

قلمرو قاعده ید در اعراض و انساب با تأکید بر فناوری‌های نوین پزشکی در فقه امامیه و حقوق ایران

حمیدرضا بهروزی‌زاد^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۹

چکیده

از ادله مهم اثبات دعوی، خصوصاً در حوزه اموال در فقه امامیه و حقوق ایران، قاعده ید است. در این مقاله کوشیده‌ایم به روش کتابخانه‌ای اثبات کنیم، برخلاف آنچه برخی از فقها و حقوق‌دانان معتقدند، قاعده ید در اعراض و انساب نیز علاوه بر اموال جاری می‌شود. ادله‌ای که این امر را اثبات می‌کند هم ادله نقلی از جمله روایات و هم ادله عقلی از جمله بنای عقلا است. بنابراین، همان‌طور که روایات و بنای عقلا می‌تواند اثبات‌کننده قاعده ید در اموال باشد، مثبت انساب و اعراض نیز می‌تواند باشد. همچنین، به دنبال وسعت بخشی به مفهوم انساب در فقه امامیه و حقوق ایران بودیم که در این صورت نسب بر مفاهیم مستحدثه شرعی و قانونی از جمله رحم مصنوعی یا رحم اجاره‌ای نیز صدق می‌کند. در این صورت است که فقه امامیه با فناوری‌های نوین پزشکی هم‌راستا خواهد شد. همچنین، مواردی که قاعده ید می‌تواند بر قاعده فراش حاکم شود، از جمله این‌که با توجه به قرائن حالیه و مقالیه امکان اعمال قاعده فراش نباشد نیز، مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. با توجه به نتایج این پژوهش، از لحاظ قانونی پیشنهاد می‌شود که ماده ۳۵ قانون مدنی بدین شکل اصلاح شود: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است و همچنین است در اعراض و انساب، مگر خلاف آن ثابت شود.»

واژگان کلیدی: قاعده ید، انساب، اعراض، فقه امامیه، حقوق ایران

۱. دکتری حقوق خصوصی و استادیار گروه حقوق مؤسسه غیرانتفاعی شهریار؛ behroozi_hamidreza@yahoo.com

مقدمه

قاعده ید قاعده‌ای کاربردی و مهم در قواعد فقه و ادله اثبات دعوی است. براساس این قاعده، صاحب ید اصولاً مالک آن شیء خواهد بود، مگر این‌که خلاف آن ثابت شود. حال یکی از مباحث بسیار مهم در خصوص این قاعده درباره قلمرو این قاعده است. انساب و اعراض مقوله‌هایی است که در خصوص اعمال قاعده ید محل نظر و اشکال است. بنابراین سؤال اصلی مقاله این است که آیا این قاعده در خصوص انساب و اعراض نیز قابلیت اعمال را دارد یا خیر؟ اگر معتقد به قابلیت اعمال نباشیم، فقط قاعده ید مختص به اموال و مالکیت خواهد بود. اما اگر قائل باشیم که قلمرو اعمال قاعده ید در مورد اعراض و انساب نیز هست، در این صورت در مقام تخصص، ید حجیت خواهد داشت و طرف مقابل برای رد ید باید دلیل بیاورد. بنابراین مسئله صرفاً فایده علمی نخواهد داشت و دارای آثار عملی بسیاری در دادگاه‌ها نیز خواهد بود، به‌ویژه با توجه به مسائل جدیدی که در حوزه نسب بر اساس کودک آزمایشگاهی و رحم اجاره‌ای ایجاد شده است بحث در خصوص قلمرو قاعده ید بسیار کاربردی خواهد بود.

از آنجاکه بنای عقلاً مهم‌ترین مستند قاعده ید است و روایات وارده ارشادی در خصوص شیوه عقلاست، می‌توان مدعی شد که در خصوص اعراض و انساب نیز کاربرد خواهد داشت. در این صورت فناوری‌های روز پزشکی نیز قابلیت تطبیق با فقه امامیه را خواهند داشت.

اهداف علمی این مقاله اثبات شمول قاعده ید در خصوص اعراض و انساب است. وقتی از لحاظ علمی این قلمرو ثابت شد، می‌توان به‌صورت یک نظریه و قاعده عمومی استفاده کرد؛ در این صورت در حوزه‌های تقنینی و اجرایی و قضایی کاربرد خواهد داشت.

در خصوص پیشینه پژوهش باید گفت، گرچه درباره قاعده ید خصوصاً بعد از شیخ اعظم انصاری فراوان بحث شده است، بیشتر کتاب‌ها متعرض بحث قلمرو قاعده ید در اعراض و انساب نشدند. در کتاب‌های قواعد فقهی مثل قواعد فقه دکتر محقق داماد^۱

۱. ایشان در این باره می‌نویسند: «حت دیگر در مورد قاعده ید این است که مثلاً در زوجیت یا نسب اگر بین دو نفر در مورد زن یا فرزندی ترافع و مخاصمه پیش آید، آیا صرف وجود زن یا فرزند در منزل یکی از طرفین دلالتی بر رابطه زوجیت یا نسب بین صاحب منزل و فرد مذکور می‌کند و اگر کار اختلاف به دادگاه بکشد ذوالید می‌تواند به صرف داشتن ید از طرف مقابل

(۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۱ به بعد)، اگر وارد بحث شده باشند بسیار کوتاه و عمدتاً مخالف جریان قاعده ید در اعراض و انساب است. بنابراین، به جرئت می‌توان گفت در فقه امامیه و خصوصاً در حقوق ایران این نوشتار اولین اثری خواهد بود که با ادبیات گسترده این موضوع را با توجه به مسائل مستحدثه کنکاش خواهد کرد. در این مقاله ابتدا مفهوم ید و انساب بیان خواهد شد، سپس به ادله شمول قاعده ید بر انساب و اعراض پرداخته خواهد شد و سرانجام درباره آثار فقهی و حقوقی شمول قاعده ید بحث خواهد شد.

۱. مفاهیم: در این مبحث تعریف مختصری از مفاهیم ید، و نسب بیان خواهد شد. تعریف این مفاهیم تأثیر زیادی در اثبات قاعده ید بر اعراض و انساب خواهد داشت.

۱-۱. مفهوم ید در قاعده ید: ید در زبان عربی به معنی دست است. مرحوم دهخدا در این باره می‌نویسد: «... از منکب تا انگشتان و یا کف دست و مونث آید و اصل آن یدی می‌باشد...» (دهخدا، ۱۳۷۷، ج ۱۵، ص ۲۳۷۵۶). در قرآن کریم نیز بارها کلمه ید در معنای خود آمده است. برای مثال، در آیه ۹۴ سوره مائده این‌طور آمده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَلْوَنَكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَاءَهُ أَفْدِيكُمْ وَرِمَاحِكُمْ لِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَخَافُهُ بِالْغَيْبِ فَمَن اِعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ». یا آیه شریفه ۳۰ سوره شوری: «وَمَا أَصَابَكُمْ مِّنْ مُّصِيبَةٍ فِيمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ وَيَعْفُو عَنْ كَثِيرٍ».

علاوه بر این، ید گاهی در معنی مجازی خود، در معنای استیلا و تسلط آمده است. بنابراین در تعریف ید در قاعده ید گفته شده است: «و المراد بها السلطنة العرفية و الاستيلاء على الشئ المختلفه بحسب الموارد.» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۵۸۲). بنابراین مراد از ید همان سلطنت و استیلائی عرفی بر هر شیء حسب خصوصیت آن شیء است. بنابراین مهم تحت اختیار و تحت تصرف بودن است؛ مانند تصرفی که انسان بر پول خود در صندوق یا جیب خود دارد. دکتر محقق داماد نیز تعریفی مشابه تعریف مرحوم صاحب ارائه داده‌اند: «سلطه و اقتدار شخص بر شیء به گونه‌ای که عرفاً شیء در اختیار و استیلائی او باشد و بتواند هرگونه تصرف و تغییری در آن به عمل آورد» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۷). براساس این تعریف، باین‌حال گاهی در صدق ید تعارض

مطالبه دلیل بکند یا نه؟... ید به مفهومی که گفته شد فقط اختصاص به اموال دارد و اعراض و نفوس را شامل نمی‌شود... ید در مورد اعراض و انساب حاکمیت ندارد و فقط به امور مالی اختصاص دارد؛ (قواعد فقه، همان، ج ۱ ص ۵۱ و ۵۲).

واقع می‌شود، مانند این‌که کالایی که متعلق به زید است در خانه عمر باشد. در این موارد باید مرجع حل تنازع اقوانیت هرکدام از یدها است که فقط موجب صدق ید برای یکی از آن‌ها می‌شود؛ ولی اگر این مرجع وجود نداشته باشد، حکم می‌شود که آن کالا در ید هر دو است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳، ج ۶، ص ۵۸۲).

حضرت امام خمینی نیز، در تعریف ید، استیلا را امری اعتباری می‌داند و می‌نویسند: «ید استیلاء عرفی و سلطنت فعلی بر شیء بر هر شیء تعلق می‌گیرد و این سلطنت برحسب موارد و مستولی علیه مختلف است، بنابراین استیلاء بر ااث خانه به نحوی است، و بر خود خانه به نحوی دیگر است، بر قریه و روستایی به نحوی و بر تلال و جبال به نحوی دیگر. همان‌طور که استیلاء سلاطین یا دول بر مملکتی به نحوی دیگر است و شامل تمام جوّ دریایی و سرزمینی و هوایی آن سرزمین می‌باشد. پس استیلاء امر اعتباری برای مستولی است و منشأ اعتبار ید برحسب اختلاف موارد مذکوره مختلف است.» (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۲۵۷ و ۲۵۸)

در جمع این دو دیدگاه می‌توان گفت اصل مالکیت امری اعتباری است که شارع مقدس یا قانونگذار جعل کرده است و بنابراین شارع مقدس ید را دلیلی بر این مالکیت قرار داده است، اما این ید و سلطنت به صورت عرفی بروز می‌یابد. بنابراین در هر موردی عرف حسب مورد به تعریف ید و حدود و ثغور آن می‌پردازد. از نظر ما ید «تصرفی است که شارع مقدس و قانونگذار آن را اعتبار کرده است ولی سلطنت و استیلاء براساس حدود عرفی حسب مورد تعیین خواهد شد.»

