

پیامدهای حقوقی باروری مصنوعی

سیدعلی علوی قزوینی*

بی‌گمان تحوّل و تکامل علوم بشری، خصوصاً در علوم پزشکی، مسائل حقوقی ویژه‌ای را به دنبال خواهد داشت که یکی از این مسائل حقوقی نوزادان آزمایشگاهی و مسائل حقوقی مرتبط با آنها است. این مقاله به بحث و کنکاش در زمینه مسائل ارث، نسب،... و سایر مسائل حقوقی این نوزادان اختصاص یافته و کوشش شده است تا با استفاده از ضوابط و قواعد کلی حقوقی و فقهی، به زوایای تاریک این موضوع پاسخ علمی و روشن داده شود.

مقدمه

با گسترش حوزه دانش بشری و ظهور دستاوردهای نوین در عرصه علوم تجربی، مسائل پیچیده فقهی و حقوقی پدید می‌آیند که هر سیستم حقوقی ناگزیر است برای این قبیل مشکلات راه‌حل‌های مناسب ارائه دهد. فقه امامیه به لحاظ ارتباط با سرچشمه‌های زلال وحی، تنها مکتبی است که شایستگی تربیت و تهذیب انسان‌ها و ارائه برنامه‌های سازنده و مفید را در تمام عرصه‌های زندگی و در همه زمان‌ها و مکان‌ها دارا است و در

رویارویی با مسائل نوپیدا (مستحدثه) بهترین راه حل ها را می تواند ارائه دهد. این مسائل نوپیدا مولود مقتضیات عصر است. بنابراین در فقه مدون ما، به شکل روشن و مجزا مورد بحث و کاوش قرار نگرفته اند، ولی با توجه به سخن گهربار امام رضا علیه السلام^۱ «تعلیم اصول بر عهده ما و استنباط فروع بر عهده شما است» همیشه باب اجتهاد، بر روی پژوهشگران مسائل فقهی باز و جست و جوگران مسائل فقهی قادر خواهند بود با به کارگیری شیوه های استنباط مسائل فقهی، جواب های صحیح و راه حل های شایسته ای را برای این مسائل نوپیدا ارائه دهند.

مسئله تلقیح مصنوعی انسان و پیدایش اطفال آزمایشگاهی نیز از پدیده های نوینی است که با شکوفایی دانش پزشکی پا به عرصه هستی نهاد و موجب ظهور مسائل جدید فقهی و حقوقی شد و چون به سان سایر موضوعات نوپیدا، به صورت شفاف و روشن مورد توجه فقهای پیشین قرار نگرفته است، ناچار برای تحقیق درباره جنبه های مختلف آن باید از شیوه های معمول در استنباط فقهی استمداد گرفت، امید است در این تلاش فقهی، توانسته باشیم با ارائه پاسخ های مناسب قدمی مؤثر در حل مشکلات جامعه اسلامی برداشته باشیم.

(۱) تاریخچه پیدایش تلقیح مصنوعی

دانش پزشکی با پیشرفت های جدید خود توانسته است کمک شایان توجهی به تولید نسل انسان بنماید و با روش تلقیح مصنوعی و درمان بعضی از بیماری های مردان، نظیر عنن و انزال سریع و درمان بیماری های مجاری تناسلی زنان و مردان، آرزوی آنانی را که سالیانی دراز در انتظار فرزند بودند به تحقق رساند.

تلقیح مصنوعی ابتدا در حیوانات اهلی و به منظور اصلاح نژاد یا تکثیر نسل به کار رفت. در آغاز، این کار را یکی از دانشمندان آلمانی (Lubwig Jacabi) در سال ۱۷۶۵ روی ماهی ها انجام داد. چند سال بعد، یک کشیش و پروفیسور ایتالیایی (Spalanzani) تلقیح را روی سگ ها آزمایش کرد و نتیجه مثبت گرفت. در اواخر قرن نوزدهم، یکی از دانشمندان روسی (Elieva) تلقیح مصنوعی در حیوانات چهارپا را عملی ساخت که این

روش فعلاً نیز مورد استفاده قرار می‌گیرد.

به دنبال موفقیت این آزمایش‌ها در حیوانات، دامنه تلقیح مصنوعی به انسان‌ها نیز سرایت نمود و در کشورهای مختلف از قبیل فرانسه و انگلستان در مورد انسان هم آزمایش‌هایی انجام شد. یک پزشک انگلیسی جان هانتز (John Hanter) در سال ۱۷۹۹ گزارشی در این زمینه به دولت انگلستان داد. در فرانسه ده مورد تلقیح مصنوعی که قدیمی‌ترین آن‌ها را مربوط به سال ۱۸۳۸ دانسته‌اند به وقوع پیوست. ده سال بعد، یکی از دانشمندان فرانسوی (Cerard) گزارش داد که از ۷۲ زن تلقیح مصنوعی شده، ۴۱ نفر آن‌ها را از این طریق باردار گردیده‌اند. تقریباً از سال ۱۹۱۴ موضوع تلقیح مصنوعی کاملاً توجه پزشکان و دانشمندان را به خود معطوف داشت.

دکتر جامیسون، پزشک انگلیسی که مقیم مصر بود، در سال ۱۹۱۴ اطلاع یافت که در میان بدویان طریقه‌ای برای معالجه زنان عقیم وجود دارد که گاه منجر به آبستن شدن زن‌ها و گاهی منتهی به فوت آنان می‌گردد. این موضوع نظر او را به خود جلب کرد پس از کاوش دریافت که زنان بدوی به قطعه‌ای پشم افسون می‌خوانند و آن را به زنان نازا می‌دهند تا به رحم خود بمالند. بدوی‌ها معتقد بودند که این کار باعث شدن زنان نازا می‌شود. پزشک انگلیسی پس از تحقیقات بیشتر دریافت که زنان بدوی پشم را به نطفه مردان آغشته می‌کنند و سپس آن را به زن عقیم می‌دهند تا استعمال نماید. در این روش، علاوه بر نطفه، مقدار زیادی از میکرب‌های موجود در پشم وارد رحم زن می‌شد که در صورت عدم مقاومت بدن در مقابل میکرب‌ها باعث مرگ او می‌شد. دکتر جامیسون، پس از پایان جنگ جهانی اول به انگلستان برگشت و در صدد برآمد با استفاده از روش بدویان مصری در تلقیح مصنوعی و با روش‌های علمی، نطفه مرد را به رحم زن منتقل نماید تا خانواده‌های زیادی را که به خاطر نداشتن فرزند در خطر متلاشی شدن بودند، نجات دهد. وی گاهی به علت بی‌ثمر بودن منی شوهر، از نطفه مردان بیگانه استفاده می‌نمود.^۲

بالاخره با پیشرفت تکنیک‌های تلقیح مصنوعی، با تولد لوئز براون (Louise Brown) در سال ۱۹۷۸ سه دنسبال تلاش پی‌گیر و موفقیت‌آمیز پروفیسور

استپ‌توی (Steptoe) و همکارانش در برن هال (Bourn Hall) انگلستان که با استفاده از لقاح خارج از بدن و انتقال جنین (IVF TER) انجام شد، نور امیدی در دل زوج‌های نابارور و در آرزوی فرزند تابید. در ایران نیز با تولد اولین فرزندان I.V.F به نام‌های وجیهه قاسمی، الهام و عباس زارع در هشتم دی‌ماه ۱۳۶۹ در بیمارستان افشار دانشگاه علوم پزشکی شهید صدوقی، دریچه‌ی امیدی بر روح‌های نابارور ایرانی گشوده شد.^۳

۲) انواع تلقیح مصنوعی

تلقیح مصنوعی ممکن است به سه روش انجام پذیرد:

- الف - تلقیح اسپرم مرد با تخمک زن در داخل رحم؛ ب - تلقیح اسپرم مرد با تخمک زن در خارج رحم و انتقال نطفه تشکیل یافته به داخل رحم (IVF, TET)؛
 - ج - تلقیح اسپرم مرد با تخمک زن و پرورش و نگهداری آن در خارج رحم تا طی مراحل نهایی تکامل.
- عمل تلقیح در روش‌های فوق، انواع گوناگونی دارد که به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم:

در صورت نخست (تلقیح داخل رحم) ممکن است صاحبان نطفه و تخمک افراد شناخته شده و یا اشخاص مجهول الهویه باشند، مانند مواردی که منی یا تخمک از بانک منی یا تخمک گرفته می‌شود.

در حالت اول صورت‌های زیر قابل تصور است:

- الف - تلقیح اسپرم مرد به رحم همسرش؛
- ب - تلقیح اسپرم مرد به رحم زنی که آمیزش با او بر مرد حرام است، اعم از محارم و اجنبیه؛
- ج - تلقیح از طریق کاشتن تخمک زن در رحم زن نازا و آمیزش زن نازا با شوهرش؛
- د - تزریق اسپرم حیوان به رحم انسان؛
- هتزرریق اسپرم انسان به رحم حیوان؛
- و - کاشتن تخمک حیوان در رحم زن و تلقیح از طریق آمیزش با شوهرش.

سه فرض اخیر، صرفاً یک تصور عقلی و فاقد امکان عملی است. بنابراین به بررسی احکام آن نمی‌پردازیم.

در روش دوم (تلقیح خارج از رحم و انتقال آن به داخل رحم) ممکن است تلقیح بین منی و تخمک انسان صورت پذیرد و نیز ممکن است این تلقیح بین اجزای انسان و حیوان یا اجزای حیوان و نبات انجام پذیرد که به لحاظ عدم امکان عملی در احتمال دوم، تنها به بحث در احتمال اول (تلقیح بین تخمک زن و نطفه مرد) اکتفا می‌کنیم:

تلقیح بین تخمک زن و اسپرم مرد در خارج رحم، به صورت زیر قابل تصور است:

الف - اسپرم شوهر با تخمک همسرش تلقیح و نطفه منعقد شده در رحم همان زن قرار داده شود.

ب - اسپرم شوهر با تخمک همسرش تلقیح و نطفه منعقد شده در رحم زن اجنبی یا زنی که آمیزش با او بر مرد حرام است، منتقل شود.

ج - اسپرم شوهر با تخمک زن اجنبی تلقیح و نطفه منعقد شده در رحم همان زن یا زنی که آمیزش با وی حرام است، تزریق شود.

د - اسپرم شوهر با تخمک زن اجنبی تلقیح و در رحم زنی که آمیزش با او بر مرد جایز است، قرار داده شود.

در روش سوم (انعقاد نطفه و تکامل آن در خارج رحم) نیز فروضی قابل تصور است که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از:

الف - تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسرش و پرورش آن در خارج رحم؛

ب - تلقیح اسپرم مرد با تخمک زن اجنبی و پرورش آن در خارج رحم؛

شایان ذکر است که از نظر زمان اخذ اسپرم و تلقیح آن به رحم همسر صاحب اسپرم،

در هر یک از روش‌های سه‌گانه نیز احتمالاتی مطرح است که عبارت‌اند از:

۱- اخذ نطفه از شوهر و تلقیح آن به رحم زوجه پس از عقد انجام گیرد.

