

بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب^۱

نایب یزدانی پور^۲

دانش آموخته‌ی حوزه علمیه خراسان رضوی، مشهد، ایران.

حمید درایتی

استاد حوزه علمیه خراسان رضوی، گروه فقه و اصول، مشهد، ایران.

رضا دانشور ثانی

استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی، گروه حقوق، مشهد، ایران.

چکیده

با توجه به اهمیت نسب در حفظ نظام خانواده و ثبات نسل‌ها، اهتمام شارع و قانون‌گذار همواره بر حفظ آن در سایه تقنین بوده است. از این رو در فقه امامیه و به تبع آن قانون مدنی برای اثبات نسب پدری که به دلیل پنهانی بودن منشأ آن به مراتب دشوارتر از نسب مادری است، دلایل متعددی مانند قاعده‌ی فراش، اقرار، شهادت و ... را تعیین کرده‌است و حتی در فرض نبودن دلایل قوی‌تر به لحاظ کشف واقع، قائل به قابلیت استناد به ضعیف‌ترین ادله هم چون قرعه است.

در این میان با توجه به عدم حصری بودن ادله‌ی اثبات نسب و نحوه‌ی عملکرد شارع در این حوزه، جایگاه روش‌های دقیق علمی چون DNA TYPING یا آزمایش DNA که از اهم کاربرد آن در علم ژنتیک، اثبات نسب و تعیین رابطه‌ی ابوت می‌باشد، قابل تأمل و بررسی است، لذا با توجه به نظریات فقهاء و حقوق‌دانان و استناد به ادله‌ی اصولی و فقهی از جمله حجیت قطع و علم عرفی، حجیت این آزمایش در اثبات نسب به لحاظ شرعی و قانونی قابل اثبات است.

واژگان کلیدی: نسب، DNA، اماره‌ی فراش، حجیت قطع، علم عرفی.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۲/۱۸؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۰۲/۱۷

۲. پست الکترونیک: nayeblamerd@gmail.com

مقدمه

بدن انسان بالغ بر ۱۰۰ تریلیون سلول دارد که نسخه‌های مشابهی شامل تمامی اطلاعات ژنتیکی فرد در تک‌تک آن‌ها وجود دارد، از طرفی با پیشرفت گسترده‌ی دانش ژنتیک و علوم آزمایشگاهی، امکان شناخت بیشتر ماده‌ی حیاتی سلول یعنی DNA و ساختار شکر ف آن، که در واقع یک بارکد طبیعی و منحصر به فرد حامل اطلاعات وراثتی افراد محسوب می‌شود، فراهم شده‌است تا آنجا که امروزه قابلیت استفاده از دستاوردهای مهندسی ژنتیک و متدهایی چون DNA TYPING یا انگشت‌نگاری ژنتیک در تشخیص هویت افراد، کشف حقایق باستان‌شناسی، تعیین جنسیت و به ویژه بررسی رابطه‌ی نسبی بین افراد به لحاظ کشف واقع امری مسلم و غیرقابل انکار است و مورد توجه و بعضاً پذیرش کشورهای بسیاری قرار گرفته‌است و حتی برخی وجهه‌ی قانونی به آن داده‌اند.

در قانون مدنی ایران راه‌های اثبات نسب بطور مشخص ذکر نشده، ولی با استفاده از مواد ۱۱۵۸ تا ۱۱۶۷ قانون مدنی در باب نسب و مبحث ادله‌ی اثبات دعوی و برخی مواد آیین دادرسی مدنی می‌توان آن‌ها را استنباط نمود؛ که عبارتند از: اماره‌ی فراش، اقرار، شهادت، امارات قضایی و تحقیق محلی. از طرفی کتب امامیه نیز باب جداگانه‌ای به این موضوع اختصاص داده‌است و غیر از اماره‌ی فراش که از اهم طرق اثبات نسب در فقه است و در باب نکاح با عنوان شرایط الحاق اولاد، مستقلاً به آن پرداخته‌شده، دیگر طرق اثبات نسب از جمله شهادت، اقرار و... را باید در سایر باب‌های فقهی جستجو نمود. با این اوصاف بدیهی است وجهه‌ی قانونی و شرعی بخشیدن به طرق جدیدی چون آزمایش DNA در مقوله‌ی اثبات نسب، نیازمند تفحص از مبانی اصولی و ادله‌ی استنادی در این دو منبع (قانون مدنی و فقه امامیه) است. چرا که با عنایت به پویایی فقه امامیه می‌توان مسائل مستحدث را پاسخگو بود. لذا مساله مورد نظر در تحقیق حاضر، بررسی جایگاه و حجیت این متدهای جدید در اثبات نسب به لحاظ فقهی و حقوقی است تا مشخص گردد آیا با عنایت به درجه‌ی قطعیت بالای این روش‌ها در تعیین رابطه‌ی ابوت و اثبات نسب از منظر ژنتیک، نسب شرعی را نیز بر مبنای آن می‌توان به اثبات رسانید یا خیر؟ تا ضمن بررسی محدوده‌ی کاربرد آن به لحاظ اصول قانونی و شرعی، در صورت سازگاری با مبانی، نظر قانون‌گذار و دادگاه‌ها را به این مساله جلب نماییم و زمینه‌ی تدوین قانون مناسب را فراهم آورده و گامی در جهت کارآمد کردن قانون برداریم.

مفهوم و ماهیت حقوقی نسب

نسب در لغت به معنای اصل، نژاد و خویشاوندی است و در اصطلاح حقوقی با توجه به کتاب هشتم قانون مدنی وابستگی خونی و حقوقی بین افراد را گویند (صفایی و امامی، ۱۳۹۰ش، ص ۲۲۶).