۲-۱. مفهوم انساب در قاعده ید: انساب در قاعده ید در معنای حقیقی خود به کار رفته است. نسب و جمع آن انساب در معنای خویشاوندی به‌ویژه میان خویشاوندان پدری است (فیروزآبادی، بی تا، ج ۱، ص ۱۳۱)

در قرآن کریم نسب یک بار در آیه ۵۴ سوره فرقان آمده است: «وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا».

انساب نیز یک بار در آیه ۱۰۱ سوره مؤمنون وارد شده است: «فَإِذَا نُفِخَ فِي الصُّورِ فَلَا أَنْسَابَ بَيْنَهُمْ يَوْمَئِذٍ وَلَا يَتَسَاءَلُونَ». مرحوم علامه طباطبایی در تفسیر این آیه می‌نویسد: «مراد از این نفخه، نفخه دوم صور است که در آن همه مردگان زنده می‌شوند، نه نفخه

اول که زندگان در آن می‌میرند، همچنان که بعضی پنداشته‌اند، چون نبودن انساب و پرسش و سنگینی میزان و سبکی آن و سایر جزئیات همه از آثار نفخه‌دوم است. و در جمله «فلا انساب بینهم» نیز آثار انساب را با نفی اصل آن نفی کرده است، نه این‌که واقعاً در آن روز انساب نباشد، زیرا انساب چیزی نیست که به کلی از بین برود، بلکه مراد این است که در آن روز انساب خاصیتی ندارد، چون در دنیا که انساب محفوظ و معتبر است، به خاطر حواجیح دنیوی است. و زندگی اجتماعی دنیا است که ما را ناگزیر می‌سازد تا خانواده و اجتماعی تأسیس کنیم؛ و وقتی این کار را کردیم، باز مجبور می‌شویم عواطف طرفینی، و تعاون و تعاضد و سایر اسباب را که مایه دوام حیات دنیوی است معتبر بشماریم. آن‌که فرزند خانواده است به وظایفی ملتزم می‌شود، و آن‌که پدر و یا مادر خانواده است به وظایفی دیگر ملتزم می‌گردد. ولی روز قیامت ظرف پاداش عمل است، دیگر نه فعلی هست، نه التزام به فعلی. و در آن ظرف همه اسباب که یکی از آن‌ها انساب است از کار می‌افتد و دیگر انساب اثر و خاصیتی ندارد» (طباطبایی، بی تا، ج ۱۸، ص ۹۸ و ۹۹).

در اصطلاح حقوقی نسب عبارت است از رابطه خویشاوندی بین دو نفر که یکی از نسل دیگری یا هر دو از نسل شخص ثالثی باشند و به‌طور کلی منتهی شدن دو نفر به منشأ واحد است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۶۳).

نسب دارای دو معنای عام و خاص است. در معنای عام رابطه طبیعی و خونی بین کلیه خویشاوندان نسبی خط مستقیم یا خط اطراف را دربر می‌گیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۷۱۱). نسب در معنای خاص عبارت است از رابطه پدرفرزندی یا مادرفرزندی و رابطه طبیعی و خونی بین دو نفر است که یکی مستقیم و بدون واسطه از صلب یا بطن دیگری به دنیا آمده است (صفائی، امامی، ۱۳۷۶، ص ۲۸۷).

۲. مستندات شمول قاعده‌ید در اعراض و انساب: بنا به دلایل زیر قاعده‌ید در مورد اعراض و انساب نیز جاری است. بنابراین اگر دو نفر در خصوص خانم یا فرزندی که در تصرف و سلطه یکی از دو طرف است نزاع کنند، قول صاحب ید مقدم است. ادله‌ای که برای این امر بیان شده است ادله عمومی که هم در انساب و اعراض

جاری می‌شوند و هم ادله اختصاصی که فقط در خصوص اعراض یا انساب کاربرد دارد.

۲-۱. ادله عمومی شمول قاعده ید در اعراض و انساب

۲-۱-۱. روایات: به روایات متعددی در این خصوص می‌شود استناد کرد:

۲-۱-۱-۱. روایت یونس بن یعقوب: روایت یونس بن یعقوب در کتاب وسائل در باب میراث زوجین (حر عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۵۲۵) ذکر شده است.^۱ یونس بن یعقوب از حضرت صادق (ع) نقل کرده است که وقتی در مورد تقسیم اثاث خانه هنگامی که زن پیش از مرد فوت کند یا مرد قبل از زن وفات یابد از آن حضرت پرسش به عمل آمد، ایشان در پاسخ گفتند: آنچه ویژه زنان است از آن زن است و متاعی که به کار مردان و زنان می‌آید، میان آنها مشترک است. آنگاه امام (ع) می‌افزاید: «یعنی کسی که بر چیزی تسلط دارد آن چیز متعلق به اوست.»

از لحاظ سندی نکته مهم در خصوص یونس بن یعقوب است. در رجال نجاشی، در بیان حالات او آمده است: «یونس بن یعقوب قیس بجلی دهنی کوفی مادر او خواهر معاویه بن عمار بود. او زمان سه امام شیعه یعنی حضرت امام صادق (ع) و امام موسی کاظم (ع) و امام رضا (ع) را درک کرده است. وکالت از طرف امام موسی کاظم را برعهده داشت، و در زمان حضرت امام رضا در مدینه درگذشت و توسط امام رضا دفن و کفن شدند و بالجمله مورد وثوق امامیه بوده‌اند.» (النجاشی، بی تا، ص ۴۴۶).

روایاتی در توثیق او در رجال کشی قابل توجه است از جمله: «محمد بن ولید نقل می‌کند که روزی من بر سر مزار یونس بن یعقوب رفته بودم. صاحب مقبره نزد من آمد و به من گفت این شخص صاحب قبر چه کسی است که حضرت علی بن موسی الرضا مرا امر فرموده که بر سر قبر او چهل روز یا چهل ماه (شک از راوی یعنی علی بن الحسن است) هر روز یک مرتبه بر قبر او آب بپاشم.

۱. وباسناده عن علی بن الحسن، عن محمد بن الولید، عن یونس بن یعقوب، عن أبی عبدالله علیه السلام فی امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة قال: «ما كان من متاع النساء فهو للمرأة، وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بینهما، ومن استولى علی شیء منه فهو له.»

در ادامه صاحب مقبره گفت: سریر پیامبر اکرم(ص) در نزد من است. هرگاه مردی از بنی‌هاشم از دنیا برود آن سریر در شبش صدا می‌کند. بنابراین من متوجه می‌شوم که کسی از ایشان مرده است و با خود می‌گویم که چه کسی از آن‌ها فوت کرده است. چون هنگام صبح شد متوجه فوت یکی از آن‌ها می‌شوم. در شب وفات این مرد هم این سریر صدا کرد. من با خود گفتم چه کسی از ایشان فوت کرده است؟ کسی از ایشان مریض نبود. همین که روز شد آمدند نزد من و آن سریر را گرفتند و گفتند مولی ابی عبدالله الصادق(ع) که در عراق ساکن بوده وفات کرده است.» (شیخ طوسی، بی تا، ج ۲، ص ۶۸۵). بنابراین تردیدی در سند این روایت وجود ندارد.

اما از لحاظ اسنادی در خصوص این روایت و اطلاق آن میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. توضیح مطلب آن‌که آیا این روایت شامل مرافعه در مورد زن نیز می‌شود؟ آیا صرف وجود زنی در منزل یکی از طرفین دلالتی بر رابطه زوجیت بین صاحب منزل و فرد مذکور می‌کند یا خیر؟ مرحوم سید بحرالعلوم معتقد است با وجودی که اطلاق قول امام صادق(ع) در ذیل موثقه بن یعقوب: «ومن استولی علی شیء منه فهو له» شامل اعراض نیز می‌شود، اما باید «شیء» در آن با ضمیر مجرور به «من» به کالا برگردد. البته برخی معتقدند حاکمیت و اعتبار ید در خصوص اموال است؛ یعنی ید فقط اختصاص به موارد مالی دارد و شامل اعراض و انساب نمی‌شود و حتی از نظر ایشان این روایت فقط در خصوص اموال داخل خانه و مورد اختلاف بین زوجین حجیت دارد (حجت، ۱۳۴۲، ص ۹۱ تا ۹۴)؛ درحالی‌که به نظر می‌رسد دلیلی بر اعتبار این روایت در غیر مورد روایت یعنی اموال وجود ندارد و مقتضای اصل عدم شمول آن در خصوص اعراض است. البته ایشان بنا بر قاعده صحت و حمل افعال مسلم بر صحیح و نه قاعده‌ید در مثال مزبور حکم به برتری فردی می‌دهند که زن در خانه او ساکن است. (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۱۳). اما به نظر می‌رسد، چون محتوای ذیل روایت یک مطلب عام است، با وحدت ملاک، قابل تعمیم به موارد دیگر است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۹). بنابراین این روایت در مورد اعراض هم کاربرد خواهد داشت، خصوصاً که برخی از فقها این روایت را بهترین و روشن‌ترین روایت در دلالت بر حجیت «ید» می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰، ج ۱، ص ۲۸۶).

مرحوم محقق بجنوردی هم در این خصوص می‌نویسد: «اشکالی در دلالت این روایت بر اعتبار ید وجود ندارد مگر آن‌که خیال نماییم ضمیر منه به متاع برمی‌گردد در این صورت جز بر این مورد خاص - یعنی زوج و زوجه - مطلقاً اماریتی نخواهد داشت. اما آگاهید که زوج و زوجه خصوصیتی در این مورد ندارند. مضافاً به این‌که کلام ما در خصوص اعتبار فی‌الجمله قاعده ید است.» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۳۹).

همچنین مفاد اطلاق روایت یونس بن یعقوب شامل انساب نیز می‌شود؛ زیرا مراد از لام در «له» اعم از اختصاص به ملکیت و اختصاص به حق است که شامل زوجیت و انساب نیز می‌شود. از لفظ «شیء» برای انسان نیز می‌توان استفاده کرد، زیرا برحسب اطلاق مطابق لغت این نوع اطلاق‌گیری صحیح است (حاج عاملی، ۱۴۲۶، ج ۴، ص ۳۱۲).