۲- اخذ نطفه از شوهر قبل از عقد و تزریق آن به رحم زن یا تلقیح آن با تخمک زن در

خارج رحم، بعد از عقد تحقق یابد.

۳- اسپرم شوهر در زمان عده رجعیه اخذ و به رحم زن تلقیح گردد.

- ۴- اسپرم شوهر قبل از عقد اخذ و در زمان عده رجعیه به رحم زن تلقیح گردد.
- ۵- اسپرم پس از عقد اخذ و در زمان عده رجعیه تلقیح شود.
- ۶- اسپرم در زمان عده رجعیه اخذ و بعد از انقضای عده و پس از عقد جدید به رحم زن منتقل گردد.
- ۷- اسپرم قبل از عقد اخذ و در زمان عده طلاق بائن به رحم زن تلقیح شود.
- ۸- اسپرم پس از عقد اخذ و در زمان عده طلاق بائن تلقیح شود.
- ۹- اسپرم در زمان عده طلاق بائن اخذ و تلقیح شود.
- ۱۰- اسپرم شوهر بعد از مرگ وی اخذ و با تخمک زن (در داخل رحم یا خارج رحم) تلقیح گردد.

- ۱۱- اسپرم پس از عقد اخذ و بعد از مرگ شوهر تلقیح شود.
 - ۱۲- اسپرم قبل از عقد اخذ و بعد از مرگ شوهر تلقیح شود.
- احکام هریک از فروض یاد شده را باید از دو جهت عمده مورد بحث و بررسی قرار داد:

الف - حکم تکلیفی حرمت و جواز؛

ب - حکم وضعی ناشی از تلقیح مانند نسب، ارث، طهاره مولد، ولایت قهری و...
به دلیل اهمیت احکام حقوقی اطفال آزمایشگاهی این مقاله به بحث و بررسی این مسائل می پردازد و از تبیین مسائل تکلیفی از قبیل حلیت یا حرمت این عمل صرف نظر می شود.

۳) احکام حقوقی اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی

در این بخش به بررسی احکام حقوقی اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی، از قبیل ارث، نسب، طهارت و... می پردازیم. قبل از طرح مباحث یاد شده، لازم است درباره ماهیت نسب، امارات اثبات نسب و موضوع های دیگر که در روشن شدن محل بحث به آنها نیاز است، توضیحاتی داده شود.

الف - ماهیت نسب: نسب از نظر لغوی به معنای قرابت، علاقه و رابطه دو شیء

است^۴ و در زبان فارسی به آن نژاد گویند. به منظور شناسایی ماهیت حقوقی و فقهی نسب، لازم است برخی از تعاریفی را که در این زمینه از سوی فقها ارائه شده است، بررسی کنیم.

صاحب جواهر در تعریف نسب آورده است:

هو الاتصال بالولادة بانتها احد الشخصين الى الاخر كالأب و الأبن او بانتهاهما

الى ثالث.^۵

شیخ انصاری نیز می‌گوید:

المراد بالنسب علاقة بين شخصين، تحدث من تولد احدهما من الاخر او

تولدهما من ثالث.^۶

ایرادی که در تعاریف فوق به نظر می‌رسد این است که نسب را به ارتباط و اتصال ناشی از تولد فردی از دیگری یا ثالث معرفی کرده‌اند، ولی حقیقت این ارتباط تبیین نشده که آیا این ارتباط، یک رابطه اعتباری و قراردادی است یا امری تکوینی و واقعی. در تبیین ماهیت نسب می‌توان گفت: شارع در رابطه با حقیقت نسب از عرف پیروی نموده است و به اصطلاح اصولی، در مورد عنوان نسب، حقیقت شرعی یا متشرعی‌ای وجود ندارد.^۷ از این رو لازم است ابتدا مفهوم عرفی نسب معلوم گردد، سپس تصرفاتی را ذکر کنیم که شارع در این معنای عرفی به عمل آورده است.

بنا بر عرف، به وجود آمدن انسان از اسپرم مرد و تخمک زن، منشأ اعتبار رابطه نسبی است؛ به عبارت دیگر، عرف پس از پیدایش طبیعی طفل از والدین، رابطه‌ای اعتباری و قراردادی بین طفل و والدین او برقرار می‌کند که آن را نسب می‌نامند و بر این رابطه اعتباری آثاری مترتب می‌کنند. بنابراین عناوین پدر، مادر، فرزند و سایر عناوین نسبی از همین منشأ سرچشمه می‌گیرند.

مقصود از اعتباری بودن نسب هم این نیست که نسب هیچ‌گونه وجود حقیقی ندارد و وجود یا عدم آن، صرفاً در اختیار اعتبار کنندگان است، بلکه مراد این است که نسب امری اعتباری نفس‌الامری و دارای منشأ اعتبار واقعی و حقیقی است (امر اعتباری نسب از منشأ اعتبار تولد انتزاع می‌شود)؛ به عبارت روشن‌تر، عقلاً و قانون‌گذاران در مقابل این

منشأ اعتبار (تولد) ناگزیر از اعتبار رابطه نسبی هستند.

پس از توضیحات فوق، در تعریف نسب می توان گفت: نسب، از نظر عرف و لغت، رابطه ای است اعتباری که از پیدایش یک انسان از نطفه مرد و تخمک زن انتزاع می گردد.

ب - اسباب ثبوت نسب: فقه امامیه به منظور تأمین سلامت اجتماع و خانواده و جلوگیری از هرج و مرج و اختلاط میاه و تنظیم انساب افراد، نهاد نکاح صحیح را به عنوان نهاد ایجاد کننده نسب بین طفل و زوجین شناسایی کرده است، البته طفل ناشی از شبهه نیز به طفل ناشی از نکاح صحیح ملحق می شود (ماده ۱۱۶۰ و ۱۱۵۸ قانون مدنی).

صاحب حدائق در این زمینه می گوید:

لا خلاف بین العلماء فی ان النسب یثبت بالنکاح الصحیح و المراد به الوطء

المستحق شرعاً بعقد صحیح او تحلیل و ان حرم بالعارض کالوطء فی الحیض.^۸

اما رابطه نسبی میان طفل و والدین طبیعی (زنا) به رسمیت شناخته نشده است. در

حدائق آمده است:

و اما الوطء بالزنا و هو و طء المكلف من تحرم علیه بالاصالة مع علمه

بالتحریم، فلا یثبت به النسب اجماعاً.^۹

شارع با تصرف در نسب عرفی، محدوده نسب شرعی را معین کرده است. از این رو

تصرفات در تعیین حدود شرعی، همیشه محدود به تصرفاتی است که شارع یا

قانون گذار به آن تصریح نموده است، در موارد مشکوک، باید به عرف مراجعه کرد؛ مثلاً

اگر تردید کنیم که آیا در شناسایی نسب از نظر شارع، شباهت ظاهری طفل به والدین

تأثیر دارد یا خیر، باید از نظر عرف متابعت کنیم و شکی نیست که عرف، تنها تکوّن طفل

از نطفه مرد و تخمک زن را باعث ایجاد رابطه نسبی میان آنها می داند و سایر جهات در

پیدایش نسب دخالت نمی دهد.

در فقه امامیه، رابطه نسبی، تنها در خصوص زنا غیر معتبر تلقی شده است. در موارد

دیگر، مانند شبهه و اکراه (نسبت به مکره) با الحاق طفل به پدر و مادر طبیعی آنها، به

رابطه عرفی نسب، اعتبار شرعی یافته است.

ج - امارات اثبات نسب: در علم پزشکی تشخیص دقیق بارداری زن به وسیله شوهر، کار بسیار دشواری است. علوم پزشکی با پیشرفت چشمگیری که در قرون اخیر داشته است، هنوز در بعضی موارد نتوانسته است مشخص کند که طفل از اسپرم چه مردی به وجود آمده است. قانونگذاران برای اثبات نسب و حفظ آرامش خانواده‌ها، امارات مختلفی را به عنوان راه‌های ثبوت نسب مشروع بیان کرده‌اند. بررسی تمام این امارات از موضوع این نوشتار خارج است ولی چون قاعده فراش از مهم‌ترین امارات است و با بحث مورد نظر ما ارتباط مستقیم دارد، مناسب است بررسی کوتاهی درباره این قاعده به عمل آوریم.

قاعده فراش مستفاد از حدیث نبوی مشهور: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^{۱۰} و برخی روایات دیگر است. روایت نبوی مذکور را تمام علمای شیعه و سنی پذیرفته‌اند.^{۱۱} ما به منظور رعایت اختصار، از نقل سایر روایات خودداری می‌نماییم. از نظر لغوی، فراش به معنای چیزی است که برای خوابیدن یا غیر آن، روی زمین می‌گسترانند. در این حدیث، فراش کنایه از شوهر است، به ملاحظه این که زوج حق مضاجعه (هم‌خوابگی) و استمتاع نسبت به همسر خود را دارد. این قبیل کنایات در لغت عرب و قرآن کریم فراوان است.^{۱۲} برخی فراش را به معنای صاحب فراش که همان شوهر یا مولا است، دانسته‌اند. روشن است که معنای اول صحیح‌تر است، زیرا با معنای اول نیازی به تقدیر مضاف نیست.

کلمه «العاهر» به معنای زانی و کلمه «حجر» به معنای سنگ است.

در تفسیر جمله «وللعاهر الحجر» دو نظریه مطرح است:^{۱۳}

- ۱- واژه حجر کنایه از طرد زناکار و عدم الحاق ولد به اوست، همان‌طور که عرفاً در مقام حرمان و منع گفته می‌شود که باید سنگ یا خاک به او داد.
- ۲- حجر کنایه از حد (مجازات رجم) برای زناکار است. روشن است که انتفای نسب از زانی و عدم الحاق طفل به وی، متوقف بر اثبات معنای اول است. سیدرضی، گردآورنده نهج البلاغه، در کتاب المجازات النبویة، در ذیل حدیث و دو تفسیر یاد شده،

در ردّ معنای دوم آورده است:

احتمال دوم زمانی قابل پذیرش است که زناکار محصن باشد ولی چنانچه وی غیر محصن باشد، مقصود از حجر در حدیث، شدت و سخت‌گیری در اجرای حد بر زناکار است. ولی این تفسیر نیز خالی از تحکّم نیست، زیرا اطلاق حجر بر سخت‌گیری و شدت در اجرای حد، زمانی که حد عبارت از شلاق است، صحیح نیست و از آداب فصاحت دور است. پس بهتر است که حدیث بر معنای اول حمل شود.^{۱۴}

از این رو معنای حجر در حدیث مزبور، کنایه از طرد زانی و نفی نسب از او و فرزند ناشی از زناست. مؤید این تفسیر این است که در برخی روایات، از قبیل روایت شعیب، از حضرت محمد ﷺ روایت شده است: «الولد للفراش و للعاهر الاثلب...»^{۱۵} ائلب به معنای خاک مخلوط به سنگ است. پس مقصود از حجر در حدیث مورد بحث، شیء بی‌ارزشی است که منفعت عقلایی ندارد و تعبیر به خاک کنایه از حرمان است.

