماره فراش فراهم نیست.

### ۱- دعوی نفی ولد به دلیل عدم تحقق شرایط اماره فراش

بنابر اجماع فقهای امامیه، در صورت عدم وجود شرایط الحاق فرزند به پدر، نسب بدون آن که لعان صورت گیرد، منتفی است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰هـ ج ۶، ص ۱۵۹) مثلاً در صورتی که مرد علم پیدا کند که فرزند در کمتر از ۶ ماه از زمان وطی به دنیا آمده است، قطعاً به او ملحق نمی‌شود و بدون لعان از او منتفی می‌شود (نجفی، بی تا، ج ۳۴، ص ۱۳)؛ البته این عدم الحاق و محقق نبودن شرایط اماره فراش باید در محکمه ثابت گردد. این نوع دعوی ناظر به تحقق نیافتن شرطی از شرایط اماره فراش است و از این رو قانون، طفل را منسوب به پدر ظاهری (شوهر مادر طفل) نمی‌کند؛ مثلاً با شهادت شهود یا تحقیقات محلی یا اسناد و مدارک ثابت می‌شود که تاریخ زایمان کمتر از ۶ ماه از زمان زوجیت یا بیشتر از ۱۰ ماه از تاریخ انحلال نکاح است یا زوج و زوجه مدت مدیدی جدا از یکدیگر بوده‌اند. طبق ماده ۱۱۵۸ ق.م «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط به این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد». زوجیت، وقوع نزدیکی (امکان انعقاد نطفه)، رعایت حداقل و حداکثر مدت حمل با توجه به تاریخ نکاح و تاریخ انحلال آن، شرایط سه‌گانه اماره فراش هستند که در این نوع دعوا، یکی از آنها توسط زوج انکار و خلاف آن ثابت می‌شود. بر همین اساس، سه ادعا ممکن است مطرح شود.

### الف- انکار زوجیت در زمان تکون طفل

زوج با استناد به تاریخ وقوع عقد و تولد طفل در کمتر از ۶ ماه پس از وقوع عقد، انتساب طفل به خود را منتفی می‌داند یا ثابت می‌کند که تکون طفل در زمان زوجیت نبوده است؛ مثلاً هر چند که طفل ۶ ماه پس از وقوع نکاح متولد شده است، اما آزمایش‌های

سونوگرافی صورت گرفته در دوران بارداری بیانگر آن است که شروع بارداری قبل از نکاح بوده یا طفل ۱۱ ماه پس از انحلال نکاح به دنیا آمده است، در حالی که سونوگرافی شروع بارداری پس از انحلال نکاح را نشان می‌دهد.

در برخی موارد نیز ثابت می‌گردد که هرچند تکون طفل قبل از زوجیت بوده، اما حاصل رابطه نامشروع زن و مرد در دوران نامزدی است. در این حالت، تکالیف پدر عرفی، براساس رای وحدت رویه ۶۱۷ دیوان عالی کشور بر مرد بار می‌شود؛ هر چند طفل نسب مشروع ندارد.

### ب- انکار وقوع نزدیکی

نزدیکی بین زن و شوهر و به‌ویژه انحصار آن به شوهر در زمره اسرار زندگی است که حقوق به دشواری به آن دسترسی دارد و ناچار است دست به دامان اماره و ظاهر و فرض گردد.

اگر زوجین زندگی مشترک را شروع کرده باشند، باید همبستری آن‌ها را اماره بر وقوع نزدیکی دانست و چنانچه نکاح منحل شده باشد، مطابق ماده ۱۱۵۹ ق.م. و ق.وقوع این امر را باید مفروض پنداشت (امامی، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۵۷ و ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۵۶۵). در صورتی که شروع بارداری به دوران عقد (فاصله بین نکاح تا شروع زندگی مشترک) بازگردد و نفی ولد شوهر به دلیل ادعای وی مبنی بر عدم دخول در این دوران باشد، بنابر اصل عدم موافقه، قول مرد با قسم مقدم است (نجم‌الدین حلی، ۱۴۰۸ هـ.ج، ص ۲۵۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ.ج، ص ۴۴؛ عاملی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۳۵؛ سبزواری، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۷۷؛ همو، ۱۴۱۳ هـ.ج، ص ۲۴۲؛ خویی، ۱۴۱۰ هـ.ج، ص ۲۸۳؛ خمینی، بی‌تا، ج ۲، ص ۳۰۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ هـ.ج، ص ۵۱۷؛ بهجت، بی‌تا، ج ۳، ص ۵۷۵). البته در صورت اثبات خلوت تام بین زن و مرد، می‌توان آن را به عنوان ظاهر بر اصل عدم دخول مقدم دانست (طوسی، ۱۴۰۰ هـ.ج، ص ۴۷۱؛ بحرانی، بی‌تا، ج ۱۰، ص ۸۱؛ عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۲۸؛ سیستانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۲۱۵؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ هـ.ج، ص ۷۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵ هـ.ج، ص ۵۳) با این همه، خلوت تام زوجین را می‌توان نشانه و اماره دخول (یا لااقل امکان ورود منی به رحم) پنداشت، همان‌گونه که روایاتی نیز بر این امر دلالت دارند (طوسی، ۱۴۰۷ هـ.ج، باب لعان، ح ۳۶، ص ۱۹۳؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ.ج، باب ۲ از ابواب لعان، ص ۴۱۲، ح ۲۸۱۱)؛ زیرا نزدیکی به اعتبار

آن که سبب ایجاد طفل می‌گردد، از ارکان اماره فراش شناخته شده است. بنابراین در انعقاد نطفه، دخول موضوعیت ندارد و ورود منی به رحم کفایت می‌کند. در این مورد نیز چون شرایط اماره فراش محقق است به هیچ عنوان نیازی به انجام آزمایش ژنتیک نیست. البته زوج می‌تواند ثابت کند که در دوران عقد هیچ‌گونه خلوت تامی صورت نگرفته است و به دلیل عدم تحقق شرایط اماره فراش، نسب منتفی است. نزدیکی در صورتی می‌تواند مبنای انتساب طفل به شوهر قرار گیرد که امکان تکوین طفل از آن وجود داشته باشد.