۲-۱-۱-۲. روایت مسعده بن صدقه: روایت مسعده هم می‌تواند دلالت بر مقصود داشته باشد. در این روایت می‌خوانیم: ^۱ «هر چیزی برای تو حلال است، هر چیزی که شک کردی حلال است یا حرام، حلال است تا این‌که به حرمت آن علم پیدا کنی، تا اگر علم پیدا کردی، آن را رها کنی، مثل یک لباس که آن را خریدی و احتمال می‌دهی که آن کسی که به شما فروخته، این را دزدیده باشد، حری باشد که خودش را فروخته و یا این‌که فریض دادند و قهراً فروخته شده، یا زنی که در نزد توست و احتمال می‌دهی که خواهر رضاعیت باشد و بر تو حرام باشد. تمام اشیاء همین طور است، یعنی در هر چیزی که شک کردی آیا حلال است یا حرام؟ تا این‌که غیر آن برایت روشن شود و یا بینه بر آن قائم شود.» (شیخ کلینی، ۱۳۶۷، ج ۵، ص ۳۱۳، ح ۴۰؛ حر عاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۸۹، ب ۴، ح ۴).

از لحاظ سندی مشکل این روایت وجود مسعده بن صدقه عامی مذهب است. دو راه برای اعتباربخشی به مفاد این روایت وجود دارد. راه اول این است که بگوییم چون روایت مذکور مورد عمل تمامی اصحاب قرار گرفته است، ضعف روایت منجبر به عمل اصحاب می‌شود. راه دوم این است که بگوییم مسعده بن صدقه جزو روایانی است که جزو توثیقات عام علی ابن ابراهیم در تفسیر قمی است (قمی، بی تا، ج ۲، ص ۶۰).

۱. كل شیء هو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل ثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة، أو المملوك عندك لعلّه حرّ قد باع نفسه أو خدع فبيع أو قهر، أو امرأة تحتك وهي أختك أو رضيعتك، والأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به البيّنة.

از روایت مسعده بن صدقه می‌توان استفاده کرد که قاعده‌ی ید به اعراض و انساب نیز سرایت دارد. روایت مسعده، چه دلیل برائت باشد و چه از اخبار باب ید به‌شمار رود، مفید صحت نفس استیلا بر اعراض و انساب از نظر شرع است؛ زیرا این روایت صریح بر صحت استیلا در اعراض است، مانند اموال؛ و اما در صورتی که این روایت را جزو ادله‌ی ید به‌شمار آوریم، نه تنها دلیل بر صحت استیلا خواهد بود، بلکه دلیل و حجت بر اماره بودن ید بر اعراض و انساب است و صریح در امضا عمل عرف در مقام اثبات خواهد بود، و لو این که به اعتبار انتفاع از بضع باشد که در این صورت منظور از ملک اعم از اموال و منافع و انتفاعات خواهد بود. این روایت اطلاق دارد. اطلاق این روایت، دلیل بر امضای استیلا در نزد عرف است و چون عرف استیلا را بر اعراض ثابت می‌داند، پس قاعده در اعراض مانند اموال و منافع از نظر شرع و عرف معتبر شناخته می‌شود (حجت، ۱۳۴۲، ص ۹۲ و ۹۳).

۲-۱-۲. بنای عقلا: مرحوم محقق بجنوردی قائل اند که بنای عقلا مستند اصلی قاعده‌ی ید است، در نتیجه قاعده‌ی ید در خصوص اعراض و انساب نیز اعمال خواهد شد. ایشان در این خصوص می‌نویسد: «اقوال در مسئله مضطر به هستند ولی اقوی در مسئله - بنا بر مبنایی که ما ذکر کردیم که مدرک این قاعده بنای عقلایی است و بنای عقلا هم ید را به عنوان اماره می‌شناسد در اعراض هم جاری خواهد بود... بله اگر مدرک این قاعده اخبار و اجماع باشد شمول آن در خصوص اعراض و انساب در غایت اشکال خواهد بود به خاطر این که شمول اجماع برای مورد ذیل خلاف قاعده خواهد بود و اخبار حسب ظهور عرفی آن‌ها مختص به اموال عینی است... ظن حاصل از غلبه در مورد اعراض و انساب، از ظن حاصل در باب اموال به مراتب قوی‌تر است، چون غصب در باب اموال کثیر است، در حالی که در باب اعراض و انساب، چنین نیست، چون غصب زن و فرزند دیگری در نهایت قلت است.» (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۵۳)

در واقع به نظر می‌رسد دلیل بر قاعده بنای عقلا است و ردعی از شارع مقدس نه تنها نرسیده است (مشکینی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۵)، که حتی می‌توان گفت روایات وارده در این باب ارشادی به این بنای عقلا است و در مورد اعراض نیز اجرا خواهد شد.

فرزند ایشان براساس بنای عقلا معتقد به جریان قاعده ید در اعراض است. ایشان نیز معتقد است: «اگر مدرک قاعده را بنای عقلا بگیریم - که ما قائل به آن هستیم - باید بگوییم که در این موارد بنای عقلا بر اماریت ید است و ظن حاصل از ید در این مقام، اقوای از ظن حاصل در باب املاک خواهد بود؛ بنابراین اماریتش در این باب بیش از باب املاک است. اما اگر مدرک قاعده ید را روایات و اجماع بدانیم مشکل می‌شود گفت که روایات و اجماع این موارد را هم دربر می‌گیرد. به‌رحال چون ما مدعی هستیم که روایات وارده بنای عقلا را امضا کرده‌اند و عمده دلیل ما هم بنای عقلاست، بنابراین در این مورد اعراض و نسب نیز قاعده ید جاری می‌شود؛ البته اگر زن مقرر به این معنی باشد.» (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۳۹۴).

۲-۲. ادله اختصاصی شمول قاعده ید در اعراض: علاوه بر ادله عام دال بر شمول قاعده ید بر اعراض و انساب برخی از محققان ادله زیر را هم برای شمول قاعده ید در مورد اعراض آورده‌اند که محل ایراد و نظر است:

۲-۲-۱. قاعده «من ملک شیئا ملک الاقرار به»: برخی معتقدند مورد مزبور از مصادیق قاعده «من ملک» است نه قاعده ید. اینان معتقدند در باب نکاح، موجب زن است و اوست که رابطه زوجیت را موجود می‌کند. زن مالک عقد نکاح است و طبق قاعده کسی که مالک چیزی است، مالک اقرار نسبت به آن است (برجی، ۱۳۸۴، ص ۸۸).

این قاعده بر فرض صحت کبرای آن قابل انطباق بر صغری و مانحن فیه نمی‌شود؛ زیرا قائل این نظر بنا را بر این گرفته است که زن مالک عقد نکاح می‌شود. درحالی‌که این نظر مخالف مبانی فقهی ماست، زیرا موضوع عقد نکاح زن و شوهر هستند و اثر عقد نکاح مفید ملکیت منافع بضع زن برای زوج است (محقق ثانی، بی تا، ج ۱۳، ص ۱۸۹) و در هیچ‌یک از منابع فقهی به این اشاره نشده است که زن مالک عقد نکاح می‌شود. در مقابل حتی کسانی معتقد به مالکیت ذاتی برای بضع‌اند (روحانی، بی تا، ج ۲۲، ص ۱۰۷). روایاتی هم این نظر را تأیید می‌کنند. برای مثال، روایتی که در باب ۱۵ ابواب تروک

احرام وارد شده است^۱ (حر عاملی، بی تا، ج ۹، ص ۹۲). ملاحظه می‌شود که در این روایت از مالکیت بر بضع استفاده شده است که نوعی مالکیت حقیقی است. در هر صورت، چه مالکیت بضع را حقیقی یا اعتباری دانیم، موردی برای شمول آن نسبت به زوجه نیست.

۲-۲-۲. اصل صحت: مرحوم سید بحرالعلوم معتقدند اصل صحت در خصوص اعراض اجرا می‌شود. یعنی اصل بر این است که مسلمان کار خلاف شرع - یعنی اعمال خلاف منافی عفت - انجام نمی‌دهد. وجود زن در خانه فرد قرینه بر وجود علقه زوجیت میان آن‌هاست (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۱۳).

بر این نظر ایراد وارد شده است و گفته شده است که: «هرچند اصل بر اینست که مسلمانان کار حرام و نامشروع نمی‌کنند ولی این امر در مطلب بالا ثابت نمی‌کند که زن با رابطه قانونی در منزل مرد است چون امکان دارد رابطه از روی شبهه باشد.» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۲).

به نظر می‌رسد اصل صحت در این خصوص جاری نمی‌شود؛ زیرا بحث در مقام مرافعه و رفع تخاصم است و دو طرف ادعا دارند زنی که در منزل صاحب ید است اعراض او محسوب می‌شود و در مقام رفع تخاصم نمی‌توان به اصل صحت تمسک جست، چون هر دو طرف نزاع می‌توانند به اصل صحت تمسک کنند. بنابراین از موارد تعارض دو اصل شمرده می‌شود و هر دو اصل ساقط می‌شوند. بنابراین فقط می‌توان بر اساس قاعده ید حکم به نفع صاحب ید داده شود. بنابراین تخصصاً از موضوع مانحن فیه خارج است.

۲-۳. دلیل اختصاصی شمول قاعده ید در انساب ترجیح بین صاحب ید: مراد از دلیل اختصاصی شمول قاعده ید در انساب آن دلیلی است که فقط مختص به انساب است و در اعراض جاری نمی‌شود و آن دلیل اختصاصی عبارت از ترجیح بین صاحب ید است. توضیح مطلب آن‌که وقتی دو فرد اقرار به الحاق نسبی به خود را دارند، چون ترجیح یکی از اقرارین ترجیح بلامرجح است، مرجح قاعده ید خواهد بود. بنابراین اقرار

۱. وباسناد عن أحمد بن محمد بن عیسی، وعنه، عن صفوان، وابن أبي عمير عن عاصم بن حمید، عن محمد بن قیس، عن أبي جعفر علیه السلام قال: قضی أمير المؤمنین علیه السلام فی رجل ملک بضع امرأة وهو محرم قبل أن یحل، فقضی أن یخلى سبیلها، ولم یجعل نکاحه شیئا حتی یحل، فإذا أحل خطبها إن شاء وإن شاء أهلها زوجته، وإن شأوا لم یزوجوه.