حدیث مزبور، صرفاً به موارد تعارض و تنازع که در مقابل شوهر، مرد دیگری هم مطرح است اختصاص ندارد و در مواردی هم که تعارضی نیست، جریان دارد.^{۱۶}

با توجه به توضیحات بالا، معنای حدیث چنین خواهد بود: «فرزند متولد در زمان زوجیت در صورت امکان الحاق، ملحق به شوهر است و حرمان و طرد مختص به زناکار است.»

نکته قابل توجه این است که قاعده فراش از امارات معتبر شرعی در مقام اثبات نسب مشروع است. از این رو اعتبار این قبیل امارات، در ظرف عدم وجود یقین به خلاف یا مدلول اماره است، زیرا در صورت یقین به خلاف مضمون اماره، موضوعی برای تعبد به این قبیل امارات باقی نمی‌ماند و در فرض یقین به مضمون آن نیز، اعتبار اماره فراش تحصیل حاصل خواهد بود. بدین لحاظ امارات و ظنون غیر معتبر نمی‌تواند با اماره فراش معارضه نماید. از این رو در صورت تردید در تکون طفل از نطفه شوهر (با امکان تحقق آن) قاعده فراش جاری و طفل ملحق به شوهر می‌شود، هم‌چنانکه در صورت یقین، طفل ملحق به شوهر می‌شود.

برای اجرای قاعده فراش سه شرط لازم است:

۱- نزدیکی؛

۲- تولد طفل بعد از گذشتن شش ماه از تاریخ نزدیکی؛

۳- نگذشتن بیش از ده ماه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد طفل.

از آن جا که بررسی دو شرط اخیر خارج از هدف این نوشتار است، به بررسی شرط اول بسنده می‌نماییم.

بیش‌تر فقهای امامیه نزدیکی (اعم از مجرای طبیعی و غیر آن) را از شرایط اجرای قاعده فراش می‌دانند، هر چند که انزال منی هم نشده باشد.^{۱۷}

اطلاق سخن فوق از این نظر مورد انتقاد قرار گرفته است که در صورت عدم انزال منی شوهر و یا دخول از غیر مجرای طبیعی (دُبُر)، چگونه ممکن است طفل تولد یافته به شوهر منتسب گردد؟!^{۱۸} و در پاسخ گفته شده است که اگر همه فقها مطلق دخول را در اجرای قاعده فراش معتبر دانسته‌اند، بدین خاطر است که به سبب آن، موضوع فراش تحقق می‌یابد و پس از تحقق موضوع، هرگاه در تکون طفل از نطفه شوهر، تردید حاصل گردد قاعده فراش جاری خواهد بود. ولی اگر به طور کلی، علم به عدم انزال داشته باشیم و یا دخول از غیر مجرای طبیعی باشد، به طوری که احتمال تکون طفل منتفی گردد، به صرف دخول به الحاق طفل به شوهر حکم نمی‌شود.

مؤید توجیه فوق روایتی است که در قرب الاسناد از جعفر بن محمد عن علی رضی الله عنه نقل شده است:

جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال كنت أعزل عن جارية لي فجاءت بولدي. فقال ﷺ

الوكاء قد ينفلت، فالحق به الولد.

طبق این حدیث، صرف دخول در الحاق طفل به صاحب نطفه کافی نیست، زیرا در این صورت، موردی برای تعلیل «الوكاء قد ينفلت» باقی نمی‌ماند، بلکه از این تعلیل استفاده می‌شود که منشأ الحاق طفل به پدر، احتمال تکون فرزند از نطفه اوست و چون در بسیاری از مواقع، منی مرد بدون آن که وی متوجه شود به داخل رحم زن منتقل می‌شود، پیامبر ﷺ فرزند را به صاحب نطفه ملحق فرموده‌اند.^{۱۹}

بنا بر مطالب فوق و روایت یاد شده، دخول در مجرای طبیعی و انزال منی در اجرای

قاعده فراش موضوعیتی ندارد و اعتبار آن، تنها بدین خاطر است که مقاربت و انزال، مقدمه وصول اسپرم مرد به رحم زن می باشد.^{۲۰}

۳-۱) نسب طفل حاصل از تلقیح اسپرم مرد به رحم همسرش

اگر با تلقیح اسپرم مرد با تخمک همسرش (اعم از داخل و خارج رحم) کودکی متولد گردد، طفل فرزند قانونی صاحب نطفه (شوهر) خواهد بود و تمام آثار نسب صحیح بین آن‌ها جاری است؛ خواه عمل تلقیح به وسیله شوهر انجام گرفته باشد، یا به وسیله شخص اجنبی و نیز اعم از این که زوجین از این عمل مطلع باشند یا هر دو و یا یکی از آن‌ها از انجام عمل تلقیح بی اطلاع باشد، زیرا چنان‌که گذشت، شارع در اعتبار رابطه نسبی، امری افزون بر آنچه عرف در این خصوص لازم می‌داند، شناسایی نکرده است، و عرف، تکون طفل از نطفه دیگری را منشأ ایجاد رابطه نسبی میان آن‌ها می‌داند؛ به طوری که طفل را فرزند صاحب نطفه می‌داند و میان او و طرفین نطفه رابطه نسبی برقرار می‌نماید؛ خواه نطفه از طریق طبیعی به رحم منتقل شده باشد یا به وسیله آلات و وسایل مصنوعی. بنابراین، فرزند حاصل از تلقیح اسپرم مرد به رحم همسرش، به لحاظ نسب ملحق به آن‌ها خواهد بود.^{۲۱}

هم چنین به موجب حدیث «الولد للفراش» فرزندی که در زمان زوجیت از زوجین متولد گردد و امکان تکون آن از نطفه مرد موجود باشد، ملحق به شوهر است، هر چند آمیزش و نزدیکی میان زوجین انجام نشده باشد، زیرا همان‌گونه که در شروط اجرای قاعده فراش ذکر کردیم، آمیزش و مقاربت جنسی در الحاق طفل به زوجین موضوعیت ندارد و تنها به عنوان مقدمه اتصال نطفه زوج به رحم زن اعتبار دارد. به همین جهت است که طفل متولد از تفخیز زن و شوهر، از نظر شرعی و قانونی منتسب به زوجین است.

برخی از فقهای معاصر هم مطابق مدعای فوق فتوا داده‌اند؛ مثلاً در تحریر الوسیله، امام خمینی آمده است:

لاشکال فی ان تلقیح ماء الرجل بزوجه جائز... فلو فرض ان النطفة خرجت

بوجه محلل و لقحها الزوج بزوجه فحصل منهما ولد كان ولدهما... بل لواقع

التلقيح من ماء الرجل بزوجه لوجه محرم.^{۲۲}

و نیز در کتاب مستحدثات المسائل آیه الله خوئی آمده است:

يجوز تلقيح الزوجة بنطفة زوجها... و حكم الولد منه حكم سائر اولادها

بلا فرض اصلاً.^{۲۳}

۲-۳) نسب طفل حاصل از تلقیح اسپرم مرد به رحم زن اجنبی

در مورد تلقیح نطفه مرد به رحم زن اجنبی (تلقیح داخل رحم)، دو فرض را باید از هم تفکیک نمود:

۱- موردی که نطفه مرد به رحم زنی اجنبی تزریق شود که دارای شوهر است و عادتاً نیز امکان باروری زن از شوهر خود وجود داشته باشد. در این صورت، اگر از تاریخ نزدیکی و مقاربت شوهر تا تولد طفل کم تر از شش ماه و بیش تر از ده ماه نگذشته باشد، طفل ملحق به شوهر زن است، زیرا به موجب قاعده فراش، اگر احتمال نزدیکی بین زوجین و انعقاد نطفه از اسپرم شوهر وجود داشته باشد، به صرف تلقیح نطفه مرد به زن اجنبی نمی توان طفل را به صاحب نطفه تزریق شده ملحق نمود و یا اصلاً نفی نسب نمود؛ بلکه به موجب قاعده فراش، طفل باید به زن و شوهر قانونی منتسب گردد. برخی از فقها نیز فتوا داده اند:

لاشکال فی انه اذا لقح نطفة الاجنبی و غابها زوجها و احتمل نکون الولد من

ماء الزوج، فیکون الولد ملحقاً بالزوج.^{۲۴}

۲- موردی که زن اجنبی دارای شوهر نباشد، یا عادتاً، امکان باروری از شوهر خود را نداشته باشد و یا این که یقین پیدا کنیم حمل ناشی از نطفه شوهر نیست. در این صورت، آیا طفل ناشی از تلقیح نطفه مرد به زن اجنبی (اعم از تلقیح داخل و خارج رحم) به صاحب نطفه (پدر طبیعی) منتسب خواهد بود یا خیر؟

در این خصوص گفته شده است:

در صورتی که مرد و زنی که لقاح مصنوعی بین آنها به عمل آمده جاهل به حقیقت امر بوده‌اند، در این صورت طفل ملحق به پدر و مادر طبیعی خود می‌باشد، زیرا طفل مزبور در ردیف ولد شبهه است و همان‌گونه که ولد شبهه ملحق به کسی است که جاهل به حرمت رابطه بوده است، در مورد مزبور به طریق اولی ملحق به او خواهد بود، زیرا دخول با مرد اجنبی واقع نشده است، در صورتی که یکی از زن و مرد جاهل به حقیقت امر باشد طفل نسبت به او در حکم ولد شبهه است.^{۲۵}

مطلب فوق از فتوای آیه‌الله بروجردی نیز ظاهر می‌شود. وی در این زمینه فرموده است:

آنچه از مفاهیم و منطوق بعضی از ادلّه استفاه می‌شود این است که تلقیح مصنوعی مرد اجنبی بر زن حرام است؛ خواه دارای زوج باشد یا نباشد، و در بعضی صور آن، احکام ولد الزنا ثابت است و در بعضی صور احکام ولد شبهه، و اما تلقیح منی زوج به زوجه محل تأمل و اشکال است.^{۲۶}

اگر طرفین تلقیح یا مرد، با علم و عمد اقدام به تلقیح نمایند، طفلی را که در اثر ترکیب نطفه مرد و زن اجنبی به وجود می‌آید، نمی‌توان به صاحب نطفه نسبت داد. مهم‌ترین دلایلی که بر مدعای فوق اقامه شده است، عبارت‌اند از:

۱- تنها سبب ایجاد رابطه نسبی، نکاح صحیح است (که ولد شبهه نیز به دلیل اجماع، به آن ملحق شده است). بنابراین، مطلق تولد از نطفه، موجب پیدایش رابطه مزبور نخواهد بود.

