

تعارض اماره فراش با سایر امارات از دیدگاه فقه مقارن و حقوق موضوعه ایران و مصر

سید احمد میرخلیلی،^۱ اردوان ارژنگ،^۲ نصرالله جعفری خسروآبادی،^۳

مجید قاسمیان مزار^۴

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۷/۱۵، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵)

چکیده

اماره فراش، یکی از قدیمی‌ترین و پرکاربردترین امارات، جهت اثبات نسب به‌شمار می‌رود. این اماره گاهی در تعارض با امارات قضائی هم‌چون نظر کارشناس شامل نظر قائف یا نظریه پزشکی قانونی و پاره‌ای اوقات در تعارض با اماره‌ای هم‌جنس خود قرار می‌گیرد و آن در جایی است که زوج به دو مرد به نحو مشروع مجامعت داشته و ولدی به دنیا آورد که قابل انتساب به هر دو باشد. در پژوهش پیش رو با روش توصیفی تحلیلی درصدد پاسخ‌گویی به این سؤال هستیم که در تعارض مذکور کدام مقدم است؟ حاصل پژوهش اینکه نظر قیافه‌شناس موجد ظن است که از فقهای تشیع مورد تأیید شارع قرار نگرفته و فقهای اهل سنت به‌جز حنفیه آن را معتبر می‌دانند. هر دو نظام حقوقی ایران و مصر نیز به تأسی از شریعت مقدس بر نظر قائف واقعی نمی‌نهند. در مقابل داده‌های دقیق آزمایشگاهی در آزمایش دی‌ان‌ای به جهت علم‌آور بودن و تفوق علم بر ظن حاصل از اماره فراش، مقدم می‌گردد. در تعارض اماره فراش زوجیت با فراشی دیگر نیز تقدم فراش دوم برای انتساب طفل با روایات وارده از معصومین علیهم‌السلام که مهمترین دلیل است و اصل تأخر حادث در حقوق

۱. استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه میبد / dmirkhalili@gmail.com

۲. دانشیار گروه الهیات دانشگاه یاسوج / arzhang1345@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق دانشگاه میبد / nasrjafari@gmail.com

۴. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه میبد (نویسنده مسئول) /

majid.ghasemian1364@gmail.com

ایران و فقه شیعه ترجیح دارد و در حقوق مصر و نظر ابوحنیفه فراش اول بر فراش دوم مقدم است.

کلیدواژه‌ها: تعارض، اماره فراش، دی‌ان‌ای، نسب.

طرح مسئله

وقتی بحث نسب به میان می‌آید، قاعده فراش به‌عنوان اماره‌ای برای اثبات آن خودنمایی می‌کند؛ اما باید دانست نسب و ادعاهای مطرح‌شده در مورد آن، امری است که با هر دلیلی قابلیت اثبات ندارد. در گذشته اماره فراش بهترین دلیل در اثبات نسب به‌شمار می‌آمد. نظر قیافه‌شناس از بعد کارشناسی نیز در برخی موارد، استفاده می‌شد؛ اما در عصر امروز با پیشرفت علم پزشکی و دستاوردهای نوین آن در تعیین نسب اشخاص، این ضرورت احساس می‌شود که جایگاه چنین داده‌هایی از بعد فقهی و حقوقی در تقابل با اماره فراش بررسی شود. تا محاکم که بیشترین رویارویی با این مسئله را دارند و در کلافی سردرگم گرفتار آمده‌اند، بتوانند راه‌حلی منطقی را برگزینند.

از این رو این سؤال مطرح می‌شود که اگر بین اماراتی که می‌تواند، اثبات‌کننده نسب یا نفی آن باشد، تعارض حاصل شود؛ مثلاً اینکه اماره فراش، نسبی را اثبات. لکن نظر قیافه‌شناس یا نتایج آزمایش دی‌ان‌ای برخلاف آن باشد، کدام مقدم است؟ و اگر این تعارض در دو اماره فراش تجلی یابد، مثل جایی که زنی پس از طلاق از همسرش، با دیگری ازدواج نماید و پس از ازدواج ولدی متولد که از بعد اماره فراش، قابل انتساب به هر دو شوهرانش باشد، چه‌طور؟

در این پژوهش با بررسی مبانی اماره فراش به این نتیجه دست یافته‌ایم که نظر قیافه‌شناس، دلالت بر ظنی معتبر و معقول نمی‌نماید که بتواند در تقابل با اماره فراش آن را مغلوب کند؛ اما آزمایش دی‌ان‌ای به جهت علم‌آور بودن و لزوم عقلی تقدم علم بر ظن از چنین وصفی برخوردار است.

پیشینه تحقیق در مسئله توصیف‌شده، نشان از آن دارد که برخی اندیشمندان و حقوقدانان در لابه‌لای نگارشهای خود به پاره‌ای از این امارات به‌اجمال پرداخته‌اند؛ از جمله کاتوزیان در کتاب حقوق خانواده خود به جهت یقین‌آور بودن آزمایش خون نظر به پذیرش آن در نفی نسب داده است (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ش، ۲/۱۰۰). امامی در کتاب حقوق مدنی صرفاً بیان

نموده هیچ‌یک از امارات، دلیل منحصر شناخته نمی‌شوند. مگر اینکه قانون به آن تصریح نماید و ادله و قراین دیگر را مثبت نداند و از همین روی نتیجه آزمایشهای پزشکی معارض اماره فراش مقدم بر این اماره می‌شود (امامی، ۱۳۷۹ش، ۱۵۵/۵ و ۱۷۲). اما در زمینه مقالات، پژوهشهای زیر که به‌نوعی با موضوع ما ارتباط دارند، مطرح شده‌اند که همگی قلم به نقض‌ناپذیری اماره فراش چرخانده‌اند. ضمن توضیح مختصر این مقالات، نوآوری پژوهش حاضر، نسبت به آنها بیان می‌گردد.

پبله در مقاله بررسی حجیت آزمایش دی‌ان‌ای (DNA) در نفی نسب به اعتبار و ارزش آزمایش دی‌ان‌ای پرداخته و با توجه به حضری بودن راه نفی نسب به لعان، اطمینان حاصل از آزمایش دی‌ان‌ای در نفی نسب را به لحاظ شرعی و قانونی فاقد اعتبار و حجیت دانسته است (پبله، ۱۳۹۲ش، ۱۳۹). عامری در مقاله نقش دلایل ژنتیکی نیز در دعوی نسب به این مسئله پرداخته که آیا آزمایش دی‌ان‌ای می‌تواند برخلاف اماره فراش حجت باشد و نتیجه گرفته است که چون اماره فراش، بر مبنای مصلحت خانواده و طفل بنیان نهاده شده است؛ لذا قابل نقض با نتایج آزمایشهای پزشکی نیست (عامری، ۱۳۹۴ش، ۶۹).

غنی‌زاده در مقاله تحلیل جایگاه اماره فراش و آزمایش DNA در تعیین نسب به این پرداخته است که در فقه امامیه برای اثبات نسب حتی ضعیف‌ترین دلیل مانند قرعه در کنار اماره پرکاربرد فراش و در نفی نسب دلیلی به قوت لعان قابل استناد، دانسته شده است؛ بنابراین استفاده از روشی مانند آزمایش DNA در تعیین نسب را در اثبات نسب در کنار اماره فراش، قابل پذیرش دانسته؛ اما در نفی نسب، به جهت ملاحظات مربوط به نظم عمومی و مصلحت جمعی، معتقد است: در حال حاضر نمی‌توان از آن بهره جست (غنی‌زاده، ۱۳۹۷ش، ۱۷).

تمایز نگارش حاضر و نوآوری آن نسبت به نگارشهای مذکور را می‌توان در جنبه مقارن بودن این پژوهش با فقه اهل سنت، تطبیق با نظام حقوقی مصر به‌عنوان یکی از پیشرفته‌ترین نظامهای حقوقی کشورهای عربی و مورد متابعت آنان، بررسی رویه قضایی و نقد استدلال مخالفین و بهره‌گرفتن از استدلالاتی نو، گسترش بحث به تعارض نظر قیافه‌شناس با اماره فراش و تعارض دو فراش با یکدیگر دانست.

مفهوم‌شناسی

تعارض، دارای معنای لغوی و اصطلاحی است که در زیر به هریک می‌پردازیم:

۱. مفهوم تعارض

واژه تعارض، مصدر باب تفاعل و از بُن ع ر ض مشتق شده است. عرض به معنای ظهور و اظهار است. آن‌گاه که دو یا چند دلیل متعارض در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند، گویا در برابر هم اظهار وجود می‌کنند. عرض علاوه بر معنای اظهار و ابراز، معنی دیگری نیز دارد و آن عرض در برابر طول است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۳/۲۵۷۰).

از نظر اصطلاحی، انصاری، تعارض را به ناسازگاری مدلول و مفهوم دو دلیل به گونه تناقض یا تضاد، تعریف می‌کند (انصاری، ۱۴۱۶ق، ۴/۱۱). تعریف آخوند خراسانی از تعارض، قیود بیشتری دارد: «تعارض، تنافی دو یا چند دلیل برحسب دلالت و مقام اثبات به گونه تناقض یا به گونه تضاد حقیقی یا تضاد عارضی.» گویی مراد این است که تعارض از اوصاف دلیل است، نه مدلول و مفاد دلیل. بدین صورت که موارد جمع عرفی (ورود، حکومت، تخصیص، تخصص و تقييد) از شمول تعارض خارج است؛ چرا که در این موارد، بین مدلول و مفاد ادله، تنافی برقرار است؛ اما از حیث مقام اثبات، حکایت و دلالت، تمناع و تکاذب نیست. بلکه بعضی قرینه بر گسترش و در تنگنا قرارگرفتن مدلول دلیل دیگر خواهند بود. برخی حقوقدانان در تعریف تعارض، عدم امکان جمع را ملاک، قرار داده‌اند: «هرگاه مدلول دو دلیل غیرقابل جمع باشند حالت بین این دو دلیل را تعارض دو دلیل می‌نامند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳ش، ۱۶۱).

۲. مفهوم اماره

اماره، در لغت به معنای نشان، نشانه و علامت ذکر شده است (معین، ۱۳۸۷ش، ۱/۱۲۰). این معنا از معنای اصطلاحی خود نیز دور نیست. در اصطلاح بعضی آن را پدیده‌ای می‌دانند که برحسب ظاهر و طبیعت امور نشانه واقعه‌ای است و بر پایه غلبه استوار می‌باشد و برخی معتقدند؛ اماره، شیوه‌ای است به‌سوی حکم شرعی واقعی که برای جاهل به حکم واقعی قانون‌گذاری شده است و به جهت اینکه موجب ظن است، مقنن یا شارح، آن را معتبر شناخته است. مثل خبر عادل و ظواهر کتاب (فیض، ۱۳۷۳ش، ۱۹۱). عده‌ای نیز آن را این‌گونه

تعریف می‌کنند؛ اماره هر قرینه آشکاری است که مقارن امر مخفی است و دلالت بر آن امر مخفی می‌نماید.