### ج- انکار تحقق حداقل و حداکثر مدت حمل از سوی خواهان

این فرض، در برخی موارد، فرض اول را نیز در بر می‌گیرد؛ زیرا در صورتی که طفل در کمتر از ۶ ماه از زمان نکاح متولد گردد، مبین آن است که در زمان انعقاد نطفه، بین زن و مرد زوجیتی وجود نداشته است؛ مثل موردی که خواهان ثابت می‌کند تولد طفل دو ماه و نیم بعد از تاریخ عقد است.<sup>۱</sup> اما در برخی موارد، متفاوت با فرض اول است؛ برای مثال، اگر زوج مدعی باشد که در مدت زمان خاصی در مسافرت یا حبس یا غیبت به سر می‌برده است و حداقل یا حداکثر مدت زمان حمل از تاریخ آخرین نزدیکی، رعایت نشده است و این ادعا (عدم حضور) را به واسطه شهادت شهود، تحقیقات محلی یا اسناد و مدارکی مانند گواهی زندان مبنی بر مدت حبس وی ثابت کند، به دلیل عدم تحقق شرایط اماره فراش، نسب منتفی است. این نکته باید مورد تدقیق قرار گیرد که اگر زوج مدعی عدم دخول یا عدم تحقق حداقل یا حداکثر مدت حمل یا حتی مدعی الحاق طفل به زانی باشد و زوجه نیز وی را تصدیق کند، اقرار ایشان باعث انتفای نسب طفل نمی‌شود؛ زیرا حق ثالثی به نام طفل در میان است که این تصدیق مستلزم اضرار به اوست. در این مورد، برگزاری لعان نیز ممکن نیست؛ چون لعان در صورتی است که زوجه زوج را تکذیب کند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ ج ۱، ص ۳۷۸-۳۷۹؛ نجفی، بی تا، ج ۳۱، ص ۲۳۱-۲۳۲؛ شبیری زنجانی، ۱۴۱۹هـ ج ۲۵، ص ۷۸۳۷-۷۸۳۶). این اقرار طبق ماده ۱۲۸۷ ق.م اقرار به نفس تلقی نمی‌شود.

۱- پرونده شماره ۱۱/۱۰/۷۲/۳۹۷۴/۳۳ دیوانعالی کشور (بازگیر، ۱۳۸۰، ج ۲، ص ۵۸۴-۵۸۵).

بنابراین در هر سه فرض، اگر طفلی از زن متاهلی متولد شود، منتسب به شوهر آن زن است و چنانچه زوج منکر یکی از شرایط فراش باشد، باید ادعای خود را ثابت کند. وی نمی‌تواند صرفاً منکر یکی از شرایط فراش باشد و قبل از آن‌که دلیلی متقن بر ادعای خود اقامه کند، جهت اثبات صدق ادعای خود، از دادگاه تقاضای انجام آزمایش ژنتیکی کند؛ زیرا در این حالت، اماره فراش محقق است و وی در واقع دعوای «اثبات خلاف اماره فراش» مطرح کرده است که در ادامه مقاله بیان می‌شود که در این نوع دعوای نمی‌توان به آزمایش‌های ژنتیکی جهت «اثبات خلاف اماره فراش» استناد کرد. موافقت قاضی برای صدور ارجاع امر به پزشکی قانونی باید محدود به موردی شود که ثابت گردد شرطی از شروط اماره فراش مفقود است. گاه مدارک و ادله به‌گونه‌ای است که نشان می‌دهد تاریخ تکون طفل در زمان زوجیت نبوده است. بنابراین تکون طفل حاصل فراش نیست؛ اما ممکن است حاصل رابطه آن‌ها قبل از زوجیت یا بعد از خاتمه زوجیت بوده باشد. در این صورت نسب مشروع ثابت نیست.

در برخی موارد، ادله و مدارک نشان می‌دهد تاریخ تکون طفل در زمان زوجیت بوده است، اما فراش محقق نیست؛ مثل مواردی که زوج یکسال در سفر، حبس یا غیبت به سر می‌برده است. در این حالت، شهادت، تحقیقات محلی یا اسناد و مدارک دال بر جدایی مرد از زن، با آزمایش‌های ژنتیکی به عنوان نظریه کارشناسی که از آن به اماره قضایی یاد می‌شود، در تعارض است.

قانون درجه ارزش اماره قضایی را به نظر قاضی واگذار کرده است تا در هر موردی که از اوضاع و احوال موجود در خارج، حقیقت امر را به دست آورد به استناد آن حکم دهد. «اعتبار اماره قضایی مبتنی بر قطع و یقینی است که از اوضاع و احوال موجود در خارج برای دادرس در رسیدگی حاصل می‌شود و الا چنانچه دادرس از آن اوضاع و احوال قطع به وجود امر مجهول ننماید، به آن اوضاع و احوال هیچ‌گونه ترتیب اثری نخواهد داد» (امامی، ۱۳۶۶، ج ۶، ص ۲۴۴). طبق ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی و تبصره آن، یقین حاصل از نظریه کارشناسی می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد.

در مواردی ممکن است جهت رعایت عدالت و عدم تحمیل قواعد شهادت بر قاضی، به



استناد ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م کارشناسی را مقدم بر شهادت بدانیم. این صحیح است که اصولاً شهادت بر کارشناسی مقدم است، اما در بعضی اوضاع و احوال خاص و جهت حفظ عدالت، باید این اختیار به قاضی داده شود که با ذکر دلیل و استدلال، سایر ادله اقناعی از جمله کارشناسی را مقدم بر شهادت بداند. این اختیار مخالف قانون نیست، بلکه از طریق ماده ۲۴۱ ق.آ.د.م به قاضی داده شده است.

## ۲- دعاوی نفی ولد به معنای اثبات خلاف اماره فراش

در دعاوی نفی ولد از نوع «اثبات خلاف اماره فراش»، زوج خدشه‌ای در شرایط اماره فراش وارد نمی‌کند، اما مدعی است که طفل منتسب به وی نیست. در این نوع ادعا، از نظر فقه تنها راه نفی ولد، انجام لعان است. موضع فقه در این نوع دعاوی بسیار سختگیرانه است و علت این امر را می‌توان در اهمیت فراش در نزد شارع جستجو کرد. از این رو لازم است جایگاه فراش و جایگاه لعان در این مبحث روشن گردد.

### الف - جایگاه اماره فراش

وجه نام‌گذاری این اماره به اماره فراش، حدیث معروف نبوی ﷺ که فرموده است: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» یعنی ولد برای صاحب فراش (زوج) است و سنگ برای زانی. جمله «الولد للفراش» به ظاهر جمله خبری است، ولی در واقع انشایی است، چون اگر انشایی نباشد، در بعض مواقع مستلزم دروغ و خلاف واقع است (بجنوردی، ۱۹۱۹هـ ج ۲، ص ۲۸؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹هـ ج ۳، ص ۲۵).