صاحب جواهر در این زمینه می‌گوید:

ليس مطلق التولد من الماء موجباً للنسب شرعاً، ضرورة عدم كون العنوان فيه الخلق من مائه و الصدق اللغوي، و الفرق بين الانسان و غيره من الحيوان بمشروعية النكاح فيه، دونه، بل المراد تحقق النسب.^{۲۷}

ابن ادریس در سرائر، در خصوص عدم الحاق طفل متولد از طریق مساحقه جاریه بکر با زن شوهردار، به صاحب نطفه، می‌گوید:

و الحاق الولد بالرجل فيه نظر يحتاج الى دليل قاطع، لانه غير مولود على فراشه

و الرسول ۹ قال: "الولد للفراش" و هذه ليست بفراش للرجل لان الفراش عبارة في

الخبر عن العقد و امكان الوطاء و لا هو من وطىء الشبهة بعقد الشبهة.^{۲۸}

در پاسخ استدلال فوق می‌گوییم: همان‌گونه که در مباحث مربوط به نسب بیان شد، ملاک شرعی و عرفی الحاق طفل به دیگری، تکوّن و ایجاد طفل از نطفه غیر است و این نسب عرفی تنها در زنا به رسمیت شناخته نشده است. از این رو علامه در تحریر الاحکام، در ردّ نظریه ابن‌ادریس آورده است:

والحق الولد بالرجل لانه من ماء غير زان و ان لم يولد في فراشه و قد مضى

الخبر المتضمن له خلافاً لابن ادریس كما سمعت.^{۲۹}

۲- هر فعلی که از انسان صادر می‌شود برای دستیابی به مقاصدی است که محرک انسان به انجام فعل مورد نظر هستند. بدین لحاظ هرگاه عرف یا مکتبی عملی را تنفیذ و امضا نماید، ناگزیر این عمل به معنای مشروعیت بخشیدن به هدف و غرض آن فعل نیز خواهد بود. ممنوعیت نیز به مفهوم عدم مشروعیت هدف فعل نهی شده می‌باشد؛ مثلاً اگر شارع مسافرتی را که به منظور تفریح انجام می‌گیرد تجویز نماید، به معنای مشروعیت دادن به تفریح خواهد بود. هم‌چنین حرام دانستن مسافرتی که به منظور لهو و لهب انجام می‌گیرد به معنای حرمت لعب و لهو خواهد بود.

غرض از ازدواج، تمتعات جنسی، تولید نسل و تحقق نسب است. اگر شارع عملی را که سبب تولید نسل است حرام کند، تمام آثار وضعی (نسب) آن نیز منتفی خواهد بود. هم‌چنین به موجب آیه: «والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم أو ما ملکت ایمانهم فانهم غیر ملومین، فمن أتفی وراء ذلك فاولئك هم العادون»، مشروعیت و حلّیت فروج، منحصر به یکی از دو طریق ازدواج و ملک یمین (کنیز) است و روش‌های دیگر فاقد مشروعیت‌اند، لذا جمیع آثار و اغراضی که از روش‌های دیگر حاصل می‌شود (مانند نسب و استیلا از طریق تلقیح نطفه مرد به زن اجنبی) غیر مشروع و باطل است.^{۳۰}

در پاسخ استدلال فوق می‌گوییم:

اولاً: احکام وضعیه، همیشه منتزع از احکام تکلیفی نیستند، بلکه قابل جعل

استقلالی هم هستند. از این رو حرمت تکلیفی فعلی، با حرمت وضعیه آن یا بطلان آثار مترتب بر آن، ملازمه نخواهد داشت.^{۳۱}

ثانیاً: به موجب نص و فتوای امامیه، آمیزش با کنیز مشترک بین دو شریک، از سوی یکی از آنها، بدون اذن شریک دیگر حرام و سبب ثبوت حد است، اما فرزندی که از این طریق متولد می شود، به صاحب نطفه ملحق می گردد و بر وی واجب است قیمت سهم شریک دیگر از ولد را به عنوان غرامت بپردازد.^{۳۲}

بنا بر مباحث پیشین درباره ماهیت نسب و با استفاده از برخی روایات، می توان گفت طفل متولد از تلقیح اسپرم مرد به رحم زن اجنبی، به صاحب نطفه ملحق می شود و تمام عناوین نسبی میان آنها برقرار است، زیرا چنان که پیش تر گفته شد عرف، تکون طفل از نطفه انسان دیگر را منشأ اعتبار و انتزاع رابطه نسبی می داند و شارع نیز نظریه عرف را پذیرفته است و تنها در مورد زنا نسب را منتفی می داند و تلقیح مورد بحث، عرفاً و شرعاً زنا محسوب نمی شود و هم چنین اطلاق فرزند (ولد)، عرفاً بر این طفل صحیح است، بنابراین طفل ملحق به صاحب نطفه است.

شاهد مدعای فوق صحیحۀ ابن مسلم از امام باقر و امام صادق علیهما السلام است. در این حدیث آمده است:

قال: سمعت ابا جعفر و ابا عبد الله ۳ يقولان: بینا الحسن بن علی ۳ فی مجلس علی امیر المؤمنین ۷ اذا قبل قوم فقالوا: یا ابا محمد ارانا امیر المؤمنین. قال: و ما حاجتکم؟ قالوا: اردنا ان نسأله عن مسألة. قال: و ما هی؟ تخبرونا بها و قالوا: امرأة جامعها زوجها فلما قام عنها، قامت فوقعت علی جاریة بکر فساحتها، فألقت النطفة فیها فحملت، فما تقول؟ فقال الحسن ۷. انه یعمد الی المرثة فیؤخذ منها مهر الجاریة البکر اول وهلة، لأن الولد لا یخرج منها حتی تشق عذرتها، ثم ترجم المراثه لانها محصنة، و ینتظر بالجاریة حتی تضع ما فی بطنها و یرد الی ایه صاحب النطفه ثم تجلد الجاریة الحد ۳۳.

طبق این روایت، طفل حاصل از مساحقه زن باکره، ملحق به صاحب نطفه است و چون مساحقه خصوصیت ویژه ای ندارد، پس ملاک الحاق طفل به صاحب نطفه، خلق و

تکون او از نطفه صاحب نطفه است و با تمسک به همین ملاک، در تلقیح مصنوعی نیز طفل به صاحب نطفه ملحق می‌شود.^{۳۴}

از فقهای پیشین، افرادی مانند شیخ طوسی در نهاییه، شهید ثانی در مسالک، محقق در شرایع الاسلام، صاحب ریاض و علامه در تحریر الاحکام، طفل را ملحق به صاحب نطفه می‌دانند.^{۳۵} از فقهای معاصر، آیه‌الله خوئی در مسئله مورد بحث چنین فتوا داده است:

لايجوز تلقيح المرأة بماء الرجل الاجنبي... ولو فعل ذلك و حملت المرأة ثم

ولدت فالولد ملحق بصاحب الماء و يثبت بينهما جميع احكام النسب و يرث كل

منهما الاخر لان المستثنى من الارث هو الولد عن الزنا و هذا ليس كذلك^{۳۶}

وی هم چنین در مستحدثات المسائل می‌نویسد:

... ولو فعل ذلك و حملت المرأة ثم ولدت، فالولد ملحق بصاحب الماء و يثبت

بينهما جميع احكام النسب، و يرث كل منهما الاخر، لان المستثنى من الارث هو

الولد عن الزنا و هذا ليس كذلك.^{۳۷}

۳-۳) رابطه نسبی طفل ناشی از تلقیح مصنوعی با مادر طبیعی خود

مطالب این قسمت را در چند فراز دنبال می‌کنیم:

الف - اگر نطفه مرد به رحم همسرش در داخل رحم تلقیح شود و یا پس از ترکیب اسپرم مرد با تخمک همسرش، در خارج رحم، جنین به رحم همان زن منتقل گردد و از این طریق کودکی متولد گردد، بی‌گمان این زن، مادر آن کودک و او نیز فرزند آن زن خواهد بود و در نتیجه تمام احکام مترتب بر این عناوین نسبی، بر این کودک جاری خواهد بود،^{۳۸} زیرا همان‌طور که در بحث ماهیت نسب گفته شد، ملاک شرعی و عرفی انتساب طفل به والدین، رابطه تکوینی و تولیدی میان آنهاست و این رابطه در مورد بحث ما وجود دارد. یکی از فقها در این ارتباط چنین فتوا داده است:

يجوز تلقيح الزوجه بنطفة زوجها، نعم لايجوز أن يكون المباشر غير الزوج اذا

كان ذلك موجِباً للنظر الى العورة او مسها، و حكم الولد منه حكم سائر اولادهما
بلا فرق اصلاً.^{۳۹}

ب - اگر نطفه مرد به رحم زن اجنبی، در داخل رحم تلقیح شود و یا پس از ترکیب تخمک زن اجنبی با اسپرم مرد اجنبی در خارج رحم، جنین حاصل به رحم همان زن منتقل گردد، آیا رابطه نسبی میان طفل حاصل از این تلقیح و مادر طبیعی او برقرار می‌گردد؟

سخن یکی از فقها در ذیل صحیحہ ابن مسلم - که قبلاً به آن اشاره شد - مشعر بر این است که اگر کودکی در اثر مساحقه زن شوهردار با دختر باکره و در نتیجه انتقال نطفه مرد از رحم زن به دختر باکره متولد شود، کودک از یک سو به صاحب نطفه منتسب است و از سوی دیگر، به دختر باکره که او را حمل و متولد کرده است. وی برای اثبات مدعای خود، به وجود مقتضی ثبوت رابطه نسبی - که همان صدق عرفی عنوان فرزند (ولد) بر طفل مزبور است - و انتفای مانع - یعنی زنا که از نظر مفهوم عرضی با مساحقه متباین است - استناد کرده است:

... و لا یلحق بالزوجة قطعاً و لا بالبکر علی قول مشهور، و بقوی اللاحق للصدق

العرفی و انتفاء المانع الشرعی، اذ لیس الا الزنا، و السحق لیس منه لغة و عرفاً

فیشملة اطلاق مادل علی احکام الولد من حرمة التناکح و ثبوت التوارث، مع ان

الاول ثابت فی ولد الزنا، فهناولوی، فاللاحق اقوی.^{۴۰}

صاحب جواهر الحاق طفل یاد شده به دختر باکره را مورد اشکال دانسته است. به عقیده وی، نهاد ایجاد کننده رابطه نسبی منحصر در نکاح صحیح و شبهه است. وی می‌گوید:

لیس مطلق التولد من الما موجِباً للنسب شرعاً، ضرورة عدم كون العنوان فیه

الخلق من مائه و الصدق اللغوی بعد معلومية الفرق بین الانسان و غیره من الحيوان

بمشروعية النکاح فیه دونه، بل المراد تحقق النسب... و من ذلك يظهر لك ان المنتجه

عدم لحوقه بالصیبة و ان لم تكن زانية كما فی المسالك، بل فی القواعد انه الاقرب

بعد الاشکال فیه و كان وجهه مما عرفت و من صدق عدم الزنا مع الولادة، و لادلیل

علی کونه بحکمه فی ذلك ایضاً كما هو واضح.^{۴۱}

نیز علامه در قواعد الاحکام می‌گوید:

و فی الحاقه بالصیبه اشکال، اقربه العدم. فلا یتوارثان....

