



شیوه‌های جدید باروری و اماره‌ی فراش، مطالعه‌ی تطبیقی در سیستم حقوقی ایران، مصر و انگلیس

*مehشید سادات طبایی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۱۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۱۰

چکیده

از قدیم‌الایام هرگاه طفلی در قلمرو خانو ایران و مصر به «اماره‌ی فراش» مشهور و به عنوان یکی از ساده‌ترین و مهم‌ترین ادله‌ی اثبات نسب اده به دنیا می‌آمد، شوهر زنی که فرزند را به دنیا می‌آورد، پدر فرض می‌گردید. این فرض قانونی در حقوق انگلیس به «اماره‌ی مشروعیت» یا «فرض والدیت» و در حقوق در طول تاریخ مورد توجه و امعان نظر بوده است. فراهم آمدن امکان تولد فرزند از طرقي غير از شیوه‌های سنتی توالد و تناسل که گاه با دخالت اشخاص ثالث است، مسأله‌ی امکان اجرای این فرض قانونی را برای انتساب طفل متولد از شیوه‌های جدید باروری به دریافت‌کنندگان خدمات کمکی باروری مطرح نموده است. اماره‌ی فراش در حقوق ایران بر مبنای فقه امامیه تنظیم و حکایت از یک شیوه‌ی ساده برای اثبات نسب بدون توسل به سایر ادله داشته اما اجرای آن با شرایطی همراه است که امکان اجرای این اماره را در شیوه‌های جدید باروری با چالش مواجه می‌سازد. در حقوق مصر علیرغم اجرای اماره‌ی فراش با شرایط خاص در صورت عدم انکار شوهر این اماره به صورت ظاهری اجرا می‌شود. در حقوق انگلیس دامنه‌ی اجرای این اماره بسیار گسترده است و به عنوان یک فرض اولیه طفل را به زوجین قانونی منتسب می‌نماید.

واژگان کلیدی: اماره‌ی فراش، فرض مشروعیت، نسب، شیوه‌های جدید باروری، لعان، نکاح

* عضو هیات علمی واحد الکترونیکی دانشگاه آزاد اسلامی، گروه حقوق خصوصی، تهران، ایران

مقدمه

خانواده به عنوان یک نهاد مقدس در طول تاریخ بشریت مورد توجه، تقدس و احترام بوده است. فرزندان متولد از یک رابطه‌ی مشروع غالباً زیر چتر حمایت عاطفی و مالی والدین خود قرار می‌گرفتند. با این حال گاه عدم تعهد یک یا هر دو والدین به این نهاد مقدس- خروج مادر از دایره-ی عفت یا عدم تمایل پدر به پذیرش تعهدات حاصل از زوجیت یا متهم نمودن همسر به رابطه‌ی نامشروع با انگیزه‌های مختلف- سبب ابداع یک فرض یا اماره‌ی قانونی به نام فرض مشروعیت یا اماره‌ی فراش گردیده است. بر مبنای این فرض یا اماره‌ی قانونی، کودکانی که در قلمرو خانواده متولد می‌گردند- منوط به وجود شرایطی خاص و فقدان دلیل مخالف- فرزند خانواده تلقی و برخوردار از همه‌ی حقوق انسانی خواهند بود.

شیوه‌های کمکی (نوبین) باروری حاصل تلاش بشر برای خاتمه دادن به مشکل ناباروری با دخالت ابزار پزشکی و یا اشخاص ثالث در تولید مثل است و به شدت مورد استقبال زوجین نابارور قرار گرفته است. طبیعتاً فرزندان حاصل از این شیوه‌ها نیازمند حمایت قانون و امکان بهره‌مندی از حقوق انسانی مانند فرزندان حاصل از طرق سنتی باروری هستند و این مهم جز از طریق شناسایی نسب قانونی برای فرزندان مذکور محقق نخواهد شد. اماره‌ی فراش از قدیم الایام به عنوان یکی از راه‌های مهم شناسایی و اثبات نسب طفل متولد از نکاح صحیح مورد پذیرش تمامی سیستم‌های حقوقی بوده است؛ با طرح امکان به دنیا آمدن اطفال ناشی استفاده از روش‌های علمی، در اغلب موارد برای ایجاد فرزند از طریق شیوه‌های نوبین باروری، دخالت ابزار پزشکی و یا شخص ثالث در امر تولید مثل ضروری است و در نتیجه عمل نزدیکی نیز انجام نمی‌شود؛ بنابراین برای اجرای اماره‌ی فراش با شرایط خاصی روبرو هستیم (از جمله عدم نزدیکی منجر به باروری و استفاده از نطفه اشخاص ثالث در امر تولید مثل) و لذا این مسأله اساسی مطرح می‌گردد که آیا امکان اجرای اماره‌ی فراش در شیوه‌های جدید باروری وجود دارد و طفل متولد از شیوه‌های مذکور به فراش تعلق می‌گیرد یا اجرای آن وابسته به شرایط خاصی است که در صورت فقدان هریک از شرایط مقرر، اجرای این اماره با مشکل مواجه خواهد شد و در رابطه با اطفال حاصل از شیوه‌های جدید باروری قابلیت اجرا نخواهد داشت؟

برای پاسخ به این سؤال لازم است شرایط اجرای اماره‌ی فراش را در سه سیستم حقوقی ایران، مصر و انگلیس مورد بررسی و تحلیل قرار داده و سپس با تحلیل اعتبار این اماره، به امکان اعمال آن در خصوص طفل متولد از شیوه‌های جدید باروری به پاسخ مناسب دست یافت لذا مراتب فوق در مقاله حاضر در سه بند ارائه می‌شود.

بند اول: شرایط اجرای اماره‌ی فراش

اماره‌ی فراش^۱ از حقوق روم به حقوق کشورهای دیگر راه یافته است و امروزه در اکثر سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده است. بر مبنای این اماره یا فرض قانونی، شوهر زنی که فرزند را به دنیا می‌آورد پدر تلقی می‌گردد مگر آن‌که خلاف آن ثابت گردد.^۲ بنابراین در ظاهر اماره‌ی فراش در رابطه با طفل متولد از زوجین قانونی قابلیت اجرا دارد؛ اما در خصوص این که آیا برای اجرای آن شرایط دیگری من جمله زوجیت، نزدیکی و تولد طفل در بازه‌ی زمانی خاص ضروری است یا خیر، لازم است هر یک از این سه شرط را در سیستم‌های حقوقی ایران، مصر و انگلیس مورد بررسی و مطالعه قرار دهیم:

۱- رابطه‌ی زوجیت

در حقوق ایران اماره‌ی فراش از حدیث نبوی «الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ وَاللَّعَاظِرِ الْحَجَرِ»^۳ گرفته شده است و مضمون آن در دو ماده ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی آمده است. از یک سو برابر ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است...» و نیز ماده ۱۱۵۹ قانون مذکور که می‌گوید: «هر طفلی که بعد از انحلال نکاح متولد شود ملحق به شوهر است...»، زوجیت شرط تحقق اماره‌ی فراش است و از سوی دیگر برابر ماده ۱۱۶۵ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «طفل متولد از نزدیکی به شبهه فقط ملحق به طرفی می‌شود که در اشتباه بوده و در صورتی که هر دو در اشتباه بوده‌اند ملحق به هر دو خواهد بود» و همچنین ماده ۱۱۶۶ قانون مدنی که می‌گوید «در صورتی که نکاح بین زن و مرد باطل باشد، طفل با هر یک از ایشان که از بطلان نکاح بی‌خبر بوده است، نسب قانونی خواهد داشت...»، چنین بر می‌آید که از نظر مقررات قانونی در ایران، نسب اطفالی که در اثر شبهه و یا با اعتقاد به صحت رابطه‌ی زناشویی به وجود آمده‌اند، مشروع است. در نتیجه در سیستم حقوقی ایران اطفال متولد از رابطه‌ی زوجیت صحیح یا با اعتقاد به صحیح بودن رابطه‌ی زوجیت، به والدین خود ملحق می‌شوند.

^۱ در کشور ایران و مصر با همین عنوان یا به عنوان «قاعده‌ی فراش» یا «اماره‌ی ابوت» و در حقوق انگلیس به «فرض والدیت» «Presumption of Paternity» یا «فرض مشروعیت» «Presumption of Legitimacy» معروف است.

^۲ اسدالله، امامی، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، چاپخانه موسوی، تهران، ۱۳۴۹، ص ۴۱.

^۳ Pater is est, quem nuptiate demonstrant

^۴ محمدبن حسن، حر عاملی، وسائل الشریعة إلتحصیل مسائل الشریعة، ج ۱، قم: مؤسسه‌الابلیت، بی‌تا، ص ۵۶۸، باب ۵۸، ح ۲.

در حقوق مصر نیز اماره‌ی فراش مبتنی بر حدیث شریف فراش^۱ است. در قوانین مصر دو ماده به اماره‌ی فراش مربوط می‌شود: ماده ۱۵ قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹^۲ در مورد برخی از قوانین احوال شخصیه و ماده ۴۳ قانون میراث شماره ۷۷ مصوب ۱۹۴۳.^۳ ماده ۱۵ قانون شماره ۲۵ مقرر می‌دارد: «در صورت انکار فرزند، دعوی نسب فرزند یزنی که عدم آمیزش باشوهر برای او از زمان عقد قطعی باشد، شنیده نخواهد شد و همچنین است دعوی فرزندی زنی که، پس از یک سال دو ریز و جازوی به دنیا بیاید، یا در مورد فرزندی که بعد از یک سال از وفات یا طلاق زن مطلقه‌ای که همسر او مرده باشد به دنیا آمده است» و ماده ۴۳ قانون شماره ۷۷ نیز مقرر می‌دارد: «در صورت فوت مرد، حمل در صورتی از وی ارث می‌برد که حداکثر تا ۳۶۵ روز از تاریخ وفات یا جدایی زنده متولد شود»؛ از عبارات: «عدم آمیزش با شوهر» و «تاریخ وفات یا جدایی» در دو ماده فوق چنین بر می‌آید که بر اساس این دو ماده رابطه‌ی زوجیت، یکی از شرایط اجرای اماره‌ی فراش است؛ اما در رابطه با این که در نکاح فاسد یا شبهه نیز اماره‌ی فراش جاری می‌شود، در قوانین مصر تصریحی وجود ندارد و بنابر مجوز اصل ۲ قانون اساسی مصر که دین رسمی کشور را اسلام و منبع اصلی قانون‌گذاری را شریعت اسلام می‌داند و در حال حاضر فقه حنفی مبنای شریعت و قانون‌گذاری در حقوق مصر به شمار می‌آید،^۴ لازم است به منابع فقهی مراجعه نماییم. در فقه حنفی نسب منوط به فراهم بودن شرایط مقرر، با ازدواج ثابت می‌شود خواه ازدواج صحیح باشد یا فاسد و یا و طیبه شبهه و خواه این که ازدواج رسمی باشد یا غیر رسمی ولی به نحو صحیح با رعایت مقررات شرعی انجام شده باشد و خواه نوشته یا نانوشته باشد؛ به طور کلی فقهای عامه در خصوص این که اگر زنا از هرگونه شبهه‌ای که حد را ساقط کند خالی باشد، نسبی را اثبات نخواهند نمود اجماع دارند.^۵ اما اگر هرگونه شبهه‌ای در میان باشد که عنوان جرم را از عمل مورد نظر بردارد، ترجیحاً نسب ثابت است.^۶ در

^۱ محمد بن اسماعیل، بخاری، صحیح البخاری، ج ۸، الدار العربیه، بی‌تا، کتاب الفرائض، بابا لولد للفراش حرة کانتا و امة، ص ۱۱، حدیث شماره ۶۷۴۹.
^۲ قانون رقم ۲۵ لسنة ۱۹۲۹ بتعدی لبعض احکام قوانین الأحوال الشخصية، یمکن الحصول فی الموقع الانترنتی:

atef-khattab.com/laws-library/Egll/۰۰۴.doc

^۳ قانون رقم ۷۷ لسنة ۱۹۴۳ بشأن الموارث، یمکن الحصول فی الموقع الانترنتی:

<http://www.f-law.net/law/showthread.php?%۵۵-%DE%CY%E۴%E۶%E۴-%CY%E۱%E۳%ED%D۱%CY%CB-%CY%E۱%E۳%D۵%D۱%EC-%D۱%DE%E۳-۷۷-%E۱%D۳%E۴%C۹-۱۹۴۳>

^۴ سیّد محمد، سامح، دعوی النسب شرعاً وقانوناً، بی‌تا، ص ۲، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=۸۴۱>.

^۵ در صورت تحقق عقد، فقط امکان آمیزش بدون توجه به انجام یا عدم انجام آن است.

^۶ أبو عبدالله محمد بن مفلح، ابن مفلح، الفروع، ج ۷، ص ۷، بیروت: عالم الکتب، ۱۴۰۵ هـ، ص ۷۰، همان، ج ۵، ص ۵۲۶؛ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمی، النجدی (ابن قاسم)، حاشیة الروض المربع، ج ۷، ص ۱۴۰، ۱۴۰ هـ، ص ۴.

^۷ بنابر حدیث صحیح: (الولد للفراش وللعاهر الحجر): فرزند ملحق به فراش است و زناکار را چیزی جز سنگ نیست)، ثبوت نسب نعمت است، در حالی که جریمه‌ی زنا نعمتی در بر ندارد، بلکه انجام دهنده‌ی آن مستحق نعمت و عذاب است.

واقع همان‌گونه که نسب در ازدواج فاسد ثابت می‌شود در وطی به شبهه نیز ثابت می‌شود.^۱ در یکی از آخرین احکام صادره از دادگاه تجدید نظر قاهره، در احوال شخصیه آمده است: «از آن-جایی که در اثبات عقد ازدواج، ارایه‌ی عقدنامه لازم نیست بلکه اثبات آن با بیّنه (شهود) کفایت می‌کند، کافی است قراین موجود دلالت بر حصول معاشرت نماید، حصول معاشرت به عنوان تنفیذ حکم زوجیت به شمار می‌رود. همچنان که لازم نیست شهود، شاهد مجلس عقد بوده باشند بلکه شهادت ایشان در مورد علم به زوجیت با شنیدن آن صحیح است و کفایت می‌کند و لذا در شرع آمده است که نسب، حق خدای متعال و جزو نظام کلی هستی است و بنای شارع مقدس بر اثبات آن است حتی اگر امر دایر بین نفی و اثبات بوده و طرف اثبات ضعیف‌تر باشد و شهادت در آن پذیرفته است و تناقض در زوایای پنهان و مخفی موضوع قابل چشم‌پوشی است و شهادت به شایع نیز در آن جایز است. نسب، در ازدواج فاسد نیز مترتب است چرا که اصل، تمسک به هر دستاویز عقلی برای اثبات نسب است و قبول آن شرعاً به خاطر حمل رفتار زوجه بر صحت و حفظ شرف او و عشیره و قبیله‌اش... است و نیز برای زنده داشتن فرزند به خاطر حفظ مصلحت اوست؛ لذا زوجه می‌تواند رابطه‌ی زوجیت (فراش) را با مشاهده تولد فرزند توسط زوجی که منکر نسب فرزند متولد از زوجه باشد اثبات کند یا به‌وسیله‌ی حضور زوج در مجلس عقد، همچنین از نگاه قضایی شهادت پزشک به دنیا آورنده، در اثبات واقعه‌ی ولادت پذیرفته است و همچنین شهادت یک زن حسب آنچه ذکر شد». بنابراین در حقوق مصر ازدواج صحیح یا اعتقاد به صحت ازدواج برای اجرای اماره‌ی فراش کافی است.

در سیستم حقوقی انگلیس بر اساس یک قاعده‌ی کلی که در قرن ۱۲ پذیرفته شد و «فرض مشروعیت»^۲ نامیده می‌شود، چنین استنباط می‌شود که کودکی که توسط یک زن متأهل متولد می‌شود متعلق به شوهر اوست.^۴ این فرض در زمانی به وجود آمد که تنها راه اثبات نسب از طریق اوضاع و احوال موجود و ملاحظه گواهی ولادت کودک بود و ازدواج کارآمدترین راه اثبات نسب به شمار می‌رفت.^۵ این فرض مبنای قانونی ندارد اما از مفاد ماده ۲۶ قانون خانواده ۱۹۶۹ قابل استنباط است. بر اساس ماده مذکور، فرض مشروعیت یا عدم مشروعیت هر شخصی ممکن

^۱ مانند مطلقه‌ای که سه طلاق بر او جاری شده و طلاق دهنده با او در مدت عدّه با تصور این‌که بر او حلال استامیزش می‌نماید.

^۲ الحكم الصادر من محكمة استننا فالقاهرة للأحوال الشخصية الاستننا فات أرقام ۱۳۸۹ لسنة ۱۲۳ ق، ۱۵۰۳ لسنة ۱۲۳ ق، ۱۶۰۵ لسنة ۱۲۳ ق، بجلسة ۲۴/۵/۲۰۰۶ غیرمنشور، به نقل از: محمد، سامح، پیشین، ص ۲.

^۳ Harry D. Krause, *Illegitimacy: law social policy*, Bobbs-Merrill, ۱۹۷۱, ۱۵-۱۶, Available at: http://books.google.com/books/about/Illegitimacy_law_and_social_policy.html?id=°fE_AAAAIAAJ

^۴ Glanvil, book ۷, ch ۱۲, Bracton, fol ۶, co Litt ۳۷۳ and Blackstones Commentaries ۱، ۴۵۷

^۵ Wardle, Lynn & Lanurence C Nolan, *Fundamental Principles Of Family Law*, ۲۰۰۲, pp. ۲۶۴، ۲۵۷.

است در رسیدگی دادگاه با دلایلی که نشان می‌دهد وی مشروع است یا این که نامشروع نیست، ردّ شود و برای مقابله با این فرضیه نیازی به توسل به چیزی فراتر از شکّ معقول نیست. این فرض در گذشته صرفاً در ارتباط با زوجین قانونی یا در موارد شبهه اجرا می‌شد؛^۱ مع الوصف سیستم حقوقی انگلیس شاهد تغییرات بزرگی بوده که در تمامی عرصه‌ها من جمله حقوق خانواده نیز مشهود است. در حال حاضر در مواردی که زن و مرد با یکدیگر ازدواج نکرده‌اند حکم عرف و قبول والدیت از سوی یک شخص معمولاً برای اثبات پدر بودن مرد و اجرای فرض مشروعیت کافی است مگر آن که اختلافی وجود داشته باشد. در سال ۲۰۰۴ قانون مشارکت مدنی تصویب و به زوجین همجنس‌گرا همان حقوق و مسئولیت‌های زوجین غیر همجنس را اعطا و برای انحلال مشارکت مدنی تشریفات شکلی نظیر طلاق را مقرر نمود.^۲ در مورد زوجین هم-جنس‌گرای شریک مدنی نیز، فرض مشروعیت اعمال می‌شود، به عبارت دیگر فرض می‌شود که شریک مدنی، والد دیگر طفل است مگر این که معلوم گردد که او به فرآیند درمان شریکش رضایت نداده است.^۳

۲- نزدیکی

سوالی که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا برای آن که به موجب اماره‌ی فرآش طفل به والدین خود منتسب گردد، رابطه‌ی نزدیکی لازم است؟ به عبارت دیگر آیا نزدیکی در اجرای اماره‌ی فرآش خصوصیت دارد؟ منظور از نزدیکی چیست؟ آیا منظور از نزدیکی، نزدیکی در قبّل می‌باشد و آیا نیاز به انزال هست یا خیر؟

در حقوق ایران از یک سو در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی به نزدیکی اشاره شده و از سوی دیگر براساس ماده ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ صرف رابطه‌ی زوجیت برای اجرای اماره‌ی فرآش کافی است و معلوم نیست آیا قانون‌گذار عبارت نزدیکی را بنابر غلبه آن به عنوان اصلی‌ترین طریق انتقال اسپرم شوهر به رحم زوجه در نظر گرفته است یا آن که نزدیکی در اجرای اماره‌ی فرآش خصوصیت دارد؛ بنابراین قانون مدنی در این رابطه راه کار روشنی ارائه نمی‌دهد لذا مستنداً به ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، لازم است برای یافتن پاسخ به متون فقهی مراجعه نماییم. در خصوص شرط نزدیکی، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد: عده‌ای از فقهای نزدیکی در

^۱. وفق ماده ۱ قانون اصلاحی قانون خانواده ۱۹۸۷، کودک متولد از ازدواج باطل با احراز شرایط قانونی مانند این که یک یا هر دو والدین به نحو معقولی باور داشته که ازدواج درستی براساس قانون انگلیس انجام داده و پدر نیز مقیم انگلستان و ویلز باشد، مشروع تلقی خواهد شد. این ماده حتی در فرضی که اعتقاد به صحت ازدواج در نتیجه اشتباه نسبت به قانون بوده است نیز اجرا خواهد شد.

^۲. ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان سال ۱۹۹۱

^۳. Civil Partnership Act ۲۰۰۴, Available at:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/۲۰۰۴/۳۳/contents>

^۴. Available at: www.parliament.uk.

^۵. ماده ۴۲ قانون لقاح و جنین شناسی انسانی مصوب ۲۰۰۸.

قبل یا دیر را بدون انزال برای اعمال اماره‌ی فراش کافی دانسته‌اند و معتقدند حتی در صورت عزل توسط شوهر، باز هم طفل به صاحب فراش ملحق می‌گردد، زیرا ممکن است شوهر از ورود منی به رحم بی‌خبر باشد.^۱ برخی نیز صرف وجود علقه زوجیت را برای اجرای اماره‌ی فراش کافی دانسته‌اند و نزدیکی را به لحاظ دشواری اثبات آن، شرط اجرای اماره‌ی فراش نمی‌دانند. آئین‌های نیز بر این باورند که دخول برای اجرای اماره‌ی فراش موضوعیت ندارد، بلکه از آنجا که در غالب موارد دخول راه رسیدن منی به رحم زن می‌باشد، دخول شرط الحاق ولد به پدر است، اما اگر مردی منی خود را بدون دخول به رحم زن برساند فرزند باز هم به او ملحق می‌شود.^۲ آئین‌های نزدیکی در قیل را ملاک اجرای اماره‌ی فراش می‌دانند و معتقدند که حتی انزال در دیر، سبب ایجاد طفل نمی‌شود و بر این اعتقادند که بدون انزال فراش محقق نمی‌شود، زیرا برای الحاق طفل به فراش در صورت دخول بدون انزال دلیل قطعی لازم است در حالی‌که دلیل قطعی بر این امر در اختیار ما نیست و از مجموع روایات و سایر ادله‌ی شرعی نیز چیزی به دست نمی‌آید.^۳

در میان حقوق‌دانان نیز برخی بر این عقیده‌اند که صرف وجود علقه زوجیت بین زن و شوهر برای اجرای اماره‌ی فراش کافی و موکول نمودن آن به اثبات نزدیکی امری شاق و طاقت‌فرساست و جز در صورت ارایه‌ی دلیل منطقی مانند بیماری یا مسافرت و یا امثال آن که امکان نزدیکی و استمتاع میسر نبوده نمی‌توان اماره‌ی فراش را نادیده گرفت.^۴ از نظر برخی دیگر برای الحاق طفل به زوجین بر اساس ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی، اگر ماده مذکور را برگرفته از مفاد حدیث شریف فراش بدانیم، بعید نیست طفل را در هر صورت قانوناً به زوج ملحق بدانیم.^۵

در حقوق مصر سابقاً شرایط اماره‌ی فراش بر مبنای فقه حنفی تعیین می‌گردید و در شرط بودن دخول یا صرف امکان آن، میان فقها اختلاف نظر وجود داشت: بر مبنای نظر ابوحنیفه، عقد زوجی صحیح به تنهایی، سبب ثبوت نسب فرزند است اگرچه هرگز مرد با زن دیداری نداشته باشد، حتی اگر مرد در مشرق و زن در مغرب باشد و بعد از شش ماه از زمان عقد فرزندی به -

^۱ زین الدین، جبعی عاملی (شهید ثانی)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۵، چ ۲، جامعة النجف الدینیة، ۱۳۹۸هـ، ص ۲۸۸؛ محمد حسن، نجفی، جواهر الکلام فیشرحشراعمال اسلام، ج ۳۲، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۲هـ، ص ۲۲۹؛ حر عاملی، پیشین، ج ۲۱، ص ۶۹، من ابواب مقدمات النکاح، باب أن ولد المتعة یلحق بأبیه وإن شرط عدم لحوقه فلا یجوز نفيه ولو عزل، حدیث ۲۶۵۵۶.