در خصوص ماهیت حقوقی نسب دو نظریه وجود دارد: برخی از حقوق دانان (حسینی، ۱۳۸۳ش، ص ۲۸) معتقدند، با توجه به این که ماهیت نسب از سوی قانون گذار و شارع تعریف نشده، به نظر می رسد قانون گذار در این مورد از عرف تبعیت کرده است؛ به عبارت دیگر معتقدند در مورد نسب به اصطلاح اصولی، حقیقت شرعی‌ای وجود ندارد (قربان نیا، ۱۳۸۲ش، ص ۱۲) و اگر مقنن اصطلاح دیگری غیر از معنای عرفی در نظر داشت منطق قانون گذار اقتضاء می کرد که معنی مورد نظر را بیان کند تا تاخیر بیان از زمان احتیاج لازم نیاید (علوی قزوینی، ۱۳۸۲ش، ص ۱۲) بر اساس این نظریه، نسب منشاء واقعی دارد در مقابل برخی از حقوق دانان (صفا، ۱۳۸۳ش، ص ۴۴) برای نسب حقیقت شرعیه قائل هستند؛ به عبارت دیگر معتقدند، نسب امری جعلی و قانونی است؛ به گونه‌ای که هر جا مقنن نسب را بپذیرد، تحقق می‌یابد، طرفداران این نظر، حکم به نفی نسب در مورد زنا داده‌اند و با ذکر مصادیقی از جعل نسب در شرع تلاش کرده‌اند نسب را ماهیتی جعلی و قانونی نشان دهند اما با دقت در مصادیق ذکر شده می‌توان خلاف آن را نتیجه گرفت، به عقیده‌ی بسیاری از فقهای امامیه رابطه‌ی نسبی میان زانی و طفل برقرار است و تنها توارث بنا به دلیل خاص بین آن‌ها منتفی است و به عقیده‌ی نگارنده نسب امری انتزاعی با منشاء واقعی است به عبارتی شارع در مورد زنا نسب را جعل نکرده بلکه نسب را هم‌چنان برقرار می‌داند چرا که بین نسب طفل حاصل از مشروع و طفلی که زن و مردی به طور نا مشروع او را ایجاد کرده‌اند، تفاوت گذارده و مفهوم این عمل ان است که شارع نسب را در حالت نامشروع هم برقرار می‌داند (قاسمی، ۱۳۸۵ش، ص ۲۴).

DNA

بررسی مولکول DNA که انگشت‌نگاری ژنتیک نیز نامیده می‌شود، برای نخستین بار در سال ۱۹۸۵م توسط دکتر الک جفرسون جهت استفاده در تشخیص هویت مطرح شد و پس از آن به شکل گسترده‌ای در تحقیقات قانونی مورد استفاده قرار گرفت (گودرزی، ۱۳۸۵ش، ص ۸۲). در حقیقت جفرسون مشخص کرد که در زنجیره‌ی DNA، هزاران توالی یکسان وجود دارد که طول، نوع باز و تعداد تکرار این توالی‌ها در هر فرد متفاوت و منحصر به فرد

است، بنابراین شناسایی و نشان دادن توالی نوکلئوتیدها در سلول اساس شناسایی DNA است (دیمايو، ۱۳۸۸ ش، ص ۴۶ و صناعی زاده، ۱۳۸۷ ش، ص ۱۹).

در واقع روش تعیین توالی اجزاء تشخیص‌دهنده مناطق تکرارشونده مبنای آزمایش DNA است که به آن DNATYPING هم گفته می‌شود. به عبارتی آزمایش DNA بر مبنای تعیین و مقایسه توالی‌های اجزاء تشکیل دهنده مناطق تکرارشونده از طریق روش‌های بررسی مولکولی از جمله، STR، RFLP و VNTR به تعیین رابطه‌ی ابوت بین افراد می‌پردازد. در واقع ملاک این بررسی، تشخیص تجانس بین پدر احتمالی و فرزند از طریق مقایسه تکرار توالی‌های بازها در DNA دو فرد است. لذا با تشخیص تجانس بین دو فرد (فرزند و پدر احتمالی و نیز در مقایسه DNA با مادر) می‌توان نسبت به وجود ابوت فرد ادعایی نظر داد. در حال حاضر برای شناسایی توالی‌های DNA افراد از دستگاه توالی‌یاب ABI استفاده می‌شود، در این دستگاه نمونه‌های DNA پس از انجام آزمایش PCR اولیه در لوله‌های الکتروفورز موینه حرکت کرده و با توجه به اندازه قطعات از هم تفکیک شده و به صورت گراف‌های کامپیوتری نمایش داده می‌شوند. به این ترتیب مارکرهای ژنتیکی در فرزندان و پدر و مادر فرضی اندازه گرفته شده و مقایسه می‌شوند. درصد خطای این آزمایش بسیار کم است و نسبت موفقیت آن را در تعیین ابوت ۹۹/۹۵٪ ذکر کرده‌اند (نحوی، ۱۳۸۶ ش، ص ۷۴؛ عبدالرشید، ۴۲۵ ق، ص ۹۶). لازم به توضیح است در هر یک از راه‌های بررسی مولکول DNA همواره مواردی از اثبات یا رد ابوت وجود دارد که نتیجه ۱۰۰٪ را به دنبال دارد، با این حال نتایج این آزمایش در بسیاری موارد به ۱۰۰٪ نمی‌رسد؛ علت این است که برای رسیدن به یک نتیجه ۱۰۰٪ لازم است کل مردان جهان مورد آزمایش قرار گیرند تا با تکمیل جامعه آماری بتوان به نتیجه‌ی یقینی دست یافت؛ با این حال، وجود احتمال بالاتر از ۹۹٪ بیانگر آن است که امکان وجود رابطه‌ی بین کودک مورد نظر و شخص دیگری غیر از پدر احتمالی با این مقدار تقریب ژنتیکی تقریباً محال است، به عبارتی معمولاً جامعه آماری مورد بررسی بر مبنای افراد مورد نظر احتمالی محدود است و در واقع نسبت شباهت DNA کودک با فرد احتمالی مورد بررسی نسبت به سایر افراد مدعی که محدود می‌باشند ۱۰۰٪ است، هر چند در مقایسه با کل افراد جهان (احتمال اینکه DNA فردی در کل جهان به کودک مورد نظر شباهت داشته باشد و بین آنها رابطه وجود داشته‌باشد) درصدی از آن بعنوان یک احتمال کاسته می‌گردد؛ بنابراین بلحاظ ژنتیکی این میزان تقریب ۹۹٪ عملاً به مفهوم اثبات نسب است و خطای آن خللی به قابل اطمینان بودن آزمایش وارد نمی‌کند و اساساً به لحاظ ژنتیکی خطا محسوب نمی‌شود (توفیقی، ۱۳۷۹ ش، ص ۳۱). لذا

