

The Role of Medical Technology in the Lineage Claims' Proof: The Theory of Supplementary Evidence



Sadegh Shariati Nasab

Ph.D. in Private Law, Assistant Professor of Royan Institute: Department of Basic and Population Based Studies in NCD, Reproductive Epidemiology Research Center, Royan Institute, ACECR, Tehran, Iran.
Email: shariatina@ut.ac.ir



Abstract

In Iran law, a rule known as "FERAASH" is traditionally used to establishing the relationship between children and parents (and, consequently, other relatives). This rule is based on the authenticity of appearances, rather than discovering the truth. So, a child which born to a married woman, belongs to her husband; provided that he had intercourse with his wife, and at least 6 months and at most 10 months have passed from the time of intercourse to the birth of the child (Article 1158 Civil Code). Based on medical advances in the field of DNA fingerprinting, the validity and value of "FERAASH" has been challenged; Because the probative power of medical tests in discovering the truth, obviously is more than "FERAASH", and from this point of view, these two cannot be compared. In the meantime, some

Journal of Research and
Development in Private Law

Iranian Law and Legal Research
Institute

Vol. 2 | No. 3 | Spring and
Summer 2025
(Original Article)

www.jpl.illrc.ac.ir

DOI:

۱۰.۲۲۰۳۴/۰۰۰.۲۰۲۵.۲۲۱۲۶۰

authors are in favor of the traditional theory (=FERAASH) and regard it as sacred and worshipful. But others, do not consider any value for FERAASH, against the results of DNA test; so, put it aside. The purpose of this research is analyzing the practical role of DNA fingerprinting in the proof of lineage claims, and its method is descriptive and analytical. As a result, it seems that both of those opinions are extreme and should be moderated: Firstly; FERAASH is not a sacred rule that can always be respected. Secondly; At the same time, the only justifying factor in FERAASH, is not finding out the truth in the lineage; but rather, a range of social benefits and public order and children's rights were also considered in its implementation. The middle way which chosen by this research is using DNA fingerprinting as a "Supplementary Evidence" in the lineage claims; In the sense that any reference to the DNA test results, should be only for completing the traditional proofs in the lineage claims; not as the main or exclusive proof. In this regard, DNA fingerprinting plays a role similar to "secondary oath" in the evidence for proving a claim.

KeyWords: Assisted Reproductive Technology (ART), Couples, DNA Fingerprinting, Embryo Donation, FERAASH, LE' AAN, Lineage Proof, Paternity Disavowal, Supplementary Evidence.



جایگاه فناوری پزشکی، در ادله اثبات دعاوی نسب: نظریه ادله تکمیلی

دکترای حقوق خصوصی، استادیار پژوهشگاه رویان؛ پژوهشکده زیست‌شناسی و علوم پزشکی تولیدمثل جهاد دانشگاهی، مرکز تحقیقات اپیدمیولوژی باروری، گروه تحقیقات پایه و جمعیتی بیماری‌های واگیردار، تهران، ایران.

Email: shariatina@ut.ac.ir

صادق شریعتی نسب



موسسه تخصصی حقوق خصوصی
Research Center for Specialized Studies in Islamic Law and Jurisprudence

پژوهشکده حقوق و قانون ایران
Research Center for Reproductive Health and Family Planning

دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق خصوصی
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۲ | شماره ۳ | بهار و تابستان ۱۴۰۴
(مقاله پژوهشی)

www.jpl.illrc.ac.ir

DOI:

۱۰.۲۲۰۳۴/۵۵۵.۲۰۲۵.۲۲۱۲۶۰

چکیده

در حقوق ایران، برای تحقق رابطه نسب میان فرزند و پدر و مادر (و به تبع، دیگر اقارب نسبی)، به‌طور سنتی از قاعده‌ای موسوم به «اماره فراش» استفاده می‌شود. این قاعده بیش از آنکه مبتنی بر کشف حقیقت باشد، بر اصل صحت و اعتماد به ظواهر امور بنا شده است؛ چنانکه فرزند متولد از زن متأهل را، مشروط بر آنکه با همسرش نزدیکی کرده باشد و از زمان نزدیکی تا تولد فرزند حداقل ۶ ماه و حداکثر ۱۰ ماه گذشته باشد، منسوب به شوهر می‌دانند (ماده ۱۱۵۸ ق.م.ا). با پیشرفت‌های پزشکی در زمینه آزمایش‌های تشخیص رابطه ژنتیک (دی.ان.ای.)، اعتبار و ارزش اماره فراش، به چالش کشیده شده است؛ زیرا توان اثباتی آزمایش‌های پزشکی

در کشف حقیقتِ امر، به مراتبِ بیش از اماره فراش است و از جهت اصابت به واقع، این دو قابل مقایسه نیستند. در این میان، برخی طرفدارِ نظریه سنتی (=اماره فراش) هستند و برای آن، گونه‌ای تقدس و تعبد قائلند. اما برخی دیگر، برای اماره فراش در برابر نتایج آزمایش دی.ان.ای. ارزشی متصور نیستند و آن را یک سره کنار می‌نهند. هدف از این پژوهش، تحلیل جایگاه عملی آزمایش ژنتیک در ادله اثباتِ دعاوی نسب، و روش آن، توصیفی و تحلیلی است. به عنوان نتیجه، به نظر می‌رسد هردوی این نظرات دچار افراط و تفریطند و باید تعدیل شوند: اولاً؛ اماره فراش امری مقدس نیست که همواره قابل احترام باشد. ثانیاً؛ در عین حال، تنها عامل توجیه‌کننده اماره فراش، کشف حقیقتِ نسب نیست؛ بلکه گستره‌ای از مصالح اجتماعی و نظم عمومی و حقوق کودکان نیز در تعبیه آن ملحوظ بوده است که نباید از نظر دور داشت. راه میانه‌ای که این پژوهش برگزیده، استفاده از آزمایش دی.ان.ای. به عنوان ادله تکمیلی (مُعین) در دعاوی نسب است. به این معنا که ارجاع و استناد به نتایج این آزمایش، باید در تکمیلِ ادله سنتی اثبات یا نفی نسب، و افزون بر آنها باشد؛ نه بدو و به عنوان دلیل اصلی یا منحصرِ دعوی. از این جهت، آزمایش دی.ان.ای. نقشی مشابه «سوگندِ استظهاری» در ادله اثبات دعوی دارد.

کلیدواژه‌ها: آزمایش دی.ان.ای.، اثبات نسب، ادله تکمیلی، اهدای جنین، اماره فراش، باروری پزشکی، زوجین، لعان، نفی نسب

مقدمه

نسب فرزندان در خانواده، از مهم‌ترین و در عین حال پیچیده‌ترین مسائل حقوق خانواده است. زیرا از یک‌سو، نسب سرچشمه تمام آثار و حقوق و روابط والد و فرزندی (مانند ارث و حضانت و ولایت و نفقه و محرمیت و نام خانوادگی) است. از سوی دیگر، به دلیل ذات و شیوه تولیدمثل انسان، در حالت عادی ممکن است هیچ‌گاه نتوان در مورد حقیقت نسب فرزندان به یقین رسید، و برای احراز آن، باید بر ظواهر تکیه شود. زیرا اساساً رابطه جنسی میان همسران، و به تبع آن لقاح اسپرم و تخمک، امری آشکار و قابل ثبت، یا در زمره اموری نیست که بتوان در مورد تحقق و منشأ آن، قاطعانه و بدون هیچ تردیدی داوری کرد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۲۸). این مسئله، موجب پیچیدگی قواعد مربوط به اثبات نسب می‌شود.

در گذشته، جز اعتماد به ظواهر امر (مانند تولد طفل در زمان زوجیت، یا ملاحظه فاصله زمانی میان نزدیکی و وضع حمل)، یا در سطوحی بدوی‌تر، بررسی شباهت‌های ظاهری فرزند و پدر او، راهی برای احراز یا نفی نسب وجود نداشت (ن.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۵). اما با پیشرفت دانش پزشکی و ارتقای امکانات تشخیصی، می‌توان بر اساس آزمایش تشخیص ژنتیکی نسب^۱ تا حدود زیادی در مورد نسبت فرزند و پدر و مادر او، به یقین رسید.

۱. DNA Fingerprinting

برای به‌دست آوردن «اثر انگشت ژنتیکی»، ابتدا DNA را از یک نمونه ناشناخته (کسی که نسب او مورد تردید است) جداسازی، و برای مقایسه، با نمونه‌های شناخته شده تطبیق می‌دهند. اگر نمونه‌ها مطابقت داشته باشند، نتیجه شناسایی، مثبت است. روش کار نیز آن است که رشته DNA جدا شده از نمونه (یعنی DNA که از سلول‌ها و سایر اجزای سلولی جدا شده است)، با یک آنزیم محدود کننده مخلوط می‌شود، تا اثر انگشت ژنتیکی ایجاد شود. آنزیم محدود کننده، DNA را به شکلی بُرش می‌دهد که با DNA افراد دیگر متفاوت است. قطعات DNA تولید شده توسط آنزیم محدود کننده، بر اساس اندازه، با استفاده از روشی به نام الکتروفورز ژل، جدا می‌شوند. نتیجه، الگویی از نوارها است که می‌تواند با الگوهای دیگر از نمونه‌های شناخته شده، مقایسه شود. برای آزمایش نسب پدری یا مادری، نیمی از اثر انگشت ژنتیکی از مادر بیولوژیکی، و نیمی دیگر از پدر بیولوژیکی نشئت می‌گیرد.

See. Hartline, 2024: 1.32; Roewer, 2013: 1-10.

در همین جا باید دو نکته را به عنوان مقدمه روشن ساخت: ۱. در این نوشتار، معیار نسب را طبق نظر مشهور فقها و حقوق دانان^۱، نسب ژنتیک- دست کم در مورد پدر و فرزند- قرار داده ایم و بنابراین مقصود از نسب، برقراری رابطه ژنتیکی میان فرزند و والدین است. البته در مورد مادر، زن صاحب رحم نیز وفق برخی نظرات می تواند مادر به شمار رود^۲، که در این صورت انجام آزمایش ژنتیک برای اثبات آن، منتفی است و برعکس، زایمان ملاک عمل خواهد بود.^۳ اساساً در مورد نسب مادری، کمتر سخن و تردیدی هست و اگر هم تردیدی باشد، بیشتر در مورد مشروعیت نسب است؛ نه اصل آن. علت این امر آن است که زن زایمان کننده، اغلب مشهود و معلوم است و بنابراین قاعداً باید او را مادر دانست، مگر خلاف آن به اثبات رسد. آنچه بیشتر چالش انگیز است، نسب پدر با فرزند است (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۴ به بعد؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۲۸) که تردید در آن، گاه به تردید در مشروعیت نسب مادری نیز می انجامد.

در پی پیشرفت های علمی، جایگاه استفاده از ابزار تشخیص پزشکی برای اثبات نسب فرزندان، موضوع سخن قرار گرفته است. تجویز یا ممنوعیت این استفاده، حسب مورد دارای مزایا و معایب بالقوه ای است که باید در مورد آنها داوری کرد: تجویز روش های تشخیصی، این حُسن را دارد که انسان را از ظن و گمان می رهاند و از سردرگمی نجات می دهد و به اطمینان نسبی- اگر نه یقین قطعی- می رساند. پدر و فرزند- و گاه مادر- نیز حق دارند از حقیقت ماجرا آگاه شوند. همچنین ممکن است استدلال شود آزادی ادله پزشکی در اثبات نسب، به دلیل اطمینانی که دارد، احتمال خطا و خیانت را نیز می کاهد و گناهکاران را از ترس عقوبت، محتاط تر می سازد. در سوی مقابل، این عیب را دارد که تخم

۱. به عنوان نمونه، برای دیدن این دیدگاه، ن.ک. لطفی، ۱۳۹۱: ۱۱۶ تا ۱۳۱.