^۲ سیدحسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۵، چ ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۴۳، ص ۱۵۷.
^۳ سیدعلی، طباطبایی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلائل، ج ۱۰، چ ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین، ۱۴۱۲، ص ۱۷.

^۴ سید محمد، موسوی بجنوردی، قواعد الفقهیة، ج ۴، بی‌نا، بی‌تا، ص ۳۲.

^۵ اسدالله، امامی، پیشین، ص ۴۶.

^۶ مهدی، شهیدی، تلقیح مصنوعی انسان، روش‌های نوین تولید مثل انسانی: مجموعه مقالات، انتشارات پژوهش‌کده ابن‌سینا و سمت، ۱۳۸۲، ص ۱۲۲.

دنیا بیاید، فرزند متعلق به شوهر زن (غایب) می‌باشد.^۱ توجیه این دسته بر دشواری امکان اثبات نسب به لحاظ مخفی بودن آن استوار است.^۲ عده‌ای معتقدند ازدواج صحیح به شرط آمیزش (دخول) حقیقی سبب ثبوت نسب است، این نظر را ابن تیمیه ترجیح داده و آن را به ابن القیم نیز نسبت می‌دهد و می‌گوید: این قول، قول صحیح است، زیرا چگونه می‌توان زن را فراش نامید درحالی‌که زوج با او آمیزش (دخول) نداشته و با او سکنی نگزیده و چگونه می‌توان شرط را فقط امکان آمیزش قرار داد؟ آیا اهل لغت و عرف، زن را قبل از آمیزش، فراش می‌شمارند؟ شریعت، چگونه می‌تواند نسب را به کسی ملحق بدارد که با زن آمیزش نداشته و بر او دخول نکرده و حتی با او جمع نشده است فقط بر اساس احتمال، طفل را به او ملحق نماید؟ می‌توان قطع داشت که این امکان، معمولاً منتفی است لذا زن بدون دخول حقیقی فراش نمی‌شود. اما بنابر نظریه اغلب فقها، عقد صحیح، سبب ثبوت نسب برای فرزندی است که زن در طول رابطه‌ی زوجیت یا در عده به دنیا می‌آورد، مشروط بر این که آمیزش (دخول) ممکن باشد. پس اگر ثابت شود که آمیزش ممکن نبوده و نیز اگر ثابت شود که زن و شوهر هرگز دیداری نداشته‌اند و امکان ملاقات نیز نبوده است، نسب ثابت نمی‌گردد. آبا این حال قانون‌گذار مصری، برخلاف مذهب حنفی، در قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ در مورد برخی از قوانین احوال شخصیه، نظر میانه‌ای را برگزیده است که در صورت انکار فرزند از سوی پدر، دعوی اثبات نسب فرزند زنی که عدم نزدیکی او با شوهرش از هنگام عقد قطعی است، مسموع نخواهد بود و بنابر این نزدیکی را صراحتاً شرط تحقق نسب دانسته است.

در حقوق انگلیس براساس فرض مشروعیت، بچه‌ای که از زن متأهل به دنیا می‌آید، مشروع است. در واقع فرض می‌شود که طفل مذکور حاصل از رابطه‌ی نزدیکی زن و شوهر است و زن و شوهر، حق ندارند درخصوص عدم نزدیکی شوهر یا هر عمل دیگر، حتی تمایل به اثبات یا اشاره به عدم نزدیکی شوهر، شهادت دهند. این اصل را «قاعده‌ی لرد مانسفیلد»^۴ می‌نامند. پیشینه‌ی تاریخی «حکم لرد مانسفیلد» نشان می‌دهد که این حکم به شکل عجیبی به‌عنوان یک اصل قانونی پذیرفته شده است. در اوایل قرن هیجدهم، حکم یاد شده به‌عنوان یک اصل قانونی

۱. محمدامین، ابن عابدین، الرد المختار شرح تنویر الابصار، ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ هـ، ص ۱۶۲؛ شمس‌الدین، سرخسی، المبسوط، ج ۵، چ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ هـ، ص ۴۵؛ علا‌الدین ابوبکر بن مسعود، کاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۵، چ ۲، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۰۶ هـ، ص ۲۴۳.
۲. شمس‌الدین، سرخسی، پیشین، ج ۱۷، چ ۱، ص ۱۵۶.
۳. المذهب الشیرازی، مواهب الجلیل، ج ۲، چ ۱، بیروت: دارالفکر، ۱۳۹۸ هـ، تحقیق عمیرات، زکریا، ۱۴۱۶ هـ، ص ۱۲۱؛ منصور بن یونس بن ادیس، بهوتی، الکشاف القناع عن متن الإقناع، ج ۵، دارالفکر، ۱۴۰۲ هـ، ص ۴۰۵؛ مصطفی کمال، أشرف، قوانین الأحوال الشخصیه معلق أعل نصوصها، ج ۶، بی‌جا، بی‌نا، ۲۰۰۳، ص ۵۱۹.

۴. Lord Mansfield Rule

شناخته شده در انگلستان به شمار می‌رفت، به‌طوری که در پرونده‌ی «کلرک» علیه «رایت»^۱ به این حکم استناد شد. براساس این حکم، زن می‌تواند در جریان رسیدگی به عدم مشروعیت طفل برای اثبات عدم نزدیکی با شوهرش شهادت دهد. اما در نیمه قرن هیجدهم، قانون خاص رسیدگی به نسب بچه در جریان پرونده «رکس» علیه «ریدینگ»^۲ تعیین شد که بر اساس آن، زن حق ندارد برای اثبات عدم نزدیکی شوهرش شهادت دهد، مگر این که بتوان این‌گونه شهادت‌ها و مدارک را اثبات کرد. در سال‌های پایانی قرن هیجدهم، «لرد مانسفیلد» در جریان رسیدگی به پرونده «گودرایت» علیه «موس»^۳ در قالب یک اظهارنظر قضایی، اظهار داشت که قانون انگلیس روشن و شفاف است و نمی‌توان بر اساس اظهارات پدر یا مادر، طفلی را که پس از ازدواج به دنیا آمده است، نامشروع خواند. این قانون در چهارچوب‌های اخلاقی، نجابت و تدابیری بنا شده است که براساس آن، پدر یا مادر اجازه ندارد پس از ازدواج اظهار کند که با طرف خود رابطه‌ای نداشته و در نتیجه، طفل متولد شده نامشروع است. مخصوصاً مادری که در این قضیه متخلف است، نمی‌تواند چنین ادعایی را مطرح کند. از این عبارات به‌عنوان «حکم لرد مانس-فیلد» یاد می‌شود. «لرد مانسفیلد» برای اعتبار بخشیدن به اظهارنظر قضایی خود به حکم پرونده «رکس» علیه «ریدینگ» استناد کرده است. حکم «لرد مانسفیلد» در تمام دعاوی قضایی و به‌طور مساوی در خصوص زن و شوهر به‌کار می‌رود. این حکم مطلقاً مخالف این است که زن یا شوهر در جهت اثبات عدم نزدیکی شوهر شهادت دهند.

پس از جریان پرونده قضایی «گود علیه رایت»، مجموعه‌ای از احکامی که در آن‌ها از قاعده‌ی مذکور در خصوص صلاحیت زن برای ارایه‌ی شهادت در خصوص عدم نزدیکی شوهرش چشم‌پوشی می‌شد، صادر شد. به عنوان مثال، در سال ۱۸۰۹ در پرونده مربوط به «رکس» علیه «کیا»^۴ اظهار شده است که «همسر نمی‌تواند در خصوص اثبات عدم نزدیکی شوهرش شهادت دهد». دادگاه در جریان رسیدگی به پرونده «رکس و ریدینگ» به عنوان یک مدرک اشاره کرده بود اما در حقیقت، پرونده یاد شده به هیچ عنوان یک مدرک به شمار نمی‌رفت. این قبیل تصمیم‌گیری‌ها راه را برای استناد به حکم «لرد مانسفیلد» و گسترش آن هموار کرد. بنابراین براساس «حکم لرد مانسفیلد»، پذیرش شهادت در خصوص اثبات عدم نزدیکی شوهر پسندیده نیست. دلیل چنین مسأله‌ای این نیست که رفتار غیراخلاقی والدین را فاش می‌کند؛ بلکه به خاطر تأثیری است که می‌تواند بر فرزندی که گناهی مرتکب نشده است، داشته باشد. به عبارت دیگر، بچه بیشترین آسیب را از این موضوع متحمل می‌شود و حق والدین در جهت نامشروع خواندن بچه، حس حقیقت‌طلبی و نجابت را لگدمال می‌کند، اما این بدان معنا نیست که نزدیکی شرط اجرای

^۱. Clerck V. Wright, Lloyd J. Planert, Proof of Illegitimacy in Paternity Proceedings, ۱۹۴۱, ۲۵ Marq. L. Rev. ۱۴۸, P. ۱۴۹, Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol25/iss3/4>.

^۲. Rex V. Reading, Ibid

^۳. Goodright V. Moss, Ibid

^۴. Rex V. Kea, Ibid, P ۱۵۰

فرض مشروعیت نبوده است. بلکه به زوجین قانونی اجازه داده نمی‌شد که در خصوص یک رابطه‌ی پنهانی که راه دیگری برای اثبات خلاف آن وجود نداشت، علیه یکدیگر به شهادت متوسل شوند. در حالی که اگر امکان اثبات عدم نزدیکی با ادله‌ی دیگری فراهم بود، مثل موردی که شوهر اساساً بیمار یا در سفر بوده و یا آن که کودک حاصل آمیزش مزبور نبوده،^۱ فرض مشروعیت جریان نمی‌یافت.

۳- تولد طفل در بازه‌ی زمانی خاص

حداقل مدت حمل کمترین زمانی است که طفل باید در رحم مادر بماند تا زنده متولد شود و در مدتی کمتر از آن نمی‌تواند خارج از رحم مادر زنده بماند این مدت از نظر علمی شش‌ماه است.^۲ حداکثر مدت حمل (اقصی مدت حمل)، نیز بیشترین مدتی است که طفل می‌تواند از لحاظ زیستی در رحم مادر زنده بماند. این مدت به طور قطع قابل تعیین نیست ولی از لحاظ علمی بیش از ۴۲ هفته نمی‌تواند باشد و تقریباً بین ۲۷۰ تا ۲۸۸ روز می‌باشد.^۳

در فقه امامیه، حداکثر مدت حمل نه ماه قمری است^۴ اما قول دیگری مبنی بر ده ماه بودن مدت حمل بیان شده است.^۵ برخی نیز این مدت را یک سال دانسته‌اند^۶ و صاحب جواهر به آن متمایل شده است.^۷ از نظر قانون مدنی ایران وفق ماده ۱۱۵۸، طفل بعد از شش ماه و قبل از ده ماه از تاریخ نزدیکی یا استمتاع می‌بایستی به دنیا بیاید و در غیر این صورت اجرای اماره‌ی فراش به - لحاظ مغایرت با مقررات شرعی امکان‌پذیر نیست. برخی ملاک محاسبه سال و ماه را قمری

^۱. Aylesford Peerage (۱۸۸۵) ۱۱ App Cas ۱, HL: Morris v Davies (۱۸۳۷) ۵ Cl & Fin ۱۶۳, HL.

^۲. ابراهیم، خادم از غدی، بررسی حداقل سن بارداری جهت تولد نوزاد پیش از موعد با حداکثر میزان بقا و تطابق آن با آیات قرآن مجید، مجله علوم پزشکی دانشگاه آزاد اسلامی، دوره ۱۸، شماره ۴، زمستان ۸۷، صفحات ۲۵۱-۲۵۴، ص ۲۵۳.

^۳. طول مدت حاملگی ده ماه ۲۸ روزه است. یعنی ۲۸۰ روز است، ممکن است این زمان چند روز تغییر کند. از دو هفته قبل تا دو هفته بعد نرمال در نظر گرفته می‌شود: مژگان، براتی، فریده، مرضی، سارا، مسیحی، و ناهید شهبازیان، متوسط مدت بارداری در زایمان‌های خود به خودی در بیمارستان‌های دانشگاهی اهواز در سال ۱۳۸۶، مجله دانشگاه علوم پزشکی کرمان، دوره ۱۶، ش ۲، بهار ۱۳۸۸، صص ۱۸۳ و ۱۸۴؛ مریم، کاشانیان، مراقبت‌های دوران بارداری: قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://ch۳.ir/salamat/index.php?option=com_content&view=article&id=۸۳۱:۹۰۰۳۲۴&catid=۵۴:spring۹۰&Itemid=۴۳۲؛

^۴. محمد حسن، نجفی، پیشین، ج ۳۱، ص ۲۲۴؛ حر عاملی، پیشین، ج ۱۵، الباب ۱۷ من ابواب احکام الأولاد، الحدیث ۳، ص ۱۱۵.

^۵. سید علی، طباطبائی، پیشین، ج ۱۰، ص ۴۸۴؛ زین الدین، جیبی عاملی، مسالك الافهام في شرح شرائع الاسلام، ج ۷، قم: دار الهدی للطباعة والنشر، بی‌تا، ص ۲۰۵.

^۶. جیبی عاملی، پیشین

^۷. سید علی، طباطبائی، پیشین

دانسته‌اند،^۱ با این استدلال که قانون مدنی از فقه امامیه اقتباس شده و به‌علاوه در ماده ۱۲۱۰ اصلاحی قانون مدنی نیز به صراحت سال قمری مبنای محاسبه قرار گرفته‌است.^۲ اما برخی دیگر به لحاظ آن که مبدأ سال ایران شمسی است و قانون آیین دادرسی مدنی نیز بر این امر صراحت دارد ملاک را سال شمسی دانسته‌اند.^۳

در حقوق مصر، فرزند نباید کمتر از شش‌ماه^۴ و بیش از یکسال از هنگام ازدواج به دنیا بیاید، سابقاً در حقوق مصر بیشترین مدت حمل بر مبنای نظر حنفی‌ها دوسال بود.^۵ اما قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ براساس آنچه که از متن ماده ۲۳ قانون مذکور که با قانون شماره ۱۰۰ سال ۱۹۸۵ اصلاح شده است بر می‌آید، بیشترین مدت حمل را یکسال - ۳۶۵ روز - قرار می‌دهد.^۶

در حقوق انگلیس مدت زمان معمول^۷ یا بازه‌ی زمانی بارداری می‌تواند بین ۲۷۰ تا ۲۸۰ روز یا در حدود ۹ ماه متغیر باشد اما «لردمک»^۸ در فرض «مرگ» این زمان را محدود به بازه‌ی زمانی فوق نمی‌داند. اگر چه به نظر وی هر چه این مدت نسبت به زمان معمول خود بیشتر منحرف گردد، فرض مزبور با سهولت بیشتری رد خواهد شد و نمی‌توان گفت که مرز آنجا کجا است. مخصوصاً زمانی که ازدواج با مرگ شوهر و یا طلاق پایان پذیرفته و مادر ازدواج مجدد نموده است و کودک زمانی به دنیا می‌آید که قابلیت استناد به ازدواج دوم را ندارد، شوهر اول می‌بایست به عنوان پدر تلقی گردد؛^۹ زیرا فرض بر این است که مادر مرتکب خیانت نشده است و مدرکی نیز برخلاف آن وجود ندارد. در فرضی که کودک در بازه‌ی نرمال آبستنی، پس از طلاق^{۱۰} و یا مرگ^{۱۱} پدر به دنیا بیاید نیز، این فرض اجرا می‌شود؛ به این معنا که در چنین بازه‌ی زمانی از لحاظ بیولوژیکی این امکان وجود داشته که بارداری در طول ازدواج رخ دهد و کودک همچنان مشروع تلقی خواهد شد. با این حال فرض مشروعیت حتی اگر کودک اندکی پس

^۱. سید علی طباطبایی، پیشین

^۲. سید حسین صفائی و اسدالله امامی، پیشین، صص ۵۲ و ۵۳.

^۳. اسدالله امامی، پیشین، ص ۴۹.

^۴. علاالدین ابوبکر بن مسعود، کاسانی، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ۵، چ ۲، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۶هـ، ص ۲۱۱؛ شمس الدین، سرخسی، پیشین، ج ۲، ص ۴۴؛ منصور بن یونس بن ادريس، بهوتی، پیشین، ج ۵، ص ۴۷۹.

^۵. ابن عابدین، پیشین، ج ۳، ص ۵۳۹.

^۶. حسن، بلتاجی، کتاب المیراث و الوصیت، قاهره: مکتبه الشباب، ۱۹۹۰م، صص ۱۳۶-۱۳۸.

^۷. Preston-Jones v Preston

^۸. Lord Mac

^۹. Bainham, what is a Parent? A Socio-Legal Analysis: Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions, Cambridge Socio-Legal Group, Oxford – Portland Oregon, ۱۹۹۹, p. ۲۹.

^{۱۰}. Knowles v Knowles, ۱۹۶۲, P161; Ibid

^{۱۱}. Re Health, ۱۹۴۵, Ch ۴۱۷, at ۴۲۱-۲, Per Choen J, Ibid

از ازدواج^۱ به دنیا بیاید، باز هم جریان می‌یابد. اگر نطفه کودک در بازه‌ی زمانی زندگی جدا از هم زوجین - مطابق با طلاق قضایی- بسته شده باشد، نظر به این که فرض ظاهری بر آن است که همسران به جدایی قضایی توجه داشته و با هم آمیزش جنسی نداشته‌اند، اما بازه‌ی زمانی جدایی قضایی از یکسو طرفین را از فضای الزام‌آور روابط جنسی آزاد کرده و از سوی دیگر نیز برقراری روابط جنسی را ممنوع نمی‌کند، باز هم فرض مشروعیت به اجرا در خواهد آمد. بنابراین در حقوق انگلیس فرض مشروعیت از بازه‌ی زمانی خاصی پیروی نمی‌کند، اگرچه تولد کودک در بازه‌ی زمانی نرمال، قرینه‌ای بر انتساب طفل به والدین خود می‌باشد و در چنین شرایطی فرض مشروعیت استحکام بیشتری داشته و ادله‌ی محکم‌تری لازم است تا این فرض رد گردد.

مطالعه‌ی سیستم‌های حقوقی مورد مطالعه حکایت از آن دارد که علی‌رغم قرابت هر سه سیستم حقوقی در یکی بودن منشا و مبنای اماره‌ی فراش یا فرض مشروعیت و پذیرش آن به عنوان یک دلیل ابتدایی اثبات نسب، اجرای آن در حقوق هر یک از این کشورها با شرایط و مقتضیات خاصی امکان‌پذیر است. در حقوق ایران غیر از وجود رابطه‌ی زوجیت و رعایت حداقل و اکثر مدت حمل، می‌بایست رابطه‌ی فیما بین زن و شوهر موجود تا امکان انتساب طفل به شوهر را فراهم آورد. در حقوق مصر نیز برای اعمال و اجرای اماره‌ی فراش، شرایطی نظیر: وجود رابطه‌ی زوجیت، رعایت حداقل و حداکثر مدت حمل و نیز امکان الحاق طفل به شوهر ضروری است. تفاوتی که میان حقوق ایران و مصر در شرایط اجرای اماره‌ی فراش وجود دارد در رعایت حداکثر مدت حمل است که در حقوق ایران ده ماه و در حقوق مصر یک سال یعنی ۳۶۵ روز است که قانون‌گذار مصر در این مورد نظر فقهای حنفی عدول و حداکثر مدت حمل را از دو سال به یک سال تقلیل داده است. در حقوق انگلیس نیز اگر چه برای اجرای فرض مشروعیت همانند حقوق ایران و مصر شرایطی نظیر وجود رابطه‌ی زوجیت، امکان انتساب طفل به پدر و تولد در بازه‌ی زمانی نرمال لازم بوده، لکن حداقل و حداکثر مدت حمل، نظیر حقوق ایران و مصر در حقوق این کشور همواره رعایت نمی‌گردد؛ اما این فرض در حقوق انگلیس به نحو قابل توجهی گسترش یافته است و در روابط زن و مرد ازدواج نکرده نیز جریان می‌یابد.

بند دوم: اعتبار اماره‌ی فراش یا فرض مشروعیت

اماره‌ی فراش یا فرض مشروعیت راهی برای اثبات نسب طفل به پدر ظاهری است. اما اعتبار این اماره یا فرض قانونی تا کجاست؟ به عبارت دیگر آیا امکان رد اماره‌ی فراش با سایر ادله وجود خواهد داشت؟ در این بند ابتدا به بررسی ماهیت اماره‌ی فراش یا فرض مشروعیت و سپس به بررسی امکان اثبات خلاف آن خواهیم پرداخت.

^۱.Gardner v Gardner, ۱۸۷۷, ۲ App Case ۷۲۳; for more information see:Lowe, Nigle. Establishment of Paternity Under English Law, Available at: www.ciec1.org/Etudes/ColloqueCIEC/CIEColloqueLoweAngl.pdf

۱- ماهیت اماره‌ی فراش یا فرض مشروعیت

در حقوق ایران بنابر نظر مشهور فقهای امامیه، امارات و طرق نازل منزله قطع و حجیت آنها از باب قایم مقامی قطع و برخلاف قطع، جعلی و تابع جعل جاعل است.^۱ عقلا کاشفیتی با رجحان قطع برای امارات در نظر گرفته‌اند و در لسان آیات و اخبار از جعل حجیت و طریقیت اثری نیست بلکه عمل عقلا در طول تاریخ و امضای آن توسط شارع ملاک حجیت طرق و امارات معتبر می‌باشد.^۲ برخلاف نظر مشهور، عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند که حجیت طرق و امارات از باب قایم مقامی قطع نیست بلکه قطع طریق عقلی است و طرق و امارات، طریق عقلایی و قطع از این جهت بر طرق عقلایی مقدم است زیرا عقلا به طرق و امارات زمانی ترتیب اثر می‌دهند که قطع در مقام مفقود باشد و عملشان از باب جانشینی نیست و لذا اگر علمی هم به‌عنوان مبنا وجود نداشت باز هم عقلا بدون توجه به جعل و تنزیل، به امارات و طرق عمل می‌کردند.^۳ لذا امارات موجود در دست ما و از جمله اماره‌ی فراش، بر همین مبنا مورد عمل عقلا قرار گرفته است و حیات اجتماع و جامعه انسانی به همین روش عقلایی بستگی دارد چه در غیر این صورت اگر بنا باشد در هر موردی به علم عمل نماییم موجب اختلال نظام مدنی و رکود جامعه بشری می‌گردد. اگرچه عنوان «اماره‌ی فراش» یا «فرض مشروعیت» در قانون مدنی نیامده - است، اما از مواد ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹ قانون مدنی قابل استنباط است. در خصوص ادله‌ی اثبات نسب در مواد ۱۱۵۸، ۱۱۵۹ و ۱۱۶۰ قانون مدنی به اماره‌ی فراش و در ماده ۱۲۷۳ به اقرار به نسب اشاره شده است. در کتب حقوقی نیز طرق اثبات نسب تحت دو عنوان اماره‌ی فراش و ادله‌ی دیگر مورد بررسی قرار گرفته است.^۴ قانون مدنی بدون ارایه‌ی تعریفی از ادله‌ی اثبات دعوی در ماده ۱۲۵۸ این ادله را نام برده است.^۵ ماده مذکور و همین‌طور ماده ۱۳۲۱ قانون مدنی، امارات را در زمره دیگر ادله‌ی اثبات دعوی آورده‌اند.^۶ قانون آیین دادرسی مدنی در تعریف دلیل می‌گوید: «دلیل عبارت از امری است که اصحاب دعوی برای اثبات یا دفاع از دعوی به آن استناد می‌نمایند و بر مبنای ماده ۱۳۲۱: «اماره‌ی عبارت از اوضاع و احوالی است که به حکم قانون یا در نظر قاضی دلیل بر امری شناخته می‌شود». بر مبنای این تعریف، آنچه در اختیار قاضی است، «اوضاع و احوال» است؛ امری که به خودی خود هدف نیست ولی زمینه‌ساز رسیدن به واقع است.^۷ مطابق ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی: «امارات قانونی اماراتی است

۱. خوئینی، غفور، ادله اثبات دعوی و بررسی تطبیقی آن، چ ۱، تهران: فضیلت علم، ۱۳۸۱، ص ۴۲.