می‌توان گفت آزمایش DNA بعنوان یک دلیل قاطع می‌تواند نسب پدری را به اثبات رساند (صناعی زاده، ۱۳۸۷ش، ص ۴۴).

نظریات فقهاء و حقوق‌دانان پیرامون حجیت آزمایش DNA در اثبات نسب

فقه‌های متقدم معترض روش‌های جدیدی چون DNA در اثبات نسب نشده‌اند، اما به عنوان نظرات فقه‌های معاصر، بر مبنای استفتائاتی که مرکز تحقیقات فقهی در موارد مشابه از مراجع تقلید انجام داده‌است، می‌توان نظرات فقهاء را به دو دسته تقسیم نمود:

دسته اول که نظر اکثر مراجع در این موضوع است. معتقدند این آزمایشات دقیق علمی، در اثبات نسب و به عنوان مستند و دلیل، حجیت شرعی ندارند مگر زمانی که موجب حصول علم برای قاضی گردند. در مقابل، برخی از مراجع (دسته دوم) هستند که این آزمایشات را مطلقاً فاقد اعتبار شمرده‌اند. بنابراین با توجه به نظرات مراجع می‌توان گفت که این آزمایش نمی‌تواند بعنوان دلیل شرعی در اثبات نسب طفل تلقی گردد، مگر اینکه برای قاضی علم یا اطمینان و یا ظن قوی به وجود نسبت ایجاد کند و در این صورت قاضی می‌تواند بر مبنای علم و یا اطمینان و ظن قوی حکم نماید (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه، ۱۳۸۸ش، ص ۸۵). به عبارت دیگر، دلیل اصلی فقهاء برای پذیرش این مساله در اثبات نسب، ایجاد علم قطعی و یا علم موجب اطمینان است.

لازم به ذکر است، علاوه بر مراجع برخی از فقه‌های معاصر بیان کرده‌اند: «اگر از نظر طب قطعاً یا به گونه‌ای که موجب اطمینان شود، دلالت DNA بر ابوت و بنوت ثابت شود، آن را مطلقاً چه در اثبات و چه در نفی نسب می‌پذیریم.» (المحسینی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۲۱).

نکته جالب توجه این است که محققین اهل سنت در کشورهای عربی در کتب و مقالات بسیاری به این موضوع پرداخته‌اند و فقه‌های عامه معاصر متعرض این بحث شده‌اند و بعضاً آزمایشات ژنتیک (DNA) را به عنوان ادله‌ی شرعی در اثبات نسب بطور مطلق و برخی به شکل محدود پذیرفته‌اند. (بورقعه، ۱۴۲۲ق، ص ۹۵) و حتی مجمع فقهی در مکه استفاده از DNA در اثبات نسب را در مواردی صریحاً مجاز شمرده‌است. (عبدالرشید، ۱۴۲۵ق، ص ۳۳) اکثر حقوق‌دانان نیز در ذیل بحث سایر ادله‌ی اثبات نسب، با تأکید بر منحصر نبودن ادله‌ی اثبات نسب به اماره‌ی فراش با استناد به مواد ۱۳۲۲ و ۱۳۲۳ قانون مدنی و توجه به خلاف پذیر بودن اماره‌ی فراش، به ادله‌ی دیگر مانند آزمایشات پزشکی اشاره کرده‌اند. (امامی، ۱۳۴۹ش، ج ۶، ص ۲۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸ش، ج ۲، ص ۹۳) ولی متعرض چگونگی و ماهیت این دلیل و در نتیجه نقش آن در اثبات نسب نشده‌اند. برخی نیز به رغم اینکه اسمی از آزمایش

DNA نیاورده‌اند، آزمایش خون را که میزان احتمال آن به اثبات نسب به پزشکی بسیار کمتر از آزمایش ژنتیکی است، بعنوان جزئی از اماره‌ی قضایی مورد توجه قاضی قرار داده‌اند. (صفایی و امامی، ۱۳۸۴ش، ص ۲۴). در مواردی نیز این گونه آزمایشات نوعی کارشناسی محسوب شده که تشخیص ارزش آن مانند گواهی بر طبق مواد ۲۴۱ و ۲۴۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی با قاضی است و آن را طریقی برای حصول علم قاضی شمرده‌اند. (معاونت آموزش قوه قضائیه، ۱۳۸۷ش، ص ۸۵) طی استعلامی که از اداره حقوقی قوه قضائیه در تاریخ ۱۳۷۸/۰۱/۲۴ش به شماره ۱۱۸/۲/ پیرامون این سؤال که «در صورت عدم وجود بینه یا اقرار و انجام آزمایش DNA آیا نظر پزشکی قانونی لحوق یا عدم لحوق نوزاد به متهم (به ارتکاب زنا) حجیت دارد؟»