۲. به عنوان نمونه، ر.ک. صفیری و طاهرخانی، ۱۳۸۸: ۱۳۷ تا ۱۵۷؛ یدالهی باغلوبی و دیگران، ۱۳۹۴: ۴۱ تا ۷۴.

۳. برای دیدن این نظر، ر.ک. صفایی و علوی قزوینی، ۱۳۸۵: ۳۵ تا ۶۳. همچنین برای دیدن طرح نظرهای پراکنده در این خصوص، ر.ک. ناصری مقدم، ۱۳۸۷: ۱۴ تا ۲۹.

شک و تردید و بددلی را در خانواده و میان زوجین می‌پراکند و همگان - یا دست کم عده زیادی را- به وسوسه کشف حقیقت می‌اندازد. این بددلی و تردید، نظم عادی امور را در هم می‌ریزد و رابطه زوجین را به یک محکمه تمام‌وقت تبدیل می‌کند (برای نظر موافق، ر.ک. شیروی، ۱۴۰۱: ۲۳۸ و ۲۳۹). از این گذشته، طرح دعوی یا درخواست برای انجام چنین آزمایش‌هایی، حتی به فرض که مدعا با نتیجه آزمایش تأیید نشود و به بی‌گناهی زوجه انجامد، امنیت و احترام میان زوجین را مخدوش می‌کند و لکه این بی‌اعتمادی، به سادگی پاک‌شدنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۱ و ۷۲). و نهایتاً در فرضی که تردید درست باشد و به اثبات خطاکاری زوجه نیز انجامد، در بهترین فرض، کودکی را طرد و از داشتن خانواده محروم می‌کند. بنابراین، حقیقت نسب از حقایقی نیست که بتوان چندان به کشف آن افتخار کرد و از آن خرسند شد!

هدف از انجام این پژوهش، تحلیل جایگاه نظری و عملی استفاده از آزمایش دی.ان.ای. در دعوی نسب است. برای این کار، باید جوانب مختلف مسئله را سنجید. نتیجه این بررسی، در قالب پیشنهاد به نظام قضایی و تقنینی ایران عرضه خواهد شد. روش انجام این مطالعه، توصیفی و تحلیلی و از نظر منابع، کتابخانه‌ای و اسنادی است. ابزار فنی پژوهش نیز مبتنی بر استقراء و قیاس و استدلال منطقی، و رجوع به قواعد و اصول حقوقی است. سؤالات اصلی این پژوهش عبارتند از اینکه: ۱. استفاده از دانش روز و به‌ویژه آزمایش دی.ان.ای. تا چه حد در دعوی نسب مطلوبیت دارد؟ همواره مورد تردید است که آیا باید راه را برای آزمایش مزبور باز گذاشت، یا جز در موارد ضروری، از استماع آن چشم‌پوشید؟ ۲. معیار اثبات یا نفی نسب را باید چه ادله‌ای قرار داد؟ آیا آزمایش دی.ان.ای. باید به کلی جای اماره فراش را بگیرد؟ یا همچنان اماره فراش باید قاعده حاکم باشد؟ ۳. موضع قضایی در برابر چنین آزمایشی چه باید باشد؟ منع مطلق، پذیرش مطلق، و یا رویکردی میانه و گزینشی؟

۱. بحث

در این بخش، نخست نظریات مختلف و ادله هر یک بیان خواهد شد. سپس نظریه پیشنهادی و مبانی آن عرضه می‌شود و این نظر، در موارد خاص (مانند دعوی لعان و باروری‌های پزشکی) نیز محک می‌خورد. این روند، مقدمه اقناعی و استدلالی یافته‌ها و نتایج پژوهش است.

۱/۱. نظریه‌های موجود

در برخورد با فناوری‌های آزمایشگاهی تشخیص نسب، دو نظریه سنتی و نوین طرح شده که موافقان و مخالفان را به دو طیف مقابل تقسیم کرده است: برخی بر جواز مطلق این روش‌ها پای می‌فشارند و از آزادی ادله در اثبات (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۳۵ و ۳۳۶). یا نفی نسب، حمایت می‌کنند^۱ (نظریه علم‌گرا)، و برخی دیگر یک‌سره استفاده از آن را ممنوع می‌شمارند و از اعتبار مطلق اماره فراش در اثبات یا نفی نسب دفاع می‌کنند^۲ (نظریه سنت‌گرا).

۱/۱/۱. نظریه سنت‌گرا

مبنای این نظریه آن است که اماره سنتی فراش، در تمامیت خود، تنها معیار برای اثبات یا نفی نسب است. بدین بیان که از یک سو، همین که شرایط سه‌گانه اماره فراش - یعنی رابطه زوجیت (یا احیاناً شبهه)؛ و نزدیکی؛ و گذشت حداقل ۶ ماه و حداکثر ۱۰ ماه از نزدیکی تا

۱. به‌عنوان نمونه، رک. محمودی، ۱۴۰۱: ۴۷۰ تا ۴۹۰؛ پیله و دیگران، ۱۳۹۲(الف): ۳۸۱ تا ۳۹۷؛ طبانی، ۱۳۹۱: ۴۹ تا ۷۴؛ یزدانی‌پور و دیگران، ۱۳۹۴: ۸۵ تا ۹۸. در این زمینه، برخی تا بدان‌جا پیش رفته‌اند که حتی پیشنهاد حذف مهلت دو ماهه برای اقامه دعوی نفی ولد در ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی را نیز داده‌اند، تا نتیجه آزمایش دی.ان.ای. در همه حال و هر زمان، مطلقاً و بی‌هیچ قیدی، بر اماره فراش مقدم باشد. برای دیدن این نظر، رک. محب‌الرحمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۱ تا ۱۳.

۲. برای نمونه، برای دیدن نظری که لعان را راه منحصر نفی ولد می‌داند و در نتیجه، آزمایش دی.ان.ای. را در زمینه نفی نسب فاقد هرگونه اعتباری می‌داند، ن.ک. پیله و دیگران، ۱۳۹۲(ب): ۱۳۹ تا ۱۵۸. همچنین ن.ک. شیروی، ۱۴۰۱: ۲۳۸ و ۲۳۹؛ دپانی، ۱۳۹۵: ۳۸۹؛ غنی‌زاده بافتی و غنی‌زاده بافتی، ۱۳۹۷: ۲۷.

تولد طفل - برقرار باشد، باید طفل را به زن و شوهر، یا به زن و مردی که به شبهه با او نزدیکی کرده، منسوب کرد (مفاد مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۶۴ قانون مدنی) و انجام آزمایش در این میان، اثر و جایگاهی ندارد.^۱ در نقطه مقابل، در صورت نبود تمام یا برخی از این شرایط، نسب نیز منتفی است (مواد ۱۱۶۲ و ۱۱۶۳ قانون مدنی)، و اساساً دیگر نیازی به انجام آزمایش دی.ان.ای. وجود ندارد (پيله و ديگران، ۱۳۹۲ (ب): ۱۴۷؛ توحیدی نژاد و کرمی، ۱۳۹۸: ۳۲ تا ۳۷). همچنین، به عقیده این گروه، لعان (موضوع مواد ۸۸۲ و ۱۰۵۲ قانون مدنی) نیز از طُرُق مستقل و ویژه نفی نسب است (صفایی، ۱۳۹۹: ۴۹ تا ۷۱)، که در صورت جریان ارکان اماره فراش^۲، بدون توجه به نتایج آزمایش‌های ژنتیک، قابل اجرا و مؤثر است^۳ (عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۴: ۲۹ تا ۵۲). اساس نظریه سنت‌گرا، قائل شدن نوعی تقدس و تعبد برای مفاهیم و شیوه‌های سنتی فقهی-حقوقی است که راهکارها و دستاوردهای تازه را اساساً حجت (=معتبر)، یا دست‌کم نافی احکام سنتی نمی‌داند (ن.ک. پيله و ديگران، ۱۳۹۲ (ب): ۱۴۸ و ۱۵۱).

بنابراین، اهمیتی نخواهد داشت اگر میان مؤدای اماره فراش، با نتیجه آزمایش دی.ان.ای. اختلافی وجود داشته باشد. بدین ترتیب، ادله اثبات و نفی نسب را اصطلاحاً باید «توقیفی» دانست؛ به این معنا که اجرای آنها موضوعیت دارد، نه طریقت.

۱/۱/۲ نظریه علم‌گرا

طبق این نظریه، اماره فراش و نتایج آن، چیزی بیش از یک «اماره قانونی قابل ابطال» نیست؛ به این معنا که خلاف آن را می‌توان با وسایل دیگر، از جمله با آزمایش‌های پزشکی

۱. به‌عنوان نمونه، ن.ک. عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۵: ۶۹ و ۷۸.

۲. وفق نظر سنتی فقهی، در صورت وجود و جریان ارکان اماره فراش، تنها راه نفی نسب، لعان است. در این باره، ن.ک. پيله و ديگران، ۱۳۹۲ (ب): ۱۴۶.

۳. برای دیدن نظری که «لعن» را «حق» لاعن می‌داند، ن.ک. صفایی، ۱۳۹۹: ۴۹ تا ۷۱.

به اثبات رساند (محمودی، ۱۴۰۱: ۴۷۰ تا ۴۹۰؛ محب‌الرحمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۹؛ واحدی، ۱۳۸۷: ۶۸؛ عرب‌انصاری، ۱۳۹۸: ۴۰۴). بنابراین، اساس این نظریه، بر آزادی ادله اثبات در دعاوی نسب از یک‌سو (ن.ک. صفایی و امامی^۱، ۱۳۹۲: ۳۳۵ و ۳۳۶ و ۳۴۱؛ و برای تمایل بر این نظر، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۲ و ۹۷ و ۱۰۰)، و اعتبار آزمایش‌های پزشکی از سوی دیگر، استوار است. طرفداران این نظریه، بیشتر توان خود را صرف تعبدگریزی و تقدس‌زدایی از اماره فراش می‌کنند (به‌عنوان نمونه، ن.ک. محمودی، ۱۴۰۱: ۴۸۰ تا ۴۸۵). به این معنا که از نظر فنی حقوقی، هر دلیلی که توان اثباتی بیشتری در کشف حقیقت داشته باشد، بر دیگر ادله اولی است؛ خواه در فقه سنتی نیز پیشینه‌ای داشته باشد یا خیر. بر این مبنا، نتیجه آزمایش‌های تشخیص ژنتیک، برای اثبات یا نفی نسب، اولویت دارد و حسب مورد باید بر مؤدای اماره فراش یا لعان مقدم داشته شود (ر.ک. پیله و دیگران، ۱۳۹۲(ب): ۱۴۷ و ۱۵۰؛ طبائی، ۱۳۹۱: ۲۰ و ۲۱؛ عرب‌انصاری، ۱۳۹۸: ۴۰۴).

۱/۲. نقد نظرات

به نظر می‌رسد هر دو نظریه فوق، در دورن خود دچار افراط و تفریط و نیازمند تعدیل هستند: از یک‌سو، پذیرفتن بی‌قید و شرط آزادی ادله در این‌گونه دعاوی، پیامدهای ناگواری در بر خواهد داشت: نباید آرامش خانواده را بی‌دلیل برهم زد و به هر بهانه‌ای، سرنوشت اعضای آن را به آزمون دی.ان.ای. سپرد. زیرا **اولاً**؛ اصرار بر جایگزینی شیوه عادی اثبات نسب (فراش) با آزمایش‌های پزشکی، نظم طبیعی امور را بر هم می‌زند و تنش

۱. ایشان آزادی ادله را در دعاوی اثبات نسب می‌پذیرند، اما در دعوی نفی نسب، بحث را بدون نتیجه‌گیری، باز می‌گذارند و هر دو احتمال را متصور می‌دانند. و برای دیدن نظری که در حقوق سوئد، آزادی ادله را تنها در دعاوی اثبات نسب می‌پذیرد، ر.ک. واحدی، ۱۳۸۷: ۶۸. و برای تمایل بر همین نظر در حقوق ایران، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۳. همچنین در دفاع از این تفکیک، ن.ک. غنی‌زاده بافقی و غنی‌زاده بافقی، ۱۳۹۷: ۲۷.