صاحب ید به علت داشتن ترجیح مقدم شمرده خواهد شد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۱۳) و شاید به همین خاطر باشد که مرحوم علامه در صورت دعوی دو طرف در مورد کودکی قول صاحب ید را مقدم می‌داند؛ البته با قید «علی اشکال» احتمال خلاف را نیز می‌دهد (علامه حلی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۴۸۲). مرحوم فخرالمحققین ولد علامه در شرح عبارت والد خود می‌نویسند: «ید یا ناشی از التقاط است و یا ناشی از التقاط نیست. اگر ناشی از التقاط باشد ید تقدمی ندارد و اما اگر ناشی از التقاط نباشد آیا ولد ملحق به صاحب ید می‌شود یا نه دو قول است آنهایی که معتقدند ملحق می‌شود می‌گویند ید اماره‌ای است که دلالت بر الحاق فرزند به صاحب ید می‌شود و او مدعی علیه است و طرف مقابل مدعی. در مقابل طرفی که می‌گوید ید تأثیری در الحاق به صاحب ید ندارد او خواهد گفت ید نه مرجح است و نه تأثیری دارد. و اصح از نظر من فخرالمحققین قول دوم (عدم الحاق) صحیح‌تر است.» (فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷، ج ۴، ص ۳۹۹).

از نظر آقای محقق داماد نیز ید خصوصیتی ندارد و: «اگر مردی که کودک نزد او است اقرار و اعتراف به بنوت کودک می‌کند، بر مدعی مقدم است و مدعی باید برای اثبات ادعای خودش بینه اقامه کند، ولی اگر دارنده کودک اعتراف و اقراری نکند، صرف وجود کودک نزد او چیزی را ثابت نمی‌کند و لازم است دلایل طرفین بررسی شود و اگر دلایل دو طرف مساوی بود، به وسیله قرعه تعیین تکلیف گردد.» (محقق داماد، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۳).

این نظر را هم برخی از فقهای معاصر تأیید کرده‌اند. از نظر آنان نیز ید ترجیحی ندارد (حلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۸۴).

از ظاهر کلام امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله مشخص می‌شود ایشان معتقد به جریان قاعده ید در مورد انساب است. زیرا در مسئله ۱ احکام ید می‌فرمایند: «هر چیزی که در تحت استیلای شخصی و به نحوی از انحا در دست او باشد، آن چیز محکوم به ملکیت او و این که برای او است می‌باشد؛ خواه از اعیان باشد یا منافع یا حقوق یا غیر آنها.» از کلمه غیر آنها مستفاد است که نظر ایشان بر شمولیت آن بر اعراض و انساب است. دلیل آن را می‌توان در مسئله ۸ تحریرالوسیله دید، زیرا در این مسئله در مقام

تعارض دو بینه صاحب ید را مرجح می‌داند. زیرا قاعده‌ی ترجیح تقدیم بینه خارج و کنارزدن بینه داخل است. (موسوی خمینی، بی تا، ج ۲، ص ۴۶۲).

نکته مهم این است که آیا روش‌های جدیدی مانند آزمایش DNA در اثبات نسب قاطع دعوا است یا خیر؟ بر اساس این آزمایش‌ها می‌توان رابطه‌ی فرزندی و ژنتیکی را به صورت علمی و قطعی تعیین کرد (صناعی‌زاده، ۱۳۹۲، ص ۵۴).
می‌توان نظریات فقهای معاصر را به دو دسته تقسیم کرد:

دسته اول، که نظر بیشتر مراجع در این موضوع است، معتقدند این آزمایش‌های دقیق علمی، در اثبات نسب و به منزله مستند و دلیل، حجیت شرعی ندارند مگر زمانی که موجب حصول علم برای قاضی شوند. در مقابل، برخی از مراجع (دسته دوم) این آزمایش‌ها را مطلقاً بی اعتبار شمرده‌اند. بنابراین، با توجه به نظر مراجع می‌توان گفت که این آزمایش را نمی‌توان دلیل شرعی در اثبات نسب طفل تلقی کرد، مگر این‌که برای قاضی علم یا اطمینان و یا ظن قوی به وجود نسبت ایجاد کند؛ در این صورت قاضی می‌تواند بر مبنای علم و یا اطمینان و ظن قوی حکم دهد (معاونت آموزش قوه قضاییه، ۱۳۸۸، ج ۳، ص ۸۵).

بنابراین، فقط بر اساس اعتقاد به حجیت علم قاضی این نوع روش‌ها را می‌توان معتبر شمرد. در خصوص حجیت علم قاضی در فقه امامیه، علم قاضی در حقوق الناس قطعاً حجیت دارد و در حقوق الهی دو قول وجود دارد که صحیح‌ترین آن‌ها حجیت عمل به علم قاضی در حقوق الهی است (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۴۰، ص ۸۸).
از نظر قانونی نیز در تبصره ذیل ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مقرر شده: «مواردی از قبیل نظر به کارشناس، معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ظابطان و سائر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند، می‌تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال، مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد.

همچنین، در ماده ۲۱۲ قانون مجازات اسلامی بیان شده است: «در صورتی که علم قاضی با ادله قانونی دیگر در تعارض باشد، اگر علم بین باقی بماند، آن ادله برای قاضی معتبر نیست و قاضی با ذکر مستندات علم خود و جهات رد ادله دیگر رأی صادر می‌کند

و چنانچه برای قاضی علم حاصل شود ادله قانونی معتبر است و بر اساس آن‌ها رأی صادر شود.»

از لحاظ حقوقی در تعارض قاعده فراش و امارات پزشکی اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه شماره ۹۴/۷/۱ مورخ ۱۳۹۴/۱/۸ چنین بیان می‌دارد: «سؤال: فرزندى با شرایط امکان لحوق به پدر از همسر دائمی متولد شده و پدر برای وی شناسنامه دریافت کرده است. حدود هفت سال رفتار پدر نسبت به فرزند از نظر گفتاری و عملی به نحوی بود که اقرار و اعتراف به فرزندبودن محسوب می‌شود، حالیه بعد از چندین سال پدر مشکوک می‌شود که آیا فرزند از صلب وی است یا خیر و اقدام به انجام آزمایش DNA می‌کند، نتیجه آزمایش حاکی از این است که این فرزند نمی‌تواند از صلب این پدر باشد. اکنون پدر با استناد نتیجه آزمایش، دعوی نفی ولد را مطرح می‌کند. آیا دعوای نفی او مسموع است؟ در جواب به این سؤال اداره حقوقی معتقد است: در فرض مطروحه، با توجه به مواد ۱۱۸۵، ۱۱۶۱ و ۱۱۶۲ قانون مدنی، نظر به این که طفل مورد بحث در زمان زوجیت متولد شده و قبلاً هم زوج به ابوت خود و فرزندى طفل اقرار کرده است، دعوای نفی ولد از او مسموع نخواهد بود و کلیه تکالیف شرعی و قانونی را در مورد طفل بر عهده دارد.»

برخی از استادان برجسته در مقام نقد این نظریه معتقدند: «به نظر می‌رسد که اماره فراش لاحق نسبت به اماره فراش سابق وارد باشد و با ورود آن اماره مورود (اماره فراش سابق) زائل می‌شود. با این توصیف اماره فراش دوم بدون معارض باقی می‌ماند و در این شرایط اگر اماره دوم برخلاف امارات قطعیه باشد، در واقع تعارض امارات قطعیه با اماره فراش دوم ایجاد می‌شود و اماره فراش مغلوب امارات قطعیه می‌شود و از بین می‌رود و با غالب شدن امارات قطعیه وفق همان حکم می‌شود. این حکم می‌تواند موافق اماره فراش اول باشد و در نتیجه فرزند به شوهر سابق ملحق شود یا حتی مغایر آن باشد و در نتیجه فرزند حرام‌زاده باشد. با این استدلال می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۱۱۶۰، حکم مزبور را در هر زمان که اماره فراش با امارات قطعیه در تعارض بود قابل اجرا دانست.» (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۶). این نظر تلاشی برای تطبیق یافته‌های علمی با اصول فقهی و قانونی است.

البته باید اضافه کرد که بر اساس آیات ۴ و ۵ سوره احزاب هم مستفاد است که جاری کردن آثار و احکام نسب در صورت نبود رابطه ژنتیکی و وراثتی مغایر با تعالیم دینی است.

همچنین از نسب باید تفسیر موسعی ارائه شود، زیرا اگرچه مباحث گوناگون راجع به روابط زناشوئی و دماء و نسب با توجه به مذاق شرع مطهر و عنایت ویژه و مراقبت بر ناموس و دماء مستلزم حکومت اصل احتیاط است، لکن در بسیاری از موارد، مانند ما نحن فیه، احتیاط خود خلاف احتیاط است، زیرا در جای خود ثابت شده است تا زمانی که حرام بودن یا جایز نبودن ثابت شود، اصل بر اباحه و جواز است، چراکه خداوند بندگان خویش را در گشایش و عدم دشواری قرار داده است (یزدی، ۱۳۷۵، ص ۹۸). ممکن است اشکال شود که چگونه می‌توان از حکم تکلیفی اباحه حکم وضعی ابوت و بنوت را استنباط کرد؟ برای جواب به این سؤال لازم است ماهیت حکم وضعی بیان شود. مرحوم شیخ انصاری معتقد است که احکام وضعی همگی انتزاعی‌اند و از احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۱۲۷). اگر این قول را بپذیریم، حکم وضعی ابوت و بنوت قابل انتزاع از حکم تکلیفی اباحه خواهد بود؛ چون تنها مانع برای انتساب نسب شرعی نامشروع بودن است که با این انتزاع مفقود می‌شود. حتی اگر قائل نباشیم که حکم وضعی منتزاع از حکم تکلیفی است و همانند فاضل تونی (۱۴۱۲، ص ۲۰۲) قائل باشیم که حکم وضعی هم مجعول شرعی باشد یا حتی همانند مرحوم آخوند خراسانی (بی تا، ص ۴۰۱) قائل به تفصیل باشیم و اصل را بر استقلال بودن حکم وضعی بگیریم، در هر صورت ابوت و بنوت قابل اثبات خواهد بود؛ زیرا اگر حکم وضعی خود جعل مستقیم شده باشد، خواهیم گفت فقط مانعیت است که مانع نسب می‌شود و اصل نیز از لحاظ اصولی بر عدم منع اتست. بنابراین، در صورت عدم منع همان نتیجه اباحه بار خواهد شد. اگر هم قائل به تفصیل باشیم که به نظر می‌رسد قول مختار هم این باشد، در این صورت در مانحن فیه ابوت و بنوت مجعول تبعی خواهد بود و به تبع حکم تکلیفی اباحه حکم وضعی نسب اثبات خواهد شد.