اداره کل حقوقی قوه قضائیه عمل به این آزمایشات را جهت اثبات نسب مشروط بیان کرده و به عبارتی اقناع قاضی را از جهت علم، شرط پذیرش آن مطرح نموده‌است. مستنبط از کلام مراجع و فقهاء می‌توان گفت مستند اصولی آنها در پذیرش این طریق، ایجاد علم قطعی و یا علم موجب اطمینان است. در واقع با توجه به درجه‌ی بالای قطعیت این آزمایش در اثبات حجیت آن به دو دلیل عمده‌ی حجیت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قطعی بر مبنای حجیت قطع و علم عرفی، استناد نمود:

حجیت آزمایش DNA به عنوان یک دلیل قطعی بر مبنای حجیت قطع

درفرض قطعیت ۱۰۰٪ این آزمایش جهت اثبات حجیت آن به لحاظ شرعی می‌توان به حجیت ذاتی قطع تمسک نمود؛ در مباحث اصولی، ذیل مبحث قطع، اصولیون ضمن تعریف قطع، حجیت آن را ذاتی شمرده و به موجب عقل لزوم متابعت از آن را نتیجه گرفته‌اند. قطع حالتی نفسانی است که در آن حالت چیزی برای شخص معلوم است و در مقابل ظن و شک به کار می‌رود و احتمال اینکه در آن مورد به خصوص خطا کرده باشد نزد او منتفی است (امامی، ۱۳۸۱ش، ج ۶، ص ۱۳۲). در جای دیگر نیز اشاره شده؛ معنای قطع به چیزی از راه عقلی، آن است که احتمال خلاف آن صفر باشد (محمدی، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ص ۲۲۰). البته نکته حائز اهمیت آن است که قطع حاصل از آزمایش DNA صرف اعتقاد جازم شخصی نیست و مطابقت آن با واقع نه تنها برای قاضی، بلکه برای همه قابل اثبات است و به عبارتی با اطمینان بیشتری می‌توان آن را شامل قطع اصولی دانست. در علم اصول به تفصیل پیرامون حجیت ذاتی علم یا قطع بحث شده‌است؛ مبنی بر اینکه برخی امور طریقتشان به سواى واقع از طرف شارع جعل شده‌است و به عبارتی شارع آنها را طریق به واقع و به منزله

علم قرار داده است، از جمله ظنون معتبر ولی قطع، طریقتش به سوی واقع ذاتی است (همان، ص ۲۲۱). بنابراین جعل و اثبات حجیت و طریقت برای قطع، از محالات است و بالطبع سلب حجیت از قطع و ردع و منع شارع از موافقت قطع نیز محال است، چون در این صورت مستلزم تناقض خواهد بود. (همان، ص ۲۳۴) (انصاری، ۱۴۲۷م، ص ۸۰؛ عباسی، ۱۳۸۶ش، ج ۱، ص ۲۵ و صابری، ۱۳۸۱ش، ص ۸۷). البته برخی فقها حجیت شرعی به سبب وجود کاشفیت علم را رد کرده‌اند و اذعان داشته‌اند؛ اساساً کاشفیت اگر در علم مساوی باشد، امری تکوینی است و با حجیت که امری اعتباری و موکول به جعل شارع است سازگار نیست (خمینی، ۱۳۸۲ش، ج ۲، ص ۳۸). در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت وجوب متابعت از قطع یک وجوب عقلی است و به عبارتی از احکام عقلائییه می‌باشد که آراء عقلا بر آن است و در واقع حجیت آن از عقل سرچشمه می‌گیرد که یکی از منابع تشریح حکم است و چنانچه برخی فقها بیان کرده‌اند؛ احکام شریعت و متون آن با احکام عقلی بلحاظ ثبوتی مخالفت نمی‌کند و اگر اثباتاً فرض شود، تاویل نصوص برای پرهیز از بطلان واجب است (المحسینی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۸۹). حتی با فرض قبول این نظر که حجیت ذاتی قطع در ثبوت حکم کفایت نمی‌کند و نیازمند جعل شارع است، می‌توان گفت آیا عدم ردع شارع نیز کفایت نمی‌کند؟ به عبارتی هر جا که شارع قطع را برای ثبوت حکم نپذیرد یا باید تصریح کند و یا اصل را بر موضوعیت ادله بگذارد، چنانچه در اثبات جرائم حدی از جمله زنا، علم برای مجازات کافی نیست و جرم جزء به طریقی که شارع تعیین نموده، اثبات نمی‌گردد. در حالی که ادله‌ی اثبات نسب طریقتی دارند نه موضوعیت، به عبارتی شارع به دنبال حفظ نسب است و در این مسیر از ضعیف‌ترین ادله از جمله قرعه کمک گرفته‌است و ادله‌ی دیگر نیز هم‌چون اماره‌ی فراش، اقرار، شهادت و... ظنی هستند و حتی در کلام فقهاء نیز اذعان شده که در برخورد با دلیل قطعی و یقین تاب مقاومت ندارند، بنابراین اگر شارع سایر ادله را توقیفی می‌دانست و موضوعیت می‌داد، صریحاً راه را بر ادله‌ی قطعی خلاف آن می‌بست هم چون بحث نفی نسب که به صراحت در صورت کامل بودن قاعده‌ی فراش راه را بر اثبات خلاف آن ولو با علم بسته است، لذا عدم ردع شارع در این مساله برای پذیرش حجیت شرعی قطع در تعیین نسب کفایت می‌کند.