بعضی حقوقدانان مصری، آن را راه غیرمستقیم برای اثبات امر مجهول مورد ادعا از خلال وقایع معینی تعریف نموده‌اند که یا منشأ قانونی دارد یا اوضاع و احوال موضوع، دلالت بر آن دارد (مرقس، ۱۹۵۳ق، ۳۳). در حقوق ایران نیز تعدادی از حقوقدانان بر این نظر هستند که هر پدیده‌ای بنا بر ظاهر و سیر طبیعی امور، نشانه وجود واقعه‌ای باشد آن را در اصطلاح، اماره وجود آن واقعه می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۷۹۰).

قانون مدنی ایران در ماده ۱۳۲۱ خود، اماره را عبارت از اوضاع و احوالی می‌داند که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود. این تعریف، دخالت عقل و استنباط را در اماره می‌رساند و نشان می‌دهد قانونگذار یا قاضی به آنچه برمی‌خورد و در اختیار دارد، اوضاع و احوال است. امری که به‌خودی‌خود، مطلوب و هدف نیست، ولی زمینه‌ساز رسیدن به‌واقع مطلوب است. به این معنا که درایت و تجربه باید، دست در دست همدیگر قرار دهند تا عقل بتواند از امر معلوم به مجهولی برسد که هدف اثبات است (کاتوزیان ۱۳۹۲ش، ۱۴۳/۲).

در قوانین مصر، تعریفی از اماره وجود ندارد. برخی، ضمن تحسین قانون‌گذار مصر به جهت عدم تعریف اماره، علت آن را این دانسته‌اند که تعریف، کار فقیه است، نه قانون‌گذار. ضمن اینکه اکثر کشورهای عربی و حتی کشور فرانسه که به تعریف اماره پرداخته‌اند، نتوانسته‌اند، تعریف جامع و کاملی ارائه دهند و عمده تعاریف از این واژه، شامل سایر ادله نیز می‌شود (زبده، ۲۰۰۱م، ۲۸).

به نظر برای تعریف اماره، ابتدا لازم است بدانیم، ماهیت اماره چیست؟ نتیجه است یا پدیده و یا اوضاع و احوال؟ از مصادیق اماراتی که در نظامهای گوناگون حقوقی از آن یاد می‌کنند. مثل اماره تصرف، اماره فراش و... می‌توان گفت: اماره خود نتیجه نیست. بلکه نتیجه را به ارمغان می‌آورد. اوضاع و احوال نیز به معنای شرایط و حال و روز است و معنای عامی دارد. در حالی که اماره ممکن است، مفرد باشد. پس به جهت عدم جامعیت، نمی‌تواند ماهیت دقیقی از اماره را نمایان سازد. پدیده، منطبق‌تر با ماهیت این واژه است؛ زیرا این اصطلاح، هر رویداد قابل‌مشاهده و ملموس را عموماً در بر می‌گیرد و با این معنا، اماره نیز یک نوع رویداد تلقی می‌شود؛ زیرا با مشاهده و درک آن به امر مجهول، دست می‌یابیم.

حال که اماره را رویداد تلقی کردیم، لازم است مشخص شود این رویداد چه خصیصه و کاربردی باید داشته باشد که آن را از سایر رویدادها متمایز گرداند؟ به نظر، با توجه به کارکرد اماره، بتوان گفت: اماره، واقعه‌ای است که با استنباط عقل یا عرف، نزد قاضی یا قانون بیانگر واقعه‌ای دیگر است.

۳. مفهوم اماره فراش

اماره یا قاعده فراش از قواعد معروف و مشهور و مورد اتفاق فقها است؛ که برگرفته از روایت مشهور نبوی «الْوَكْدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ» است (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷۴/۲۱). حاصل آن، این است که هرگاه زوجه بچه‌ای به دنیا آورد که به عللی انتساب او به همسرش مشکوک باشد، از نظر شرع، نوزاد به زوج ملحق می‌شود (ایروانی، ۱۳۸۴ش، ۱۸۵/۲). از آنجا که قاعده فراش برگرفته از روایت یادشده است، برای تبیین مفاد آن باید الفاظ به‌کار رفته در روایت معنا شود:

۱. واژه فراش: یکی از الفاظ به‌کاررفته در حدیث که دارای ابهام به‌نظر می‌رسد، واژه فراش است که دارای دو معنی است: معنی لغوی و معنی اصطلاحی. در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

در لغت: عبارت است از: آنچه برای نشستن، خوابیدن و مانند آن می‌گسترانند. به کنایه بر زن (زوجه) نیز اطلاق می‌شود (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۶۱۲/۴). برخی لغت‌شناسان گفته‌اند: «فراش به کنایه بر زن و مرد (زوجه و زوج) هر دو اطلاق می‌شود» (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق، ۳۷۶/۱).

در اصطلاح: بعضی فراش را به معنای کسی می‌دانند که شرعاً حق هم‌بستری و ملامسه با زن را دارد. در این تعریف در واقع فراش، دو مصداق زوج و مالک کنیز را در بر می‌گیرد. زناکار و نزدیکی‌کننده به شبهه (نزدیکی اشتباهی یک مرد است با زنی که همسر او نیست)، از تعریف خارج است.

در مورد زناکار می‌توان گفت: به‌کار رفتن واژه زناکار در روایت قرینه‌ای قوی بر همین تعبیر است که زناکار از تعریف فراش باید خارج باشد. در نزدیکی به شبهه هم همان‌طور که برخی (شیبیری زنجانی، ۱۳۸۲ش، ۱۹۶۲/۶) بیان کرده‌اند موضوعاً فراش نیست؛ زیرا

نزدیکی به شبهه صرفاً از جهت حکم همانند فراش است و این بدین معنی نیست که معنای فراش را هم در بر بگیرد.

۲. عاهر: مقصود از «عاهر» زناکار است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۶/۱۲۴).

۳. حجر: به معنای سنگ و در حدیث، کنایه است از بی‌اعتنایی به ادعای زناکار در انتساب نوزاد به خود و عدم ترتیب اثر به آن (شبیری زنجانی، ۱۴۱۶ق، ۶/۱۹۶۲). بنابراین، مفاد قاعده چنین است: همان‌گونه که در فرض یقین به انتساب نوزاد به زوج، وی نمی‌تواند او را از خود نفی کند، در فرض شک نیز حق نفی نوزاد از خود را ندارد و از نظر شرع، نوزاد ملحق به اوست و بر انکار او جز در صورت لعان اثری مترتب نیست (ایروانی، ۱۳۸۴ش، ۲/۱۸۷).

ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی ایران، در این زمینه با پذیرش قاعده مذکور مقرر می‌دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است. مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی، تا زمان تولد، کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.»

این ماده، در واقع حاوی دو اماره است؛ یکی اماره فراش و دیگری آنکه طفلی که در فاصله بین شش تا ده ماه از تاریخ وقوع نزدیکی بین زن و شوهر به دنیا می‌آید، محصول آن نزدیکی است (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۷۰۰). وقوع نزدیکی بین زن و شوهر در زمان نکاح نیز مفروض است و نیاز به اثبات ندارد، لکن خلاف آن را می‌توان ثابت کرد (همان‌جا).

مقتن در ماده ۱۱۵۹ قانون مذکور نیز مصداق دیگری از اماره فراش را بیان می‌کند که بعد از انحلال نکاح ولادتی رخ می‌دهد. این ماده مقرر داشته: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است. مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل بیش از ده ماه نگذشته باشد. مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی تا زمان ولادت کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد.»

قانون مصر، در خصوص اماره فراش و شرایط تحقق آن، مقرر خاصی اختصاص نداده است. لکن از برخی مقررات مختلف، می‌توان وجود اماره مذکور را استنتاج کرد، از جمله: ماده ۱۵ قانون احوال شخصیه که بیان می‌دارد: «ادعای نسب فرزند، پس از انکار، برای شخصی که عدم نزدیکی بین او و همسرش از زمان عقد ثابت شده باشد. هم‌چنین در مورد فرزندی که بعد از یک سال از غیبت شوهر و یا بعد از یک سال پس از فوت او یا طلاق متولد شود، قابل استماع نیست.» مفهوم مخالف این ماده آن است که: حداکثر مدت حمل

یک سال از زمان نزدیکی است و طفل متولدشده در زمان زوجیت نیز ملحق به شوهر خواهد بود.

چون قانون مصر، در خصوص شرایط اماره فراش، مقررهای ندارد، ناچار بایستی بر اساس ماده ۲ قانون مدنی این کشور به شریعت اسلامی که همان فقه حنفی است، رجوع شود. فقهای حنفی، برای فراش، چهار مرتبه قائل هستند که عبارتند از:

الف) فراش ضعیف: این فراش متعلق به کنیز است و نسب به وسیله آن اثبات نمی‌شود، مگر با قبول ولد.

ب) فراش متوسط: این فراش برای اُم ولد است که نسب به وسیله آن اثبات می‌شود. بدون نیاز به قبول ولد، لکن اگر ولد نفی کند، این نسب منتفی می‌شود.

ج) فراش قوی: فراشی است که در مورد مطلقه‌ای جاری می‌شود که در عده رجعیه می‌باشد و این نسب نفی نمی‌شود، مگر با لعان.

د) فراش اقوی: فراش زن در عده طلاق بائن است که اصلاً امکان نفی ولد در آن وجود ندارد، حتی با لعان. چون شرط لعان زوجیت کنونی است که در این مورد وجود ندارد (ابن عابدین، ۱۳۷۹ش، ۲/۶۴۰).

محاکم مصر نیز علی‌رغم سکوت قانون مصر در موارد متعددی به این اماره استناد نموده‌اند و از جمله دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۰۰ سال ۵۵ مورخه ۱۹۸۶/۵/۲۷ چنین رأی داده است: «قانون و رویه قضایی مصر بر این امر است که نسب جز با فراش صحیح که عبارت است از: ازدواج صحیح و فاسد و نزدیکی به شبهه اثبات نمی‌گردد. همان‌گونه که در شریعت اسلام نیز به همین منوال است؛ بنابراین ازدواجی که شهود در آن وجود ندارد، ازدواجی فاسد است که آثار ازدواج صحیح و از جمله وجود نسب با دخول حقیقی را داراست.»

تعارض امارات قضایی با اماره فراش

یکی از گونه‌های موضوع مورد بحث، جایی است که یک یا چند اماره قضایی با اماره فراش در تعارض قرار گیرد.