را بی جهت وارد روابط خانوادگی می‌کند. نباید فراموش کرد که حفظ آرامش و استحکام خانواده، و حمایت از حقوق و جایگاه فرزندان، اولویت نخست است و در این میان نقشی اساسی دارد. پیشینه فقهی-حقوقی موضوع نیز نشان می‌دهد در تعبیه اماره فراش، حفظ مصالح اجتماعی و خانوادگی، بیش از کشف حقیقت، اهمیت داشته است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۲ و ۷۱؛ شیروی، ۱۴۰۱: ۲۳۸ و ۲۳۹؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۲۹).

ثانیاً؛ نتیجه آزمایش دی.ان.ای. هر چه که باشد، به حس احترام و اعتماد میان زوجین، لطمه وارد می‌کند: اگر نتیجه آن، دفع اتهام از زوجه و اثبات نسب فرزند باشد، رنجش دائمی زوجه از شوی او را در پی خواهد داشت، و اگر به نفی رابطه ژنتیکی انجامد، افزون بر گسستن خانواده، فرزندی را بدون نسب- دست کم بدون نسب پدری مشروع؛ یا در مورد نزدیکی به شبهه، بدون پدر حاضر و حامی- می‌سازد. بنابراین، این بخت‌آزمایی مذموم را که نتیجه آن در اکثر موارد نامطلوب است، باید در کمینه موارد پذیرفت؛ چنانکه طلاق را مباحی مبعوض می‌خوانند.^۱

ثالثاً؛ روی آوردن به ادله ثانوی، در جایی ضرورت دارد که ادله اولیه دچار تردید باشد؛ وگرنه نوبت به آنها نمی‌رسد. در مقوله نسب نیز مادامی که شرایط اماره فراش به روشنی و در کمال خود جاری است و تردید معقولی خلاف آنها وجود ندارد، نباید به ادله ثانوی (آزمایش دی.ان.ای.) رجوع شود.

رابعاً؛ مهم است هدف از تقاضای آزمایش دی.ان.ای. چه باشد؟ آیا متقاضی- عمدتاً شوهر- به بهانه بدبینی یا تردید بی دلیل به وفاداری و عفاف همسرش، تقاضای انجام آن را دارد؛ یا به دلیل تردید معقول نسبت به نسب فرزندی که متولد شده است؟ گرچه نتیجه آزمایش، هر دو انگیزه را اجابت می‌کند- یعنی با انتساب ژنتیکی فرزند به شوهر، خودبه خود وفاداری زن نیز تا حدودی اثبات می‌شود، و با نفی رابطه نسبی، خواه ناخواه

۱. «تا توانی، پا منه اندر فراق؛ ابعضُ الاشیاءِ عندی الطلاق» (مثنوی مولانا، دفتر دوم، بخش ۳۶).

رابطه نامشروع یا دست کم نزدیکی به شبهه نیز به اثبات می‌رسد- اما باید معلوم شود غایت و انگیزه اصلی از طرح درخواست، کدام یک از موارد فوق است؟ به عنوان قاعده، باید پذیرفت که آزمایش دی.ان.ای. وسیله‌ای برای اثبات یا نفی نسب فرزندان، آن هم در فرض وجود ظن معقول است، نه ابزار تهمت و بددلی و بدبینی نسبت به همسر، یا آزمودن مداوم وفاداری او.

خامساً؛ قاعده انگاشتن آزمایش‌های ژنتیکی، و نشستن آن بر جای اماره فراش، نظم عمومی ثبتي و قضایی را دچار دگرگونی اساسی می‌کند، که نه مطلوب و نه شدنی است: زیرا اگر بنا باشد نتیجه آزمایش دی.ان.ای. جایگزین ملاک عادی تشخیص و برقراری نسب فرزندان شود، باید صدور گواهی ولادت و شناسنامه نیز تابع آن باشد. همچنین هر فردی که مایل باشد، باید بتواند بدون محدودیت زمانی، تقاضای آزمایش نسبت به فرزندان متولد شده از همسرش را طرح کند (برای دیدن این نظر، ر.ک. محب‌الرحمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۷ و ۸ و ۹). بدین سان، عملاً دستگاه قضایی، بدل به ماشین کشف نسب می‌شود و همه چیز در موضوع نسب- و رابطه والد و فرزندی- معلق بر نتایج آزمایش خواهد ماند. از این گذشته، نیاز به امکانات آزمایشگاهی در سطح گسترده؛ تبعات جسمی و روحی آزمایش (مانند خون‌گیری و اضطراب)؛ گردش مالی عظیم در نتیجه مراجعه همگان- یا بخش بزرگی از جمعیت کشور- به آزمایشگاه‌ها؛ و فساد احتمالی در اعلام نتایج، و غیره را نیز باید در نظر گرفت.

تمام این ملاحظات، بر این امر دلالت می‌کند که ارجاع به آزمایش دی.ان.ای. برای تشخیص نسب فرزندان، نباید بدل به اصل و قاعده شود و در جای اماره فراش بنشیند. بدین سان، آزادی ادله در معنای مطلق آن، در دعاوی نسب پذیرفتنی نیست (برای نظر مخالف، ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۳۵ و ۳۳۶ و ۳۴۱). اما از سوی دیگر، پیشرفت‌های پزشکی را نیز نباید نادیده گرفت و در دعاوی نسب به کلی کنار گذاشت. در

بسیاری از دعاوی، نوآوری‌های پزشکی مربوط به آزمایش‌های ژنتیک، از اماره‌ها و اصل‌های کنونی کارآمدتر و منطقی‌تر هستند (برای نظر موافق، ن.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۲) و پشت کردن به آنها، گاه اجحاف به اصحاب دعوی و به‌خصوص فرزندان است. بنابراین باید راهی میانه برگزید. این راه میانه، به کار بردن آزمایش‌های ژنتیک به عنوان «ادله تکمیلی» یا «ادله معین»، به شرح زیر است:

۳/۱. نظریه «ادله تکمیلی»

نظریه پیشنهادی را اصطلاحاً «ادله تکمیلی»^۱ یا «ادله مُعین» نام نهادیم؛ به این معنا که پس از ارائه ادله سنتی نسب از سوی خواهان، که وفق شرایط عادی برای صدور حکم-حسب مورد بر نفی یا اثبات نسب-کافی است، دادگاه می‌باید برای حصول اطمینان، به آزمایش دی.ان.ای. نیز ارجاع دهد تا مراتب اجمال و تردید را از میان بردارد. به بیان دیگر، آزمایش دی.ان.ای. متمم و مکمل ادله سنتی، و رافع اجمال آنها است. چنین نقشی در ادله، از جهت فلسفه و مبنا، با مفهوم و کارکرد «سوگند استظهاری»^۲ در دعوی بر میت سازگار است^۳ (مواد ۱۳۳۳ ق.م. و ۲۷۸ ق.آ.د.م.)^۴؛ یعنی جایی که مدعی باید افزون بر

۱. در ادله اثبات دعوی، حقوق‌دانان سوگندی را که برای تکمیل نقص دلایل (=بیته) خواهان اقامه می‌شود (موضوع ماده ۲۷۷ ق.آ.د.م.)، «سوگند تکمیلی» یا «سوگند متمم» نامیده‌اند (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۶؛ شمس، ۱۳۸۴: ۲۸۲). بدون اصرار بر وحدت ماهیت این نوع سوگند (که مختص دعاوی مالی است) با ادله ژنتیکی، در اینجا سخن بر سر نام‌گذاری نهاد است. از جهت ماهیت، ادله ژنتیکی بیشتر قابل قیاس با «سوگند استظهاری» است.

۲. «استظهار» از ریشه «ظَهَرَ» - به معنای کمر و پُشت - یعنی: «پناه جُستن؛ حمایت طلبیدن؛ یاری خواستن؛ استمداد کردن» (آذرنوش، ۱۳۸۶: ۴۱۵). با این وصف، «سوگند استظهاری» کنایه از سوگندی است که برای پشت‌گرمی و محکم‌کاری و اطمینان در اثبات مدعا، از آن یاری می‌جویند (=ادله مُعین).

۳. یعنی جایی که «دلیل کافی برای اثبات آن [دعوا] به دادگاه تقدیم شده است، و سوگند به منظور تأمین اعتقاد دادرس بر آن افزوده می‌شود. به بیان دیگر، سوگند استظهاری از نظر اجرای قواعد اثبات، اضافی؛ و از جهت تأمین اعتقاد دادرس، متمم است... در سوگند استظهاری، دلیل و شاهد از نظر کمیت، کامل؛ و از دیدگاه کیفی، نقص دارد...» (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۶). «سوگند استظهاری، از حقوق قابل اسقاط نیست و باید آن را شاخه‌ای از تکلیف اثبات، و متمم دلایل مدعی شمرد» (همان: ۲۱۳).

۴. ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م.: «در دعوی بر میت، پس از اقامه بیته، سوگند خواهان نیز لازم است و در صورت امتناع از سوگند، حق وی ساقط می‌شود»؛

ادله متعارفِ دعوی (که نقصی ندارند)، با سوگندی که می‌خورد، درستی مدعا را تضمین کند (ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۰۸ تا ۲۱۱؛ شمس، ۱۳۸۴: ۲۸۵). در دعاوی نسب نیز، باید آزمایش‌های ژنتیک را «دلیلِ متمم»، و ابزار «اطمینان از اصابت به حق» شمرد؛ به‌ویژه که به‌دلیل در دسترس نبودن میت از یک‌سو، و پنهانی بودن حقیقت نسب از سوی دیگر، این دو از جهت طبع دعوی و اقتضای ادله اثباتی آن، قابل قیاس با یکدیگرند.^۱ افزون بر آنکه در دعوی بر میت، نهایتاً حقوق ورثه تزییع می‌شود؛ در حالی که در دعوی نسب، حقوق فرزند در میان است. با این وصف، در دعوی نسب، دلیل اولیه، همچنان اماره فراش است و ارجاع دادگاه به آزمایش دی.ان.ای، همواره پس از اثبات مقدمه دعوی (حسب مورد اثبات جاری بودن یا نبودن ارکان اماره فراش)، و در مرحله دوم خواهد بود؛^۲ نه مقدم بر آنها^۳ (برای نظر موافق، ر.ک. عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۵: ۵۵ تا ۸۱؛ عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۴: ۲۹ تا ۵۲؛ توحیدی نژاد و کرمی، ۱۳۹۸: ۳۲. و برای نظر مخالف، ر.ک. محمودی، ۱۴۰۱: ۴۸۶ و ۴۸۷).

پس هرگاه نتیجه دعوی مطروحه، از هم پاشیدن خانواده یا نفی نسب باشد، در وهله

ماده ۱۳۳۳ ق.م.: «در دعوی بر متوفی، در صورتی که اصل حق ثابت شده و بقای آن در نظر حاکم ثابت نباشد، حاکم می‌تواند از مدعی بخواهد که بر بقای حق خود، قسم یاد کند».

۱. در بیان علت و فلسفه سوگند استظهاری، ن.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۰۸: «...گاه ادعا بر مبنای اصول حقوقی و دلایل اقامه شده، اثبات می‌شود و با وجود این، احتمال اشتباه یا حادثه پنهانی ناقض آن، وجود دارد».