استناد به علم عرفی

میزان قطعیت آزمایش DNA در تعیین نسب همواره ۱۰۰٪ نیست؛ چنانچه نظرات متخصصین ژنتیک و علوم آزمایشگاهی را در این باره بررسی کردیم، برخی میزان قطعی

بودن این آزمایش را ۹۹/۹۵٪ دانسته اند هرچند این میزان خطا در علم ژنتیک تقریباً نادیده گرفته می‌شود و خدشه‌ای به قابلیت اثباتی این آزمایش وارد نمی‌سازد، در این فرض برای تأیید حجیت آن در فقه می‌توان به علم عرفی استناد نمود. علم عادی (عرفی)، علمی است که اغلب مردم و متعارف اعضای جامعه وقتی به آن دست یافتند به احتمال خلاف آن توجه نمی‌کنند.

هر چند احتمال خلاف آن عقلاً امکان‌پذیر باشد و اگرچه اقلیتی از مردم به آن احتمال خلاف عمل می‌کنند، چرا که علم عادی موجب سکون و اطمینان می‌شود (محمودی، ۱۳۸۸ش، ج ۱، ص ۲۳۸). در حقیقت مردم علم عرفی را کشف از واقع می‌دانند (خورسندیان، ۱۳۸۳ش، ص ۶۵؛ نجفی، ۱۳۶۶ش، ج ۴۰، ص ۵۳؛ دهقانی، ۱۳۸۴ش، ص ۶۱). اساساً علمی که در حقوق و شرعیات وسیله‌ی حل مشکلات و مسائل است، علم عادی و متعارف است (خورسندیان، ۱۳۸۳ش، ص ۸۰؛ دهقانی، ۱۳۸۴ش، ص ۴۵؛ خمینی، ۱۳۸۲ش، ج ۲، ص ۵). بدیهی است کشف واقع به لحاظ قطعی بودن در مرتبه‌ی بالاتر قرار دارد و حکم مطابق با آن منظور شارع است و دستیابی به آن بسیار مشکل است، اما علم عادی بدین جهت، حجیت دارد که موجب سکون و اطمینان نفس می‌شود. (دهقانی، ۱۳۸۴ش، ص ۷۳) هم‌چنان که شیخ طوسی در تعریف علم بیان داشته‌اند: «حد العلم ما اقتضی سکون النفس» علم چیزی است که موجب آرامش نفس می‌شود. از تعریف ایشان برمی‌آید که شیخ علم را علم عرفی معنا کرده‌اند، نه علم به معنای دقیق فلسفی، چرا که اساساً فقیه با علم عرفی به معنای اطمینان سروکار دارد نه علم به معنای اثبات یک طرف با منع نقیض آن به گونه‌ای که هیچ احتمالی خلافی را نتوان داد (خمینی، ۱۳۸۴ش، ج ۲، ص ۱۴).

فقهاء ملاک حجیت علم عرفی یا اطمینانی را بنای عقلاء دانسته‌اند (آملی، ۱۳۸۵ش، ج ۱، ص ۹۳؛ لنکرانی، ۱۴۲۱م، ج ۱، ص ۱۰۸). و آن را حجتی عقلایی دانسته‌اند که شارع آن را ردع نکرده است. (المحسنی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۱۱). البته برخی (موسویان، ۱۳۸۴ش، ص ۷۵؛ انصاری، ۱۴۲۷، ص ۱۲۴) در حجیت علم عرفی مناقشه کرده‌اند و اذعان داشته‌اند اگر دلیل حجیت علم، شامل اطمینان عرفی نیز باشد باید در حصول اطمینان به شهادت با دو نفر شاهد عادل در مورد زنا اکتفا می‌شد، در حالی که با وجود حصول علم و اطمینان عرفی، به آن عمل نمی‌شود و باید لزوماً چهار شاهد بر آن شهادت دهند. در پاسخ به استدلال فوق بر بحث موضوعیت داشتن ادله اثبات دعوا در برخی موارد مانند شهادت بر زنا بنا به تصریح شارع، با عنایت به ملاک حجیت علم عرفی یعنی سیره‌ی عقلا و با توجه به اینکه ملاک حجیت قطع و علم وجدانی مدرکات عقلی است و مبنای حجیت علم عادی

سیره‌ی عقلا، می‌توان گفت، رهیافت‌های عقلی هیچ‌گاه تخصیص پذیر نیستند زیرا تا زمانی که موضوع حکم عقل با همه ویژگیهای آن حاصل باشد، حکم نیز ثابت است و چون موضوع از میان برود حکم نیز زوال می‌یابد. اما برعکس سیره‌های عقلایی گرچه اطمینان آورند، باز در معرض تخصیص قرار دارند. برای مثال اگر قاعده‌ی ید را یکی از امارات عقلایی به شمار آوریم و ملاک حجیت آن را سیره‌ی عقلاین سیره در معرض تخصیص است. از جمله آن جا که دلایل شرعی در موارد شهادت جرائم جنسی چون زنا و لواط تخصیص یافته است، اما شهادت دو نفر در این موارد کفایت نمی‌کند. (فخعلی، ۱۳۸۹ش، ص ۳۶) و چنانچه برخی فقهاء بیان داشته‌اند، نهادهای عقلایی به مثابه تأسیسات شرعی تخصیص پذیرند. (بجنوردی، ۱۴۲۶ق، ج ۴، ص ۱۴۵) بنابراین براساس حجیت علم عرفی با توجه به مبنای عقلاء بر پذیرش و اطمینان به آن، در فرض عدم قطعیت ۱۰۰٪ آزمایش DNA یعنی با قطعیت ۹۷ یا ۹۸٪ نیز می‌توان حجیت آن را در اثبات نسب پذیرفت. لذا به گفته برخی فقهای معاصر. (المحسنی ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۱۵۶) که به صراحت در این مورد نظر داده‌اند؛ حجیت این آزمایش از جهت قطعی بودن (۱۰۰٪) یا موجب اطمینان نفس شدن (مثلاً ۹۸٪) تفاوتی نمی‌کند، چرا که حجیت اولی حجیت عقلی و دومی حجیتش عقلایی است که از جانب شرع منع و ردع نشده است، بدین معنا که در هر دو صورت می‌توان ارزش اثباتی آن را به لحاظ کشف واقع و اثبات رابطه‌ی نسبی (ابوت و بنوت) پذیرفت.

