

اعتبارسنجی فقهی داده های آزمایشات پزشکی از منظر کارشناسی در فرض علم آور نبودن در تقابل با امارات شرعی با رویکرد تطبیقی بر آزمایش DNA

محمدجواد صفائی راد: استاد حوزه علمیه قم سطح ۳ و پژوهشگر گروه فقه پزشکی مرکز فقهی ائمه اطهار(ع) mjsafae62@gmail.com

چکیده

در شریعت اسلام قاعده فراش اماره ای است که شارع برای تعیین نسب قرار داده و فرزند را ملحق به زوج شرعی دانسته و سائر امارات را ملغی کرده است. در عصر حاضر با پیشرفت علم ژنتیک و منحصر به فرد بودن ژنوم هر فرد، می توان هویت وی را تشخیص داد و به همین جهت آزمایش تعیین هویت با دقت بالائی که نتیجه ای در حد علم دارد، انجام می شود. در این نوشتار بیان شده با توجه به حجیت ذاتی علم در صورتی که این نتایج با اماراتی از قبیل قاعده فراش تعارض کند، طبیعی است که بر امارات مقدم می شود.

لکن در صورت علم و اطمینان آور نبودن نتایج آزمایشات مزبور در صورتی که افاده ظن کند می توان آن ها را تحت عناوینی همچون بینة شرعیه و قول کارشناس قرار دارد که عناوینی هستند که حجت شرعی محسوب شده و می تواند در برخی صور بر اماره فراش مقدم شود.

کلیدواژه :

قاعده فراش؛ آزمایش ژنتیک؛ کارشناس؛ امارات شرعیه؛ بینة

اسلام دینی جامع است که برای همه‌ی شئون زندگی انسان برنامه ارائه کرده است. در دوران حاضر با پیشرفت علوم تجربی در برخی مسائل بین علم و دین، تعارضات ظاهری پدیدار گشته است و همین مطلب سبب شده که محققان در زمینه‌ی تعارض علم و دین به پژوهش پردازند. عمده این پژوهش‌ها از جهت فلسفی و کلامی بوده است و این مباحث از جهت فقهی کمتر مورد توجه بوده است لکن در سالیان اخیر مقالات و کتاب‌هایی به صورت موردی و مصداقی به تعارض مزبور پرداخته‌اند.

یکی از موارد چالش برانگیز مزبور پیشرفت‌هایی است که امروز در علوم تجربی و ریاضی و ... حاصل شده که در برخی موارد با امارات و طرق شرعی سازگاری ندارد.

با توجه به اینکه در بسیاری از موارد راه علم و اطمینان برای رسیدن به واقع منسند است شارع اسلام طرقي را با عنوان امارات شرعی جعل کرده که به نوعی کشف ناقصی که از واقع در این موارد وجود دارد را متمیم و آنها را برای خروج از بن بست معتبر کرده است هرچند ممکن است دلیل اعتبار آنها بیش از نکته کشف مزبور باشد. (صدر (۱۴۱۷ق) ج ۶ ص ۱۷۸) این امارات شرعیه در سراسر ابواب فقهی از طهارت تا دیات پراکنده‌اند و در صورت تحقق، قابلیت استناد بر ترتب حکم شرعی حتی در دادگاه و محکمه نیز در مورد آنها وجود دارد.

امروزه با توجه به پیشرفت‌های علمی و تجربی، نقش ابزارهای جدید در کشف حقیقت و اثبات جرم در دادگاه تا حدی بالا رفته که این مساله کاملاً تخصصی و علمی شده و نقش اموری مانند بینه یا شهادت در دادگاه کم رنگ شده است به این معنی که این امور در محاکم قضائی غالباً موجب علم و قطع برای قاضی می شود بلکه جایی برای انکار حقیقت از مجرم باقی نمی گذارد. امروزه پلیس قضائی با بررسی آثار به جا مانده در صحنه جرم و بررسی آنها با ابزارهای علمی دقیق در آزمایشگاه‌های جنائی و پزشکی قانونی، مدارک غیرقابل انکاری به دست می دهد که حقیقت را آنچنان واضح می کند و اقرار متهم صرفاً نقش تکمیل پرونده را ایفا می کند. به همین جهت و در همین راستا سازمان پزشکی قانونی به منظور ارائه نظرات مشورتی به دادگاه و مراجع ذی صلاح تاسیس و قانون ان تصویب گردید. (گودرزی (۱۳۸۴ش) ص ۱۳)

شاید معمولی ترین روش در این رابطه انگشت نگاری باشد که امروز مهم ترین وسیله در کشف جرم به شمار می رود که بنا بر تحقیقات در هر انسان منحصر به فرد است و امکان اینکه دو اثر انگشت یکسان یافت شود وجود ندارد. به همین جهت امروزه این روش در تمام جهان پذیرفته شده و در کشور ما نیز طی بخشنامه ای استفاده از این طریق برای کشف حقیقت به دادرها و دادگاه های کیفری ابلاغ شده است. (گودرزی (۱۳۸۴ش) ص ۱۱۱)

مورد دیگر آزمایش تشخیص هویت از طریق DNA است که البته منحصر در کشف رابطه نسبی بین دو نفر نیست بلکه کاربردهای گسترده ای در کشف جرم و تشخیص هویت و... دارد (انصاری (۱۳۸۷ش) ص ۲۷۳)

با توجه به اینکه شارع مقدس اسلام قواعد و امارات عامه ای در باب نکاح برای تشخیص نسب و.. قرار داده امروزه مساله تعارض آزمایشات ژنتیک با قواعد مزبور اهمیت یافته است. زیرا در سائر ابواب فقهی چه بسا بتوان با رجوع به محکمه و حجیت علم قاضی - با توجه به یقین و قطع آور بودن آزمایشات مزبور - تعارض را مرتفع نمود اما مدلول قاعده فراش و تعارضی که در برخی موارد بین آن و نتایج آزمایش ژنتیک به وجود آمده، در زمان حاضر بحث برانگیز شده است. بنابر این قاعده، کودکی که متولد می شود ملحق به والدین شرعی خود یعنی مادر و پدر است و فرزند آن پدر محسوب می گردد. در فتاوی معاصرین و دادگاه های خانواده غالباً با اتکای به این قاعده و سائر قواعد شرعیه و موادی از قانون مدنی و.. نتایج آزمایشات ژنتیکی مخالف آن رد شده است. این مساله هرچند در سالیان اخیر و به صورت موردی - که در حال افزایش می باشد - محل ابتلا واقع شده لکن در همین موارد نیز اتحاد نظر در احکام صادره به چشم نمی خورد و در دادگاه ها و نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه وحدت رویه ای دیده نمی شود زیرا از یک طرف در تعیین هویت و جرم شناسی و موارد مشابه به این قبیل آزمایشات استناد و بر اساس آن رای صادر می شود و از طرف دیگر در موارد تعارض با قاعده فراش، غالباً نتایج این آزمایشات رد می شود. پژوهشگران فقه و حقوق نیز در امکان استناد به این آزمایشات در مساله مزبور حتی در صورت حصول علم نیز اختلاف دارند. برخی با ادعای لزوم تمسک به ظواهر قواعد شرعیه و سختگیری شارع در نفی نسب و انحصار آن به لعان و.. مدعی شده اند نمی توان با تمسک به نتایج این آزمایشات، نسب را نفی کرد و باید به قاعده فراش تمسک نمود و در مقابل برخی مدعی شده اند با حصول علم جائی برای تمسک به اماراتی که ظن آور هستند، نمی ماند. (خوئی (۱۴۱۶ق) ج ۱، ص ۳۵۱ /منتظری (بی تا) ج ۳، ص ۳۸۴ و ...)

اهمیت این مساله به سبب اهتمام خاص شارع به مساله خانواده و احتیاط هایی است که در بحث فروج مطرح شده که در دیگر ابواب فقه وجود ندارد. به عنوان نمونه بر خلاف دیگر ابواب فقهی که اصل در آنها برائت است، در مورد اینجا و در بحث زناشویی برای جلوگیری از ازدواج با محارم و مشخص بودن نسب اشخاص، احتیاط مقدم است. (بحرانی (۱۴۰۵ق) ج ۲۳ ص ۳۱۳ /انصاری (۱۴۱۵ق) ص ۷۸)

در مورد این بحث مقالات و پژوهشهایی صورت گرفته است که هر کدام از جهتی مساله را بررسی کرده اند.