۲. ناصر، کاتوزیان، پیشین.

۳. همان.

۴. سید حسن، امامی، پیشین، ص ۱۵۵ و ۱۷۲.

۵. جلد سوم قانون مدنی مصوب ۱۳ مهر ماه و ۸ آبان ماه ۱۳۱۳.

۶. سید حسن، امامی، پیشین، ص ۱۶۵-۱۶۶؛ اسدالله، امامی، پیشین، ص ۸۲-۸۳.

۷. ناصر، کاتوزیان، ماهیت و اثر اماره حقوقی، مجله دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳، ش ۶۴، ص ۱۲۶.

که قانون آن را دلیل بر امری قرار داده مثل امارات مذکوره در این قانون از قبیل مواد... ۱۱۵۸ و ۱۱۵۹...». در نتیجه از لحاظ مقررات ایران اماره‌ی فراش یک اماره‌ی قانونی است.

در حقوق مصر قراین، شواهد یا امارات، به عنوان وسیله‌ای برای اثبات به کار می‌روند و قرینه عبارت است از چیزی است که شارع یا قاضی را از امر معلومی به امر مجهولی دلالت می‌نماید. امارات قانونی در قانون مصر تعریف نشده‌اند. امارات به دو دسته قانونی و قضایی تقسیم می‌شوند. ماهیت اماره‌ی قانونی و قضایی یکسان است اما رکن اصلی امارات قانونی «نص قانون» می‌باشد. ادر واقع اماره‌ی قانونی چیزی جز اماره‌ی قضایی‌ای نیست که قانون آن را تعمیم داده است و اماره‌ی قضایی از طرق ایجابی اثبات است اما، اماره‌ی قانونی شخص را از اثبات معاف می‌کند. بر مبنای اصل کلی، اثبات خلاف همهی ادله ممکن است^۱ بنابراین اثبات خلاف اماره‌ی قانونی نیز امکان‌پذیر است. بر اساس ماده ۹۹ قانون اثبات مصر اماره‌ی قانونی- مادام که نصی که به غیر از آن قضاوت شود وجود نداشته باشد- فرد را از هر طریق دیگر از طرق اثبات دعوی بی‌نیاز می‌کند. اثبات خلاف این اماره با تمام دلایل وجود دارد. اماره‌ی قانونی توسط شارع برای مواردی وضع شده که اثبات بعضی امور غیرممکن می‌شود؛ مثال بارز آن اماره‌ی فراش است که فرزند را از آن فراش می‌داند. بنابراین فرزند زن شوهردار فرزند شوهر زن شناخته می‌شود و وجود رابطه‌ی زوجیت و استمرار آن قرینه‌ای قانونی مبنی بر ثبوت نسب فرزند به پدرش می‌باشد؛ بنابراین گذشت شش ماه از زمان نزدیکی، تولد فرزند و استمرار زوجیت در زمان تولد طفل قرینه‌ای قاطع بر ثبوت نسب است. امروزه بعد از اصلاح قانون کودک مصوب ۲۰۰۸^۲ از آزمایش «دی.ان.ای» نیز در اثبات نسب می‌توان بهره برد. درحالی- که سابق بر این نسب با نکاح قانونی یا نکاح به شبهه یا نکاح فاسد ثابت می‌شد، حتی اگر دخولی صورت نگرفته بود. اما قانون مصر در این فرض شاهد دو تغییر بزرگ بوده از یک طرف قانون احوال شخصیه مصر از نظر فقهای حنفی عدول و نزدیکی را شرط اجرای اماره‌ی فراش قرار داده است و از طرف دیگر با اصلاح قانون کودک امکان اثبات نسب با ادله‌ی علمی فراهم آمده است.

در سیستم حقوقی انگلیس فرضیات اولیه‌ای نظیر ثبت نام یک مرد به عنوان پدر در شناسنامه و یا تولد طفل در قلمرو خانواده، برای اثبات نسب وجود دارد که در صورتی که منازعی در بین نباشد از این فرضیات برای اثبات نسب استفاده می‌شود. براساس توضیحات «لرد چنسلر»^۳ وقتی

۱. عبدالرزاق احمد، سنه‌وری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۲، بیروت: دار الاحیا التراث العربی، بی‌تا، ص ۶۰۰، ش ۳۲۲.

۲. عبدالرزاق احمد، سنه‌وری، پیشین، ص ۳۳۹-۳۳۷، ش ۱۸۰.

۳. همان، ص ۲۲۷.

۴. قانون الطفل المصری رقم ۱۲ لسنة ۱۹۹۶ و المعدل بالقانون ۱۲۶ لسنة ۲۰۰۸، می‌کن الحصول فی الموقع الانترنتی:

<http://www.egyptiantalks.org/invb/index.php?showtopic=۷۴۴۵۱>

. Lord Chancellor

در گواهی ولادت، نام مرد به عنوان پدر کودک ذکر شده است، در نظر اول نسخه مصدق آن به عنوان دلیل اثبات نسب در مواردی مانند وراثت، ملیت و تابعیت به کار می‌رود؛ به عبارت دیگر، فرض داوطلبانه والد بودن به طور معمول مورد پذیرش است و ممکن است این فرض در دادگاه به چالش کشیده شود.^۱

مطابق با ماده ۲ قانون تولد و وفات سال ۱۹۵۳ والدین متأهل کودک و مادران غیرمتأهل ملزم به ثبت رسمی تولد وی ظرف حداکثر ۴۲ روز^۲ بوده و سرپیچی از این کار، قانون‌شکنی محسوب می‌شود.^۳ در نقطه مقابل، پدر مجرد، برای ثبت نام خود به عنوان پدر کودک، الزام و یا حقی ندارد. اما در شرایط زیر ممکن است نام پدر مجرد در شناسنامه کودک وارد گردد:^۴

- در صورت درخواست مشترک والدین، که هر یک می‌بایست شناسنامه را امضا کنند.
- در صورت درخواست مادر به ارایه‌ی یک اعلامیه^۵ از طرف خود و پدر، بدین مضمون که فرد معرفی شده پدر کودک است.
- در صورت درخواست پدر به ارایه‌ی اعلامیه از جانب خود و مادر که بیان‌گر این امر باشد که فرد مدعی شده پدر کودک است و یا؛
- در صورت وجود درخواست مکتوب هریک از والدین به ارایه‌ی اعلامیه‌ای که حاکی از رونوشتی از توافق نسبت به مسئولیت والدینی، یا حکم دادگاه نسبت به برقراری مسئولیت والدینی و یا حکم دادگاه مبنی بر الزام پدر به پشتیبانی مالی از کودک است.

^۱. The consultation paper entitled, Procedures for The Determination of Paternity and on The Law on Parental Responsibility for Unmarried Fathers, is available on the the Lord Chancellor's Department's web site on <http://www.open.gov.uk/lcd/consult/general/pat-con>; Sheldon, Sally, Unmarried Fathers and Parental Responsibility: A Case for Reform?, ۲۰۰۱, PP ۱۲-۱۴, para ۲۶, Available at: <http://kar.kent.ac.uk>. The Law on Parental Responsibility for Unmarried Fathers, March

^۲. مطابق با ماده ۴۰ قانون ثبت احوال، مادر متأهل می‌تواند از ثبت نام شوهرش به عنوان پدر امتناع ورزد، اگرچه این کار فی نفسه، فرض والدیت را رد نمی‌کند.

^۳. ماده ۳۶ از قانون ۱۹۵۳، معرفی عمدی یک مرد به عنوان پدر - برخلاف واقع - معادل جرم شهادت کذب تلقی می‌شود.

^۴. ماده ۱ قانون ثبت احوال سال ۱۹۵۳، وفق ماده ۲۴ قانون اصلاح قانون خانواده سال ۱۹۸۷ جایگزین و وفق جدول ۱۲، پاراگراف ۶ قانون کودکان سال ۱۹۸۹، اصلاح گردیده است.

^۵. به عنوان مثال: ثبت به موقع و اعلام مدلل بر روی یک فرم معین مطابق با جدول ۱ قانون ثبت احوال سال ۱۹۸۷

اثبات نسب طفل خارج از نکاح با ارایه‌ی کپی خلاصه نام پدر در زمان ثبت تولد یا کپی تصمیم دادگاه دادگاه امکان‌پذیر است. اگر تولد کودک بدون نام پدر ثبت شده باشد، در صورت برقراری یکی از شروط فوق‌الذکر، ممکن است شناسنامه مجدداً با نام وی صادر گردد.^۱

در مواردی که تولد کودک خارج از نکاح رخ می‌دهد، «هویت پدر» در شناسنامه درج نمی‌شود مگر این که وی در اداره ثبت احوال حاضر شده و شناسنامه کودک را به همراه مادر امضا نماید و یا این که یکی از والدین، تولد کودک را به‌تنهایی ثبت نموده و سپس مدارک قابل قبولی برای والد بودن پدر ارایه نماید.^۲ اگرچه، ثبت شدن نام فردی به عنوان پدر در شناسنامه، معمولاً برای اثبات پدر بودن کافی است، اما هدف از تنظیم شناسنامه، ثبت رسمی تولد کودک است نه مدرکی دال بر نسب وی. بنابراین ذکر نام پدر در شناسنامه‌ی کودک، تنها مدرکی اولیّه‌ای است که حاکی از پدر بودن^۳ وی است ولی اثبات کننده قطعی رابطه‌ی پدر و فرزندی نیست. نکته جالبی که وجود دارد این است که بین «مدرک اولیّه» و «فرض اولیّه» - اگرچه مستدل - در حقوق انگلیس تفاوت وجود دارد. در سیستم حقوقی انگلیس قدرت اثباتی «فرض والد بودن» از «وجود نام شخص در شناسنامه کودک» بیشتر و در نتیجه رد کردن آن دشوارتر است.

مطابق با ماده ۵۶ قانون خانواده سال ۱۹۸۶ تنها فرزند (و نه هیچ‌کس دیگر)، می‌تواند پی‌گیری نماید که آیا فردی که در دادخواست، نام برده شده است، پدر یا مادر او می‌باشد یا خیر و یا این که آیا افراد خاصی، والدین وی می‌باشند؟ و آیا وی، فرزند قانونی والدین خویش است، و این که وی طفلی مشروع یا نامشروع است.

مقررات این ماده تنها برای فرزندی که به دنبال اثبات روابط قانونی خود با والدین است، به کار می‌رود و برای والدین حکمی ندارد. فرد متقاضی تنها مجاز به پیگیری وضعیت خویش است (اگرچه که در خلال تعیین وضعیتش، وضعیت تاهل والدین منتسب^۴ نیز عملاً مورد بحث قرار گیرد). حتی اگر یک فرد غیر متأهل به عنوان یکی از والدین اعلام‌گردد، نمی‌توان کودک را نامشروع قلمداد نمود.^۵ هنگامی که صحت قضیه برای دادگاه به اثبات رسید، دادگاه حکم خود را اعلام می‌نماید، مگر این که انجام چنین کاری با نظم عمومی در تضاد باشد.^۶ بنابراین اگر موضوع نسب فرزند، در مراحل طلاق معین شده باشد، این یافته والدین را بین خودشان متعهد

^۱ ماده ۱۰ قسمت الف قانون ۱۹۵۳ ثبت احوال، به موجب ماده ۲۵ قانون اصلاح خانواده سال ۱۹۸۷، جایگزین و وفق جدول ۱۲، پاراگراف ۶ قانون کودکان ۱۹۸۰ اصلاح گردیده است. صدور شناسنامه جدید نیز می‌تواند به دنبال اعلام والد بودن صورت گیرد: قسمت الف از ماده ۱۴ قانون ۱۹۵۳ که قانون اصلاح خانواده ۱۹۸۷، ماده ۲۶ به آن اضافه گردیده است.
^۲ قسمت الف ماده ۱۰ همان قانون.

^۳ Brierly v Brierly, ۱۹۱۸, p۲۰۷, Lord Chancellor Consultation Paper, Ibid, Para۲۷.

^۴ همان، بند ۵ قسمت ب ماده ۵۸، اما مانند سابق شامل پدر بزرگ و مادر بزرگ‌ها نمی‌شود.

^۱ قانون خانواده ۱۹۸۶ ماده ۶۳.

^۲ بند ۱ ماده ۵۸.

می‌کند، اما نمی‌تواند هر یک از آن‌ها را در برابر شخص ثالث متعهد نماید و این عدم الزام برای فرزند و یا هر شخص دیگری نیز که در مراحل رسیدگی دخالت نداشته، صادق می‌باشد.^۱ از سوی دیگر، مطابق با قانون مدارک مدنی سال ۱۹۶۸،^۲ هنگامی که فردی در مراحل قبل از دادگاه در بریتانیا، به عنوان پدر شناخته شود،^۳ در هر یک از مراحل آتی نیز، این یافته به عنوان مدرکی اولیه - ولو غیر الزام آور- برای پدر بودن به حساب می‌آید.

هنگامی که یک زن مجرد، کودکی به دنیا می‌آورد و یا هنگامی که کودک از یک زوج دارای روابط جنسی به دنیا می‌آید، فرضی برای هویت پدر کودک وجود ندارد. فقدان فرض والدیت به - دلیل فقدان روابط جنسی، به این معنا نیست که، هرگز نمی‌توان یک مرد مجرد را پدر دانست زیرا صرف ثبت شدن نام مرد به عنوان پدر در شناسنامه کودک، حکمی بر پدر بودن او در مراحل قبل از دادگاه است لذا ثبت نام در گواهی ولادت به عنوان مدرک اولیه پدر بودن تلقی می‌شود. «فرض نسب» بر اساس ازدواج با مادر کودک نیز قابل اجراء است حتی در مواردی که زن و مرد با یکدیگر ازدواج نکرده‌اند نیز حکم عرف و قبول والدیت از سوی یک شخص معمولاً برای اثبات پدر بودن مرد کافی است مگر آن که اختلافی وجود داشته باشد^۴ و نباید چنین تصور گردد که مسأله‌ی «نسب» باید در فرآیند رسمی دادگاه به اثبات برسد.

۲- اثبات خلاف اماره‌ی فراش

در حقوق ایران بر مبنای مقررات قانون مدنی و قانون آیین دادرسی مدنی، اماره‌ی فراش اماره- ای نسبی است و وفق ماده ۱۳۲۲ قانون مدنی تا زمانی اعتبار دارد که دلیلی برخلاف آن نباشد چه اگر علم برخلاف آن وجود داشته باشد باید به علم عمل شود نه به ظن و گمان. اغلب حقوق- دانان بر این عقیده‌اند که امکان اثبات خلاف اماره‌ی فراش با هر دلیل دیگری وجود دارد. به - علاوه از عبارت «مگر آن که امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند» که در ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی آمده است، معلوم می‌گردد که اماره‌ی فراش یک اماره‌ی قانونی است و اثبات خلاف آن امکان‌پذیر است. ماده ۱۱۶۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی که عقد نکاح پس از

^۱ . عدم توفیق شوهر در انکار این‌که فرزندی متعلق به خانواده است در مراحل بلا دفاع، مشمول ممنوعیت انکار پس از اقرار نیست، زیرا صدور اجازه چنین کاری ممکن است منتج به طرح دعوی غیر ضروری گردد: (Rowe v Rowe (1980) Fam 47, CA)
^۲ . وفق ماده ۲۹ قانون اصلاح قانون خانواده سال ۱۹۸۷ ماده ۱۲ اصلاح شده است.

^۳ . See: Sec 42 National Assistance Act 1948, Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/11-12/29/contents&Sec6>, Family Law Reform Act 1969, Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46>, & Sec 34 (1)(a) Children Act 1975, Available at: [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/72&Sec12\(5\)CivilEvidenceAct1968](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/72&Sec12(5)CivilEvidenceAct1968), Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/64>

^۴ . ماده ۲۶ قانون حمایت از کودکان سال ۱۹۹۱.

نزدیکی منحل شود و زن مجدداً شوهر کند و طفل از او متولد گردد طفل به شوهری ملحق می-گردد که مطابق مواد قبل الحاق او به آن شوهر ممکن باشد، در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است، مگر آن که امارات قطعیه بر خلاف آن دلالت کند». طبیعتاً در صورت حصول علم، امکان اثبات خلاف اماره‌ی فراش وجود خواهد داشت. در این خصوص استفتایی^۱ از مراجع تقلید صورت گرفته که مراجع تقلید در پاسخ به این استفتا به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ اکثریت بر این عقیده‌اند که در صورت حصول علم می‌توان بر مبنای آن علم عمل نمود.^۲ برخی دیگر از مراجع بر این باورند که هر علمی (از جمله علمی که از طریق آزمایش «دی.ان.ای» حاصل گردد)^۳ حجت نیست و نمی‌توان نسب را ثابت نمود^۴ و علم قاضی زمانی حجیت^۵ دارد که از طریق حس یا مبادی قریب به حس باشد^۶ و بنابراین در میان فقهای معاصر امکان اثبات خلاف اماره‌ی فراش در صورت حصول علم وجود دارد. در واقع اماره‌ی فراش به عنوان ساده‌ترین شیوه اثبات دعوی نسب ساری و جاری است؛ این شیوه اثباتی به طور مطلق جریان ندارد بلکه بر اساس اصول علمی پایه‌ریزی شده به نحوی که می‌توان ادعا نمود اماره‌ی فراش تنها راه علمی اثبات نسب در زمان خود بوده و اثبات خلاف آن به راحتی امکان‌پذیر نبوده است. بنابراین اگر راهی وجود داشته باشد که از آن طریق بتوان به علم دست یافت، اجرای اماره‌ی فراش کارایی خود را از دست خواهد داد.

در حقوق مصر سابقاً اماره‌ی فراش به عنوان یک اماره‌ی شرعی به نحو مطلق اجرا می‌شد و در صورت تولد کودک در قلمرو خانواده حتی اگر زن و مرد هیچ رابطه‌ی جنسی با یکدیگر نداشتند نیز طفل به شوهر زن ملحق می‌گردید. ابن قیم اعتقاد دارد که در صورتی که شباهت ظاهر شود، بر فراش مقدم است.^۷ در حالی که صاحب فروع اعتقاد دارد که با وجود فراش، به شباهت عمل

۲. محمد، حسنی، استفتا اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیکی، بی‌تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://vakilghasemian.blogfa.com/post-۱۵.aspx>

۳. سید علی سیستانی، لطف‌الله صافی گلپایگانی، سید عبدالکریم موسوی اردبیلی، حسین نوری همدانی، سیدعلی خامنه‌ای، به نقل از: محمد، حسنی، همان.

۳. بنابراین اثبات خلاف اماره فراش با همه‌ی ادله‌ی موجود امکان‌پذیر است.
۴. جواد تبریزی و ناصر مکارم شیرازی، به نقل از: محمد، حسنی، پیشین.
۵. حجیت علم قاضی در متون فقهی و حقوقی به تفصیل بحث شده است. مشهور فقهای امامیه علم قاضی جامع شرایط قضاوت را به طور مطلق دارای حجیت دانسته‌اند،^۵ زیرا همان علم عادی که سبب سکون نفس می‌گردد و بر اساس عادت، احتمال خلاف آن وجود ندارد در حجیت علم قاضی نیز کافیت، محمدعلی، خورسندیان، بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران، مجله علوم اجتماعی، دانشگاه شیراز، ش ۴۱، تابستان ۱۳۸۳، ص ۶۰-۶۱.
۶. مکارم شیرازی، ناصر، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.makarem.ir/websites/farsi/estefta/?mit=۱۱۳۷>

۷. محمدبن ابی‌بکر، ابن‌قیم جوزی، زادالمعاد، ج ۵، چ ۲۷، تحقیق: شعیب الأرئوط، عبد القادر الأرئوط، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۵هـ، ص ۴۱۰.

نمی‌شود؛ آزمایش ژنتیک نیز هیچ تأثیری در اثبات خلاف اماره‌ی فراش ندارد؛ زیرا آزمایش ژنتیک از لحاظ دلالت از فراش ضعیف‌تر است و سایر ادله از جمله شباهت و قیافه، شبیه و قرعه هیچ یک اثری ندارد و نسب جز با لعان نفی نمی‌شود^۱ و در این صورت نسب کودک از جانب ملاعن قطع و هیچ کس حق ندارد نسبت به او ادعای نسب نماید. زیرا نسب در این مورد با فراش ثابت نشده و زن فراش دیگری ندارد.^۲ اما در فرضی که صاحب فراش طفل را از خود نفی ننماید فقهای حنفی بر الحاق طفل به صاحب فراش به استناد قاعده‌ی فراش^۳ قایل می‌باشند. اگر زوج بعد از اجرای لعان حرف خودش تکذیب نماید، نفی نسب زایل می‌شود و بنابر اتفاق نظر فقها نسب ثابت می‌گردد.^۴ در توجیه این نظر به آیه شریفه: «وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْتَشَهُدَ...»^۵ استناد شده و با اجرای لعان حدّ از هر دو نفی می‌شود و نسب طفل به مرد ملاعن برمی‌گردد و ثبوت نسب طفل با استمرار اثر جدایی بین زوجین تعارضی ندارد.^۶ بنابراین اماره‌ی فراش در فقه حنفی قدرت مطلق در اثبات نسب داشته تا جایی که بدون آمیزش نیز فراش جاری است. این قدرت مطلق اماره‌ی فراش در قانون شماره ۲۵ سال ۱۹۲۹ تعدیل به نحوی که در صورت عدم نزدیکی مرد با زن امکان اجرای اماره‌ی فراش وجود ندارد، اما اگر نسب فرزند با ازدواج صحیح اثبات گردد، تمامی راه‌ها برای انکار فرزند از سوی زوج با فراهم بودن شرایط آن بسته می‌شود مگر از راه لعان.^۷ برخی اظهار نظر نموده‌اند که حتی اگر آزمایش «دی.ان.ای» حکایت از آن داشته باشد که طفل فرزند زانی است نسب نفی نمی‌شود.^۸ برخی

۱. أبو عبدالله محمد بن مفلح، ابن مفلح، الفروع، ج ۵، ۴، بیروت، عالم الکتب، ۱۴۰۵ هـ، ص ۵۲۶.

۱. خلیفه علی، کعبی، البصمة الوراثية و اثرها علی الاحکام الفقهية، اسکندریه، دارالجامعة الجدید، ۲۰۰۴ م، ص ۱۵۱.

۳. شمس الدین، سرخسی، پیشین، ج ۷، ص ۲۰۵.

۴. محمد بن اسماعیل، بخاری، پیشین، بابالولد للفراش حره کانت أو أمة، حدیث شماره‌ی ۶۷۴۹، ج ۸، ص ۱۱.