فخرالمحققین، فرزند علامه در توضیح اشکال فوق، در ایضاح الفوائد می‌گوید:

و منشأ الاشکال من انها ولدته من غیر زنا فیلحق بهما و من ان سبب الحاق

النسب، النکاح الصحیح او الشبهه و هما متفیان هنا، و لانه بحکم الزنا، و لهذا یحد

علیه...^{۴۲}

هم‌چنین فاضل هندی در کشف اللثام آورده است:

و فی الحاقه بالصیبه اشکال. اقربه العدم، لانها فی حکم الزانیه، و لان النسب

انما یتلحق بالنکاح او الشبهه و لیس فی شیء منهما، و یحتمل اللاحاق لانهما ولدته

من غیر زنا و علی الاول فلا یتوارثان و الاقرب حرمة النکاح بینهما...^{۴۳}

همان‌گونه که ملاحظه شد، مهم‌ترین دلایل مخالفان عبارت‌اند از:

۱- انحصار اسباب پیدایش نسب در نکاح صحیح و شبهه، و عدم کفایت تکوّن طفل از

نطفه زن و مرد (در غیر مورد زنا) در ایجاد این رابطه (نسب).

۲- در حکم زنا بودن عمل مزبور (مساحقه دختر باکره) در جمیع آثار، به دلیل حرمت

عمل مزبور و لزوم اجرای حد (صد ضربه شلاق) بر مرتکب آن.

با توجه به مطالبی که در بحث ماهیت نسب بیان شد، می‌توان گفت:

اولاً: ملاک عرفی و شرعی ایجاد رابطه نسبی، تکوّن طفل از نطفه زن و مرد است و

این رابطه تنها در زنا منتفی است ولی در غیر آن، ملاک به قوت خود باقی است.

ثانیاً: تسری حکم زنا به مساحقه یا هر عمل حرام دیگری، در حکم قیاس و مردود

است.

تنها ایرادی که در الحاق طفل به دختر باکره یا مادر طبیعی - در مورد بحث - وجود

دارد این است که شمول اطلاقات بر طفل مزبور، یا طفل ناشی از تلقیح، مورد تردید

است، زیرا این مورد از موارد نادر است و ندرت افراد امری است که می‌تواند قرینه بر

عدم اراده اطلاق نسبت به فرد نادر باشد.^{۴۴}

در پاسخ ایراد فوق می توان گفت که صرف ندرت، سبب انصراف مطلق به افراد شایع نیست، بلکه سبب اصلی انصراف لفظ به معنایی خاص، کثرت استعمال لفظ در آن معنا و انس ذهن با معنای مزبور است. در نتیجه، طفل متولد از ترکیب تخمک زن با اسپرم مرد اجنبی، از نظر نسبی به مادر طبیعی خود (زن ملحقه) منتسب است.

ج - اگر تخمک زنی را در رحم زن نازایی بکارند و سپس وی از طریق آمیزش با شوهر خود باردار شود و یا از طریق ترکیب نطفه مرد و زن (اعم از اجنبی و زوجین) و انتقال جنین تشکیل یافته به رحم زن دیگر (رحم اجاره ای) طفلی متولد گردد، رابطه نسبی این کودک با زن صاحب تخمک و زنی که او را حمل و تغذیه کرده است، چیست؟ بدون تردید، طفل مزبور هم با زن صاحب تخمک و هم با زنی که وی را حمل کرده است، ارتباط تکوینی دارد ولی باید ملاحظه نمود که کدام یک از این دو نوع ارتباط، در عرف و شرع می تواند ملاک رابطه مادر و فرزندی (أمومه) باشد؟
برخی از فقها با استناد به آیاتی از قرآن، حمل و تولد را ملاک رابطه مادر و فرزندی (أمومه) دانسته اند.^{۴۵}

در استدلال به آیه ۴۲ سوره مجادله گفته شده است:

قوله تعالى: «ان امهاتهم الا اللاتى ولدنهم» فجعل المولدة مطلقاً أما فتكون بنتاً

على حسب القانون اللغوى.....^{۴۶}

آیه الله خوئی نیز فرموده است:

ان المستفاد من بعض الآيات الشريفة ان ملاك الامومة انما هو حمل الطفل. فمن

حملته ثم ولدته فهي أم له شرعاً، فان المستفاد من قوله تعالى «الذين يظاهرون منكم

من نسائهم، ما هن امهاتهم، ان امهاتهم الا اللاتى ولدنهم» ان الأم هي امرأة تلد الولد.

فالمرأة الحاملة هي ام له شرعاً و الولد ملحق بها لايصاحب البيضة.^{۴۷}

در پاسخ استدلال فوق می توان گفت: آیه در مقام رد توهم کسانی است که می پنداشتند به صرف گفتن جمله «تو نسبت به من هم چون پشت مادرم هستی» خطاب به همسرانشان (ظهار)، زنان آنان برایشان حرام ابدی می شوند. خداوند در این آیه توجه می دهد که صرف گفتن این جمله سبب نمی شود که همسر مرد، مادر وی به شمار آید و

بر او حرام شود، زیرا مادر او همان زنی است که او را به دنیا آورده، نه آن زنی که وی خطاب به او، سخن مزبور را گفته است. بنابراین اشاره به ویژگی مادر (زاده شدن کودک از او) بدین سبب است که غالباً کودک را مادر متولد می‌کند و حتی می‌توان گفت در آن زمان همیشه چنین بوده است؛^{۴۸} به عبارت روشن‌تر، آیه در مقام نفی حرمت ابدی از زنانی است که مورد ظهار واقع می‌شوند و در مقام بیان مفهوم شرعی مادر (أُم) نیست. از این رو مقدمات حکمت در خصوص مفهوم مادر (أُم)، تمام نیست.

علاوه بر آیات یاد شده، آیات دیگری که در این بحث قابل استنادند عبارت‌اند از:

والله أخرجكم من بطون امهاتكم، لتعلمون شيئاً وجعل لكم السمع والابصار و
الافتدة لعكم تشكرون.^{۴۹}

یخلفکم فی بطون امهاتکم، خلقاً بعد خلق فی ظلمات ثلاث ذلکم الله ربکم، له
الملک، لا اله الا هو، فانی تصرفون.^{۵۰}

ووصینا الانسان بوالدیه، حملته أمه وهنأ علی وهن، وفضاله عامین أن أشکرلی
و لوالدیک الی المصیر.^{۵۱}

هو أعلم بکم اذا انشأکم من الارض، واذ أنتم أجنة فی بطون امهاتکم، فلا تزکوا
انفسکم هو اعلم بمن اتقی.^{۵۲}

ووصینا الانسان بوالدیه احساناً، حملته أمه کرهأ و وضعت کرهأ.^{۵۳}

در استدلال به آیات فوق می‌توان گفت که بنا بر اطلاق آیات، حمل و بارداری ملاک ایجاد رابطه مادر و فرزندی در شرع است؛ خواه فرزند تولد یافته از تخمک همان زن تکوّن یافته باشد و یا از تخمک زن دیگر.

پاسخ استدلال فوق این است که در هیچ‌یک از آیات یاد شده، خداوند در مقام بیان مفهوم شرعی اُم (مادر) نیست بلکه در هر مورد به تناسب آیات، در صدد بیان مطلب دیگری است که با دقت در مضامین آیات روشن می‌شود و اطلاق مادر در آیات فوق به کسی که فرزند را حمل کرده و مانند آن، تنها از باب غلبه است. در نتیجه آیات فوق نسبت به مورد بحث (رحم اجاره) اطلاق ندارد.

بنابراین بین طفل و زنی که طفل در رحم او رشد پیدا کرده است، نسب قانونی و

شرعی وجود ندارد، زیرا تخمک زن صاحب رحم اجاره‌ای در پیدایش کودک شرکت نداشته است و صرف تکامل یافتن و گذراندن مراحل رشد در رحم، سبب تحقق نسب نیست. بنابراین طفل ملحق به صاحبان نطفه و تخمک است.

امام خمینی در این مورد می‌نویسند:

لو انتقل الحمل فی حال کونه علقه او مضغه أو بعد ولوج الروح من رحم امرأة الی رحم امرأة اخرى فنشأ فیها و تولد هل هو ولد الاولی او الثانیة؟ لاشبهه فی انه من الاولی اذا انتقل بعد تمام الخلقه و ولوج الروح، كما انه لاشکال فی ذلك اذا اخرج و جعل فی رحم صناعیة و ربی فیها و اما لو اخرج قبل ذلك حال مضغته مثلاً فقیه اشکال، نعم لو ثبت ان نطفة الزوجین منشأ للطفل فالظاهر الحاقه بهما سواء انتقل الی رحم المرأة أو رحم صناعیة.^{۵۴}

۳-۴) وضعیت ارث اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی

بدون شک رابطه وراثت در مورد اطفال ناشی از تلقیح مصنوعی نیز همانند اطفال طبیعی، پس از تولد یا وضع در رحم، میان آن‌ها و هر یک از مرد و زن صاحب نطفه و خویشاوندان ایشان در صورت ثبوت نسب، برقرار می‌گردد، و در این زمینه چند مسئله قابل طرح است:

۱- در صورتی که نطفه شوهر پس از مرگ وی به رحم همسر قانونی او تلقیح گردد و از این طریق فرزندی متولد شود، وضعیت ارث این کودک چگونه است؟
بدون شک، با تحقق انتساب شرعی، هرگاه طفل آزمایشگاهی زمان مرگ مادر خود در قید حیات باشد، همانند سایر وراثت از وی ارث خواهد برد ولی برای پاسخ به ارث وی از پدر خود ابتدا باید این مسئله را بررسی کنیم که آیا ارث جنین (حمل) مشروط به وجود آن در زمان فوت مورث است یا این‌که صرف انتساب ولد به مورث در ثبوت ارث کفایت می‌کند، هر چند که انعقاد نطفه آن پس از فوت مورث باشد؟
برای بررسی این مطلب مناسب است ابتدا برخی روایات مربوط به ارث جنین را نقل

نماییم:

۱- در روایت اُبی بصیر آمده است:

قال: أبو عبدالله عليه السلام، قال أُمِّي: إذا تحرك المولود تحركاً بيناً، فانه يرث و يرث، فانه ربما كان أخرس؛ «امام صادق(ع) فرمودند: پدرم فرمود: هرگاه نوزاد هنگام تولد حرکت آشکاری از خود بروز دهد پس آن طفل هم از خویشاوندان خود ارث می‌برد و هم آن‌ها از او ارث خواهند برد (کنایه از آن‌که حرکت حاکی از حیات نوزاد است) اگر چه در هنگام تولد صدای گریه از او شنیده نشود، زیرا ممکن است او (نوزاد) لال باشد. ۵۵»

۲- فضیل در نقلی می‌گوید:

سأل الحكم بن عتيبة، ابا جعفر ۷ عن الصبي يسقط من أمه غير مستهل أبورث؟ فأعرض عنه فاعاد عليه، فقال: إذا تحرك تحركاً بيناً ورث فانه ربما كان أخرس؛ حکم بن عتیبه از امام باقر(ع) پرسید: نوزادی از مادرش جدا می‌گردد بدون آن‌که صدای گریه‌ای از او شنیده شود، آیا این طفل از خویشان خود ارث می‌برد؟ امام(ع) از او روی گرداندند، ولی او دوباره سؤال خود را تکرار کرد، پس امام(ع) فرمودند: هرگاه نوزاد به هنگام تولد حرکت آشکاری از خود نشان دهد، از خویشاوندان خود ارث می‌برد هر چند صدایی از او شنیده نشود، زیرا ممکن است نوزاد لال باشد. ۵۶»

۳- از عبدالله بن سنان، نقل شده است:

سمعت ابا عبدالله ۷ يقول: تجوز شهادة القابلة في المولود اذا استهل و صاح في الميراث، و يرث من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فان كانت امرأتان؟ قال: تجوز شهادتهما في النصف من الميراث؛ عبدالله بن سنان می‌گوید: از امام صادق(ع) شنیدم که می‌فرمود: شهادت زن قابله در مورد میراث نوزاد مسموع است. هرگاه او (نوزاد) به هنگام تولد گریه یا فریاد کند، از میراث به اندازه شهادت یک زن ارث می‌برد. راوی می‌گوید به امام(ع) عرض کردم: هرگاه دو زن شهادت دهند چگونه است؟ فرمود: شهادت آن دو زن در نصف میراث مسموع است. ۵۷»

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در روایات یاد شده، هیچ‌گونه اشاره‌ای به آن‌که باید نطفه در زمان فوت مورث منعقد شده باشد، وجود ندارد، بنابراین، اطلاق روایات فوق،

مواردی را هم در بر خواهد گرفت که نطفه طفل، پس از فوت مورث منعقد شده باشد. البته در صورتی که انتساب طفل به مورث، یقینی باشد و فقها نیز صرفاً به جهت صحت انتساب حمل به مورث، وجود حمل را در زمان فوت مورث معتبر دانسته‌اند. صاحب ریاض در این زمینه گوید:

نعم یسئر العلم بوجوده عندالموت لیحکم بانتسابه الیه، و یعلم ذلك بأن تلده
لمادون تسته أشهر من حین موته، مدة یمكن تولده منه، أو لاقصى الحمل اذا لم
توطاء الام وطياً یصلح استناد الولد معه الی الواطی. ۵۸

صاحب جواهر نیز عین عبارات فوق را آورده است. ۵۹

در «مفتاح الکرامه» نیز آمده است:

ارث الحمل ثابت بالنص و الاجماع بشرط لحوقه به و ترکه المصنف
لظهوره... ۶۰

و در «مناهج المتقین» مامقانی آمده است:

یرث الحمل من یحکم وجداناً أو شرعاً بانتسابه الیه و کونه وارثاً له... ۶۱

بنابراین هرگاه انتساب طفل به مورث قطعی و ثابت باشد، ممکن است گفته شود که اطلاقات ادله اراث جنین، و نیز اطلاق آیه شریفه «یوصیکم الله فی اولادکم للذکر مثل حظ الانثیین...» ۶۲ شامل فرض مورد بحث خواهد شد.

بنابراین طفلی هم که نطفه وی از طریق لقاح مصنوعی و بعد از فوت مورث تشکیل شده است، می‌تواند از پدر خود ارث ببرد.

ولی در پاسخ استدلال فوق می‌توان گفت:

اولاً: اطلاقات ادله اراث حمل و نیز اراث اولاد، منصرف به مواردی است که جنین یا حمل در زمان فوت مورث وجود داشته باشد و شمول آن نسبت به فرزندی که پس از موت مورث نطفه آن منعقد شده مورد تردید است، در نتیجه اصل عدم اراث جاری خواهد بود.

ثانیاً: از آن جا که اراث از اسباب تملک قهری است، هرگاه در زمان فوت مورث، حمل وجود خارجی نداشته باشد، اراث او از مورث خود، مصداق تملیک معدوم خواهد

بود که برخی آن را عقلاً محال دانسته‌اند.^{۶۳}

در نتیجه می‌توان گفت:

طفلی که پس از مرگ کسی از طریق تلقیح مصنوعی نطفه‌ی وی به رحم همسرش متولد می‌گردد، به دلیل عدم وجود جنین در زمان فوت مورث، از اموال پدر خود ارث نمی‌برد. با توجه به مقررات فقهی، هرگاه حمل مانع ارث اشخاص موجود باشد، ترکه تا تولد طفل تقسیم نمی‌شود و هرگاه حمل مانع ارث نباشد لازم است به میزان سهم دو پسر از ترکه برای حمل کنارگذارده شود تا وضعیت آن بعداً روشن شود.

حال این سؤال مطرح است که هرگاه جنین پس از انتقال به رحم، زنده متولد شود، می‌تواند از مرد و زن صاحب نطفه ارث ببرد یا خیر؟

با توجه به مطالبی که بیان شد می‌توان گفت هر چند بر طفلی که هنوز در خارج رحم است عرفاً حمل اطلاق نمی‌شود ولی از آن‌جا که موضوع اصلی این حکم، انسان بالقوه است، چنین جنینی نیز می‌تواند ارث ببرد.

این که باید سهم دو پسر را برای چنین جنینی کنار گذاشت یا خیر، باید گفت: عزل مقدار اما این که سهم دو پسر برای ارث جنین، صرفاً از باب احتیاط است و تعبدی در این مورد وجود ندارد چنان‌که صاحب جواهر می‌گوید:

و کیف كان فلا خلاف أجدد بين الاصحاب في انه يوقف و يعزل للحمل نصب

ذکرین احتیاطاً عن تولده كذلك، بل لو لا ندرة الزائد لعزل أزيد من ذلك...^{۶۴}

بنابراین، هرگاه در بارور کردن نطفه در خارج از رحم، همانند حالت طبیعی، امکان انعقاد و تشکیل بیش از یک نوزاد وجود داشته باشد، ناچار باید سهم دو پسر یا بیش‌تر را کنار نهاد، ولی اگر پیدایش بیش از یک انسان، ممکن نباشد کنارگذاردن بیش از سهم یک پسر الزامی نخواهد بود، زیرا در این صورت وضعیت حقیقی وارث بالقوه معلوم و معین است.

۴) فروعاً مسئله تلقیح مصنوعی بر اساس قانون مدنی ایران

فرع اول: ماده ۱۱۸۰ قانون مدنی در مورد ولایت قهری پدر و جد پدری گوید:

طفل صغير تحت ولایت قهری پدر و جد پدری خود می باشد و هم چنین است

طفل غیر رشید یا مجنون، در صورتی که عدم رشد یا جنون آن متصل به صغر باشد.

حال آیا مفاد ماده فوق در مورد طفل متولد از طریق بانک باروری نطفه نیز صادق

است یا خیر؟

در پاسخ سؤال فوق می توان گفت: بعد از اثبات نسب میان صاحب نطفه (هرگاه

صاحب نطفه معلوم و مشخص باشد) و طفل متولد از تلقیح، حکم مسئله کاملاً روشن

است، زیرا به موجب دلایل معتبر فقهی و قانونی ولایت قهری از آثار نسب صحیح است

از این رو در هر موردی که نسب شرعی و قانونی ثابت باشد احکام آن نیز مترتب خواهد

بود که از آن جمله است ولایت قهری صاحب نطفه بر فرزند متولد از طریق تلقیح

مصنوعی.

شایان ذکر است که هرگاه صاحب نطفه نامعلوم باشد، به دلیل عدم انتساب طفل به

فرد معینی، ناچار باید به موجب بند ۱ ماده ۱۲۱۸ قانون مدنی برای وی قیم معین شود.

فرع دوم: ماده ۱۱۵۵ قانون مدنی مقرر می دارد:

زنی که بین او شوهر خود نزدیکی واقع نشده و هم چنین زن یائسه، نه عده طلاق

دارد و نه عده فسخ نکاح ولی عده وفات در هر مورد باید رعایت شود.

سؤالی که در این مورد مطرح است آن است که هرگاه طلاق قبل از نزدیکی و بعد از

عمل تلقیح مصنوعی واقع شود، آیا زن مکلف به رعایت عده است یا خیر؟

در پاسخ باید گفت: بدون تردید بر زوجه غیر مدخوله رعایت عده طلاق یا فسخ نکاح

لازم نیست و افزون بر اجماع فقهای امامیه^{۶۵}، آیاتی از قرآن و روایات نیز بر حکم فوق

دلالت دارند. مانند آیه:

ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم من عده تعدونها. ۶۶

صحیحہ حلیہ از امام صادق (ع):

إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدة، تزوج من ساعتها و

تبينها تطليقة واحدة... ۶۷

سؤال دیگر این است که آیا اساساً دخول در ایجاب عده موضوعیت داشته و یا این که صرف ورود منی در رحم، موجب لزوم رعایت عده خواهد بود؟ گروهی از فقها گفته‌اند: از آن جا که موضوع لزوم عده در روایات و فتاوی اصحاب، آمیزش و دخول است، از این رو نزدیکی در ایجاب عده موضوعیت دارد هر چند که انزال منی هم نباشد. ولی در مقابل، گروهی دیگر از فقها گفته‌اند: عده به یکی از دو امر واجب می‌گردد:

۱- نزدیکی، هر چند که بدون انزال منی صورت گیرد؛

۲- ورود منی در رحم، هر چند بدون نزدیکی انجام شود.

شهید ثانی در «مسالك الافهام»، پس از بیان این که دخول در قبل و دبر سبب رعایت

عده است، آورده است:

وفي حكمه دخول منيه المحترم فرجاً فليحق به الولدان فرض، و تعتد بوضعه، و

ظاهر الاصحاب عدم وجوبها بدون الحمل هنا.

سیدکاظم یزدی نیز در «ملحقات عروة الوثقى» می‌گوید:

فالموجب لها (العدة) أحد الأمرين من الدخول و لو مع عدم الانزال و دخول ماء

من غير وطء اذ في بعض الاخبار ان العدة من الماء... ۶۸

این گروه برای اثبات مدعای خود به چند دسته از روایات استناد کرده‌اند: دسته اول:

روایاتی که تشریح عده را ورود منی شوهر به رحم زن دانسته‌اند مانند:

روایت محمد بن مسلم از امام باقر یا امام صادق علیهما السلام که در آن آمده است: العدة من

الماء. ۶۹

و صحیحہ عبدالله بن سنان از امام صادق علیه السلام که می‌گوید:

سأله أبي و انا حاضر عن رجل تزوج امرأة فادخلت عليه و لم يمسه و لم يصل

اليها حتى طلقها هل عليها عدة منه؟ فقال: انما العدة من الماء. قيل له: فان كان واقعها

في الفرج و لم ينزل؟ فقال: اذا ادخله و جب الغسل و المهر و العدة. ۷۰

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود امام علیه السلام سبب تشریح عده را ورود منی در رحم زن

دانسته‌اند و این حکمت در موارد تلقیح نیز ثابت است، هر چند که دخول صورت نگرفته باشد.

دسته دوم: روایاتی که حکمت تشریح عده را استبرای رحم زن از نطفه شوهر سابق خود معرفی نموده‌اند از قبیل روایت زراره که در آن نقل شده است:

سألت أبا جعفر ع عن امرأة نعى إليها زوجها فاعتدت فتزوجت فجاء زوجها الأول ففارقها و فارقها الآخر كم تعتد للناس؟ قال: بثلاثة قروء، و إنما نستبرء رحمها بثلاثة قروء كلها للناس كلهم... ۷۱

طبق این روایت جعل عده به منظور استبرای رحم زن است که این حکمت در مورد بحث ما نیز جاری است. از این رو ورود منی از غیر طریق نزدیکی نیز موجب لزوم عده خواهد بود.