در تفسیر موسع باید مواردی همچون تلقیح مصنوعی^۱ یا رحم جایگزین را از موارد نسب دانست. تلقیح مصنوعی به دو نوع از داخل رحم^۲ صورت می‌گیرد. البته برخی از فقها مثل مرحوم آیت‌الله حکیم در منهاج الصالحین کودک را فقط ملحق به مادر می‌دانند و صاحب اسپرم را پدر کودک نمی‌دانند (حکیم، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۴۹).

اینان برای حرمت به آیه ۲۲۳ سوره بقره نیز استناد می‌کنند: «نساء کم حرث لکم فاتوا حرثکم انی شئتم» از نظر اینان، خداوند راه منحصر رابطه جنسی را بین زن و مرد می‌داند و استمتاع از زن را بر شوهرش حلال می‌داند. درحالی‌که در فرایند تلقیح مصنوعی، افراد دیگری مانند پزشک یا پرستار حضور دارند که به عملیاتی نظیر اخذ اسپرم و استقرار آن در رحم زنان اقدام می‌کنند؛ بنابراین وجود چنین افرادی در چرخه فرزندآوری فطری مخالفت قطعی با این آیه شریفه است (تمیمی، ۱۹۸۶، ص ۳۵۸).

در حالی که این استظهار از آیه با ظاهر آیه نیز در تعارض است. زیرا انی معانی مختلفی دارد. برخی آن را به معنای مکان، برخی نیز کیفیت معنا کرده‌اند. مرحوم طبرسی «انی شئتم» را به معنای کیفیت می‌دانند. در این صورت معنای آیه این چنین می‌شود که زنان کشتزارهای شما هستند، به هر کیفیتی می‌توانید به کشتزار خود وارد شوید (شیخ طبرسی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۱۱). اطلاق کیفیت شامل تلقیح مصنوعی نیز می‌شود.

دلیل دیگر فقیهان برای حرمت این است که حتی اگر ناباروری را بیماری بدانیم، تلقیح مصنوعی روش مناسبی برای درمان محسوب نمی‌شود تا حکم حلیت لمس و نگاه در مقام معالجه بر آن تطبیق نماید. حتی اگر آن را درمان محسوب کنیم، ناباروری از مصادیق ضرورت شمرده نمی‌شود تا این ضرورت مجوز حلیت و نگاه به عورت و استفاده از این روش باشد.

همچنین، حتی آن دسته از فقهایی که قائل به حرمت و عدم جواز تلقیح مصنوعی‌اند در باب ذکر ادله از باب لحن الخطاب و ذوق فقهی قائل به حرمت‌اند. یعنی اینان هم فعل مذکور را از مصادیق زنا نمی‌دانند و عدم جواز را از باب حرمت زنا نمی‌دانند (امامی، ۱۳۴۹، ص ۳۶۷)؛ در نتیجه دلیلی برای حرمت وجود ندارد.

۱. Artificial Insemination

۲. Intra Uterine Insemination (IUI)

در جواب می‌توان گفت یکی از ادله موافقان رحم جایگزین و رحم مصنوعی قاعده ضرورت است. بر اساس قاعده «الضرورات تبيح المحظورات»، چون درمان ناباروری و مسئله رشد جمعیت هم ضرورت فردی و هم ضرورت اجتماعی است، می‌توان حکم شرعی حرام - مخصوصاً در خصوص اسپرم بیگانه - را حلال مطرح کرد. زیرا در دستورات اسلامی هر انسانی به اندازه وسع و توان خود تکلیف دارد و کار مشقت‌آمیز به حکم قاعده لاجرح ممنوع شمرده شده است. بنابراین برخی از فقهای اهل سنت درمان عقیمی را نه تنها جایز، که برخی از اقسام آن مانند درمان در حالت زوجیت و بین اسپرم و تخمک زوجین در خارج رحم را اگر لازم و ضروری باشد واجب می‌دانند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱، ص ۲۲۵). بنابراین در هر صورت حکم به عدم جواز این عمل خلاف قاعده و نیازمند نص صریح شارع یا دلیل قطعی است (رضانیا معلم، ۱۳۸۳، ص ۲۱۴).

همچنین در موافقت می‌توان به اصول اباحه و برائت استدلال کرد. زیرا مسئله جواز یا عدم جواز جانشینی در بارداری از شبهات حکمییه تحریمییه است، مقتضای اصل عملی در شبهات تحریمییه هم به اقتضای اصول مجرای اصل برائت است. روایاتی هم که در خصوص شک در مسائل مربوط به فرج و آمیزش و تولد فرزند وارد شده است از این روایات لزوم و وجوب احتیاط برداشت نمی‌شود. مضافاً بر این که مقتضای اصول عملیه در باب شبهات تحریمییه در باب فروج و تولید فرزند برائت است، احتیاط در امور شخصی فرج هم امری پسندیده باشد. وقتی در خصوص مشکلات اجتماعی و فرزندآوری باشد، احتیاط در ترک احتیاط است و باید حکم به برائت داد. دلیل آن نیز عمومات قرآنی مانند: «قُلْ لَّا أُجِدُّ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنزِيرٍ» (آیه ۱۴۵ سوره انعام) است که دلالت دارد بر این که اباحه اشیاء قبل از آن که عقلی باشد از ارتکازات عقلائییه است. روایات متعددی از قبیل «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» نیز دلالت بر این دارد که اصل در افعال و اشیاء اباحه است.

به این علت است که مجمع فقه اسلامی در سومین نشست خود در سال ۱۴۰۷ هجری قمری، پس از بحث و بررسی در این رابطه، اخذ اسپرم از مرد و تخمک از زن و تلقیح آن در خارج از رحم و سپس کشت آن در رحم زن صاحب تخمک را از لحاظ شرعی بلامانع عنوان کرد (احسان‌پور و همکاران، ۱۳۹۸، ص ۴۴).

البته واضح است که در جریان جایگزینی رحم نباید مسائل جنبی حرام از قبیل لمس کردن و نظرکردن اتفاق بیفتد. اگر این عمل مستلزم نگاه یا لمس یا عمل حرام دیگری باشد، حکم به حرمت می‌شود. یکی از این مقدمات، جمع‌آوری اسپرم و تخمک از زوج‌های متقاضی توسط پزشکان و پرستاران بیگانه است که غالباً همراه با نگاه یا لمس نامحرم است. نحوه جمع‌آوری اسپرم در این روش یا از طریق استمنا است یا این که در جریان مقاربت شرعی و درون کیسه‌های خاص (کاندوم) جمع‌آوری می‌شود. مسیحیان و اکثر شاخام‌های یهود استمنا را حرام دانسته و روش دوم را توصیه می‌کنند. از دیدگاه تمام فرق اسلامی نیز استمنا حرام است و تا آنجا که ممکن است باید سعی شود تا منی به طریقی غیر از استمنا به دست آید، زیرا اکثر فقها تنها دلیل مخالفت خود با رحم جایگزین را کشف عورت، استمنا و لمس و نگاه حرام می‌دانند. بنابراین، چنانچه این امر ممکن نباشد، اغلب فقیهان اسلام به دلیل ضرورت و یا عسر و حرج و به استناد آیه ۱۴۵ سوره انعام، در این شرایط نیز حرمت را از اساس منتفی دانسته‌اند (پژوهشکده ابن سینا، ۱۳۸۶، ص ۹۹).

همین نگاه را می‌توان در خصوص رحم جایگزین داشت. اصطلاح «رحم جایگزین» هنگامی به کار می‌رود که زنی به وسیله روش‌های کمکی تولیدمثل، جنین حاصل از اسپرم و تخمک دیگران را حمل کند و کودکی را به دنیا آورد. یعنی فراهم ساختن زمینه لقاح اسپرم و تخمک متعلق به زن و شوهر برای تولید جنین در آزمایشگاه و انتقال به رحم زن دیگری که صاحب تخمک نیست. در واقع، مداخله شخص ثالث (غیر همسر) در تولیدمثل مصنوعی است. شخص ثالث را «صاحب رحم» و زوج صاحب اسپرم و تخمک را که پس از تولد نوزاد سرپرستی او را به عهده می‌گیرند «زوجین متقاضی» می‌نامند (زارعی شریف، ۱۳۸۸، ص ۶۰).

در خصوص حرمت یا حلیت رحم جایگزین بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. شاید بر اساس آیه ۳۰ سوره مبارکه نور که می‌فرماید: «قل للمؤمنات یغضضن من ابصارهن و یحفظن فروجهن» بر وجوب حفظ فروج استناد شود و بر اساس آن بتوان قائل به عدم جواز استفاده از رحم جایگزین شد، ولی این مطلب صحیح نیست و دلالتی بر عدم جواز استفاده از رحم جایگزین ندارد.

بنابراین، اینان بر عدم جواز استفاده از رحم جایگزین به ادلهٔ وجوب حفظ فروج استناد می‌کنند. چون این ادله از جمله آیهٔ یادشده اطلاق دارد، شامل مورد بحث یعنی رحم جایگزین می‌شود.