شارع مقدس این جمله را برای حفظ نسب‌ها و مصلحت‌هایی، بیان فرموده است. حدیثی از پیامبر ﷺ نیز بر این مطلب دلالت دارد: «مردی نزد حضرت رسول ﷺ آمد و گفت: کنیزی که هنگام آمیزش با او، عزل می‌کردم، فرزندی به دنیا آورده است. حضرت ﷺ فرمود: گاهی بند مشک رها می‌شود. و فرزند را به آن مرد ملحق کرد» (جرعاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲۱، ص ۱۷۵، ح ۲۶۱۲۸؛ مجلسی، ۱۴۱۰هـ ج ۱۰۱، ص ۶۱). تردیدی نیست که این حکم مربوط به جایی است که در مورد نسب فرزند، شک وجود داشته باشد والا در قطع

طریقی محض، جعل یا سلب حکم از آنچه مورد قطع است، ممکن نیست. ولی این‌که علت و مناط آن چیست، مشخص نیست. ممکن است مناط آن ظن نوعی و کشف ناقص باشد و ممکن است حکمی تعبدی بوده باشد و همچون اصول عملیه، موضوع آن شک باشد و مناط آن این باشد که فرزندان را از آلودگی زنا در مقام ظاهر، پاک نماید؛ و یا حکمی حکومتی از ناحیه آن حضرت صلی الله علیه و آله و سلم باشد که به منظور حفظ مصالح نظام و نگهداری نسب‌ها و میراث بیان شده است. احتمال اخیر با ظاهر بعضی روایات سازگارتر است؛ مانند حدیثی که در بحار آمده است که حضرت امیر ۷ در جواب معاویه فرمود: و اما این‌که گفتم: من زیاد را فرزند پدرش ندانستم، من فرزندی او را انکار نکردم؛ بلکه رسول الله ﷺ با این فرمایش خود: «فرزند از آن فراش است و برای زناکار سنگ است»؛ فرزندی او را انکار کرد (مجلسی، ۱۴۱۰هـ ج ۴۴، ص ۱۱۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹هـ ج ۴، ص ۲۴). عبارت «فإني لم أفه بل فاه رسول الله ﷺ إذ قال: ...» نشان می‌دهد که ایشان نفی و انکار را به حضرت رسول ﷺ نسبت داد نه به خداوند متعال و از این مطلب معلوم می‌شود که این حکم از احکام حکومتی آن حضرت است که خداوند در آیه ۵۹ سوره نساء<sup>۱</sup> اطاعت آن را واجب کرده است. نیز از امام صادق علیه السلام در مورد مردی که کنیزی خریده و قبل از استبرا با او آمیزش کرده بود، سؤال شد. حضرت فرمود: کار بدی کرده است؛ باید از خداوند آمرزش طلبد و دیگر این کار را تکرار نکند. سائل پرسید: آن مرد، کنیز را قبل از حصول اطمینان از باردار نبودن (استبراء) به کسی دیگر فروخت و وی نیز قبل از آن‌که مطمئن شود باردار نیست، آن را به دیگری فروخت و در نزد خریدار سوم معلوم شد که کنیز حامله است. حضرت علیه السلام در جواب فرمود: «فرزند از آن کسی است که کنیز در نزد اوست - و باید بر این امر صبر کند - چون حضرت رسول ﷺ فرموده است: فرزند از آن فراش است و برای زناکار بهره‌ای نیست (طوسی، ۱۳۹۰هـ ج ۳، ص ۳۶۸، ح ۱۳۱۷-۱۳۱۵؛ طوسی، ۱۴۰۷هـ ج ۱، ص ۱۶۹، ح ۵۸۱۷-۵۸۱۹). عبارت «و لیصبر لقول رسول الله ﷺ»، نشان می‌دهد که اگر این حکم از

۱- يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا.

احکام خداوند متعال بود، ائمه علیهم السلام می‌فرمودند که باید به خاطر حکم خداوند صبر کند؛ و همچنین مانند سخن حضرت رسول صلی الله علیه و آله و سلم در روایت عایشه<sup>۱</sup> «هولک» که ظهور دارد در انشای حکم در مورد نزاع. از مطلق بودن برخی روایات یاد شده - و حتی صدور برخی از آن‌ها (مثل حدیث مربوط به عتبه) در مواردی که ظن بر خلاف قاعده فراش وجود دارد - معلوم می‌شود که این قاعده حتی در صورتی که ظن بر خلاف آن باشد، نیز معتبر است (حرم پناهی، ۱۳۷۶، ج ۱۰، ص ۱۶۰-۱۵۹).

### ب - جایگاه لعان در نفی ولد

لعان به دو سبب صورت می‌گیرد:

۱- **نفی حد:** در موردی که مردی به همسرش نسبت زنا دهد و ادعا کند که واقعه را به چشم دیده است، اما بینه بر اثبات آن نداشته باشد، با برگزاری لعان، حد قذف از مرد و حد زنا از زن منتفی می‌شود.

۲- **نفی ولد:** زمانی است که امکان الحاق طفل به مرد با توجه به شرایط فراش وجود داشته باشد، اما مرد، طفلی را که زن در رحم داشته باشد یا از او زاییده شود، از آن خود نداند. شرایط سبب دوم، که مورد بحث ماست، عبارتند از: زوجیت به واسطه عقد دائم، مدخوله بودن زن، رعایت اقل و اکثر حمل، عدم اقرار مرد به ابوت اگرچه به کنایه باشد (جبعی عاملی، ۱۴۱۰هـ، ج ۶، ص ۱۸۱؛ نجفی، بی‌تا، ج ۳۴، ص ۱۳). اگر شرایط الحاق فرزند به شوهر وجود نداشته باشد، فرزند بدون توسل به تشریفات لعان از مرد نفی می‌شود.

علاوه بر رعایت شرایط الحاق فرزند به شوهر (اماره فراش) لعان در صورتی امکان دارد که زن زنده باشد و ادعا کند که طفل متعلق به شوهر است. حداکثر مهلت دو ماهه از تاریخ تولد یا اطلاع بر تولد طفل (طبق مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ ق.م) جهت اقامه دعوا، از دیگر محدودیت‌های این نوع دعوا می‌باشد. برخی از حقوق‌دانان بر این عقیده‌اند که نفی ولد علاوه بر لعان، از طریق اثبات خلاف اماره فراش نیز ممکن است و در این راه، شوهر از

۱- متن این حدیث در ادامه آمده است.