۱. تعارض اماره فراش با کارشناسی

بعضی اوقات ممکن است، بین اماره فراش و نظریه کارشناس، تعارض به وجود آید. البته باید دانست در عصر حاضر دو گونه کارشناسی وجود دارد که در بحث انساب، می‌توان از آنها بهره برد: یکی نظریه پزشکی قانونی مبتنی بر آزمایشهای ژنتیک یا همان دی‌ان‌ای و دوم که در گذشته نیز مرسوم بوده، نظریه قائف یا قیافه‌شناس است. با توجه به اینکه، میزان حجیت و کاشفیت هریک از انواع مذکور از واقع، متفاوت بوده، ضروری است تعارض اماره فراش با هریک را جداگانه بررسی کنیم.

۱-۱. تعارض اماره فراش با نظریه قیافه‌شناس

قائف، شخصی است که از روی علائم ظاهری و شباهت افراد رابطه نسبی پدر و فرزندی را تشخیص می‌دهد. مثل اینکه بگوید: با توجه به رنگ چشم، نحوه صحبت کردن، شکل گوشها، رنگ پوست، کوتاهی قد، چاقی یا لاغری و... این شخص فرزند فلانی است. در مورد اینکه در تعارض نظریه قیافه‌شناس با اماره فراش، مثل اینکه اماره فراش دلالت بر انتساب طفل به زوج داشته و اما قیافه‌شناس بگوید: وی فرزند دیگری است، آیا قول قائف را می‌توان بر اماره فراش مقدم کرد؟ برای پاسخ به این سؤال، موضوع را در فقه و حقوق جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱-۱-۱. فقه امامیه

حلی معتقد است: تمام علمای شیعه حکم به حرمت قیافه‌شناسی داده‌اند (حلی، ۱۴۲۰ق، ۴۷۲/۲). مبنای فقها بر عقیده خود، عبارت است از:

الف) اجماع: برخی از فقها ادعای اجماع بر حرام بودن قیافه‌شناسی نموده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ۸۰/۸). برخی دیگر، ادعای عدم خلاف دارند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۶۸/۸؛ نجفی، ۱۴۲۱ق، ۹۲/۲۲). مقصود از عدم خلاف این است که کسانی که مسئله را عنوان کرده‌اند، نسبت به حکم آن، اختلافی ندارند.

عدم خلاف، دلیل شرعی محسوب نمی‌شود و اجماع نیز مدرکی است (اجماع مدرکی: عبارت است از اتفاق علما در مسئله‌ای که در مورد آن دلیل یا اصلی وجود دارد و علم یا احتمال آن هست که اتفاق کنندگان به آن دلیل یا اصل به‌عنوان مدرک نظر خود، استناد نموده باشند)؛ زیرا دلیل دیگری در مسئله وجود دارد و احتمال تحقق اجماع به‌خاطر وجود

آن دلیل می‌رود که در مورد بعد به آن دلیل که روایات وارده از معصومین علیهم‌السلام است، می‌پردازیم؛ بنابراین، جایی برای استناد به اجماع باقی نمی‌ماند.

ب) دلیل دومی که می‌توان بر عدم حجیت قول قائف ذکر کرد، روایات است که یکی از آنها، صحیح‌ه محمد بن قیس است و دیگری روایت پیغمبر گرامی اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم که در ذیل به شرح آنها می‌پردازیم.

۱- «رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ علیه‌السلام قَالَ كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ علیه‌السلام يَقُولُ لَا أَخْذُ بِقَوْلِ عَرَّافٍ وَلَا قَائِفٍ وَلَا لَيْصٍ - وَلَا أَقْبَلُ شَهَادَةَ الْفَاسِقِ إِلَّا عَلَى نَفْسِهِ: محمد بن قیس از امام باقر علیه‌السلام نقل می‌کند که امیرالمؤمنین علیه‌السلام می‌فرمود: من به قول عراف (کاهن یا منجم)، قائف و دزد اخذ نمی‌کنم و شهادت فاسق را قبول نمی‌کنم. مگر اینکه علیه خودش باشد» (ابن بابویه، ۱۳۶۳ ش، ۴/۴۶۸).

۲- «رَوَى عَنِ النَّبِيِّ صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم أَنَّهُ نَهَى عَنِ السِّحْرِ وَالْكَهَانَةِ وَالْقِيَافَةِ وَالتَّمَائِمِ: از نبی مکرم اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم نقل شده که حضرت از سحر، فال‌گویی، قیافه‌شناسی و تمیمه‌ها (مهره چشم‌زخم) نهی کردند» (مجلسی، ۱۴۱۲ ق، ۵۹/۲۷۸).

۳- «عَنِ النَّبِيِّ صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم الْقِيَافَةَ وَالطَّرِقَ وَالطَّيْرَةَ مِنَ الْخَبْثِ: از نبی مکرم اسلام صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم نقل شده است که فرمودند: قیافه‌شناسی و طُرُق (خط کشیدن با انگشت در پیشگویی) و فال بد باز کردن از خبیث است» (همان‌جا).

از روایات مذکور به‌خوبی روشن می‌گردد که قول قائف، در مقابل اماره فراش تاب مقاومت ندارد و نمی‌توان بر اساس شباهت ظاهری، حکم به نسب شخصی داد که بر مبنای اماره فراش ملحق به دیگری است.

۱-۱-۲. فقه اهل سنت

گروهی از فقها عقیده دارند: از طریق قیافه می‌توان نسب را ثابت کرد. عمده‌ترین استدلال‌های این گروه عبارت است از:

الف) روایت بی‌هقی از عایشه که بیان می‌دارد: پیغمبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم در حالی که مسرور بود، فرمود: آیا نمی‌بینی فردی از قبیله مدلیج بر من داخل شد. در حالی که اسامه وزید را دید که هر دوسرشان پوشیده است و قدمهایشان آشکار بود. سپس گفت: این قدمها هرکدام از نسل دیگری است. طریقه استدلال بر این روایت این است که چون اسامه رنگش سیاه بود و رنگ

زید سفید، منافقان، نسب اسامه از زید را مورد تمسخر قرار می‌دادند و با گفتار نسب‌شناس، پیغمبر ﷺ خوشحال و مسرور شده بود.

جمهور فقها شامل: شافعیه، مالکیه و حنابله می‌گویند: شادی پیغمبر گرامی اسلام ﷺ برای گفتار نسب‌شناس، دلیل محکمی است بر اعتبار چهره‌شناسی و قیافه‌شناسی در اثبات نسب؛ بنابراین شباهت، خود قرینه‌ای بر این امر محسوب می‌شود، چرا که پیغمبر شادی نمی‌کند، مگر بر امری که حق و درست باشد (ابن حزم، بی تا، ۴۳۵/۹؛ قرافی، ۱۴۲۰ق، ۱۶۵/۴؛ ابن قیم جوزیه، ۱۴۲۸ق، ۲۵۳).

شافعی می‌گوید: هیچ چیزی جز همین حدیث وجود ندارد که من را قانع کند. زیدیه بر این عقیده است که این حدیث با حدیث الولد للفراش نسخ شده است (عتکی بزار، ۱۴۳۰ق، ۲۵۸/۴). جمهور بر این عقیده است که نسب اسامه با اماره فراش اثبات شده است و قیافه در مرحله اول و به تنهایی نسبش را اثبات نموده است. پس زمانی که قیافه‌شناس شهادت داد بر اینکه قدمهای اسامه از نسل قدمهای زید است، پیغمبر گرامی اسلام ﷺ از این شهادت که در واقع موجب ازاله اتهام از اسامه گردید، مسرور گشتند. پس قیافه اماره‌ای است، همراه اماره فراش در اثبات نسب (ابن قیم جوزیه، ۱۴۲۸ق، ۲۵۳).

ب) دومین دلیلی که برای حجیت قیافه ارائه می‌گردد، اجماع است. ابن قیم جوزیه می‌گوید: برخی فقها اذعان داشته‌اند که عجیب است، انکار الحاق نسب به وسیله قیافه. در حالی که اعتبار آن به وسیله عمل پیغمبر گرامی اسلام ﷺ و صحابه بعد از او مسلم است و عمر بن خطاب به آن حکم داده است (همان، ۱۲).

ج) سومین دلیل، قیاس است. ابن قیم جوزیه می‌نویسد: اصول شریعت شهادت می‌دهد، برای اماره قیافه، چرا که اعتبار آن حکمی است، مستند به درک امور خفیه که آشکارا موجب آرامش خاطر گردیده و اعتبار آن را واجب می‌سازد.

حنفیه معتقد است: نسب با قول قیافه‌شناس ثابت نمی‌شود؛ زیرا شرع، دلیل اثبات نسب را بر مبنای روایت پیغمبر گرامی اسلام ﷺ که فرمود: «الولد للفراش»، محصور در فراش قرار داده است.

نهایت آنچه از طریق قیافه‌شناسی قابل اثبات است، تکوین از آب است، نه اثبات فراش؛ بنابراین، برای اثبات نسب، حجت نیست. هم‌چنین نفی فرزند نیز بر اساس شرع، فقط از

طریق لعان ممکن می‌گردد و قول قائف در این زمینه نیز بی‌اعتبار است، چرا که قول قائف، مبتنی بر احتمال است و با احتمال، نمی‌توان نسب را نفی کرد. از آنچه گفته شد، این نتیجه حاصل می‌شود که حجیت قول قائف، جهت اثبات نسب، از دید فقهای اهل سنت به جز حنفیه قابل‌پذیرش است. لکن آنچه باید مدنظر قرار گیرد، این است که روایت مذکور، همسو با اماره فراش است و تقدم نظر قائف بر اماره فراش از روایت مورد استناد، قابل‌برداشت نیست. بلکه یکی از راههای اثبات نسب، مثل اماره فراش، نظریه قائف است و از سخن فقهای اهل سنت نیز نمی‌توان برداشت کرد که در تعارض بین اماره فراش و قول قائف، قول قائف مقدم باشد.

اما در عصر حاضر نیز، باید گفت آزمایشهای پزشکی بسیار مطمئن‌تر از نظر قائف است، چرا که قائف با خصوصیات ظاهری و به صورت سطحی به تشابهات فرزند با پدر، می‌پردازد و با این مقایسه اجمالی در اعضای ظاهری بدن، نتیجه‌گیری می‌کند. پرواضح است، وقتی اساس یک نظریه مبتنی بر مقایسه سطحی باشد، نتیجه‌گیری نیز علم‌آور نخواهد بود.

اما آزمایش دی‌ان‌ای، یک آزمایش منحصر به فرد است که ژن افراد را بررسی و با تطبیق ساختار سلولی فرد، پی به رابطه نسبی پدر و فرزندی می‌برد. محیط آزمایشگاه و استفاده از ابزار دقیق آزمایشگاهی و چشم مسلح طبیعتاً نتیجه‌ای یقینی‌تر از ابزار ظاهری و ساده به ما خواهد داد؛ بنابراین با توجه به مراتب مذکور جایی برای استفاده از نظر قائف با وجود آزمایش دی‌ان‌ای که بسیار قویتر از نظر قائف است باقی نمی‌ماند.