۲. چنانکه در سوگند تکمیلی و استظهاری نیز، وضع بر همین منوال است و ادای سوگند، پس از اقامه دلیل و بیته خواهد بود (ن.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۱ و ۲۱۸؛ شمس، ۱۳۸۴: ۲۸۴ تا ۲۸۶). تبصره ماده ۲۷۷ ق.آ.م. نیز درباره سوگند تکمیلی، تصریح کرده است: «در موارد مذکور در این ماده، ابتدا گواه واجد شرایط، شهادت می‌دهد؛ سپس سوگند توسط خواهان ادا می‌شود».

۳. برای دیدن نظری که با فرض در دست داشتن ابتدایی نتیجه آزمایش، وضع دعوی را از جهت اقدام بعدی مدعی (خواهان) تحلیل می‌کند؛ یعنی حسب مورد تجویز یا عدم تجویز اجرای مراسم لعان را، بدو تابع نتیجه آزمایش دی.ان.ای. می‌داند، ن.ک. محب‌الرحمان، ۱۴۰۰: ۷. و برای نظری مشابه، که در صورت منفی بودن نتیجه آزمایش تشخیص نسب، مدعی را متعاقباً بی‌نیاز از لعان می‌داند، ن.ک. صفایی، ۱۳۹۹: ۶۸ و ۶۹.

۴. ایشان معتقد است حتی اگر شرایط اماره فراش جمع باشد، به صرف ادعا و درخواست خواهان (مدعی نفی نسب)، دادگاه باید برای انجام آزمایش دی.ان.ای، به پزشکی قانونی ارجاع دهد.

نخست باید به ادله عادی که در شرع و قانون برای نفی نسب مقرر است (= ادله اولیه)، بسنده کرد و بی جهت، از فروپاشی خانواده استقبال نکرد. اما هرگاه ادله و شرایط سنتی برای پیروزی در این دعوی فراهم بود (مانند اثبات نبودن یکی از شرایط سه گانه اماره فراش)، به عنوان گام آخر، باید آزمایش های ژنتیک (ادله ثانوی) را نیز ضروری شمرد. بدین ترتیب، دعوایی مانند نفی ولد و لعان که در وضع کنونی با بخت و گمان همراهند، به کلی دگرگون شده و به اموری یقینی بدل می شوند. همچنین در دعوی اثبات نسب که کسی (یا هر دو طرف دعوی) به دنبال برقراری رابطه نسبی است، باید پیش از ارجاع به آزمایش های ژنتیک، طبق قواعد معمول مقرر در اماره فراش، احتمال معقول انتساب فرزند به دیگری، هر چند اجمالاً، برود. بدین ترتیب، نباید تن دادن به آزمایش های ناخواسته را بدون دلیل موجه، در جایگاه ادله اولیه نهاد؛ و صرفاً بر اساس ادعا و گمان محض، حق خواهان شمرد یا بر خواننده تحمیل کرد. با این توضیح، شرایط ارجاع به آزمایش را می توان به شرح زیر شماره کرد:

الف) ظن معقول و معتبر - اگرچه به مرحله قطع و یقین نرسد - در وجود یا نبود ارکان اماره فراش وجود داشته باشد (حسب مورد و بسته به اینکه دعوی نفی یا اثبات نسب طرح شود). چنانکه به عنوان مثال، در دعوی نفی نسب، مردی حسب مورد با ارائه اسناد پزشکی، یا نامه سازمان زندان ها، یا اسناد گذرنامه، ادعا کند نابارور است^۱ یا در مدتی بیش

۱. در مورد اینکه آیا اثبات عقیمی شوهر، مانند نداشتن اسپرم، می تواند اثر «نزدیکی» را در اماره فراش از میان ببرد و آثار آن را زایل کنید یا خیر، اختلاف است. وفق نظر سنتی فقهی، با تحقق نفس نزدیکی و اقل و اکثر مدت حمل میان زن و شوهر، شرط اماره فراش فراهم است و برای اثبات خلاف آن، شوهر تنها می تواند از لعان استفاده کند (حائری (شاهباغ)، ۱۳۸۷: ۱۰۲۱). اما وفق تفسیر دیگر، با تأکید بر آزادی ادله، اثبات خلاف اماره فراش از طرق دیگر مانند کارشناسی و ادله پزشکی نیز ممکن است. برای دیدن این نظرات، ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۴۱ و ۳۴۲. در مقام داوری، به نظر می رسد هم با توجه به اینکه مراد از شرط نزدیکی، امکان طبیعی و متعارف تولید مثل است؛ و هم نظر به آنکه ارزش اثباتی لعان و احتمال اصابت آن به واقع، به مراتب کمتر از اماره فراش است، باید نظر دوم را تأیید کرد.

از ۱۰ ماه از زمان نزدیکی تا تولد طفل، در بازداشت بوده، یا در سفری طولانی بوده است^۱ (برای دیدن همین نظر، ن.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۹). یا در دعوای اثبات نسب، فرزندی با شهادت معتبر شهود یا بنا به اقرار خوانده یا با ارائه نکاح‌نامه موقت، ادعا کند که مادر او، در زمان تولد وی، همسر خوانده بود.

ب) ارجاع به آزمایش، تنها برای رفع تردید در مورد نسب فرزند باشد، نه نتیجه بدبینی به همسر. به این معنا که اگر شرایط اماره فراش به قوت جاری باشد، مرد حق ندارد صرفاً به این دلیل که نسبت به همسر خود بدبین و بددل است، تقاضای آزمایش ژنتیکی میان خود و فرزند کند.

ج) مراجعه به آزمایش دی.ان.ای. در تمام اشکال دعوای نفی نسب که از سوی شوهر اقامه می‌شود، تنها با همان شرایطی مجاز است که برای دعوی «نفی ولد» در معنای خاص آن مقرر شده است؛ یعنی با رعایت تمام شرایط قانونی موضوع مواد ۱۱۶۱ تا ۱۱۶۳ قانون مدنی در مورد مهلت^۲ و تشریفات اقامه دعوی^۳ (برای دیدن این شرایط، ن.ک. صفایی و

۱. قانون مدنی فرانسه اصلاحی سال ۲۰۰۶ نیز با اینکه در ماده ۳۱۲، حمل یا طفل متولد شده در زمان زوجیت را ملحق به شوهر می‌داند، و از سوی دیگر، در ماده ۳۱۱ فرض می‌کند که لقاح (=انعقاد نطفه)، حسب اقتضای منافع کودک، در زمانی مابین ۱۸۰ تا ۳۰۰ روز (بین ۶ ماه تا ۱۰ ماه) قبل از تولد صورت گرفته است، در بخش اخیر ماده ۳۱۱ مقرر داشته: «برای اثبات خلاف این فروض، ادله مخالف، مسموع است»:

Article 312: "L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari".

Article 311: "La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions".

۲. برای دیدن نظر مخالف، که پیشنهاد حذف مهلت دو ماهه را برای استفاده از آزمایش دی.ان.ای. طرح می‌کند، ر.ک. محب‌الرحمان، ۱۴۰۰: ۷ و ۸ و ۹.

۳. برای دیدن نظر مخالف، که میان دعوای شوهر مبنی بر عدم تحقق ارکان اماره فراش از یک‌سو؛ و دعوای اثبات خلاف اماره فراش با وجود تحقق ارکان آن (=نفی ولد) از سوی دیگر، تفاوت قائل است، و تنها قسم اخیر را مشمول مهلت دو ماهه می‌داند، ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۱۰۷ تا ۱۰۹.

امامی، ۱۳۹۲: ۳۴۲ تا ۳۴۷). اهمیت این قید، از آن جهت است که سهولت دسترسی به آزمایش دی.ان.ای، نباید بهانه‌ای برای طرح دائمی و بی‌قید و شرط دعوی نفی نسب از سوی شوهر باشد؛ امکان طرح همیشگی چنین دعوایی، بزرگ‌ترین و زیان‌بارترین آسیب را بر فضای امن خانوادگی وارد می‌کند و در عمل، به بدبینی و وسواسی دائمی بدل می‌شود. پس دسترسی به آزمایش دی.ان.ای، مهلتی اضافی به شوهر نمی‌بخشد. همین قاعده را در دعوی لعان - دست‌کم لعان‌هایی که منشأ آنها بر سر مشروعیت فرزند است^۱ - نیز باید اجرا کرد؛ یعنی بالفرض که شرایط سنتی اقامه دعوی لعان برقرار باشد، باید پس از طی مراحل عادی و اجرای تشریفات مقرر (مانند سوگند)، به آزمایش ژنتیک نیز ارجاع شود. اجرای آثار لعان، دست‌کم در مورد فرزند - که فرد ضعیف‌تر رابطه و نیازمند حمایت است - منوط بر آن خواهد بود که مراتب انکار نسب، با آزمایش نیز تصدیق شود.^۲ در غیر این صورت، رابطه نسبی میان شوهر و فرزند، به قوت خود برقرار خواهد ماند. علت این سخن آن است که نسب، افزون بر آنکه حق پدر بر فرزند است، حقی حمایتی از فرزند نیز هست و نباید با بخت‌آزمایی و اجرای کورکورانه لعان، به سادگی سلب شود. در عین حال، رابطه میان شوهر و زن لعان شده، از جمله حرمت ابدی و منع توارث میان ایشان (موضوع مواد ۸۸۲ و ۱۰۵۲ قانون مدنی)، می‌تواند همچنان تابع قاعده سنتی باقی بماند. بدین سان، هیچ حق و مصلحتی به پای دیگری ذبح نمی‌شود. در خصوص دعوی اثبات نسب نیز قاعده همان است که گفته شد؛ یعنی اصولاً استناد به آزمایش دی.ان.ای. صرفاً در موردی جایز است که حسب ادله اولیه، ظنی معقول در

۱. لعان را به دو دسته «لعان قذف»، و «لعان نفی ولد» تقسیم کرده‌اند. در این باره، ر.ک. شیروی، ۱۴۰۱: ۱۶۲؛ محب‌الرحمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۴؛ صفایی، ۱۳۹۹: ۵۲ و ۵۳.

۲. برای نظر مخالف، که حتی در صورت اثبات خلاف مدعی لاعتن در نتیجه آزمایش دی.ان.ای، همچنان آثار لعان را از هر لحاظ، مترتب بر موضوع می‌داند و رابطه نسبی میان شوهر (لاعتن) و فرزند را نفی می‌کند، ر.ک. صفایی، ۱۳۹۹: ۶۳ و ۶۹؛ عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۴: ۳۹ تا ۴۵.

انتساب فرزند به شخصی وجود داشته باشد و اجمالاً بتوان گفت ارکان سه‌گانه اماره فراش در مورد او صدق می‌کند.^۱ سپس و برای تکمیل و متمیم ادله، باید به سراغ آزمایش تشخیص نسب رفت.^۲ به‌عنوان مثال، فردی ادعا می‌کند مردی پدر او است. در بدو امر و بدون اینکه هیچ مستندی برای اثبات ادعای خود ارائه کرده باشد، نمی‌توان به آزمایش دی.ان.ای. ارجاع داد و مرد (مدعی علیه) را وادار به دادن نمونه برای آزمایش ساخت. اما در همین فرض، چنانچه مدعی بتواند جریان اجمالی ارکان فراش را اثبات کند (مثلاً ثابت کند مادر او در برهه زمانی معینی همسر موقت یا دائم آن مرد بوده، یا در منزل او سکونت داشته، یا در سفری طولانی همراه وی بوده، و در همان زمان یا با فاصله اندکی متولد شده است)، به‌نحوی که ظن معقول در اصل نسب ایجاد شود، آنگاه باید آزمایش را وسیله رفع تردید قرار داد.