هر ادله‌ای از جمله آزمایش خون نیز می‌تواند استفاده کند؛ زیرا اماره فراش به تصریح ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی، اماره قانونی است، پس چنان‌که از اطلاق ماده ۱۳۲۳ استنباط می‌شود می‌توان به وسیله هر دلیلی خلاف آن را ثابت نمود (امامی، ۱۳۴۹، ص ۹۷؛ همو، ۱۳۶۶، ج ۵، ص ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۳۲؛ صفایی، ۱۳۸۶، ص ۳۰۶؛ مدنی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۱۹۴؛ لطفی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۲۳۹). برخی دیگر، اما جدیدترین آزمایش ژنتیک - DNA - را به عنوان اماره قضایی، در صورتی که بتواند مفید علم برای قاضی شود، بر اماره قانونی فراش مقدم دانسته‌اند (دیانی، ۱۳۸۵، ص ۲۴۷).

به نظر می‌رسد اماره فراش را باید از جمله امارات مطلق محسوب کرد. اماره قانونی مطلق، اماره‌ای است که مقنن اجازه نمی‌دهد کسی در مقام اثبات خلاف آن برآید. (نگرودی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۶۷۹)؛ مانند اعتبار امر مختومه. به عبارت دیگر امارات مطلق یا امارات غیر قابل رد، امارات قانونی هستند که از نظر حفظ نظم عمومی، دلیل بر خلاف آن پذیرفته نمی‌شود. در صورتی که چنین دعوایی در دادگاه اقامه گردد، دادگاه باید آن را رد کند و به ادله ابرازی رسیدگی ننماید؛ زیرا رسیدگی به ادله برای تأثیر دادن به آن است و با منع قانون از تأثیر دلیل خلاف اماره مطلق، رسیدگی به آن، امری لغو و موجب اطاله جریان دادرسی خواهد بود (امامی، ۱۳۶۶، ج ۶، ص ۲۱۳). اماره قانونی مطلق همان فرض قانونی است. در نظر حقوق‌دانانی که اثبات خلاف اماره فراش را تجویز می‌کنند، این اماره یک اماره نسبی است (همو، ج ۵، ص ۱۶۵).

اما این نظر قابل انتقاد است؛ زیرا اولاً؛ تنها راه نفی ولد برای اثبات خلاف اماره فراش به تصریح ادله فقهی که منشأ قانون مدنی بوده است، لعان می‌باشد. ثانیاً؛ مصلحتی اکید اقتضا می‌کند مقنن اجازه ندهد که خلاف اماره فراش به اثبات برسد؛ زیرا ممکن است هر پدری شک کند که طفل متعلق به او نیست و در این صورت به کارشناسی متوسل گردد و در نتیجه سبب اختلال نظم و آرامش خانوادگی و بروز اختلاف زناشویی گردد. ضمن آن‌که سیاست قضایی اسلام در برخی امور از جمله منافیات عفت، بر چشم پوشی و مسامحه است. در امر نسب نیز این موضوع چندان از اهمیت والایی برخوردار است که اگر مردی بدکار با همسر دائمی شخصی زنا کند، طفل متولد از زن ملحق به شوهر

می‌باشد؛ زیرا به حکم قاعده فراش، فرزند شرعا ملحق به او می‌گردد، حتی اگر از نظر قیافه، شبیه زانی باشد (مجلسی، ۱۴۰۶ هـ ج ۹، ص ۱۹۲؛ حلی، ۱۴۰۵ هـ ص ۶۷۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳ هـ ج ۱، ص ۳۸۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱ هـ ج ۵، ص ۲۹۶؛ طباطبائی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۴۰۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ هـ ج ۲۵، ص ۱۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ هـ ج ۴، ص ۲۸) و اگر بخواهد او را نفی کند تنها راه ممکن برگزاری لعان است. اگر با وجود ادعای نفی ولد از لعان خودداری کند به حد قذف محکوم می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۰ هـ ج ۵، ص ۴۳۶) بدیهی است وقتی در صورت قطعی بودن زنا، بچه ملحق به فراش است، به طریق اولی در جایی که خود زنا مشکوک باشد نیز طفل ملحق به فراش می‌شود (شیرازی زنجانی، ۱۴۱۹ هـ ج ۲۵، ص ۷۸۳) شبیه بودن طفل از نظر خلق (قیافه) و خوی با زانی، فراش را زایل نمی‌کند<sup>۱</sup> (مجلسی، ۱۴۰۶ هـ ج ۹، ص ۱۹۲؛ نجفی، بی‌تا، ج ۳۱، ص ۲۳۲؛ عاملی، ۱۴۲۷ هـ ج ۶، ص ۵۷۳؛ فاضل لنگرانی، ۱۴۲۱ هـ ص ۵۱۴؛ شاهرودی، ۱۴۱۷ هـ ج ۶، ص ۷۴). در روایتی آمده است که پیامبر اکرم ﷺ بدون اعتنا به شباهت ظاهری طفل با غیر صاحب فراش، باز حکم به الحاق طفل به صاحب فراش داد. عایشه می‌گوید: عتبه بن ابی‌وقاص به برادرش سعد بن ابی‌وقاص وصیت کرده بود که فرزند کنیز زمه، از من است، او را نزد خود بیاور. هنگامی که سال فتح مکه فرا رسید، سعد آن پسر را گرفت و گفت: این پسر، فرزند برادر من است، برادرم در مورد او به من وصیت کرده است. عبدالله بن زمه هم ایستاد و گفت: این پسر، برادر من و فرزند کنیز پدرم است که بر فراش او زاده شده است. پس با هم به نزد رسول خدا ﷺ رفتند و پیامبر ﷺ به عبدالله بن زمه فرمود: آن پسر، از آن توست و سپس فرمود: فرزند از آن فراش است و برای زناکار بهره‌ای نیست (قشیری نیشابوری، ۱۳۸۹، ج ۴، ص ۱۷۱؛ بخاری، ۱۴۱۰ هـ ج ۲، ص ۳، باب تفسیر الشبهات).

اماره فراش در نظام حقوقی ما، چنان مبانی سیاست جنایی قوی دارد که ایجاب می‌کند بهره‌گیری از آن به صورت حداکثری باشد. در اماره فراش، غرض شارع کشف واقع نیست؛ بلکه حمایت از حریمی است که پایه‌های جامعه بر آن استوار است. ضمن آن‌که سیاست جنایی اسلام در خصوص منافیات عفت به ویژه اگر به خانواده مربوط باشد، مبتنی

۱- «... کون الولد شبيهاً بالزاني قیافه و إن كان یوجب الظن بأنه له، و لكن الشارع لم یعتبر هذا الظن» (انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ هـ ج ۳، ص ۲۶).

بر بزه‌پوشی است.