۱-۱-۳. حقوق ایران

در مقررات مدون، تکلیف تعارض اماره فراش با نظریه قائف مشخص نگردیده و مقنن در باب اعتبار قول قائف نیز اظهارنظری ننموده است؛ اما با توجه به قاعده پیش‌بینی‌شده در اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی که در فرض سکوت قانون، ارجاع به منابع معتبر شرعی را مقرر نموده، می‌توان گفت: چون اختلافی در عدم حجیت قول قائف در فقه شیعه وجود ندارد و از طرفی قوانین نیز بر مبنای فقه امامیه تنظیم گردیده، نظر قیافه‌شناس تاب توان در مقابل اماره فراش را ندارد و مغلوب آن می‌گردد.

۱-۱-۴. حقوق مصر

در قوانین مصر نیز، همان‌طور که در قوانین ایران گفته شد. مقرراتی که تکلیف تعارض در این خصوص را روشن نماید، یافت نشد؛ اما با توجه به اینکه در مورد سکوت قانون، بر اساس ماده ۱ قانون مدنی، باید به شریعت مراجعه کرد و مبنای قانون‌گذاری مصر، مذهب حنفی است. طبق مذهب مذکور همان‌طور که بیان شد، قول قائف حجیت نداشته و تاب توان در مقابل اماره فراش را ندارد.

حق نیز همین است. چراکه صرف علایم ظاهری افراد نمی‌تواند، دلالت یقینی یا حتی ظن قابل‌اعتنا بر اثبات یا نفی نسب باشد. در جامعه نیز افرادی که بدون داشتن نسب واقعی دارای ظاهری شبیه به هم هستند کم نیستند. بنابراین، دلالت اماره فراش عرفاً بسیار قوی‌تر از نظر قیافه‌شناس در این خصوص است.

۱-۲. تعارض نظریه پزشکی قانونی با اماره فراش

همان‌طوری که بیان شد، پزشکی قانونی بر اساس داده‌های آزمایشگاهی، علی‌الخصوص آزمایش دی‌ان‌ای می‌تواند، نسب فرد را تشخیص دهد. پاره‌ای اوقات نتایج حاصله از چنین آزمایشهایی در تعارض با اماره فراش قرار می‌گیرد. بدین نحو که اماره فراش، دلالت بر اثبات نسب ولد به زوج می‌نماید. در حالی که آزمایشها حکایت از انتساب ولد به غیر زوج دارد. این تعارض ممکن است، در پی نفی ولد زوج یا اثبات نسب از ناحیه دیگری، مطرح گردد. در هر حال لازم است، بررسی شود، اماره فراش مغلوب نتایج آزمایشهای ژنتیک می‌شود. یا بر حکومت خود استمرار می‌یابد؟ برای پاسخ، ابتدا نظرات فقها، سپس دیدگاه حقوقدانان را بررسی می‌کنیم.

۱-۲-۱. فقه امامیه

اعتبار آزمایش دی‌ان‌ای، از دیدگاه فقه امامیه، یکی از مسائل بسیار مهم در این خصوص است. با توجه به جدید بودن استفاده از آزمایش ژنتیک در اثبات نسب، در تقریرات فقهی متقدم، نصی برای آن نمی‌توان یافت. با مراجعه به متون فقهی ملاحظه می‌گردد امکان توسل به کلیه طرق برای اثبات نسب وجود داشته است. ساده‌ترین راه برای اثبات نسب، توسل به اماره فراش بوده و در صورت فقدان طرق دیگر، از قرعه استفاده می‌شده است. ادله اثبات نسب در هیچ‌یک از متون فقهی، تحت عنوانی خاص بحث نشده، بلکه در ابواب مختلفی

نظیر اولاد، موراث و... به فراخور موضوع، بررسی شده است. استفتایی در خصوص استفاده از آزمایش ژنتیک از مراجع تقلید، به عمل آمده است.

مراجع تقلید، در پاسخ به این استفتاء، به دو دسته تقسیم می‌شوند: اکثریت بر این عقیده‌اند که در صورت حصول علم، می‌توان بر مبنای آن علم عمل نمود. صافی گلپایگانی، در این مورد چنین اظهار عقیده نمودند: نسب، به استناد آزمایشهای مذکور، شرعاً ثابت نمی‌شود. ولی اگر کسی شخصاً علم به نسب پیدا کرد، خودش موظف به ترتیب آثار آن است و الله العالم. فاضل لنکرانی می‌گوید: اگر برای قاضی علم حاصل شود که کودک برای فرد مورد نظر است، کودک به او ملحق می‌شود. موسوی اردبیلی می‌نویسد: اگر آزمایشها به قدری دقیق باشد که برای نوع افراد کارشناس نیز سبب قطع و یقین جهت انتساب فرزند به شخص آن مرد باشد، جهت انتساب فرزند به او کافی است. نوری همدانی نیز می‌نویسد: اگر علم حاصل شود، می‌تواند به وجود نسب حکم کند. خامنه‌ای نیز معتقد است: حجیت ندارد، مگر در صورت حصول یقین.

در فرض تعارض این آزمایشها با اماره فراش نیز در میان علما، اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای بر این عقیده‌اند که این آزمایشها حجیت نداشته و بر اماره فراش مقدم نمی‌گردند. در اینجا به نظرات برخی از مراجع معاصر، در این خصوص اشاره می‌شود: تبریزی: آزمایش و تجزیه خون و امثال آنها اعتباری ندارد. اگر برای مجتهد جامع‌الشرایط، علم حاصل شود، می‌تواند به علم خود عمل کند و الله العالم. مکارم شیرازی: این‌گونه آزمایشها نمی‌تواند، مرجح شود. صافی گلپایگانی: در فرض سؤال، ترجیح باید فقط با امارات شرعیه باشد و الله العالم. عده‌ای از مراجع نیز به امکان عمل قاضی به علم خود در صورت حصول یقین اظهار نظر نموده‌اند. سیستانی: تنها با طریق قطعی، ترجیح داده می‌شود. لیکن حد زنا با آن ثابت نمی‌شود (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۸ش، ۸۵).

در تحلیل مسئله می‌توان گفت: اماره فراش همان‌طور که گفته شد: موجب ظن است و حجیت ظنون نیز در دسته احکام وضعی قرار می‌گیرد که احکام تکلیفی چون وجوب انفاق، حضانت و... را به ارمغان می‌آورد و همان‌طور که برخی هم‌چون شهید صدر اذعان نموده‌اند. حکم ناشی از امارات، حکمی ظاهری است نه واقعی؛ اما آیا فرمان‌برداری به این حکم ظاهری، کفایت می‌کند. یا اگر بتوان به حکم واقعی دست‌یافت، باید حکم ظاهری را کنار زد و به حکم واقعی عمل کرد. به عبارت دیگر، در اماره فراش اگر آزمایش دی‌ان‌ای، علم‌آور

بود. ما می‌توانیم به آن بی‌توجه باشیم و کماکان به ظن ناشی از اماره فراش عمل کنیم؟ در پاسخ باید قائل به تفکیک شد. بدین نحو که تمسک به این اماره، در جایی که منازعی نباشد هم، واجب است و بر شوهر است، نسبت به انفاق و حضانت طفل منتسب به خود، بر اساس این اماره اقدام نماید؛ اما در اینجا فرمان‌برداری از حکم ظاهری کفایت می‌نماید. ولو بتوان به حکم واقعی دست یافت؛ که اگر این‌گونه نباشد، مردم در انتساب نسب به مشقت و سختی فراوانی می‌افتند و قوام زندگی اجتماعی منحل می‌گردد؛ اما در جایی که تنازع و ترافعی در ارتباط با نسب ولد به وجود می‌آید، رفع تعارض با پی‌بردن به حکم واقعی و گذر از حکم ظاهری در جایی که می‌توان به حکم واقعی رسید، اولی است. شریعت نیز لعان را به‌عنوان وسیله‌ای برای مقابله با اماره فراش در سنخ اخیر یعنی جایی که منازع وجود دارد، مقرر داشته است.

۱-۲-۲. فقه اهل سنت

با توجه به جدید بودن آزمایشهای ژنتیک، از فقهای اهل سنت اظهارنظری در این خصوص یافت نگردید. لکن با توجه به اینکه همه فقها تصریح نموده‌اند، تنها راه نفی نسب لعان است (شافعی، ۱۴۲۳ق، ۵/۱۶۵؛ آزدی، ۱۴۱۴ق، ۳/۱۱۶)، می‌توان گفت: فقهای اهل سنت طریق دیگری، مثل آزمایش دی‌ان‌ای را برای نفی نسب نمی‌پذیرند.

۱-۲-۳. حقوق ایران

در استفاده از آزمایشهای ژنتیک، میان حقوقدانان بحث و بررسی چندانی صورت نگرفته است. تنها عده قلیلی به این موضوع به‌اختصار پرداخته‌اند. یکی از حقوق‌دانان، بر این عقیده است که اماره فراش، دلیل منحصر قانونی نیست و از سایر ادله از جمله آزمایشهای پزشکی نیز می‌توان در اثبات نسب کمک گرفت؛ زیرا هیچ‌یک از امارات، دلیل منحصر شناخته نمی‌شوند. مگر اینکه قانون به آن تصریح نماید و ادله و قراین دیگر را مثبت نداند (امامی، ۱۳۷۹ش، ۵/۱۵۵ و ۱۷۲).

برخی نیز قائل به تفکیک شده بر این عقیده‌اند که از آزمایشهای دی‌ان‌ای در نفی نسب طفل به شوهر می‌توان بهره برد؛ اما در اثبات نسب به‌تنهایی نمی‌تواند مثبت باشد. بلکه به‌عنوان جزئی از امارات قضایی می‌تواند مورد توجه دادرس قرار گیرد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰ش، ۳۰۲؛ امامی، ۱۳۷۴ش، ۲/۵۷).

عده‌ای از جمله نوبهار نیز بر این اعتقاد هستند که شارع و مقنن همیشه دنبال کشف واقع نیستند. در باب اماره فراش نیز همین‌گونه است. مثل اثبات زناى به غیر عنف که قانون‌گذار، نمی‌خواهد این امور اثبات شود (صادق‌نژاد، ۱۳۹۵ش، ۲۲). به عبارت دیگر اثبات خلاف اماره فراش مغایر با نظم اجتماعی و مصلحت جامعه است (غنی‌زاده، ۱۳۹۷ش، ۱۷).

محاکم نیز در برخورد با این موضوع، رویه واحدی اتخاذ ننموده‌اند. به‌عنوان نمونه شعبه ۴۱ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۰۹۲۵۶۰۰۲۰۵ مورخه ۹۳/۱۰/۱۶ آزمایش دی‌ان‌ای را بر اماره فراش مقدم داشته و چنین مقرر می‌دارد: «مستفاد از قاعده فراش در فقه و مواد مربوط به آن در قانون مدنی (مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۵۹) این است که اگر رابطه زوجیت مشروعی، بین یک زن و مرد برقرار باشد و نیز به‌صورت قطع یا احتمال، زوجه مذکور با فرد دیگری از طریق حرام رابطه زناشویی داشته باشد. سپس فرزندی از خانم مورد اشاره، متولد شود و فرزند مزبور، امکان الحاق به زوج مشروع و یا فرد دیگر را داشته باشد، فرزند ملحق به زوج مشروع است.»