آنچه در این مقالات دیده می شود یا تقدیم قاعده فراش به استدلالاتی است که در این نوشته مورد نقد و بررسی قرار گرفته^۱ و یا تقدیم قاعده فراش با تکیه بر علمی بودن آنست^۲ در حالی که چنانکه اشاره می شود برخی از این نتایج نهایتاً ظنی هستند و برای تقدیم آن بر قاعده فراش باید وجهی یافت شود زیرا در فتاوی معاصرین غالباً حجیت نتایج آزمایش را رد کرده اند. (گلپایگانی (۱۴۰۹ق) ج ۲ ص ۱۷۶ /منتظری (بی تا) ج ۳ ص ۳۸۴ /قاسمی (۱۳۹۵ش) ج ۱ ص ۲۵۰)

در این مقاله ابتدا مساله قطع آور بودن آزمایشات پزشکی در اثبات نسب را بررسی کرده و سپس در فرض عدم آن، راه حلی فقهی برای حجیت آزمایشات پزشکی مزبور یافته و در هر دو مرحله چگونگی تقدیم آن بر امارات معتبر شرعی - قاعده فراش - را بررسی می کنیم.

^۱ - بررسی حجیت آزمایش دی ان ای در نفی نسب، اعظم پپله
^۲ - بررسی و تحلیل فقهی- حقوقی حجیت آزمایش دی ان ای در اثبات نسب، یزدانی پور و مقاله بررسی چالشهای اماره لعان و نتایج حاصل از آزمایش دی ان ای مرتبط با آن در موضوع نفی ولد

پرسش اصلی در این مقاله این است که در صورت ناسازگاری نتایج آزمایشات ژنتیک - که با مباحثی که خواهد آمد علمی و یقین آور دانسته شده و حداقل در حد بینة معتبر شرعی قابل پذیرش است - با قاعده فراش، چه باید کرد و کدامیک از این دو مقدم است؟ در این مقاله پس از تحقیق و بررسی جوانب قاعده فراش چگونگی حجیت امارات نزد شارع تبیین شده و با توضیحی درباره علم ژنتیک و چگونگی تعیین هویت با آزمایشات، در نهایت به تحقیق مساله پرداخته و صورتهای تعارض بررسی شده است.

۱- قاعده فراش و حجیت امارات در نزد شارع

این قاعده از قواعد فقهیه معروفی است که مستند آن روایت معروف نبوی "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (حرعاملی (۱۴۰۹ق) ج ۲۱ ص ۱۶۹) است. این روایت از روایاتی است که از طریق شیعه و سنی نقل شده و در کتب روانی اهل سنت به این صورت نقل شده که عتبه بن ابی وقاص برادر سعد بن ابی وقاص برای او نوشت که فرزند کنیز زمه از من است و او را از آنها تحویل بگیر. سعد در سالی که مکه فتح شد بچه را به بهانه اینکه فرزند برادر من است و او گفته که از خانواده زمه تحویل بگیرم از آنها گرفت لکن عبد بن زمه منکر شد و گفت این بچه برادر من است و فرزند کنیزی است که متعلق به پدرم بوده و در فراش پدرم متولد شده است. وقتی دعوی به نزد رسول الله (ص) منتقل شد ایشان فرزند را به خانواده زمه برگرداندند و فرمودند: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۴ ص ۲۳/ مسلم نیشابوری (۱۴۲۲ق) ص ۷۳۶/ بخاری (۱۴۲۳ق) ص ۱۲۶۳) در منابع شیعه نیز در موارد متعددی مضمون مزبور مورد استناد ائمه اطهار (ع) واقع شده است. (حرعاملی (۱۴۰۹ق) ج ۲۱ ص ۱۶۹ و ۱۷۳ و ۱۷۴ و...) یکی از این موارد الحاق نسب زیاد بن ابیه به ابوسفیان از سوی معاویه است که علاوه بر امام مجتبی (ع) بسیاری از صحابه رسول الله (ص) نیز این عمل را انکار کردند و به همین روایت نبوی استناد نمودند که همین مساله موجب اشتها این حدیث بین مورخین و محدثین گردید (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۴ ص ۲۴ و ۲۵) با توجه به انتساب مضمون مزبور به رسول الله (ص) در روایات متعددی که بیان شد باید گفت اصل انتساب حدیث فراش به آن حضرت مسلم است لذا نیازی به بحث سندی نداریم (سیستانی (۱۴۲۸ق) ص ۵۲۱/ قاسمی (۱۳۹۵ش) ج ۱ ص ۱۰۷)

فراش از (فرش) به معنی گسترده شدن اخذ شده است (فراهدی (۱۴۱۰ق) ج ۶ ص ۲۵۵/ ابن منظور (۱۴۱۴ق) ج ۶ ص ۳۲۶) و در آیه شریفه "الذی جعل لکم الارض فراشا" (بقره، ۲۲) نیز به همین معنی آمده لکن گاهی در معنای مفروش نیز به کار می رود که به معنای چیزی است که برای نشستن یا خوابیدن بر روی زمین پهن می گردد که میتوان از آن به بستر تعبیر کرد اما در این روایت کنایه از زوج است (ایروانی، (۱۴۲۶ق) ج ۲ ص ۱۹۰/ قاضی (۱۴۳۲ق) ج ۱ ص ۳۳۴) برخی نیز آنرا اعم از هر یک از زوجین گرفته اند (قاسمی (۱۳۹۵ش) ج ۱ ص ۱۰۸)

به هر حال مراد روایت آنست که فرزند برای مالک و صاحب فراش یعنی زوج شرعی زن یا مالک کنیز است زیرا اوست که حق هم خوابگی در یک بستر را با آن زن دارد.

فقره دوم روایت (للعاهر الحجر) نیز کنایه از آنست که به زناکار چیزی داده نمی شود. در مجمع البحرین آمده است: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ" یعنی فرزند تنها از آن صاحب فراش است که زوج باشد و برای زناکار ناامیدی است و برای او نسب ثابت نیست. زیرا

بعضی از عرب با زنا نسب را اثبات می کردند که شرع آنرا باطل کرد. (طریحی (۱۴۱۶ق) ج ۳، ص: ۴۱۷) مرحوم سید رضی نیز دو تاویل (حقیقت و مجاز) در معنای روایت ذکر کرده اند و در نهایت تاویل مجازی -معنائی که گذشت - را بهتر دانسته اند. (سیستانی (۱۴۲۸ق) ص ۵۲۲)

در معنای روایت چند احتمال وجود دارد، هرچند احتمالات متعددی در معنای روایت قابل ذکر است ولی برخی به صورت قطعی باطلند (سیستانی (۱۴۲۸ق) ص ۵۲۳-۵۳۴) لکن دو احتمال قابل بررسی هستند. احتمال اول این است که در صورت شک در انتساب و احتمال اینکه فرزند از راه دیگری غیر از فراش و زوج به وجود آمده، به فراش ملحق می شود. این معنا قدر متیقن از روایت است. قرینه این معنا مواردی است که در روایات بر آنها تطبیق شده است. احتمال دوم این است که منظور روایت این باشد که انتساب فرزند منحصر به فراش است در نتیجه حتی اگر به یقین فرزند از غیر فراش متولد شده باشد به هیچ کس حتی به زانی منتسب نمی شود زیرا شارع نسب را از زانی منتفی دانسته چنانکه از طرف دیگر به زوج هم منتسب نمی شود زیرا سالبه به انتفای موضوع است. به نظر می رسد فقها روایت مزبور را اینگونه فهمیده اند و به همین جهت در استدلال بر نفی نسب از زنازاده به این روایت استناد کرده اند. (قائنی (۱۴۳۲ق) ج ۱ ص ۳۳۵) بلکه قول مشهور و مورد ادعای اتفاق اصحاب همین است (سیستانی (۱۴۲۸ق) ص ۵۳۷)

لکن به نظر می رسد این معنا خلاف ظاهر روایت است و حداقل ظهور در آن ندارد زیرا لازمه این معنا اینست که روایت شامل دو حکم ظاهری و واقعی باشد. که با توجه به تاخر حکم ظاهری از واقعی اجتماع آنها در جعل واحد ممکن نیست. (قائنی (۱۴۳۲ق) ج ۱ ص ۳۳۵) علاوه بر اینکه با ادله ای که دلالت بر لحوق زنازاده به پدرش بدون توارث دارد، ناسازگار است. (همان ص ۳۳۶)

آنچه که در اینجا باید دقت داشت اینست که آیا در شریعت اسلام نسب معنای خاصی دارد و به عبارت بهتر اصطلاح خاص شرعی است یا خیر؟ به صورت کلی دو دیدگاه در این زمینه وجود دارد که دسته ای معتقدند نسب معنای خاص شرعی ندارد و همان معنای عرفی (صاحب نطفه و تخمک) ملاک است و دسته دیگر با استناد به ادله ای از جمله همین قاعده، نسب را دارای معنای خاص شرعی می دانند. آنچه صحیح به نظر می رسد این است که ملاک شارع در نسب همان معنای لغوی و عرفی است (فاضل لنکرانی (۱۳۹۶ش) ج ۱ ص ۲۹۵) و دلیلی بر انتفای نسب حتی در موارد زنا نداریم (محسنی قندهاری (۱۴۲۴ق) ج ۱ ص ۹۹) زیرا علاوه بر اینکه در ادله نسب و احکام شرعیه معنای خاصی برای آن بیان نشده، روایاتی هم وجود دارد که در آنها حکم به الحاق ولد الزنا به پدرش شده است. (حرعاملی (۱۴۰۹ق) ج ۲۶ ص ۲۷۶ / همان ص ۲۷۷ / همان ص ۲۸۰ / همان ج ۲۸ ص ۱۶۸ و...) از این روایات استفاده می شود ملاک در نسب همان معنای لغوی و عرفیست و دلیلی بر نفی نسب در موارد زنا نداریم.