در نظام حقوقی که شارع مقدس از شهادت زنان بر زنا کراهت دارد، و بر زبان راندن نسبت زنا را به شدت کیفر می‌دهد، چگونه می‌توان گفت آزمایش‌های ژنتیک در مواردی که مجرای اماره‌ی فراش باشد، قابل توسل است. آیا جز این است که همه قواعد و احکام در نظام اسلامی در نهایت تناسب و هماهنگی با یکدیگر هستند؟ علاوه بر موارد ذکر شده، سکینه‌ای که خداوند در دل‌های زن و شوهر نسبت به یکدیگر قرار داده است، اسبابی عقلانی و منطقی دارد. یکی از این اسباب منطقی، وجود قواعدی چون اماره فراش است. نظر به این امر، تجویز توسل به کارشناسی در روابط زن و شوهر باید حداقلی باشد.

استفاده از آزمایش ژنتیک در جهت اثبات رابطه پدر و فرزندی منعی ندارد؛ زیرا اثبات رابطه پدر و فرزندی در فقه نیز به مورد خاصی منحصر نشده است؛ مثلاً اقرار به نسب، شهادت شهود، اماره فراش و استفاضه و حتی در مواردی قرعه که ضعیف‌ترین ادله است، پذیرفته شده است. اما تنها راه نفی ولد، لعان است و این محدودیت در اثبات خلاف اماره فراش بنا بر مصالح خاصی مورد توجه عمیق شارع بوده است. اهتمام شارع بر عدم اثبات انتقای رابطه نسبی بین طفل و شوهر مادر است.

نباید از نظر دور داشت که آزمایش‌های ژنتیک، دلیل قطعی و یقین‌آور هم نیستند و نمی‌توانند به راحتی بر اماره فراش مقدم شوند؛ زیرا متخصصان این رشته بر احتمال و امکان وقوع خطا در این نوع آزمایش‌های دقیق و حساس اذعان دارند.

دکتر کاتوزیان بر این نظر است که در نتیجه ایجاد ظن درباره انتساب طفل به دیگری و به یاری حساب احتمال‌ها نمی‌توان نسبی را که بر مبنای اماره فراش، مشروع شناخته شده است، انکار کرد. در این دعوی، ظن قوی اعتبار ندارد و برای دگرگون ساختن وضع کنونی کودک باید به قطع و یقین رسید. پس در موردی که شوهر با انکار فرزند یا منتسب ساختن او به بیگانه، وضع مادر و فرزند را به خطر می‌اندازد، نباید به ظن و احتمال اعتماد کرد و نمی‌توان جز در مورد یقین، نفی نسب را پذیرفت (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ۱۰۳).

نویسنده مذکور هر چند چنین استدلال می‌کند، اما در ادامه بیان می‌دارد که «یکی از دلایلی که به طور معمول می‌تواند چنین یقینی به وجود آورد، تجزیه خون طفل و پدر و

مادر اوست» (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲، ص ۱۰۴). این نظر دارای ایراد است؛ زیرا نتیجه این‌گونه آزمایش‌ها افاده قطع نمی‌کند. چگونه می‌توان نسب مشروع طفل و آبروی زوجه را با آزمایش‌هایی که احتمال خطای آزمایشگاهی در آن وجود دارد، به خطر انداخت. به علاوه، از این‌که مبنای فراش، مصلحت طفل، مادر و جامعه است و از ادله و فلسفه وضع فراش، مشخص می‌شود که هدف، کشف واقع نیست و مصلحت اقتضا می‌کند که برخی مسائل پوشیده بماند؛ بعید نیست که مناط این باشد که فرزندان را از آلودگی زنا در مقام ظاهر، پاک نماید.

در مقابل، برخی حقوق‌دانان صریحاً از اماره فراش به عنوان اماره قانونی مطلق نام برده‌اند و اثبات خلاف آن را به دلیل حدیث نبوی «الولد للفراش و للعاهر الحجر» امکان‌پذیر ندانسته‌اند (امیری قائم مقامی، ۱۳۸۴، ص ۹۴) اگر «اثبات خلاف فراش»، منحصر به لعان نشود و راه‌های دیگر مجاز شود بتدریج جامعه از استقامتی که اسلام برای آن در نظر دارد خارج می‌گردد؛ زیرا معنی انکار نسب این است که به زن شوهردار تهمت روابط نامشروع به دیگران زده شود. امکان رسیدگی به این ادعا به بی‌اعتمادی شوهر به زن دامن می‌زند و اثبات بی‌پایه بودن اتهام، نیز آب رفته را به جوی بازمی‌گرداند و توهین به زن را جبران نمی‌کند.

مصلحت طفل که خود یکی از مبانی اماره فراش می‌باشد، اقتضا می‌کند که درصدد استفاده از آزمایش‌ها جهت کشف حقیقت موضوع برنیاییم. ضمن آن‌که بنای شارع و سیاست قضایی اسلام در اعمال منافی عفت، پرده پوشی است. مصلحت جامعه نیز اقتضا می‌کند که کودکان متولد از زنا یا ناشی از روابط نامشروع مادون زنا، شناسایی نشوند و تعداد آن‌ها با این نوع دعاوی افزایش نیابد و این کودکان آبرومندانه و نسب‌دار بزرگ شوند، باید از چنین کودکانی، حتی به بهانه این‌که گاه حقیقتی نیز پنهان بماند، حمایت شود تا خانواده استوار بماند. البته ممکن است غیرت مردی که به حقیقت موضوع واقف است اجازه ندهد چنین طفلی را به عنوان فرزند منتسب به خود بپذیرد، به همین دلیل شارع مقدس حکم لعان را پیش بینی کرده است. برتری لعان بر نتایج این آزمایش‌ها و استناد به آن‌ها برای نفی نسب عبارت است از:

۱- معنی انکار نسب این است که به زن شوهردار تهمت روابط نامشروع با دیگران زده شود و این امر غالباً در جلسات دادرسی بیان می‌شود که ثبوت حد قذف بر زوج را در پی می‌آورد و چنانچه نفی ولد از طریق لعان انجام پذیرد، مرتفع خواهد گردید. اما اگر نفی ولد از طریق حکم دادگاه مبنی بر عدم الحاق طفل به زوج مستند به آزمایش‌های ژنتیکی صورت گیرد، حد قذف به هر حال پا برجاست؛ زیرا شباهت ژنتیکی طفل به مرد اجنبی باعث اثبات زنا نمی‌شود؛ زیرا زنا، نزدیکی (به معنای خاص آن) بین زن و مرد بیگانه است در حالی که دخول شرط بارداری نیست و ورود منی به رحم زن از هر طریق می‌تواند منجر به بارداری شود. بنابراین آزمایش‌های ژنتیکی هر چند ممکن است مثبت وجود رابطه خونی بین طفل و مرد اجنبی (پدر طبیعی) باشد، اما مثبت زنا نیست. در مواردی نیز که آزمایش‌ها بیانگر عدم شباهت ژنتیکی طفل با شوهر مادر باشد، بدون اینکه شباهت او به مرد دیگری مطرح باشد، باز این امر به معنای زناکار بودن زن و اثبات آن نیست که رفع حد قذف را به دنبال داشته باشد.