این امر در صورتی است که امکان الحاق فرزند، به رابطه زناشویی مشروع و غیر آن وجود داشته باشد؛ لذا اگر فرض تولد فرزند از شوهر، مستلزم حامله بودن زن به مدت کمتر از شش ماه یا بیشتر از یک سال باشد، به تصریح مواد مزبور، قاعده فراش جاری نمی‌شود. هم‌چنین ماده ۱۱۶۰ صراحت دارد که در صورت احتمال الحاق فرزند به شوهر قبلی و شوهر بعدی زن، طفل ملحق به شوهر دوم است. مگر آنکه امارات قطعی برخلاف آن دلالت کند؛ بنابراین قانون‌گذار علاوه بر شرط وجود حمل بین ۶ ماه تا یک سال، وجود امارات قطعی را هم دلیل بر نفی ولد گرفته است.»

در مقابل، شعبه هشتم دیوان عالی کشور با نظری مغایر، اماره فراش را مقدم بر آزمایش دی‌ان‌ای دانسته و بیان داشته: «فرجام‌خواهی آقای ع.ق. نسبت به دادنامه شماره ۳۹۰ مورخ ۹۱/۳/۲۴ شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که در مقام نقض دادنامه شماره ۱۷۳۷ مورخ ۹۰/۹/۳۰ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی اصفهان اصدار گردیده و متضمن حکم بر اثبات نسب طفل مشترک، به نام الف. متولد ۸۷/۱/۱۱ و انتساب نسب وی به فرجام‌خواه است، وارد و موجه به‌نظر نمی‌رسد؛ زیرا خانم ط.س و وکیل وی در دادخواست تقدیمی و مراحل دادرسی و لوایح ارائه‌شده با اشاره به اینکه به‌موجب عقدنامه عادی مورخ ۸۶/۶/۲۵ به عقد موقت فرجام‌خواه درآمده و قبل از آن نیز چند ماه با نامبرده رابطه زناشویی داشته و از وی

باردار شده و در تاریخ ۸۷/۱/۱۱ صاحب فرزند پسری شده که منتسب به زوج است، تقاضای صدور حکم مبنی بر اثبات نسب طفل مشترک به فرجام‌خواه شده است. دادگاه بدوی، با توجه به محتویات پرونده و سه مورد آزمایش ژنتیکی DNA که رابطه ابوت را تأیید نموده‌اند، حکم بر بطلان دعوی خواهان صادر نموده است. ولی دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان با توجه به محتویات پرونده شماره ۸۶/۲۴۶۸ شعبه ۱۶ دادگاه تجدیدنظر (کیفری استان) و نحوه اظهارات فرجام‌خواه در آن پرونده و لحاظ نمودن قاعده فراش، ضمن نقض رأی تجدیدنظر خواسته، حکم بر اثبات نسب صادر نموده است که بر این تشخیص و استنباط دادگاه تجدیدنظر، خدشه و خللی وارد نگردیده است.»

به نظر می‌رسد تحلیل این موضوع نیاز به مشخص شدن دو بحث دارد. اول اینکه آیا آزمایش ژنتیک علم‌آور است یا خیر؟ ثانیاً: آیا علم می‌تواند اماره فراش را مغلوب گرداند؟ در خصوص قسمت اول سؤال باید گفت: بنا به نظر اهل این فن، این امارات تا حد معتناهی، دقیق و بی‌نقص بوده و یافته‌های آن با کمترین میزان خطا مواجه می‌شود و احتمال نزدیک به صفر در کسب نتایج خلاف حاصل از این آزمایشها باعث شده تا عقلاً این احتمالات بسیار ضعیف را نادیده بگیرند و در نتیجه محصول این آزمایشها علم‌آور تلقی شود.

در پاسخ به قسمت دوم سؤال نیز باید گفت:

اولاً در قانون مدنی، قانون‌گذار فراش را اماره دانسته و اماره مبتنی بر ظن است. از طرفی امارات، ظن‌آور هستند نه قطع‌آور و اگر دلیلی قطع‌آور ارائه شود، می‌تواند بر اماره فراش تفوق داشته و آن را کنار بزند. به عبارت دیگر، با توجه به اینکه موضوع دلالت دی‌ان‌ای از پیش در قانون تعیین نشده، نتیجه این آزمایش، اماره قضایی محسوب می‌شود. از قدیم در فقه و حقوق مرسوم شده که امارات را ظنی محسوب می‌کنند و ظنی بودن را مأخوذ در تعریف اماره می‌دانند. البته غالباً امارات از قبیل ادله ظنی هستند. ولی همیشه این‌طور نیست و ممکن است وقایع خارجی دلالت قطعی بر امری داشته باشند. اصابت آزمایش دی‌ان‌ای به‌واقع، همان‌طور که بیان شد آن قدر دقیق است که احتمال خلاف آن از ادله‌ای مثل شهادت و سوگند و حتی اقرار به مراتب کمتر است و با آمدن یقین، جایی برای ظن، عقلاً باقی نمی‌ماند.

ثانیاً اماره فراش هم چون سایر امارات، منبعث از عرف است و نمی توان جنبه تعبد به آن داد. بلکه با توجه به اینکه قبل از روایت پیغمبر گرامی اسلام ﷺ (الولد للفراش) نیز مردم فرزند متولدشده از زوجین را منتسب به شوهر می کرده اند. روایت مذکور صرفاً تأییدی بر این عرف بوده است، نه اینکه غرض شرع تأسیس یک قاعده جدیدی باشد.

ثالثاً در هیچ مقرره‌ای بیان نشده است که خلاف اماره فراش قابل اثبات نیست و علی القاعده بر اساس ماده ۱۳۲۳ اثبات امارات با دلایل دیگر، ممکن است. با این قید که چون مقنن در شق آخر ماده ۱۱۶۰ صراحتاً اثبات خلاف اماره فراش را با قرائن قطعی، تجویز نموده، بنابراین صرفاً امارات قطعی و یقین آور، قدرت شکستن اماره فراش را دارند. در واقع، قانون‌گذار اماره فراش را همانند سایر امارات محسوب ننموده، بلکه آن را از حیث کاشفیت از واقع، قویتر از سایر اماراتی، هم چون اماره تصرف می داند. از همین باب، غلبه بر آن را محتاج قرائن قطعی دانسته است.

رابعاً اینکه برخی اماره فراش را همانند منافیات عفت دانسته که شرع، پوشاندن آن را مدنظر دارد و اثبات خلاف آن را تجویز نمی کند، صحیح نیست، چرا که اگر این گونه بود، شرع مقدس لعان را برای نفی نسب قرار نمی داد. از طرف دیگر، شارع مقدس در تمامی جرایمی که جنبه حق الهی صرف دارند و حدودالله هستند، تمایلی به کشف آنها ندارد و این از باب مجازات نکردن چنین خاطیانی است. در حالی که در نفی نسب، مجازات حدی اجرا نمی شود که چنین اقتضایی وجود داشته باشد.

ضمن اینکه استناد به مصلحت جامعه، در نقض پذیر نبودن اماره فراش، با آزمایش دی ان ای، در جایی است که معارضی وجود ندارد. در فرضی که شوهر زن، نفی ولد کرده و خود اقدام به اخذ چنین آزمایشی می کند. نپذیرفتن دلیل مذکور، خود برخلاف مصلحت خانواده و جامعه محسوب می شود. چون چنین مردی که بر اساس آزمایش صورت گرفته، واقف بر عدم انتساب فرزند است. هیچ گاه به تحمل مسئولیت انفاق و تربیت فرزند که از توابع پذیرش نسب است، اقدام ننموده و تلاشی جهت حفظ کیان چنین خانواده‌ای از خود نیز بروز نخواهد داد. چنین انتظاری از مرد، نه از ناحیه جامعه و نه از ناحیه عقلاء متصور هم نیست تا الزام به این امور پسندیده باشد. از سویی دیگر، قانون‌گذار نیز برای حفظ چنین مصلحتی در ماده ۱۱۶۲ قانون مدنی، این گونه اندیشه کرده است که دعاوی نفی نسب، مشمول مرور زمان

دوماهه از تاریخ اطلاع از ولادت باشد. تا پذیرش این دعاوی با محدودیت همراه و نظم اجتماعی حفظ گردد.

خامساً کشف حقیقت، یکی از اهداف اصلی قضاوت است. به طوری که ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م به دادگاه الزام می‌کند، برای کشف حقیقت هر نوع تحقیق یا اقدامی که لازم باشد، انجام دهد و در فرضی که آزمایشهای پزشکی علم‌آور موجب انکشاف واقع می‌گردد، نمی‌توان به آن بی‌توجه بود.

سادساً اینکه محاکم در رویه قضایی با تمسک به همین آزمایش‌دی‌ان‌ای، حکم به قصاص و گرفتن جان افراد در قتل عمد و رجم در زنا یا محصنه صادر می‌نمایند، به طریق اولی باید در نفی نسب هم به آن عمل نمایند، زیرا احتیاط در ریختن خون دیگری بسیار بیشتر از سایر اموری مثل نسب است و جای تعجب است که برخی محاکم این احتیاط را در نفی نسب از گرفتن جان دیگری هم بیشتر مرعی می‌دانند.

بنابراین هیچ دلیل معتبری بر نپذیرفتن آزمایشهای ژنتیک در نفی نسب و در مقابل اماره فراش وجود ندارد که بتوان بر اساس آن این آزمایشها را نادیده گرفت.

۱-۲-۴. حقوق مصر

در مقررات کشور مصر، نسی که دلالت بر تقدم یا عدم تقدم آزمایشهای پزشکی، مثل آزمایش‌دی‌ان‌ای بر اماره فراش نماید، یافت نشد؛ اما همان‌طور که جمهور فقهای اهل سنت، راه منحصر نفی نسب را لعان دانسته‌اند، برخی اندیشمندان معتقدند از آزمایشهای ژنتیک، فقط برای اثبات نسب می‌توان بهره برد و در نفی نسب، نمی‌توان این نتایج را ملاک عمل قرار داد. دیوان عالی مصر نیز بر پایه همین دیدگاه در رأی شماره ۵۱۰ سال ۶۴ قضایی مورخه ۲۰۰۰/۴/۱۸ مقرر می‌دارد: «نسب، به وسیله اماره فراش، هنگامی که ازدواج صحیحی بین زوجین واقع شده، اثبات می‌گردد و شرط نفی ولد این است که مرد در هنگام تولد طفل، همسرش را لعان کند. اثر این لعان، جدایی زن و شوهر از یکدیگر، نفی نسب طفل از شوهر و الحاقش به مادرش خواهد بود. مؤدای اصل احتیاط در ثبوت نسب این است که به احتمالات نادره توجه نشده و در صورت شک نسب نفی نمی‌شود.»