همین قاعده را در مورد اقرار به نسب (به جز اقرار شوهر به ابوت، موضوع ماده ۱۱۶۱ ق.م.)

۱. برای دیدن نظری که در دعوی اثبات نسب، هنگامی که از میان ارکان سه‌گانه اماره فراش، شرط نزدیکی «مفقود است»، آزمایش دی.ان.ای. را پیشنهاد می‌کند، ر.ک. عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۵: ۶۸. ایشان در فرض «عدم احراز زوجیت» (یکی دیگر از ارکان اماره فراش) میان طرفین دعوی، فراش را منتفی، و رجوع به آزمایش ژنتیک را در اثبات نسب، بی‌اثر می‌دانند. اما در عین حال معتقد است که در فرض اخیر، خواهان (زن) می‌تواند «دعوی الزام خواننده به اخذ شناسنامه و پرداخت نفقه» طرح، و در این دعوی، به آزمایش ژنتیک استناد کند (همان: ۶۴). در نقد این نظر، باید گفت: در دعوی اثبات نسب، اولاً؛ هرگاه ارکان اماره فراش، اجمالاً جاری باشد، باید ارجاع به آزمایش را برای تکمیل ادله، پذیرفت. در این زمینه، تفاوتی میان ارکان سه‌گانه اماره فراش نیست. ثانیاً؛ در فرضی که در زوجیت سابق زن و شوهر کنونی، تردید وجود دارد، اما مرد مقرر است که در گذشته (پیش از عقد) با زن رابطه جنسی برقرار کرده، یا بعداً با او ازدواج کرده است (مثال نویسنده مزبور)، شرط زوجیت نیز اجمالاً مهیا است. پس بی‌اثر شمردن نتیجه آزمایش در اثبات نسب، و محدود ساختن نقش مرد به پدر عرفی (در فرض مثبت بودن نتیجه آزمایش)، در حقیقت پاداشی است به مرد دغل و گریزان از مسؤلیت، که از کیسه طفل بی‌نوا می‌رود. به‌ویژه که همواره احتمال ازدواج موقت، ولو شفاهی، میان چنین زن و مردی می‌رود (مگر در مواردی که منعی شرعی در کار باشد). ثالثاً؛ از سوی دیگر، استناد گشاده‌دستانه به آزمایش ژنتیک در دعوی «اثبات رابطه خونی» (=نسب عرفی)، بدون آنکه ارکان اماره فراش اجمالاً محقق باشد نیز، خود اغراق‌آمیز و اجحاف در حق خواننده است. افزون بر آنکه طرح چنین دعوی، اگر مغایر با فراش شوهر سابق یا کنونی باشد، اساساً مسموع نیست (=و للعاهر الحجر).

۲. برای دیدن نظری که آزمایش ژنتیک را در برابر اماره فراش، دلیل مستقل در دعوی اثبات نسب نمی‌داند، و کاربرد آن را در فرض تحقق اماره فراش، محدود به «برخی دعاوی فرعی، مانند احتمال عوض شدن نوزادان»؛ و در فرضی عدم جریان اماره فراش، محدود به «دعای اثبات رابطه خونی و عرفی» (منظور، اثبات نفس انتساب ژنتیکی، یا به اصطلاح «نسب عرفی» است؛ نه نسب مشروع) می‌داند، ن.ک. عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۵: ۵۵ تا ۸۱؛ توحیدی نژاد و کریمی، ۱۳۹۸: ۳۲.

نیز می‌توان جاری ساخت؛ بدین معنا که پس از تحقق اقرار و با وجود شرایط ماده ۱۲۷۳ قانون مدنی، آزمایش دی.ان.ای. نیز باید انجام شود و مدلول اقرار را تأیید کند.^۱

۴/۱. جایگاه آزمایش‌های تشخیص نسب، در باروی‌های پزشکی با دخالت ثالث

ویژگی باروی‌های پزشکی با دخالت ثالث^۲، آن است که در آنها، همواره یکی از معیارهای برقراری نسب، با شخص ثالث - کسی غیر از زوجین - است. چنانکه در اهدای جنین و گامت^۳، رابطه ژنتیکی میان اسپرم و تخمک و جنین، و شخص خارجی (اهداکننده) برقرار است و در رحم جایگزین نیز، حمل و زایمان - بنا بر برخی نظرات که آن را ملاک مادری می‌دانند - با زنی غیر از صاحب تخمک است. در مورد پیوند رحم^۴ و پیوند بافت جنسی (بافت بیضه و تخمدان)^۵ نیز کمابیش همین سخن جاری است. پس طبیعی است نتیجه آزمایش دی.ان.ای. در مورد فرزند ناشی از اهدای جنین یا گامت - و همچنین پیوند بافت تخمدان و بیضه - سلب رابطه ژنتیک با هردو یا یکی از زوجین اهداگیرنده خواهد بود. بنابراین باید پرسید آیا یکی از زوجین یا شخص ثالث، مجازند به این دلیل که باروری با دخالت دیگری انجام شده است، دعوی نفی نسب طرح و در مقام اثبات ادعای خود، به آزمایش دی.ان.ای. استناد کنند؟

اهمیت موضوع به‌ویژه از این جهت است که در برخی موارد، پس از تولد فرزند، میان زن و شوهر اهداگیرنده جنین یا گامت، اختلاف رخ می‌دهد و حسب مورد یکی از آنها، علیه

۱. چنانکه ماده ۱۲۷۳ ق.م. نیز به‌عنوان یکی از شرایط اقرار به نسب، آورده است: «اقرار به نسب، در صورتی صحیح است که اولاً؛ تحقق نسب برحسب عادت و قانون، ممکن باشد...». در این معنا، می‌توان تصدیق ادعای مقرّ با نتیجه آزمایش دی.ان.ای. راه، در دانش پزشکی کنونی، داخل در مفهوم «عادت»، و شرط عرفی «امکان تحقق نسب» شمرد. برای نظر موافق، صرفاً در فرضی که منازعی در میان باشد، ن.ک. عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۵: ۶۵.

۲. Third-party Reproduction

۳. Embryo Donation/ Gamete Donation

۴. Uterus Transplantation

۵. Ovarian or Testicular Tissue Transplantation

دیگری دعوی نفی نسب طرح می‌کند. به‌عنوان مثال، در اهدای جنین یا اسپرم، زن اهداگیرنده که بنا به فرض صاحب رحم نیز بوده، علیه شوهر اقامه دعوی کند و مدعی شود که چون هیچ رابطه نسبی میان فرزند و شوهر او وجود ندارد، باید حضانت یا نام خانوادگی از وی سلب شود، و به زن تعلق بگیرد. یا در اهدای تخمک، شوهر علیه زن اقامه دعوی کند و به استناد اینکه زن ارتباط ژنتیکی با فرزند ندارد، اما در عوض خود او صاحب اسپرم است، مدعی شود که حضانت نباید به زن سپرده شود. همچنین ممکن است هر دوی زوجین نسبت با طفل را منکر شوند. دعوای اشخاص ثالث نیز بیشتر به این شکل است که اهداکنندگان جنین یا گامت، پس از مدتی به بهانه اینکه از کرده خود پشیمان شده‌اند و فرزندشان را می‌خواهند- یا گاهی نیز به انگیزه اخاذی- دعوی استرداد فرزند اقامه می‌کنند و خواستار انجام آزمایش ژنتیک برای اثبات مدعا می‌شوند؛ چراکه فرزند متولد شده، حسب مورد از نظر ژنتیکی به او/ آنها منسوب است.

إشکال کار از آنجا است که اگر این مدعا پذیرفته شود، باید باروری‌های آزمایشگاهی با دخالت ثالث را یک‌سره بیهوده دانست و کنار نهاد. زیرا اگر بنا باشد پس از آن همه تشریفات قضایی و قانونی (به‌عنوان نمونه، لزوم اخذ حکم از دادگاه صالح برای اهدای جنین^۱) و اقدامات پزشکی و سپری شدن دوران حمل، به‌سادگی و صرفاً به این دلیل که ارتباط ژنتیک با زوجین یا یکی از آنها برقرار نیست، نسب و آثار آن سلب شود، چنین درمانی نه تنها بی‌فایده است، مستلزم نقض غرض و ورود ضرر مالی و عاطفی و قضایی، و لطمه به فرزند است که باید از آن چشم پوشید. پس به نظر می‌رسد باید برای این وضعیت، چاره‌ای اندیشید و فکری معقول کرد.

پاسخ این فرض نیز، منبعت از قاعده پیش‌گفته در مورد تکمیلی بودن ادله آزمایش دی.ان.ای. است: چنانکه گفته شد، توسل به انجام آزمایش، تنها زمانی ممکن است که

۱. ن.ک. ماده ۲ از قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور، مصوب ۱۳۸۲.

حسب مورد، ادله اولیه کافی در اثبات یا نفی نسب، موجود باشد. در فرض مطروحه نیز، دعوی خواه مستقیم یا غیرمستقیم، ناظر به نفی نسب است. بنابراین، خواهان (خواه یکی از زوجین اهداگیرنده باشد یا شخص ثالث) نخست باید ثابت کند که شرایط و ارکان اماره فراش - یا یکی از آنها - مفقود است.^۱ سپس به عنوان ادله تکمیلی و برای کشف حقیقت، باید به آزمایش ژنتیک استناد کرد. این سیر، از آن جهت اهمیت دارد که اولاً؛ اصولاً اماره فراش حتی بر رابطه میان زن و شوهر نابارور - که نیازمند دخالت و کمک شخص ثالث هستند - نیز حاکم است (ن.ک. جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۵۳۲؛ روشن، ۱۴۰۰: ۵۲۳). زیرا بنا به فرض، زوجیت و رابطه جنسی و فاصله حداقل ۶ ماه و حداکثر ۱۰ ماه از برقراری رابطه جنسی تا تولد فرزند، میان ایشان نیز جاری است؛ به ویژه که دست کم در برخی فروض^۳، حتی با وجود انتقال گامت و جنین اهدایی به رحم، ممکن است فرزند حقیقتاً ناشی از سلول های جنسی خود زوجین باشد و باروری، اتفاقاً به طور طبیعی شکل گرفته باشد، نه به واسطه گامت یا جنین اهدایی (افسری و زارعی بهجانی، ۱۴۰۱: ۸۶ تا ۹۷؛ زاهدیان و رضانیا، ۱۳۹۴: ۶۲ و ۶۳ و ۶۶). پس مدعی نفی نسب، نخست باید به عنوان مقدمه ادعای خود، ثابت کند تمام یا یکی از این شرایط وجود نداشته است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۱ و ۹۷).

ثانیاً؛ زوجین اهداگیرنده، با پذیرش جنین اهدایی و طی فرایند درمانی و سپس اخذ

۱. مانند اینکه در زمان انعقاد نطفه طفل، زوجیت میان زن و مرد نبوده، یا شوهر به دلایلی، دور از زن زندگی می کرده و امکان نزدیکی با او را نداشته است. در این خصوص، مهلت دو ماهه برای دیگر افراد مدعی (غیر از شوهر) نیز جاری نیست. در تأیید این نظر، ن.ک. صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۴۸.

۲. ایشان امکان انزال شوهر را برای برقراری اماره فراش، کافی می دانند: «در تحقق فراش، امکان انزال کافی است. پس مقطوع الذکر سلیم الاثین، می تواند صاحب فراش باشد». و در جای دیگر، «امکان دخول» اعم از قبیل یا دُبُر را کافی دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۴۵۹). برخی نیز گفته اند: «اگر محقق شود که زوج در موقع مواجهه عزل می کرده است، باز هم نمی تواند در مورد معقوده دائمه، نفی ولد کند؛ مگر به وسیله لعان» (حائری (شاهباغ)، ۱۳۸۷: ۱۰۲۱).