۲- موانعی همچون «عدم اقرار به فرزندگی طفل» و «عدم انقضای مدت دو ماهه از تولد طفل یا دو ماه از تاریخ اطلاع از تولد طفل»<sup>۱</sup> (ماده ۱۱۶۲ ق.م) و آثاری همچون «پرداخت کامل مهریه»، «تفریق بین زن و مرد» و «حرمت ابدی بین زوجین» هریک می‌تواند سد و مانعی بر سر راه مرد باشد و وی را از انجام لعان منصرف سازد، در حالی که نفی ولد از طریق توسل به آزمایش‌های پزشکی، دارای آثار سنگینی مانند تفریق و حرمت ابدی زوجین نیست. این امر از یک سو می‌تواند فتح بابی برای رواج بازار تهمت زنی باشد؛ زیرا مرد بدون این بیم و دغدغه که طرح دعوی نفی ولد و استناد به آزمایش‌ها جهت انتقای نسب، منجر به از دست دادن زندگی وی می‌شود اقدام به طرح دعوا می‌کند و از سوی دیگر منفی بودن آزمایش، هرچند طفل را منتفی می‌کند، اما زندگی کماکان به حیات خود ادامه می‌دهد. فراموش نکنیم که زندگی در این حالت، برای زوج مشکل می‌شود؛ زیرا وی دائماً به همسرش بدبین خواهد بود و مثبت بودن آزمایش (مبنی بر وجود رابطه ژنتیکی بین طفل و

۱- در فقه لعان، فوریت دارد؛ قانون‌گذار در ماده ۱۱۶۰ ق.م این فوریت را در قالب دو ماه گنجانده است و این امر بیانگر آن است که روح قانون در تلاش جهت محدودیت بیشتر برای نفی ولد است.



زوج) آبروی ریخته زن را به طور کامل به جوی باز نخواهد گرداند و ادامه زندگی را برای زن که از شوهرش تنفر پیدا کرده است مشکل خواهد ساخت. بنابراین در هر دو حالت زندگی با تنش سپری خواهد شد. در حالی که نفی ولد از طریق لعان باعث می‌شود زن و مردی که دیگر قادر به ادامه زندگی مشترک نیستند از هم جدا شوند و حتی اجازه نداشته باشند در آینده با هم ازدواج کنند؛ زیرا اگر این نسبت راست باشد، آن‌ها از نظر روانی قادر به ادامه زندگی زناشویی نخواهند بود و اگر دروغ باشد، عواطف زن چنان جریحه‌دار خواهد شد که بازگشت به زندگی مجدد را مشکل خواهد ساخت.

۳- چنانچه با وجود محدودیت‌ها و آثار لعان، زوج تصمیم به لعان گیرد، شارع راه بازگشت را برای وی باز گذاشته است تا رجوع کند و طفل ملائنه شده را از حالت بی‌نسبی بیرون آورد. پدری که پس از وقوع لعان و نفی نسب فرزند، از آن رجوع می‌کند در واقع به تکذیب عمل گذشته خود می‌پردازد و آن را خلاف واقع و تهمت می‌داند و چون وی با نفی و تکذیب بیانات قبلی خود همه آنها را پس گرفته چنین وانمود می‌شود که فرزند لعان شده که قانوناً نیز منسوب به وی بوده از ابتدای تکوین و خلقت خود در رحم مادر به آن پدر تعلق داشته است و وی به رغم این انتساب شرعی با زدن تهمت به مادر یا نفی نسب وی، برای مدتی آن فرزند را ظاهراً بلانسب قرار داده است (بندرچی، ۱۳۸۱، ج ۳، ص ۲۲۲). البته سایر آثار لعان به قوت خود باقی می‌ماند؛ اما اگر از طریق نتایج آزمایش‌ها حکم به انتقای نسب داده شود، راه رجوع بسته می‌شود؛ زیرا نسب بین طفل و زوج قطع می‌شود. عدم اعتماد به نتایج آزمایش‌ها برای نفی ولد در فتاوی بسیاری از فقهای معاصر تصریح و تأکید شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ ص ۳۰۹؛ گلپایگانی، ۱۴۰۹ هـ ج ۲، ص ۱۷۶، سؤال ۴۹۴؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ هـ ج ۴، ص ۳۰).

البته اثبات خلاف اماره فراش به واسطه لعان مربوط به عقد دائم است و در عقد موقت نیازی به این امر نیست. مشهور فقهای امامیه لعان را در نکاح منقطع جائز ندانسته‌اند و گفته‌اند با نفی ولد از طرف شوهر، ولد در ظاهر منتفی شناخته می‌شود (جبعی عاملی، ۱۴۱۳ هـ ج ۷، ص ۴۶۱).

## دعوی نفی ولد ناظر به هویت طفل

از جمله خصوصیات این نوع دعوا، عدم رعایت مهلت دو ماهه مذکور در ماده ۱۱۶۲ ق.م. است؛ زیرا رعایت این مهلت ناظر به موردی است که شوهر فرزندی را که قانون به او منسوب می‌داند، انکار کند (لعان) و شامل دعاوی مربوط به این بند نمی‌شود. خصوصیت دیگر آن، این است که از سوی مادر نیز می‌تواند اقامه گردد. برای مثال زن و شوهری، سرپرستی طفلی را بر عهده گرفته‌اند اما وی پس از بلوغ و پیدا کردن پدر و مادر واقعی خود، نزد آن‌ها بازگشته است، زوجین سرپرست نیز تقاضای نفی نسب از وی می‌کنند<sup>۱</sup>. یا این‌که زوجین به هر دلیلی سرپرستی خود را فسخ می‌کنند و جهت حذف نام کودک بی‌سرپرست از شناسنامه خود، اقامه دعوی نفی نسب می‌نمایند. در مواردی نیز خواهان مدعی است که وی از همسرش فرزند صلبی نداشته ولی هنگام ازدواج با وی، کودک او را - که حاصل ازدواج سابقش بوده - به فرزندی قبول کرده و به نام خود شناسنامه گرفته است، حال پس از ۳۰ سال تقاضای نفی ولد می‌کند<sup>۲</sup>. در این گونه دعاوی، خواهان باید ثابت کند که خوانده فرزند واقعی (حاصل از فرآش) وی نیست و وی صرفاً سرپرستی او را قبول کرده است. دلایلی همچون اسناد و مدارک مربوط به قرارداد سرپرستی یا شهادت شهود می‌تواند دعوا را ثابت نماید یا این‌که مادری ادعا کند که فرزند واقعی او در بیمارستان با کودک دیگر تعویض شده است و با طفلی که به او سپرده شده است، رابطه نسبی ندارد.