اشکال این نظریه این است که درست است اصل احتیاط اقتضایش این است که به احتمالات نادره توجه نشود؛ اما آزمایش‌دی‌ان‌ای، احتمال نادره نیست و بلکه قرینه‌ای

علم‌آور است و متخصصین این امر، اشتباه در آن را بسیار نادر می‌پندارند. از طرفی قاعده لزوم رجوع جاهل به عالم که از قواعد عقلی و مطابق با فطرت انسانی است و در همه زمانها و مکانها مورد تأیید عقلا بوده است و مقتضای این قاعده، دلالت بر توجه به این قبیل آزمایشها و نظریات کارشناسان خیره و اهل فن در این خصوص دارد.

از طرفی دیگر وقتی شرع مقدس، لعان را که ادای سوگندی خاص است در نفی نسب می‌پذیرد. نشان از آن دارد که اماره فراش را نقض‌پذیر می‌داند. به نظر می‌رسد، علت پذیرش لعان نیز از این باب بوده که طریق درست دیگری برخلاف اماره فراش در زمانهای گذشته متصور نبوده است. از این رو، به جهت فقدان دلیلی دیگر، لعان پایگذاری شده است؛ اما اکنون با وجود راههای علم‌آور، نمی‌توان گفت: راه منحصر برای نفی نسب صرفاً لعان است. بنابراین، تمایز حقوق کشور ما با حقوق کشور مصر، در این است که در کشور مصر آزمایشهای پزشکی علم‌آور، از دیدگاه اندیشمندان و محاکم، تاب توان در مقابل اماره فراش را در نفی نسب ندارد. لکن در حقوق ما، با استناد به دلایل و مستندات پیش‌گفته، اماره فراش با انجام آزمایشهای اطمینان‌آور پزشکی، قابل نقض است. هرچند محاکم کشور ما، هنوز آراء متعارضی در این خصوص صادر می‌نمایند و با توجه به تهافت آراء در این خصوص بهتر بود هیئت عمومی دیوان عالی کشور تشکیل و رویه واحد و الزام‌آوری را بنیان می‌نهاد. در هر حال، پذیرش آزمایش دی‌ان‌ای در کشور ما، مزیتی است که در نظام حقوقی مصر که جزو پیشرفته‌ترین نظامهای حقوقی در کشورهای عربی است، دیده نمی‌شود.

تعارض اماره فراش با اماره فراش دیگر

در فصل قبل، با ماهیت اماره فراش آشنا شدیم. در این فصل به تعارضات دو فراش که ممکن است، به وجود آمده و نسب ولد را مردد سازد، می‌پردازیم. این تعارضات، گاهی بین فراش دو زوج و گاهی بین فراش زوج با مرد اجنبی به نحو شبهه مطرح می‌شود. هریک از این موارد در زیر پرداخته می‌شود.

۱. تعارض فراش زوجیت با زوجیت

این تعارض زمانی محقق می‌شود که زن پس از طلاق با دیگری ازدواج می‌کند و فرزندی به دنیا می‌آورد که بر اساس قاعده فراش قابل انتساب به شوهر سابق و شوهر کنونی‌اش باشد. در چنین حالتی باید دید فرزند ملحق به چه کسی است؟ برای پاسخ به این پرسش، ابتدا دیدگاه فقهای امامیه و حنفیه را به جهت اینکه مبنای قوانین ایران و مصر در خصوص این موضوع بر اساس این دو مذهب تدوین یافته را جداگانه بررسی، سپس در حقوق ایران و مصر موضوع را پی می‌گیریم.

۱-۱. فقه امامیه

فقها دو نظر داده‌اند:

الف) از طریق قرعه، پدر طفل را مشخص می‌کنیم. عمده دلیلی که برای این نظر وجود دارد، این است که چون قاعده فراش برای هر دو شوهر به وجود آمده و هیچ‌یک بر دیگری ترجیح ندارد؛ بنابراین، با یکدیگر تعارض نموده و هر دو ساقط می‌گردند. در این حالت، پیدا کردن پدر طفل امری مشکل خواهد بود که چاره آن قرعه است. چون قرعه برای امر مشکل وضع گردیده است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲۰۵/۵). این نظر ضمن اینکه طرفدار چندانی پیدا نموده است، قابل ایراد نیز می‌باشد؛ زیرا همان‌طور که در مبنای این عقیده بیان شده است، قرعه برای امر مشکل است و در اینجا چون روایات رفع تعارض نموده‌اند، پس نمی‌توان امر را مشکل قلمداد نمود. در واقع روایات خود مرجح بوده و عمل به آن واجب است.

ب) ولد به شوهر دوم منتسب است. شهید ثانی این قول را منتسب به اکثر فقها کرده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۸۲/۸).

عمده‌ترین استدلال‌های این نظر عبارت است از:

۱- علی بن جعفر در کتابش از برادرش موسی بن جعفر رضی الله عنه نقل می‌کند، از او سؤال کردم در مورد مردی که با کنیزش نزدیکی نموده، سپس او را می‌فروشد، قبل از آنکه حیض شود. خریدار نیز با کنیز نزدیکی می‌کند. در همان طهر، سپس فرزندی از کنیز به دنیا می‌آید. فرزند متعلق به چه کسی است؟ ایشان فرمودند: از آن کسی است که کنیز نزد اوست. پس صبر پیشه کند؛ زیرا رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمود: الولد للفراش و للعاهر الحجر (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ۱۷۴/۲۱). نحوه استدلال به این حدیث این‌گونه است که امام رضی الله عنه فرمودند: ولد متعلق به

کسی است که کنیز نزد اوست؛ یعنی خریدار. پس در خصوص وجود دو زوج برای زن، ولد متعلق به زوج دوم است که زن نزد اوست.

۲- صحیح البزنطی عن من رواه عن زرارۃ قال: «سألت أبا جعفر علیه السلام عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نکحت و قد أعتدت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأول و إن کان ولد أنقص من ستة أشهر فلائمه و لأبيه الأول و إن ولدت لسته أشهر فهو للأخیر: از اباجعفر علیه السلام سؤال کردم در مورد مردی که اگر زنش را طلاق دهد. سپس زن پس از نگاه داشتن عده ازدواج نماید و پس از گذشت پنج ماه از ازدواجش بچه‌ای به دنیا آورد، فرزند متعلق به شوهر اول است و هم‌چنین اگر کمتر از شش ماه از ازدواج بچه به دنیا بیاید، فرزند متعلق به مادر و پدر اولش است. لکن اگر شش ماه بعد از ازدواج به دنیا بیاید، ولد متعلق به زوج اخیر خواهد بود» (همان‌جا).

۳- موثق أبی العباس قال: «قال: إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخیر و إن کان لأقل من ستة أشهر فهو للأول: فرمود، اگر فرزندی در شش ماه به دنیا بیاید. متعلق به آخری است و اگر کمتر از شش ماه باشد، متعلق به اولی خواهد بود» (همان‌جا).

۴- اجماع: برخی از فقهاء ادعای اجماع در این خصوص نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۸۲/۸).

ج) با طلاق، فراش اول زائل شده و فراش دوم باقی می‌ماند (بحرانی، ۱۳۶۳ ش، ۳۱۵/۲۳).

د) برخی از فقها معتقدند فرضی که زن پس از طلاق و با سپری شدن عده‌اش ازدواج می‌نماید. در این فرض در واقع تعارض بین دو فراش محقق نشده است. بلکه نگاه داشتن عده، اماره عدم وجود حمل است که با فراش اول تعارض نموده و هر دو ساقط می‌شوند. آنچه بلامعارض باقی می‌ماند، فراش دوم است. پس فرزند به شوهر دوم ملحق است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۶ق، ۱۹۶۵/۶). اما در فرضی که زن، بدون نگاه داشتن عده ازدواج می‌نماید. در این صورت با فرض جهل، اگر شوهر دوم با وی نزدیکی و ولدی متولد شود که به هر دو شوهر قابل انتساب باشد، بر اساس ادله پیش گفته به شوهر دوم ملحق می‌گردد (همان‌جا). در تحلیل ادله مذکور، برخی معتقدند از روایات مورد استناد این نظریه، روایت جمیل، دارای ضعف سندی است (شبیری زنجانی، ۱۴۱۶ق، ۱۹۶۸/۶). چون مرسل است؛ که این ضعف با توجه به اینکه راوی حدیث، جمیل ین دراج است، طبق مبنای مشهور بین متأخرین

که اشکالی به روایت بعد از اصحاب اجماع وارد نمی‌کنند، حدیث معتمد می‌شود. حدیث صحیح بزنطی نیز به جهت مرسل بودن، ضعف سندی دارد؛ اما با توجه به اینکه راوی آن جزو سه نفری است که شیخ آنها را ثقه اعلام نموده، روایت از دید فقهی معتبر است (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۶ق، ۶/۱۹۵۰).

برخی فقها بر این نظر هستند که در روایت ابوالعباس «قال» تکرار شده، یعنی ابوالعباس می‌گوید که امام علیه السلام فرمودند: «اذا جاءت...»، معلوم می‌شود، فتوای ابوالعباس است، نه روایت. از این رو نمی‌شود به آن اعتماد کرد. اما باید گفت: ابوالعباس ثقه است که قریب العهد و متصل به زمان معصوم علیه السلام بوده و وقتی چنین فردی متن روایت را بیان می‌کند. می‌توان نتیجه گرفت که آن روایت به طریق معتبر به دست او رسیده و یا اینکه همان طریقی که اعتبار آن برای ما ثابت نیست، برای او محرز بوده است. خلاصه، اسناد این عبارت به معصوم علیه السلام نزد او ثابت شده است، نه اینکه از ملاحظه مطلقات و مقیدات و تعابیر مختلف، از روی اجتهاد به این عبارت فتوا داده باشد؛ زیرا نوعاً باید با تعبیر امام علیه السلام اختلافی ولو اندک داشته باشد (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۶ق، ۶/۱۹۵۶). بنابراین، روایات مذکور، قابل‌اعتناست و باید به آن عمل شود. از همین جهت فقها جز اندکی از آنها را مبنای فتوای خود قرار داده و برخلاف آن نظر نداده‌اند.

ضعف دلیل اجماع در این مسئله، بدین جهت است که اجماع، مستقلاً دلیل نیست و فقط در صورت کاشف بودن از رأی معصوم علیه السلام حجت است و چون در بحث حاضر، روایت وجود دارد که مستند حکم است. برای اجماع که از نوع اجماع مدرکی نیز هست، نمی‌توان اعتباری قائل شد.