همچنین، در میان فقهای امامیه، یکی از مواردی که معمولاً در منع جایگزینی رحم بدان استناد می‌کنند، «قاعدهٔ حرمت تسبب اختلاط نسب» است؛ این‌که جایگزینی رحم مستلزم بارورسازی صاحب رحم با نطفهٔ غیر شوهر است که از دو حال خارج نیست: یا صاحب نطفه ناشناس است، که در این صورت موجب تباهی و اختلاط نسب طفل می‌شود، یا معلوم است، که با این وصف نیز ممکن است موجب تنازع گردد، حال آن‌که به هنگام داوری، هیچ دلیل و آماری برای تعیین صاحب نطفه همانند رابطهٔ زوجیت و فراش وجود ندارد. (پژوهشکدهٔ ابن سینا، ۱۳۸۶، ص ۸۶).

برخی از فقها قائل به این وجوب احتیاط نیستند و فقط قائل به اولویت احتیاط در فروج هستند (نجفی جواهری، ۱۳۶۸، ج ۳۰، ص ۱۷۸). بنابراین لزوم احتیاط در امور مربوط به فروج و حرمت تسبیب در اختلاط انساب قابل‌خداشه است.

فقهای اهل سنت نیز برای حرمت رحم جایگزین به دلایلی چون لزوم کشف عورت، استمنا و لمس و نگاه حرام تمسک می‌کنند. اینان معتقدند رحم جایگزین باعث کشف عورت زن یا مرد بر اشخاص نامحرم و یا استمنا است، قاعدهٔ «سد ذرائع» و قاعدهٔ «درء المفاسد اولی من جلب المنافع» و قاعدهٔ «إذا اجتمع الحلال و الحرام غلب الحرام» نیز مستند فقهی عدم جواز رحم جایگزین است (محمود حمزه، ۱۴۲۸، ص ۱۷۵).

به نظر می‌رسد استناد به قاعدهٔ سد ذرائع به عدم جواز رحم جایگزین صحیح نباشد؛ زیرا این قاعده در مواردی کاربرد دارد که فعل مزبور قطعاً حرام باشد، درحالی‌که رحم جایگزین ممکن است به حرام منجر شود. همچنین به‌کارگیری رحم جایگزین برای امر مطلوب شرعی یعنی ازدیاد نسل است و مصالح مترتب بر آن بیشتر از مفاسد آن است و صد البته با وضع ضوابطی قانونی و شرعی می‌شود مفاسد احتمالی آن را برطرف کرد.

نکتهٔ دیگر در خصوص اطلاق نسب شبیه‌سازی و حکم شرعی آن است. البته جهان دانش با وجود پیشرفت‌ها و تجربیاتی که در زمینهٔ همانندسازی غیرمولد (تحقیقاتی و درمانی) کسب کرده است، هنوز تجربهٔ کافی و قابل‌قبولی در مورد شبیه‌سازی مولد انسان

به‌دست نیاورده است و تمام اخبار منتشر در این مورد رسمی نبوده و به اثبات نرسیده است؛ پس اظهارنظر درخصوص جنبه‌های اخلاقی و حقوقی و فقهی شبیه‌سازی (خصوصاً در مورد تولید انسان به روش زایشی) فعلاً جنبه بالقوه دارد، اما این به معنی تضمین عدم وقوع چنین امری نیست. چه بسا مؤسسات و افرادی مخفیانه و غیررسمی مبادرت به این کار کرده باشند (آل کجبا، اختری، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰).

اما از لحاظ شرعی حضرت آیت‌الله سیستانی در پاسخ به استفتایی راجع به حکم شبیه‌سازی می‌گوید: «اصل این عمل فی حد ذاته حرام نیست، ولی با توجه به مفسد و خطراتی که ممکن است بر آن مترتب شود ولی امر می‌تواند از آن منع کند و در این صورت حرام خواهد بود»^۱.

البته برخی از فقها، به علت نبود لقاح، قائل به عدم نسب‌اند. معتقدان این نظر می‌گویند: «انسانی که از راه شبیه‌سازی به‌وجود می‌آید، نه پدری دارد (چون از نطفه مرد نیست)، نه مادری (چون ترکیب با نطفه مادر نیست)، نه خواهری و نه برادری و نه منتسب به فامیل؛ در رحمی پرورش یافته که مادرش نیست، بلکه مادر جانشین است. خلاصه فردی است فاقد نسب.» (علیان‌نژادی، ۱۳۸۰، ص ۲۶).

در انتقاد از این نظر می‌توان گفت مفهوم نسب از مفاهیم عرفی است. در عرف تخصصی یعنی دانشمندان علم ژنتیک فرد شبیه‌سازی را ملحق به صاحب نطفه می‌دانند و پدر و مادر هم همان صاحب سلول است (Wood et al., 1981, p.756).

۳. آثار فقهی و حقوقی شمول قاعده ید در خصوص اعراض و انساب: پس از اثبات شمول قاعده ید درخصوص اعراض و انساب آثار فقهی و آثار حقوقی شمول قاعده ید درخصوص اعراض و انساب بیان خواهد شد.

۳-۱. آثار فقهی شمول قاعده ید درخصوص اعراض و انساب: شمول قاعده ید درخصوص اعراض و انساب آثاری دارد که به قرار ذیل است:

۳-۱-۱. تقدیم قول صاحب ید: مهم‌ترین اثری که قاعده ید درخصوص اعراض و انساب دارد این است که اصلاً این قاعده برای رفع تنازع طرفین مدعا وضع شده است. قبلاً دیدیم که ید داشتن دلیل و اماره ملکیت یا زوجیت یا نسبیت می‌تواند باشد. بنابراین

۱. <http://www.sistani.org/local.php?modules=nav&mid=5&cid=929>

قاعده ید باعث می‌شود قول فردی که زن یا فرزند در تحت ید اوست مقدم دانسته شود (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۱۳). بنابراین مرحوم علامه به صراحت فرزند را ملحق به صاحب ید دانسته است (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۸۲).

حتی در این خصوص حکایت اجماع بر تقدیم قول صاحب ید در خصوص موردی شده است که دو مرد در خصوص زوجیت با زنی که در تحت ید یکی از آنها است اختلاف دارند. در این مورد قول صاحب ید مقدم است (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۳۹۷)؛ زیرا «البینه علی من ادعی و الیمین علی من انکر». حتی می‌توان گفت که این قاعده در مورد اعراض و انساب قوی‌تر از اموال است، زیرا در اموال تصرف ممکن است از غیر مالک برای مثال از مستاجر یا غاصب صادر شود، درحالی‌که در مورد اعراض و انساب این نسبت‌ها بسیار محدود و در حکم کالعدم است.

۳-۱-۲. استفاده از قاعده ید در خصوص نسب ناشی از تلقیح مصنوعی: یکی از مواردی که می‌توان گفت قاعده ید باعث ثبوت نسب است در مورد احکام لقیط در فقه امامیه است. در صورتی که فردی ادعا کند که طفل لقیط فرزند اوست و عادتاً چنین ادعایی نسبت به وی ممکن باشد و مدعی دیگری نباشد، به او ملحق می‌شود (محقق ثانی، بی تا، ج ۶، ص ۱۱۰).

بر همین اساس می‌توان گفت بر اساس قاعده ید هم می‌توان قائل شد که کودک ناشی از تلقیح مصنوعی به صاحب ید اختصاص دارد. زیرا ید هم می‌تواند دلالت بر نسب نماید، مگر آن‌که با قاعده فراش تعارض نماید که قاعده فراش بی‌شک تقدیم خواهد داشت. زیرا قاعده فراش مستقیماً تکلیف نسب و پدر شرعی طفل را مشخص می‌کند. چون منشأ پیدایش فرزند و ایجاد نسب اسپرم ناشی از تلقیح چه واقعی و چه مصنوعی است. روایات هم این مسئله را تأیید می‌کنند، از آن جمله: «إن الوکاء قد ینفلت، فألحق به الولد» (حر عاملی، بی تا، ج ۲۱، ص ۳۷۸). بند مشک رها شدن که در این روایت به آن اشاره شده است کنایه‌ای از ورود منی مرد به رحم زن است. بنابراین صاحب منی صاحب فرزند نیز خواهد بود.

البته در مورد مادر، بر اساس قاعده ید، زنی که طفل در رحم او پرورش یافته است را می‌شود مادر طفل دانست. عموماً قرآنی نظیر آیه ۲ سوره مبارکه مجادله این نظر را

تقویت می‌کنند: «... إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ...» برخی از فقها نیز همین نظر را اتخاذ کرده‌اند و مادر را کسی می‌دانند که طفل در رحم او پرورش یافته است (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۱۳۱).

۳-۱-۳. استفاده از قاعده ید در اثبات اهدای جنین: نکته مقدماتی در این خصوص این است که آیا از لحاظ فقهی جنین مال محسوب می‌شود یا خیر؟ فقها نوعاً منی را حرام و بیع آن را باطل می‌دانند (شیخ طوسی، بی تا، الخلاف ص ۱۸۵). اینان بر اساس آیه ۱۱ سوره انفال که خداوند متعال می‌فرماید: «و ينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به و يذهب عنكم رجز الشيطان»، «و آبی از آسمان برایتان فرستاد، تا شما را با آن پاک کند و پلیدی شیطان را از شما دور سازد»، معتقدند این آیه از دو وجه دلالت بر نجاست منی می‌کند. وجه اول این که رجز و رجس و نجس معنای واحدی دارند. و وجه دوم آن که تطهیر در کلام شارع مقدس اطلاق دارد و تطهیر فقط در صورتی اطلاق دارد که شامل ازاله نجاست یا غسل اعضای اربعه می‌شود. بنابراین منظور از شیطان در آیه شریفه همان منی است. (سید مرتضی، بی تا، ص ۹۶ و ۹۷). این تردید در مورد جنین وجود ندارد. زیرا مسلم است که خرید و فروش جنین با خرید و فروش اسپرم و تخمک متفاوت است؛ زیرا اسپرم و تخمک جزئی از انسان است و انسان کامل نیست. مباحث مفصلی درباره این که آیا انسان مالک اجزای خویش است یا بر آن‌ها ولایت دارد مطرح است ولی نتیجه هر دو، جواز خرید و فروش اجزا و فرآورده‌های انسان است (فتاحی معصومی، ۱۳۸۰، ص ۲۰۵ تا ۲۲۸). در هر صورت، با توجه به این که از لحاظ حقوقی جنین قابلیت الحاق به کالا را دارد، قاعده ید بدون شک اعمال خواهد شد؛ چون تردیدی در شمول قاعده ید نسبت به کالا و اموال وجود ندارد. حتی اگر کالا نیز محسوب نشود، با توجه به ثبوت شمولیت قاعده ید در خصوص جنین - بر فرض این که کالا تلقی نکنیم - صاحب ید می‌تواند به قاعده ید برای اثبات جنین استناد کند. اگر هم کالا تلقی نکنیم، ادله این قابلیت را دارد که قاعده ید را شامل این مورد نیز بدانیم.

۳-۲. آثار حقوقی شمول قاعده ید در خصوص اعراض و انساب: این آثار را می‌توان به عنوان آثار حقوقی شمول قاعده ید در خصوص اعراض و انساب ذکر کرد.

۳-۲-۱. اثبات رابطه نسبیت و زوجیت بر اساس قاعده ید: یکی از مقاصد کلان شریعت طهارت است. بنابراین آثار حقوقی نسب ناشی از روابط نامشروع بسیار مهم است.

شارع مقدس حق نسب، حق طبیعت و حضانت و توارث را از پدر و مادر طبیعی سلب کرده است. بنابراین نسب صحیح شرعی باید احراز شود. بنابراین قاعده ید از مواردی است که می‌توان بر اساس آن نسب صحیح شرعی را بر اساس آن اثبات کرد. رابطه زوجیت هم از مواردی است که می‌توان قاعده ید را در مورد آن جاری کرد؛ زیرا وجود و اثبات حق با هم رابطه نزدیک دارند، به‌ویژه در امور پنهانی که در انظار عمومی رخ نمی‌دهد و فقط دو طرف دعوی از حقیقت آن آگاهی دارند، این رابطه آشکارتر به چشم می‌خورد. نسب نیز یکی از این امور است؛ پاره‌ای از ارکان آن مانند نکاح زن و مرد یا زایمان کودک از وقایع علنی است که به‌آسانی اثبات می‌شود، ولی نزدیکی بین زن و شوهر و به‌ویژه انحصار آن به شوهر در زمره اسرار زندگی است که حقوق به‌دشواری به آن دسترسی دارد و ناچار است دست به دامان اماره و ظاهر و فرض بزند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۵).

بنابراین، با توجه به این‌که نسب در حفظ نظام و کیان خانواده اهمیت دارد، قانونگذار به تبعیت از شارع مقدس قوانینی را برای حفظ آن تدوین کرده است. در قانون مدنی ایران، برای اثبات نسب پدری، به دلیل این‌که منشأ آن پنهان است، به مراتب سخت‌تر از نسب مادری است. با وجود این‌که دلایل متعددی مانند قاعده فراش، اقرار، شهادت در قوانین تعیین شده است و حتی در فرض نبود دلایل قوی‌تر به لحاظ کشف واقع، می‌توان به ضعیف‌ترین ادله همچون قرعه تمسک جست. بنابراین وقتی قرعه به‌منزله‌ی ضعیف ادله قابل استناد است، به طریق اولی می‌توان به قاعده ید استناد کرد و بر اساس آن نسب را اثبات نمود. بنابراین می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۳۵ قانون مدنی می‌توان قاعده ید را در اعراض و انساب به عنوان دلیل مثبت تلقی کرد. البته قاعده ید اصولاً قابلیت معارض با قاعده فراش مندرج در ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی را ندارد. بنابراین طفل در فاصله زمانی اقل و اکثر حمل نسبت به زوج متولد شده است و از طرفی امکان صدق شرایط مذکور به دیگری (طرف شبهه) منتفی است؛ در این فرض طفل به زوج ملحق است.

اما در فرضی که طفل در فاصله زمانی اقل و اکثر حمل نسبت به شبهه متولد شده است و از طرفی، شرایط مذکور به دلایلی چون مسافرت یا بیماری بر زوج قابل تطبیق نیست، دکتر امامی معتقد است طفل به طرف شبهه ملحق است (امامی، ۱۳۹۱، ج ۵، ص ۱۶۱). اما به نظر می‌رسد مورد از موارد اعمال قاعده ید باشد و طفل متعلق به کسی است که در تصرف او است. بنابراین فرزند به صاحب ید اصولاً ملحق می‌شود.

بنابراین، قاعده اولیه بر اساس ماده ۱۱۵۸ قانون مدنی تعیین می‌شود. این ماده مقرر می‌دارد: «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است، مشروط بر این که از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از شش ماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد». هرکجا این قاعده قابلیت اعمال را نداشت نوبت به قاعده ید می‌رسد و طفل از لحاظ شرعی به صاحب ید ملحق است، مگر آن که خلاف آن ثابت شود. زیرا بر اساس ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فقط طفل متولد از زنا به پدر و مادر طبیعی ملحق نمی‌شود و در سایر موارد نسب مشروع خواهد بود.

البته اثری که بر قرابت نسبی بار می‌شود بر فرزندخواندگی مترتب نیست؛ بنابراین قاعده ید هم مثبت فرزندخواندگی نخواهد بود. دلیل این امر را می‌توان در آیات ۴ و ۵ سوره احزاب مشاهده کرد که تفصیل آن از حوصله این مقال خارج است.

۲-۲-۳. استفاده از قاعده ید در خصوص نسب ناشی از رحم مصنوعی: با توجه به این که برابر ماده ۱۱۶۷ قانون مدنی فقط طفل متولد از زنا به پدر و مادر طبیعی ملحق نمی‌شود و تلقیح مصنوعی زنا محسوب نمی‌شود و طفل ناشی از آن نیز ولد الزنا نیست تا نتوان او را به صاحبان نطفه ملحق کرد (نایب‌زاده، ۱۳۸۰، ص ۵۸). در این خصوص نیز همان مباحثی که در خصوص رابطه قاعده فراش با قاعده ید در فقه امامیه و در حقوق ایران بیان شد مجری خواهد بود و اصل بر تقدیم قاعده فراش است و فقط در مواردی که نمی‌توان به قاعده فراش استناد کرد می‌توان به قاعده ید تمسک کرد.

۳-۲-۳. استفاده از قاعده ید در خصوص اهدای جنین: بر طبق قانون، نحوه اهدای جنین کلیه مراکز تخصصی درمان ناباروری ذی صلاح مجاز خواهند بود با رعایت ضوابط شرعی و شرایط مندرج در این قانون به انتقال جنین‌های حاصل از تلقیح خارج از رحم زوج‌های قانونی و شرعی پس از موافقت کتبی زوجین صاحب جنین به رحم زنانی که

پس از ازدواج و انجام اقدامات پزشکی ناباروری آن‌ها به اثبات رسیده است اقدام نمایند. بنابراین زوجینی که قصد اهدای جنین را دارند باید موافقت و رضایت کتبی خویش را اعلام نمایند.

بحث‌هایی که در فقه امامیه در خصوص بیع منی و اسپرم و جنین شده است در حقوق ایران به نحوی دیگر مطرح شده است. به عبارت دیگر، آیا می‌توان اسپرم و منی را مال حساب کرد؟ دو معیار در خصوص ملاک مال بودن مطرح است:

الف) معیار نوعی و جمعی: به این علت که ارزش نتیجه رغبتی است که اشخاص برای به‌دست آوردن چیزی در خود احساس می‌کنند و خواست‌ها و نیازهای مردمی که در یک جامعه زندگی می‌کنند با هم شباهت فراوان دارد. بنابراین گفته شده است: «ارزش چهره نوعی و همگانی دارد.»

ب) معیار شخصی و فردی: به این صورت که اگر چیزی برای گروهی یا فردی از افراد جامعه و لو در زمان و مکان خاص دارای منفعت باشد، این نفع شخصی یا نفع برای افراد خاص را می‌توان ملاک مال بودن شیء قرار داد. مثلاً هیچ مانعی ندارد که مالی در رابطه دو طرف قرارداد ارزش مالی داشته باشد، هر چند دیگران در برابر آن موضوع بهایی نپردازند؛ فقط کافی است انگیزه معامله عقلایی و مشروع باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۱). بنا بر هر دو فرض، بیع اسپرم و جنین در حقوق ایران بلا اشکال است. بنابراین بدون تردید ماده ۳۵ قانون مدنی قابلیت اعمال را در خصوص جنین خواهد داشت.

نتیجه‌گیری

با عنایت به مباحث مطرح شده می‌توان گفت قاعده ید در خصوص انساب و اعراض نیز قابلیت اعمال را دارد؛ زیرا هم ادله نقلی از جمله دو روایت مهم قاعده ید قابلیت اعمال بر اعراض و انساب را خواهد داشت، همچنین بنای عقلا چون به نظر می‌رسد مستند اصلی قاعده ید است به طریق اولی در خصوص اعراض و انساب قابلیت اعمال را خواهد داشت. البته ادله دیگری را برخی از جمله قاعده من ملک و اصل صحت بیان شده است که به نظر می‌رسد قابلیت انطباق بر موضوع را نخواهند داشت. در خصوص نسب می‌توان به ترجیح بینة معتضده به ید اشاره کرد که باعث تقدیم قول صاحب ید در دعوی نسب خواهد شد. در این مقاله کوشیدیم که دامنه نسب را وسعت ببخشیم و موارد مستحدثه

جدید هم شامل عنوان شرعی نسب می‌شوند. با توجه به اثبات اعمال قاعده ید در اعراض و انساب، این اثبات آثار فقهی و حقوقی دارد. آثار فقهی آن عبارت است از تقدیم قول صاحب ید، استفاده از قاعده ید در خصوص نسب ناشی از رحم جایگزین و استفاده از قاعده ید در اثبات اهدای جنین. آثار حقوقی آن نیز عبارت است از اثبات رابطه نسبیت و زوجیت بر اساس قاعده ید و استفاده از قاعده ید در خصوص نسب ناشی از رحم مصنوعی و اهدای جنین. پیشنهاد می‌شود ماده ۳۵ قانون مدنی بدین نحو اصلاح شود: «تصرف به عنوان مالکیت دلیل مالکیت است و همچنین است در اعراض و انساب، مگر خلاف آن ثابت شود.»