۱- پرونده شماره ۷/۸۸/۷۶ شعبه ۷ دادگاه خانواده شیراز؛ همچنین پرونده ۷/۸۸/۲۸۶ شعبه ۷ دادگاه خانواده

۲- پرونده شماره ۸۸/۵۷۹ شعبه ۲۰ دادگاه خانواده شیراز. البته در این پرونده به علت فوت فرزندخوانده، دعوا علیه وراثت وی اقامه گردیده است. دادگاه با این استدلال که « نظر به این‌که دعوی نفی ولد باید ظرف دو ماه از تاریخ اطلاع مدعی از تولد طفل انجام می‌گیرد و موعد مذکور رعایت نشده است» حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر کرده است.

در مواردی از تلقیح مصنوعی نیز که طفل از نطفه زن یا مرد یا هیچیک نباشد (بلکه به صورت اهدای اسپرم، اهدای تخمک، اهدای جنین باشد) امکان طرح چنین دعاوی وجود دارد. مثلاً در روش اهدای جنین، نسب چنین طفلی ملحق به صاحبان نطفه (زوجین انتقال دهنده) است؛ بنابراین ممکن است سالها پس از اهدای جنین، زوجین انتقال گیرنده یا یکی از آن‌ها با اثبات این امر دعاوی نفی ولد اقامه کنند.

چنانچه قرائن و شواهدی بر صدق ادعای خواهان وجود داشته باشد، آزمایش DNA در این دعاوی می‌تواند به عنوان یک اماره قضایی مورد استفاده طرفین قرار گیرد.

### یافته‌های پژوهش

از آنچه در مقاله آمد، می‌توان نتیجه گرفت:

- ۱- در مواردی که اماره فراش محقق باشد و زوج دلیلی بر عدم تحقق شرایط فراش ارائه نکند ولی منکر انتساب طفل به خود باشد و درصدد طرح دعاوی نفی ولد از نوع «اثبات خلاف اماره فراش» برآید، نمی‌تواند با تمسک به آزمایش‌های خون و ژنتیک، عدم الحاق طفل به خود را ثابت نماید؛ زیرا استفاده از آزمایش در این نوع دعاوی به دلیل سیاست و فلسفه وضع اماره فراش در شرع، وجاهت ندارد؛ بر اساس اماره فراش، طفل موجود ارزشمندی است که باید در فضایی قرار گیرد که به تعالی برسد. اثبات انتساب طفل به زانی، مصلحت طفل را از بین می‌برد؛ در حالی که سیاست شارع حمایت از کرامت انسانی طفل است.
- ۲- مسائلی از قبیل وفاداری و تقوای زن و تعهدات اخلاقی، حقوق ناشی از ازدواج و منافع اطفال، امنیت و نظم اجتماعی، عفت خانوادگی و آرامش زنشویی در اماره فراش ملحوظ گردیده است. به همین علت، رد این اماره نباید جز با شرایط سنگینی که در لعان وضع شده است، امکان‌پذیر باشد؛ لعان شرایط بسیار سنگینی را بر زوجی که درصدد نفی ولد باشد، بار می‌کند، ضمن آن‌که نظر شارع براین است که با نفی ولد از طریق لعان، فرزندان را از آلودگی زنا در مقام ظاهر، پاک نماید؛ نه اینکه با اثبات شباهت ژنتیکی طفل به زانی یا عدم شباهت ژنتیکی طفل با زوج، طفلی نامشروع یا بی نسب قلمداد شود. نسب به واسطه اماره ابوت حاکم است و آزمایش DNA توان مقابله با آن را ندارد.

۳- در دعوای نفی ولد ناظر به هویت طفل و در برخی از دعوای خویشاوندی نیز در صورتی که قراین و دلایلی از سوی خواهان مبنی بر نفی وجود داشته باشد - نه این که خواهان صرفاً و مستقیماً متمسک به این آزمایش‌ها شود - قاضی می‌تواند با تقاضای انجام آن موافقت کند. نتیجه چنین آزمایشی به عنوان نظریه کارشناس در صورت حصول علم برای قاضی اعتبار خواهد داشت.

Archive of SID

## منابع و مأخذ

- ❖ استانسفیلد، ویلیام دی، *ژنتیک تئوری و مسائل آن*، ترجمه محمد صبوری؛ حمیده علمی غروی، تهران، انتشارات فاطمی، ۱۳۷۴، چاپ سوم
- ❖ اصفهانی، محمد باقر بن محمد تقی (مجلسی دوم)، *بحار الأنوار*، بیروت، مؤسسه الطبع و النشر، ۱۴۱۰هـ چاپ اول
- ❖ اصفهانی، محمدتقی (مجلسی اول)، *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، قم، مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانیور، ۱۴۰۶هـ
- ❖ امامی، اسدالله، *نسب در حقوق ایران و فرانسه*، تهران، چاپخانه موسوی، ۱۳۴۹
- ❖ امامی، حسن، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶، چاپ سوم
- ❖ امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *دعوی ادله اثبات بین المللی و داخلی*، تهران، انتشارات مؤلف، ۱۳۸۴، چاپ دوم
- ❖ انصاری شیرازی، قدرت الله و پژوهشگران مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم، *موسوعه احکام الأطفال و أدلتها*، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۹هـ چاپ اول
- ❖ بازگیر، یدالله، *قانون مدنی در آیین دیوان عالی کشور (حقوق خانواده)*، تهران، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۰
- ❖ بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹هـ
- ❖ بحرانی، حسین احمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع*، قم، مجمع البحوث العلمیه بی تا
- ❖ بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۵هـ چاپ اول
- ❖ بخاری، محمد بن اسماعیل بن ابراهیم، *صحیح البخاری*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۱هـ
- ❖ بندرچی، محمدرضا، *نگاهی به لعان و مانعیت آن از ارث در حقوق ایران*، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، سال هشتم، ۱۳۸۱
- ❖ بهجت، محمد تقی، *جامع المسائل*، بی تا، بی تا