البته مسأله دیگری باقی می‌ماند مبنی بر این که وقتی به طور قطعی رابطه‌ی ابوت و نبوت فرد با استفاده از آزمایش DNA تعیین شد آیا این نسب طبیعی اثبات شده بامعنای شرعی آن سازگاری دارد خصوصاً اینکه بسیاری مبنا را در نسب مشروع، علقه حاصل از ازدواج شرعی دانسته‌اند و تصریح کرده‌اند که فرزند به زانی و زانیه ملحق نمی‌گردد. در پاسخ با توجه به ماهیت حقوقی نسب می‌توان گفت اساساً نسب حقیقت شرعیه نیست که مستلزم جعل شارع باشد، بلکه حقیقتی عرفی است که آثار شرعی بر آن مترتب است و اگر هم فقهای امامیه و به تبع آن قانون مدنی، حرف از عدم الحاق طفل ایجاد شده از طریق زنازاده است، به معنی لغو و انتفاء نسب نیست، بلکه از تأسیس جدیدی به نام الحاق کمک گرفته و با توجه به مصالح و جلوگیری از شیوع این گونه روابط نامشروع، ولد زنا را از برخی آثار مترتب بر نسب محروم نموده است. با این توضیحات حتی اگر آزمایش DNA نسب طبیعی فرد را که حاصل از نکاح مشروع نبوده اثبات نماید، در حقیقت نسب به معنای حقیقت عرفی آن را که مبنای شارع می‌باشد، اثبات نموده است و در موارد شک در وجود مانع (زنا) برای اختصاص احکام ارث، بنا به گفته برخی حقوق دانان می‌توان عدم زنا را از استصحاب

نمود و آثار را بر آن مترتب کرد. به عبارت دیگر اگر ثابت شود که این نسب تعیین شده از طریق آزمایش DNA، ناشی از روابط نامشروع بوده است، نمی‌توان با استناد به بحث عدم الحاق ولد به زانی و استحکام قاعده‌ی فراش در مقابل نسب نامشروع، آن را کنار زد و هم-چنان نسب ناشی از فراش را جاری دانست، چون اساساً اماره‌ی فراش برای بیان حکم واقعی تبیین نشده، بلکه جعل آن از باب غلبه‌ی فراش بر زنا و در فرض شک است(همان، ص ۱۱۹).

نتیجه

چنانکه بررسی نمودیم، میزان قطعیت DNA TYPING یا انگشت نگاری ژنتیک (یا به عبارتی همان آزمایش DNA) را با توجه به متدهای جدید بررسی مولکول DNA (STR) و دستگاه ABI برخی ۹۹٪ و عده‌ای نیز در صورت اجرای کامل آزمایش و استفاده از مارکرهای ژنتیکی بیشتر جهت مقایسه تکرار توالی بازهای افراد در DNA آنها، ۱۰۰٪ دانسته‌اند. در رابطه با ارزش شرعی و حجیت این طریق در اثبات نسب، چنانچه نظرات فقهاء را پیرامون مساله بررسی نمودیم، به رغم متعرض نشدن فقهای متقدم به آن با توجه به مستحدث بودن موضوع، فقهای معاصر از جمله مراجع تقلید طی استفتائاتی که از آنان بعمل آمده، اکثراً پذیرش نتایج این آزمایش را به عنوان دلیل شرعی در تعیین نسب نپذیرفته‌اند، مگر در صورت علم آوری و ایجاد علم برای قاضی در چینش منطقی بحث، برای اثبات حجیت این طریق ضمن استفاده از نظرات این فقها و مستند آنها (علم آوری این طریق برای قاضی) به اثبات عدم انحصار ادله‌ی اثبات و توجه دادن به طریقت این ادله پرداختیم. بنابراین با توجه به این مقدمات و استناد به حجیت ذاتی قطع در اصول (در فرض نتیجه ۱۰۰٪ آزمایش) و حجیت علم عرفی (در صورت ۱۰۰٪ نبودن نتیجه و با فرض خطای بسیار پایین) بر مبنای سیره‌ی عقلا، قائل به حجیت نتایج این آزمایش در تعیین نسب(رابطه‌ی ابوت) و کاربرد آن در این مقوله به لحاظ حقوقی و شرعی هستیم. به عبارتی دیگر معتقدیم با توجه به ماهیت حقوقی نسب نزد شارع و پیروی از حقیقت عرفی آن، مبنی بر رابطه‌ی انتزاعی حاصل از یک امر تکوینی (تولد طفل از نطفه پدر و مادر)، این آزمایش افزودن بر نسبت طبیعی می‌تواند نسب شرعی را نیز به اثبات رساند و در فرض تعارض نتایج آن با سایر ادله از جمله اماره‌ی فراش، با توجه به علم آوری و کاشف از واقع بودن آن(آزمایش DNA) از سویی و ظنی بودن اماره‌ی فراش و سایر ادله و طریقت آنها در کشف واقع از سوی دیگر، نتایج این آزمایش را مقدم می‌دانیم، چرا که اماره تاب مقاومت در برابر علم به