۵. ابن قیم، پیشین، ص ۴۱۴-۴۲۲؛ عبدالله بن أحمد بن محمد، ابندامة، المغنیشرح مختصر الخرقی، ج ۹، ۳، تحقیق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي و عبدالفتاح محمد الحلو، ریاض: دارالعالم الکتب، ۱۴۱۷ هـ، ص ۱۲۳؛ علی، ماوردی، الحاوی الکبیر شرح مختصر المزنی، ج ۸، ۱، تحقیق: علی محمد معوض و عادل أحمد عبدالموجود، بیروت: دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۴ هـ، ص ۱۶۲.

۶. ابن عابدین، پیشین، ج ۳، ص ۵۱۵؛ منصور بن یونس بن ادريس، بهوتی، پیشین، ج ۵، ص ۴۶۶؛ شمس الدین محمد بن الخطیب، شریبئی، مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج ۳، ۱، بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۱۸ هـ، ص ۲۸۰.

۷. سوره نور، آیه ۸.

۸. محمد، ابوزهره، الاحوال الشخصیة، ج ۲، دارالفکر، ۱۹۷۵ م، ص ۳۴۶.

۹. لعان نزد حنفی‌ها به معنی آن است که زوج، زوجه‌ی خود را متهم به زنا کند یا نسب فرزند زن را به خود نفی نماید و بنابر این ولد زنا گرچه به زانی شبیه باشد به او ملحق نمی‌شود، محمد بن یعقوب، فیروزآبادی، القاموس المحيط، ج ۳، ۲، مصر: المطبعة الحسینیة، ۱۳۴۴ هـ، ص ۱۸۸.

۱۰. مجلة المجمع الفقهي، ص ۳۸، العدد السادس نشر، السنة الرابعة عشرة، مکه، ۱۴۲۴ هـ.

اعتقاد دارند: بر مبنای آیهی شریفه: «أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله»^۱ و روایات «من ادعی غیر ابیه، فالجنه علیه حرام»، «من انتسب الی غیر ابیه، او تولی غیر موالیه، فعلیه لعنه الله و الملائکه و الناس اجمعین»^۲ نباید اقرار به فرزندی کسی نمود که حقیقتاً فرزند انسان نیست بنابراین از لحاظ شرعی اقرار به فرزندی دیگری ممنوع است، اما اگر شوهر به فرزندی طفل مذکور اقرار نماید، در صورت عدم علم قاضی و نبود منازع فرزند به شوهر زن ملحق می-شود.^۳ با این حال قانون اصلاحی قانون کودک مصوب ۲۰۰۸^۴ امکان استفاده از آزمایش «دی.ان.ای» را در اثبات نسب مقرر داشته است.

در حقوق انگلیس با اعمال فرض مشروعیت، شوهر زن پدر کودک فرض می‌گردد و لذا اگر اقامه دلیل شود که شوهر، پدر نیست، مسئولیت رد شدن این فرض با مدعی است. البته ممکن است که این پیش فرض، با ادای سوگند و دادن شهادت مناسب و کافی کاملاً رد شود. از این رو، اگر شهادت داده شود که شوهر استعداد بچه‌دار شدن را نداشته است یا غایب بوده است و به تبع آن، هیچ‌گونه ارتباط و نزدیکی با مادر بچه نداشته است، شوهر در بازه‌ی زمانی که بچه باید به دنیا می‌آمد، غایب بوده است و یا آن که شوهر برای اثبات نداشتن رابطه‌ی جنسی با همسرش دلیل شفاف و قانع کننده‌ای دارد، کودک نامشروع تلقی خواهد شد.

مقایسه سیستم‌های حقوقی فوق بیانگر آن است که در حال حاضر امکان اثبات خلاف اماره‌ی فراش یا فرض مشروعیت در هر سه سیستم حقوقی وجود دارد.

بند سوم: امکان اجرای اماره‌ی فراش در مورد طفل متولد از شیوه‌های کمکی باروری

با توجه به بررسی شرایط اجرای اماره‌ی فراش و اعتبار آن اکنون لازم است به بررسی امکان اجرای این اماره در مورد طفل متولد از شیوه‌های جدید باروری بپردازیم. لذا ابتدا لازم است شیوه‌های کمکی باروری معرفی تا بعد از آن اجرای اماره‌ی فراش را مورد بررسی قرار دهیم.

۱- مفهوم شناسی علمی

^۱ .سوره احزاب، آیه ۵.
^۲ .محمد بن اسماعیل، بخاری، پیشین، ج ۴، کتاب الفرائض، باب ۲۹ باب من ادعی الی غیر ابیه، رقم الحدیث ۶۷۶۶؛ عبد القدیم، زلوم، حکم الشرع فی الاستنساخ، نقل الاعضاء، اجهاض، اطفال الانابیب، اجهزه الانعاش الطبییه، الحیاه و الموت، ج ۱، ۱۴۱۸هـ، ص ۸.
^۳ .ابن قیم، پیشین، ج ۴، ص ۱۶۰ به بعد؛ ابن تیمیه، پیشین، ص ۱۱۰؛ ابن قدامه، پیشین، ج ۶، ص ۲۶۶؛ عبدالستار عبدالکریم، ابو غده، الاستنساخ من الزوجین و الاحکام الی تترتب علی ذلک، المجلس لاروی لافتا و البحوث، دوره العاشره، ۲۰۰۳م، ص ۲۳.
^۴ .قانون الطفل المصری رقم ۱۲ لسنة ۱۹۹۶ و المعدل بالقانون ۱۲۶ لسنة ۲۰۰۸، يمكن الحصول فی الموقع الانترنتی:

پزشک برای استفاده از شیوه‌های کمکی باروری از روش‌هایی نظیر: تلقیح داخل رحمی، باروری آزمایشگاهی یا لقاح خارج رحمی، انتقال سلول‌های جنسی (اسپرم و تخمک) به

یا آن که مادر جانشین همسر دیگر مرد صاحب اسپرم است و فرزند از طریق رابطه جنسی با وی به وجود می‌آید.

ب: جانشینی کامل در بارداری یا Gestational Surrogacy، که در آن یا تخمک و اسپرم زوج نابارور به روش لقاح خارج رحمی به جنین تبدیل جنین به رحم مادر جانشین منتقل می‌گردد و یا اسپرم مستقیماً به رحم مادر جانشین تزریق می‌شود، آخوندی، محمد مهدی و بهجتی اردکانی، زهره، رحم جایگزین؛ تعریف، انواع و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری، مجموعه مقالات رحم جایگزین، چ ۱، سمت و پژوهش‌کده ابن‌سینا، ۱۳۸۶، ص ۶-۸.

۱. شبیه‌سازی یا همانند سازی در زبان عربی «الاستنساخ» یا «الاستنسال» نامیده می‌شود. العلوم الطبية الاخری، الطب البشري، الاستنساخ، منتدى طلاب العلوم الطبية في جامعة البعث: <http://health-students.ba7r.org/t۵۵-topic>؛ الإستنساخ، تعریفه، خطواته، رأی‌الدین الإسلامی فیہ، فی الموقع الانترنتی: <http://arab.۶۳on.com/thread۳۶۷۶۴/>؛ در زبان انگلیسی کلونینگ (Cloning) نامیده می‌شود و از کلمه یونانی «کلون» (klon) به معنی قلمه زدن، جوانه زدن و تکثیر کردن گرفته شده است <http://www.npr.org/۲۰۱۱/۰۳/۱۱/۱۳۴۴۵۹۳۵۸/Science-Diction-The-Origin-Of-The-Word-Clone>. در علم زیست‌شناسی، کلونینگ عبارت است از تولد موجود زنده بدون آمیزش جنسی (سید محمد رضا، ابتهی، محمد باقر، عامری نیا، نقد و بررسی دیدگاه‌های اهل سنت در شبیه‌سازی انسانی، فصل‌نامه فقه و مبانی حقوق، س ۴، ش ۱۲، ص ۱۵۸). هریک از موجودات جدید را «شبیه ساخته» که در زبان عربی به معنای «نسبیه»، «النسیخ» و «طفل المُستنسخ» و در زبان انگلیسی «کلون» می‌گویند. «شبیه‌سازی» در اصطلاح عبارت است از کشت هسته سلول غیرجنسی (Somatic) انسان - که دارای کروموزوم کامل می‌باشد - در سلول تخمک عاری از هسته جنس ماده، و بارور کردن این تخمک به روش‌های ویژه در رحم طبیعی یا مصنوعی، به منظور تشکیل موجود زنده‌ای (زایگوت Zygote) که از لحاظ شکل ظاهری دقیقاً مانند صاحب هسته سلول اولیه باشد.

۲. Intra uterine Insemination که در زبان عربی «حقن الرحم» گفته می‌شود، معمولاً برای درمان زوج‌هایی که در آن زن بارور و مرد شکل کمی مایع منی، کمی تعداد اسپرم یا کمی تحرک اسپرم یا زن دارای مشکل در مواد ترش‌چی گردن رحم یا مشکلات ایمنی بدن و نظائر آن است، به کار می‌رود.

۳. در زبان عربی به آن «الإخصاب خارج الجسم» و به اطفال حاصل از شیوه مذکور «أطفال

الأنابيب» و در زبان انگلیسی به «-IVF, In Vitro Fertilization- Embryo Transfer (ET)» گفته می‌شود، (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.medicinenet.com/infertility/page۷.htm>). گاه اسپرم به طور طبیعی

نمی‌تواند خود را از واژن به لوله‌های رحمی برساند و در آنجا وارد تخمک شود تا جنین تشکیل گردد. در این روش، اسپرم را از شوهر از طریق استمنای گرفته و پس از شستن با تخمک گرفته شده از همسر وی در ظرف آزمایشگاهی در کنار هم قرار می‌دهند تا با تخمک‌ها لقاح یابند. در این حالت یک جنین تک‌سلولی پس از تقسیم به جنین چند سلولی به رحم زن منتقل می‌شود. پس از گذشت ۱۴ روز نتیجه عمل با یک آزمایش مشخص می‌شود (ناباروری، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.medicblog.ir/post-۲۵۶۸.aspx>.

داخل لوله‌های رحمی،^۱ انتقال سلول تخم به داخل لوله‌های رحمی،^۲ تزریق اسپرم به داخل تخمک،^۳ استفاده می‌نماید.

۲- اجرای اماره‌ی فراش

همان‌گونه که ملاحظه شد آنچه در شیوه‌های جدید باروری اتفاق می‌افتد آن است که، طفلی از تلقیح اسپرم شوهر و یا اسپرم یا جنین بیگانه متولد می‌گردد و غالباً مسأله‌ی ایجاد طفل فیما بین زن و شوهر اتفاق نمی‌افتد لذا این مسأله مطرح می‌گردد که آیا جنین مذکور به شوهر زن دریافت کننده خدمات کمکی باروری ملحق می‌گردد؟ و اگر زن، مادر جانشین بوده و دارای شوهر باشد اماره‌ی فراش نسبت به شوهر مادر جانشین قابلیت جریان دارد یا نسبت به مرد صاحب اسپرم؟

در حقوق ایران با توجه به جدید بودن شیوه‌های جدید باروری، درخصوص امکان اجرای اماره‌ی فراش در این شیوه‌ها نمی‌توان به پاسخ صریحی دست یافت و اجرای آن محل بحث و اختلاف نظر علما قرار گرفته است؛ برخی^۴ از علما به‌طور مطلق قایل به اجرای اماره‌ی فراش در همه‌ی شیوه‌های باروری به شوهر زن حامل فرزند هستند. از نظر این عده آنچه مهم است این است که طفل در فراش به دنیا بیاید و لذا به صاحب فراش ملحق می‌گردد. در مقابل برخی از علما^۵ میان جهل و علم به عمل تلقیح، تفاوت گذاشته و در فرض جهل طفل را در حکم ولد شبهه و به صاحب نطفه ملحق دانسته‌اند و عقیده دارند که در صورت یقین به این که حمل ناشی از نطفه یا

۱. Gamete Intra-Fallopian Transfer (GIFT) که در زبان عربی حَقْن السائل المنوي داخل الرحم خوانده می‌شود، در سال ۱۹۸۴ ابداع شد. این روش برای زوج‌هایی که به دلایل ناشناخته یا به لحاظ عواملی نظیر مشکلات گردن رحم، دستگاه ایمنی، آندومتر یوز خفیف رحم و یا در بعضی موارد که مرد دارای مشکل است، به‌کار می‌رود. در این روش مخلوطی از اسپرم شوهر و تخمک همسر تهیه و در ابتدای لوله رحم خانم ریخته می‌شود و در آنجا تخمک‌ها لقاح می‌یابند، معرفت، غفاری، روش‌های پیشرفته در درمان نازایی، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چ ۲، تهران: سمت و پژوهش‌کده ابن سینا، ۱۳۸۲، ص ۱۰.

۲. یا Zygote Intra-Fallopian Transfer, (ZIFT) که در زبان عربی: «نقل البويضة الملقحة إلى قناة فالوب» خوانده می‌شود. در این روش، تخمدان تحریک و تخمک‌های آن در زمان مناسب گرفته می‌شود. سپس اسپرم‌های شوهر زن صاحب تخمک، شستشو و بر روی تخمک‌های درون ظرف آزمایشگاهی ریخته شده تا لقاح انجام شود و بعد سلول‌های تخم، توسط لوله‌ای کشیده و با جراحی ناحیه شکم، به لوله‌های رحمی منتقل که به این روش انتقال جنین به درون لوله‌های رحمی (TET) نیز می‌گویند.

۳. به زبان انگلیسی (Intra-cytoplasmic sperm injection (ICSI) و به زبان عربی الحقن المجهری خوانده می‌شود، در موارد مشکل خاص ناباروری مرد، یک اسپرم بداخل یک تخمک تزریق می‌شود. سایر اعمال شبیه عمل لقاح خارج رحمی می‌باشند، غفاری، پیشین، ص ۱۳-۱۴ و نیز بنگرید به:

What is intra-cytoplasmic sperm injection and how does it work?
<http://www.hfea.gov.uk/ICSI.html>؛ پایگاه اینترنتی؛

۴. سید حسن، اسلامی، شبیه‌سازی انسانی از دیدگاه شیعه؛ بررسی چهار دیدگاه، مجله فقه، سال ۱۲، ش ۴۵، ص ۲۳-۲۵، ص ۵۹.

۵. سید حسن، امامی، پیشین، صص ۱۸۵ و ۱۸۶؛ ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی: خانواده- اولاد، پیشین، ص ۲۹.

جنین بیگانه است دیگر جایی برای اجرای اماره‌ی فراش نمی‌ماند. عده‌ای از فقها نیز نظر داده‌اند که می‌توان طفل را به پدر طبیعی خود یعنی صاحب نطفه ملحق دانست، امّ از این‌که عالم یا جاهل به لقاح باشد، زیرا بچه از نطفه او به وجود آمده و عرفاً و لغتاً فرزند او به شمار می‌آید و از آن‌جا که تلقیح مصنوعی زنا محسوب نمی‌شود، طفل ناشی از آن نیز ولدالزنا نمی‌باشد تا نتوان او را به صاحب نطفه ملحق نمود و در تأیید این نظر به روایت مذکور در مورد مساحقه نیز استناد نموده‌اند^۱ و بنابراین جایی برای اجرای اماره‌ی فراش نیست.

برخی از اساتید حقوق نیز اظهار نظر نموده‌اند که، اماره‌ی فراش اقتضا می‌کند که هر طفلی که از زن شوهردار با رعایت حدّ اقل و حداکثر مدّت حمل به دنیا آمده باشد به شوهر ملحق شود و اگر انتساب فرزند به صاحب اسپرم مورد تردید قرارگیرد فرزند به شوهر ملحق می‌شود نه به صاحب نطفه و در صورتی‌که تلقیح با رضایت شوهر انجام شده باشد؛ شوهر برای طفل، با نام خانوادگی خود شناسنامه می‌گیرد و بدین ترتیب طفل منتسب به شوهر می‌شود، لیکن اگر بعد از فوت پدر ظاهری، اشخاص ذی‌نفع اقدام به نفی نسب کنند در این‌صورت باید ثابت نمایند که طفل از نطفه شخص دیگری غیر از شوهر بوده است و چنان‌چه این امر ثابت شود حکم به نفی نسب و عدم الحاق طفل به شوهر زن داده می‌شود.^۲

وفق بند الف از ماده ۲ قانون نحوه اهدای جنین به زوجین نابارور مصوّب ۲۹ تیر ۱۳۸۲،^۳ یکی از شرایط زوجین واجد شرایط دریافت خدمات کمکی ناباروری، ارایه‌ی گواهی معتبر پزشکی مبنی بر ناباروری است. به عبارت دیگر شیوه‌های کمکی باروری برای زوجینی به‌کار می‌رود که پس از طی مراحل مختلف و با استفاده از تجهیزات دقیق پزشکی نهایتاً نابارور تشخیص داده می‌شوند. این افراد غالباً سال‌ها از ازدواجشان گذشته و موفق به فرزنددار شدن از طرق طبیعی نگردیده‌اند. پس از تأیید نابارور بودن یک یا هر دوی زوجین متقاضی فرزند، بسته به نوع مشکل، یکی از شیوه‌های کمکی باروری به ایشان توصیه می‌گردد. از نظر علمی نیز هنگامی که اسپرم با تخمک در محیط آزمایشگاه ترکیب و سپس به رحم زنی انتقال می‌یابد عملاً امکان ترکیب اسپرم دیگری با آن وجود ندارد؛ بنابراین نمی‌توان به‌طور مطلق اماره‌ی فراش را فیما بین زن و شوهری که از خدمات کمکی باروری استفاده نموده‌اند اجرا نمود؛ زیرا، اولاً: از لحاظ علمی چنین امکانی وجود ندارد و ثانیاً: در این‌گونه موارد علم به ایجاد طفل از نطفه بیگانه موجود و در فرض وجود علم، مجالی برای اعمال اماره‌ی فراش نیست. حتی در فرضی که طفل

^۱. خوئی و وحید خراسانی، فتاوی، پورت الانهار، مسأله ۴۳، پایگاه اینترنتی: <http://portal.anhar.ir/node/۳۳۷۴/?ref=sbttl>؛ سیدطه، مرقاتی، دفتر ۷۵، ش ۳، فقه، بهار و تابستان ۱۳۸۳، صص ۱۴۰-۱۴۱؛ محمد، یزدی، باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن، تهران، فقه اهل‌بیت، شماره ۶ و ۵، س ۲، ۱۳۷۵؛ سید روح‌الله، موسوی خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، چ ۲، نجف: الآداب، ۱۳۹۰ هـ.

^۲. سیدحسین، صفائی، تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، نشریه‌ی حقوق، دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تابستان ۱۳۸۳، ش ۶۴، ص ۳۴.

^۳. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/۹۳۹۴۳>

از تلقیح مصنوعی نطفه زوجین قانونی به وجود می‌آید برخلاف آنچه برخی اساتید گفته‌اند^۱ نیز اماره‌ی فراش جاری نمی‌شود؛ زیرا در فرض مزبور نیز به ایجاد طفل از نطفه زوجین قانونی، یقین وجود دارد نه تردید و لذا انتساب طفل به صاحب فراش برخلاف اغراض شارع و انتساب بدون علت است و استناد به حدیث شریف فراش در این فرض جایگاهی ندارد؛ اگرچه براساس آنچه در شرایط جریان اماره‌ی فراش گفته‌شد، نفس انجام نزدیکی، برای جریان اماره‌ی مذکور ملاک نیست و صرفاً ملاک، امکان انتقال اسپرم شوهر به رحم همسر و در نتیجه ایجاد طفل از وی می‌باشد، اما در کنار شرط نبودن نزدیکی، شرط زوجیت برای اعمال اماره‌ی فراش ضروری است و بنابراین اگر اسپرم شوهر به هر طریق دیگر (انتقال با ابزار پزشکی یا ترکیب در محیط آزمایشگاه و سپس انتقال) به رحم همسر خود صورت گیرد، با اجرای اماره‌ی فراش طفل مذکور به پدر ملحق خواهد گردید اما در فرضی که طفل ناشی از اسپرم بیگانه است، به لحاظ فقدان شرط زوجیت زن با صاحب اسپرم از یک طرف و فقدان شرط امکان انتساب طفل به شوهر زن از طرف دیگر، اماره‌ی فراش در خصوص هیچ‌یک از دو مرد جاری نمی‌شود. به علاوه از آنجا که در اغلب موارد قسمتی از فرآیند تولید مثل در محیط خارج از رحم صورت می‌گیرد لذا حداقل مدت حمل به این مدت اضافه می‌شود و رعایت بازه‌ی زمانی علمی در هر صورت لازم است. اماره‌ی فراش در هیچ یک از متون فقهی و احادیث وارده بطور مطلق اجرا نگردیده است، بلکه با رعایت شرایط شرعی و قانونی قابل اجراست. از جمله این که مرد با همسرش رابطه‌ای که امکان ایجاد طفل از این رابطه مقدور باشد داشته و طفل در بازه‌ی زمانی علمی به دنیا بیاید. بدیهی طفل متولد خارج از بازه‌ی زمانی مقرر به شوهر ملحق نخواهد شد؛ در حقیقت اماره‌ی فراش یک راه کار شرعی و قانونی است که بر اصول علمی پایه ریزی گردیده و در زمان خود بهترین و محکم‌ترین راه اثبات نسب و مانع از انکار طفل توسط افراد مغرض بوده است. اما در موارد تردید راه مطمئن‌تری از اماره‌ی فراش وجود نداشته است تا بتوان با توسل به آن نسب طفل را نفی یا اثبات نمود. اگر قرار بود حفظ نظام خانواده و مصلحت طفل واجد چنان اهمیتی باشد که در هر شرایطی اماره‌ی فراش اجرا شود، تعیین حداقل و حداکثر زمان برای زایمان و تولد کودک بی‌معنی بود و اگر طفلی بجای ده ماه بعد از نزدیکی یازده ماه بعد به دنیا می‌آمد، رعایت انسجام خانوادگی و مصلحت ایجاب می‌نمود که از یکماه اضافی چشم‌پوشی شود در حالی که چنین چیزی امکان‌پذیر نیست؛ حتی در فرض استفاده از شیوه جانشینی در باروری نیز که مادر جانشین دارای همسر و کاملاً سالم است، قبل از انجام عملیات انتقال جنین به رحم وی مدتی قبل و بعد از انجام انتقال جنین یا هر شیوه دیگر باروری کمکی، مادر جانشین از نزدیکی با همسر خود منع می‌گردد. گرچه اماره‌ی فراش برای حفظ انسجام خانواده و جلوگیری از مٹهم نمودن زن به روابط نامشروع و یا قربانی شدن طفل در جریان اختلافات زناشویی و انکار بی مورد پدر تأسیس گردیده، اما مجرای این اماره در موارد تردید بوده و برابر صراحت آیه شریفه «...مَاجَعَلَاُ عِيَاءَ كَمَا بُنِيَ كَمَا مَقُولُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ...»^۲، در منع الحاق فرزند دیگری به خود،

^۱. مهدی، شهیدی، پیشین، ص ۱۳۲.

^۲. سوره احزاب، آیه ۴.

و نیز، روایات بسیاری در متون فقهی و کتب حدیث و توصیه به خواندن فرزند به نام پدران حقیقی و پرهیز از اقرار بی مورد به فرزند کسی^۱، به نظر می‌رسد اجرای اماره‌ی فرارش در صورت علم به ایجاد طفل از شیوه‌های کمکی باروری بر خلاف اهداف شارع مقدس است و به-جای آن که ممدوح باشد مذموم است.