- ❖ جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، *الروضه البهیه*، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰هـ.
- ❖ \_\_\_\_\_ *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳هـ چاپ اول
- ❖ جعفری لنگرودی، جعفر، *دایرة المعارف اسلامی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۳
- ❖ حر عاملی، محمد، *وسایل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۰۹هـ.
- ❖ حرم پناهی، محسن، «*تلقیح مصنوعی*»، مجله فقه اهل بیت عليهم السلام، ج ۱۰، ۱۳۷۶، سال سوم
- ❖ حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرایع الإسلام*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸هـ چاپ دوم
- ❖ حلّی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵هـ چاپ اول
- ❖ خویی، ابوالقاسم، *منهاج الصالحین*، قم، نشرمدینه، ۱۴۱۰هـ چاپ بیست و هشتم
- ❖ دیانی، عبدالرسول، *ادله اثبات دعوا در امور مدنی و کیفری*، تهران، انتشارات تدریس، ۱۳۸۵
- ❖ سبزواری، عبدالاعلی، *مذهب الاحکام*، قم، انتشارات دفتر آیت الله سبزواری، ۱۴۱۳هـ چاپ چهارم
- ❖ سبزواری، محمد باقر، *کفایه الاحکام*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا
- ❖ سیستانی، علی (بی‌تا)، *منهاج الصالحین*، بی‌نا
- ❖ شبیری زنجانی، موسی، *کتاب نکاح*، قم، مؤسسه پژوهشی رای‌پرداز، ۱۴۱۹هـ چاپ اول
- ❖ صفایی، حسین و اسدالله امامی، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶
- ❖ طباطبائی، علی بن محمد، *الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹هـ چاپ اول
- ❖ طباطبایی حکیم، سید محمد سعید، *منهاج الصالحین*، بیروت، دارالصفوه، ۱۴۱۵هـ
- ❖ طوسی، محمد، *الاستبصار*، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۳۹۰هـ

- ❖ طوسی، محمد، **التهدیب الاحکام**، تهران، دارالکتب الاسلامی، ۱۴۰۷هـ چاپ چهارم
- ❖ — **النهایه**، المتن، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۰هـ چاپ دوم
- ❖ عاملی، سید محمد حسین ترحینی، **الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ**، قم، دار الفقه للطباعه و النشر، ۱۴۲۷هـ چاپ چهارم
- ❖ عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، **القواعد و الفوائد**، قم، کتابفروشی مفید، بی تا، چاپ اول
- ❖ عاملی، محمد، **نهایه المرام**، بی تا، بی تا
- ❖ فاضل لنکرانی، محمد، **تفصیل الشریعہ فی شرح تحریر الوسیلہ - النکاح**، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۱هـ چاپ اول
- ❖ قشیری نیشابوری، ابوالحسین مسلم بن حجاج، **صحیح مسلم**، بیروت، دارالفکر، ۱۳۸۹هـ چاپ دوم
- ❖ کاتوزیان، ناصر، **حقوق خانواده**، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳، چاپ ششم
- ❖ کاهانی، علیرضا و فریده خدابنده، **نکته‌های کلیدی در پزشکی قانونی**، تهران، انتشارات جنگل با همکاری معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۹
- ❖ گلپایگانی، محمدرضا، **القضاء**، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳هـ
- ❖ — **مجمع المسائل**، قم، دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹هـ چاپ دوم
- ❖ لطفی، اسدالله، **حقوق خانواده**، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۸۹
- ❖ مدنی، جلال الدین، **حقوق مدنی (حقوق خانواده)**، تهران، انتشارات پایدار، ۱۳۸۵
- ❖ مغنیه، محمد جواد، **فقه الإمام الصادق علیه السلام**، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱هـ چاپ دوم
- ❖ مقدس اردبیلی، احمد، **مجمع الفائده فی شرح ارشاد الانزهان**، ج ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳هـ
- ❖ مکارم شیرازی، ناصر، **أنوار الفقاهه - کتاب النکاح**، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵هـ چاپ اول
- ❖ موسوی خمینی، روح الله، **تحریر الوسیلہ**، قم، مؤسسه دارالعلم، بی تا

- ❖ نجفی، محمدحسن، *جواهرالکلام*، بیروت، داراحیاءالتراب العربی، ج ۳۴، بی تا، چاپ هفتم
- ❖ هاشمی، محمود و جمعی از پژوهشگران زیر نظر آیت الله شاهرودی، *معجم فقه الجواهر*، بیروت، الغدیر للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۱۷هـ، چاپ اول

- ❖ snustad.peter; simmons, Michael; Eldon, john Gardner (2011), *principles of genetics* , Landan , J .Wiley

Archive of SID



## دور الأدلة الوراثية في دعوى نفي النسب<sup>١</sup>

برويز عامري<sup>٢</sup>

هاجر ياسيني نيا<sup>٣</sup>

### الملخص

تعد قضية النسب من القضايا البيولوجية و الأحيائية التي تترتب عليها الآثار الحقوقية الكثيرة في مجال الفقه و الحقوق. و دراسة الإعتبار الفقهي و الحقوقي من القضايا الضرورية و ذلك بسبب تطور علم الوراثة و تدخله في مجال الحقوق و المحاكم القانونية في العقود الثلاث الأخيرة، و استخدام اختبار الدم DNA و تحليله. تجيب هذه المقالة على التساؤل التالي: هل تحظى تحاليل الدم DNA بالاعتبار القانوني و الفقهي اللازم بحيث تتقدم على دليل الفراش، و هل يمكن حل و فصل دعاوي نفي النسب من خلاله؟ يعتقد البعض بتقدم هذه التحاليل على دليل الفراش فإنه يمكن اثبات خلافه من خلال التحاليل المذكورة. أما الإجابة على السؤال من خلال المقالة فهو رغم نجاح هذه التحاليل الوراثية في مجال العلاقات النسبية بين الافراد، لكن لايمكن مقارنتها (الامارة- الدليل) عندما تتحقق ظروف امارة الفراش كلها، إلا إذا فقدت إحدى شروط الامارة. في هذه الحالة يمكن استخدام نتائج التحاليل - بصفتها دليل قضائي - كحل للمشكلة.

### الكلمات المفتاحية

النسب، نفي الولد، امارة الفراش، اثبات النسب، نفي النسب

١- تاريخ الاستلام: ١٤٣٥/١١/٩؛ تاريخ القبول: ١٤٣٦/٥/٢٠

٢- استاذ مساعد قسم الحقوق جامعة شيراز

٣- خريجة ماجستير الحقوق جامعة شيراز