منابع

- آل کجفاف، حسین و اختری، سجاد (۱۳۹۰). «بررسی شبیه‌سازی از بعد اخلاقی». فصلنامه/اخلاق پزشکی، سال پنجم شماره ۱۸، ص ۱۱۷-۱۴۱.
- آخوند خراسانی (بی تا). *کفایة الاصول*. مؤسسه آل‌البیت (ع) لا حياء التراث قم المقدسه.
- احسان‌پور، سیدرضا، عظیمی گرکانی، هادی و هاشم‌پور، مدیحه (۱۳۹۸). «تلقیح مصنوعی از منظر فقهای اهل سنت». فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، دوره ۱۵، شماره ۵۶، ص ۳۳-۴۶.
- التمیمی، رجب (۱۹۸۶). *المناقشه*. مجمع الفقه الاسلامیه مکه المکرمه.
- النجاشی، ابوالعباس (بی تا). *رجال النجاشی*. مؤسسه النشر الاسلامی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۹۱). *حقوق مدنی*، ج ۵. کتابفروشی اسلامیه، چاپ هیجدهم.
- امامی، سیداسدالله (۱۳۴۹). *مطالعه تطبیقی نسب در حقوق ایران و فرانسه*. انتشارات دانشگاه تهران.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۹). *فرائد الاصول*، ج ۳. مجمع الفکر الاسلامی، چاپ سوم.
- بحرالعلوم، سیدمحمد (۱۴۰۳). *بلغه الفقیه*، ج ۳. تهران: انتشارات مکتبه الصادق (ع)، چاپ چهارم.
- برجی، یعقوبعلی (۱۳۸۴). «قاعده ید از نگاه فریقین». *دوفصلنامه طلوع*، سال چهارم، شماره ۱۳ و ۱۴، ص ۷۱-۱۰۴.
- پژوهشکده ابن سینا (۱۳۸۶). *روش‌های تولید مثل انسانی از دیدگاه فقه و حقوق*. جهاد دانشگاهی، پژوهشکده ابن سینا.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *ترمینولوژی حقوق*. انتشارات گنج دانش، چاپ شانزدهم.
- حاج عاملی، شیخ محمدحسین (۱۴۲۶). *ارشاد العقول الی مباحث الاصول*، ج ۴. مؤسسه الامام الصادق(ع)، چاپ اول.
- حجت، جواد (۱۳۴۲). *قاعده ید مالکیت*. انتشارات دانشگاه تهران.
- حر عاملی، شیخ ابوجعفر (بی تا). *وسائل الشیعه*، ج ۹، ج ۱۷، ج ۲۱. دارالطبع الاسلامیه.
- حکیم، محسن (۱۴۰۰). *منهاج الصالحین* ج ۲ بیروت دارالتعارف.
- حلی، الفظان (بی تا). *معالم الدین فی فقه آل یاسین*، ج ۲. بی جا.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). *لغت نامه دهخدا*، ج ۱۵. انتشارات دانشگاه تهران.
- رضانیا معلم، محمدرضا (۱۳۸۳). *باروری‌های پزشکی از دیدگاه فقه و حقوق*، قم: انتشارات بوستان کتاب، چاپ اول.
- روحانی، سیدمحمدصادق (بی تا). *فقه الصادق*، ج ۲۲. بی جا.
- زارعی شریف، وحید (۱۳۸۸). «بررسی نظریه‌های حرمت و حلیت استفاده از رحم جایگزین در فقه امامیه». *پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی*، دوره ۲، شماره ۱، ص ۵۹-۱۰۰.
- سید شریف مرتضی (بی تا). *الانتصار فی الانفرادات الامامیه*. بی جا.
- شیخ طبرسی (۱۴۱۸). *تفسیر جوامع الجامع*، ج ۱. مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- شیخ طوسی، (بی تا). *اختیار معرفه الرجال معروف به رجال کشی*، ج ۲. مؤسسه آل البیت(ع).
- شیخ طوسی (بی تا). *الخلاف*، ج ۳. مؤسسه النشر الاسلامی.
- شیخ کلینی (۱۳۶۷). *الکافی*، ج ۵. با تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری. دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم.
- صفائی، سیدحسین و امامی، اسدالله (۱۳۷۶). *مختصر حقوق خانواده*. نشر دادگستر، چاپ اول.
- صناعی زاده، حسین (۱۳۹۲). *پزشکی قانونی*. تهران: نشر دادگستر، چاپ سوم.
- طباطبایی، سیدمحمدحسی (بی تا). *المیزان*، ج ۱۸. ترجمه محمدباقر موسوی همدانی. بنیاد علمی و فرهنگی علامه طباطبایی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳). *العروه الوثقی*، ج ۶. مؤسسه النشر الاسلامی.
- علامه حلی (۱۴۱۹). *قواعد الاحکام*، ج ۳. مؤسسه النشر الاسلامی.
- علیان نژادی، ابوالقاسم (۱۳۸۰). «دیدگاه فقهی آیت الله العظمی مکارم شیرازی درباره دو مسئله شبیه‌سازی و راه‌های فرار از ربا». *مجله پژوهش و حوزه*، شماره ۶، ص ۲۳-۶۱.

- فاضل تونی (۱۴۱۲). *الوافیه فی اصول الفقه*. مجمع الفكر الاسلامی، چاپ اول.
- فاضل لنکرانی، شیخ محمد (۱۳۸۳). *القواعد الفقهیه*، ج ۱. قم: مرکز فقه الاطهار(ع)، چاپ اول.
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۴۲۷). *موسوعه احکام الاطفال و ادلتها*، ج ۳. مرکز فقهی ائمه الاطهار، چاپ اول.
- فتاحی معصومی، سیدحسین (۱۳۸۰). *سمینار دیدگاه‌های اسلام در پزشکی*، دانشگاه علوم پزشکی مشهد، چاپ اول.
- فخرالمحققین حلی (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، ج ۴. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- فیروزآبادی، مجدالدین (بی تا). *القاموس المحيط*، ج ۱. دارالعلم بیروت. قمی، علی بن ابراهیم (بی تا). *تفسیر قمی*. دارالسرور.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *حقوق مدنی، خانواده*، ج ۲. تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). *حقوق مدنی، اموال و مالکیت*. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کریمی، عباس (۱۳۹۴). «چند ملاحظه حقوقی در باب یک رویه رایج قضایی». *روزنامه ایران*، شنبه ۱۴ شهریور ۱۳۹۴ شماره ۶۰۱۹.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷). *قواعد فقه بخش مدنی*، ج ۱. مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۶). *بررسی فقهی حقوق خانواده (نکاح و انحلال آن*. نشر اسلامی، چاپ شانزدهم.
- محقق ثانی (بی تا). *جامع المقاصد*، ج ۶ و ۱۳. بی جا.
- محمود حمزه، محمد (۱۴۲۸). *اجاره الارحام بین الطب و الشریعه الاسلامیه*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- مشکینی، شیخ علی (۱۳۷۱). *اصطلاحات الاصول*. قم: نشر الهادی. چاپ پنجم.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه (۱۳۸۸). *مجموعه نظریات مشورتی فقهی در امور حقوقی*، ج ۳. تهران: انتشارات جنگل.
- مکارم شیرازی، شیخ ناصر (۱۳۷۰). *القواعد الفقهیه*، ج ۱، مدرسه الامام علی بن ابیطالب(ع) چاپ سوم.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن (۱۳۷۷). *القواعد الفقهیه*، ج ۱. نشر الهادی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۴۰۱). *قواعد فقهیه*، ج ۱. تهران: مؤسسه عروج، چاپ سوم.

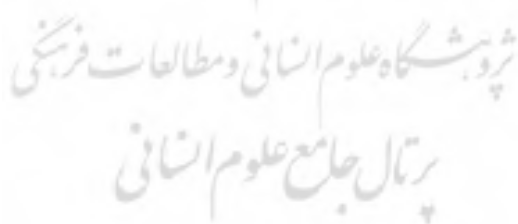
موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۱). «استفتائات و نظرات پیرامون مسائل مستحدثه فقهی و حقوقی، ش ۲ و ۳». مجله رهنمون.

موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۱۰). *الرسائل*، ج ۱. انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول.
موسوی خمینی، سیدروح‌الله (بی تا). *تحریرالوسیله*، ج ۲. ترجمه مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. انتشارات مؤسسه عروج.

نایب‌زاده، عباس (۱۳۸۰). *باروری مصنوعی*. تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۷). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج ۳۰ و ج ۴۰، داراحیاء التراث العربی.

یزدی، محمد (۱۳۷۵). «باروری مصنوعی و حکم فقهی آن». *مجله فقه اهل بیت (ع)*، سال دوم، شماره ۵ و ۶.

Wood, C., Leeton, J., Talbot, J. M., & Trounson, A. O. (1981). "Technique for collecting mature human oocytes for in vitro fertilization". *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, 88(7), 756-760.



The Domain of Presumption of Possession Rule in Derivation and Genealogy with Emphasis on New Medical Technologies in Imami Jurisprudence and Iranian law

Hamid Reza Behroozizad^۱

Abstract

One of the crucial reasons for proving a claim, especially in the field of property in Imami jurisprudence and Iranian law, is the Presumption of Possession rule. In this article, we have tried to prove this rule's domain to genealogy and deviations using a library method. The arguments that prove this are both narrated arguments, including narrations and rational arguments, including the construction of reason. Therefore, just as narrations and the construction of reason can prove the rule of presumption of position in the property, we can also transmit the arguments to genealogy and deviations. Expanding the Presumption of Possession rule to the medical new technologies such as surrogacy and the artificial womb is also discussed. Also, in many cases that the Farash Rule cannot apply, the Presumption of Possession rule may apply.

We proposed that Article 35 of the Civil Code amended as follows: " Possession by the title of ownership shall be taken as proof of ownership, and also in deviations and genealogy unless the contrary proved. "

Keywords: Presumption of Possession Rule, Genealogy, Derivation Imami jurisprudence, Iranian law

^۱. PhD, Private Law, Assistant Professor, Shahriar Higher Education Institute; behroozi_hamidreza@yahoo.com