اشکال: ممکن است گفته شود که استبرای رحم و یا دخول منی در رحم حکمت تشریح است نه علت آن، بنابراین نمی‌توان حکم آن را به غیر موارد دخول تسری داد. پاسخ: تفاوت علت و حکمت تنها در دایره تخصیص حکم است نه تعمیم آن؛ یعنی در ناحیه تسری حکم معلل از موضوع مصرح به سایر موضوعات، تفاوتی میان علت و حکمت نیست. از این رو هرگاه گفته شود «حکمت تشریح عده بر فرض دخول، استبرای رحم یا دخول منی در رحم است» ما می‌توانیم در موردی نیز که علم به وجود این حکمت داریم یا احتمال وجود آن را می‌دهیم، حکم (عده) را جاری بدانیم، هر چند که دخول هم صورت نگرفته باشد.

آری در ناحیه تخصیص حکم، حکمت نمی‌تواند همانند علت دایره حکم را مضیق نماید؛ به عنوان مثال، در موردی که دخول صورت گرفته و علم به عدم انزال یا علم به استبرای رحم داریم نمی‌توانیم به عدم لزوم عده حکم نماییم.

بنابراین در فرض مسئله هرگاه طلاق قبل از دخول و بعد از تلقیح صورت گیرد، بر زن رعایت عده لازم است.

فرع سوم: در ماده ۱۰۴۵ قانون مدنی در مورد نکاح با اقارب نسبی آمده است:

نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است، اگر چه قرابت حاصل از زنا یا شبهه باشد....

سؤالی که در این جا مطرح است آن است که آیا نسبت ناشی از لقاح مصنوعی را نیز

می توان مشمول ماده فوق نمود یا خیر؟

در پاسخ می توان گفت: بعد از ثبوت نسب میان نطفه و طفل متولد از تلقیح، حکم مسئله کاملاً روشن است، زیرا در این مورد عرفاً و قانوناً نسب ثابت بوده، از این رو احکام نسب (از جمله احکام مذکور در ماده فوق) نیز مترتب خواهد شد. حتی بنابر عدم ثبوت نسب قانونی میان طفل ناشی از تلقیح و صاحب نطفه می توان ادعا کرد که مفاد ماده یاد شده در این مورد جریان دارد زیرا:

اولاً: منظور از نسب موجود در ماده فوق، به دلیل ذیل ماده که می گوید: «اگر چه قرابت ناشی از شبهه یا زنا باشد»، نسب عرفی است نه نسب مشروع و قانونی و چون عرف تکون طفل از نطفه شخص را منشأ ایجاد رابطه نسبی می داند، اطلاق ماده فوق، حرمت و ممنوعیت نکاح میان اقارب نسبی را هر چند از طریق لقاح مصنوعی باشد، ثابت می کند.

ثانیاً: مقتضی اصل (در فرض شک و عدم استفاده حکم از ظواهر ادله) در این موارد احتیاط است. از این رو شک در جواز، با عدم وجود دلیل معتبر قانونی، برای حکم به حرمت و ممنوعیت کافی است، علاوه بر این روایاتی نیز در زمینه پیدایش نسل بشر از ذریه حضرت آدم علیه السلام به این نکته اشاره دارند که انسان نمی تواند با قسمتی از خود ازدواج کند.

فرع چهارم: ماده ۱۰۵۵ قانون مدنی چنین انشا شده است:

نزدیکی به شبهه و زنا اگر سابق بر نکاح باشد از حیث مانعیت نکاح در حکم

نزدیکی با نکاح صحیح است ولی مبطل نکاح سابق نیست.

مطابق مدلول ماده فوق اگر مردی با زنی نزدیکی نماید که بین آنها علقه زوجیت

وجود ندارد، هر چند این عمل در اثر اشتباه و شبهه باشد، دختر آن زن و هم چنین مادر

او بر مرد حرام می‌شود. سؤالی که در این خصوص مطرح است این است که آیا تلقیح مصنوعی اسپرم بیگانه به رحم زن اجنبی نیز دارای چنین حکمی است یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت که با توجه به تصریح ماده فوق به کلمه «نزدیکی»، باید به عدم حرمت دختر و مادر زن بر صاحب نطفه حکم نمود، زیرا در تلقیح، نزدیکی تحقق نیافته است تا مشمول ماده فوق باشد.

ثانیاً: در صورت شک در حرمت، اصل برائت از حرمت جریان خواهد داشت و نتیجتاً عدم حرمت ابدی دختر و مادر زن بر صاحب نطفه ثابت می‌گردد در تأیید مدعای فوق می‌توان از بند ۳ ماده ۱۰۴۷ ق.م نیز استمداد جست در این ماده حرمت ابدی دختر زوجه منوط به وقوع نزدیکی بین زوجین است و چون تلقیح مصنوعی مصداق نزدیکی نیست، حکم ماده در این مورد جریان نخواهد داشت.

فرع پنجم: ماده ۱۰۵۴ قانون مدنی گوید:

زنای با زن شوهردار یا زنی که در عده رجعیه است موجب حرمت ابدی است. بر این اساس آیا تلقیح مصنوعی زنی که در عده رجعیه است نیز موجب حرمت ابدی است یا خیر؟ در پاسخ می‌توان گفت با توجه به این که ماده فوق به وقوع زنا تصریح کرده است و از طرفی رابطه لقاح مصنوعی نیز قطعاً زنا نیست، از این نمی‌توان لقاح مصنوعی را موجب حرمت ابدی دانست؛ علاوه بر این که در صورت تردید، استحباب عدم حرمت ابدی جاری خواهد بود (با فرض جریان استصحاب در احکام کلی الهی).

فرع ششم: ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

در موارد زیر طلاق بائن است: طلاقی که قبل از نزدیکی واقع شود...

بحث در این است که اگر طلاق قبل از نزدیکی و بعد از لقاح مصنوعی انجام شود (بنابر اصل وجوب عده برای چنین زنی) رجعی است یا بائن؟

در پاسخ می‌توان گفت در روایات و نیز در متن قانون به پیروی از منابع فقهی، ملاک بائن بودن طلاق عدم نزدیکی (دخول) است.^{۷۲} به همین مضمون روایات متعدد دیگری

نیز وجود دارد و چون قرینه‌ای وجود ندارد که بر عدم خصوصیت نزدیکی در ثبوت حکم مزبور دلالت بنماید، باید طلاق مزبور را بائن دانست. هم‌چنین هرگاه لقاح مصنوعی منجر به حامله شدن زن نیز شود طلاق بائن خواهد بود و به مقتضای آیه «و اولات الاحمال أجلهن أن یضعن حملهن»^{۷۳} مدت عده چنین زنی با وضع حمل تمام می‌شود.

فرع هفتم: در ماده ۱۱۰۱ قانون مدنی آمده است:

هرگاه عقد نکاح قبل از نزدیکی به جهتی فسخ شود، زن حق مهر ندارد مگر در صورتی که موجب فسخ، عنن باشد که در این صورت با وجود فسخ نکاح زن مستحق نصف مهر است.

و ماده ۱۰۹۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورت جهل زن بفساد نکاح و وقوع نزدیکی، زن مستحق مهرالمثل است».

هم‌چنین ماده ۱۰۹۸ قانون مدنی گوید: «در صورتی که عقد نکاح اعم از دائم یا منقطع باطل بوده و نزدیکی واقع نشده زن حق مهر ندارد و اگر مهر را گرفته شوهر می‌تواند آن را مسترد نماید».

نیز در مواد ۱۰۹۷، ۱۰۹۳، ۱۱۵۵ و ۱۰۵۷ قانون‌گذار احکام خود را در کلیه موارد فوق بر نزدیکی یا عدم نزدیکی مترتب نموده است، در تمام موارد فوق این سؤال مطرح است که اگر نزدیکی بین طرفین واقع نشده، ولی عمل تلقیح صورت گرفته باشد آیا همین احکام جاری خواهد بود یا خیر؟

از نظر قضایی و حقوقی با توجه به تصریح قانون‌گذار به کلمه (نزدیکی) و هم‌چنین فقدان قرینه‌ای که بر عدم خصوصیت نزدیکی در ترتب احکام مزبور دلالت بنماید، می‌توان گفت: با تلقیح مصنوعی و بدون انجام عمل مقاربت، احکام یاد شده که مترتب بر نزدیکی است، جاری نخواهد بود.

پی نوشتها:

۱. «علینا القاء الاصول و علیکم بالتفریع»، حرّ عاملی، وسائل الشیعه (قم. مؤسسه آل‌البیت. ۱۴۱۴ ق) ج ۸، ص ۴۱، روایت ۵۲.
۲. مجله صبا، دوره پنجم، شماره ۸.
۳. «باروری آزمایشگاهی و انتقال جنین»، انتشارات حوزه معاونت امور پژوهشی دانشگاه علوم پزشکی شهید صدوقی.
۴. «النسب: مصدر القرابة، جمع انساب» (المتجدد). «القرابة: ایقاع التعلق و الارتباط بین الشیخین» (منجد الطلاب)؛ «نسب ای قرابة و جمع انساب» (المصباح المنیر). «النون والسين و الباء كلمة واحدة قیاسها اتصال شیء بشی منه النسب، سمي لاتصاله و للاتصاله به» (معجم مقاییس اللغة، ج ۵، ص ۴۲۴).
۵. محمدحسن نجفی، جواهر الکلام (تهران. دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵) ج ۲۹، ص ۲۳۸، ص ۱۷ سیدعلی طباطبائی، ریاض المسائل (تهران، چاپ سنگی) ج ۲، ص ۳۹۱؛ شهید ثانی، مسالک الافهام (تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۴) ج ۲، ص ۳۰۹ و ابن براج طرابلسی، مهذب البارع (قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه) ج ۳، ص ۲۳۲.
۶. مرتضی انصاری، رساله مقتضیات الارث و اقسامها (تهران. چاپ سنگی) ص ۴۰۱.
۷. در قرآن مجید، در مورد نفی رابطه نسبی از فرزند خوانده آمده است: «أدعوهم لأبائهم هو أفسط عند الله» (احزاب (۳۳) آیه ۵). پس صرف اعتبار رابطه نسبی برای تحقق آن کفایت نمی‌کند، بلکه باید این رابطه اعتباری (نسب) دارای بشوئانه حقیقی باشد که آن، ایجاد فرزند از نطفه پدر و تخمک مادر است.
۸. یوسف بحرانی، الحدائق الناضرة (چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین) ج ۲۳، ص ۳۱۰.
۹. همان.
۱۰. صحیح مسلم (بیروت، مؤسسه عزالدین، ۱۴۰۷ ق) ج ۴، ص ۱۷۱ و صحیح بخاری، ج ۲، ص ۳.
۱۱. قوله: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» المتفق علی مضمونه... (جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۲۳۲).
۱۲. قوله: «الولد للفراش» ای: الزوج فان کل واحد من الزوجین یسمی فراشاً للآخر كما سمي کل واحد منهما لبأسأ للآخر (میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه (تهران، نشر مبعاد، ۱۳۷۲) ج ۴، ص ۲۴.
۱۳. یوسف بحرانی، همان، ج ۲۵، ص ۱۴.
۱۴. همان، ص ۱۵.
۱۵. مسند احمد بن حنبل، ج ۲، ص ۱۷۹ و ۲۰۷: فرزند از آن صاحب فراش (زوج) است و برای زناکار سنگ است.
۱۶. صاحب جواهر در خصوص عدم ثبوت نسب شرعی از راه زنا می‌گوید: و لعل قوی النبی ﷺ: «الولد للفراش و للعاهر الحجر» دال علیه بناء علی کون المراد من الاول انه لاولد شرعاً الا للفراش لانه خاص فی التعارض بیته و بین الزنا... (جواهر الکلام، ج ۳۱، ص ۱).
۱۷. یوسف بحرانی، همان، ج ۲۵، ص ۲-۱.