۳. یعنی در مواردی که زوجین به طور مطلق، فاقد سلول جنسی (تخمک و اسپرم) نیستند؛ بلکه تعداد یا کیفیت آنها اندک است.

شناسنامه، اقرار بر ابوت و امومت خویش کرده‌اند و انکار بعدی ایشان اصولاً مسموع نیست (مواد ۱۱۶۱ و ۱۲۷۳ و ۱۲۷۷ ق.م.ا). همچنین اثبات نبودن شرایط اماره فراش، برای شخص ثالث به مراتب دشوارتر از خود زوجین و تقریباً ناممکن است؛ زیرا ارکان اماره فراش - به جز زوجیت دائم^۱ که جنبه نظم عمومی دارد و اطلاعات آن کمابیش قابل دسترس اشخاص ثالث نیز هست - همگی مربوط به حریم خصوصی زوجین است و اساساً در دسترس افراد دیگر قرار ندارد.

ثالثاً؛ دست کم در مورد اهدای جنین - و به تبع آن، اهدای گامت - اصل محرمانگی در قوانین ایران پذیرفته شده است (مواد ۶ و ۱۰ از آیین‌نامه اجرایی قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارو مصوب ۱۳۸۳). بر این اساس، اطلاعات جنین‌هدایی و اهداکنندگان و اصل روند اهدا، همگی محرمانه و سری است. این محرمانگی، عملاً دسترسی به اطلاعات لازم برای طرح دعوی، و اثبات مقدمه ادعا را سخت‌تر از پیش نیز می‌کند. منتها باید توجه داشت که حفظ محرمانگی و اجرای درست مقررات آیین‌نامه، منوط بر آن است که هرگونه اطلاعاتی که بدون رعایت تشریفات قانونی، مقرر برای دسترسی به اطلاعات سری، به دست آمده باشد، نباید هیچ اثر و اعتباری در دادگاه داشته باشد. پس، گرفتن عکس مخفیانه از پرونده بیمار، یا استناد به اطلاعات خارج شده از مراکز درمانی، یا شهادت شهود و غیره، هیچ سندیتی در محکمه ندارند. به همین ترتیب، به صرف استناد به آزمایش دی.ان.ای. نیز نمی‌توان محدودیت قانونی در دسترسی به مدارک محرمانه را دور زد، و امر ممنوع (=دسترسی به اطلاعات جنین‌هدایی) را با توسل به آزمایش ژنتیک (خواه رسمی یا غیر رسمی)، مباح کرد.^۲

۱. ازدواج موقت نیز به دلیل نداشتن تشریفات الزامی ثبتی (ن.ک. ماده ۲۱ از قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱)، و ارتباط با حریم خصوصی افراد، در عمل قابلیت کشف و استناد برای اشخاص ثالث ندارد.

۲. برای دیدن نظری که به گفته ایشان، هرگاه فراش زوج/زوجین اهداگیرنده، با فراش زوج/زوجین اهداکننده در تعارض باشد، گشاده‌دستانه «دلایل دیگری مثل امارات قضایی اثبات نسب» را می‌پذیرد، ن.ک. زاهدیان و رضائیا، ۱۳۹۴: ۶۶. در بیان نویسنده

بدین سان، باب بسیاری سوءاستفاده‌ها و اخاذی‌ها در باروری‌های پزشکی با دخالت ثالث، بسته خواهد شد. زوجین نابارور نیز نمی‌توانند پس از آنکه بر شیوه درمانی با دخالت ثالث توافق کردند و با همدلی صاحب فرزندی شدند، اختلافات شخصی و خانوادگی را بهانه گروکشی کنند و همسر یا فرزند بی‌گناه را، از حقوق خویش محروم سازند. همچنین با این راهکار، هیچ‌یک از احکام ثبوتی و ماهوی مربوط به نسب، نقض نمی‌شود تا باعث نگرانی در باب رعایت احکام شرعی شود^۱: زیرا دعوی مطروحه (حسب مورد دعوی نفی نسب یا اثبات نسب فرزند ناشی از اهدای جنین/گامت)، تنها به دلایل شکلی و نقص در ادله اثباتی، مردود خواهد شد؛ نه به دلیل اثبات نسب شرعی میان فرزند و خوانده/خواندگان. بنابراین، رد چنین دعوایی، به خودی خود به‌منزله ترتب یا به رسمیت شناختن هیچ اثر ماهوی ناشی از نسب، میان زوجین اهداگیرنده و فرزند نیست، تا احتمال تجویز امری نامشروع برود. از این گذشته، نهاد باروری‌های با دخالت ثالث، مصون از بیهودگی می‌ماند و مهم‌تر از همه، از حقوق فرزند حاصل صیانت می‌شود تا بازچه خودخواهی قرار نگیرد.

۲. یافته‌ها، و آثار عملی نظریه

۲/۱. استفاده از پیشرفت‌های پزشکی در عالم حقوق، بی‌حد و حصر نیست. مرز این

مزبور، معلوم نیست که وقتی آستنی و وضع حمل، توسط زوجه نابارور و در خانواده زوجین اهداگیرنده انجام می‌شود، چگونه ممکن است فراش اهداکندگان جنین، با فراش زوجین اهداگیرنده تعارض پیدا کند؟! اما گذشته از این ابهام، پذیرش آزادانه دلایل دیگر، قابل نقد است.

۱. برخی معتقدند با اینکه اماره فراش اصولاً در باروری‌های آزمایشگاهی نیز جاری است، اگر در عدم تعلق اسپرم (یا جنین) به شوهر (یا زوجین) یقین وجود داشته باشد (مانند فرض اهدای اسپرم و جنین)، اماره فراش جاری نیست (افسری و زارعی بهجانی، ۱۴۰۱: ۹۷؛ زاهدیان و رضائیا، ۱۳۹۴: ۶۳ و ۶۶). و برای نظر مشابه که معتقد است «...قاعده فراش وابسته به مقام اثبات است و تنها در صورت شک و جهل به صاحب نطفه طفل، قابلیت اجرایی دارد و در صورت حصول علم و قطعیت به اینکه چه کسی صاحب نطفه است، تمسک به آن منتفی است»، ر.ک. محمودی، ۱۴۰۱: ۴۸۷. اما در بحث ما، اماره فراش بنا به قاعده و از جهت اثباتی، حتی چنین فرضی را نیز در بر می‌گیرد و تا زمانی که نبود ارکان سه‌گانه آن به اثبات نرسد، همچنان پابرجا است. همچنین، دعوی نفی نسب در این فرض، به واسطه عدم ارائه دلیل و ناتوانی در اثبات مدعا رد می‌شود؛ اما حکم ثبوتی به برقراری نسب نیز صادر نمی‌شود.

استفاده، امنیت اجتماعی و مصالح عمومی است. گاه تن دادن به چنین پیشرفت‌هایی به جای آنکه سازنده باشد، پایه‌های اولیه خانواده را سُست می‌کند و به بدبینی و اختلاف می‌انجامد. بنابراین تا جایی باید به آنها بها داد که هدف اولیه خود را در حفظ نظم و اجرای عدالت اجتماعی، از دست ندهند.

۲/۲. پی بردن به گنه و واقعیتِ نسب فرزندان، گرچه در نگاه نخست امری نیکو و خوشایند است، اصرار بر آن می‌تواند نظم اجتماعی و خانوادگی را مختل کند و روند طبیعی امور را بر هم زند. به‌ویژه که نتیجه این آزمایش، تنها به نسب فرزند باز نمی‌گردد، و امنیت رابطه و وفاداری میان زن و شوهر را نیز به چالش می‌کشد. بر رابطه زناشویی، بیش از آنکه علوم تجربی و کشف حقیقت حاکم باشد، اعتماد، امنیت، اخلاق، عفت و وفاداری حاکم است. بنابراین باید واقع‌بین بود: توسل به انجام آزمایش‌ها، نه ضامن حفظ روابط خانوادگی و سلامت آن است، نه توان پیشگیری از خیانت را دارد. ضمانت اجرای وفاداری و امنیت، عفت و پایبندی به اخلاق است. وگرنه پیمانی را که از درون گسسته است، به زور و ترس آزمایش نیز نمی‌توان پابرجا نگاه داشت.

۲/۳. هدف از انجام آزمایش تشخیص نسب، باید آشکار و معلوم باشد: آیا انگیزه انجام آن، فرونشاندن حس بدبینی نسبت به همسر است، یا رفع ظن معقول به نسب فرزند؟ در مورد بی‌اعتمادی به همسر، قانون‌گذار راه‌های متنوعی را پیش‌بینی کرده که همواره برای هریک از طرفین گشوده است. مانند اثبات زنا یا رابطه نامشروع، یا ترک زندگی خانوادگی، یا عدم تمکین، یا حتی توسل به لعان و غیره. بنابراین، اصولاً زوجین نباید مجاز باشند انجام آزمایش تشخیص نسب را- که اساساً هدف از انجام آن صرفاً باید رفع تردیدهای معقول در مورد نسب فرزندان باشد- مستمسک بدبینی به رابطه متزلزل خویش قرار دهند: استفاده از این آزمایش برای سنجش خطای همسر، استفاده خارج از هدف و نوعی سوءاستفاده از آن است.

۲/۴. مقصود از تردید معقول، جایی است که در شرایط و ارکان اماره فراش، ظن قابل اعتنا- نه صرف حدس و گمان و بدبینی- وجود داشته باشد. یک نمونه از این وضعیت، انجام آزمایش در فرضی است که جریان دو اماره فراش، با یکدیگر در تعارض قرار گیرد؛ چنانکه مسلم باشد زنی در نتیجه دو ازدواج متوالی (طلاق یا مرگ همسر پیشین، و سپس ازدواج بعدی)، با دو مرد نزدیکی کرده است و شرایط به گونه‌ای باشد که فرزند را بتوان به هر دو مرد منتسب شمرد. هرگاه از این جهت، حسب مورد دعوایی بر نفی یا اثبات نسب میان اطراف درگیر (زن، یا هریک از دو شوهر پیشین و کنونی، یا خود فرزند) مطرح شود، می‌توان سرنوشت نهایی را به آزمایش دی.ان.ای. سپرد.^۱ مورد مشابه دیگر جایی است که دو نفر به شبهه، با زنی بدون شوهر، نزدیکی کنند، به نحوی که الحاق طفل به هر دو مرد، ممکن باشد. در این مورد نیز رجوع به نتایج آزمایش، راهگشا و مفید است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۸ و ۶۹؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۶۰؛ دیانی، ۱۳۹۵: ۳۸۹). اما هر جا شرایط اماره فراش با قوت جاری باشد، «تردید معقول» مذکور در این بند منتفی است و مدعی، حق استناد به این آزمایش را نخواهد داشت. چنانکه اگر مردی احتمال بدهد همسر او با مردی دیگر نیز همزمان به طور نامشروع در ارتباط بوده، یا حتی اگر اثبات شود زن شوهردار مرتکب زنا گشته یا مورد تجاوز واقع شده، یا به شبهه با مردی نزدیکی کرده است، هیچ کدام مجوز انجام آزمایش دی.ان.ای. نیست^۲ و فراش شوهر، همچنان جاری و مقدم^۳ است

۱. ماده ۱۱۶۰ از قانون مدنی نیز پس از آنکه در فرض امکان انتساب طفل به دو شوهر، به عنوان قاعده، فرزند را به شوهر دوم ملحق می‌داند، مقرر داشته: «... مگر آن که امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند». یکی از امارات قطعیه، می‌تواند نتیجه آزمایش دی.ان.ای. در صورت درخواست یکی از افراد ذینفع (زن یا یکی از دو شوهر یا فرزند) باشد. برای نظر مشابه در تجویز آزمایش اسپرم شوهر یا گروه خونی فرزند، ر.ک. صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۳۵.

۲. برای نظر مخالف که در این فرض (نزدیکی به شبهه با زن شوهردار، به نحوی که الحاق فرزند به هر دوی شوهر و واطی به شبهه ممکن باشد)، راه حل را در قرعه می‌داند، ر.ک. حائری (شاهباغ)، ۱۳۸۷: ۱۰۲۳.

۳. در زنا و تجاوز (رابطه نامشروع)، اساساً اماره فراش جاری نیست، و نزدیکی به شبهه نیز، با فرض جریان برخی احکام فراش (ماده ۱۱۶۴ ق.م.)، در برابر فراش شوهر توان معارضه ندارد (صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۶۰ و ۳۷۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۵۳۲).

(برای نظر موافق، ن.ک. کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۶۷ و ۶۹ و ۹۸؛ صفایی و امامی، ۱۳۹۲: ۳۵۸ تا ۳۶۰؛ شیروی، ۱۴۰۱: ۲۳۴. و برای دیدن همین نظر در مورد رابطه نامشروع زن شوهردار، ن.ک. حائری (شاهباغ)، ۱۳۸۷: ۱۰۲۱)؛ زیرا اساساً موضع و مجرای اماره فراش، دقیقاً در همین موارد است و برای چنین فروضی وضع شده.^۱

۲/۵. از توضیحات فوق، چنین بر می آید که انجام آزمایش دی.ان.ای. باید در انحصار مراکز رسمی، با نظارت مستقیم دولت، و صرفاً بر مبنای دستورات قضایی باشد. اهمیت موضوع و ارتباط آن با نظم عمومی و اخلاق حسنه، و ثبات احوال شخصیه، چنین اقتضا دارد. بنابراین نمی توان انجام چنین آزمایش هایی را حق خصوصی افراد دانست: نظم عمومی، محدوده آزادی افراد را در این موارد مشخص می کند. با این توضیح، کیفیت تحصیل دلیل (=نتیجه آزمایش دی.ان.ای.) نیز، به اندازه خود آن دلیل، اهمیت دارد: مدعی نمی تواند بدون مجوز محکمه، رأساً اقدام به تحصیل نتیجه چنین آزمایشی کند، و سپس بر مبنای آن، ادعایی (اعم از اثبات یا نفی نسب) طرح کند. چنین دعوایی، باید به دلیل نامعتبر بودن شیوه تحصیل ادله، مردود شود؛ نه آنکه نتیجه آزمایش، مستند علم قاضی، یا بهانه تکرار آزمایش یا انجام تحقیقات تکمیلی قرار گیرد.

۲/۶. نظریه ادله تکمیلی را در برخی مصادیق خاص از دعوای اثبات/نفی نسب نیز می توان پیشنهاد کرد. یکی از مهم ترین موارد، دعوای «لعان» است که به دلیل وابستگی به مبانی فقهی و مذهبی و آداب سنتی، در مورد آن حساسیت فراوانی وجود دارد. در نظر ما لعان نیز- دست کم در برخی موارد که ناظر به مشروعیت فرزند متولد شده انجام می شود- یکی از موارد نفی نسب است و طبق قاعده پیش گفته، در چنین مواردی، باید از آزمایش دی.ان.ای. به عنوان ادله تکمیلی استفاده کرد. به این ترتیب که اگر تقاضای لعان

۱. چنانکه در روایت منسوب به پیامبر آمده است: «الولدُ للفراش وللعاهر الحجر»؛ یعنی فرزند متولد از زن شوهرداری که همزمان با او زنا نیز شده، ملحق و منسوب به شوهر است، و زناکار مجازات می شود (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۳).

از سوی شوهر، بر سر مشروعیت فرزند باشد، حسب مورد پس از لعان، باید آزمایش دی.ان.ای. نیز انجام شود. در این صورت، اجرای آثار لعان- دست کم نسبت به فرزند، که مشمول قطع رابطه نسبی با شوهر، و از جمله حقوق ارثی خواهد بود (مواد ۸۸۲ و ۸۸۳ قانون مدنی)- باید منوط به همسویی نتیجه آزمایش، در نفی نسب باشد.^۱ زیرا اولاً؛ افزون بر رابطه شخصی زن و شوهر در لعان که موجب حرمت ابدی میان آنان است (ماده ۱۰۵۲ قانون مدنی)، فرزند نیز دارای حقوقی است که باید در نظر گرفت و از آن حمایت کرد. به‌ویژه که او طرفِ ضعیف‌تر است. ثانیاً؛ نسب مشروع، گذشته از اینکه حق پدر و خاستگاه روابط او با فرزند است، حق فرزند نیز هست و جایگاه او را در جامعه از حیث حقوق و منزلت اجتماعی معلوم می‌کند. ثالثاً؛ لعان، تشریفاتِ به اصطلاح «کور» است که اصابت آن با واقع، بیشتر به ظن و گمان و احتمال وابسته است، تا حقایق قطعی. بنابراین نباید اجازه داد سرنوشت افراد- دست کم در مورد فرزندان بی‌پناه- وابسته به این ظن و گمان شود. هر اندازه نیز که بر لعان در ادبیات شرعی-فقهی اصرار شود، نباید اجازه داد اجرای آن بی‌جهت در حقوق فرزند تأثیر بگذارد.^۲ بدین سان، پیشرفت‌های دانش پزشکی، به‌گونه‌ای نظام‌مند، به کمک کشف حقیقت می‌آید و هیچ مصلحتی نادیده گرفته نمی‌شود: در عین حال که شوهر همچنان وفق قواعد و سنن شرعی اختیار لعان دارد و آثار آن نیز میان خود زوجین قابل اجرا است، دست کم تأثیر آن در حق فرزند، منوط بر تصدیق با آزمایش دی.ان.ای. می‌شود.

۲/۷. استفاده از آزمایش دی.ان.ای. به‌عنوان ادله تکمیلی، این خاصیت را دارد که

۱. برای دیدن نظر مخالف، که نتیجه آزمایش دی.ان.ای. را در احکام لعان بی‌اثر، و لعان را «طریقی مستقل برای نفی نسب» می‌داند، ر.ک. صفایی، ۱۳۹۹: ۶۳.

۲. برای دیدن استدلالی کاملاً متفاوت، که معتقد است «...لعان... به حلّ مسألت‌آمیز منازعات خانوادگی در مواردی این چنین کمک می‌کند»، ر.ک. پیله و دیگران، ۱۳۹۲(ب): ۱۵۱. و برای توجیه و دفاع از «برتری لعان بر نتایج این آزمایش‌ها»، ر.ک. عامری و یاسینی‌نیا، ۱۳۹۴: ۴۳ تا ۴۵.

یافته‌های پزشکی را در خدمت مصالح اجتماعی قرار می‌دهد. یعنی هرگاه ادله اولیه (=اماره فراش) بر امری دلالت کند- خواه اثبات یا نفی نسب باشد- برای تصدیق یا تکذیب نهایی آن، وارد عمل می‌شود. بدین شکل، توسل به آزمایش دی.ان.ای. در وهله نخست، مطلوب و مقصود نیست و تنها اثر نهایی را در رد یا پذیرش ادله قبلی دارد. با وجود این، چون نتایج این آزمایش از جهت کشف حقیقت و اصابت به واقع، به مراتب قوی‌تر از اماره فراش است، باید در گام آخر به آن عمل کرد و چه در نفی و چه در اثبات نسب، ملاک عمل قرار داد.^۱ به‌ویژه در دعوی نفی نسب، که همیشه به گسست خانواده و رها شدن فرزندی می‌انجامد، تنها باید در فرض حصول اطمینان، حکم به نفی کرد. تمام آنچه گفته شد، در شرایطی است که انجام آزمایش‌ها، عملی و نتیجه آن، روشن و بدون ابهام باشد. در غیر این صورت- مثلاً چنانچه یکی از اطراف دعوی در قید حیات نباشد و نتیجتاً انجام آزمایش منتفی باشد، یا نتیجه آزمایش به دلایلی مردّد باشد- نتیجه دعوی، بر اساس ادله اولیه، و وفق قاعده مشخص خواهد شد.

۳. پیشنهادها

۳/۱. برخلاف آنچه در انتهای پژوهش‌های حقوقی مرسوم است، پیشنهاد اصلی ما، اصلاح یا تغییر قوانین نیست؛ زیرا به تجربه آموخته‌ایم که قانون‌گذار اغلب نه‌گوشی برای شنیدن سخنان نو دارد، نه نظم و تعجیلی در اصلاح قوانین، و نه تقیدی در به‌کار گرفتن مبانی علمی و دانش روز. در عوض، تلاش اصلی را باید بر جهت‌دهی جامعه حقوقی- پزشکی، دکترین حقوقی، و در نهایت رویه قضایی متمرکز کرد. این رویکرد، عملی‌تر، سریع‌تر، و مؤثرتر خواهد بود. زیرا در عمل، قضات هستند که از نتایج آزمایش‌های تشخیص

۱. در سوگند استظهاری نیز، اثر مغایرت یا نبود ادله تکمیلی (امتناع خواهان از ادای سوگند بر مدعا)، سقوط حق مدعی است (شمس، ۱۳۸۴: ۲۸۴؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۱۴). همچنین ن. ک. ماده ۲۷۸ ق.آ.د.م. و ماده ۱۳۳۳ ق.م.

نسب (دی.ان.ای.) استفاده و به آنها استناد می‌کنند. بنابراین نقش اصلی را در چگونگی و حدود استفاده و استناد به آن دارند. رویه قضایی، هنوز به گونه متمرکز و استوار، در این مورد شکل نگرفته است، اما به طور کلی قضات محاکم بدوی و تجدیدنظر، اغلب «علم گرایند» در ارجاع به چنین آزمایش‌هایی، گشاده‌دستانه‌تر عمل می‌کنند؛ در حالی که دیوان عالی کشور، اغلب محتاط‌تر و «سنت‌گرا» است (به‌عنوان نمونه، ر.ک. محمودی، ۱۴۰۱: ۴۷۰ تا ۴۹۰؛ محب‌الرحمان و دیگران، ۱۴۰۰: ۶ و ۷؛ غنی‌زاده بافقی و غنی‌زاده بافقی، ۱۳۹۷: ۱۸ تا ۲۰).

۳/۲. هم‌اکنون، یکی از بزرگترین مشکلات عملی در باروری‌های پزشکی با دخالت ثالث (به‌ویژه اهدای جنین و گامت)، دعاوی‌ای است که پس از تولد فرزند، حسب مورد از سوی یکی از زوجین یا اشخاص ثالث، طرح می‌شود و اساس اهدا را به سُخره می‌گیرد. دعوی استرداد فرزند نیز، خود از توابع دعاوی نسب است و مدعی باید به‌عنوان مقدمه، نخست نسب خود (یا نفی نسب دیگری) با فرزند را اثبات کند. بنابراین ضروری است برای این وضع نابسامان و طعنه‌آمیز، چاره‌ای اندیشید.

نتیجه

۱. در تقابلِ ادله سنتی (اماره فراش) با ادله پزشکی (آزمایش دی.ان.ای.)، دو نظریه متقابل طرح شده: برخی بر اعتبار مطلق ادله سنتی پای می فشارند و هیچ ارزشی برای نتایج آزمایش دی.ان.ای. در برابر مؤدای اماره فراش قائل نیستند. این رویکرد، در دعوی نفی نسب و اشکال ویژه آن (دعوی لعان) مشهودتر است. در مقابل، برخی دیگر معتقدند فراش چیزی جز یک اماره قابل نقض نیست و در برابر ادله دیگر که کاشفیت بیشتری از واقع داشته باشند، سر فرود می آورد. در نظر اینان، اصل آزادی ادله در دعوی اثبات و نفی نسب نیز جاری است.

۲. در مقام داوری، هر دو نظر، دچار افراط و تفریطند: از یک سو، تقدس و اعتبار مطلق اماره فراش، در برخی فروض، بی‌اعتنایی به دانش و پیشرفت‌های پزشکی است. حقوق، دانشی زنده و اجتماعی است و نمی‌تواند در برابر پیشرفت‌های جامعه، بی‌تفاوت باشد. از سوی دیگر، تنها مبنای اماره فراش، کشف حقیقت نیست؛ بلکه رعایت مصلحت اجتماعی و حفظ نظام خانواده و حمایت از حقوق فرزندان نیز بخش بزرگی از آن را تشکیل می‌دهد. بنابراین نمی‌توان به صرف اینکه آزمایش ژنتیک کاشفیت بیشتری از واقع دارد، اماره فراش را یک‌سره کنار نهاد. پیدا است احترام به مبانی اجتماعی اماره فراش، با تقدس و تعبد قائل شدن برای آن، متفاوت است.

۳. راه حل میانه، ادله تکمیلی شمردن آزمایش‌های تشخیص نسب است. به این معنا که اصل و قاعده در تشخیص نسب، همچنان اماره فراش است. اما آزمایش دی.ان.ای. نیز به‌عنوان ادله مکمل و متمم، بر آن افزوده می‌شود تا ضامن اطمینان از صدق مدعا باشد؛ مانند آنچه در سوگند خواهان در دعوی بر میت مقرر است. پس در دعوی نفی نسب، مدعی ابتدا می‌باید وفق قواعد عمومی و سنتی، دست کم اجمالاً نبود تمام یا بخشی از ارکان سه‌گانه اماره فراش را اثبات کند، و سپس افزون بر ادله عادی، آزمایش دی.ان.ای.

نیز انجام شود تا به ناروا حقی تضییع نشود. همین قاعده را در دعوی لعان نیز باید رعایت کرد: یعنی پس از اجرای تشریفات لعان (در فرض وجود ارکان این دعوی)، باید آزمایش دی.ان.ای. نیز انجام شود. قطع رابطه نسبی میان شوهر و فرزند، تنها در صورتی ممکن است که نتیجه آزمایش نیز، نفی رابطه ژنتیکی میان آنان باشد.

۴. در دعوی اثبات نسب نیز وضع بر همین منوال است: یعنی مدعی، نخست باید وجود-دست کم اجمالاً- ارکان اماره فراش را اثبات کند، و سپس آزمایش دی.ان.ای. به عنوان ادله تکمیلی و برای کشف حقیقت، مورد استناد قرار گیرد. بدین ترتیب، هیچ کس نمی تواند بدون ارائه دلیل، و به صرف ادعا، مدعی رابطه نسبی با دیگری شود و برای اثبات آن مدعا، بدو به آزمایش دی.ان.ای. استناد کند.

۵. در باروری های آزمایشگاهی با دخالت شخص ثالث نیز باید بر همین اساس عمل کرد: یعنی هیچ کس (خواه هریک از زوجین باشد، یا شخص ثالث؛ اعم از اهداکنندگان یا افراد دیگری مانند خویشاوندان ذی نفع در ارث) نمی تواند بدون آنکه ابتدا نبود شرایط اماره فراش را اثبات کند، به صرف آزمایش دی.ان.ای. دعوی نفی نسب طرح کند. به ویژه که محرمانگی اطلاعات در اهدای جنین، و پنهانی بودن روابط خصوصی زناشویی، و اصل بودن اماره فراش میان زوجین، سبب دشوارتر شدن اثبات این مدعا از سوی اشخاص ثالث می شود. بدین سان، بدون اینکه قواعد ماهوی و ثبوتی نسب نقض شود، دعوی نفی نسب در باروری های آزمایشگاهی با دخالت ثالث، به دلایل اثباتی و تشریفات مردود می شود.

فهرست منابع

الف- منابع فارسی

۱. آذرنوش، آذرناش (۱۳۸۶). فرهنگ معاصر عربی-فارسی، بر اساس فرهنگ عربی-انگلیسی هانسور، تهران: نشر نی.
۲. افسری، زهرا؛ ماهرخ زارعی بهجانی (۱۴۰۱)، بررسی وجوه دلالتی مستندات قاعده فراش با رویکرد تلقیح مصنوعی، مجله پیشرفت‌های نوین در روانشناسی، علوم تربیتی و آموزش و پرورش، سال پنجم، شماره ۴۸، صص. ۸۶ تا ۹۷.
۳. پیله، اعظم؛ علوی قزوینی، سیدعلی؛ رضیئی، علی (۱۳۹۲) (الف)، نقش DNA در اثبات نسب، فصلنامه خانواده پژوهی، سال نهم، شماره ۳۵ (پیاپی ۳)، صص. ۳۸۱ تا ۳۹۷.
۴. پیله، اعظم؛ علوی قزوینی، سیدعلی؛ رضیئی، علی (۱۳۹۲) (ب)، بررسی حجیت آزمایش دی‌ان‌ای (DNA) در نفی نسب، مجله حقوق خصوصی، دوره ۱۰، شماره اول، صص. ۱۳۹ تا ۱۵۸.
۵. توحیدی نژاد، الهام؛ کرمی، رضاعلی (۱۳۹۸)، بررسی تعارض قاعده فراش و آزمایش ژنتیک از منظر فقهی و حقوقی، مجله فقه و تاریخ تمدن، دوره پنجم، شماره سه، صص. ۳۲ تا ۳۷.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). فرهنگ عناصرشناسی، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲). وسیط در ترمینولوژی حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش.
۸. حائری (شاهباغ)، سیدعلی (۱۳۸۷). شرح قانون مدنی، جلد ۲، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. دیانی، عبدالرسول (۱۳۹۵). حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۱۰. روشن، محمد (۱۴۰۰). حقوق خانواده، تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.
۱۱. زاهدیان، مجتبی؛ طناز رضانیا (۱۳۹۴)، چالش‌های اثبات نسب از طریق اماره فراش در روش‌های کمک باروری، فصلنامه وکیل مدافع، فصلنامه داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان، دوره پنجم، شماره ۱۴، صص. ۵۳ تا ۷۳.
۱۲. شمس، عبدالله (۱۳۸۴). آیین دادرسی مدنی، جلد ۳، تهران: انتشارات دراک.

۱۳. شیروی، عبدالحسین (۱۴۰۱). حقوق خانواده: ازدواج، طلاق و فرزندان، تهران: سمت.
۱۴. صفایی، سید حسین؛ امامی، اسدالله (۱۳۹۲). مختصر حقوق خانواده، تهران: نشر میزان.
۱۵. صفایی، سیدحسین؛ علوی قزوینی، سیدعلی (۱۳۸۵)، ارث کودک آزمایشگاهی، فصلنامه اندیشه‌های حقوقی (فصلنامه حقوق خصوصی فعلی)، سال چهارم، شماره یازدهم، صص. ۳۵ تا ۶۳.
۱۶. صفایی، محمدجواد (۱۳۹۹)، واکاوی تعارض قاعده لعان با نتایج آزمایش DNA، دوفصلنامه علمی-تخصصی فقه و اجتهاد، سال هفتم، شماره سیزدهم، صص. ۷۱ تا ۴۹.
۱۷. صغیری، اکرم؛ طاهرخانی، فاطمه (۱۳۸۸)، نسب مادری کودک تولد یافته از اهدای جنین در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، شماره ۶۸، صص. ۱۳۷ تا ۱۵۷.
۱۸. طبائی، مهشید سادات (۱۳۹۱)، نقش آزمایش‌های «دی.ان.ای» در اثبات نسب از دیدگاه فقه امامیه و حقوق ایران، دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده، دوره ۱۷، شماره ۵۶، صص. ۷۴ تا ۴۹.
۱۹. عامری، پرویز؛ یاسینی نیا، هاجر (۱۳۹۴)، نقش دلایل ژنتیکی در دعوی نفی نسب، دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، دوره ۲۰، شماره ۶۲، صص. ۲۹ تا ۵۲.
۲۰. عامری، پرویز؛ یاسینی نیا، هاجر (۱۳۹۵)، نقش دلایل ژنتیکی در دعوی اثبات نسب، دوفصلنامه علمی فقه و حقوق خانواده (ندای صادق)، دوره ۲۱، شماره ۶۵، صص. ۸۱ تا ۵۵.
۲۱. عرب انصاری، حوا (۱۳۹۸)، ادله اثبات نسب و اثبات آن به وسیله آزمایش ژنتیک، مجموعه مقالات چهارمین کنگره بین‌المللی علوم انسانی اسلامی (جمعی از نویسندگان)، جلد نهم، تهران: آفتاب توسعه.
۲۲. غنی‌زاده بافقی، مریم؛ غنی‌زاده بافقی، زهرا (۱۳۹۷)، تحلیل جایگاه اماره فراش و آزمایش DNA در تعیین نسب، فصلنامه رأی (مطالعات آرای قضایی)، دوره هفتم، شماره ۲۲، صص. ۱۷ تا ۲۸.
۲۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). اثبات و دلیل اثبات، جلد ۲، تهران: نشر میزان.
۲۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳). دوره حقوق مدنی، خانواده، جلد ۲ (اولاد)، روابط پدر و مادر و فرزندان، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۲۵. لطفی، اسدالله (۱۳۹۱)، بررسی و تحلیل نسب کودک حاصل از رحم استیجاری از دیدگاه فقهی، مجله دانشگاه علوم پزشکی مازندران، دوره ۲۲، شماره ۸۸، صص. ۱۱۶ تا ۱۳۱.
۲۶. محب‌الرحمان، محمدعلی؛ دهقان نژاد، رضا؛ محب‌الرحمان، محمدمهدی (۱۴۰۰)، نقش آزمایش «DNA» در حقوق خانواده و رویه قضائی با تأکید بر نهاد «لعان»، مجله حقوق پزشکی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، صص. ۱ تا ۱۳.
۲۷. محمودی، نصیبه (۱۴۰۱)، تعارض میان قاعده فراش و آزمایش دی‌ان‌ای (نقد و بررسی دادنامه شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور)، دوفصلنامه نقد و تحلیل آراء قضایی، دوره اول، شماره دوم، صص. ۴۷۰ تا ۴۹۰.
۲۸. ناصری مقدم، حسین (۱۳۸۷)، واکاوی احکام فقهی نسب در کودک متولد از رحم جایگزین، فصلنامه باروری و ناباروری، صص. ۱۴ تا ۲۹.
۲۹. واحدی، مصطفی (۱۳۸۷)، حقوق خانواده در سوئد، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۳۰. یدالهی باغلوبی، عباس؛ آذین، سیدمحمد؛ سامانی، رضا عمانی (۱۳۹۴)، بررسی وضعیت نسب طفل ناشی از جانشینی در بارداری، فصلنامه فقه پزشکی، سال هفتم، شماره ۲۲ و ۲۳، صص. ۷۴ تا ۷۴.
۳۱. یزدانی پور، نایب؛ درایتی، حمید؛ دانشور ثانی، رضا (۱۳۹۴)، بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۱۶، صص. ۸۵ تا ۹۸.

ب- منابع عربی

۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷هـ). الکافی، جلد ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

ج- منابع لاتین

1. Hartline, Rosanna (2024). *Microbiology Laboratory Manual*, libretxts.org: West Hills Lemoore.
۲. Roewer, Lutz (۲۰۱۳), "DNA fingerprinting in forensics: past, present, future", *Investigative Genetics*, Vol. 4 (1), No. 22.