واقع را ندارد و با کشف واقع وجهی برای تشریح اماره باقی نمی‌ماند. بدیهی است انجام این روش آزمایشگاهی به دست متخصصین و کارشناسان علوم آزمایشگاهی و ژنتیک صورت می‌گیرد و قاضی ذیل عنوان نظر کارشناس (با توجه به حجیت نظر اهل خبره و کارشناس از باب حجیت علم عرفی و بنای عقلا) می‌تواند نتیجه این آزمایش را در پرونده‌های مربوط به اثبات نسب مورد استناد قرار دهد. البته آنچه مدنظر است، ذکر این مطلب می‌باشد که گذشته از ادله‌ی کارشناسی (که در آیین دادرسی مدنی آمده)، با توجه به نتایج قطعی و علم آور این آزمایش برای قاضی و عموم افراد و روش خاص آن که قاعدتاً دایره شمول کمتری نسبت به کارشناسی را در بر می‌گیرد و با توجه به پذیرش آن در محاکم دادگاه‌ها و باز شدن جایگاه آن در قوانین کشورهای دیگر و از طرفی باز شدن تدریجی سایه‌های پذیرش عموم نسبت به نتایج این آزمایش و اعتماد به آن، به نظر می‌رسد قانون‌گذار با ارجاع به نتایج این آزمایشات جهت اثبات نسب و در واقع تأسیس یک جایگاه قانونی برای آن می‌تواند گام مهمی در راستای باز کردن گره‌های تعیین رابطه‌ی ابوت و کشف واقع بردارد.

فلذا با توجه به اینکه فناوری نوین انگشت‌نگاری ژنتیکی به سادگی توسط متخصصین علم ژنتیک در کشور ما قابل اجراء و در دسترس بوده و بر این اساس مقدمه‌ی تهیه بانک اطلاعات ژنتیکی و همچنین صدور کارت شناسایی مخصوص که همه اطلاعات هویت ژنی افراد در آن درج شود، در دست تهیه است. جایگاه حقوقی این اطلاعات در نظام ادله‌ی اثبات دعوا در فقه و حقوق ایران را با توجه به تمام تحقیقات انجام شده در این زمینه می‌توان بدین ترتیب دسته‌بندی و ارائه کرد:

۱- در صورتی که انگشت‌نگاری ژنتیکی اطمینان‌آور باشد، بدون تفاوت در اثبات یا نفی نسب معتبر خواهد بود. با این حال توجه و رعایت سه نکته برای استفاده از این آزمایشات ضروری بنظر می‌رسد؛ اول اینکه، اعتماد به نتیجه تشخیص هویت ژنتیکی برای صدور حکم باید پس از اثبات نبود یک دوقلوی همسان برای شخص مورد نظر باشد؛ دوم دقت شود که آزمایشات به گونه‌ای انجام شده باشند که کمترین اشتباه و خلاف در آن متصور باشد؛ سوم بهتر است این نتایج همراه با شواهد دیگر مستند حکم باشد.

۲- می‌توان انگشت‌نگاری ژنتیکی را در دعاوی حقوقی اثبات نسب بدون هیچ محذوری بعنوان اماره‌ی قضایی برای اثبات مدعا مورد استناد قرار داد و در دعاوی کیفری حتی دعاوی زنا، لواط، تفخیز و مساحقه با رویکرد قانون مجازات اسلامی، بعنوان مصدق‌ی از علم قاضی با رجوع به کارشناس مستند حکم نمود.

۳- همچنین در صورتی که نتیجه آزمایش‌های ژنتیکی مخالف با اماره‌ی فراش باشد، در صورت اطمینان‌آور بودن نتایج این آزمایش‌ها باید ملتزم شد، شبهه‌ای در نفی ولد از صاحب فراش باقی نمی‌ماند. همان‌طور که در صورت تعارض میان دلایلی مانند اقرار، بینه و شهادت با آزمایش‌های ژنتیکی در امور مدنی اگر احتمال مخالفت با واقع در این آزمایش‌ها را پایین‌تر از احتمال خلاف واقع بودن سایر ادله دانست، ادله‌ی دیگر تاب مقاومت در برابر نتایج این آزمایش‌ها را نخواهد داشت و در امور کیفری چون این آزمایش‌ها را تحت عنوان علم قاضی قرار داده‌است، قاضی می‌تواند با ذکر مستند کارشناسی و رد ادله‌ی دیگر به این آزمایش‌ها تمسک کند. و در اثبات نسب توسط انگشت‌نگاری ژنتیکی ملازمه‌ای با زنا نداشته و جرمی در این زمینه ثابت نمی‌کند.

منابع

- امامی، حسن، حقوق مدنی (ادله اثبات دعوا)، ج ۱۰، تهران، انتشارات اسلامیه، ۱۳۸۲ ش، ج ۶.
- امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه، بی‌چا، تهران، بی‌نا، ۱۳۷۸ ش.
- آملی، محمدتقی، قواعد الاصول، ج ۷، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۵ ش، ج ۱.
- انصاری، ولی‌الله، کشف علمی جرایم، بی‌چا، تهران، سمت، ۱۳۸۰ ش.
- ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، بی‌چا، قم، نصایح، ۱۳۹۲ ش، ج ۱.
- اشعیت، رولن دی، راهنمای مهندسی ژنتیک و بیوتکنولوژی، مترجم وطن خواه دولت سرا، جعفر، بی‌چا، تهران، بی‌نا، ۱۳۸۶ ش.
- انصاری، مرتضی، فوائد الاصول، بی‌چا، تهران، اسماعیلیان، ۱۳۸۲ ش.
- اویسی، افروز، مرتضوی زاده، محمدرضا، ارجمند، مهدی، شیخها، محمدحسن، «بررسی و مقایسه روشهای استخراج DNA از نمونه خون و اسلایدهای مغز استخوان و خون محیطی» مجله دانشگاه علوم پزشکی و خدمات بهداشتی - درمانی، دوره ۱۷، ش ۳، ۱۳۸۸ ش.
- المحسنی، محمد آصف، الفقه و المسائل الطبیه، بی‌چا، قم، بوستان کتاب، ۱۴۱۴ ق، ج ۲.
- بورقعه، سفیان بن عمر، النسب و تأثیر المستجدات العلمیه فی اثباته، الرياض، بی‌چا، دار کنوز اشبیلیا، ۱۴۲۸ ق.
- بجنوردی، میرزا محمد حسن، قواعد الفقه، ج ۲، قم، دلیل ما، ۱۳۸۲ ش، ج ۴.
- بی بی ترور، برک جولیان، ساختار ژن و رونویسی، مترجمین الهی، الله، عمادی، سعید، قربانی، نظام آذین، بی‌چا، تهران، دانشگاه صنعتی شریف، ۱۳۸۵ ش.
- پیتر دی، ترن نی، سیان الارده، اصول ژنتیک، مترجم نوری دلویی، محمدرضا، بی‌چا، تهران، جامعه نگر، ۱۳۸۶ ش.

- توفیقی، حسن و سایرین «کارایی *DNA TYPING* بعنوان روش قطعی در تعیین رابطه نسبیت» مجله علمی پزشکی قانونی، سال ۵، ش ۱۸.
- تدین، عباس، «جایگاه کارشناسی و ادله بیوتکنولوژی در دادرسی های کیفری» مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۳، ش ۶۸، زمستان ۱۳۸۸ ش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلامی، بی چا، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش، ج ۳.
- جعفری، امین، تشخیص هویت ژنتیکی در پرتو علوم جنایی، بی چا، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، بی چا، قم، موسسه مطبوعات دار العلم، ۱۳۸۱ ش، ج ۲.
- دبیری، حبیب الله، *انقلاب ژنتیک*، بی چا، تهران، فن و هنر، ۱۳۷۷ ش.
- دیانی، عبدالرسول، *حقوق خانواده*، بی چا، تهران، میزان، ۱۳۸۷ ش.
- دهقانی منشاوی، مجید، *علم قاضی در رابطه آن با سایر ادله اثبات دعوا*، تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۳۸۴ ش.
- سجادیان، عبدالله، «کاربرد بیومولکول *DNA* در پرونده های قضایی» سال ۴، دوره ۲، ش ۱۳، ۱۳۸۹ ش.
- شریفی، ساناز، خورشیدی، مزگان، مهذب، آرش، *آزمایشهای ژنتیک و ادله اثبات دعوا*، بی چا، تهران، پژوهشگاه ابن سینا، ۱۳۸۹ ش.
- صابری، حسین، *عقل و استنباط فقهی*، بی چا، مشهد، بنیاد پژوهش های آستان قدس، ۱۳۸۱ ش.
- صفایی، حسین، امامی، اسدالله، *مختصر حقوق خانواده*، ج ۹، تهران، میزان، ۱۳۸۴ ش.
- صیوری، علیرضا، یادگاری، حمیده، «مقایسه کارایی گروههای اصلی و فرعی خونی یا *DNA TYPING* در رد رابطه پدر فرزندی» مجله علمی پزشکی قانونی، دوره ۱۳، ش ۱.
- ضمیری، محمد رضا، *دانشنامه اصولیان شیعه*، بی چا، قم، بوستان، ۱۳۸۴ ش، ج ۱.
- طلیعه علیا، زهرا، «تشخیص هویت ژنی» تعالی حقوق، ش ۶، ۱۳۸۹ ش.
- عبدالرشید، محمد امین قاسم، «البصمه الوارثیه و حجیتها»، مجله العدل، ش ۲۳.
- عباسی، محمد مسعود، ترجمه و شرح کفایه الاصول، بی چا، قم، دارالفکر، ۱۳۸۶ ش، ج ۲.
- علوی قزوینی، علی، *آثار حقوقی تلقیح مصنوعی انسان*، مجموعه مقالات و روش های نوین تولید مثل از دیدگاه فقه و حقوق، بی چا، تهران، ابن سینا و سمت، ۱۳۸۲ ش، ج ۲.
- فاضل لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، بی چا، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار، ۱۴۲۱ ق، ج ۱.
- فخعلی، محمدتقی، «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل» مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، سال ۴۲، ش ۸۴/۱، ۱۳۸۹ ش.
- فلغلی، الهه، سلیمی، شهره، رستگارنسب، غلامحسین، «روش کار بر روی استخراج *DNA* از خون انسان» دوره ۲۴، ش ۲، ۱۳۹۰ ش.

قاسمی، عباس، بررسی نسب طبیعی در حقوق ایران، قم، پایان نامه کارشناسی ارشد دانشگاه قم، ۱۳۸۵ش.

کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، بی‌چا، تهران، برنا، ۱۳۷۸ش، ج کاتوزیان، ناصر، «کاربرد تجزیه DNA در تعیین ابویت»، مجله علمی پزشکی قانونی، سال اول، ش ۱، تهران، ۱۳۷۳ش.

گویلی کیلانه، احمد، طرق اثبات نسب در فقه شافعی و حقوق مدنی ایران، تهران، دانشگاه تهران، پایان نامه کارشناسی ارشد، ۱۳۸۷ش.

معاونت آموزش و تحقیقات فقه قضائیه، مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی، بی‌چا، تهران، جنگل، ۱۳۸۸ش، ج ۳.

محمدی، علی، شرح رسائل، ج ۷، قم، دارالفکر، ۱۳۸۸ش، ج ۱.

_____ شرح اصول الفقه، بی‌چا، قم، دارالفکر، ۱۳۸۰ش.

موسویان، ابوالفضل، قلمرو حجیت علم قاضی در فقه، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۷۷.

میرهاشمی، زهراسادات، «جایگاه انگشت نگاری زنتیکی در ادله اثبات دعوی حوزه زنان در فقه و حقوق ایران»، سال ۱۵، ش ۵۷، ۱۳۹۱ش.

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۲، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۶۶ش، ج ۴۰.