به نظر می رسد علت انقطاع نسب در زنازاده انقطاع تبعیدی نیست بلکه ناشی از جهل به نسب است و شاهد بر این مطلب اینست که در داستان الحاق زیاد به ابوسفیان از سوی معاویه که به آن اشاره کردیم آنچه که موجب انکار اصحاب بر عمل معاویه شد این بود که بدون ملاحظه قاعده فراش ادعای نسبی کرد که حجتی بر آن نداشت زیرا مادر زیاد، فراش شخص دیگری بود و اگر از نظر شرعی نسب متقوم به فراش می بود اولی این بود که به همین نکته، ادعای معاویه رد شود. (قائنی، (۱۴۳۲ق) ج ۱، ص ۳۴۴)

در نهایت با توجه به احتمالات متعدد در معنای روایت و تطبیقاتی که در روایات از این قاعده صورت گرفته به نظر می رسد قدر متیقن از روایت حکمی ظاهری است که در موارد شک در انتساب ولد به صاحب فراش یا زانی، روایت دلالت بر لحوق وی به صاحب فراش دارد (همان، ص ۳۳۶)

از سوی دیگر چنانکه در جای خود بحث شده است امارات شرعیه طرق و راه هائی هستند که از سوی شارع به جهت آنکه غالباً به واقع رهنمون می شوند حجیت یافته و از جمله ظنون معتبره شمرده می شوند لکن حجیت تمامی امارات و ظنون معتبره نزد شارع در صورتی است که قطع به مورد آن نداشته باشیم. به عبارت دیگر شارع امارات مزبور را برای شخصی قرار داده که در مودای آن اماره شک دارد لکن در صورتی که مکلف علم به مودای اماره دارد (این علم و یقین ممکن است موافق با مودای اماره یا مخالف آن باشد) دیگر معنا ندارد که شارع اماره ای در آن مورد جعل کند زیرا در صورتی که علم وی موافق با مودای اماره باشد حجیت اماره از قبیل تحصیل تعبدی امریست که بالوجدان حاصل است و اگر هم برخلاف مودای اماره علم دارد، جعل حجت تعبدی در برابر حجیت ذاتی علم معقول نیست. در نتیجه جعل امارات، در ظرف شک یا ظن غیر معتبر شرعی معنی خواهد داشت. (خوئی (۱۴۲۲ق) ج ۱ ص ۴۱)

باید دانست شرط تعبد اینست که برخلاف واقع و حقیقت نباشد و ضابطه حجیت احتمال صدق است و حجیت در چیزی که احتمال صدق ندارد معنا ندارد. مخالفت احکام واقعی با واقع، غیر معقول است چون احکام واقعی به علم الهی منتهی می شوند و عدم مطابقت علم الهی با واقع و حقیقت غیر معقول است. اما حکم ظاهری، یعنی آنچه در عین احتمال مطابقت با واقع، احتمال عدم مطابقت با واقع هم دارد و اعتبار آن منوط به احتمال مطابقت با واقع است. لذا هر جا علم به عدم مطابقت با واقع داشته باشیم حکم ظاهری وجود ندارد. به طور خلاصه حکم ظاهری یعنی احتمال صدق و واضح است که احتمال صدق با علم به کذب و مخالفت با واقع قابل جمع نیست لذا حکم فقهاء نمی تواند خلاف واقع بین باشد (سایت استاد قاضی نجفی - خارج اصول فقه / عدم امکان تعبد به خلاف واقع و حقیقت (ج-۲) ۱۴۰۰-۱-۲۹)

در داستانی که در بالا به آن اشاره شد گویا شباهتی بین آن طفل و عتبه بن ابی وقاص وجود داشته که به همین جهت و با توجه به رابطه نامشروعی که با آن کنیز داشته، مدعی شد که فرزند از اوست لکن چنین شباهتی ولو موجب ظن به نسب است لکن از نظر شارع معتبر نیست و شارع اماره فراش را مرجع قرار داده است.

باید به این نکته اشاره کنیم که قبل از ظهور اسلام و در سرزمین حجاز به جهت رواج فحشاء، چنین ادعاهائی درباره نسب مطرح بوده است که در بسیاری از موارد با رجوع به قول قیافه شناس و به وسیله شباهت هائی که بین فرزند متولد شده با شخص وجود داشت، نسب مولود را مشخص می کردند لکن شارع اسلام این شباهات و سائر امارات ظنی را رد کرده و در مقابل آن اماره فراش را قرار داده است.

قیافه شناسی یکی از علومی بوده که در زمان ظهور اسلام بین عرب رواج داشته که از طریق آثار و شباهت، پدر و برادر و به طور کلی نسب شخص را شناسائی می کردند. هر چند در برخی مواقع از قیافه شناس به جهت تخصصی که داشته در سائر موارد هم استفاده می شده است مانند ردیابی شخص از جای پا که در داستان هجرت رسول خدا (ص) مشرکان قریش متوسل به قیافه شناس شدند و رد پای

ایشان را دنبال کردند تا به غار ثور رسیدند اما آنچه که معروف است استفاده از قیافه شناس برای مطلب اول بوده است. (سبحانی (۱۴۲۴ق) ص ۶۶۶) در برخی از روایات از وی به "عرّاف" نیز تعبیر شده است. (حرعاملی (۱۴۰۹ق) ج ۲۷ ص ۳۷۸)

در بین شیعه معروف است که این کار حرام است و در بسیاری از کتب فقهی به آن اشاره شده و تکسب به آن را هم جائز ندانسته اند. هر چند برخی مطلقاً آنرا حرام دانسته اند و برخی دیگر در صورتی که اثر حرامی بر آن مترتب شود آنرا جائز نشمرده اند لکن به نظر می رسد که هر دو گروه ادعای یکسانی دارند زیرا اگر شخصی از روی شباهات و.. حکم به فرزندى شخصى نسبت به والد شرعى او کند، مرتکب حرام نشده است. داستان منازعه خویشاوندان حضرت رضا(ع) با آن حضرت درباره فرزندشان حضرت جواد(ع) موید همین جمع است. (انصاری (۱۴۱۶ق) ج ۲ ص ۷)

با این توضیح روشن می شود که شارع امارات ظنی -مانند قیافه- دال بر نسب را به کلی بی اعتبار دانسته و در مقابل آنها قاعده فراش را تشریع نموده است. چنانکه با توضیح بالا معلوم شد که قاعده مزبور در صدد بیان حکم ظاهری است نه حکم واقعی که مفاد آن الحاق فرزند به زوج شرعی در هر صورت باشد. به عبارت دیگر قاعده مزبور مربوط به صورت شک است و مورد علم را شامل نمی شود. (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۵، ص ۱۷۵) به همین سبب در لابلای کلمات فقهای شیعه در مواردی تصریح شده که اگر شرائط لحوق فرزند به زوج شرعی وجود ندارد، فرزند به زوج ملحق نمی شود و قاعده فراش در آن موارد حجت نیست. (گلپایگانی (۱۴۰۹ق) ج ۴ ص ۳۸۴/محسنی (۱۴۲۴ق) ج ۲ ص ۳۰)

به عنوان نمونه کلام شیخ طوسی در مبسوط را می آوریم:

"بین اهل علم خلافتی نیست در اینکه کسی که ازدواج صحیحی انجام دهد آن زن با عقد مزبور فراش آن مرد می شود...لذا باید مدتی از عقد بگذرد که اقل آن شش ماه است تا فرزند به آن مرد ملحق شود نزد ما (شیعه) و برخی دیگر در بحث لحوق فرزند، امکان نزدیکی نیز معتبر است..... اما اگر امکان نزدیکی نداشته باشد فرزند به او ملحق نیست زیرا نزد ما باید حتماً امکان نزدیکی باشد تا نسب به او ملحق شود. لکن برخی گفته اند ...همین که متمکن از نزدیکی باشد کافیهست ولو ندانیم امکان آنرا داشته یا نه لذا فقط قدرت بر نزدیکی و امکان آن را معتبر دانسته اند و به همین جهت مسائلی از آنها حکایت شده است: از جمله اینکه اگر مردی نزد قاضی با زنی ازدواج کند و در همانجا او را سه طلاقه کند سپس آن زن فرزندی به دنیا آورد که از تاریخ عقد شش ماه گذشته باشد آن فرزند به او ملحق می شود و نمی تواند او را نفی کند مگر اینکه لعان کند لکن همه این فروعات نزد ما باطل است و در هیچ یک از این صور الحاق صورت نمی گیرد بدون اینکه نیازی به لعان باشد..." (طوسی (۱۳۸۷ق) ج ۵ ص ۲۳۲)

در کلمات اهل سنت نیز این مطلب دیده می شود. در "الموسوعة الفقهية الكويتية" آمده است:

"مالکيه و شافعيه و حنابله امکان وطی بعد از ثبوت فراش را معتبر می دانند در غیر این صورت اگر مثلاً مردی از مغرب با زنی از مشرق نکاح کند و هیچکدام وطنش را ترک نکنند و بعد از شش ماه یا بیشتر آن زن صاحب فرزندی شود به آن مرد ملحق نمی شود برخلاف حنفیه که امکان دخول را شرط نمی دانند و همینکه از لحاظ عقلی وطی متصور باشد قاعده فراش جاریست و در مثالی که ذکر شد فرزند

را به زوج ملحق می کنند. و به همین روایت نبوی استناد می کنند و میگویند که در آن اشترای دخول بیان نشده است. " (جمعی از مولفان (۱۴۲۱ق) ج ۳۲ ص ۸۱)

با این بیان روشن میشود مراد مرحوم شیخ طوسی از کلام بالا که برخی از عامه امکان دخول را شرط نمی دانند و نتایجی بر آن مترتب کرده است حنفیان هستند .

۲- بررسی علم و یقین آوری نتایج آزمایشات ژنتیک

مهم ترین نکته ای که در مساله تعارض بین قاعده فراش با نتایج آزمایش ژنتیک مورد بحث قرار گرفته است مساله علم آوری این آزمایشات است که در واقع نقطه اساسی تقدیم نتیجه آزمایش به شمار می رود. این مساله در برخی مقالات و کتبی که در این رابطه تدوین یافته نیز محل توجه بوده و غالباً به صورت گسترده ای در صدد اثبات علم عرفی و اطمینانی بودن آزمایشات مزبور بوده اند به همین جهت بررسی تفصیلی بحث مزبور را به مقالات مذکور ارجاع می دهیم و صرفاً بحث را در صورت علمی نبودن آزمایشات مزبور جدی تر دنبال می کنیم.

با وجود قطع آوری آزمایشات مزبور در برخی موارد - که کم هم نیست - دسترسی به علم به معنای حقیقی آن - مطابقت صد در صدی با واقع بدون احتمال خلاف (صنقور (۱۴۲۸ق-ب) ج ۲ ص ۳۸۷) - با آزمایش های ژنتیک امکان ندارد بلکه در بسیاری از موارد آنچه که به آن دست پیدا می شود بیش از اطمینان نیست. می دانیم اطمینان همان علم عادی است که عبارتست از حالت آرامش و سکون نفسی که هر چند احتمال خلاف هم در آن هست ولی به حدی ضعیف است که عرفاً به آن اعتنا نکرده و آثار علم را بر اطمینان بار می کنند (همدانی (۱۴۱۶ق) ج ۳ ص ۳۹۵)

در کلمات فقهای شیعه استدلال های متعددی بر حجیت اطمینان اقامه شده (روحانی (۱۴۱۳ق) ج ۴ ص ۳۲) و در برخی کلمات عدم حجیت آن موجب اختلال نظام شمرده شده است. (سبزواری (۱۴۱۳ق) ج ۲۷ ص ۱۸۸)

لکن مهم ترین دلیل حجیت اطمینان سیره عقلانیه ای است که ردعی هم از شارع در مورد آن نرسیده است (صدر (۱۴۱۸ق) ج ۱ ص ۲۸۲)

از سوی دیگر به نظر می رسد هر چند در برخی موضوعات - مانند مساله طهارت یا نجاست اشیاء - شارع تصریح به اعتبار یقین و علم کرده که ظهور در نفی حجیت اطمینان دارد لکن با توجه به راسخ بودن سیره عقلاء بر حجیت اطمینان؛ چنانکه در این گونه موارد تذکر داده شده نیازمند تناسب بین رادع و مردوع هستیم (صنقور (۱۴۲۸ق-الف) ج ۱ ص ۴۴۷) در نتیجه از نظر عقلانی مغیی در روایات مزبور از فرض اطمینان منصرف است و اطمینان هم همان حکم علم را دارد. (خوئی (۱۴۲۲ق) ج ۱ ص ۲۳۴)

در نهایت اگر اشکال فوق - عدم حجیت اطمینان در برخی موضوعات فقهی به جهت تصریح به لزوم علم و یقین - را هم بپذیریم باید گفت دلیل بر عمومیت ردع شارع از حجیت اطمینان در تمامی ابواب و موضوعات فقهی نداریم.

تذکر این نکته لازم است که در مورد حجیت اطمینان در موضوعات شرعی مخالفانی هم داریم (عراقی(۱۴۲۱ق) ص ۱۱۳) لکن به نظر می‌رسد اگر طریق حصول آن همان طریق متعارف عقلانی باشد در اینجا نیز می‌توان قائل به حجیت آن شد (تبریزی(۱۴۲۷ق) ج ۷ ص ۱۹)

به همین جهت در حجیت اطمینان تفصیلی بین موضوعات و احکام وجود ندارد. بلکه بالاتر اینکه برخی معتقدند حتی ظن در موضوعات هم حجت است و می‌تواند قائم مقام علم و یقین باشد چه رسد به اطمینان. (فاضل لنکرانی (۱۴۰۱ش) ج ۱ ص ۸۳-۱۰۴)

۳- بررسی امکان حجیت قول کارشناس و حقیقت قاعده فراش

چنانکه قبلاً بیان شد شارع با جعل اماره فراش فرزند را به زوج یا مالک شرعی ملحق کرده و سائر ظنون از جمله شباهت و قیافه و... را رد کرده است. همچنین بیان شد که جعل اماره در فرضی است که علم به مودای آن نداشته باشیم و در هر صورت علم و یقین مقدم بر ظن است. به تصریح کارشناسان؛ آزمایش DNA در تشخیص هویت و تعیین رابطه ابوت رابطه اثباتی دارد (گودرزی(۱۳۸۴ش) ص ۱۲۸/ ستوده (۱۳۹۲ش) ص ۲۸۲) و در صورت انجام دقیق و علمی آن می‌توان نتایج به دست آمده را به صورت کاملاً قابل اعتماد مورد استناد قرار داد.

اما در بسیاری از رساله‌های علمیه و کتب فتوا بیان شده که آزمایش حجت شرعی نیست و نسب شرعی از این طریق نفی نمی‌شود.

(گلپایگانی(۱۴۰۹ق) ج ۲ ص ۱۷۶/ منتظری(بی تا) ج ۳ ص ۳۸۴/ قاسمی(۱۳۹۵ش) ج ۱ ص ۲۵۰)

با توجه به مطالبی که در بحث حجیت امارات گذشت باید گفت مراد از عدم حجیت نتایج آزمایش اینست که آزمایش به خودی خود اعتبار ندارد و ما حجتی به این عنوان در فقه نداریم بلکه باید آنرا تحت یکی از عناوینی که شارع حجت می‌داند -مثل بینة- قرار داد.

(فاضل لنکرانی(بی تا) ج ۱ ص ۴۸۵)

با توجه به این نکته مراد از عباراتی که در این کتب مبتنی بر عدم حجیت قول کارشناس است هم روشن می‌شود زیرا حجیت قول کارشناس در صورت حصول علم ربطی به کارشناس بودن وی ندارد بلکه نکته‌ی افاده علم و یقین موجب قول به اعتبار آن شده که از این جهت فرقی بین کارشناس و غیر کارشناس نیست هرچند غالباً یقین و علم و اطمینانی از نظر غیر کارشناس به دست نمی‌آید. چنانکه با توجه به اثبات حجیت اطمینان می‌توان گفت نظر کارشناس اگر علم یا اطمینان بیاورد حجت است و قاعده فراش کنار می‌رود.