دلیل سوم نیز قابل نقد است؛ زیرا از بین رفتن فراش اول با طلاق، اگر مبنای این حکم باشد. در همه مصادیق باید مجری باشد. در حالی که این‌گونه نیست؛ مثلاً اگر بعد از طلاق زن و در حالتی که مجدداً ازدواج نکرده باشد، فرزندی به دنیا بیاید، بر اساس دلیل مذکور نمی‌توان آن فرزند را به شوهر سابق زن منتسب کرد. ولو اینکه از حداقل مدت نزدیکی تا ولادت، کمتر و از حداکثر آن بیشتر نگذشته باشد؛ زیرا با طلاق، فراش زائل شده است و قابل استناد نخواهد بود. در حالی که هیچ فقهی چنین نظری نداده است و فقها چنین فرزندی را ملحق به شوهر سابق می‌دانند. ممکن است گفته شود با فراش دوم فراش اول زائل می‌شود، نه با طلاق.

بطلان چنین دلیلی نیز واضح است؛ زیرا در جایی که فراش شوهر در زمان زوجیت، با فراش شبهه در همان زمان تعارض نموده و فرزندی به دنیا بیاید که بتواند به شوهر و نزدیکی کننده به شبهه ملحق شود. بر اساس دلیل مذکور باید فرزند را به نزدیکی کننده به شبهه ملحق کنیم. در حالی که همان طور که خواهد آمد، فقها ولد را به زوج ملحق می کنند.

دلیل چهارم، در قسمت اولش که معتقد است اگر ازدواج بعد از نگه داشتن عده صورت گرفته باشد، منطقی به نظر می رسد؛ اما ضعف آن این است که در جایی که زوجه بدون نگهداری عده، ازدواج می کند و ولد به دنیا می آید. الحاق ولد به زوج دوم، بدون دلیل می ماند. در حالی که فقها در هر دو حالت، فرزند را به شوهر دوم ملحق می کنند؛ بنابراین، دلیل مذکور اشکالش این است که حکم را به طور کامل، پوشش نمی دهد.

از آنچه بیان شد، می توان نتیجه گرفت تنها دلیل الحاق فرزند به شوهر دوم، روایات است که مبنای آن همان طور که برخی فقها (نراقی، ۱۴۱۵ق، ۲/۴۷۶)، گفته اند اصل تأخر حادث است. در هر حال وجود این روایات به عنوان دلیل خاص مرجحی است، برای تقدم فراش دوم.

۲-۲. فقه حنفی

در فقه حنفی، در خصوص این موضوع اختلاف نظر وجود دارد. ابوحنیفه معتقد است: اگر بعد از ازدواج دوم فرزندی به دنیا بیاید که قابلیت الحاق به هر دو شوهر را داشته باشد و زوجه مدعی باشد از همسر اولش طلاق گرفته و عده نگه داشته و شوهر اول این ادعا را نپذیرد، ولد به شوهر اول ملحق است. اما ابویوسف، شاگرد ابوحنیفه در فرض دوم قائل به این است که ولد به شوهر دوم ملحق می شود (شیبانی، ۴۳۳ق، ۹/۳۵۲). با توجه به شباهت فتوای شاگردان ابوحنیفه با نظر امامیه به نظر می رسد، نظر آنان از روایات این مذهب اخذ شده باشد. اصل تأخر حادث نیز مبنایی قوی بر ترجیح فراش دوم محسوب می گردد که نباید آن را نادیده گرفت.

۳-۱. حقوق ایران

قانون مدنی به تاسی از نظر مشهور فقها و بر اساس شرایط ذکر شده در ماده ۱۱۶۰ خود، فرزند را ملحق به شوهر دوم دانسته است. ماده مذکور، مقرر می دارد: «در صورتی که عقد نکاح پس از نزدیکی، منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفلی از او متولد گردد، طفل به

شوهری ملحق می‌شود که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن است. در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق به هر دو شوهر ممکن باشد، طفل ملحق به شوهر دوم است. مگر آنکه امارت قطعیه برخلاف آن دلالت کند.»

برخی حقوقدانان، مبنای اصلی حکم موصوف را مصلحت خانواده و ولد دانسته‌اند و بر این اعتقادند که مبنای اماره فراش، تنها ظهور و دلالت وقایع خارجی نیست. لزوم حمایت از کودکانی که در خانواده به وجود آمده‌اند و حفظ استواری این پیوند حقوقی نیز در این راه سهم مؤثر دارد و در موضوع فوق علت انتساب طفل به شوهر دوم این است که خانواده نخست، منحل شده و کودک در زمان زوجیت دوم به دنیا آمده است. پس ملاحظات اجتماعی مربوط به اماره فراش ایجاب می‌کند، طفل منسوب به شوهر دوم شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۳ش، ۶۷/۲). این نظر به طور مطلق قابل‌پذیرش نیست، چرا که قانون‌گذار، اجازه اثبات خلاف اماره فراش دوم را در مقرر فوق‌الاشاره داده است و اگر با امارات قطعیه اثبات شود، طفل ملحق به شوهر اول است. چون خانواده اول از هم‌گسیخته است، جایی برای مصلحت خانواده وجود ندارد که الحاق ولد را بر مبنای آن مصلحت، به شوهر دوم بدانیم.

از این گذشته، این مبنا در همه‌جا کارایی ندارد. مثال نقض آن این است: جایی که زن پس از جدایی از شوهر با بیگانه هم‌بستر می‌شود، در حالی که این جماع از نوع جماع با شبهه باشد؛ اما فاصله تولد طفل تا تاریخ انحلال نکاح و نزدیکی به شبهه به‌گونه‌ای باشد که بتوان او را به هر دو مرد منسوب کرد. نظر مشهور فقها که مورد متابعت قانون مدنی می‌باشد، انتساب طفل به واطی به شبهه است (حلی، ۱۴۱۳ق، ۵۰/۲). در حالی که مصلحت طفل برخلاف حکم مذکور و روایاتی که شرح آن گذشت، این است که طفل را ملحق به شوهر سابق زوجه بدانیم؛ بنابراین، استناد به صرف مصلحت، نمی‌تواند مبنای مقرر مذکور باشد. ضمن اینکه هیچ فقیهی در این موضوع فتوای خود را مستند به وجود این مصلحت نیز ننموده است.

۱-۴. حقوق مصر

تنها مقرره‌ای که در فرض مورد بحث ما در قوانین مصر دیده می‌شود. ماده ۱۵ قانون ۲۵ سال ۱۹۲۹ اصلاحی قانون ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ احوال شخصیه است که مقرر می‌دارد: «لا تسمع عند الإنکار دعوی النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقی بینها و بین زوجها من حین

العقد، ولا لولد زوجة آتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا آتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة: بعد از انکار، ادعای نسب فرزند زوجه ای که ثابت شده است، بین او و همسرش از زمان عقد، نزدیکی صورت نگرفته و نسب فرزند زوجه ای که پس از سیری شدن، یکسال از غیبت زوج به دنیا آمده و فرزند مطلقه و متوفی اگر بیش از یک سال از زمان طلاق یا وفات به دنیا بیاید، مسموع نیست.»

درست است که مقرر مذكور در جایی که زن پس از طلاق ازدواج و فرزندى به دنیا می‌آورد که به هر دو شوهرش قابل انتساب است، تکلیف را بالصراحه روشن نموده؛ اما از مفهوم مخالف آن می‌توان برداشت کرد که ولد به شوهر اول ملحق است. نظر ابوحنیفه نیز بر همین مبنا بود.

۲. تعارض فراش زوجیت با نزدیکی به شبیه

این فرض، خود به دو صورت محقق می‌شود: فرض اول آن است؛ زنی که در قید زوجیت است با اجنبی نزدیکی به شبیه می‌نماید و فرزندى به دنیا می‌آید که بر اساس حداقل و حداکثر میزان حمل از زمان نزدیکی شوهر و اجنبی قابل انتساب به هر دو می‌گردد.

فرض دوم جایی است که زوجه طلاق می‌گیرد، سپس دیگری با زن، نزدیکی به شبیه می‌نماید و فرزندى متولد می‌شود که قابل انتساب به شوهر و نزدیکی‌کننده به شبیه است. در این دو فرض، تعارض اماره فراش به وجود آمده و باید دید کدام فراش مقدم می‌گردد؟ با توجه به اینکه مبنای این مسئله در فقه، مطرح شده است و حقوق ایران بر اساس فقه امامیه و حقوق مصر بر اساس فقه حنفی نگارش یافته، ضروری است. موضوع را در فقه امامیه و حنفیه بررسی. سپس در حقوق ایران و مصر آن را مطالعه نماییم.

۲-۱. فقه امامیه

در فرض اول، یعنی نزدیکی شوهر و اجنبی با زن در زمان زوجیت، برخی فقها معتقدند: فرزند به شوهر ملحق می‌شود. چون متبادر از فراش زوجیت یا نازل منزل آن مثل کنیز است و شامل شبیه نمی‌شود (سبحانی، ۱۴۱۶ق، ۱/۲۴۷) و برخی اعتقاد به قرعه دارند (شیبیری زنجانی، ۱۴۱۶ق، ۶/۱۹۶۲).

اما حکم فرض دوم که زن پس از طلاق و نزدیکی با اجنبی فرزندی به دنیا می‌آورد. با جایی که زوجه پس از طلاق، قبل از انقضای عده، ازدواج مجدد نموده و ولدیه که قابل انتساب به هردو شوهر است، به دنیا می‌آورد، یکی است و همان‌طور که بیان شد، اکثر فقها ولد را به شوهر دوم منتسب کرده‌اند. در حالی که ازدواج مذکور صحیح نبوده و نزدیکی شوهر دوم، نزدیکی به شبهه محسوب می‌شود.

۲-۲. فقه حنفی

ابوحنیفه بر این اعتقاد است که اگر زنی که همسرش غایب است با دیگری ازدواج کند و فرزندی به دنیا بیاورد که قابلیت الحاق به هر دو شوهر را داشته باشد. سپس شوهر اول مراجعت کند، ولد به شوهر اول ملحق خواهد شد. در این فرض، ابوحنیفه ازدواج دوم و نزدیکی را به شبهه قلمداد نموده است. سرخسی در تأیید این نظر می‌گوید: «فراش صحیح با فراش فاسد، توان معارضه ندارد؛ بنابراین، ولد ملحق به شوهر اول است» (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۱۶۲/۱۷).

اما ابن‌ابی‌لیلی در این نظر، مخالف ابوحنیفه است و می‌گوید: «ولد به همسر دوم ملحق است. چرا که همسر دوم، عاهر یعنی زناکار نیست. بلکه شوهر آن زن است و از حضرت علی علیه السلام به ما رسیده که چنین حکم داده است» (ابویوسف، ۱۴۱۵ق، ۱۸۳). این نظر با نظر امامیه یکی است.

۲-۳. حقوق ایران

مقنن صراحتاً تکلیف فروض مذکور را روشن ننموده است؛ اما از اطلاق ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت، ملحق به شوهر است. مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد.» می‌توان دریافت که در فرض اول، ولد به شوهر ملحق است. نه واطی به شبهه.

اما در فرض دوم که پس از طلاق با زوجه، نزدیکی به شبهه صورت می‌گیرد، باید گفت: از ظاهر ماده ۱۱۵۹ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود، ملحق به شوهر است. مشروط بر اینکه مادر هنوز شوهر نکرده و از تاریخ انحلال نکاح تا روز ولادت طفل، بیش از ده ماه نگذشته باشد. مگر آنکه ثابت شود که از تاریخ نزدیکی

تازمان ولادت، کمتر از شش ماه و یا بیش از ده ماه گذشته باشد» برداشت می‌شود، فرزند به شوهر اول ملحق می‌شود.

البته این تفسیر، با نظرات فقها و روایات سازگاری ندارد. مگر اینکه بگوییم عبارت «شوهر نکرده» در قانون، اعم است از نکاح صحیح و فاسد؛ که اگر چنین تعبیری کردیم، بین دو فرض تفکیک قائل می‌شویم. بدین صورت که اگر زن پس از طلاق در زمان عده ازدواج نماید و پس از نزدیکی فرزندی به دنیا آید، ولد ملحق به شوهر دوم است و اگر بدون نکاح، نزدیکی به شبهه نماید. ولد به واطی به شبهه ملحق خواهد شد. این تفسیر با نظر مشهور فقها که مورد متابعت قانون مدنی در بسیاری از موارد است نیز سازگارتر می‌باشد.

۲-۴. حقوق مصر

در حقوق مصر، هیچ مقرره‌ای که فرض مذکور را در بر بگیرد، یافت نشد. لکن می‌توان گفت: زمانی که در تعارض دو فراش زوجیت، فراش اول غلبه دارد. به طریق اولی و با استناد به قیاس اولویت، در فرض تعارض فراش زوجیت با شبهه نیز باید قائل به تقدم فراش اول گردید.

این نظریه قابل انتقاد است. چرا که ترجیح فراش اول، ترجیحی بلا مرجح بوده که عقلاً مجاز نیست. ضمن اینکه مقاومت در پذیرش راه علمیتیر مثل آزمایش دی‌ان‌ای که می‌تواند راه کشف واقع را نمایان سازد، معقول به نظر نمی‌رسد. از این باب می‌توان گفت: نظام حقوقی مصر که نظامی پیشرفته در بین کشورهای عربی شناخته شده و الگویی جهت تقنین برخی کشورهای عربی محسوب می‌شود. در تعارض دو فراش، عقبتر از حقوق ایران است که بر اساس قاعده منطقی علم بر شک و ظن غلبه دارد. ماده مذکور را بنیان نهاده است.

نتیجه

از آنچه گفته شد. این نتیجه حاصل می‌شود که در تعارض اماره فراش با امارات قضایی، اماره قضایی که کاشفیتش از واقع قوی نیست، قدرت غلبه بر اماره فراش را ندارد و در عصر حاضر با وجود آزمایشهای ژنتیک که موجب قطع می‌گردد، جایی برای استدلال به نظر قائل که ظن آور است باقی نمی‌ماند؛ زیرا عقلاً با وجود طریقی قویتر، نباید به روشی ضعیفتر جهت نیل به مقصود تمسک جست.

در تعارض آزمایش دی‌ان‌ای به‌عنوان اماره‌ای قضایی با اماره فراش اختلاف نظر بسیار است؛ اما نظر صحیحتر، آن است که اماره فراش، مغلوب نتایج آزمایش دی‌ان‌ای می‌شود؛ زیرا اماره فراش هم‌چون سایر امارات، منبعث از عرف است و نمی‌توان جنبه تعبد به آن داد و روایت نبی اکرم ﷺ مبنی بر «الولد للفراش» صرفاً تأییدی بر این عرف بوده است، نه اینکه غرض شرع، تأسیس یک قاعده جدیدی باشد. دیدگاه حقوق ایران در این خصوص نیز تفوق آزمایشهای ژنتیک بر اماره فراش است.

با این استدلال که اولاً در قانون مدنی ایران، قانون‌گذار فراش را اماره دانسته و اماره، مبتنی بر ظن است و از طرفی امارات، ظن آور هستند، نه قطع آور و اگر دلیلی قطع آور ارائه شود، بر اماره فراش تفوق داشته و آن را کنار می‌زند.

ثانیاً بر اساس ماده ۱۳۲۳ قانون مدنی مقنن اثبات امارات را با دلایل دیگر ممکن دانسته و شق آخر ماده ۱۱۶۰ قانون مذکور صراحتاً اثبات خلاف اماره فراش را با قرائن قطعی، تجویز نموده، بنابراین صرفاً امارات قطعی، قدرت شکستن اماره فراش را دارند. در واقع، قانون‌گذار، فراش را از حیث کاشفیت از واقع بسیار قوی محسوب نموده به‌گونه‌ای که غلبه بر آن را محتاج قرائن قطعی دانسته است.

ثالثاً کشف حقیقت، یکی از اهداف اصلی قضاوت است. به طوری که ماده ۱۹۹ ق.آ.د.م به دادگاه الزام می‌کند برای کشف حقیقت هر نوع تحقیق یا اقدامی که لازم باشد، انجام دهد و در فرضی که آزمایشهای پزشکی علم آور موجب انکشاف واقع می‌گردد، نمی‌توان به آن بی‌توجه بود.

در حقوق مصر، مقرره‌ای که دلالت بر قابل نقض بودن اماره فراش با سایر امارات قطعی از جمله آزمایش دی‌ان‌ای، نماید، یافت نمی‌شود و الزاماً برای پی‌بردن نظر قانون‌گذار، باید به فقه حنفی که مورد تبعیت مقنن این کشور است، مراجعه نمود که بر اساس نظر فقهای مذهب مذکور نیز چنین اجازه‌ای داده نشده است؛ بنابراین، نظام حقوقی ایران در این زمینه جلوتر و پیشرفته‌تر از نظام حقوقی مصر است.

در تعارض فراش زوجیت با فراش زوجیتی دیگر در فقه امامیه و قانون مدنی ایران (ماده ۱۱۶۰) بر مبنای روایات وارده از معصومین فراش دوم و بر اساس نظر ابوحنیفه و مفهوم مخالف ماده ۱۵ قانون ۲۵ سال ۱۹۲۹ اصلاحی قانون ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ احوال شخصیه مصر

فراش اول مقدم می‌شود. تقدم فراش دوم بر اساس اصل تأخر حادث نیز نزدیکتر به صواب است.

فهرست منابع

- ابن بابويه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳ش.
- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی بالآثار*، بیروت، دارالجیل، بی تا.
- ابن عابدین، محمدا مین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، دمشق، دارالثقافه والتراث، ۱۳۷۹ق.
- ابن قیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، *الطرق الحکمیة فی السیاسة الشرعیة*، جده، مجمع الفقه الإسلامی، ۱۴۲۸ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
- ابویوسف، یعقوب بن ابراهیم، *اختلاف ابی حنیفه و ابن ابی لیلی*، دهلی، لجنه احیاء المعارف النعمانیة، ۱۴۱۵ق.
- آزدی، احمد بن محمد، *شرح معانی الآثار*، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۱۴ق.
- امامی، اسدالله؛ صفایی، سید حسین، *مختصر حقوق خانواده*، تهران، میزان، ۱۳۷۴ش.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامیه، ۱۳۷۹ش.
- انصاری، مرتضی بن محمدا مین، *کتاب مکاسب*، قم، دارالفکر، ۱۴۱۶ق.
- ایروانی، باقر، *دروس تمهیدیة فی الفقه الإستدلالی علی المذهب الجعفری*، قم، مؤسسه الفقه، ۱۳۸۴ش.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳ش.
- پيله، اعظم، «بررسی حجیت آزمایش دی ان ای (DNA) در نفی نسب»، *مجله حقوق خصوصی*، شماره ۱، ۱۳۹۲ش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. *مقدمه عمومی علم حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۳ش.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحیاء التراث، ۱۴۱۶ق.
- حلی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
- همو، *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، دمشق، دارالقلم، ۱۴۰۴ق.
- زبده، مسعود. *الترائن القضائیة*، الجزائر، موفم، ۲۰۰۱م.
- سبحانی، جعفر، *نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۶ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ق.
- شافعی، محمد بن ادريس، *الأم*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۳ق.

- شبیری زنجانی، موسی، کتاب نکاح، قم، مؤسسه پژوهشی رای پرداز، ۱۳۸۲ش.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسة المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ق.
- شبیانی، محمد بن حسن، الاصل، بیروت، دار ابن حزم، ۱۴۳۳ق.
- صادق نژاد، مجید، تعارض قاعده فراش و نتیجه آزمایش DNA، تهران، قوه قضائیه، ۱۳۹۵ش.
- طباطبایی، سید علی بن محمد علی، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالادلة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران، المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
- عامری، پرویز؛ یاسینی نیا، هاجر، «نقش دلایل ژنتیکی در دعاوی نفی نسب»، مجله فقه و حقوق خانواده، شماره ۶۲، ۱۳۹۴ش.
- عتکی بزار، احمد بن عمرو، البحر الزخار، مدینه، مكتبة العلوم والحکم، ۱۴۳۰ق.
- غنی زاده بافقی، مریم؛ غنی زاده بافقی، زهرا، «تحلیل جایگاه اماره فراش و آزمایش DNA در تعیین نسب»، مجله رأی، شماره ۲۲، ۱۳۹۷ش.
- فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ش.
- قرافی، احمد بن ادريس، الفروق، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۲۰ق.
- کاتوزیان، ناصر، اثبات و دلیل اثبات، تهران، میزان، ۱۳۹۲ش.
- همو، دوره حقوق مدنی خانواده، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳ش.
- همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۵ش.
- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی، بحار الأنوار، بیروت، دار إحياء التراث العربی، ۱۴۱۲ق.
- مرقس، سلیمان، اصول الإثبات و اجراءاته فی المواد المدنية فی القانون المصری مقارنا بتقنینات سائر البلاد العربیة، قاهره، المطبعة العالمية، ۱۹۵۳م.
- معاونت آموزش قوه قضائیه، رویه قضایی ایران در ارتباط با دادگاههای عمومی حقوقی، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ش.
- معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، سرایش، ۱۳۸۷ش.
- مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ق.
- نایب زاده، عباس، بررسی حقوقی روشهای نوین باروری مصنوعی، تهران، مجد، ۱۳۸۰ش.
- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۲۱ق.

- نراقي، احمد بن محمد مهدي، مستند الشيعة في احكام الشريعة، قم، مؤسسه آل البيت عليه السلام لاحياء التراث، ۱۴۱۵ق.