در میان علمای مصری در خصوص حرام بودن تلقیح نطفه مرد بیگانه به رحم زن بیگانه اختلاف‌نظری وجود ندارد. این کار در حکم زناست و ورود نطفه مرد بیگانه به رحم زن بیگانه در حیثیت و حرمت، حکم نزدیکی را دارد.^۲ در فرض لقاح خارج رحمی نیز همین حکم جاری است و طفل مذکور نامشروع و صرفاً به مادر ملحق می‌شود و در الحاق به پدر همانند ولد زناست. مجمع فقه اسلامی در کنفرانس سوم در عمان در تاریخ ۸ الی ۱۲ صفر سال ۱۴۰۷ هـ صور مختلف تلقیح را در هفت صورت عنوان و صرفاً دو صورت آن را جایز و پنج صورت دیگر را حرام اعلام نمود. صورت‌های حرام شامل موارد ذیل می‌باشد:

اول- تلقیح بین نطفه گرفته شده از شوهر و تخمک گرفته شده از زن بیگانه و سپس قرار دادن جنین در رحم زن

دوم- تلقیح نطفه مرد بیگانه و تخمک زن و سپس قراردادن جنین در رحم زوجه

سوم- تلقیح خارجی بین نطفه شوهر و تخمک زن و سپس قراردادن جنین در رحم زن داوطلب حمل

چهارم- تلقیح خارجی بین نطفه مرد و تخمک زن بیگانه و قراردادن رویان در رحم زن

^۱. بر اساس روایات «مَنْ ادَّعى الی غیر ابیه فالجنة علیه حرام» و «من انتسب الی غیر ابیه، او تولى غیر موالیه، فعلیه لعنه الله و الملائکه و الناس اجمعین» به نقل از: ارازلی، احمد، فرزندخواندگی در اسلام، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.erfanabad.org/fa/modules/news/article.php?storyid=۳۱۲>.

^۲. از نظر شیخ محمد شلتوت، تلقیح نطفه مرد با تخمک زن بیگانه در دین اسلام جرم و گناهی بزرگ است و با زنا در چارچوب یکسان و نتیجه هر دو یکی است. و این نتیجه همانا وارد کردن منی مرد بیگانه از روی قصد برای بچه‌دار کردن زنی که بین او و مرد صاحب اسپرم رابطه زوجیت نیست، علیرغم آن که از لحاظ شکل با هم تفاوت دارند اما حکم تلقیح در این حالت حکم زناست؛ مصطفی زرقا نیز در این‌باره می‌گوید: در صورت عقیم بودن شوهر، تلقیح نطفه بیگانه به رحم زن حرام است و انجام آن به لحاظ اختلاط در انساب جایز نیست؛ مجمع فقه اسلامی در کنفرانس سوم در ۸ تا ۱۳ صفر ۱۴۰۷ تلقیح اسپرم بیگانه را با تخمک زنی که با وی رابطه زوجیت ندارد در فقره ۲ و ۴ از هفت فقره موارد تلقیح مصنوعی را ممنوع اعلام نمود. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.saqr-ahm.com/vb/showthread.php?t=۶۶۹۹>

پنجم- تلقیح خارجی بین نطفه زوج و تخمک زن سپس کاشت جنین در رحم زن دوّم مرد

در ۲۵ می ۲۰۰۹ پیش‌نویس قانون تنظیم عملیات تلقیح مصنوعی و کودکان آزمایشگاهی (لقاح خارج رحمی)^۱ مصر به تصویب رسید. ^۲ حسب ماده ۵ این قانون تلقیح مصنوعی با استفاده از نطفه اهدایی جایی که نتیجه آن طفل نامشروع است ممنوع می‌باشد. به علاوه از نظر این ماده لقاح مصنوعی و یا بارور سازی خارجی را که از طریق اسپرم مرد و تخمک زن صورت می‌گیرد و سپس تخمک بارور شده در رحم زن دیگری غیر از همسر کاشته می‌شود که این زن مادر جانشین نامیده می‌شود و کار او بارداری به جای همسر می‌باشد و باید فرزند را به زن و شوهر تحویل دهد، نیز ممنوع و نتیجه آن نیز کودک غیرقانونی و نامشروع است. بنابراین در فرض انجام این عمل، طفل صرفاً به مادر ملحق خواهد شد. تلقیح تخمک زن بیگانه با اسپرم شوهر متقاضی، حرام و مانند مورد قبل داخل در معنی زناست و فرزندی که از این طریق متولد می‌شود به لحاظ اختلاط نسب مشروع نیست. ^۳ در قوانین مصر تا سال ۲۰۱۰ مسأله‌ی شبیه‌سازی مطرح نگردیده بود صرفاً پیش‌نویسی از قانون راجع به مقابله با شبیه‌سازی انسانی تحت بررسی قرار داشت. ^۴ تا این که پس از حدود ۱۴ سال بحث و بررسی «قانون پیوند و کشت اعضای بدن انسان»^۵ در ۱۸ ماده توسط پارلمان مصر در ۲۸ نوامبر ۲۰۱۰ به تصویب رسید. به‌عنوان یک اصل کلی حسب ماده ۴ قانون مذکور، انتقال اعضا یا اجزای بدن به‌نحوی که منجر به اختلاط انساب گردد ممنوع اعلام شده است.

^۱ مشروع قانون تنظیم عملیات التلقیح الصناعی و أطفال الأنابیب، یمكن الحصول فی الموقع الانترنتی:

<http://www.arabegyfriends.com/vb/t476.html>؛ این لایحه در سال ۲۰۱۰ به‌صورت قانون به تصویب رسید: قانون التّنظیم عملیات التلقیح الصناعی و أطفال الأنابیب، اول مارس ۲۰۱۰، یمكن الحصول فی الموقع الانترنتی:

<http://www.egypalace.co/vb/showthread.php?t=12243>.

^۲ این قانون در ۸ ماده با هدف وضع ضوابط اخلاقی و مشروع تلقی شدن طفل حاصل از روش-های مجاز قانونی، وضع شد.

^۳ جاد الحق، علی جاد الحق، التلقیح الصناعی لتوالد الإنسان و الإجهاض، مجله الازهر، السنة الخامسة و الخمسون، شوال ۱۴۰۳ - الجز ۱۰، صفحه ۱۴۲۹ تا ۱۴۵۰، ص ۱۴۳۳. یمكن الحصول فی الموقع الانترنتی:

<http://www.noormags.com/view/Magazine/ViewPages.aspx?ArticleId=405703>.

^۴ National Legislation Concerning Human Reproductive and Therapeutic Cloning, Paris, July 2004.

^۵ مشروع قانون بشأن تنظیم زرع ال أعضاء البشريه، یمكن الحصول فی الموقع الانترنتی:

<http://www.mfa.gov.eg/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/low/Pages/na2ela2282010.aspx>

با این حال در فرض تلفیح اسپرم بیگانه به رحم زن اهداگیرنده و یا تلفیح تخمک با اسپرم بیگانه خارج از رحم و در محیط آزمایشگاه، در صورت رضایت زوج و عدم انکار و نبودن منازع و بی‌اطلاعی قاضی از ماوقع، فرزند به شوهر زن ملحق می‌گردد.^۱ اما در صورت انکار شوهر، بین زن و مرد تفریق حاصل شده و فرزند فقط به مادر ملحق می‌گردد و در صورت وجود منازع و اختلاف در نسب طفل مورد نزاع، آزمایش خون و «دی.ان.ای»، تعیین‌کننده خواهد بود. بنابراین در شیوه‌های جدید باروری تا زمانی که طفل از سوی شوهر انکار نشود در صورت عدم علم قاضی و نبود منازع بر اساس قاعده‌ی فراش به وی ملحق خواهد شد.

در حقوق انگلیس اماره‌ی والدیت در هر صورت جریان می‌یابد و در حقیقت برای استقرار وضعیت طفل و با هدف سرپرستی از وی، شوهر زنی که خدمات کمکی باروری را دریافت می‌نماید پدر طفل خطاب می‌گردد مگر آن که خلاف آن ثابت گردد. حتی در فرضی که زن و مرد با یکدیگر ازدواج ننموده اما وفق مقررات قانون قرارداد مشارکت مدنی باهم منعقد نموده باشند و طفل در نتیجه اهدای اسپرم به وجود آمده باشد وفق ماده ۴۲ قانون لقاح و جنین‌شناسی ۲۰۰۸ شریک مرد از نظر قانون پدر طفل شناخته خواهد شد. این اماره فیمابین زوجین همجنس-گرا نیز قابلیت اجرا دارد و زنیکه خدمات کمکی باروری را دریافت نموده و کودک را به دنیا می‌آورد مادر طفل و شریک همجنس‌گرای وی والد دیگر طفل فرض می‌شود.

با مطالعه و مقایسه‌ی سیستم‌های حقوقی فوق ملاحظه می‌گردد در حقوق ایران اجرای اماره‌ی فراش در فرض استفاده از شیوه‌های جدید باروری با ابهام و اختلاف‌نظر علما و فقها روبروست و تمایلی بر پذیرش بی‌قید و شرط اماره‌ی فراش و تلقی طفل متولد از این شیوه‌ها به والدین متقاضی و یا شوهر زن حامل وجود دارد که به نوعی با گسترش اماره‌ی زوجیت در حقوق انگلیس تشابه دارد. در حقوق مصر در شرایطی که طفل نامشروع است و یا از شیوه‌های جدید باروری به وجود آمده است، شوهر می‌تواند کودک را انکار ننماید و اگر منازعی در بین نباشد با اجرای اماره‌ی فراش طفل به شوهر ملحق خواهد شد. در حقوق انگلیس در شیوه‌های جدید باروری این اماره همچنان بر اساس قانون اجرا و شوهر زنی که فرزند حاصل از اسپرم یا جنین دیگری را به دنیا می‌آورد از نظر قانون پدر طفل خطاب می‌گردد. حتی در حقوق این کشور به لحاظ قانونی بودن نهاد‌های همجنس‌گرایی و امکان استفاده از شیوه‌های کمکی تولید مثل برای همه‌ی اشخاص من جمله زوجین همجنس‌گرا اماره‌ی فراش جریان یافته و طفل متولد از این شیوه به شریک جنسی به عنوان والد دیگر طفل ملحق خواهد شد.

نتیجه‌گیری

^۱. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به: نقض جلسه ۱۹۷۵/۶/۲۵ - ص ۱۳۰۲ - س ۲۶، وكذلك نقض احوال شخصیة، الطعن رقم ۱۱۴ لسنة ۶۴ ق، جلسة ۱۹۹۸/۱۱/۲۰، نقل از: سامح، پیشین، ص ۵.

اماره‌ی فراش یک اماره‌ی قانونی است که اعمال آن در هر سه سیستم حقوقی با شرایط خاصی همراه است. به‌عنوان یک قاعده‌ی کلی برای اجرای اماره‌ی فراش، رابطه‌ی قانونی فی‌مابین زوجین شرعی یا قانونی، نزدیکی و رعایت بازه‌ی زمانی خاص لازم است. در شیوه‌های جدید باروری همواره تمامی شروط مذکور موجود نیست. اجرای اماره‌ی فراش در شیوه‌های جدید باروری مستلزم آن است که برای اماره‌ی ابوت تا چه حدی قدرت اثباتی در نظر بگیریم. مطالعه در سیستم حقوقی ایران بیان‌گر آن است که به لحاظ بدیع بودن به کارگیری شیوه‌های جدید باروری، قوانین کاملی در این خصوص وجود ندارد و نظریات فقها نیز با اختلاف قابل توجهی ارایه گردیده است. غالب فقهای متقدم امامیه اماره فراش را بین زوجین قانونی و منوط به شرایط تحقق، جاری و اثبات خلاف آن را جز با لعان ممکن ندانسته‌اند. در حالی‌که در میان فقهای متأخر از یک سو اجرای اماره‌ی فراش در صورت وجود علم امکان‌پذیر نبوده و از سوی دیگر با سایر ادله‌ی می‌توان خلاف اماره فراش را ثابت نمود. در میان حقوق‌دانان نیز نظریه‌ی غالب بر عدم امکان اجرای اماره‌ی فراش در شیوه‌های جدید باروری به لحاظ وجود علم به حقیقت ناباروری زوجین و عدم نزدیکی وجود دارد و اثبات خلاف اماره‌ی فراش با تمام ادله‌ی موجود امکان‌پذیر است. طبیعتاً با ملاحظه‌ی شرایط اعمال اماره‌ی مذکور و این که اماره‌ی فراش از حقوق رم به حقوق اسلام و نهایتاً در حقوق ایران وارد شده و تنها طریق مٹکی بر حقایق علمی برای اثبات نسب طفل در زمان خود بوده و هیچ راه مطمئن‌تر و حقیقی‌تر از آن وجود نداشته، بنابراین نمی‌توان این اماره را به‌نحو اطلاق در همه‌ی موارد تولد طفل در قلمرو خانواده - حتی در شیوه‌های جدید باروری جایی که طفل از نطفه‌ی دیگری حاصل می‌شود ولی توسط همسر مرد نابارور به دنیا می‌آید- جاری دانست؛ زیرا با حصول علم به ناباروری احد زوجین یا هر دوی ایشان و نیز استفاده از نطفه بیگانه و تقارن زمانی میان عملیات بارور سازی و حاملگی، مجالی برای اعمال اماره‌ی فراش باقی نمی‌ماند. ضمن آن که اگر راهی برای دستیابی به یقین و نفی اماره‌ی فراش وجود داشته باشد پافشاری بر جریان اماره و اعتبار مطلق آن خلاف اغراض شارع مقدس و انتساب بی‌مورد طفلی به غیر از پدر حقیقی اوست.

در حقوق مصر اماره‌ی فراش با شرایطی مشابه شرایط حقوق ایران از جمله: رابطه‌ی شرعی و یا اعتقاد به شرعی بودن رابطه، نزدیکی و بازه‌ی زمانی خاص وجود دارد. شیوه‌های جدید باروری در حقوق مصر تنها فی‌مابین زوجین قانونی مورد پذیرش قانون‌گذار بوده و اماره‌ی فراش در این فرض جریان می‌یابد اما در فرضی که پای شخص ثالث برای تکمیل چرخه توالد و تناسل باز می‌شود این اماره تنها در صورت سکوت شوهر و فقدان علم قاضی جریان می‌یابد.

در سیستم حقوقی انگلیس به عنوان یک اصل کلی فرض مشروعیت میان زوجین قانونی و در بازه‌ی زمانی خاص جاری می‌شود و در رابطه‌ی نامشروع اجرا نخواهد شد. بازه‌ی زمانی علمی در اجرای اماره‌ی فراش خصوصیت نداشته و عدم رعایت آن خللی به اجرای اماره‌ی فراش وارد نمی‌آورد. امروزه در سیستم حقوقی انگلیس رابطه‌ی نامشروع رابطه‌ای است که مورد شناسایی قانون قرار نگرفته است و بنابراین رابطه‌ی زن و مردی که ازدواج ننموده ولی با

یکدیگر قرارداد مشارکت منعقد نموده‌اند و یا رابطه‌ی زوجین همجنس‌گرا که مورد تأیید قوانین انگلیس می‌باشد نامشروع تلقی نمی‌گردد و در نتیجه اگر فرزندی در قلمرو این نهادهای قانونی متولد شود با اعمال فرض مشروعیت مشروع تلقی خواهد شد. این فرض قانونی به عنوان یک دلیل اولیّه در اثبات نسب مطرح است و با هر دلیل دیگری قابل نقض می‌باشد.

منابع

اول. منابع به زبان فارسی

الف: کتاب‌ها

۱. امامی، اسدالله، مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه، تهران: موسوی، ۱۳۴۹.

۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد پنجم، چاپ دوم، تهران: اسلامیّه، ۱۳۴۳.
۳. آخوندی، محمد مهدی و بهجتی اردکانی، زهره، رحم جایگزین؛ تعریف، انواع و ضرورت استفاده از آن در درمان ناباروری، مجموعه مقالات رحم جایگزین: بررسی رحم جایگزین از منظر پزشکی، حقوقی، فقهی، اخلاقی- فلسفی، روان‌شناختی، جامعه‌شناختی، چاپ اول، تهران: سمت و پژوهش‌کده ابن سینا، ۱۳۸۶.
۴. آخوندی، محمد مهدی و صادقی، محمدرضا، ضرورت به‌کارگیری تکنیک‌های باروری کمکی در تولید مثل انسان، روش‌های تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، تهران: سمت و پژوهش‌کده ابن سینا، ۱۳۸۲.
۵. خوئینی، غفور، ادله اثبات‌دعوی و بررسی تطبیقی آن، چاپ اول، تهران: فضیلت علم، ۱۳۸۱.
۶. شهیدی، مهدی، تلقیح مصنوعی انسان، روش‌های نوین تولید مثل انسانی: مجموعه مقالات، تهران: پژوهش‌کده ابن سینا و سمت، ۱۳۸۲.
۷. صفایی، سید حسین، امامی، اسدالله، حقوق خانواده: قرابت و نسب و آثار آن، جلد دوم، چاپ اول، دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.
۸. غفاری، معرفت، روش‌های پیشرفته در درمان نازایی، روش‌های نوین تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق، چاپ دوم، تهران: سمت و پژوهش‌کده ابن سینا، ۱۳۸۲.
۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی: خانواده، اولاد، جلد دوم، چاپ سوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۲.
۱۰. محمودی دشتی، علی‌اکبر، ادله اثبات دعوی، جلد اول، چاپ اول، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۳۷۳.

ب: مقالات

۱۱. سید محمد رضا، آیتی، محمد باقر، عامری نیا، نقد و بررسی دیدگاه‌های اهل سنت در شبیه‌سازی انسانی، فصل‌نامه فقه و مبانی حقوق، سال چهارم، شماره دوازدهم.
۱۲. سید حسن، اسلامی، شبیه‌سازی انسانی از دیدگاه شیعه؛ بررسی چهار دیدگاه، مجله فقه، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم.

۱۳. مژگان، براتی، فریده، مرمضی، سارا، مسیحی و ناهید، شهبازیان، متوسط مدّت بارداری در زایمان‌های خود بخودی در بیمارستان‌های دانشگاهی اهواز در سال ۱۳۸۶، مجله دانشگاه علوم پزشکی کرمان، دوره شانزدهم، شماره دوم.

۱۴. ابراهیم، خادم ازغدی، بررسی حداقل سن بارداری جهت تولد نوزاد پیش از موعد با حداکثر میزان بقا و تطابق آن با آیات قرآن مجید، مجله علوم پزشکی دانشگاه آزاد اسلامی، دوره هیجدهم، شماره چهارم.

۱۵. محمدعلی، خورسندیان، بررسی حجیت علم قاضی در فقه و حقوق ایران، مجله علوم اجتماعی، دانشگاه شیراز، شماره چهل و یکم.

۱۶. سیدحسین، صفایی، تولید مثل مصنوعی با کمک پزشکی و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران، نشریه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره شصت و چهارم.

۱۷. ناصر، کاتوزیان، ماهیت و اثر اماره حقوقی، مجله دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، شماره شصت و چهارم.

۱۸. سید طه، مرقاتی، نسب ناشی از لقاح مصنوعی با دخالت عامل بیگانه، مجله مقالات و بررسی‌ها، شماره سوم.

۱۹. محمد، یزدی، باروری‌های مصنوعی و حکم فقهی آن، تهران، فقه اهل‌بیت، سال دوم، شماره پنجم و ششم.

ج: سایت‌ها

۲۰. ارزلی، احمد، فرزندخواندگی در اسلام، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.erfanabad.org/fa/modules/news/article.php?storyid=۳۱۲>

۲۱. حسنی، محمد، استفتا اثبات نسب به وسیله آزمایش‌های ژنتیکی، بی‌تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://vakilghasemian.blogfa.com/post-۱۵.aspx>

۲۲. خوئی، ابوالقاسم و وحید خراسانی، حسین، فتاوی، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://portal.anhar.ir/node/۳۳۷۴/?ref=sbttl>

۲۳. کاشانیان، مریم، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

http://ch۳.ir/salamat/index.php?option=com_content&view=article&id=۸۳
۱:۹۰۰۳۲۴&catid=۵۴:spring۹۰&Itemid=۴۳۲

۲۴. مکارم شیرازی، ناصر، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.makarem.ir/websites/farsi/estefta/?mit=۱۱۳۷>

۲۵. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.medicblog.ir/post-۲۵۶۸.aspx>

۲۶. پایگاه اینترنتی:

<http://www.medicinenet.com/infertility/page۷.htm>

۲۷. پایگاه اینترنتی:

<http://www.medicblog.ir/post-۲۵۶۸.aspx>

دوم. منابع به زبان عربی

الف: کتاب‌ها

۲۸. إبراهيم بك، أحمد، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة و القانون، و اصل علاالدين أحمد إبراهيم، چاپ پنجم.

۲۹. بخاري، محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الدار العربية، بي تا.

۳۰. ابن عابدين، محمد امين، الرد المختار شرح تنوير الابصار، دراسه و التحقيق الشيخ عادل احمد عبدالموجود و الشيخ على محمد معوض، جلد سوم، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلميه، ۱۴۱۵هـ.

۳۱. ابن اسم، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، حاشيه الروض المربع، جلد هفتم، چاپ اول، ۱۴۰۰هـ.

٣٢. ابن قدامه، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقى، ١٥ مج، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، و عبدالفتاح محمد الحلو، جلد نهم، چاپ سوم، رياض: دار عالم الكتب، ١٤١٧ هـ.
٣٣. ابن قيم جوزى، محمد بن أبى بكر، زاد المعاد، تحقيق: شعيب ال أرنؤوط، و عبدالقادر ال أرنؤوط، چاپ بيست و هفتم، مؤسسه الرساله، ١٤١٥ هـ.
٣٤. ابن مفلح، أبو عبدالله محمد بن مفلح، الفروع، جلد پنجم و هفتم، چاپ چهارم، بيروت: عالم - الكتب، ١٤٠٥ هـ.
٣٥. ابوزهره، محمد، الاحوال الشخصيه، چاپ دوم، دار الفكر، ١٩٧٥ م.
٣٦. بدران، ابوالعين بدران، حقوق الاولاد فى الشريعه الاسلاميه و القانون، مؤسسه شاب الجامعه، بي تا.
٣٧. بلتاجى حسن، كتاب الميراث و الوصيت، قاهره: مكتبه الشباب، ١٩٩٠ م.
٣٨. بهوتى، منصور بن يونس بن ادريس، الكشاف القناع عن متن الاقناع، جلد پنجم، دار الفكر، ١٤٠٢ هـ.
٣٩. حر عاملي، محمد بن الحسن، وسائل الشيعه إلى تحصيل مسائل الشريعه، جلد چهاردهم و پانزدهم و بيست و يك، قم: مؤسسه آلال بيت عليهم السلام لاحيا التراث، بي تا.
٤٠. جبعى العاملى، زين الدين بن على بن احمد (شهيد ثانى)، الروضه البهيّه فى شرح اللمعه الدمشقيه، جلد پنجم، چاپ دوم، جامعه النجف الدينيه، ١٣٩٨ هـ.
٤١. _____، مسالك الافهام فى شرح شرائع الاسلام، جلد هفتم، قم: دار الهدى للطباعه والنشر، بي تا.
٤٢. حلى، ابوالقاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن (محقق حلى)، شرايع الاسلام فى مسائل الحلال و الحرام، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: استقلال، ١٤٠٩ هـ.
٤٣. علامه حلى، أبو منصور الحسن بن يوسف بن المطهر، قواعد الأحكام فى معرفه الحلال و الحرام، جلد سوم، چاپ اول، مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه، ١٤١٩ هـ.
٤٤. سرخسى، شمس الدين، المبسوط، ج ٢، ج ٥، ج ٧ و ج ١٧، دار الكتب العلميه، بيروت، لبنان، چ ١، ١٤١٤ هـ.

٤٥. سنهوري، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جلد دوم، بيروت: دار الاحيا التراث العربي، بي.تا.
٤٦. الشريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، جلد سوم، چاپ اول، بيروت: دارالمعرفة، ١٤١٨هـ.
٤٧. المهذب الشيرازي، مواهب الجليل، جلد دوم، چاپ اول، بيروت: دارالفكر، ١٣٩٨هـ.
٤٨. طباطبائي، سيد علي، رياض المسائل في بيان أحكام الشرع بالدلائل، جلد دهم، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامي التابعه لجماعه المدرسين بقم المقدسه، ١٤١٢هـ.
٤٩. فيروزآبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، چاپ دوم، مصر: المطبعة الحسينيه، ١٣٤٤هـ.
٥٠. كاساني، علاء الدين أبوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جلد دوم و سوم، چاپ دوم، بيروت: دارالكتب العلميه، ١٤٠٦هـ.
٥١. كعبي، خليفه على الكعبي، البصمه الوراثيه و اثرها على الاحكام الفقهيّه، دارالجامعه الجديد، الاسكندريه، ٢٠٠٤ م.
٥٢. ماوردي، علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، تحقيق: علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، جلد هشتم، چاپ اول، بيروت: دارالكتب العلميه، ١٤١٤هـ.
٥٣. محجوب، محمد، الاسره و احكامها في الشريعه الاسلاميه، ١٩٨٣م.
٥٤. مصطفى كمال، أشرف، قوانين ال أحوال الشخصيه معلقاً على نصوصها، چاپ ششم، بي.تا، ٢٠٠٣م.
٥٥. منتدى طلاب العلوم الطبيه في جامعه البعث، العلوم الطبيه الاخرى، الطب البشري: الاستنساخ، يمكن الحصول في الموقع الانترنتي:
<http://health-students.ba7r.org/t55-topic>
٥٦. موسوى جنوردي، محمد، القواعد الفقهيّه، جلد چهارم، بي.تا، بي.تا.
٥٧. موسوى خميني، سيد روح الله، تحرير الوسيله، جلد دوم، چاپ دوم، نجف: الآداب، ١٣٩٠هـ.
٥٨. نجفي، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، جلد سى و يكم و سى و دوم، تهران: دارالكتب الإسلاميه، تهران، ١٣٩٢هـ.

ب: مقاله‌ها

۵۹. عبد الستار عبد الكريم، ابو غده، الاستنساخ من الزوجين و الاحكام التي تترتب على ذلك، المجلس لاروى لافتا و البحوث، دوره دهم، ۲۰۰۳م.

۶۰. على جاد الحق، جاد الحق، التلقيح الصناعي لتوالد الإنسان و الإجهاض، مجله الازهر، سال پنجاه و پنجم، شوال ۱۴۰۳ – جلد دهم، پایگاه اینترنتی:

<http://www.noormags.com/view/Magazine/ViewPages.aspx?ArticleId=۴۰۵>
۷۰۳

۶۱. عبد القديم، زلوم، حكم الشرع فى الاستنساخ، نقل الاعضاء، اجهاض، اطفال الانابيب، اجزه الانعاش الطبيه، الحياه و الموت، چاپ اول، ۱۴۱۸هـ.

۶۲. سيد محمد، سامح، دعوى النسب شرعاً و قانوناً، بی‌تا، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=۸۴۱>

۶۳. المجمع الفقهي الاسلامی، مجله المجمع الفقهي، العدد السادس نشر، السنه الرابعه عشره، مكه، ۱۴۲۴ هـ.

ج: سایت‌ها

۶۴. پایگاه اینترنتی:

<http://arab.۶۳on.com/thread۳۶۷۶۴>

۶۵. پایگاه اینترنتی:

<http://www.saquer-ahm.com/vb/showthread.php?t=۶۶۹۹>

سوم: منابع به زبان انگلیسی

الف: کتاب‌ها

۶۶. Glanvil, book ۷, ch ۱۲, Bracton, fol ۶, co Litt ۳۷۳ and Blackstones Commentaries ۱، ۴۵۷.

٦٧. Harry D. Krause, *Illegitimacy: law social policy*, Bobbs-Merrill, ١٩٧١,
Available at:

http://books.google.com/books/about/Illegitimacy_law_and_social_policy.html?id=٥fE_AAAAIAAJ

٦٨. Wardle, Lynn & Lanurence, C. Nolan, *Fundamental Principles of Family Law*, ٢٠٠٢, Available at:

http://books.google.com/books/about/Fundamental_Principles_of_Family_Law.html?id=HlryzOq٥XOEC

ب: مقاله‌ها

٦٩. Bainham, *what is a Parent? A Socio-Legal Analysis: Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions*, Cambridge Socio-Legal Group, Oxford – Portland Oregon, ١٩٩٩.

٧٠. Lloyd J. Planert, *Proof of Illegitimacy in Paternity Proceedings*, ١٩٤١, ٢٥
Marq. L. Rev. ١٤٨, Available at:
<http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol٢٥/iss٣/٤>.

٧١. Lowe, Nigle, *Establishment of Paternity Under English Law*, Available at:

www.ciec١.org/Etudes/ColloqueCIEC/CIEColloqueLoweAngl.pdf

٧٢. Science Diction: *The Origin Of The Word 'Clone'*, March ١١, ٢٠١١,
Available at:

<http://www.npr.org/٢٠١١/٠٣/١١/١٣٤٤٥٩٣٥٨/Science-Diction-The-Origin-Of-The-Word-Clone>

٧٣. Sheldon, Sally, *Unmarried Fathers and Parental Responsibility: a Case for Reform? Feminist Legal Studies*, ٢٠٠١, ٩ (٢), Available at:
<http://kar.kent.ac.uk/١٤٥٢/>

٧٤. The consultation paper entitled, Procedures for TheDetermination of Paternity and on The Law on Parental Responsibility for Unmarried Fathers, is available on the the Lord Chancellor's Department's web site <http://www.open.gov.uk/lcd/consult/general/pat-con:on>

ج: سايت ها

٧٥. What is intra-cytoplasmic sperm injection and how does it work?
Available at:<http://www.hfea.gov.uk/ICSI.html>

٧٦. National Health and Research Council, Available at:
<http://www.nhmrc.gov.au/health-ethics/australian-health-ethics-committee-ahec/assisted-reproductive-technology-art/assisted->
[.http://www.medicinenet.com/infertility/page٧.htm](http://www.medicinenet.com/infertility/page٧.htm)



مسئولیت‌های مدنی داور

*الناز عباسیان **بختیار عباسلو

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۱/۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۱۵

چکیده

متأسفانه در بسیاری از پرونده‌های داور، داور و اصحاب دعوا به مواردی بی توجه و گاهی با آن نا آشنا هستند که عدم شناخت آن‌ها موجب مشکلاتی می‌شود. ممکن است داور با بی احتیاطی و یا حتی سو نیت به وظایف خود بی توجهی و یا از اختیار محوله عمداً سوء استفاده نموده و موجب بروز خسارت به یکی از طرفین شود. چارچوب و حدود مسئولیت داور، تحدید این مسئولیت به وسیله طرفین، مسئولیت سازمان‌های برگزار کننده داور و یافتن طرق جبران خسارت از جمله موضوعاتی است که در قوانین کشورمان به آن اشاره نشده و در حقوق کامن لا هم مصونیت مطلق برای داوران در نظر گرفته شده است. در کل در نظام‌های حقوقی مختلف ملاک‌ها و ضوابط متفاوتی را در برخورد با خلاق‌های داور اتخاذ کرده‌اند. با بررسی دقیق نظام حقوقی ایران و کامن لا و قواعد حاکم بر سازمان‌های داور در خصوص مسئولیت داور به این نتیجه می‌رسیم که بر خلاف نظریه‌های مصونیت گرا، شناسایی مسئولیتی متعارف برای داوران نه تنها تمامیت، سلامت و نهایی بودن آراء و تقدس داور را زایل نخواهد کرد بلکه شفافیت و مسئولیت پذیری را گسترش خواهد داد و به نوبه خود به پویایی نهاد داور کمک شایانی خواهد نمود.

واژگان کلیدی: مسئولیت، مسئولیت مدنی، داور، مسئولیت داور، مصونیت داور

مقدمه

در طول تاریخ، بشر مدام بر سر منافع درگیر و دار اختلافات با یکدیگر بوده و همیشه راه حلی برای این اختلافات می‌جست. از همان زمان داور پا به میدان گذاشت و با تکیه بر وجدان بشری برای رفع اختلافات گام برداشت. رفته رفته نهاد داور به امری مقدس مبدل شد که تنها افراد صالح دارای نیروی ایمان و عدالت، جواز پا نهادن در این حوزه را داشتند. قدمت نهاد داور به درازای وجدان بشری است و دادگاه‌های مدرن جهان وام دار شیوه و مسلک داوران دیروز می‌باشند. با گسترش روابط بین‌الملل ارتباط تجاری سیر صعودی خود را آغاز کرد و حیات انسان‌ها به سرنوشت هم دیگر گره خورد و به سمت جهانی شدن پیش رفت و با تولد اقتصاد جهانی، تجار اقدام به انعقاد قراردادهای تجاری بین‌المللی نمودند. طرفین قرارداد از نظام‌های حقوقی گوناگون بوده که نسبت به دادگاه‌های ملی طرف مقابل خود سوء ظن داشتند. این بدبینی‌ها به هجوم سیل آسای تجار به استفاده از خدمات داور منجر شد. در همین راستا در سال‌های اخیر سازمان‌ها و نهادهای داور به طور قارچ گونه‌ای تاسیس و توسعه یافته‌اند تقریباً در سراسر دنیا مراکز داور در بطن سازمان‌های خصوصی کانون‌های وکلا و اتاق‌های تجارت تشکیل شده و آن طور که پیش می‌رود برخی از آن‌ها بزودی به نهادهای داور بسیار فعال و پرآوازه‌ای مبدل خواهند شد. در این میان حتی شاهدیم که برخی از مراکز داور فقط به عنوان ابزاری برای تقلب و کلاهبرداری شکل گرفته‌اند که طرح این گونه پرونده‌ها در محاکم کیفری برخی از کشورها گواه بر این امر است. در این مقاله سعی شده تا با تعریف رابطه داور و بررسی ماهیت آن مسئولیت‌هایی را به داور متحمل کنیم.

یکی از مهم‌ترین اهداف آن پرداختن به مسایل مسکوت مانده داور است. با بررسی دقیق نظام حقوقی ایران و برخی کشورها در خصوص مسئولیت داور برآنیم تا اثبات کنیم بر خلاف نظریه‌های مصونیت گرا شناسایی مسئولیتی متعارف برای داوران نه

* دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشکده حقوق واحد تهران مرکز دانشگاه آزاد اسلامی
** استاد یار دانشکده حقوق واحد تهران مرکز دانشگاه آزاد اسلامی

تنها تمامیت، سلامت و نهایی بودن آراء و تقدس داوری را زایل نخواهد کرد بلکه شفافیت و مسؤلیت پذیری را گسترش خواهد داد و به نوبه خود به پویایی نهاد داوری کمک شایانی خواهد نمود.

مناسفانه مسؤلیت مدنی داوران از آن جمله موضوعاتی است که قوانین داخلی نسبت به آن مسکوت بوده و قوانین خارجی هم بیشتر پیرامون معافیت داوران است. با این وجود تنها مقالات صاحب نظران است که کم و بیش به این مهم پرداخته‌اند.

بخش اول: تبیین نهاد داوری و مسؤلیت داور

بند اول: تعریف و ماهیت حقوقی موافقت‌نامه داوری در حقوق ایران

در حقوق ایران، داوری به عنوان یکی از شیوه‌های حل و فصل اختلافات همواره مورد توجه و احترام بوده است. تا جایی که با تصویب قانون حکمیت در سال ۱۳۰۶ نوعی داوری اجباری پیش‌بینی شد. داوری اجباری تا سال ۱۳۵۸ برقرار بود؛ ولی اکنون به استثنای دعوی طلاق که ارجاع اختلاف به داوری هنوز اجباری می‌باشد، در سایر موارد رجوع به داوری اختیاری است. در قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب فروردین ۱۳۷۹ مواد ۴۵۴ تا ۵۰۱ به داوری اختصاص یافته است. موافقت‌نامه داوری عقدی است که به موجب آن طرفین توافق می‌نمایند که دعوی موجود خود را، خواه در دادگاه طرح شده یا نشده باشد و یا منازعه احتمالی خود را که در آینده ممکن است حادث شود، برای رسیدگی و صدور رای، به داوری یک یا چند نفر ارجاع نمایند.^{۱۳۰}

الف: انواع موافقت‌نامه داوری

مطابق ماده ۴۵۴ ق. آ. د. م. ، «کلیه اشخاصی که اهلیت اقامه دعوا دارند می‌توانند با تراضی یکدیگر منازعه و اختلاف خود را اعم از این که در دادگاه‌ها طرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در هر مرحله‌ای از رسیدگی باشد، به داوری یک یا چند نفر ارجاع دهند.»

قرارداد مورد اشاره در این ماده زمانی منعقد می‌شود که منازعه و اختلاف واقع شده و تفاوتی نمی‌نماید که در مرجع دولتی مطرح شده یا نشده باشد و در صورت طرح در مرحله نخستین یا تجدید نظر باشد.^{۱۳۱} حتی چنانچه امر در دیوان عالی کشور مطرح باشد امکان توافق به داوری وجود دارد.

اگر چه موافقت‌نامه داوری، پیش از وقوع منازعه و اختلاف معمولاً به صورت شرط ضمن عقد واقع می‌شود، اما متعالمین می‌توانند به موجب ماده ۴۵۵ این قانون، حتی قبل از بروز اختلاف و دعوا، ضمن معامله یا به موجب قرارداد جداگانه تراضی نمایند که در صورت بروز اختلاف بین آنان، به داوری مراجعه کنند و نیز می‌توانند داور یا داوران خود را قبل یا بعد از بروز اختلاف تعیین نمایند. موافقت‌نامه داوری به شکل شرط ضمن عقد وقتی است که دو یا چند نفر در ضمن معامله‌ای که آن چه می‌دهند ملتزم می‌شوند که در صورت بروز اختلاف بین آنان به داور مراجعه نمایند.

ب: محدودیت در ارجاع دعوا به داوری

به موجب ماده ۴۵۵ این قانون اشخاص در ارجاع اختلافات خود به مرجع داوری و نیز در چگونگی تعیین داور از آزادی عمل برخوردارند. با این حال مواردی وجود دارد که آزادی اراده طرفین به انتخاب روش داوری و تعیین داور، با قواعد امری محدود شده است. این محدودیت هم شامل اشخاص خصوصی است و هم شامل اشخاص دولتی.

بند دوم: تعریف، ماهیت حقوقی مسؤلیت داور و نوع رابطه‌ی او با طرفین داوری

الف- تعریف عام و خاص مسؤلیت داور

مسؤلیت در لغت در معانی: «ضمانت، ضمان، تعهد و مؤاخذه» به کار رفته است و در اصطلاح حقوقی به تعهد قهری یا اختیاری شخص در مقابل دیگری (خواه مالی باشد خواه غیرمالی) گفته می‌شود که بر دو قسم است: یکی، مسؤلیت جزایی و دیگری، مسؤلیت مالی یا مدنی. به تعبیر دیگر، هر کس ضرری به دیگری وارد کند، باید از عهده‌ی جبران خسارت مادی و معنوی وارده بر آید، مگر آن که اضرار به غیر بنا به تجویز قانون باشد یا ضرر و زیان وارده به اشخاص، در نظر عرف،

^{۱۳۰} عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ هفتم، زمستان ۸۵، انتشارات دراک ص ۵۲۰

^{۱۳۱} احمد، متین دفتری، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، ج ۱، ش ۲۷، ص ۱۵۶

ناروا و غیر متعارف جلوه ننماید؛ که در این صورت، فاعل ملزم به تدارک ضرر نمی‌باشد. ذیلاً به دو تعریف از مسؤولیت داور می‌پردازیم.

۱- تعریف عام

بر مبنای تعریف عام «در هر مورد که شخص داور ناگزیر از جبران خسارت دیگری باشد می‌گویند در برابر او مسؤولیت دارد». بر مبنای تعریف مذکور، زیان دیده، طلبکار، و مسؤول، بدهکار و موضوع بدهی جبران خسارت نامیده می‌شود؛ و مسؤول کسی است که باید آثار خطایی را که مرتکب شده، تحمل نماید و هیچ ضرری نباید بدون جبران باقی بماند. اگرچه مسؤولیت اخلاقی باشد. لیکن مسؤولیت مدنی و اخلاقی با همدیگر تفاوت دارند، به لحاظ این که مسؤولیت اخلاقی به معنی شرمساری وجدان است که بیشتر جنبه‌ی شخصی^{۱۳۲} دارد؛ در حالی که مسؤولیت مدنی و دیگر مسؤولیت‌ها جنبه نوعی^{۱۳۳} و اجتماعی دارد و معیار آن، رفتار متعارف و متداول افراد جامعه است. در مسؤولیت مدنی، ورود ضرر، تجلی خارجی فعل یا ترک فعل زیانبار می‌باشد که خسارت وارده شرط تحقق مسؤولیت داور است.

۲- تعریف خاص

در تعریف خاص مسؤولیت داور با توجه به قاعده‌ی کلی مسؤولیت، می‌توان گفت: «هر گاه داور در نتیجه تصمیمات شبه قضایی خود اعم از رأی یا قرار در خصوص دعوی ارجاع شده، مسؤول جبران خسارت وارده بر شخص زیان دیده شناخته شود، مسؤولیت دارد».^{۱۳۴} برخی بر این عقیده‌اند تصمیم داور هر چند در جهت انجام وظایف قانونی و با اراده و آگاهی او اتخاذ می‌گردد، ولی در هنگام تصمیم‌گیری قصد پذیرش مسؤولیت در برابر زیان دیده را ندارد؛ بلکه این تصمیمات را باید در زمره حوادث و وقایع حقوقی^{۱۳۵} تلقی نمود؛ چرا که به محض تحقق، نتایج آن را اراده شخص داور تعیین نمی‌کند، و قاعدتاً، قانون داور خاطی را مسؤول آن واقعه می‌داند و در واقع نوعی رابطه دینی بین زیان دیده و داور زیان زننده به وجود می‌آید، که بر مبنای آن، شخص مسؤول، بدهکار گفته می‌شود؛ و در بعضی موارد علاوه بر مسؤولیت مدنی، مسؤولیت جزایی نیز محقق می‌گردد.

ب - ماهیت حقوقی مسؤولیت داور

نقض وظیفه‌ی داور می‌تواند مبنای قراردادی یا قهری داشته باشد (البته جدا از مسؤولیت کیفری و انتظامی). به طور کلی، نظام‌های کامن لو، رومی ژرمنی و اسلامی منبع مسؤولیت داوران را در قرارداد داوری و روابط قراردادی بین طرفین جستجو می‌کند.^{۱۳۶} در قبول مبنای قراردادی برای مسؤولیت داوران اختلاف شدیدی وجود دارد. به طور سنتی نظام رومی ژرمنی و برخی کشورهای عربی بر قراردادی بودن روابط طرفین تأکید می‌کنند و آن را پایه و اساس مسؤولیت بالقوه‌ی داوران می‌دانند. در مقابل نظام کامن لو بر شبه جرم بودن ماهیت رفتار داور در نقض وظیفه‌ی مواظبت معتقد است.^{۱۳۷} البته گرچه برخی از پرونده‌ها حاکی از آن هستند که مسؤولیت قراردادی داوران چیزی بیش از وظیفه‌ی حرفه‌ای مراقبت است.

۱- قراردادی

یکی از اصول جهانی حقوق داوری معاصر این است که قرارداد نقش انکار ناپذیری در هدایت جریان داوری بر دوش می‌گذرد.^{۱۳۸} نقش قرارداد در این حکمرانی از نظامی به نظامی دیگر یا از دادگاهی به دادگاهی دیگر متفاوت می‌باشد. با این حال

^{۱۳۲}. subjective

^{۱۳۳}. objective

۱. حمید رضا، نیکبخت، داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات مؤسسه‌ی مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، سال ۱۳۸۸، ص ۴۰۴.

(- Mourre, Alexis, "Arbitration and Criminal law. Reflections on the duties of the arbitrator", Arbitration International, vol. ۲۲, p, ۱۴ (۲۰۰۳))

^{۱۳۵}. حمید رضا، نیکبخت، پیشین

Bristow, David, "The gathering storm of arbitrators and mediators' Iniability" in Alternative Dispute Resolution Journal, p. ۴ (۲۰۰۰).

^{۱۳۶}. The Resolution Arbitri

^{۱۳۷}. Duty of care.

^{۱۳۸}. دیوان عالی کشور آمریکا این گونه توضیح می‌دهد که: «ما قبلاً نیز خاطر نشان کردیم که رویه و سیاست قانون فدرال آمریکا برخلاف اراده و قرارداد طرفین عمل نمی‌کند... اگر طرف‌های قرارداد توافق می‌کنند که ... قانون فدرال از قرارداد طرفین حمایت خواهد کرد تا اجراء گردد. اگرچه چنان قضیه‌ی از شمول داوری استثناء شده باشد.» در این قضیه دیوان احترام به قراردادهای خصوصی را به رسمیت شناخته است. جهت مطالعه بیشتر مراجعه کنید به نیکبخت، حمیدرضا، داوری تجاری بین‌المللی همان

قرارداد، تولید کننده‌ی قواعد و اصول چشمگیری برای داورها و شکل دهی جریان داور است، این حقیقت دقیقاً در خصوص داور تجاری بین المللی صادق می‌باشد؛ چرا که فقدان قانون‌گذاری و آیین‌های رسیدگی فراملی متحدالشکل در حوزه‌ی داور تجاری بین‌المللی، قرارداد را به عنوان منبع اساسی برای قانون داور تجاری بین‌المللی و قراردادهای بین‌المللی تبدیل کرده است. اگر چه قانون‌گذاری در سیستم‌های ملی شدیداً احساس می‌گردد، ولی با این حال نقش آزادی قراردادی در این بعد به نحو بسیار مستحکمی در داورهای محلی شده است. در سیستم‌های ملی امپراطوری قرارداد بر داور با دلایلی بیشمار توجیه شده است. در دکتورین دادگاه‌ها قرارداد در مسیر قانونمند کردن خصوصی سازی رسیدگی‌ها با تأکید بر خصیصه‌ی اختیاری بودن داور حرکت می‌کند.^{۱۳۹} آزادی قراردادی هم چنان که در دیگر حوزه‌های حقوقی یکه تازی می‌کند، می‌تواند در شفاف سازی حقوق و تکالیف داوران و حق انتخاب طرفین داور و توسعه‌ی بیش از پیش حرفه‌ی داور کمک کند. زیرا هنگامی که طرفین اختلاف بتوانند آزادهانه داور را خود گزینش کنند، این مساله انگیزه‌ی دو چندان را در آنان برای پایبندی به داور ایجاد می‌کند. و آن چه که طرفین داور در قرارداد خود ارایه می‌دهند، به بخشی از قانون کنترل کننده روند داور تبدیل می‌شود. ممکن است گفته شود که دادگاه‌ها با قدرتی که دارند می‌توانند در داور دخالت کنند، آن‌هایی‌توانند با کنترل تشکیل و محتویات قراردادهای داور قدرت نمایی کنند! اما برای رفع دغدغه‌ی طرفین داور و دوست داران نهاد داور باید گفت از نقطه نظر عملی دادگاه در مرحله‌ی اجرای قراردادهای داور به ویژه هنگامی که داور اجباری نیست کنترل کمتری دارند و عرصه‌ی قدرت نمایی آنان هنگامی گسترش می‌یابد که نوبت به اجرای رأی داور می‌رسد.^{۱۴۰} تاکنون ماهیت واقعی و دقیق قرارداد بین داوران و طرفین مشخص نشده است، وجود این دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا هم اذعان دارند موافقت نامه‌ی داور طرفین، شالوده مسؤلیت‌ها و اختیارات داوران را تشکیل می‌دهد. داوران می‌توانند با انعقاد موافقت نامه‌ی داور با طرفین پرداخته و به اندراج حقوق و مسؤلیت‌های خود در خصوص داور مطابق اراده‌ی طرفینی اقدام کنند.

۲- غیر قراردادی

داوران هم چنین ممکن است در معرض مسؤلیت مدنی ناشی از تعهد حرفه شان باشند. در انگلستان اعضای مشاغل حرفه و صنعت گران ممکن است بخاطر عدم رعایت اصول و موازین آن حرفه مسؤل شناخته شوند. فرض این است که هر فردی که به مشاغل حرفه‌ای وارد می‌شود متعهد می‌شود درجه‌ای منطقی از احتیاط و مهارت را بکار ببندد. در ایالات متحده آمریکا نیز صاحبان مشاغل حرفه‌ای ممکن است به خاطر عدم رعایت اصول و قواعد مربوط به حرفه‌ی خود مسؤل شناخته شوند. داوران همانند دیگر مشاغل باید به صورت ماهرانه عمل کرده و در حدود ظرفیت خود برای نقض وظایفشان مسؤلیت خواهند بود. در کشورهای با سیستم رومی ژرمنی برای مثال آلمان، ممکن است داور به خاطر اعمال تقصیرآمیز مسؤل شناخته شود گرچه در قرارداد فیما بین ذکری از آن به میان نیامده باشد. از آن چه که همیشه امکان پذیر نیست مسؤلیت داوران در قرارداد پوشش داده شود، لذا مسؤلیت قهری که در نظام کامن لو از آن به «حقوق خطاها» یاد می‌شود در فقدان قرارداد به بی جبران نماندن زیان‌های زیان دیده کمک شایانی می‌کند. همان گونه که قبلاً بحث شد حتی اگر ماهیت مسؤلیت داوران در حالت عادی قراردادی باشد، منکر مسؤلیت غیر قراردادی آن‌ها نیست. چرا که دایره‌ی قرارداد بدان حد وسیع نیست که تمام سوء رفتار داوران را در برگیرد. لذا اگر چه روابط داوران و اصحاب دعوا به سمت قرارداد متمایل است ولی حتی از اصحاب دعوا که در زمینه‌ی داور اطلاعاتی هم دارند انتظار نمی‌رود که در موافقت نامه‌ی داور به ریز تعهدات داوران پرداخته و تا نقض این تعهدات مسؤلیت داور را به دنبال داشته باشد. برای مثال یکی از تعهدات داوران بیطرفی است، این تعهد که شاخصه‌ی داور است در طول رسیدگی‌ها باید با داور همراه باشد. نیازی به قرارداد نیست. به عبارت دیگر مفروض است. البته طرفین می‌توانند داور غیر بی طرف هم داشته باشند که بحثی دیگر است.

پ: رابطه‌ی بین داور و طرفین اختلاف

نوع و ماهیت حقوقی روابط میان افراد جامعه تا حد گسترده‌ای بیانگر حدود و ثغور تعهدات و حقوق افراد در مقابل یک دیگر است. شفافتر شدن این رابطه مسیر روشنی در مقابل دیده گان قانون برای تعیین حقوق و تعهدات داوران و طرفین قرار می‌دهد. رابطه‌ی طرفین و داوران از اهمیت فوق العاده برخوردار است چرا که نوع روابط است که نوع حقوق و وظایف داوران و طرفین در مقابل هم دیگر را مشخص می‌کند. در این رابطه دو مکتب فکری عمده وجود دارد که به بررسی رابطه‌ی میان داوران و طرفین داور می‌پردازند. دیدگاه نخست این مساله را از بعد قراردادی بحث می‌کند و رابطه‌ی فیما بین را نشأت

^{۱۳۹} دیوان عالی آمریکا در اجرای قراردادهای داور یک جانبه هیچ هراسی به دل راه نداده است. در حالیکه این قراردادها منافع یک جانبه را در نظر می‌گرفتند. این مساله کاملاً در چارپوب داورهای مصرف کننده‌گان و استخدامی صادق است. برای مثال در پرونده قاضی کندی به ندرت این قراردادها را به خاطر ناعادلانه بودن غیر قابل اجرا دانست (بر اساس بخش بیستم قانون داور فدرال آمریکا).

^{۱۴۰} حمید رضا، نیکبخت، پیشین، ص ۴۳

(See Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co., [1970] 3 All, E.R. 901. (cited in Susan D. Franck, supra note 24)).

گرفته از قرارداد میان داور و طرفین داوری می‌داند. دیدگاه دوم این رابطه را نوعی وضعیت یا حالت تلقی می‌کند که معتقد است وظیفه قضایی داور موجب می‌شود که با او نیز همانند قاضی برخورد شود. دیدگاه قراردادی بر این عقیده است که داور توسط طرفین اختلاف منصوب گردیده تا اختلافات فیما بین را حل و فصل کند و در مقابل آن دستمزدی نیز دریافت می‌کند. این دیدگاه بیشتر مورد قبول سیستم کشور های رومی ژرمنی واقع شده است. اما مطابق دیدگاه دوم یعنی وضعیت یا حالت بر نوع عملکرد داوران منطبق است که قضایی یا شبه قضایی است که آن‌ها را وضعیتی اعطاء می‌کند که مستحق رفتاری همانند قضات هستند. این دیدگاه بیشتر در کشورهای کامن لو مورد قبول واقع شده است. بسیاری معتقدند که ماهیت قراردادی روابط داوران و طرفین، عاجز از درک این مطلب که قدرت هدایت پروسه داوری نوعی امتیاز است که توسط دولت به داوران اعطاء شده است.^{۱۴۱}

بخش دوم: مسؤولیت های داور

بند اول: مسؤولیت قراردادی داور

مسؤولیت قراردادی داور عبارتست از مسؤولیتی که داور به موجب عقدی از عقود معین یا غیرمعین تعهدی را پذیرفته و به علت عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد، خسارتی به متعهد له وارد شده است. اگرچه مسؤولیت مدنی داور ناشی از تقصیرات حرفه‌ای آنان از نوع مسؤولیت قهری و قانونی است، اما در پارهای از امور دادرسی‌های مدنی و کیفری، علاوه بر مسؤولیت قانونی، داور رسیدگی‌کننده دارای مسؤولیت قراردادی نیز می‌باشد، به لحاظ این که مسؤولیت‌های قراردادی برای داور از پذیرش سمت داوری است. از این لحظه به بعد داور مکلف است پروسه داوری را مطابق قانون و اراده طرفین که در قرارداد فیما بین تجلی یافته است، اداره کند.

در گذشته اعتقاد بر این بوده است که مهم‌ترین تفاوت بین مسؤولیت قراردادی و غیرقراردادی بار اثبات تقصیر عامل سوء رفتار زیانبار است. در مسؤولیت خارج از قرارداد بار اثبات سوء رفتار داور بر عهده اصحاب دعواست، آن‌ها باید اثبات کنند که داور یکی از تعهدات قانونی خود را زیر پا گذاشته است، ولی در مسؤولیت قراردادی اصحاب داوری لازم نیست تقصیرات داور را که امری مشکل می‌باشد، اثبات کنند. لذا یکی از مزایای قراردادهای خصوصی که بین داوران و اصحاب دعوا منعقد می‌شود، این است که دیگر لازم نیست زمان و هزینه‌های هنگفتی برای اثبات تقصیر داور صرف گردد. ذیلاً به بررسی شرایط تحقق مسؤولیت قراردادی پرداخته خواهد شد.

الف: وجود قرارداد بین داور و زیان دیده

یکی از شرایط تحقق مسؤولیت قراردادی داور وجود قرارداد میان داور و اصحاب دعواست. زیرا منشأ مسؤولیت قراردادی داور قرارداد است. البته وجود چنین قراردادی میان داور و اصحاب دعوا، امری نادر است زیرا آن‌ها به ندرت به تنظیم قراردادی در خصوص حقوق و تعهدات خود اقدام می‌کنند؛ مگر این که موافقت نامه‌ی داوری را با این ماهیت تفسیر کنیم.

ب: صحت قرارداد

صرف وجود قرارداد میان داور و اصحاب دعوا کافی نیست بلکه این قرارداد باید از اعتبار و قابلیت استناد برخوردار باشد، لذا اگر قرارداد که وجود داشته باطل باشد هیچ گونه مسؤولیت برای داور تولید نخواهد شد.

ج: تخلف از انجام قرارداد

علاوه بر شرایط فوق داور باید از تعهدات قراردادی خود سرپیچی کرده باشد. سرپیچی از این تعهد می‌تواند به طور کامل یا ناقص باشد. برای مثال داور ممکن است در تمام جلسات رسیدگی‌های داوری حاضر شود ولی در موعد مقرر اقدام به صدور رأی ننماید یا در مواقعی که تعهد محرمانه بودن جنبه‌ی قراردادی دارد، تنها برخی اسرار اصحاب دعوا، رأی داوری و ... را افشاء نماید.

د: ورود ضرر

یکی دیگر از شرایط مسؤولیت قراردادی داور ورود ضرر به مدعی است. و صرف ادعای فرد موجب مسؤولیت قراردادی داور نخواهد شد. البته به نظر می‌رسد در خصوص داوری این امر اندکی سخت باشد. عدم صدور رأی در موعد مقرر به هر حال زیان‌هایی را به طور مستقیم یا غیرمستقیم به داور وارد خواهد کرد، تحمیل ضررهای مالی و اتلاف وقت نمی‌تواند بدون

صدمه به مدعی باشد. در حقوق انگلستان صرف نقض تعهد، خطا محسوب می‌گردد، قاعده‌ای وجود دارد که به موجب آن «اگر خطایی باشد بدون اینکه خسارتی وجود داشته باشد عامل خطا صرفاً به خسارت اسمی و سمبلیک محکوم می‌گردد.»^{۱۴۲}

ه: رابطه‌ی علیت بین فعل زیان بار داور و ضرر

مقصود از وجود رابطه‌ی علیت ارتباط میان سوء رفتار داور و زیان وارده است.^{۱۴۳} برای مثال اگر داور به حکم قانون در حالی که ملزم به پایبند بودن به قرارداد محرمانه بودن است، اقدام به افشای پروسه‌ی داورى نماید، مسؤولیت قراردادی نخواهد داشت. زیرا که رابطه‌ی سببیتی بین چنین رفتار و خسارت وارده به مدعی وجود ندارد. خسارت مستقیم، خسارتی است که نتیجه بی‌واسطه، عمل خسارت‌زا باشد و در مقابل آن، خسارت غیرمستقیم قرار دارد، یعنی خسارتی که بین آن و فعل زیان‌بار یک یا چند واسطه واقع و اثر فعل مزبور با چند واسطه ظاهر شود. در حقوق ایران نیز ماده‌ی ۵۲۰ قانون آ.د.م. جدید مصوب ۱۳۷۹، بلاواسطه بودن خسارت را مقرر داشته است:

«در خصوص مطالبه‌ی خسارت وارده، خواهان باید این جهت را اثبات نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوی مطالبه خسارت را رد خواهد کرد.»

برخی از حقوق‌دانان فلسفه‌ی وجودی این وصف خسارت را لزوم احراز رابطه‌ی سببیت بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده به متعهدله دانسته‌اند^{۱۴۴} و حق نیز همین است زیرا وقتی واسطه‌ای میان نقض تعهد قراردادی و خسارت وارد به متعهدله واقع می‌شود. از دید عرف رابطه‌ی سببیت نقض تعهد و خسارت مزبور قطع می‌گردد.

بند دوم: خارج از قرارداد

همان گونه که می‌دانیم غالب روابط بین افراد جامعه در قالب "غیرقراردادی" جای می‌گیرند چرا که افراد در هر موردی نمی‌توانند به انعقاد قرارداد بپردازند و چنین امری محال به نظر می‌رسد. قواعد حقوقی با تنظیم روابط میان افراد جامعه امکان بهره‌مندی از امکانات را برای همه به ارمغان می‌آورد، یکی از مهم‌ترین دغدغه‌های روابط حقوقی جلوگیری از ضرر رسانی به دیگران می‌باشد، البته مقصود ضررهای نامتعارف و غیر قابل توجیه مدنظر است نه ضررهای غیرقابل اجتناب.

برای تحقق مسؤولیت مدنی غیرقراردادی داور وجود چند شرط ضروری است که ذیلاً به آن‌ها اشاره خواهد شد.

الف- وجود ضرر

یکی از ارکان مهم مسؤولیت خارج از قرارداد وجود ضرر است زیرا هدف مسؤولیت مدنی به معنای خاص، جبران ضرر نارواست و تا زمانی که ضرر وارد نشده باشد مسؤولیت مدنی سال به انتفاء موضوع است. ولی به نظر می‌رسد ضرر وارده به فرد با سوء رفتار داوران مفروض باشد چرا که رویه‌ی تثبیت شده حاکی از آن است که صرف صدور رأی برای فرض عرفی ضرر کافی است به محض صدور رأی در حالی که قواعد مسلم رسیدگی‌های داورى نقض شده است برای احراز ضرر کافی به نظر می‌رسد. هر چند تعریف دقیق ضرر امری مشکل به نظر می‌رسد. ولی ضرر را به "هر کاستی یا نقصانی که به مال، حق مالی، جسم، حیثیت، شهرت، عواطف شخص که به طور ناروا از طرف دیگری وارد گردد معنا کرده‌اند."^{۱۴۵}

به عبارتی ضرر بایستی به این سه نحو باشد:

(الف) از دست دادن مال (مادی)

(ب) از بین رفتن منفعت (مادی)

(ج) لطمه به شخصیت و سلامت انسان (معنوی)

۱. بیژن، بیات، روش‌های جبرانی فروشنده در کنواسیون بیع بین‌المللی کالا در مقایسه با حقوق ایران و انگلیس، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص ۹۹.

۲. بختیار، عباسلو، تقریرات درس مسؤولیت مدنی، مقطع کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق واحد تهران مرکز دانشگاه آزاد، ص ۸.

۳. سید حسین، صفایی، پیشین، ص ۲۳۷؛ کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ص ۲۴۸؛ امامی، سیدحسین، پیشین، ص ۲۴۶.

۱۴۵. بیژن، بیات، روش‌های جبرانی فروشنده در کنوانسیون بیع بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، همان ص ۱۰۶.

در قانون مدنی تعریفی از ضرر به میان نیامده است ولی این مورد در قانون آیین دادرسی مدنی تعریف شده است.

پرسش این جاست که آیا داور مسؤول تمام ضررهای زیان دیده است؟ بدون شک این گونه نیست. داور مسؤول ضررهایی است که واجد اوصاف ذیل باشند، یکی از شرایط ضررهای قابل جبران مسلم بودن و قطعی بودن ضررهای مذکور است.^{۱۴۶} مراد از مسلم بودن ضرر این نیست که ضرر فعلاً وجود نداشته باشد و در ظرف زمان در عالم خارج وجود داشته باشد بلکه مقصود آن است که عقلاء در محقق شدن چنین ضرری تردیدی نداشته باشند. به طور مثال اگر داور با عدم استقلال و بی‌طرفی خود موجب بطلان رأی داور شود، لازم نیست در همان لحظه باعث ورود خسارت به اصحاب دعوا شود همین که این سوء رفتار سبب خسارت‌های در آینده نیز شود کافی است.

ب- مستقیم بودن ضرر (رابطه علیت بین ضرر و فعل زیانبار)

علاوه بر شرط فوق، شرط مستقیم بودن ضرر نیز برای ضرر قابل جبران لازم است، یعنی تنها ضرری قابل جبران است که مستقیماً از سوء رفتار داور ناشی شده باشد. برای مثال، یکی از مسؤولیت‌های خارج از قرارداد داور در مقابل اشخاص ثالث در داور است. برای مثال شهود، لذا اگر داور از گواه برای گواهی دعوت به عمل آورده و با سوء نیت آن جلسه را منتفی و جلسه دیگری را تشکیل دهد، داور در این فرض مسؤول تمام خسارت‌هایی که گواه در این راه متحمل شده است می‌باشد. (رفت و آمد از مسافت طولانی)

ج- قابلیت پیش‌بینی

لزوم قابل پیش‌بینی بودن ضرر در مسؤولیت قراردادی هنگام انعقاد قرارداد و در مسؤولیت غیرقراردادی هنگام انجام فعل زیان‌بار است.^{۱۴۷} لذا داور مسؤول زیان‌هایی است که در لحظه انعقاد قرارداد یا انجام فعل زیان بار قابل پیش‌بینی بوده‌اند. پس هنگامی که داور به علت بیماری قادر به هدایت پروسه داور نباشد و سبب فوت وقت طرفین گردد، مسؤول خسارت‌های وارد، نخواهد بود البته این مساله هنگامی قابل اعمال است که داور بعد از پذیرش سمت داور دچار بیماری گردد چرا که یکی از توصیه‌های اکید هنگام پذیرش سمت داور اطمینان از قدرت هدایت رسیدگی‌ها و صدور رأی است پس اگر داور با علم به بیماری و پیش‌بینی عدم توانایی خود اقدام به پذیرش سمت داور نماید مسؤول خسارت‌های وارد به طرفین خواهد بود.

د- عدم جبران ضرر

یکی دیگر از شرایط ضرر قابل جبران، عدم جبران ضرر است. لزوم این شرط از آن چه که موضوع مسؤولیت مدنی، جبران خسارت وارده است و اگر خسارت و ضرر وارده، به هر طریقی جبران گردد، موضوع مسؤولیت مدنی با انتفاء موضوع دیگر وجهی نخواهد داشت. یعنی "مقررات مسؤولیت مدنی برای سودجویی نیست"^{۱۴۸} بلکه برای بی جبران رها نکردن زیان‌دیده‌ی با حسن نیت است.

بند سوم: دخالت مادی داور در حادثه زیان بار

دو نوع سوء رفتار توسط داوران متصور است: سوء رفتار بصورت ایجابی (فعل) و ترک فعل.

الف- فعل

فعل بسیار مشکل است. خطا در این جا شامل انصراف نابهنگام از رسیدگی داور، فریب، فساد، اعمال با سوء نیت می‌شود. بسیاری از کشور‌های با سیستم اسلامی یا رومی ژرمنی برای انصراف زود هنگام از رسیدگی‌های داور مسؤولیت‌هایی را شناخته‌اند. در ایالات متحده آمریکا قوانین فدرال و ایالت‌ها مسؤولیتی برای انصراف غیرمنطقی داوران از سمت شان مقرراتی

^{۱۴۶}. مهدی، شهیدی، آثار و تعهدات، چاپ اول، تهران، مجمع علمی فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، ص ۲۸۶-۲۸۷

^{۱۴۷}. این شرط از مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی، قابل استنباط است. ماده‌ی ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه هم مقرر می‌کند که "متعهد فقط ملزم به جبران خسارتی است که در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی می‌کرده یا یک انسان متعارف پیش‌بینی می‌نموده است، در صورتی که عدم اجرای تعهدات ناشی از تقلب نباشد" البته این ماده به تعهدات قراردادی در فرانسه اشاره دارد و در شرایطی که عنصر تقلب وجود دارد تمام خسارت‌ها را باید جبران کند.

^{۱۴۸}. مرتضی، عاشوری، منبع پیشین، ص ۸۹

وضع نکرده‌اند.^{۱۴۹} در ایالات متحده آمریکا بر عکس کشورهای دیگر چندین دادگاه اعلام کرده‌اند که داوران در مقابل اعمال فریبکارانه، رشوه، متقلبانه و سوء نیت هیچ گونه مسؤولیتی ندارند.^{۱۵۰} در پرونده‌ی جونز علیه براون گفته شد که داور از مسؤولیت بری است، گرچه او به طور متقلبانه‌ای رفتار کرده و با توطئه‌ی داور طرف مقابل رأی داور را بدون تشکیل جلسات و حضور داور طرف مقابل صادر کرده بود.

ب- ترک فعل

در مقابل سوء رفتاری که ایجابی هستند برخی ترک فعل‌ها نیز مسؤولیت آور هستند به طور مثال عدم افشای ارتباطات مالی، شخصی یا حرفه، قصور در اجرای خواسته‌های طرفین داور، عدم به کار بستن قواعد داور^{۱۵۱}، عدم حضور در روند رسیدگی‌ها یا عدم صدور رأی داور که می‌توانند در زمره‌ی شدیدترین ترک فعل‌های مسؤولیت آور تلقی گردند.

بخش سوم: رویکردهای مسؤولیت داور

بنداول: مبنای ایمن دانستن داور از مسؤولیت مدنی

چالش‌های مطرح شده در خصوص مسؤولیت داوران تا حدودی از دکتترین مصونیت قضاات و اغلب از این که آیا اعمال آن‌ها با آن چه قضاات انجام می‌دهند قابل مقایسه هست یا نه سرچشمه می‌گیرد. در اصل اگرچه برخی از کشورهای مصونیت داوران را بر مبنای تعهدات قراردادی استوار می‌سازند ولی آن سوی دیگر برخی کشورهای مصونیت داوران را با توجه به مشابهت‌های میان قضاات و داوران توجیه می‌کنند. لذا خالی از فایده نخواهد بود اگر سرچشمه‌ی مصونیت قضاات بررسی گردد تا آغازی برای بررسی مسؤولیت داوران باشد.

الف: مصونیت قضایی

در حقوق آمریکا قضاات را نمی‌توان از لحاظ مدنی ضامن و مسؤول اعمالی دانست که به لحاظ سمت قضایی خود انجام داده‌اند و دادرسان محاکم در قبال هرگونه ادعای مسؤولیت از بابت اعمال نادرست از مصونیت قضایی برخوردارند. در کشورهای با سیستم کامن‌لو مصونیت قضایی از دو پرونده که قضاات را برای اعمال قضایی مسؤول ندانستند نشأت گرفته است. در زمان تولد این امتیاز در دو موقعیت استناد به مصونیت از قاضی سلب می‌شد: (۱) در پرونده‌ی مارشال سی دادگاه اظهار داشت که اعمالی که در فقدان کامل صلاحیت توسط داور صورت بگیرد منجر به مسؤولیت قاضی خواهد شد. (۲) در پرونده‌ی فلویید علیه بارکر^{۱۵۲} آمده است که قاضی تنها برای اعمالی که ماهیت قضایی دارند مصون از مسؤولیت است، در نتیجه اعمالی که در حیطه‌ی امور اداری شخصی قاضی هستند مصون از مسؤولیت نیستند. در پرونده‌ی برادلی علیه فیشر دیوان عالی آمریکا برای قضاات فدرال مصونیت از مسؤولیت را به رسمیت شناخت. دادگاه استدلال کرد که برای اجرای صحیح عدالت، قضاات نباید در معرض مسؤولیت (مسؤولیت مدنی) باشند، اگرچه عملی که توسط قاضی انجام گرفته است و به خواهان خسارتی وارد کرده باشد و عملی خلاف باشد، علیرغم اعتراض شدید علیه موضع دادگاه در اعطاء مصونیت به قضاات، دادگاه گفت که قاضی هیچ گونه مسؤولیتی ندارد و آن چه قاضی انجام داده خارج از حیطه‌ی صلاحیتی او قرار نمی‌گیرد.

ب. انگیزه‌های زمینه ساز دکتترین مصونیت قضایی:

اساساً مفهوم قضایی بر دو انگیزه اصلی استوار است: یکی حمایت از قاضی و طرفین دادرسی و دیگری صیانت از جریان رسیدگی قضایی.

^{۱۴۹} از کشور اتریش به عنوان بهشت داوران یاد می‌شود ولی شاید اگر به رویکرد دادگاه‌های آمریکایی در خصوص مسؤولیت داوران نگاه کنیم شاید تصور پیشین ما تغییر کند! (به نقل از نیکبخت، حمید رضا، منبع پیشین، ص ۱۰۴)

^{۱۵۰} مرتضی، عاشوری، مرتضی، پایان نامه دفاع شده دوره کارشناسی ارشد با عنوان مسؤولیت داور، دانشکده شهید بهشتی، سال ۸۹، ص ۵۹

^{۱۵۱} یکی از شدیدترین انتقادات مخالفین مصونیت داوران استناد به این ترک فعل است. آن‌ها معتقدند زمانی که داوران به قواعد سازمان مربوطه‌ی خود پایبند نیستند چگونه از آن‌ها می‌توان انتظار داشت که حقوق اصحاب دعوا را رعایت کنند. در داور بر اساس قواعد داور آئی سی سی برای مثال این وظیفه‌ی داور است که پیش نویس موافقت نامه‌ی داور را تهیه کرده و به طور خلاصه مشخص کند چه مسائلی قرار است که بررسی گردد.

^{۱۵۲} در این پرونده قاضی دادگاه فدرال پس از به استخدام درآوردن خواهان بدون دلیل اقدام به اخراج او نمود و دادگاه پس از بررسی دعوا علیه قاضی مذکور به این نتیجه رسید که اقدامات انجام شده توسط قاضی دارای ماهیت قضایی نبوده لذا نمی‌توان قاضی را از مسؤولیت معاف دانست.

۱. حمایت از قاضی و طرفین دادرسی:

این استدلال که مصونیت قضایی حامی قاضی است و استدلال دیگر مبنی بر این که این مصونیت پشتیبان اصحاب دعوی با یکدیگر عجین و آمیخته‌اند به موجب هر دوی این استدلال‌ها پذیرش مسؤولیت مدنی برای قاضی آثار زیانبخش زیر را به بار خواهد آورد: اولاً بیم از مسؤولیت افراد متعهد و شایسته را از قبول سمت‌های قضایی باز خواهد داشت. ثانیاً، حتی اگر افراد ذی‌علاقه پذیرای مشاغل قضایی شوند پیوسته در این نگرانی بسر می‌برند که اشخاص ناراضی از حکم علیه آن‌ها دعوی ضرر و زیان طرح نمایند و همین احتمال کافی است که قضات در انجام مسؤولیت‌های قضایی خود تساهل ورزند زیرا از یک سو صرف‌خطر تحت تعقیب قرار گرفتن، قضات را به احتیاط و سواس آمیز و ا می‌دارد و انگیزه منفی نیرومندی است که ایشان از صدور تصمیماتی که احتمالاً موجب دعوی علیه آن‌ها می‌گردد خودداری ورزند و این عوامل فی‌نفسه قضات را از رسیدگی مستقل و بیطرفانه می‌سازد و از سوی دیگر طرح دعوی از جانب ناراضیان موجب اتلاف وقت گرانبهای قضات برای دفاع از ادعاهای تفصیلی و پرهزینه خواهد شد. بنابراین دکتترین مصونیت قضایی نه تنها حافظ منافع قضات است بلکه مصلحت جامعه و اصحاب دعوی نیز با استقلال قضات و اقدام به دور از ترس آن‌ها از عواقب و تبعات تصمیم‌گیریشان تامین و تضمین می‌گردد.^{۱۵۳}

۲. صیانت از جریان رسیدگی قضایی

این استدلال که مصونیت قضایی ضامن حفظ و صیانت جریان رسیدگی قضایی است بر این پایه استوار است که طرح ادعاهای ضرر و زیان علیه قضات باید به منظور حفظ سلامت و صحت روند رسیدگی پژوهشی ممنوع گردد. تاریخچه دکتترین مصونیت قضایی نشان می‌دهد که این نظریه به این دلیل تکوین یافت که سیستم پژوهشی را از اعتراضات غیر اصولی به احکام صادره دور نگاه داشته و به این ترتیب راه طرح دعوی بیشتر را از طریق سیستم رسیدگی چند مرحله‌ای به منظور تصحیح اشتباهات مسدود نماید و از این راه قطعیت و نهایی بودن دادرسی و اعتبار آرا صادره را تضمین کند به بیان دیگر مصونیت قضایی مانع از این می‌گردد که خواهانی بتواند دعوی متعددی را به خواسته جبران خسارات علیه قاضی رسیدگی کننده به دعوی اصلی و نیز قاضی حکم دهنده در مورد دعوی مسؤولیت مدنی اقامه نماید.

بند دوم: توسعه مصونیت قضایی به داور

برخی از نویسندگان هنوز هم از تعمیم مصونیت به داوران دفاع می‌کنند به این دلیل که ماهیت فعالیت داوران را شبه قضایی می‌دانند و وجود مصونیت را لازمی انجام وظایف شبه قضایی می‌دانند. به ویژه در قلمرو کشورهای کاملاً دادگاه‌ها تمایل دارند که مصونیت را به داورانی که وظایف شبه قضایی انجام می‌دهند گسترش دهند. از آن چه که داوران دارای جایگاهی شبه قضات هستند، لذا وظایفی شبیه قضات را نیز انجام می‌دهند. همان گونه که قضات در پرونده‌ی بانز توانستند امتیاز مصونیت را برای خود تحصیل کنند، طرف‌های دیگر هم سعی کردند با صدور احکام اصولی از مصونیت برخوردار باشند، یعنی به خاطر ماهیت خاص مسؤولیت‌های خود. در ایالات متحده آمریکا هنگامی که داوران مسؤولیتی را می‌پذیرند که قابل قیاس با عملکرد قضات است، از مصونیت برخوردار می‌شوند. گستره‌ی وسیعی از مصونیت داوران وجود دارد در یک سو عدم مسؤولیت مطلق اعطاء می‌شود و در دیگر سو این پهنه مسؤولیت مطلق قرار دارد. بنابراین این‌ها مسؤولیت محدود وجود دارد که داوران را برای برخی از اعمال خلاف خود مصون از مسؤولیت می‌داند و لذا هم‌همی اعمال آن‌ها در این حیطة قرار نمی‌گیرد.^{۱۵۴}

بیشتر کشورهای پذیرفته‌اند که داوران همانند قضات نیز باید برای اعمال مجرمانه‌ای که انجام می‌دهند از لحاظ کیفری مسؤول شناخته شوند. در قانون مجازات ایران هم یک ماده‌ی خاص به رشوه‌ی داوران وجود دارد. برخی کشورها بر این عقیده‌اند که داوران باید به طور فردی برای اعمالی که انجام می‌دهند مسؤول تلقی شوند. گذشته از این باید گفت که محدودی مسؤولیت به نحو چشم‌گیری از قلمروی به قلمروی دیگر تغییر می‌کند. آن چه باعث پیچیده شدن وضعیت مسؤولیت داوران می‌شود این است که بیشتر کشورها قوانین مدون و مصرحی در این زمینه ندارند و دادگاه‌های محدودی این مساله را مورد اشاره قرار داده‌اند.

الف- استدلال‌های به نفع تعمیم دکتترین مصونیت قضایی به داوران:

^{۱۵۳} محمد جواد، میر فخرایی، جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوران تجاری بین‌المللی، مجله حقوقی شماره ۱۲ صص ۱۶۵ - ۲۰۶

^{۱۵۴} داوران آمریکایی در این موارد مسؤول شناخته خواهند شد: (۱) هنگامی صلاحیت کافی برای رسیدگی به موضوع اختلاف را نداشته و بدون توجه به عدم صلاحیت به مسئله رسیدگی نموده است، (۲) عمل انجام شده توسط داور در زمره‌ی اعمال مربوط به داور نیست. همچنین مارک اسپانسر بر این عقیده است داوران در صورت ارتکاب اعمال مجرمانه ایمن از مجازات نیستند.

محاکم امریکا از دیرباز نسبت به تعمیم دکترین برخاسته از حقوق عرفی مصونیت داوران روی خوش نشان داده و از آن حمایت کرده‌اند. رای دیوان عالی امریکا در پرونده بر ادلی علیه فیشر اثر قاطع و غیر قابل انکاری در تعیین تکلیف موضوع مصونیت داوران توسط دادگاه‌های فدرال و ایالتی برجا گذاشت. در دعوی جونز علیه براون که نخستین رای منتشره توسط یک دادگاه امریکایی است که در آن مسأله مصونیت داور اشاره رفته است _ دادگاه ضمن تشبیه داور به قاضی حکم داد که داور خوانده دعوی را نمی‌توان از بابت ضرر و زیانی که از عملکرد متقلبانه و یا مشوب به فساد مالی وی ناشی شده است تحت تعقیب قرار داد. ذیلاً برگزیده‌ای از استدلال‌های منعکس در آرا صادره از محاکم فدرال و ایالتی در حمایت از ایده تسری مصونیت قضایی به داوران ارایه می‌گردد.

۱. کار داوران با قضات قابل مقایسه است

این استدلال که وظیفه و کار داور با آنچه قاضی آن چه می‌دهد قابل مقایسه است بر این واقعیت تأکید دارد که داوران در چارچوب یک سمت شبه قضایی عمل می‌کنند. داوران به عنوان افرادی تلقی می‌شوند که طبق قرارداد برای جانشینی دادرسان محاکم ایالتی و یا فدرال انتخاب شده و عهده دار کارها و وظایفی مشابه با قاضی‌اند. لذا، داوران باید درست مانند قضات در اخذ تصمیم مستقل باشند و در این مقام از احتمال طرح دعوی مسؤلیت مدنی توسط داد باخترگان علیه خود واهمه‌ای به دل راه ندهند.

۲. سیاست ملی داور را تشویق می‌کند:

همانگونه که در بخش ۲- الف توضیح داده شد داور ایالات متحده به ویژه به عنوان مکانیسم جانشین برای حل و فصل ترافعی دادگاه مورد پشتیبانی قرار گرفته است. سیاست فدرال بالاخص به این دلیل از حل و فصل نهایی و قطعی اختلافات توسط داوران منتخب طرفین دفاع می‌کند که این نهاد را ابزار ارزشمندی در نظام قضایی برای رفع مشکل تراکم پرونده‌های قضایی می‌داند. و آگذاری نقشی خطیر به داوران در روند احقاق حقوق و اجرای عدالت ایجاب می‌کند که انگیزه‌های لازم برای ایفای چنین نقشی نیز به ایشان داده شود و پذیرش مسؤلیت مدنی برای داوران نه تنها شرکت داوران را در دادرسی‌های داور تشویق نمی‌کند بلکه اثری معکوس و بازدارنده خواهد داشت.

۳. مصونیت داور از مسؤلیت صحت داور را تقویت می‌کند

استدلال دیگر مطرحه در تائید مصونیت داور ذیل بحث درباره مصونیت قضایی ارایه گردید و آن این که مصونیت داور از مسؤلیت مدنی صحت و تمامیت روند داور را حفظ و تقویت می‌کند.

ب- استدلال‌های علیه تعمیم دکترین مصونیت قضایی به داوران

هر چند ممکن است بین داوران و قضات اشتراکات فراوانی را تصور نمود مع الوصف بین قاضی و داور از یک سو و بین آیین دادرسی قضایی و داور از سوی دیگر وجوه افتراق اساسی وجود دارد که این اختلافات خود با تعمیم مطلق مصونیت قضایی به داوران معارض و ناسازگار است.

۱. وجوه افتراق بین قضات و داوران

اولاً صرف نظر از داور ناشی از الزام قانون و یا داور ناشی از الزام دادگاه داوران برخلاف قضات منصوب حکومت و یا منتخب آرا عمومی و یا قانون‌گذار نیستند بلکه به موجب قرارداد منعقد شده توسط طرفین اختلاف برگزیده می‌شوند اختیارات قضات ناشی از قانون است و حال آنکه اختیارات داوران از قرارداد سرچشمه می‌گیرد. از داور به مولود قرارداد تعبیر نموده که به عنوان واسطه‌ای خصوصی برای سروسامان دادن به روابط اقتصادی می‌کند در حالی که قاضی یک مقام رسمی حکومتی برای حل و فصل اختلافات اجتماعی است از سوی دیگر داوران حق الزحمه خود را مستقیماً از اصحاب دعوی می‌گیرند و تکالیف ویژه‌ای در قبال ایشان دارند ولی حقوق قضات از خزانه پرداخت می‌شود و مسؤلیت‌های ایشان نیز در برابر دولت است. ثانیاً داور در اکثر موارد به این لحاظ برای رفع اختلاف انتخاب می‌شود که از دانش و اطلاعات فنی در موضوع اختلاف برخوردار است بنابراین می‌توان گفت که داور اساساً کارشناسی است که طبق قرارداد خدمات تخصصی و حرفه‌ای در اختیار طرفین اختلاف قرار می‌دهد و لذا از او انتظار می‌رود کلیه مراقبت‌ها و احتیاطات مورد انتظار از یک انسان حرفه‌ای را در قبال مشتری خود به کاربرد و در انجام قرارداد از مهارت و آگاهی‌هایی که عموماً حرفه‌ای او دارا هستند بهره‌گیرد. ثالثاً داور تابع کنترل‌های سیاسی و انتظامی که نسبت به قضات اعمال می‌گردد نیست به این معنی که سو تصدی و تخلفات قضایی تا حدودی تحت کنترل و نظارت قانونی قرار دارد و برای جلوگیری از آن امکان توسل به اعتراض و سایر اقدامات انضباطی و انتظامی

پیش بینی شده است در حالی که برای مقابله با خلافاکاری‌های داور اصولاً راهی در دسترس نیست. در نتیجه، می‌توان طرح دعوی ضرر و زیان علیه داور متخلف را تنها ضمانت اجرای موثر علیه او به شمار آورد.

۲. اختلافات شکلی بین آیین داور و قضایی و داور

یکی از دلایل توجیه کننده مصونیت قضایی که در بخش پیشین این مقاله به آن اشاره شد، این بود که وجود پاره‌ای تضمینات شکلی و آیین دادرسی و از آن جمله ضرورت دور نگه داشتن قضات از فشارهای سیاسی رعایت رویه قضایی و احترام به آن‌ها ماهیت ترافیعی دادرسی و قابلیت اصلاح اشتباه در مرحله تجدید نظر حقوق طرفین دعوی را در برابر تخلفات قضایی تضمین خواهد کرد و حال آن که در رسیدگی‌های داور بسیاری از این ویژگی‌ها که اعطای مصونیت را به قضات محاکم توجیه می‌کند به چشم نمی‌خورد توضیح این که از نظر تشکیلاتی یقیناً داوران به نسبت قضات در معرض فشارهای خارجی بیشتری قرار دارند و این از آن چه ناشی می‌گردد که ایشان برای مدت محدودی توسط طرفین اختلاف برگزیده می‌شوند. رسیدگی داور علنی نیست داوران تکلیفی به تبعیت از قانون ندارد و رویه‌های قضایی برایشان لازم الرعایه نیست آرا داوران لزوماً مستند و مستدل باشد و فقط در شرایط خاصی قابل تجدید نظر است لذا به دلیل فقدان تضمینات خاصی که از شرایط ذاتی رسیدگی قضایی است می‌توان استدلال کرد که رسیدگی داور نسبت به هم‌تای قضایی خود به مراتب ضربه پذیرتر است و از آن چه که داوران راه‌های گریز بیشتری برای ارتکاب تخلف در اختیار دارند. این استدلال که ایشان نباید از مصونیت قضایی حداقل به طور کامل و صد درصد بهره‌مند گردند قابل طرح می‌باشد. معذک محاکم ایالات متحده در آرا خود اظهار داشته‌اند که اختیاری بودن استفاده از داور به عنوان مکانیسمی برای حل و فصل اختلافات ماهیت ترافیعی آن و قابلیت تجدید نظر احکام داوریتضمینات کافی برای توجیه مصونیت داور به شمار می‌روند. دیدگاه قراردادی به مساله مسؤولیت داوران در کشورهای حقوق نوشته در مقایسه با ایالات در کشورهای تابع حقوق نوشته داور به عنوان جانشین دادخواهی از طریق دادگاه کمتر مورد تشویق قرار گرفته است مسایل قابل ارجاع به داور محدودتری بوده و اهرم‌های حقوقی داخلی کنترل بیشتری را از طریق دادگاه‌های ملی بر جریان داورها اعمال می‌کنند. طرز برخورد دادگاه‌ها و قانون‌گذار تابع حقوق نوشته هم با داوران متفاوت است و هر چند در این کشورها نیز داوران همانند هم‌تاهای آمریکایی خود عهده دار فعالیت‌های قضایی گونه هستند ولی اختیارات آن‌ها محدودتر است و اساساً همانند کارشناسان و سایر متخصصان تامین کننده خدمات حرفه‌ای که مسئول جبران خسارات ناشی از تخلفات و اعمال زیان بار خود طبق شرایط قرارداد استخدامی منعقد با طرف مقابل هستند داوران نیز مسؤولیت قراردادی دارند.

نتیجه گیری

در قسمت پایانی این مقاله، تلاش می‌شود تا با بیان نتایج و رهیافت‌های کلی، اهداف عمده‌ای که از نگارش و تدوین این نوشتار مدنظر بوده است، تأمین گردد. بدیهی است با شناخت این نتایج، امکان اظهار نظر و ارائه راهکارهای عملی فراهم خواهد شد.

قبل از ورود به بحث لازم به بیان است که: متأسفانه داوران کمتر در قراردادهای خود با طرفین اقدام به تعیین حدود و ثغور مسؤولیت برای خود می‌کنند در مقابل دادگاه‌ها و قانون‌گذاران کشورهای مختلف این موضوع را به صورت مختلفی مورد اشاره قرار داده‌اند. در حقیقت اعطای مصونیت به داوران یک مساله‌ی مربوط به نظم عمومی می‌باشد که توازن را بین سودمندی اعطای مصونیت و عدم توانایی زیان دیده در مورد تعقیب قرار دادن داور خطاکار را برقرار نمی‌کند.

مهمترین ثمره بحثی که از این تحقیق ارایه گردید، اذعان بر این واقعیت است مسؤولیت داور از مبانی و اندیشه‌های نظری واقع بینانه برخوردار است و شیوه و عمق رویکرد کشورها نسبت به مسؤولیت داور تابع میزان اثرپذیری آن‌ها از مبانی مذکور می‌باشد. مسؤولیت نامحدود مورد دلخواه نیست چرا که تأثیر آن بر تمامیت و تقدس داور بسیار دلخراش است. اگر طرفین ناخرسند از نتیجه‌ی داور بدانند که داوران در معرض مسؤولیت بالقوه قرار دارند از پا نخواهند نشست و یا تهدیدهای ایدایی و دعاوی بی اساس یکپارچگی پروسه‌ی داور را مورد حمله قرار می‌دهند، البته این مهم از جانب قوانین موجود در ایران مورد توجه قرار نگرفته است. شاید عدم قانون گذاری از جانب کشورمان ناشی از تلقی یکسان نسبت به افراد عادی و داوران است که داوران را در معرض مسؤولیت نامحدودی قرار می‌دهد و ممکن است استقلال داوران را به چالش کشد. در حقیقت مسؤولیت محدود داوران سپری است که داوران را از تیر بالای طرفین ناراضی رها نیند و به منجیان عدالت کمک می‌کند تا با فراغ بال بتوانند به آرای مستحکم و اصولی نایل آیند در حالی که هیچ واهمه‌ای از مورد بازخواست قرار گرفتن ندارند. در دیگر سوی این بحث اگر داوران مسؤولیت کامل و مطلق داشته باشند، دادگاه‌ها مملو از انبوه دعاوی علیه داوران خواهد شد و فرصت مناسبی برای طرفین ناخرسند از نتیجه‌ی داور فراهم خواهد آورد که با طرح دعاوی خود خواهانه‌ی خود قطعیت و نهایی بودن آراء داور را مورد حمله قرار دهند. اگر نهاد مصونیت که برای داوران وجود دارد از بین برود راه برای طرفین داور فراهم خواهد شد که یا اقامه‌ی دعاوی خود آرای داور را مورد جرح قرار داده و قدرت تصمیم گیری داوران را به چالش

بکشند زیرا مصونیت به مثابه عامل بازدارنده عمل می‌کرد. و از آن چه که یکی از شاخصه‌های برجسته‌ی داوری نهایی بودن آراء است لذا نتیجه‌ی حاصل از حذف مصونیت خوشایند نخواهد بود.

مهمترین ثمره بحثی که از بخش دوم ارایه گردید، بیان این حقیقت است نبود قانون‌گذاری در خصوص مسؤلیت اخلاقی و فقد ضمانت اجراهای کافی باعث بروز مشکلات فراوانی شده است. خلاصه شدن مسؤلیت اخلاقی بر روی توصیه نامه‌ها و رهنمودهایی که برای داوران ارایه می‌گردد نمی‌تواند مشکلات روزافزون داوری تجاری بین‌المللی را حل کند. وانگهی عدم هماهنگی در حدود و ثغور استانداردهای اخلاقی میان سیستم‌های مختلف و نبود سازمانی که بتواند بر تحقق یافتن این تعهدات اخلاقی نظارت کند این تعهدات تدوین شده را به صلاحدید داوران و دادگاه‌های سیستم‌های ملی واگذار می‌کند و این سیستم‌ها نیز بر اساس تعاریفی که خود از قواعد دارند به تفسیر آن خواهند پرداخت. در حالی که تقریباً تمامی مشاغل حرفه‌ای در صورت نقض اصول و مقررات‌های انتظامی مجازات‌های خاص خود را خواهند داشت ولی داوران هنوز از داشتن این چنین مقرراتی محروم می‌باشند که ناشی از عدم هماهنگی میان سیستم‌های حقوقی مختلف در سطح جهان است. چرا که نوع برخورد با مسؤلیت داوران از نظامی به نظام دیگر متفاوت است در یک سیستم داوران هیچ گونه مسؤلیتی برای سوء رفتارهای خود نداشته در حالی که در سیستم دیگر این مسؤلیت نامحدود است.

منابع:

۱. امیر معزی، داوری بین‌المللی در دعاوی بین‌بازرگانی، انتشارات دادگستر، چ اول ۱۳۸۸
۲. انصاری، مسعود، مصونیت‌های قانونی، چ ۲، تهران، انتشارات شرافی، ۱۳۵۲
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، چ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۸
۴. شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، چاپ هفتم، انتشارات دراک، زمستان ۸۵
۵. عباسلو، بختیار، مسؤلیت مدنی (با نگرش تطبیقی)، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۹۰
۶. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چ پانزدهم، انتشارات مدرس، ۱۳۷۱
۷. مدنی، سید جلال‌الدین، حقوق اساسی تطبیقی، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴
۸. نیکبخت، حمید رضا، داوری تجاری بین‌المللی، انتشارات موسسه پژوهش‌های بازرگانی، چ اول، ۱۳۸۸

۹. نیکبخت، حمید رضا، شناسایی و اجرای احکام داورى خارجى در ایران، انتشارات موسسه پژوهش‌های بازرگانى، چ اول، ۱۳۸۶

مقالات

۱. جرح و سلب صلاحیت از داوران در داورى تجارى بين المللى، ميرفخرائى، محمد جواد، مجله حقوقى شماره ۱۲
۲. نیکبخت، حمید رضا، تقریرات درس داورى تجارى بين المللى، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتى، نیم سال اول تحصیلى، ۱۳۸۸-۱۳۸۹
۳. تقریرات درس مسئولیت مدنى، عباسلو، بختیار، مقطع کارشناسى ارشد، دانشکده حقوق تهران مرکز دانشگاه آزاد اسلامى
۴. روش‌های جبرانى فروشنده در کنوانسیون بيع بين المللى کالا، بیات، بیژن، پایان نامه کارشناسى ارشد دانشگاه شهید بهشتى، سال ۱۳۸۹
۵. مسئولیت داور، عاشورى، مرتضى، پایان نامه دفاع شده دوره کارشناسى ارشد،