حال اگر نظر کارشناس بیش از ظن را افاده نکند چه باید کرد؟ آیا می‌توانیم از طریق بینة شرعیه آنرا حجت بدانیم؟

به نظر می‌رسد ابتدا باید بررسی کرد که خبر کارشناس از چه نوعی است؟ آیا حسی است یا حدسی؟

به صورت قطعی می‌توان گفت نتیجه آزمایش و نظریه کارشناسی مبتنی بر آن امری حسی نیست لذا نظریه کارشناسی می‌تواند حدسی قریب به حس یا حدسی محض باشد.

برای بررسی اینکه نتیجه آزمایش و نظر کارشناس مبتنی بر آن از کدام قسم است ابتدا باید ضابطه بین این دو قسم را بررسی کنیم.

در اصول بیان شده خبر به لحاظ مضمون سه قسم است:

اول- خبر حسی که مضمون آن با یکی از حواس پنجگانه ادراک شده است و مثلاً چیزی را دیده یا شنیده ایم و...

دوم- خبر حدسی محض که مضمون آن با تفکر و استدلال تحصیل شده است که البته ممکن است آن مضمون قابل ادراک حسی هم بوده باشد ولی از طریق حواس حاصل نشده است.

به عنوان کسی که مرگ زید را به چشمان خود دیده و از آن خبر می دهد خبرش حسی است اما اگر کسی که با نصب پارچه سیاه بر دیوار خانه زید و با اطلاع سابق از رو به موت بودن زید از مرگ وی خبر دهد خبرش حدسی است نه حسی زیرا مرگ زید را به چشم ندیده و از کسی نشنیده است.

نمونه دیگر از اخبار حدسی محض اخباری است که با قیاس و .. به دست می آید مثل اخبار از انبساط آهن به واسطه گرما و حرارت که ولو به صورت جزئی و موردی قابل مشاهده است اما اخبار از جمله کلیه آن قطعاً مبتنی بر حس نخواهد بود بلکه قاعده ای مانند "حکم الامثال فیما یجوز و فیما لایجوز واحد" در کنار مشاهده مزبور جمله کلیه ای به دست می دهد که "همواره و در همه جا تمامی آهن ها بر اثر حرارت منبسط می شوند."

سوم- خبر حدسی قریب به حس:

در این قسم مضمون خبر قابل ادراک به حواس پنجگانه نیست لذا نمی تواند خبری حسی باشد بلکه از روی حدس حاصل شده است لکن آن امر حدسی لوازم و آثاری دارد که با حواس درک می شود و از این جهت حدسی قریب به حس شمرده شده که برای اعمال حدس و استدلال در آن جز ملاحظه لوازم و آثار حسی چیزی لازم نیست. (صنقور 1428ق-الف) ج ۲ ص ۸۵

به عنوان مثال اخبار از شجاعت زید از این قبیل است زیرا هر چند شجاعت امری نفسانی و غیر قابل ادراک با حواس است لکن آثاری مانند مبارزطلبی و حمله به دشمن و عقب نشینی نکردن در میدان جنگ و .. دارد که با حواس درک می شود که تکرار چنین آثاری در شرائط مختلف بیانگر آن امر درونی-شجاعت- است. به همین بیان می توان اموری از قبیل عدالت و بخشندگی و بخیل بودن را هم از این قسم شمرد. (قمی ۱۴۲۴ق) ص ۷۹/یزدی ۱۴۲۶ق) ج ۱ ص ۳۶۹

در اصول بیان شده که خبر شخص عادل اگر از قبیل امور حسی یا قریب به حس باشد از باب اخبار و حجیت قول ثقة معتبر است لکن در صورتی که از امور حدسی باشد ادله حجیت خبر ثقة آنرا شامل نمی شود زیرا عمده استدلال بر حجیت خبر واحد سیره عقلانیه است که قدر متیقن آن همین دو قسم است. (صنقور ۱۴۲۸ق-الف) ، ج ۲ ص ۸۶

اما اینکه نتایج آزمایش حدسی است یا حدسی قریب به حس نیازمند تاملی دوباره است. چنانکه بیان شد در اخبار حدسی قریب به حس از آثار و لوازم به ملزوم که امری نفسانی است رهنمون می شویم و همین نکته موجب تمایز خبر حدسی قریب به حس از خبر حدسی است.

به این معنی که اگر در نتایجی که از آثار و لوازم گرفته می شود اتفاق نظر بین افراد وجود داشته باشد از قبیل حدسی قریب به حس خواهد بود چنانکه در مثال شجاعت و عدالت و.. گذشت. لکن اگر اتفاق نظر نباشد از قبیل حدسی محض شمرده می شود. (شیرازی (۱۴۲۱ق) ج ۱ ص ۱۳۵/خوئی (۱۴۱۱ق) ص ۱۴۱)

با این ضابطه می توان گفت نتایج برخی آزمایشات مانند آزمایش قند و چربی و فشار خون یا تطبیق اثر انگشت از قبیل حدسی قریب به حس است زیرا تمامی کارشناسان در تفسیر آزمایشات مزبور اتفاق نظر دارند به گونه ای که حتی برای غیر کارشناسان نیز حداقل اطمینان حاصل می شود. در نتیجه می توان نظر کارشناسان در این مساله را از باب خبر ثقه و بینه شرعیه حجت دانست زیرا چنانکه بیان شد ادله حجیت خبر و شهادت ثقه و بینه شامل این قسم نیز می شود.

اما در رابطه با آزمایشات ژنتیک چنانکه متخصصان این علم بیان کرده اند چنین اتفاق نظری وجود دارد یعنی تمام کارشناسان این رشته در تفسیر نتیجه آزمایش DNA اتفاق نظر دارند. در نتیجه باید گفت نظر کارشناسان ژنتیک از قبیل خبر حدسی قریب به حس است که در صورت دارا بودن سائر شرایط می تواند از باب بینه و خبر ثقه حجت و معتبر باشد.

در نتیجه می توان گفت اطلاقی که در برخی کلمات نسبت به عدم حجیت نتایج آزمایشات- حتی در صورت دارا بودن شرایط بینه شرعیه- آمده و جهت آن حدسی بودن نتیجه آزمایش بیان شده نائمام است. (خوئی (۱۴۱۶ق) ج ۱ ص ۳۵۱/اردبیلی (۱۴۲۳ق) ج ۲ ص ۷۱۴)

زیرا چنانکه بیان شد برخی نتایج از قبیل اخبار حدسی قریب به حسند که حجیت آن- در صورت وجود سائر شرایط- مورد اتفاق است.

بعد از روشن شدن حقیقت نتایج آزمایشات ژنتیک و امکان حجیت آن و قبل از بررسی تعارض ابتدا باید بررسی کرد که حقیقت قاعده فراش چیست؟ اصل است یا اماره یا امری دیگر؟

این مساله در کتب فقهی مورد اختلاف است. برخی تصریح کرده اند که قاعده مزبور اماره ای است که شارع در مقام اثبات اعتبار کرده است (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۴ ص ۲۷) لکن برخی دیگر تصریح دارند که اماره نیست بلکه حکم ثبوتی (فاینی (۱۴۳۲ق) ج ۱ ص ۳۳۵) یا حکم ظاهری (سیستانی (۱۴۲۸ق) ص ۵۴۱) یا اصلی تبعیدیست که در ظرف شک وظیفه عملی را مشخص می کند. (زارعی سبزواری (۱۴۳۲ق) ج ۴ ص ۲۷۱)

به نظر می رسد می توانیم قاعده فراش را از اصول محرزه یا تنزیلی بشماریم زیرا چنانکه تصریح کرده اند مراد از آن اصلی است که درصدد اثبات آثار شرعیه برای واقع مشکوک و اثبات تبعیدی یکی از طرفین شک است (نائینی (۱۳۷۶ش) ج ۴ ص ۵۹۵) مانند قاعده ید که تعبد به ملکیت ذوالید کرده و جمیع آثار شرعیه ملکیت وی را مترتب می کند (میلانی (۱۴۲۸ق) ج ۵ ص ۳۳۸) لذا در مقام هم قاعده فراش دلالت دارد که این فرزند در واقع برای این زوج است- تعبد- لذا آثار شرعیه بین این فرزند و پدر- توارث و حریمیت و عدم جواز نکاح و.. برقرار است.

با مراجعه به روایات قدر متیقن از موارد تطبیق قاعده فراش این مقدار است که قاعده مزبور اماره ای که از واقع کشف کند نیست (قائمی ۱۴۳۲ق)، ج ۱ ص ۳۳۵ / زارعی سبزواری (۱۴۳۲ق)، ج ۴ ص ۲۷۱) لکن برای استیفای بحث تعارض در هر دو فرض مساله را بررسی می کنیم.

۴- بررسی صور تعارض بین نتایج آزمایش ژنتیک و قاعده فراش
بعد از روشن شدن امکان حجیت نتایج آزمایش و قول کارشناس از دیدگاه شارع و حقیقت قاعده فراش - که در نهایت دو احتمال برای آن بیان شد- نوبت به بررسی صورتهای تعارض بین این دو قاعده می رسد.

برای تعارض بین این دو طبعاً فرض مساله اینگونه باید باشد که زوج با تمسک به قاعده فراش مدعی است که فرزند متعلق به زوج است اما زوج با تمسک به نتیجه آزمایش DNA منکر ابوت است - و البته خواستار اجرای لعان برای نفی نسب نیست که آثار شرعی مخصوص خود را دارد (خمینی (۱۴۲۵ق) ج ۳ ص ۶۴۹) - با جمع بندی مطالبی که در بالا بیان شد برای حجیت و اعتبار قول کارشناس و نتیجه آزمایش ژنتیک چند راه داریم:

اول- آزمایش مزبور را علم آور بدانیم که در این صورت تمامی فقها نتیجه آزمایش و قول کارشناس مبتنی بر آنرا حجت و معتبر می دانند و بر قاعده فراش مقدم می کنند. زیرا بیان شد حجیت امارات منوط به عدم علم به خلاف است.

دوم- آزمایش مزبور علم آور نباشد بلکه افاده اطمینان کند که در اینجا نیز فقهای شیعه مخالفتی در تقدیم آن بر قاعده فراش ندارند زیرا چنانکه بیان شد حجیت اطمینان را پذیرفته اند.

در بسیاری از کلمات مراجع و محققین شیعه این دو مرحله پذیرفته شده است و تصریح کرده اند که آزمایشات مزبور اگر یقینی نباشد حداقل افاده اطمینان می کنند لذا بر قاعده فراش مقدم است (اردبیلی (۱۴۲۳ق) ج ۲ ص ۷۱۳ / سیستانی (۱۴۱۷ق) ج ۳ ص ۱۱۴ / محسنی قندهاری (۱۴۲۴ق) ج ۲ ص ۲۳۵)

سوم- اگر آزمایش مزبور افاده اطمینان هم نکند راه سومی وجود دارد که اثبات حجیت قول کارشناس است که قبلاً بیان کردیم در مقام از قبیل اخبار حدسی قریب به حس است که در صورت واجد بودن شرائط بینه شرعیه، حجت است که در این صورت با قاعده فراش تعارض می کند. حال سوال اینست که کدام مقدم است؟

واضح است که اگر قاعده فراش از قبیل اصل ثبوتی و تعبدی باشد - قول دوم- مشکلی در تقدیم اماره و بینه شرعیه بر این اصل وجود ندارد زیرا امارات شرعیه همواره بر اصول مقدمند چنانکه محققین تصریح می کنند که ضعیف ترین امارات بر قوی ترین اصول در مقام تعارض مقدم می شوند. (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۱ ص ۱۷۴) بلکه با قیام اماره شرعیه موضوع اصول تعبدیه که شک و جهل است مرتفع شده و موردی برای جریان قاعده فراش نمی ماند (زارعی سبزواری (۱۴۳۲ق) ج ۴ ص ۲۷۵)

لکن به نظر می رسد حتی اگر قاعده فراش اماره شرعی باشد -قول اول- باز هم می توانیم قائل به تقدیم قول کارشناس شویم زیرا این اماره -قاعده فراش- مستند به حواس نیست یعنی چیزی ندیده و نشنیده و به طور کلی حس نکرده ایم و نهایت اینست که با قرائنی مانند تعدد رابطه زناشویی بین زوجین و.. ظن قویتری داریم که فرزند متعلق به زوج است و شارع نیز همین نکته را در قالب اماره فراش معتبر کرده است. در نتیجه هرچند هر دو -قول کارشناس و قاعده فراش- اماره معتبر شرعی هستند لکن ارزش آنها متفاوت است و به عبارت بهتر قول کارشناس -بینه شرعی- که مستند به حواس است با قاعده فراش -که اماره ای در مقام اثبات حکم است- تفاوت می کند. به نظر می توان گفت قاعده فراش (با قرائنی که همیشگی هم نیست و در مواردی وجود دارد) به نوعی ظن معتبر حدسی درست می کند که در تعارض با ظن معتبر قریب به حس (قول کارشناس مبتنی بر نتیجه آزمایش) کنار می رود زیرا کاشفیت و طریقت دومی قوی تر است. به همین جهت در کتب فقهی به عنوان مثال در تعارض بینه با قاعده ید که هر دو از امارات هستند به جهت همین نکته قائل به تقدیم بینه شده بلکه آنرا از مسلمات بین مسلمین شمرده اند. (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۱ ص ۱۷۴) و برخی دیگر در تعارض بین دو بینه ضابطه های مشهور را ناتمام دانسته و ملاک را قوت ظن دانسته اند لذا گفته اند بینه ای که ظن قوی تری بیاورد مقدم است. (کاشف الغطاء (۱۳۵۹ق) ج ۲ قسم ۲ ص ۱۵۵) به همین جهت در برخی کلمات محققین تصریح به تقدیم بینه بر فراش شده است (اردبیلی (۱۴۲۳ق) ج ۲ ص ۷۱۴)

حال اگر استدلال بالا در وجه تقدیم بینه شرعی -قول کارشناس مبتنی بر نتیجه آزمایش- بر قاعده فراش -با فرض اماریت آن- را نپذیریم این دو اماره تعارض و تساقط می کنند.

در چنین حالتی بعید نیست مساله از قبیل امر مشکلی باشد که در آن به قرعه رجوع می شود خصوصاً که یکی از موارد رجوع به قرعه در روایات صورت اشتباه ولد بین دو فراش یا فراش و وطی شبهه است که برخی طبق آن فتوا نیز داده اند. (خوئی (۱۴۱۰ق) ج ۲ ص ۲۸۳) /حر عاملی (۱۴۰۹ق) ج ۲۱ ص ۱۷۱)

هرچند برخی تصریح کرده اند اینجا به همان آزمایش -که اماره قوی تری است- عمل میشود و جای قرعه نیست. (ناظم زاده (۱۴۰۱ش) ص ۳۵۳)

تنها اشکالی که در مقام باقی میماند اینست که وقتی شارع اماره ای را به صورت خاص و در باب مخصوصی از ابواب فقه معتبر کرد و سائر امارات در آن باب را ملغی و بی اعتبار اعلام کرد دیگر موردی برای جریان سائر امارات - بلکه حتی اطمینان (خوئی (بی تا) ج ۱ ص ۵۱۶)- در برابر اماره شارع وجود ندارد و با تطبیق بر مقام می گوئیم وقتی شارع قاعده فراش را به عنوان اماره در باب نکاح و نسب تشریع کرده و سائر امارات مانند شباهت و قیافه را بی اعتبار اعلام نموده در نتیجه در مساله نسب والحق ولد بجز قاعده فراشی که شارع تشریع کرده اماره دیگری معتبر نیست. (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۴ ص ۳۰)

این اشکال ظاهراً نمی تواند مانعی در استدلال بالا درست کند زیرا در مقام فرض بر اینست که قول کارشناس نیز شرائط بینه شرعی -که نزد شارع حجت است- را داراست. از سوی دیگر هرچند تشریع حجیت بینه به عمومات است لکن این عموم در باب نکاح به قاعده

فراش - که بنا بر فرض اماره شمرده ایم - نیز تخصیص نمی خورد. زیرا به طور کلی تشریح قاعده ای در یک باب دلیل بر بی اعتباری سایر قواعد و امارات معتبر در آن باب نیست و آنها را تخصیص نمی زنند. چنانکه با مراجعه به عبارات فقها در ابواب مختلف فقه معلوم می شود استدلال به تخصیص وجهی ندارد بلکه عموم قاعده حجیت بینه در حدی است که در تمام ابواب قواعد خاصه را هم می تواند کنار یزند. (بجنوردی (۱۴۱۹ق) ج ۳ ص ۳۶)

تمام مطالب بالا در فرضی بود که نظریه کارشناس ژنتیک از قبیل امور حسی یا قریب به حس باشد لکن اگر قول کارشناس از قبیل اخبار حدسی باشد غالب فقهای شیعه حجیت قول کارشناس در این صورت را منوط به افاده علم یا اطمینان کرده اند زیرا مهم ترین دلیل بر حجیت قول کارشناس در امور حدسی سیره عقلاست که با توجه به اینکه از ادله لیه محسوب می شود به قدر متیقن آن - صورت وثوق و اطمینان - باید اخذ شود. (نائینی (۱۳۵۲ش) ج ۲ ص ۹۵) نظیر این کلام را برخی دیگر نیز بیان کرده اند که ملاک در بنای عقلاء وثوق شخصی است و عقلاء امر تعبیدی ندارند. (منتظری (۱۴۰۹ق) ج ۲ ص ۱۰۴) در نتیجه در این صورت تنها در صورتی که قول کارشناس افاده وثوق و اطمینان کند نظرش معتبر است لذا صرف تطبیق شرائط بینه شرعیه در این فرض برای حجیت آن کافی نیست.

در نهایت از مجموع مطالب بالا معلوم می شود در صورتی که نظر کارشناس افاده علم یا اطمینان نماید بر قاعده فراش مقدم است اما در غیر این صورت اگر نظر کارشناس از قبیل امور قریب به حس باشد و شرائط بینه شرعیه را هم داشته باشد می تواند با قاعده فراش معارضه کرده بر آن مقدم شود ولی اگر از قبیل امور حدسی باشد فقط در صورت افاده علم و اطمینان مقدم می شود. (ستوده (۱۳۹۲ش) ص ۳۴۹)

با توضیحاتی که گذشت پاسخ به این اشکال مدافعین تقدیم قاعده فراش که با حجیت نتایج آزمایش ژنتیک به کلی موضوع قاعده فراش منتفی می شود و همه به سراغ آزمایشگاه می روند و کسی به قاعده فراش تمسک نمی کند. هم روشن می شود.

زیرا حجیت این آزمایشات و تقدیم آنها بر فراش به معنای منتفی شدن موضوع چنین اماره ای نیست زیرا شارع مقدس امارات را اعم از فرض امکان یا عدم امکان تحصیل علم و صرفاً به هدف وصول به واقع جعل کرده است. (آشتیانی (۱۴۰۳ق) ج ۱ ص ۲۱۲) لذا وقتی اماره قوی تر یا طریقی علمی و یقینی وجود داشت خود به خود اماره ضعیف تر - جز در موارد عدم دسترسی به آنها و... - کنار می رود. به همین جهت است که امروزه امارات تعیین اوقات نماز و جهت قبله و... کم کاربرد شده اند و با محاسبات ریاضی و نجومی ابتدا و انتهای اوقات نماز و وقت فضیلت و جهت قبله و... به راحتی تحصیل می شود.

نکته مهمی که در این اشکال از آن غفلت شده اینست که تمام شروطی که از قدیم در کلمات فقها به عنوان شروط جریان قاعده فراش مطرح شده (زارعی سبزواری (۱۴۳۲ق) ج ۴ ص ۲۷۵-۲۹۲) بیش از این نبوده که خواسته اند به تشخیص واقعی و حقیقت امر در نسب شخص برسند و با توجه به این که امروزه با گسترش علم راه های جدیدتری برای اثبات و نفی نسب پیش روی ما قرار گرفته است، شایسته است به این طرق نیز اعتماد شود و در صورت دارا بودن شرائط شرعی به آنها استناد شود زیرا هدف چیزی جز رسیدن به واقع و حقیقت امر نیست به همین جهت پیشنهاد می شود دیوان عالی کشور یک بار و به صورت قطعی در این مساله رای وحدت رویه ای در

اعتبار نتایج آزمایشات ژنتیک و تقدم آن بر قاعده فراش با توجه به صورت های مختلفی که بیان شد صادر و به دادگاه ها ابلاغ کند تا از تشتت و تناقض آراء در مورد موارد مشابه جلوگیری شود.

نتیجه گیری

بنا بر آنچه در کتب مربوط به علوم آزمایشگاهی آمده نتایج آزمایش ژنتیک- با رعایت شرائطی که مدنظر است- یقینی و حداقل در حد اطمینان است و احتمال و نسبت خطا در آن بسیار ناچیز است. با این بیان تقدیم آن بر قاعده فراش بسیار واضح خواهد بود زیرا این قاعده که شارع آنرا برای انتساب فرزند به زوج تشریع و سائر امارات مقابل آنرا ملغی کرده، تا وقتی است که شک در نسب داشته باشیم و در صورت تعارض قطعی با نتیجه آزمایش ژنتیک- اگر یقینی یا اطمینانی باشد- کنار می رود.

لکن اگر نظریه کارشناسی تنها افاده ظن کند چون حجتی به این عنوان -نظریه کارشناسی- در فقه نداریم باید آنرا تحت عنوان بینه شرعیه قرار دهیم و شرائط حجیت آنرا فراهم نمائیم که در این صورت

تقابلی بین قاعده فراش و بینه شرعیه رخ می دهد که اگر قاعده فراش را اصل تعبدی در مقام شک بدانیم بینه شرعیه -نظر کارشناس- که از امارات است قطعاً بر آن مقدم می شود اما اگر قاعده فراش از قبیل امارات شرعیه باشد تعارض بین دو اماره شرعیه مستقر می شود. حال اگر قائل به تقدیم اماره ای که کاشفیت و طریقت آن قویتر است بشویم باز هم قول کارشناس مقدم می شود چون مستند محکم تر و کاشفیت بیشتری دارد. لکن اگر این ضابطه را ناتمام بدانیم نوبت به قرعه می رسد.

این مطلب در صورتی است که نظریه کارشناس از قبیل امور حدسی قریب به حس باشد تا ادله حجیت بینه و قول ثقة شامل آن بشود لکن در صورتی که از قبیل امور حدسی باشد چون ادله اعتبار قول ثقة و بینه شامل این قبیل امور نمی شود لذا قول کارشناس در این فرض وقتی حجیت دارد که افاده علم و اطمینان کند تا بتواند بر قاعده فراش مقدم شود و در غیر این صورت توانائی مقابله با قاعده فراش را ندارد.

منابع:

قرآن کریم

آشتیانی میرزا محمدحسن (۱۴۰۳ق) بحرال فوائد فی شرح الفرائد- طبع قدیم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، قم: ایران

ابن منظور، (۱۴۱۴ق) لسان العرب، ۱۵ج، چاپ سوم، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت: لبنان

اردبیلی عبدالکریم، (۱۴۲۳ق) فقه القضاء، ۲ج، چاپ دوم، قم: ایران

امامی سیدحسن، (بی تا) حقوق مدنی، ۶ج، انتشارات اسلامی، تهران: ایران

انصاری مرتضی، (۱۴۱۶ق) کتاب المکاسب، ۶ج، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم: ایران

-----، (۱۴۱۵ق) کتاب النکاح، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم: ایران

-----، (۱۴۲۸ق) فرائد الاصول، ۴ج، چاپ نهم، مجمع الفکر الاسلامی، قم: ایران

انصاری ولی الله، (۱۳۸۷ش) کشف علمی جرائم، سمت، تهران: ایران

اوبرباخ شارلوت، (۱۳۴۷ش) علم وراثت، ترجمه دکتر محمود بهزاد، بنگاه نشر و ترجمه کتاب، تهران: ایران

ایروانی باقر، (۱۴۲۶ق) دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، ۲ج، چاپ سوم، دارالفقه للطباعة و النشر، قم: ایران

بجنوردی میرزا حسن، (۱۴۱۹ق) القواعد الفقهیه، ۷ج، قم، نشر الهادی، قم: ایران

بحرانی یوسف، (۱۴۰۵ق) الحدائق الناطره فی احکام العتره الطاهره، ۲۵ج، دفتر انتشارات اسلامی، قم: ایران

بخاری محمد بن اسماعیل (۱۴۲۳ق) صحیح بخاری، دارالغداد الجدید، المنصوره: مصر

تبریزی میرزا جواد، (۱۴۱۶ق) ارشاد الطالب الی التعليق علی المکاسب، ۴ج، چاپ سوم، موسسه اسماعیلیان، قم: ایران

-----، (۱۴۲۷ق) صراط النجاه، ۱۰ج، دارالصدیقه الشهیده، قم: ایران

جمعی از مولفان، (۱۴۲۱ق) الموسوعه الفقهیه الكويتیه، ۴۵ج، وزاره الاوقاف و الشئون الاسلامیه، الكويت

حرعاملی محمد بن حسن، (۱۴۰۹ق) تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ۳۰ج، موسسه ال البيت علیهم السلام، قم: ایران

حکیم محمد سعید (۱۴۲۸ق) الکافی فی اصول الفقه، ۲ج، چاپ چهارم، دارالهلال، بیروت: لبنان

خمینی روح الله الموسوی (۱۴۲۵ق) ترجمه تحریر الوسیله، ۴ج، چاپ ۲۱، دفتر انتشارات اسلامی، قم: ایران

خوئی ابوالقاسم الموسوی، (۱۴۲۲ق) مصباح الاصول، مقرر محمد سرور واعظ حسینی بهسودی، ۲ج، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم: ایران

قم: ایران

-----، (بی تا) مصباح الفقاهه-المکاسب، مقرر محمد علی توحیدی، ۷ج، بی جا

-----، (۱۴۱۱ق) فقه الشیعه-الاجتهاد و التقليد، تقریرات به قلم محمد مهدی موسوی خلخالی، چاپ سوم، چاپخانه نوظهور، قم: ایران

قم: ایران

-----، (۱۴۱۸ق) موسوعه الامام الخوئی، ۳۳ج، موسسه احیاء آثار الامام الخوئی، قم: ایران

----- (۱۴۱۰ق) منهاج الصالحين، ۲ ج، چاپ ۲۸، نشر مدينه العلم، قم: ایران

----- (۱۴۱۹ق) دراسات في علم الاصول، ۴ ج، تقريرات به قلم سيد علي هاشمي شاهرودي، موسسه دائره المعارف فقه اسلامي،

قم: ایران

روحاني سيد محمد (1413ق) منتقى الاصول، ۷ ج، به قلم شهيد عبدالصاحب حكيم، قم: ایران

زارعي سيزواري عباسعلي، (۱۴۳۲ق) القواعد الفقيهيه في الفقه الاماميه، ۲۰ ج، موسسه النشر الاسلامي، قم: ایران

سبحاني جعفر، (۱۴۲۴ق) المواهب في تحرير احكام المكاسب، موسسه امام صادق (ع)، قم: ایران

سيزواري سيد عبدالاعلي (۱۴۱۳ق) مذهب الاحكام في بيان الحلال و الحرام، ۳۰ ج، چاپ چهارم، موسسه المنار، قم: ایران

ستوده حميد و علي سعیدی (۱۳۹۲ش)، اثبات علمي جرائم پردازش فقهی - حقوقي، مركز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم: ایران

سيستاني علي، (۱۴۰۱ش) توضيح المسائل جامع، ۴ ج، دفتر آيت الله سيستاني، مشهد: ایران

سيستاني علي (۱۴۱۷ق) منهاج الصالحين، ۳ ج، چاپ پنجم، قم: ایران

سيستاني محمدرضا، (۱۴۲۸ق) وسائل الانجاب الصناعيه، دارالمورخ العربي، بيروت: لبنان

شيري زنجاني موسی، (۱۴۰۰ش) احكام کاربردي، انتشارات مركز فقهی امام محمد باقر (ع)، قم: ایران

شهيد اول، محمد بن مكي (۱۴۱۷ق) الدروس الشرعيه في الفقه الاماميه، ۳ ج، چاپ سوم، دفتر انتشارات اسلامي، قم: ایران

شيرازي سيد محمد (۱۴۲۱ق) الوصائل الى الرسائل، ۱۵ ج، چاپ دوم، موسسه عاشوراء، قم: ایران

صدر، محمد باقر، (۱۴۱۸ق) دروس في علم الاصول، ۲ ج، چاپ پنجم، موسسه النشر الاسلامي، قم: ایران

صنقور، محمد (۱۴۲۸ق - الف) المعجم الاصولي، ۲ ج، چاپ دوم، منشورات الطيار، قم: ایران

----- (۱۴۲۸ق - ب) شرح الاصول من الحلقة الثانيه، 2 ج، چاپ سوم، قم: ایران

طريحي فخرالدين؛ (۱۴۱۶ق) مجمع البحرين، چاپ سوم، كتابفروشي مرتضوي، تهران: ایران

طوسي محمد بن حسن، (۱۳۸۷ق) المبسوط في الفقه الاماميه، ۸ ج، چاپ سوم، المكتبه المرتضويه لاحياء الاثار الجعفريه، تهران: ایران

عراقي آقاضي، (۱۴۲۱ق) كتاب القضاء، تقريرات به قلم ميرزا ابوالفضل نجم آبادي، انتشارات موسسه معارف اسلامي امام رضا (ع)،

قم: ایران

- فاضل لنکرانی محمد، (بی تا) جامع المسائل، ۲ ج، چاپ یازدهم، انتشارات امیر قلم، قم: ایران
- فاضل لنکرانی محمد جواد (۱۴۰۱ش) رسائل فی الفقه و الاصول، ۳ ج، انتشارات مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم: ایران
- فاضل لنکرانی محمد جواد، (۱۳۹۶ش) مکاسب محرمة، ۲ ج، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم: ایران
- فراهیدی خلیل بن احمد؛ (۱۴۱۰ق) کتاب العین، ۸ ج، چاپ دوم، نشر هجرت، قم: ایران
- قاسمی محمدعلی، (۱۳۹۵ش) دانشنامه فقه پزشکی، ۳ ج، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، قم: ایران
- قانون مجازات اسلامی مصوبه سال ۱۳۹۲؛ چاپ اول، ۱۳۹۳، تهران: روزنامه رسمی ج.ا.
- قائینی محمد، (۱۴۳۲ق) المبسوط فی فقه المسائل المعاصره - المسائل الطبیة، ۲ ج، چاپ دوم، مرکز فقه الاثمه اطهار (ع)، قم: ایران
- قمی سید تقی، (۱۴۲۴ق) الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی - الاجتهاد و التقليد، انتشارات محلاتی، قم: ایران
- کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق) تحریر المجله، ۵ ج، المكتبة المرتضویه، نجف: عراق
- گلپایگانی محمدرضا، (۱۴۰۹ق) مجمع المسائل، ۵ ج، دارالقرآن الکریم، قم: ایران
- گودرزی فرامرز و مهرزاد کیانی، (۱۳۸۴ش) پزشکی قانونی برای دانشجویان رشته حقوق، سمت، تهران: ایران
- محسنی قندهاری اصف، (۱۴۲۴ق) الفقه و مسائل طبیه، ۲ ج، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم: ایران
- مسلم بن حجاج نیشابوری، (۱۴۲۲ق) صحیح مسلم، دار ابن رجب، (بی جا)
- مظفر محمدرضا، (۱۳۸۷ش) اصول الفقه - با تعلیقه زارعی سبزواری، چاپ پنجم، بوستان کتاب، قم: ایران
- منتظری نجف آبادی حسینعلی (بی تا)، رساله استفتائات، ۳ ج، قم: ایران
- (۱۴۰۹ق) دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ۴ ج، چاپ دوم، نشر تفکر، قم: ایران
- میلانی سیدعلی، (۱۴۲۸ق) تحقیق الاصول، ۵ ج، چاپ دوم، الحقائق، قم: ایران
- نائینی محمدحسین، (۱۳۷۶ش) فوائد الاصول، تقریرات به قلم محمدعلی کاظمی، ۴ ج، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم: ایران
- ، (1352ش) اجود التقریرات، تقریرات به قلم سید ابوالقاسم خوئی، ۲ ج، مطبعه العرفان، قم: ایران
- ناظم زاده قمی سید اصغر، (۱۴۰۱ش) تلخیص مصنوعی از نگاه فقه، بوستان کتاب، قم: ایران
- همدانی آقا رضا، (۱۴۱۶ق) مصباح الفقیه، ۱۴ ج، موسسه الجعفریه لاحیاء التراث و موسسه النشر الاسلامی، قم: ایران

یزدی سید کاظم، (۱۴۱۹ق) العروه الوثقی فیما تعم به البلوی (المحشی)، ۵ج، دفتر انتشارات اسلامی، قم: ایران

یزدی سید کاظم، (۱۴۲۶ق) حاشیه فرائد الاصول، تقریرات به قلم محمد ابراهیم یزدی نجفی، ۳ج، دارالهدی، قم: ایران

سایت:

قائنی محمد، «عدم امکان تعبد به خلاف واقع و حقیقت»، سایت استاد قائنی نجفی به نشانی qaeninajafi.ir

گروه وکلای «اماره فراش و نفی نسب به استناد آزمایش»، سایت گروه وکلای پارسای به نشانی parsaylawyers.com

مقالات:

پيله اعظم و ديگران، «بررسی حجیت آزمایش DNA در نفی نسب»، مجله حقوق خصوصی، دوره دهم شماره اول، بهار و تابستان ۹۲

سالارزائی امیر حمزه، «بررسی چالشهای اماره لعان و نتایج حاصل از آزمایش دی ان ا مرتبط با آن در موضوع نفی ولد»، مجله علمی -

پژوهشی فقه پزشکی، دوره دهم، شماره ۳۴ و ۳۵، بهار و تابستان ۹۷

یزدانی پور نایب، «بررسی و تحلیل فقهی - حقوقی حجیت آزمایش دی ان ا در اثبات نسب»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال هشتم،

شماره ۱۶، پائیز و زمستان ۹۴