۱۸. همان.
۱۹. تقریرات نکاح شیخ عبدالکریم حائری، ص ۳۶۴.
۲۰. «فاعتبار الدخول ليس لموضوعية فيه، بل من جهة كونه مقدمة لوصول الماء الى رحمها» (میرزا حسن بجنوردی، همان، ص ۳۰).
۲۱. یکی از فقهای معاصر می نویسد: «فان قوام كون طفل ولدًا للرجل عندالعرف انما هو بان يخلق من مائه من دون دخل لكون ادخال الماء في الرحم الجماع. بل لو أفرغ ماءه خارج الفرج ثم سبقه أن دخل فيه بنفسه او بإعانه من يد حلیله فحملت فلا شك أحد في ان هذا الطفل اذا ولد من اولاد الرجل. محمد مؤمن، کلمات سدیده، ص ۹۷.
۲۲. امام خمینی، تحریر الوسیله (قم، مؤسسه نشر الاسلامی، بی تا) ج ۲، ص ۶۲، مسئله ۱.
۲۳. محمدصادق روحانی، مستحدثات المسائل، ص ۴۲-۴۳.
۲۴. سیدابوالقاسم خوئی، المسائل المستحدثه (بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۲ ق) ج ۱، ص ۹. نیز امام خمینی می نویسد: «لو حصل عمل التلقيح جاء غیر الزوج و كانت المرأ ذات بعل و علم أن الولد من التلقيح فلا اشكال في عدم لحوق الولد بازوج» (تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۶۲۱، مسئله ۳).
۲۵. حسن امامی، حقوق مدنی (تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۶۸) ج ۵، ص ۱۵۸.
۲۶. کاظم زاده، جنبه حقوقی لقاح مصنوعی (پایان نامه دوره لیسانس دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران) ص ۴۵.
۲۷. محمدحسن نجفی، همان، ج ۴۱، ۳۹۸.
۲۸. علی اصغر مروارید، سلسله بنایع الفتنیه (چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۰۶ ق) ج ۲۳، ص ۲۴۰.
۲۹. علامه حلی، تحریر الاحکام (تهران، چاپ سنگی) ج ۲، ص ۲۲۵؛ فاضل هندی، کشف اللثام (تهران، چاپ سنگی) ج ۲، ص ۴۱۰؛ سیدعلی طباطبائی، همان، ج ۲، ص ۵۲۷ و علامه حلی، قواعد الاحکام (قم، الاحیاء التراث: ۱۴۱۱ ق) ج ۲، ص ۲۵۸. نیز آمده است: والحق الولد بالرجل لانه من ماء غیر زان...
۳۰. هیدجی، النسب و فروعہ الفقہیہ، ص ۷-۸.
۳۱. در خصوص استقلال و عدم استقلال احکام وضعیه و با انتزاع آن از احکام تکلیفیه، مباحث گسترده ای در علم اصول مطرح است که با ملاحظه رعایت اختصار از طرح آن مباحث خودداری می کنیم.
۳۲. یوسف بحرانی، همان، ج ۱۹، ص ۴۷۴، مسئله ۱۴.
۳۳. حر عاملی، همان، ابواب حد السحر، الباب ۳، حدیث ۱، از امام باقر(ع) و امام صادق(ع) شنیدم که فرمود: هنگامی که امام حسن مجتبی(ع) در مجلس امیرالمؤمنین(ع) حاضر بود گروهی نزد او آمدند و گفتند: ای ابامحمد! امیرالمؤمنین کیجاست؟ امام حسن(ع) فرمود: حاجت شما چیست؟ آن ها گفتند: می خواهیم از او پرسشی بنماییم. امام حسن(ع) فرمود: سؤال چیست؟ ما را نیز بدان آگاه کنید. آن ها گفتند: زنی با شوهر خود آمیزش می کند و پس از پایان آمیزش، با کنیز باکره خود مساحفه کرده و در اثر این عمل، منی مرد از رحم او به رحم کنیز باکره منتقل و او (کنیز) باردار شده است. حکم این مسئله چیست؟ امام حسن(ع) فرمود: در

- وهلة اول مهريه (مهرالمثل) كنيز باكره از آن زن گرفته مي شود (زيرا هنگام تولد طفل، بكارت او زابل شده است.) و سپس آن زن را سنگسار مي كنند، زيرا وي داراي شوهر بوده و سپس منتظر تولد طفل مي شوند و پس از تولد، طفل را به پدرش، صاحب نطفه برمي گردانند و آن گاه بر كنيز حدّ جاري مي شود.
۳۴. در حديث فوق ممكن است ابراداتي نيز به نظر مي رسد كه براي رعایت اختصار از طرح اشكالات و پاسخ آن ها صرف نظر مي گردد.
۳۵. شيخ طوسي، النهاية و نكتها (قم، مؤسسه نشر اسلامي، ۱۳۷۰) ج ۳، ص ۳۱۰؛ سيدعلي طباطبائي، همان، ج ۲، ص ۵۰۱؛ شهيد ثاني، همان، ج ۲، ص ۴۳۳؛ محقق اول، شرايع الاسلام (تهران، انتشارات فردوسي، ۱۳۶۸) ج ۲، ص ۳۴۹ و علامه حلي، تحرير الاحكام، ص ۲۲۵.
۳۶. سيدابوالقاسم خوئي، المسائل المنتخبة (قم، مدينه العلم) مسائل التلقیح الصناعی، مسئله ۴۳ و امام خميني، همان، ج ۲، ص ۶۲۱، مسئله ۳.
۳۷. محمدصادق روحاني، همان، ص ۴۲-۴۳. محمد مؤمن در اين مورد مي نويسند: «و ان كان صاحب المني اجنبياً... و ان كان عن عمدٍ... فلا ريب في ان الحرمة لا تترتب في صدق العناوين الخاصة بالنسبة... لادليل على تخصيصها الا توهم الحاقه بمن انعقدت نطفته من زنا... و لكنه مندفع بانه بعد بطلان القياس و عدم صدق الزنا الذي أُنيط الحكم به في ما نحن فيه فلا وجه لرفع اليد عن ادله الاحكام فمقتضى الادله جريان جميع احكام الولد، من ناحية الرجل، عليه و الله العالم» (كلمات سديده، ص ۹۷ - ۹۸).
۳۸. محمد مؤمن، همان، ص ۹۸.
۳۹. محمدصادق روحاني، همان، مسئله ۴۵.
۴۰. سيدعلي طباطبائي، همان، ج ۲، ص ۵۳۷.
۴۱. محمدحسن نجفي، همان، ج ۴۱، ص ۳۹۸؛ فخرالمحققين، ايضاح الفوائد (قم، اسماعيليان، ۱۳۸۹ ق) ج ۴، ص ۴۹۶ و فاضل هندی، كشف اللثام، ج ۲، ص ۴۱۰.
۴۲. همان.
۴۳. همان.
۴۴. صاحب رياض پس از تقويت نظريه الحاق طفل به دختر باكره، در تضعيف اين نظريه گفته است: «... الا أن يتردد في شمول الاطلاق لنحو المقام، لعدم تبادره منه و شمول الحكم لولد الشبهه بالاجمال لا يصلح قرينة على التعميم للنادر بناء على كونه منه ايضاً لاحتمال كون الاجمال دليلاً مستقلاً على الشمول لاقربنة على الدخول تحت الاطلاق...» (رياض المسائل، ج ۲، ص ۵۳۷).
۴۵. مجادله (۵۸) آية ۲.
۴۶. علامه حلي، مختلف الشيعة (قم، انتشارات جامعه مدرسين) ج ۷، ص ۸۳.
۴۷. همان.
۴۸. محمد مؤمن، همان، ص ۱۰۰.
۴۹. نمل (۲۷) آية ۷۸.
۵۰. زمر (۳۹) آية ۶.

- ۵۱ لقمان (۳۱) آیه ۱۴.
- ۵۲ نجم (۵۳) آیه ۳۲.
- ۵۳ احقاف (۴۶) آیه ۱۵.
- ۵۴ امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۶۲۳ و همو، المسائل المستحدثة، مسئله ۱۰.
- ۵۵ حر عاملی، همان، ج ۱۷، ابواب میراث الخنثی و ما اشبهه، باب ۷، حدیث ۷.
- ۵۶ همان، حدیث ۴.
- ۵۷ حر عاملی، همان، ج ۱۸، الباب ۲۴ من کتاب الشهادات. الحدیث ۴۵.
- ۵۸ سیدعلی طباطبائی، همان، ج ۲، ص ۴۳۰.
- ۵۹ محمدحسن نجفی، همان، ج ۳۹، ص ۷۳.
- ۶۰ سیدمحمدجواد عاملی، مفتاح الكرامة: ج ۸، ص ۹۸.
- ۶۱ محمدحسن مامقانی، مناهج المتنبین (تهران، چاپ سنگی، افست آل البيت) ص ۴۶۰.
- ۶۲ نساء (۴) آیه ۱۱.
- ۶۳ درباره امکان یا امتناع معدوم، بحث‌های گسترده‌ای در کتب فقها مطرح است که به لحاظ رعایت اختصار از طرح اشکالات و پاسخ آن‌ها صرف نظر می‌شود.
- ۶۴ محمدحسن نجفی، همان، ج ۳۹، ص ۷۳.
- ۶۵ همان، ج ۳۲، ص ۲۱۲.
- ۶۶ احزاب (۳۳) آیه ۴۹.
- ۶۷ حر عاملی، همان، ج ۷، کتاب الطلاق، ابواب العدد، حدیث ۴.
- ۶۸ سیدمحمدکاظم یزدی، ملحقات عروة الوثقی (قم، منشورات مکتبه الداوری، ۱۳۷۸ ق) ج ۲، ص ۵۳.
- ۶۹ محمدبن یعقوب کلینی، الکافی (تهران، انتشارات علمیه اسلامیة، ۱۳۶۴) ج ۶، ص ۱۰۹، حدیث ۶ و رک: حر عاملی، همان، ابواب العدد، باب ۱، حدیث ۱.
- ۷۰ همان.
- ۷۱ حر عاملی، همان، باب ۳۸، حدیث ۱.
- ۷۲ چنان‌که امام صادق علیه السلام در روایتی می‌فرمایند: «اذا طلقت المرأة التي لم يدخل بها بانت بتطبيقه واحدة».
- ۷۳ طلاق (۶۵) آیه ۶۵.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی